

Nº 15

Mayo 2025
ISSN: 2600-5611
e-ISSN: 2600-562X

Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Camila Abad Quevedo
Carlos Correa García
Cynthia Álvarez Palacios
David Gonzalón Tapia
David Molina Coello
Edwin Solórzano Samaniego
Fabiola Villarroel Cuenca
Franklin Peñafiel Carrillo

Gabriel Moncayo Grijalva
Jimmy Rodríguez Villamar
Karla Condo Jaya
María Isabel Ortiz Nuques
Michelle Vasco Campoverde
Nicolás Maldonado Garcés
Nohely Castro Hidalgo
Rodrigo Jijón Letrot

Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Mayo 2025

Nº 15



Instituto Ecuatoriano
de Arbitraje



Revista Ecuatoriana de Arbitraje

ISSN: 2600-5611

e-ISSN: 2600-562X

<https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/rea/index>

Número 15, Mayo 2025

DOI Núm. 15: <https://doi.org/10.18272/rea.i15>

Instituto Ecuatoriano de Arbitraje

Av. República del Salvador y Naciones Unidas

Edificio Mansión Blanca, piso 9.

<https://iea.ec/>

E-mail: coordinador@iea.ec

La Revista Ecuatoriana de Arbitraje (REA) nace en el año 2009 paralelamente con el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (IEA). La Revista constituye la consolidación del objetivo del IEA: promocionar y desarrollar la práctica del arbitraje en el Ecuador. De esta manera, se realiza una publicación anual con aportes de exponentes tanto nacionales como internacionales. Actualmente contamos con trece números disponibles.

Esta obra es publicada luego de un proceso doble ciego de revisión por pares (*double-blind peer review*).

Producción editorial

Portada: Nikolai Barakat

Diseño general y de cubierta: Nikolai Barakat

Nos complace anunciar que, a partir del volumen 15, la *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* pasa a formar parte de las publicaciones seriadas USFQ PRESS. Esta asociación entre la Universidad San Francisco de Quito USFQ, en específico del Colegio de Jurisprudencia y el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, permiten fortalecer los vínculos entre ambas entidades en aras del fomento de la investigación, la generación y la difusión del conocimiento.

Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons «*Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional*».

El uso de nombres descriptivos generales, nombres comerciales, marcas registradas, etc. en esta publicación no implica, incluso en ausencia de una declaración específica, que estos nombres están exentos de las leyes y reglamentos de protección pertinentes y, por tanto, libres para su uso general.

La información presentada en esta revista es de entera responsabilidad de sus autores. USFQ PRESS presume que la información es verdadera y exacta a la fecha de publicación. Ni la Editorial, ni los editores, ni los autores dan una garantía, expresa o implícita, con respecto a los materiales contenidos en esta obra ni de los errores u omisiones que se hayan podido realizar.

USFQ Press / Revista Ecuatoriana de Arbitraje

Att. Estefanía Fierro Valle y Michelle Vasco, Directoras

Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (IEA)

<https://iea.ec/>

E-mail: coordinador@iea.ec

Primera edición impresa: Mayo, 2025

Tiraje: 200 ejemplares

Impreso en Ecuador por Imprenta Mariscal, Quito-Ecuador – *Printed in Ecuador*

Comité científico y responsables editoriales

Estefanía Fierro Valle (AVL Abogados – Quito)

Michelle Vasco (Robalino – Quito)

Comité editorial

Eduardo Carmigniani Valencia (Eduardo Carmigniani Estrategias Legales – Guayaquí)

Juan Manuel Marchán Maldonado (Pérez Bustamante & Ponce – Quito)

Rodrigo Jijón Letort (Pérez Bustamante & Ponce – Quito)

Diego Romero Ponce (Romero Arteta Ponce – Quito)

Armando Serrano Puig (Falconí Puig Abogados – Quito)

Álvaro Galindo (Georgetown University Law Center – Quito)

Mélanie Riofrío Piché (Riofrío IDR – Madrid)

Asistentes Editoriales

Rut Urresta Dominguez (Instituto Ecuatoriano de Arbitraje – Quito)

María Angélica Eguiguren (Instituto Ecuatoriano de Arbitraje – Quito)

Las artes gráficas-digitales: portada, ilustración, tratamiento fotográfico y contenido de texto son propiedad del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (IEA). La diagramación de esta Revista es propiedad de USFQ PRESS. Queda prohibida cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con la autorización de los titulares de su propiedad intelectual.

Autoridades del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje

Presidente: Edgar Neira Orellana

Vicepresidentes: Ana María Larrea Argudo • Vanesa Alejandra Aguirre Guzmán

Director Ejecutivo: Javier Jaramillo Troya

Vocales: Verónica Arroyo Merizalde • Ana Carolina Donoso Bustamante • Oswaldo Santos Dávalos • Blanca Gómez de la Torre

Coordinadora: Rut Urresta Domínguez

Directoras de la Revista Ecuatoriana de Arbitraje: Estefanía Fierro Valle • Michelle Vasco

Miembros del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje

Adriana Rodas	Diego Romero Ponce	Luis Eduardo García
Alberto Wray Espinosa	Edgar Neira Orellana	Luis Eduardo Narvaez
Alegria Jijón Andrade	Edgar Ulloa	Luis Fernando Oramas
Alfredo Larrea Falcony	Ernesto Albán Ricaurte	Macarena Bahamonde
Álvaro Galindo Cardona	Estefanía Fierro	Villafuerte
Ana Carolina Donoso	Fabián Jaramillo Terán	Marcelo Xavier Torres Bejarano
Ana Carolina Donoso	Fausto Albuja Guarderas	Marco Morales
Ana Isabel Cobo	Felipe José Castro Zurita	Margoth Chiriboga López
Ana María Larrea	Francisco Bustamante Luna	María Angélica Eguiguren
Ana María Larrea	Francisco Dávila	Palacio
Andrés Chasillacta	Francisco Larrea	María Daniela Endara Bastidas
Andrés Chasillacta Zurita	Francisco Paredes Balladares	María Elena Jara
Andrés Francisco Larrea Savinovich	Francisco Rosales Ramos	María José Alarcón
Andrés Ojeda	Francisco Santillán Almeida	María Isabel Ortiz Nuques
Andrés Ortiz Herbener	Franklin Trávez	María Nazaret Ramos Rosas
Antonio José Pérez	Gabriel Andrés Reina Vanegas,	María Rosa Fabara
Antonio Mayorga Ochoa	Gabriela Ortega	María Teresa Borja
Armando Serrano Puig	Gabriela Rivadeneira	Mariana Villagomez
Bernarda Alegria Haro Aillón	Gabriela Villagómez Romero	Mariel Romero
Bernarda Muriel Bedoya	Gonzalo González Galarza	Martina Gamboa
Blanca Gómez de la Torre	Gonzalo Noboa Baquerizo	Martín Flores Martínez
Camila Andrade	Gustavo Villacreses	Michelle Vasco
Camila Moncayo	Hernán Pérez Loose	Miguel Andrade Cevallos
Carla Cepeda Altamirano	Hugo García Larriva	Miguel Cantos
Carlos Efrén Cocíos González	Jaime Arosemena Coronel	Nicolás Maldonado Garcés
Carolina Arroyo Aguirre	Jaime Dousdebes Costa	Óscar del Brutto Andrade
César Coronel Jones	Jaime Vintimilla Saldaña	Oswaldo Santos Dávalos
César Coronel Ortega	Javier Jaramillo Troya	Pablo Andrés Romero Torres
César Drouet Candel	Javier Robalino Orellana	Pablo Zambrano Albuja
Christel Gaibor	Jorge Cedeño Cuellas	Patricio Peña Romero
Cristina Viteri	Jose Luis Bruzzzone	Paula Mesias
Cynthia Álvarez Palacios	José Meythaler Baquero	Paulette Ocampo Vélez
Daniel Augusto del Hierro Cepeda	Juan Carlos Arízaga	Pedro Izquierdo Franco
Daniel Caicedo	Juan Carlos Bustamante Calisto	Pedro José Izquierdo
Daniel del Hierro	Juan Carlos Díaz-Granados	Ricardo Montalvo
Daniel Dziouba	Juan David Vicuña Matovelle	Rodrigo Jijón Letort
Daniel López Suárez	Juan Manuel Marchán Maldonado	Sasha Mandakovic Falconi
Daniel Pino Arroba	Juan Pablo Aguilar Andrade	Sebastián Arrieta
Daniel Robalino Orellana	Julia Rovello	Soledad Peña Plaza
Daniela Guarderas Alarcón	Julio Enrique Viteri Moncayo	Soledad Peña Plaza
Daniela Guarderas Alarcón	Kevin Ortiz Arias	Vanesa Aguirre
David Molina Coello	Lenin Navarro Moreno	Verónica Arroyo
David Roberto Pineda Valdivieso	Leonardo Sempértégui Vallejo	Xavier Andrade Cadena
David Toscano Andrade	Lorena Barraqueta Bucaram	Yury Iturralde Hidalgo

Miembros honoríficos

Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil

Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito

Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana de Quito

Centro de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de la Producción del Azuay

Centro de Arbitraje y Mediación UEES

Third Party Funding Institute

Centro de arbitraje y mediación de la USFQ.

Contenido

Presentación	10
Inteligencia artificial en el arbitraje: avances, implicaciones y rol en la toma de decisiones	17
<i>Rodrigo Jijón Letort • Gabriel Moncayo Grijalva</i>	
El arbitraje electrónico en los conflictos originados en e-commerce: Una opción adecuada para los consumidores	76
<i>María Isabel Ortiz Nuques • Edwin Solórzano Samaniego</i>	
La inacción de la Inteligencia Artificial en el arbitraje en equidad: Un análisis crítico de sus limitaciones epistemológicas y prácticas en la resolución de conflictos	103
<i>Camila Abad Quevedo</i>	
¿Cuál mismo es la ley aplicable al convenio arbitral en el Ecuador? Un análisis a propósito de las alegaciones de las partes en Pañaturí c. Petroecuador	128
<i>Brisney David Molina Coello</i>	
¿Qué pasa con el Arbitraje Internacional en Ecuador? Análisis técnico y actualización a 2024	155
<i>Michelle Vasco Campoverde</i>	
La apelación en arbitraje: revisión de experiencias y propuestas para Ecuador	191
<i>David Francisco Gonzalón Tapia</i>	
Las Juntas de Disputas en los Contratos de Asociación Público-Privada	221
<i>Jimmy Rodríguez</i>	

Del error a la corrección: impugnación de laudos arbitrales en Ecuador 250
Nicolás Camilo Maldonado Garcés

Siguiendo el ‘camino amarillo’ para ejecutar un laudo extranjero en Ecuador. Comentarios y reflexiones a propósito de la Sentencia 3232-19-EP/24 y el procedimiento de ejecución 274
Karla Saneli Condo Jaya • Carlos Elías Correa García

El Arbitraje de Emergencia: Una Aproximación Teórica y Práctica en el Arbitraje Administrado 321
Cynthia Álvarez Palacios • Nohely Castro Hidalgo

Reseña del libro “The Technological Competence of Arbitrators: A Comparative and International Legal Study” 349
Fabiola Alexandra Villarroel Cuencas • Franklin Javier Peñafiel Carrillo

Revista
Ecuatoriana de
Arbitraje

1. Presentación

El Instituto Ecuatoriano de Arbitraje *-IEA-* presenta a la comunidad arbitral el decimoquinto número de la Revista Ecuatoriana de Arbitraje *-REA-* que incluye investigaciones de autoría de profesionales vinculados al *IEA* y cuyos aportes son referentes de la promoción del arbitraje y de la consolidación del espacio académico que ha instituido nuestra revista.

Al igual que en ediciones anteriores contamos con dos secciones: la primera de carácter monográfico sobre “arbitraje y nuevas tecnologías”; la segunda, ensayos libres sobre temas de actualidad y relevancia jurídica en el medio arbitral.

La sección monográfica presenta tres artículos: el primero de Rodrigo Jijón y Gabriel Moncayo que analizan el uso de la inteligencia artificial en el arbitraje y explican sus implicaciones. Entre otros aspectos, los autores abordan las objeciones actuales al uso de estas tecnologías para la toma de decisiones, tales como alucinaciones, los sesgos, la motivación y transparencia del proceso decisorio, y exponen con la autoridad que corresponde a los autores, las nuevas directrices que podrían eliminar dichos problemas y que podrían anticipar una regulación del buen uso de la IA en el marco de la resolución de conflictos; María Isabel Ortiz y Edwin Solórzano abordan los conflictos que se originan en *e-commerce* y el arbitraje como una opción adecuada para los consumidores; y Camila Abad examina la inacción de la inteligencia artificial en el arbitraje en equidad y sus limitaciones epistemológicas y prácticas en la resolución de conflictos.

En la sección de ensayos libres David Molina analiza cuál es la ley aplicable al convenio arbitral a través del caso *Pañaturi c. Petroecuador*; Cynthia Álvarez aborda el arbitraje de emergencia y sus aproximaciones teóricas y prácticas en el arbitraje administrado, Karla Condo y Carlos Correa reflexionan sobre la sentencia 3232-19-EP/24 que trata sobre la ejecución de laudos extranjeros en Ecuador; Nicolás Maldonado escribe sobre los mecanismos y limitaciones de la impugnación de laudos; Michelle Vasco analiza la situación del arbitraje internacional en el Ecuador y recopila las actuaciones del Estado en esta materia, en los últimos años; Jimmy Rodríguez incursiona en el proceso escalonado de resolución de disputas en contratos de asociación público-privada y analiza su interacción y aplicabilidad; David Gonzalón analiza la apelación en arbitraje. Se incluye la reseña del libro *The Technological Competence of Arbitrators: a comparative and International Legal Study*, de Fabiola Alexandra Villarroel Cuencas y Franklin Javier Peñafiel Carrillo, que examina los desafíos y estándares internacionales sobre la competencia tecnológica de los árbitros.

El *IEA* agradece a los autores por sus valiosos aportes y estamos seguros que sus análisis y reflexiones marcarán el desarrollo académico del arbitraje. Hacemos un especial reconocimiento al trabajo de las codirectoras de la *REA* las abogadas Estefanía Fierro Valle y Michelle Vasco Campoverde que han cumplido un destacado papel para la edición de los tres últimos números de la revista.

Finalmente, dirigimos un agradecimiento a los auspiciantes de este número, las firmas de abogados Pérez Bustamente & Ponce, Robalino, Corral Rosales, Coronel & Pérez, Gallegos Valarezo & Neira, Cabezas Wray & Albán, AVL Abogados, ECIJA GPA, Lexvalor, Falconí Puig, Durini & Guerrero y Rodríguez & Co.

INSTITUTO ECUATORIANO DE ARBITRAJE

Edgar Neira Orellana
Presidente

Javier Jaramillo Troya
Director Ejecutivo

PBP Pérez
Bustamante
& Ponce

TENEMOS LA EXPERIENCIA

Conozca nuestra
práctica de
ARBITRAJE



www.pbplaw.com

Quito
Av. República de El Salvador N36-140
Edificio Mansión Blanca.
+593 2 400 7800
+593 2 382 7640 al 49

Guayaquil
Edificio Arcos Plaza II, piso 5, oficina 516.
Av. los Arcos 335.
Samborondón
+593 4 259 2400

 Pérez Bustamante & Ponce (PBP)

 @pbplaw



ABOGADOS

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

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

Revista
Ecuatoriana de
Arbitraje

2. Sección monográfica: Arbitraje y nuevas tecnologías

Inteligencia artificial en el arbitraje: avances, implicaciones y rol en la toma de decisiones

ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN ARBITRATION: ADVANCES,
IMPLICATIONS AND ROLE IN DECISION MAKING

*Rodrigo Jijón Letort**
*Gabriel Moncayo Grijalva***

Recibido/Received: 27/08/2024
Aceptado/Accepted: 06/02/2025

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Uso de la inteligencia artificial en el arbitraje: Herramientas para asistir a los árbitros, secretarios y litigantes. 3. Regulación del uso de IA en los procedimientos judiciales y arbitrales. 3.1. Las Directrices sobre el uso de Inteligencia Artificial en el Arbitraje Internacional. 3.2. La sentencia no. T-323 de 2024 de la Corte Constitucional de Colombia. 4. IA como reemplazo de los árbitros y su rol en la toma de decisiones. 4.1. Desarrollo de un AI-arbitrator. 4.1.1. La predicción cuantitativa legal o QLP. 4.1.2. Los modelos grandes de lenguaje o LLM. 4.2. La jurisprudencia en el desarrollo de un AI-arbitrator. 4.3. Otras habilidades y características requeridas. 4.4. Ejemplos en la actualidad. 4.5. Adopción gradual y control humano. 5. Reconocimiento y ejecución de un laudo dictado por una AI-arbitrator a la luz de la Convención de New York. 5.1. ¿Se puede considerar que una decisión generada con IA constituye un laudo bajo los términos de la Convención de Nueva York? 5.2. ¿Puede ser la IA considerada como un “árbitro” bajo la *lex arbitri*? 5.3. ¿Se puede denegar la homologación de un

* Socio de Resolución de conflictos en la firma Pérez, Bustamante & Ponce. Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano-Americana. Correo electrónico: rjijon@pbplaw.com

** Abogado en el área de Resolución de conflictos en la firma Pérez, Bustamante & Ponce. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Correo electrónico: gmoncayo@pbplaw.com

laudo dictado por IA en virtud del orden público? 6. Objeciones. 6.1. Alucinaciones de las IA generativas. 6.2. Sesgos o “biases” en la inteligencia artificial. 6.3. Black boxes: la motivación y ejecución de los laudos. 6.4. Regulaciones en el desarrollo de un AI-arbitrator. 6.4.1. Proyectos de ley de IA en Ecuador. 7. Conclusiones.

RESUMEN: El objetivo central de este artículo es analizar la posibilidad de que la IA pueda asistir y finalmente reemplazar a los árbitros en su función resolutoria, examinando la factibilidad y dificultades del desarrollo de un AI-arbitrator y presentando desarrollos concretos de esta tecnología en la actualidad. A la luz de la Convención de Nueva York y varias leyes de arbitraje, se profundiza en la viabilidad de la ejecución de un laudo dictado por inteligencia artificial, así como la posibilidad de que este sea anulado. Finalmente, se aborda las objeciones actuales al uso de esta tecnología para la toma de decisiones, tales como las alucinaciones, los sesgos, la motivación y transparencia de sus decisiones, y además se analiza como las nuevas regulaciones podrían contribuir a la eliminación de dichos problemas y a la regulación del uso de la IA en el marco de la resolución de conflictos.

PALABRAS CLAVE: *Inteligencia artificial; automatización del arbitraje; algoritmos de decisión; resolución de disputas en línea; arbitraje internacional.*

ABSTRACT: The central objective of this article is to analyze the possibility that AI could assist and eventually replace arbitrators in their decision-making function, examining the feasibility and challenges of developing an AI-arbitrator and presenting concrete developments of this technology today. Considering the New York Convention and various arbitration laws, the article delves into the viability of enforcing an award issued by artificial intelligence, as well as the possibility of such awards being annulled. Finally, it addresses current objections to the use of this technology in decision-making, such as hallucinations, biases, and the explainability and transparency of its decisions, and explores how new regulations could contribute to resolving these issues and regulating the use of AI in the context of dispute resolution.

KEYWORDS: *Artificial intelligence; arbitration automation; decision algorithms; online dispute resolution; international arbitration.*

1. INTRODUCCIÓN

En 2021, académicos de varias universidades crearon el *AI Ocupational Exposure* (en adelante, el “*AIOE*”), comparando 10 habilidades de IA con 52 destrezas humanas básicas, con el objetivo de identificar ocupaciones e industrias más expuestas a ser reemplazadas por la inteligencia artificial (IA). Considerando el avance de los nuevos sistemas de IA basados en lenguaje generativo, tales como CHAT GPT o Copilot, el estudio reveló que el sector económico más expuesto a la IA de lenguaje generativo es el de los servicios legales¹. El estudio también evidenció que entre las 20 ocupaciones más expuestas a ser reemplazadas por la inteligencia artificial se encuentran las de los árbitros, mediadores, conciliadores y jueces.

La auditora internacional Deloitte UK, también ha indicado que cerca de 114,000 trabajos en el área del derecho serán automatizados en los próximos 20 años, la mayor parte de estos serán aquellos cuyas labores actualmente las realizan los abogados *junior* y asistentes legales². Por su parte, Goldman Sachs, uno de los grupos de inversión más grandes del planeta pronostica que, en los próximos años, el 44% de actividades jurídicas en Estados Unidos y Europa serán automatizadas³.

Las crecientes regulaciones en torno a la inteligencia artificial por parte de los Estados Unidos y la Unión Europea reflejan también una clara conciencia gubernamental sobre el potencial de estas tecnologías en la administración de justicia. Estas medidas anticipan el inminente cambio que la profesión legal experimentará en los próximos años. Tanto la Orden Ejecutiva sobre Seguridad, Protección y Confiabilidad para el Desarrollo y Uso de Inteligencia Artificial de Estados Unidos como el recientemente aprobado Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea –de los que trataremos más adelante– intentan abordar el uso a futuro de esta tecnología en el campo legal.

-
- 1 Traducción libre. E. W. FELTEN, M. RAJ y R. SEAMANS, *How Will Language Modelers like ChatGPT Affect Occupations and Industries? Social Science Research Network*, 01/01/2023, p. 2, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4375268> (06/04/2024).
 - 2 J. HAGGEERTY, *Objections overruled: The case for disruptive technology in the legal profession*, <<https://www.deloitte.com/content/dam/assets-zone2/uk/en/docs/services/financial-advisory/2023/deloitte-uk-technology-in-law-firms.pdf>> (01/07/2024).
 - 3 J. HATZIUS, *Global Economics Analyst: The Potentially Large Effects of Artificial Intelligence on Economic Growth*, <<https://www.gspublishing.com/content/research/en/reports/2023/03/27/d64e052b-0f6e-45d7-967b-d7be35fabd16.html>> (01/07/2024).

Dentro del contexto de vertiginosa transformación tecnológica, el arbitraje destaca como una de las prácticas legales más receptivas a la tecnología e innovación, gracias a la flexibilidad que lo caracteriza. Así, recientemente la Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, la “ICC”) ha reconocido la utilidad de los sistemas de aprendizaje automático, basados en inteligencia artificial, para optimizar los procesos arbitrales e inclusive, ha indicado que “las partes y los tribunales deben considerar siempre las soluciones tecnológicas que puedan ser utilizadas para ayudar a llevar los arbitrajes de forma eficiente y ayudar a las partes a ahorrar tiempo y costos”⁴. Por lo tanto, es crucial que los practicantes y árbitros, especialmente en el área del arbitraje internacional, reconozcan este impulso tecnológico y se anticipen los cambios que estas tecnologías generarán en la práctica profesional.

Por las razones anteriormente señaladas, se estudiará en el presente artículo, los posibles usos de la inteligencia artificial en el procedimiento arbitral, para asistir tanto a los abogados litigantes, como a los secretarios y árbitros en sus actividades cotidianas. Además, se evaluará la posibilidad de que la inteligencia artificial pueda ayudar e inclusive reemplazar a los árbitros en su función resolutoria. Se analizarán cuáles son los retos y desafíos en el desarrollo de los llamados *AI-arbitrators* y se presentarán ejemplos concretos de la implementación de estos sistemas en la actualidad. Para verificar la factibilidad de esta propuesta, se analizarán las implicaciones legales en la ejecución de un laudo dictado por una *AI-arbitrator* y las principales objeciones en la actualidad al uso de la inteligencia artificial en el campo legal.

2. USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ARBITRAJE: HERRAMIENTAS PARA ASISTIR A LOS ÁRBITROS, SECRETARIOS Y LITIGANTES

La recopilación y síntesis de información, el análisis de los hechos y la revisión de extensas presentaciones documentales de las partes son algunas de las tareas que más tiempo consumen a los árbitros. Esto ha generado que los costos y tiempos de los arbitrajes se hayan incrementado progresivamente en

4 ICC ARBITRATION AND ADR COMMISSION, *Leveraging Technology for Fair, Effective and Efficient International Arbitration Proceedings*. <<https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2022/02/icc-arbitration-and-adr-commission-report-on-leveraging-technology-for-fair-effective-and-efficient-international-arbitration-proceedings.pdf>> (02/06/2024).

los últimos años. Este no es solamente un problema de árbitros y jueces, sino también de los litigantes y funcionarios públicos.

Por estas razones, el mercado *legaltech* ha introducido en los últimos años una infinidad de productos basados en inteligencia artificial para ayudar a los abogados litigantes a simplificar sus operaciones y a reducir costos. Si bien los sistemas que señalaremos a continuación se diseñaron para asistir a los abogados litigantes, consideramos que estos pueden ser usados por árbitros y secretarios para trabajar de manera más eficiente y asequible.

Un primer grupo de aplicaciones son las e-Discovery, usadas para revisar grandes volúmenes de documentos cuya revisión manual es ineficiente y costosa. *Kira Systems*⁵ y *Brainspace Discovery*⁶ son dos de las IAs más populares en el mercado para esta labor. Estas son aplicaciones de aprendizaje automático capaces de identificar, agrupar, extraer y clasificar documentos, contratos o pruebas. Los árbitros podrían utilizar estas herramientas para sintetizar, simplificar y comprender las exhibiciones documentales de las partes, las cuales pueden llegar a tener miles de páginas.

Existen otros modelos basados en inteligencia artificial que sirven para realizar el denominado *Story telling*. *NexLP Story Engine*, por ejemplo, utiliza codificación predictiva, el procesamiento de lenguaje natural y el “análisis de sentimientos”⁷ para identificar personas, lugares y temas clave en un conjunto de datos determinado. Por ejemplo, se puede usar dentro de las presentaciones respectivas de las partes, para comprender la narrativa de los casos y así “contar la historia detrás de los datos”. Estos modelos ayudarían a los árbitros en la redacción de los antecedentes o simplemente a simplificar los datos y hechos presentados por las partes de manera esquemática de acuerdo con las preferencias de los tribunales.

Otras herramientas populares de inteligencia artificial son eBrevia, Everlaw, Disco, Ravel Law, Harvey IA⁸, High Q by Thomson Reuters y CoCounsel. Estas aplicaciones pueden realizar un sinnúmero de tareas como la revisión de documentos, investigación jurídica, preparación de memorandos, análisis y

5 KIRA SYSTEMS, *How Kira Works*, <<https://kirasystems.com/how-kira-works>> (02/06/2024).

6 EPIQGLOBAL, *EDiscovery and Litigation Solutions*, EPIQ, 28/08/2023, <<https://www.epiq-global.com/en-us/services/ediscovery-litigation-investigation-services>> (02/06/2024).

7 RELATIVITY, *Story Engine | App Hub | Relativity*, <<https://apphub.relativity.com>> (02/03/2024).

8 Ver, <https://www.harvey.ai/>.

gestión de contratos. Adicionalmente, la American Bar Association ya ha indicado que estos sistemas de IA están siendo empleados para realizar análisis de *compliance* y *due diligence*, detección de actuaciones indebidas de empleados e incluso para la detección de mentiras por parte de los testigos⁹, habilidad que se tratará más adelante.

El uso de la inteligencia artificial para facilitar a los juzgadores la adquisición y análisis de información parece ser aceptado por el público. Ciertos estudios confirman que los individuos “generalmente perciben el uso de algoritmos como más justos en la etapa de adquisición de la información que en otras etapas”¹⁰. Gracias a esta aceptación y debido a la eficiencia y disminución de costos que han generado estos programas, famosos litigantes indican que “ya se habla de sustituir a los secretarios de los tribunales por IA para asistir con investigación jurídica y resumir las presentaciones o pruebas de las partes”¹¹, las cuales albergan cientos de documentos, que los árbitros revisan, pero con gran dificultad.

Actualmente, China tiene la ventaja en la implementación de estas herramientas de inteligencia artificial en su sistema judicial. Desde mayo de 2018, la Comisión Política y Judicial del Comité central del Partido Comunista implementó en varias ciudades y provincias el “206 System”. Este es un “sistema de asistencia integrado de IA para casos penales. Este sistema puede ayudar al juez a encontrar hechos, autenticar pruebas, proteger el derecho a apelar y juzgar imparcialmente en el juicio para evitar condenas injustas”¹². *206 System* ya ha sido utilizado en audiencias y también ha sido empleado frecuentemente por la policía de Shanghái para el manejo de evidencia y preparación de interrogatorios.

9 AMERICAN BAR ASSOCIATION, HOUSE OF DELEGATES, Resolución adoptada el 12/08/2019, <<https://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/annual-2019/112-annual-2019.pdf>> (03/06/2024).

10 D. BARYSÉ y R. ROEE SAREL, *Algorithms in the court: does it matter which part of the judicial decision-making is automated?, Artificial Intelligence and Law*, <<https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-022-09343-6>> (01/2023); Y. HERMSTRÜWER y P. LANGENBACH, *Fair Governance with Humans and Machines, Discussion Papers of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods* 4, <<https://papers.ssrn.com>> (04/06/2024).

11 J. KWAN et al., *The Use of Artificial Intelligence in International Arbitration: Where Are We Right Now?, International Arbitration Law Review*, <[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I0EE69D704EE611E9983883C6A6007133/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I0EE69D704EE611E9983883C6A6007133/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)> (19/ 22 /2019).

12 Traducción libre. J. WEI, *China Uses AI Assistive Tech on Court Trial for First Time* (24/01/2019), <<https://www.chinadaily.com.cn/a/201901/24/WS5c4959f9a3106c65c34e64ea.html>> (04/06/2024).

3. REGULACIÓN DEL USO DE IA EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES Y ARBITRALES

A pesar del exponencial desarrollo de la inteligencia artificial en los últimos años, pocas instituciones arbitrales, tanto locales como internacionales, han tomado posiciones definitivas con relación al uso de esta tecnología¹³. No obstante, destaca como una excepción significativa el enfoque adoptado por las Reglas de Arbitraje Administrado del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong, las cuales abogan por la implementación del “uso efectivo de la tecnología”¹⁴ en el desarrollo de procedimientos, con el objetivo de prevenir demoras o gastos innecesarios para las partes.

Por su parte, la Comisión de Arbitraje y ADR de la ICC ya ha indicado que: “el uso de la tecnología de la información para fines internos de una parte está permitido como cuestión de la autonomía de las partes, sujeto a las preocupaciones relativas a la seguridad de los datos o a cualquier otra que pueda afectar a la parte contraria”¹⁵. Aun así, en este mismo informe, la ICC reconoce que:

“[A]ctualmente no existen reglas ni orientaciones sobre si una parte que pretenda utilizar codificación predictiva [una rama de la IA] deba revelar ese hecho a otras partes o al tribunal. Tampoco existe ninguna orientación sobre si el uso de la codificación predictiva debe ser acordado por otras partes o aprobado por el tribunal”¹⁶.

Por lo cual, debemos sugerir que esto sea tratado por las partes en la conferencia de manejo del caso o *case management conference*.

En 2019, la *American Bar Association* adoptó una resolución enfocada en la inteligencia artificial y su impacto en la práctica legal. En dicha resolución, se exhortó a abordar las cuestiones éticas y legales emergentes vinculadas al uso de la inteligencia artificial en el ámbito legal. Estas cuestiones incluyeron aspectos como el sesgo, la explicabilidad y la transparencia de las decisiones

13 M. WAQAR, *The Use of AI in Arbitral Proceedings*, *Ohio State Journal On Dispute Resolution* 37, 3 (2022): 357, <<https://moritzlaw.osu.edu/sites/default/files/2022-08/11-%20Waqar%20Publication%20Final%20343-366.pdf>> (2022).

14 Traducción libre. HKIAC, Hong Kong International Arbitration Centre Administered, 2018, art. 13 (2), <<https://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/administered-arbitration-rules/hkiac-administered-2018-1#13>> (01/06/2024).

15 Traducción libre. ICC ARBITRATION AND ADR COMMISSION. *Leveraging Technology*, p. 9.

16 ICC ARBITRATION AND ADR COMMISSION, N.18.

automatizadas generadas por la inteligencia artificial, así como el uso ético y beneficioso de esta tecnología. Además, se destacó la importancia de establecer controles y supervisión tanto de la inteligencia artificial en sí como de los proveedores que la suministran¹⁷.

En Estados Unidos varios jueces ya han emitido disposiciones para regular el uso de la inteligencia artificial en sus tribunales. Por ejemplo, el juez Brantley Starr del Distrito Norte de Texas emitió en mayo de 2023 una orden que requiere que los abogados litigantes presenten un certificado indicando que sus escritos no serán redactados mediante IA generativa o, por defecto, que un humano comprobará la precisión y fiabilidad de cualquier texto que esta genere¹⁸. Poco después, el juez Michael M. Baylson del Tribunal de Distrito de EE. UU. para el Distrito Este de Pensilvania y el magistrado Gabriel Fuentes del Tribunal de Distrito de EE. UU. para el Distrito Norte de Illinois emitieron ordenes similares a las de Brantley.

A pesar de lo señalado, es importante destacar que, en el ámbito del arbitraje internacional, no se han identificado decisiones relevantes sobre el uso de la inteligencia artificial (en adelante, la “IA”) en los procedimientos ni regulaciones específicas que aborden su empleo por parte de los abogados. Incluso el *soft law* ofrece poca orientación en este tema: ni los Principios de la IBA sobre Conducta para la Profesión Legal, ni las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en Arbitraje Internacional regulan de manera específica el uso de la IA. Esto ha llevado a académicos a advertir que tal vacío normativo podría generar desigualdades en los procedimientos, incentivando a las partes a contratar abogados de jurisdicciones donde el uso de la IA esté permitido o regulado favorablemente¹⁹.

Por ejemplo, en los Estados Unidos, país que lidera el desarrollo de la inteligencia artificial (IA) y alberga una parte significativa de la práctica del arbitraje internacional, la Regla Modelo 1.1 de la *American Bar Association* (en adelante, la “ABA”) define la representación competente como aquella que

17 AMERICAN BAR ASSOCIATION, N.11

18 M. R. GROSSMAN, P. GRIMM y D. G. BROWN, *Is disclosure and certification of the use of generative AI really necessary?*, *Judicature* 107, 2 (2023), <https://judicature.duke.edu/wp-content/uploads/2023/10/AIOrders_Vol107No2.pdf> (06/06/2024).

19 Traducción libre. R. ABBOTT et. al, “International Arbitration Experts Discuss the Impact of Artificial Intelligence on International Arbitration”. *Mealey’s International Arbitration Report* 38 (7/7/2023): 2, <<https://www.troutman.com/insights/international-arbitration-experts-discuss-the-impact-of-artificial-intelligence-on-international-arbitration.html>> (01/06/2024).

requiere “conocimientos legales, habilidad, minuciosidad y preparación razonablemente necesarias para la representación”²⁰. En 2012, la ABA añadió un comentario crucial a esta regla, que destaca la importancia de las tecnologías emergentes: “para mantener el conocimiento y la habilidad necesarios, los abogados deben mantenerse al tanto de cambios en la ley y su práctica, incluidos los beneficios y riesgos asociados con la tecnología relevante”²¹.

Este cambio implica que la noción de “competencia profesional” ahora no solo se limita al dominio del derecho sustantivo y procesal, sino que también incluye el deber de familiarizarse con tecnologías relevantes, como la inteligencia artificial. De hecho, más de 37 estados en Estados Unidos ya han adoptado esta interpretación ampliada de la Regla Modelo, reflejando la creciente expectativa de que los abogados incorporen herramientas tecnológicas en su práctica profesional cuando estas mejoren la eficiencia y reduzcan costos.

Por otro lado, en 2019, la Federación de Sociedades de Derecho de Canadá adoptó una norma similar, subrayando que el conocimiento de las tecnologías legales no es opcional, sino un requisito ético para una representación adecuada. En este contexto, mientras que los abogados de estos países podrían ver como negligencia el no utilizar IA para optimizar costos y eficiencia, otros abogados de jurisdicciones con reglas más restrictivas podrían considerar que sus normas éticas o profesionales les prohíben recurrir a este tipo de tecnología. Sostenemos en definitiva que esta divergencia regulatoria podría generar conflictos adicionales y plantear inquietudes sobre la igualdad de armas en los procedimientos arbitrales internacionales.

20 AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Rule 1.1: Competence*, <https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_1_competence/> (09/04/2024).

21 AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Rule 1.1: Competence-comment*, <https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_1_competence/comment_on_rule_1_1/> (09/04/2024).

3.1. LAS DIRECTRICES SOBRE EL USO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL.

Estas preocupaciones han llevado al *Silicon Valley Arbitration & Mediation Center* a la elaboración de las “Directrices sobre el uso de la Inteligencia Artificial en el Arbitraje Internacional”²². Estas se dividen en tres capítulos. El primero contiene reglas generales aplicables para todos los participantes en el arbitraje, sin importar su función, entre las que se entienden los usos, limitaciones y riesgos de la IA. El segundo capítulo, aborda el uso de la IA por las partes y las defensas técnicas y contempla el deber de competencia o diligencia. El tercer capítulo se refiere a las reglas que deben seguir los árbitros y secretarios. A continuación, nos referiremos un poco más a cada capítulo.

En el primer capítulo se muestra que, los participantes en un arbitraje son responsables de asegurar que sus sistemas de IA sean consistentes. Las reglas generales prohíben a los participantes compartir información con cualquier herramienta de IA sin una autorización apropiada. También se indica que la revelación del uso de sistemas basados en IA no es obligatoria y deberá ser evaluada caso por caso.

En el segundo capítulo, las reglas para las partes y sus abogados representantes, se indica el deber de competencia o diligencia en el uso de la IA, lo cual incluye la obligación de “revisar el resultado de cualquier herramienta de evaluación de impacto utilizada para preparar las presentaciones, para verificar que sea precisa desde un punto de vista fáctico y legal.” Otra de las obligaciones de las Partes es el respeto por la integridad de los procedimientos y la evidencia.

En el tercer capítulo, las Directrices establecen dos obligaciones para los árbitros: no delegar sus responsabilidades de toma de decisiones y velar por el respeto del debido proceso. Respecto a la primera, la pauta no. 6 establece que: “un árbitro no deberá delegar ninguna parte de su mandato personal a ninguna herramienta de inteligencia artificial. Este principio se aplicará particularmente al proceso de toma de decisiones del árbitro”²³ inicialmente puede basarse en la de la voluntad de las partes. Las Directrices proporcionan una Cláusula Modelo que puede incorporarse directamente a la cláusula arbitral, tanto en arbitraje nacional o internacional. Sin embargo, esperamos que, dependiendo

22 Traducción libre. SILICON VALLEY ARBITRATION AND MEDIATION CENTER, *Guidelines on the use of Artificial Intelligence in arbitration*, 1era edición 2024 <<https://svamc.org/wp-content/uploads/SVAMC-AI-Guidelines-First-Edition.pdf>> (04/04/2024).

23 SILICON VALLEY ARBITRATION AND MEDIATION CENTER, N.24.

de su aceptación, en algún momento estas puedan pasar a ser parte del *soft law*.

3.2. LA SENTENCIA NO. T-323 DE 2024 DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

En agosto de este año, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia No. T-323 de 2024 se pronunció por primera vez respecto al “uso de herramientas de inteligencia artificial generativas en procesos judiciales de tutela”, marcando un hito jurisprudencial en la región sobre el uso de esta tecnología en la justicia ordinaria y su relación con los derechos constitucionales a la defensa, al debido proceso y a la motivación de las decisiones judiciales.

En dicha sentencia, la Corte analizó un fallo de segunda instancia en el cual el juez realizó una serie de preguntas jurídicas a CHAT GPT y luego citó en la sentencia las respuestas que le proporcionó la IA. De acuerdo con la Corte, aquello creó dudas respecto a “(i) si quien emitió la decisión fue un juez de la República o una IA y (ii) si la decisión fue debidamente motivada o fue producto de respuestas o alucinaciones generadas por la IA”²⁴.

La Corte indicó que la garantía del juez natural, la de motivación de las decisiones judiciales y la del debido proceso probatorio son componentes del derecho al debido proceso que podrían verse transgredidas por el uso de IA en las decisiones judiciales²⁵. La Corte fue enfática señalado que:

“[E]n el marco de las tecnologías de la IA y su implementación en los sistemas judiciales, parte del contenido esencial de la garantía del juez natural es la condición de ser humano que debe asistirle al juzgador. En efecto, el diseño institucional y normativo actual [colombiano] no prevé la posibilidad de un juez máquina [...]”²⁶.

A continuación, la Corte enunció las normas de la Constitución Política de Colombia y la Ley Estatutaria de Administración de Justicia en lo referente a los requisitos para ser juez o fiscal, concluyendo respecto a la garantía de juez natural que:

24 Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, Sentencia No. T-323 de 2024, párr. 65.

25 Ibid, párr. 81.

26 Ibid, párr. 213.

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico [colombiano], el juez natural tiene que ser un humano y no una máquina, por lo que la IA no puede suplantar al juez en la toma de decisiones judiciales, pues *ello implicaría la violación de la garantía del juez legal previamente establecido*, sin importar la complejidad del asunto sometido a estudio de la jurisdicción. Si la decisión judicial es tomada por una IA, sin valoración y determinación por parte de un juez, será inválida y se quebrantará el derecho fundamental al debido proceso²⁷ [énfasis añadido].

Así la Sala concluyó que “se genera una violación de la garantía del juez natural cuando el funcionario judicial utiliza la IA para sustituir el razonamiento lógico y humano que le compete realizar”²⁸, sin perjuicio de ello, resaltó que estas herramientas pueden continuar siendo usadas por los jueces en labores de gestión administrativa, documental, corrección y síntesis de textos, entre otros.

Es evidente que esta decisión cierra la posibilidad de que el juez ordinario —al menos en una acción de tutela— pueda transferir su obligación de decidir a la IA. De las palabras de la Corte, deducimos que la vulneración al debido proceso se debe, en principio, a la configuración legislativa del rol del juez ordinario y a que la ley no le permite a este delegar su función resolutoria, pues es ella quien lo ha investido con jurisdicción y competencia.

Sin perjuicio de ello, consideramos que el razonamiento de la Corte respecto al juez natural deja abierta la puerta al uso de esta tecnología en el arbitraje: si existe una vulneración a la garantía del juez natural en el caso de que una IA dicte una sentencia es precisamente porque ni la ley —ni la voluntad de las partes— le han otorgado dicha atribución a esta “máquina”.

No obstante, en el arbitraje, el juez natural establecido por la Constitución o la ley es desplazado, en virtud del acuerdo de las partes, por una persona que adquiere jurisdicción a través de dicho acuerdo. Así, si es la voluntad de las partes que una IA resuelva su controversia, estas pueden hacerlo en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes para regular el procedimiento arbitral, relegando al llamado “juez natural” que preveía la ley. Si es el árbitro elegido de acuerdo con lo estipulado por las partes el que dirige el

27 Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, Sentencia No. T-323 de 2024, párr. 219.

28 Ibid, párr. 220.

arbitraje, nada parecería indicar que se ha vulnerado el derecho de las partes al juez natural.

En su decisión, la Corte señaló que, aunque la herramienta ChatGPT se utilizó para complementar la motivación del fallo, el juez había realizado previamente un análisis independiente del caso antes de incluir el razonamiento de la IA. Esto significa que la IA no desempeñó un papel central en la motivación de la sentencia. Por lo tanto, se determinó que no hubo una violación de la garantía del juez natural en la sentencia impugnada, ya que la IA no suplantó ni sustituyó al juez²⁹.

La Corte adicionalmente estableció varios principios que deben ser aplicados por los operadores de justicia cuando utilizan herramientas de IA para asistirles en sus labores: transparencia, responsabilidad, privacidad, no sustitución de la racionalidad humana, seriedad y verificación, prevención de riesgos, igualdad y equidad, control humano, regulación ética, adecuación a buenas prácticas y estándares colectivos, seguimiento continuo y adaptación e idoneidad³⁰.

Sin perjuicio de todo lo anterior, la corte señaló que los lineamientos dados en esta sentencia son una primera aproximación general a un tema novedoso y en constante evolución. Los parámetros deben ser considerados en función del desarrollo normativo, tecnológico, y las necesidades específicas de cada jurisdicción. Indica la sentencia que serán necesarios análisis especializados sobre la implementación de esta tecnología en “los distintos campos del derecho y en los diferentes frentes procesales y de actuación judicial”³¹. Por tanto, estos límites pueden ser distintos o ajustados en otros ámbitos procesales, tales como el arbitraje.

29 Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, Sentencia No. T-323 de 2024, párr. 359 y 360.

30 Ibid, párr. 300.

31 Ibid, párr. 300.

4. IA COMO REEMPLAZO DE LOS ÁRBITROS Y SU ROL EN LA TOMA DE DECISIONES.

4.1. DESARROLLO DE UN *AI-ARBITRATOR*

Tal como lo indicó la Corte Constitucional de Colombia, una labor tan sensible como la resolución de controversias no puede ser confiada a cualquier sistema de inteligencia artificial. Esto incluye plataformas como Chat GPT, la cual “no es una herramienta licenciada para la administración de justicia estatal y sus respuestas no corresponden a un ejercicio razonado y especializado de ponderación en derecho”³².

Por todo esto, es imperativa la creación de sistemas especializados capaces de cumplir con esta tarea y con los altos requerimientos de seguridad, confiabilidad y transparencia que se necesitan para evitar la vulneración de los derechos a la defensa y el debido proceso de las partes.

Denominamos *artificial intelligence arbitrator* o “*AI-arbitrator*” a aquel sistema basado en inteligencia artificial capaz de resolver problemas legales en forma similar a la de un árbitro humano, a través de la interpretación de hechos y normas, con el fin de brindar asistencia o ser participe en la toma de decisiones arbitrales. A esta tecnología también se le suele denominar como “*machine arbitrator*” o “*robot-arbitrator*”.

Para el desarrollo de un *AI-arbitrator* completamente autónomo y con capacidad para desarrollar un laudo de manera autónoma, serán necesarias principalmente dos grandes ramas de la Inteligencia artificial: la inteligencia artificial predictiva y los modelos grandes de lenguaje. Estas ramas, a su vez, se basan en los conocidos subcampos de la inteligencia artificial denominados aprendizaje automático y aprendizaje profundo. Estos subcampos buscan que, a partir de la observación de un conjunto de datos, el sistema “aprenda” a reconocer patrones, ideas complejas y a partir de estos cree procesos con el fin de realizar las tareas que se le encomiendan. Este aprendizaje puede ser supervisado, semi-supervisado o no supervisado.

A continuación, analizaremos estas ramas de la inteligencia artificial y

32 Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, Sentencia No. T-323 de 2024, párr. 244.

estudiaremos sus ventajas y ejemplos de su uso en la actualidad.

4.1.1. LA PREDICCIÓN CUANTITATIVA LEGAL O QLP.

Una parte elemental del trabajo de los abogados litigantes es asesorar a sus clientes en la toma de decisiones sobre cómo resolver sus conflictos: ¿Es conveniente acudir al arbitraje? ¿Cuáles son las probabilidades de éxito? ¿Deberíamos llegar a un acuerdo? Para responder estas preguntas, los abogados realizan una predicción razonable basada en su experiencia. Esto es muchas veces un juego de probabilidades, que lastimosamente puede verse afectado por los sesgos, la limitación cognitiva de los humanos al enfrentarse a gigantescas cantidades de información y variables, la falta de experiencia, entre otros factores.

Por estas razones, en los últimos años se ha desarrollado una rama de sistemas basados en inteligencia artificial denominada “predicción cuantitativa legal” o “QLP”. Estos sistemas “están diseñados para remediar o complementar las deficiencias de los razonadores humanos”³³ y se basan principalmente en herramientas de análisis de datos, aprendizaje profundo y métodos probabilísticos de reconocimiento de patrones³⁴. En términos simples, la QLP analiza la información que se le presenta y gracias al aprendizaje profundo y a distintos modelos matemáticos aprende a reconocer patrones en la información, de los que se podría extraer predicciones mucho más precisas que las que podría dar un humano.

De esta forma, tal como lo ha indicado la Comisión de Arbitraje de la ICC, estos algoritmos son capaces de “identificar los documentos relevantes o los documentos que responden a una solicitud de documentos o a una orden judicial”³⁵ y también son útiles para “evaluar los méritos del propio caso de una

33 Traducción libre. D. KATS, *Quantitative Legal Prediction –or– how I learned to stop worrying and start preparing for the data-driven future of the legal services industry*, *Emory Law Journal* 62, 823 (2013): 21, <https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj/vol62/iss4/6/?utm_source=scholarlycommons.law.emory.edu%2Felj%2Fvol62%2Fiss4%2F6&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages> (06/06/2024).

34 P. BENNETT, M. KAROL y S. KUYAN, *Artificial Intelligence and Arbitration: The Computer as an Arbitrator — Are We There Yet?*, *Dispute Resolution Journal* 35, 74 (10/2020): 49, <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3709032> (02/06/2024)

35 Traducción libre. ICC ARBITRATION AND ADR COMMISSION. *Leveraging Technology*, p. 29, <<https://iccwbo.org/news-publications/arbitration-adr-rules-and-tools/icc-arbitration-and-adr-commission-report-on-leveraging-technology-for-fair-effective-and-efficient-international-arbitration-proceedings/>> (09/07/2024).

parte y para identificar los documentos en los que puede querer basarse”³⁶. En definitiva, la Comisión parece promover su uso puesto que “los beneficios potenciales de la codificación predictiva incluyen ahorro de tiempo y costos, mayor precisión y transparencia [...]”³⁷.

Una de las utilidades de la QLP es la de predecir los resultados de un proceso judicial a partir del análisis de los hechos del caso planteado. Esta idea no es reciente, ya en 1963, Reed C. Lawlor, en su artículo “*What Computers Can Do: Analysis and Prediction of Judicial Decisions*”³⁸, esbozaba esta posibilidad y se preguntaba: “¿ayudará esto a que la ley sea menos impredecible?”³⁹. Recientes estudios han señalado que esto sí es posible e incluso que la capacidad de predicción de las QLP es mejor que la de los humanos⁴⁰.

Por ejemplo, han sido varios los algoritmos que han intentado predecir los fallos de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un artículo publicado en *Columbia Law Review* indicó que un modelo estadístico, basado en las características generales de los casos presentados en la Corte en 2002 “predijo correctamente el 75% de los resultados afirmativos/reversos de la Corte, mientras que los expertos [humanos] en conjunto acertaron el 59,1”⁴¹. En 2017, otro grupo de investigadores creó un algoritmo similar⁴², cuyo objetivo era predecir las sentencias de la Corte en un contexto generalizado, es decir, sin considerar la conformación de la Corte o el período específico en que se daría la resolución. Este sistema fue alimentado con la Base de Datos de la Suprema Corte (en adelante, la “**SCDB**”), la cual contiene decisiones desde 1971 hasta

36 ICC ARBITRATION AND ADR COMMISSION. *Leveraging Technology*, N.37.

37 ICC ARBITRATION AND ADR COMMISSION. *Leveraging Technology*, N.37.

38 Traducción libre. R. LAWLOR, *What Computers Can Do: Analysis and Prediction of Judicial Decisions*, *American Bar Association Journal* 49, 4 (1963), <<https://www.jstor.org/stable/25722338>> (04/05/2024).

39 R. LAWLOR, N. 40.

40 R. GUIMERA y M. SALES-PARDO, *Justice Blocks and Predictability of U.S. Supreme Court Votes*, *Plos One* 6, 11 (2012), <<https://arxiv.org/abs/1210.4768>> (09/04/2024).

Ver, K. D. ASHLEY y S. BRÜNINGHAUS, *Automatically Classifying case texts and predicting outcomes*, *Artif Intell Law* 17, (2009), <<https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-009-9077-9>> (02/04/2024).

41 Traducción libre. T. W. RUGER et al., *The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decisionmaking*, *Columbia Law Review* 104, no. 4 (2004), <<https://www.jstor.org/stable/4099370?origin=crossref>> (07/04/2024).

42 D. KATZ, M. BOMMARITO y J. BLACKMAN, *A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States*, *PLoS ONE* 12, 4 (2017), <<https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0174698>> (03/04/2024).

la actualidad, acumulando más de 384 distintas variables⁴³. El sistema analizó casos presentados entre 1816 y octubre de 2014 y “predijo correctamente el 70,2% de las decisiones de la Corte”⁴⁴.

En 2016, se realizó un estudio dirigido a predecir el resultado de los casos presentados ante la Corte Europea de Derechos Humanos, basándose únicamente en el contenido textual de las demandas⁴⁵. Para su desarrollo, se le entregó al algoritmo una base de datos con 584 decisiones de la Corte. Posteriormente, se le proporcionó varios casos que ya fueron resueltos por la Corte Europea y se le consultó si este organismo encontraría una violación de los artículos alegados en dichos casos. El modelo resolvió los casos de la misma forma en que lo hizo la Corte con un 79% de precisión en promedio⁴⁶.

Otro sistema creado para predecir la resolución de casos es SMART Index Learner Plus Issue – Based Prediction (en adelante, “SMILE + IBP”). Este sistema clasifica “las descripciones textuales de los hechos [...] en término de factores”⁴⁷. Con estas clasificaciones, SMILE + IBP puede evaluar el caso y crear predicciones a partir de una base de datos clasificada por factores que podrían afectar la decisión del juzgador.

Existen inclusive compañías que han confiado su negocio a la capacidad predictiva de la inteligencia artificial. Por ejemplo, *Legalist.com*, una compañía constituida en Silicon Valley ofrece financiamiento para litigios costosos que muchas veces no pueden ser financiados por las *start-ups*. Esta compañía elige en qué controversias invertir a través de un complejo algoritmo que determina las probabilidades de éxito⁴⁸. Si la IA encuentra que existe una alta posibilidad de ganar, *Legalist* concede el préstamo a cambio de una parte de las ganancias del eventual veredicto⁴⁹.

43 D. KATZ, M. BOMMARITO y J. BLACKMAN, p. 4, N.44.

44 Ibid, p. 8, N.44.

45 N. ALETRAS *et al.*, *Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective*, *PeerJ Computer Science* 2: e93 (2016), <<https://peerj.com/articles/cs-93/>> (04/04/2024).

46 N. ALETRAS *et al.*, p. 1, N.47.

47 K. D. ASHLEY y S. BRÜNINGHAU, N.42.

48 A. McELHANEY, *Legalist founder Eva Shang goes deep on the firm’s “truffle sniffing” technology*, (10/05/2022), <<https://www.institutionalinvestor.com/article/2b-stms64p76l7lfjvtp8g/corner-office/how-a-machine-learning-program-finds-litigation-financing-deals>> (05/04/2024).

49 A. OPPENHEIMER, *¡Sálvese quien pueda!: El futuro del trabajo en la era de la automatización* (2018), 165.

Sostenemos que cuando las QLP realizan una “predicción”, en realidad están emitiendo un veredicto o una decisión que busca asemejarse, en gran medida, a la que proporcionaría un juez o un árbitro. Este proceso se fundamenta en el análisis del comportamiento histórico de estos individuos o de los órganos colegiados ya existentes. Desde la perspectiva jurídica, estos algoritmos no solo “predicen” el razonamiento de los jueces y su análisis legal, sino que, para lograrlo, replican necesariamente dicho razonamiento. En otras palabras, si una QLP logra predecir correctamente la decisión de un juez en el 70% de los casos, esto podría implicar que la plataforma ha sido capaz de reproducir el razonamiento de los jueces en ese mismo porcentaje de casos.

Esta habilidad es la razón fundamental por la cual consideramos que la inteligencia artificial predictiva es esencial para la creación de un *AI-arbitrator*. En una fase inicial, los árbitros podrían utilizar esta tecnología para identificar la decisión más razonable, predecible y aceptable para las partes, esto con el fin brindar uniformidad a las decisiones y con el tiempo, y considerando la confianza que el público encuentre en esta tecnología, el *AI-arbitrator* podría volverse totalmente autónomo hasta resolver casos sin la necesidad de supervisión humana.

4.1.2. LOS MODELOS GRANDES DE LENGUAJE O LLM.

La segunda rama de inteligencia artificial necesaria para el desarrollo del *AI-arbitrator* consiste en los algoritmos de aprendizaje profundo conocidos como “modelos de lenguaje grandes” o “LLM”, por sus siglas en inglés. Estos algoritmos poseen características específicas denominadas Procesamiento de Lenguaje Natural (PLN), los cuales permiten al algoritmo comprender las complejidades del lenguaje humano. Su importancia radica en su capacidad para contextualizar el lenguaje, por ejemplo, entender que un “auto” como providencia no es lo mismo que un “automóvil”. Algo obvio para un abogado humano, pero no necesariamente para un ordenador, como ocurre con los traductores online que utilizamos día a día.

Si bien el lenguaje jurídico suele ser extremadamente complejo, el desarrollo de los modelos grandes de lenguaje y de procesamiento de lenguaje natural en

el ámbito legal ha sido sorprendente⁵⁰. Recientemente, varios investigadores indicaron que GPT-4 llevó a cabo de manera destacada una simulación del Uniform Bar Examination (en adelante, “UBE”)⁵¹, el examen al cual deben someterse los profesionales del derecho para obtener su licencia para el ejercicio profesional en Estados Unidos. Esta es, sin lugar a duda, “una tarea que requiere un dominio semántico y sintáctico avanzado del idioma inglés”⁵².

El Examen se compone de tres componentes. El primero es el MBE, un examen de opción múltiple con 200 preguntas y una duración de seis horas. El segundo es el MEE, que consiste en ensayos de treinta minutos cada uno. El tercero es el MPT, un examen diseñado para evaluar las habilidades prácticas del aspirante, solicitando la realización de tareas legales específicas, como la redacción de memorandos o la aplicación de reglas en situaciones prácticas. El puntaje acumulado obtenido por GPT-4 en el UBE fue de 297 puntos, algo que tan solo obtiene el top-10 de los aspirantes. Por otra parte, el promedio de precisión en las respuestas del GPT-4 en las materias de derecho procesal civil fue de 61,1%, en contratos 88,1% y en derechos reales 79,7%⁵³. Esto podría indicar que este tipo de inteligencia artificial puede comprender el derecho anglosajón que se aplica en la resolución de controversias comerciales sometidas a arbitraje.

Reconocemos que la labor jurídica no solo se limita al conocimiento de la ley y los principios del derecho, sino que también abarca la comprensión y aplicación de estos mediante el razonamiento, una habilidad que, en muchas ocasiones, solo se adquiere a través de la práctica. Satisfactoriamente, académicos y desarrolladores de IA están comenzando a resaltar las habilidades que parecen estar desarrollando los LLM⁵⁴. Entre estas habilidades se encuentran; la capacidad de planificación, razonamiento, toma de decisiones, aprendizaje

50 D. KATZ et al., *Natural language processing in the legal domain* (2023), <<https://arxiv.org/abs/2302.12039>> (05/04/2024).

Ver, H. ZHONG et al., *How does nlp benefit legal system: A summary of legal artificial intelligence. In Proceedings of the 58th Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics* (2020), <<https://aclanthology.org/2020.acl-main.466/>> (06/06/2024)

51 M. KATZ et al., *GPT-4 Passes the Bar Exam, Social Science Research Network*, (15/03/2023), <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4389233> (07/06/2024).

52 M. KATZ et al., p. 2, N.53.

53 M. KATZ et al., p. 6, N.53.

54 J. WEI et al., *Emergent Abilities of Large Language Models*, (15/06/2022), <<https://arxiv.org/abs/2206.07682>> (07/04/2024).

contextualizado⁵⁵ e, incluso, razonamiento analógico⁵⁶. Estas son destrezas propias de los abogados al plantear su teoría del caso y de los árbitros al decidir sobre los méritos de la controversia.

4.2. LA JURISPRUDENCIA EN EL DESARROLLO DE UN *AI-ARBITRATOR*

En su estado actual de desarrollo, la precisión y eficacia de la IA predictiva y de los modelos de lenguaje de gran escala están vinculadas directamente a la calidad y cantidad de datos procesados y al algoritmo aplicado. Este fenómeno se explica debido a que las IAs basadas en aprendizaje automático y aprendizaje profundo son especialmente “hambrientos de datos”⁵⁷.

Esto implica que, para tener un buen entrenamiento, la IA necesita acceso a datos seleccionados con meticulosidad, los mismos que no solo deben ser voluminosos, sino también auténticos, diversos y relativamente constantes a lo largo del tiempo. Estos factores serán directamente proporcionales a la calidad de las decisiones que tome el *AI-arbitrator*: “un buen entrenamiento hará posible que la inteligencia artificial identifique distintos patrones discursivos y comprenda ciertos textos interpretativos, hasta un punto en que será difícil distinguir el nivel entre la inteligencia humana e inteligencia artificial”⁵⁸

Debido a esto, los expertos coinciden en que las jurisdicciones de derecho consuetudinario o *common law*, como Estados Unidos y Reino Unido, tendrán varias ventajas estratégicas en el desarrollo de IA legal predictiva y de *AI arbitrators*. La primera es que las IAs de aprendizaje automático para la toma de decisiones legales pueden desarrollarse más fácilmente en jurisdicciones como estas en las que el razonamiento es ascendente⁵⁹, donde la jurisprudencia juega un papel fundamental. Esto se debe a que, como se mencionó previamente, los sistemas basados en aprendizaje automático requieren de ejemplos

55 H. NAVEED et al., *A comprehensive overview of large language models* (27/12/2023), <<https://arxiv.org/abs/2307.06435>>, (06/04/2024).

56 T. WEBB, K. HOLYOAK y H. LU, *Emergent analogical reasoning in large language models*, *Nature Human Behavior* 7 (2023), <<https://www.nature.com/articles/s41562-023-01659-w>> (08/04/2024).

57 Traducción libre. H. EIDENMUELLER y F. VAREISIS, *what is an Arbitration? Artificial Intelligence and the Vanishing Human Arbitrator*, SSRN (2020), <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3629145> (08/04/2024).

58 C. CORREA, L. RODRÍGUEZ y V. SILVA, *Interpretación contractual: ¿cuánto de inteligencia humana y cuánto de inteligencia artificial?*, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 12 (2023), <<https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/69677>> (10/04/2024).

59 R. ABBOTT ET AL., N.21.

sobre cómo abordar ciertas situaciones y cómo interpretar hechos, normas o contratos específicos. De manera análoga a cómo un juez puede emplear la jurisprudencia o decisiones previas para orientarse en su actuación frente a una situación dada, el AI-arbitrator necesita disponer esencialmente de tales ejemplos para emitir un fallo. Por lo tanto, en jurisdicciones de este tipo “la tarea para la IA sería más sencilla, dado que ya existe un marco interpretativo y fáctico establecido para resolver el asunto”⁶⁰.

La segunda ventaja de los sistemas del *common law* es la existencia de una basta cantidad de jurisprudencia sistematizada y digitalizada, algo de lo que carecen en general las jurisdicciones latinoamericanas. En las jurisdicciones del *common law* la academia ha participado activamente en la recopilación y sistematización de bases de datos para el aprendizaje de las IAs. Por ejemplo, académicos de la Universidad de Oxford están construyendo una base de datos estandarizados de más de 100.000 decisiones judiciales dictadas por varios tribunales federales de Estados Unidos, cubriendo todas las áreas del derecho que se litigan en los tribunales federales de apelación. Según los investigadores, el propósito de esta base de datos no radica en que los abogados lean sentencias, sino en que los científicos apliquen programas de aprendizaje automático⁶¹. Esto con el objetivo de predecir resultados de casos análogos y descubrir patrones en las sentencias que, para los humanos, podrían pasar desapercibidos.

En el marco del arbitraje internacional la situación es más compleja por la falta de acceso a los laudos y la descentralización de las bases de datos de las diferentes instituciones arbitrales. Si bien los laudos provenientes de arbitraje internacional de inversiones son publicados constantemente, por ejemplo, los del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones – CIADI—, los de arbitraje comercial generalmente no lo son, esto debido a la confidencialidad que suele caracterizar a este tipo de procedimientos⁶².

Plataformas como Jus Mundi o *Dispute Resolution Data* –DRD— ya han realizado un avance significativo en la recopilación de laudos arbitrales en materia comercial. Estas plataformas buscan poner al alcance de los profesionales,

60 COLOMA, LIRA Y VELÁSQUEZ, “Interpretación contractual: ¿cuánto de inteligencia humana y cuánto de inteligencia artificial?”, *Revista Chilena De Derecho Y Tecnología*, 12, 2023.

61 F. STEFFEK y L. BULL, *Law and Autonomous Systems Series: Paving the Way for Legal Artificial Intelligence – A Common Dataset for Case Outcome Predictions*, *Oxford Business Law Blog* (2018), <<https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/05/law-and-autonomous-systems-series-paving-way-legal-artificial>> (10/04/2024).

62 Gary B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2da. ed. Wolters Kluwer, 2014.

recopilaciones de laudos y decisiones que, de otra forma, no serían publicadas. Sin embargo, al ser pagadas, las posibilidades de su uso para el desarrollo de IA son limitadas. En la actualidad ya existen iniciativas por parte de la comunidad académica dirigidas para la publicación uniforme de laudos arbitrales por parte de las instituciones arbitrales⁶³, pero en la práctica son poco aceptadas y las partes continúan siendo renuentes.

Por otro lado, ya sea desempeñando una función autónoma o asistiendo a los árbitros, los *AI-arbitrators* no podrán depender únicamente de laudos, sino que también requerirán artículos científicos, divulgativos, leyes, libros e incluso diccionarios jurídicos para comprender el lenguaje legal, realizar abstracciones y, en última instancia, resolver los casos.

La confidencialidad de la información al igual que los derechos de autor de los documentos o de las bases de datos que se utilizarán para “nutrir” a los *AI-arbitrators* representarán un factor importante en la creación de estos sistemas. Un ejemplo reciente del uso no autorizado de textos para nutrir inteligencia artificial es el del *New York Times* y *Open AI*. El famoso medio norteamericano demandó a *Microsoft* y *Open AI* ante una Corte de Nueva York por haber creado su inteligencia generativa –*Chat GPT*– “copiando y utilizando millones de artículos de noticias, investigaciones en profundidad, artículos de opinión, reseñas e instrucciones”⁶⁴. Esto permitió que las herramientas generativas de *Open AI* pudieran generar resultados que imitan el estilo expresivo del *Times*. Entre las pretensiones del *Times* está el que se ordene la destrucción de “todos los *GPT* u otros modelos de lenguaje –*LLM*– y conjuntos de entrenamiento que incorporan obras del *Times*”⁶⁵. Hasta el momento, el caso aún sigue en proceso.

De esta forma, la falta de acceso a laudos de manera gratuita y centralizada, sumado al costo del uso de otras fuentes académicas y jurídicas, podría aumentar la cantidad de tiempo y dinero necesario para sistematizar y crear bases

63 E. REYMOND-ENIAEVA, *Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration*, Springer, 2019.

64 Traducción libre. Unites States District Court Southern District of New York, *The New York Times Company V. Microsoft Corporation, Openai, Inc., Openai Lp, Openai Gp, Llc, Openai, Llc, Openai Opco Llc, Openai Global Llc, Oai Corporation, Llc, And Openai Holdings, Llc.*, Caso 1:23-cv-11195, 27/12/2023, <<https://www.courtlistener.com/>> (06/04/2024).

65 Unites States District Court Southern District of New York, N.66.

de datos para el aprendizaje de las IAs⁶⁶. Por estas razones, es vital la inversión y colaboración público-privada para el desarrollo de esta tecnología.

4.3. OTRAS HABILIDADES Y CARACTERÍSTICAS REQUERIDAS

Una de las razones principales por las cuales las partes eligen someterse a arbitraje es la posibilidad de pactar la confidencialidad del proceso y de la información producida y presentada. La Corte Constitucional Colombiana en el caso ya estudiado indicó que la entrega de los medios de prueba a la IA podría violar “la reserva procesal, si el proceso la aplica, o afectar derechos fundamentales como el habeas data o la intimidad [...] Así, si la IA es de propiedad de un particular, como lo es ChatGPT, a este, finalmente, es a quien se le estaría entregando la prueba o información del proceso”⁶⁷.

Por lo anterior, es indudable que un *AI-arbitrator* y sus desarrolladores deben brindar a sus usuarios las garantías necesarias de que la información que se le entregue no será utilizada por estos ni será compartida con terceros. La Corte Constitucional de Colombia dictaminó que, si la información que se introduce a este tipo de plataformas puede “ser apropiada y usada por la dueña del sistema”⁶⁸.

Reconocemos adicionalmente que el límite sobre el tratamiento de dicha información continúa siendo un problema pendiente de resolver, específicamente si el límite de la confidencialidad pactada por las partes permite o no que el *AI-arbitrator* pueda utilizar la información “aprendida” o recopilada en un arbitraje para resolver otro caso puesto en su conocimiento. No es solamente una cuestión jurídica sino también técnica: ¿podrá el *AI-arbitrator* mejorar en su función si se ve obligada a “olvidar” la información aprendida en cada procedimiento arbitral?

Por otro lado, hay que recordar que un árbitro no solamente realiza una función resolutoria. Un *AI-arbitrator* plenamente autónomo, es decir, aquel en el

66 Traducción libre. K. PAISLEY, E. SUSSMAN, “*Artificial Intelligence and New Arbitration Data Source*, *NYSVA New York Dispute Resolution Lawyer*”, *NYSBA New York Dispute Resolution Lawyer*, 11, 2018.

67 Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, Sentencia No. T-323 de 2024, párr. 280.

68 *Ibid*, párr. 287.

que el humano deja de intervenir una vez que se le ha ofrecido al sistema la información de un caso o controversia, debería ser capaz, en primer lugar, de verificar la existencia de posibles conflictos de intereses y gestionar una gran cantidad de casos y audiencias al mismo tiempo.

Actualmente, ya existen herramientas informáticas capaces de manejar casos de manera ordenada y a bajo coste. Como un claro ejemplo, en 2022 la Cámara de Comercio Internacional lanzó *Case Connect*, una plataforma digital de gestión de casos dirigida a unificar las presentaciones de las partes y digitalizar todos los expedientes arbitrales⁶⁹. Aunque esta plataforma aún no ha integrado inteligencia artificial, puede que en el futuro sea mejorada. Por estas razones, se podría inferir que la gestión de casos no representaría un obstáculo para un *AI-arbitrator*. La ventaja clave de incorporar un *AI-arbitrator* radicaría precisamente en la capacidad de las computadoras para procesar y gestionar vastas cantidades de datos en un período de tiempo significativamente más breve en comparación con un ser humano.

Además, es fundamental que la inteligencia artificial pueda llevar a cabo un análisis exhaustivo de los hechos del caso, y del derecho aplicable, revisando detalladamente cada documento presentado por las partes. Tal como se indicó en un acápite anterior⁷⁰, existen una infinidad de herramientas basadas en IA dirigidas a realizar *eDiscovery* y valoración de los documentos, por lo que esta función tampoco parece ser un problema para un *AI-arbitrator*. En relación con el análisis del derecho aplicable, ya se explicó en el apartado 4.1.2 como Chat GPT 4 superó exitosamente el *Bar Exam*, lo cual nos lleva a pensar que su capacidad de comprensión jurídica se acerca cada vez más a la humana.

Estamos conscientes de que, en el arbitraje, al igual que en la justicia ordinaria, los árbitros y jueces obtienen información no solamente de las pruebas documentales sino también de los testimonios de testigos y peritos. No existe duda de que los testimonios continuarán siendo de relevancia en procedimientos arbitrales administrados por un *AI-arbitrator* pues varias herramientas de inteligencia artificial ya permiten transcribir audios a una velocidad impresionante y a un bajo coste.

69 ICC - INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, *ICC Launches ICC Case Connect: Secure Online Case Management Made Easy - ICC - International Chamber of Commerce*, (12/10/2022), <<https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-launches-icc-case-connect-secure-online-case-management-made-easy/>> (07/04/2024).

70 Ver *ut supra* "Uso de la inteligencia artificial en el arbitraje: Herramientas para asistir a los árbitros, secretarios y litigantes".

Sin embargo, el uso de la IA va más allá de la transcripción: uno de los desarrollos más controversiales y novedosos en este ámbito es su capacidad de detectar engaños en las declaraciones de testigos⁷¹. Al respecto, la *American Bar Association* ha declarado que “los investigadores están trabajando en el desarrollo de una IA que pueda detectar el engaño en la sala del tribunal”⁷². Así, por ejemplo, recientemente la Universidad de Tel Aviv anunció que creó y entrenó un sistema de inteligencia artificial que puede detectar el engaño con un 73% de precisión⁷³, lo cual es significativamente superior que los humanos en promedio.

4.4. EJEMPLOS EN LA ACTUALIDAD

Además de los famosos robots-abogados, tales como *Do Not Pay*⁷⁴, en la actualidad ya existen varios servicios legales basados en inteligencia artificial que ofrecen resolver disputas de una manera rápida y efectiva. Uno de los más reconocidos es MODRIA, una aplicación inicialmente diseñada para asistir a eBay y PayPal en la resolución en línea de sus más de 60 millones de reclamaciones anuales, sin requerir intervención humana. Posteriormente y debido a su éxito inicial, este servicio se convirtió en *Online Dispute Resolution by MODRIA*.

ODR no está disponible directamente para el público, sino que ha sido subcontratada por las empresas para resolver disputas con consumidores y por varios centros de arbitraje y mediación para ayudar a la resolución de casos menores. Por ejemplo, actualmente está siendo utilizada por el *Centre for Effective Dispute Resolution*⁷⁵, uno de los centros de arbitraje y mediación más importantes del Reino Unido, para resolver controversias de derechos del consumidor, en especial en lo relativo a aviación, telecomunicaciones y ventas por internet.

71 AMERICAN BAR ASSOCIATION, N.11.

72 AMERICAN BAR ASSOCIATION, p.4, N.11.

73 A. SHUSTER et al., *Lie to my face: An electromyography approach to the study of deceptive behavior*, *Brain and Behavior* 11, 12 (2021), <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/34677007/>> (07/04/2024).

74 A. OPPENHEIMER, *¡Sálvese quien pueda!*, 165. ‘Este revolucionario sistema brinda sus servicios legales en más de 100 áreas diferentes, incluyendo derechos del consumidor y tránsito: “Para fines de 2017, Donotpay.com había apelado 375000 multas de tráfico y había ahorrado a los motoristas 9.3 millones de dólares”.

75 Véase <<https://www.cedr.com/>>

El sistema también ha sido subcontratado ampliamente por varios gobiernos estatales en Estados Unidos. El sistema judicial de la Corte Suprema de California actualmente usa ODR Modria para resolver, a través de mediación, asuntos relacionados con tenencia, crianza y visita de menores —derecho de familia— y también asuntos civiles de cuantías menores⁷⁶. Por su parte, la Junta de Apelaciones Tributarias de Ohio, también utiliza el sistema para resolver las apelaciones planteadas respecto al cálculo y pago de impuestos estatales⁷⁷.

Si bien en la actualidad *ODR by Modria* se utiliza principalmente para abordar asuntos de cuantías menores, impuestos y mediación en temas familiares, sus creadores apuntan a que “en cinco o 10 años el algoritmo probablemente podrá manejar todas las instancias de cualquier disputa sin ningún árbitro humano de última instancia”⁷⁸.

De manera similar, en Canadá ya existe una herramienta en línea llamada *Smartsettle ONE* la cual, utilizando algoritmos de inteligencia artificial, es utilizada para resolver disputas en corto tiempo. Los algoritmos aprenden las tácticas de negociación y las prioridades de las partes, “empujándolas” a llegar a un acuerdo, sin revelar sus ofertas secretas o el valor máximo al que estaban dispuestas a ofrecer. A través de este mecanismo, en 2019 el sistema ya resolvió autónomamente un proceso judicial que llevaba más de tres meses de infructuosas negociaciones a través de funcionarios judiciales, en menos de una hora⁷⁹.

Actualmente, China lidera el desarrollo e implementación de la inteligencia artificial en el ámbito judicial. El Tribunal de Internet de Beijing en China que conoce y tiene jurisdicción sobre todos los casos relacionados con contratos financieros electrónicos, derechos de autor y responsabilidad extracontractual en internet, inauguró en 2019 un tribunal asistido por un juez de inteligencia

76 CORTE SUPREMA DE CALIFORNIA, *Media Release*, 20 (20/06/2021), <https://www.stanislaus.courts.ca.gov/system/files/online-dispute-resolution-process_-_media_release_06302021.pdf#:~:text=MODESTO%2C%20CA%20%2D%20On%20July%201%2C%202021%2C,judicial%20system%20from%20anywhere%2C%20at%20any%20time> (07/04/2024).

77 OHIO BOARD OF TAX APPEALS, *Ohio Board of Tax Appeals Resolution Center*, <<https://ohio-bta.modria.com/>> (07/04/2024)

78 Oppenheimer. *N.50*

79 LEGAL FUTURES, *Robot mediator settles first ever court case*, *Legal Futures* (02/02/2019), <<https://www.legalfutures.co.uk/latest-news/robot-mediator-settles-first-ever-court-case#:~:text=A%20'robot%20mediator'%20has%20been,in%20less%20than%20an%20hour.>> (07/04/2023).

artificial⁸⁰, el cual apunta a ser el primero en su clase en el mundo, y cuya finalidad apunta por el momento a asistir a los jueces con sus labores en litigios simples o de baja cuantía.

El Tribunal también ha desarrollado un sistema inteligente de generación de sentencias en casos administrados por jueces humanos. Hasta el momento el sistema ha generado automáticamente 127,687 resoluciones, de los cuales 4597 son sentencias y fallos, siendo el 50,3% de su contenido generado de forma autónoma⁸¹. El resto, es decir más de 166706 son “instrumentos estándar, como la citación y el aviso de comparecencia, que se generan 100% automáticamente”⁸². Adicionalmente, la Corte utiliza un sistema de *blockchain* “para la preservación de evidencia electrónica para asegurar su autenticidad y fuerza probatoria”⁸³.

Un tribunal de Hangzhou, al sur de Shanghái también ha creado su propio asistente judicial llamado *Xiao Zhi 3.0* o “Pequeña Sabiduría”, la cual colaboró en 2019 para resolver 10 casos de personas que no habían podido pagar préstamos bancarios. Anteriormente, “se habrían necesitado 10 juicios por separado, pero con *Xiao Zhi 3.0* [...] una decisión estuvo disponible en solo 30 minutos”⁸⁴. Si bien *Xiao Zhi* se utiliza actualmente en casos de disputas financieras simples, un tribunal de Suzhou ha aplicado esta tecnología para resolver casos de accidentes de tráfico que involucraban la examinación técnica de pruebas⁸⁵.

En el ámbito penal, la Fiscalía Popular de Shanghái Pudong, la más importante del país, ya ha implementado un sistema de IA capaz de elaborar escritos de acusación y presentar cargos contra sospechosos basándose únicamente en una explicación verbal del denunciante o los funcionarios, esto con una precisión

80 XINHUANET, *Tribunal de Internet de Beijing Presenta Juez de Inteligencia Artificial*, (27/06/2019), <https://spanish.xinhuanet.com/2019-06/27/c_138179083.htm> (07/04/2024)

81 CHINA JUSTICE OBSERVER, *Primer año de la Corte de Internet de Beijing de un vistazo: Dentro de la Serie de Tribunales de Internet de China -05—China Justice Observer*, (19/10/2019), <<https://www.chinajusticeobserver.com/a/beijing-internet-courts-first-year-at-a-glance>> (07/04/2024).

82 CHINA JUSTICE OBSERVER, N.83.

83 CHINA JUSTICE OBSERVER, N.83.

84 A.ZHABINA, *How China's AI is automating the legal system*, (01/20/2023), <<https://www.dw.com/en/how-chinas-ai-is-automating-the-legal-system/a-64465988>> (06/06/2024)

85 A.ZHABINA, N.86

del 97% en los más de 17.000 casos en los que ha sido utilizada⁸⁶. En este campo, también destaca el sistema de predicción de sentencias inteligente denominado *Xiao Baogong*. Sin perjuicio de la mención de estos sistemas, sostenemos que el uso de la IA para procedimientos penales debe contar con aún más estándares de aquellos impuestos para su uso en el arbitraje⁸⁷.

4.5. ADOPCIÓN GRADUAL Y CONTROL HUMANO

La adopción de un *AI-arbitrator* con poder de decisión final y vinculante para las partes podría generar preocupaciones y desconfianza de quienes se sometan a este tipo de arbitraje, especialmente cuando la tecnología en cuestión sea relativamente nueva. Por esta razón, se puede mantener el control humano sobre el proceso arbitral, al menos de manera inicial, como una precaución prudente respecto a posibles decisiones incongruentes del *AI-arbitrator*⁸⁸. Así, el *AI-arbitrator* podría participar transversalmente, poniendo en práctica su capacidad resolutoria y tomando una decisión para que sea considerada por los árbitros, quedando aun así la decisión final en manos de los árbitros humanos⁸⁹. La decisión de la IA serviría para corregir los sesgos de los árbitros humanos, corroborar su imparcialidad e incluso para que los humanos puedan considerar hechos, datos o circunstancias que pudieran haber sido omitidos por error debido a la gran cantidad de documentos de los procesos arbitrales.

Otra opción para garantizar la independencia del *AI-arbitrator* al resolver podría ser confiar la *administración* del proceso, las comunicaciones con las partes y otros asuntos procedimentales a las instituciones arbitrales, tales como ICC, PCA, CIADI o los centros de arbitraje locales, dejando únicamente a la IA la tarea de decidir sobre los méritos de la controversia.

Adicionalmente y, aunque no es una práctica común, también se podría aplicar a los laudos dictados por un *AI-arbitrator* un mecanismo de impugnación tal como el existente en el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid. Dicho

86 INSTITUTE OF ELECTRICAL AND ELECTRONICS ENGINEERS (IEEE), *Máquina fiscal con Inteligencia Artificial: Investigadores Chinos desarrollaron y probaron un Fiscal electrónico con Inteligencia Artificial*, (11/01/2022).

87 Durante los últimos años, el uso más controversial de la IA ha sido en el plano del derecho penal. Claro ejemplo de ello ha sido el Sistema COMPAS. Sin perjuicio de ello, el uso de esta tecnología en dicho campo esta fuera del alcance de este artículo y el mismo no pretende comprender dichas implicaciones.

88 WAQAR, *The Use of AI in Arbitral Proceedings*, 358.

89 *Id.*

mecanismo opcional permite a las partes —cuando así lo hayan pactado expresamente— presentar una impugnación en contra del laudo dictado por un tribunal arbitral por dos causales “Una infracción manifiesta de las normas sustantivas aplicables al fondo de la controversia”⁹⁰ o “Un error manifiesto en la apreciación de los hechos que han servido de base para la decisión”⁹¹. Dicha impugnación es conocida por un Tribunal de Impugnación designado por el Centro, el cual podrá confirmar la decisión impugnada o modificar total o parcialmente la misma.

De esta forma, *considerando* que un fallo de inteligencia artificial podría darse en incluso menos de una semana desde el momento en que las partes presenten todos sus medios probatorios, en un mecanismo de impugnación conformada por humanos se podría verificar si existieron errores insubsanables o conclusiones ilógicas en los fallos del *AI-arbitrator*, sin que esto lleve a una dilación excesiva del proceso el proceso.

5. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE UN LAUDO DICTADO POR UN *AI-ARBITRATOR* A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE NEW YORK

La Convención de Nueva York establece los principios rectores para el reconocimiento y la ejecución de laudos dictados en una jurisdicción distinta a aquella en la que se dictó el laudo. Por ello en el marco del arbitraje internacional es de vital importancia analizar si, a la luz de esta Convención, sería posible la ejecución de un laudo arbitral dictado de manera autónoma *AI-arbitrator*. El análisis para esbozar una posible respuesta se subdivide, a su vez, en tres preguntas: (i) ¿Se puede considerar que una decisión generada con IA constituye un laudo bajo los términos de la Convención de Nueva York?; (ii) ¿Puede ser la IA considerada como un “árbitro” bajo la *lex arbitri*?; (iii) ¿Podría el orden público del país donde se pretenda reconocer un laudo dictado por IA impedirlo o provocar su nulidad?

90 Anexo 4 al Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, Artículo 7 (i), 1 de enero 2024.

91 Ibid, Artículo 7 (ii), N92.

5.1. ¿SE PUEDE CONSIDERAR QUE UNA DECISIÓN GENERADA CON IA CONSTITUYE UN LAUDO BAJO LOS TÉRMINOS DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK?

En primer lugar, es necesario determinar si a la luz de la Convención de New York una decisión dictada por un *AI-arbitrator* puede ser considerada un laudo. La Convención no incluye una definición del término “laudo arbitral”⁹². Aun así, la Guía de Interpretación de la Convención de Nueva York del Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial ha establecido que, para considerar a un laudo arbitral como tal, este debe haber sido dictado en el marco de un proceso arbitral y que la decisión bajo análisis ponga “fin al arbitraje en todo o en parte o resuelva un asunto preliminar que es necesario para llegar a una resolución final”⁹³.

Por otra parte, la Convención no hace mención alguna a la naturaleza de un tribunal arbitral o de un árbitro. No obstante, dado el contexto tecnológico disponible en 1958, año de adopción de la Convención, se puede inferir que los redactores entendían implícitamente, y sin necesidad de especificarlo, que los árbitros solamente podían ser humanos⁹⁴. Esta suposición se refleja, por ejemplo, en el requisito de un original debidamente autenticado del laudo o una copia certificada para realizar su reconocimiento y ejecución⁹⁵. Por ejemplo, en el caso *O Limited c. M. Ciro*, la Corte Suprema de Austria interpretó esta disposición de la Convención de New York indicando que el laudo debía llevar las firmas manuscritas de los árbitros⁹⁶.

Sin embargo, hay que recordar que la Convención “está basada en un sesgo a favor de la homologación”⁹⁷. En virtud de esto, sostenemos que la falta de definición respecto a la naturaleza específica de un “laudo arbitral” y de los “tribunales arbitrales” o “árbitros” precisamente se basa en la intención implícita de la Convención de New York de abogar por el reconocimiento de laudos

92 INTERNACIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de New York de 1958*, ICCA, 2013, p. 16.

93 INTERNACIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, p. 17, N.94.

94 EIDENMUELLER y VAREISIS, *what is an Arbitration? Artificial Intelligence and the Vanishing Human Arbitrator*, p. 31.

95 Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, Artículo IV, 10 de junio de 1958, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 330, No. 4739, p. 3, <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>> (07/04/2024).

96 *O Limited c. M. Ciro y otros*, Corte Suprema de Austria, 3 de septiembre de 2008, 3Ob35/08f, XXXIV Y.B. COMB. ARB. 409 (2009).

97 INTERNACIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, p. x, N.94.

arbitrales. Esto debido a que una definición cerrada de estos conceptos podría delimitar el alcance de la Convención y restringir la homologación de laudos o tribunales *sui generis*.

Lo anterior también se desprende de una interpretación teleológica y no restrictiva de la Convención, basada en los principios de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe [...] teniendo en cuenta su objeto y fin”⁹⁸. El objeto y fin de la Convención de New York es “facilitar la ejecución transnacional de laudos arbitrales”⁹⁹. Por ello, no creemos que se pueda aplicar una interpretación restrictiva que lleve, por sí misma, a que se desconozca la calidad de un laudo dictado por IA cuando así las partes lo hubieran pactado.

Las interpretaciones autorizadas de la Convención también podrían ser de utilidad. Por ejemplo, las recomendaciones de la CNUDMI han servido para actualizar las referencias tecnológicas obsoletas que tiene la Convención, esto a través de una interpretación teleológica de las mismas. Así, por ejemplo, el artículo II (2) de la Convención menciona que el compromiso arbitral puede darse mediante un canje de cartas o telegramas¹⁰⁰. En 2006, la CNUDMI emitió una recomendación señalando que la interpretación de dicho artículo debe “reconocer que las circunstancias allí descritas no son exhaustivas”¹⁰¹. Esto indicando que la disposición del artículo II (2) no pretende de forma alguna ser taxativa, sino que puede recoger todos los medios electrónicos de comunicación escrita disponibles al momento de la suscripción del convenio.

La vaguedad de la Convención al aclarar la naturaleza de un tribunal arbitral y de los árbitros —precisamente con la finalidad de no restringir el alcance de estos términos— sumado a la posibilidad de interpretar la Convención en concordancia con los avances tecnológicos, algo que ya ha ocurrido, parece abrir la puerta a la posibilidad de ejecutar un laudo dictado por la inteligencia artificial. Por estas razones, creemos que, siempre y cuando el laudo de un *AI-arbitrator* se dicte en el marco de un procedimiento arbitral y resuelva total o parcialmente la controversia planteada, este debe ser considerado como un laudo susceptible de reconocimiento y ejecución bajo los términos de la

98 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 31, 1969.

99 INTERNACIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, p. xi, N.94.

100 Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Artículo II (2).

101 Recomendación respecto a la interpretación del artículo II, párrafo 2 y artículo VII, párrafo 2 de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

Convención de Nueva York. Sin embargo, esto no es suficiente para asegurar la homologación de un laudo dictado por IA, tal como se verá más adelante.

5.2. ¿PUEDE SER LA IA CONSIDERADA COMO UN “ÁRBITRO” BAJO LA *LEX ARBITRI*?

La Convención de New York prevé como causal de denegación de reconocimiento y ejecución del laudo: “[...] que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje”¹⁰². Esto podría indicar que si la ley de la sede del arbitraje prohíbe, ya sea tácita o explícitamente, que un arbitraje sea sustanciado por una inteligencia artificial o por cualquier sistema adjudicador que no sea un humano, se podría denegar el reconocimiento de dicho laudo.

Es necesario reconocer que, al menos en la actualidad, la inteligencia artificial no puede ser considerada como un sujeto de derecho y, por lo tanto, no tiene capacidad jurídica. En consideración de ello, en Ecuador, por ejemplo, no existe la posibilidad de designar a una IA como árbitro. Esto se debe a que la Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana establece que: “No podrán actuar como árbitros las personas que carezcan de capacidad para comparecer por sí mismas en juicio”¹⁰³. Situación similar ocurre en Brasil¹⁰⁴ y Perú¹⁰⁵. La ley de arbitraje doméstico de Colombia inclusive exige que el árbitro designado sea colombiano¹⁰⁶. De manera similar, la norma francesa establece que solo una “*persona natural* que tenga plena capacidad para ejercer sus derechos puede actuar como árbitro”¹⁰⁷(énfasis añadido). Si bien el objeto de esta norma era impedir que personas jurídicas puedan ser designadas como árbitros, no existe duda que esta misma norma puede ser alegada para solicitar la denegación de reconocimiento de un laudo dictado por IA, alegándose que esta designación ha infringido la ley de la sede del arbitraje.

102 Artículo V, núm. 1, lit d, Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 10/06/ 1958, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 330, No. 4739, p. 3, <<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>> (08/04/2024).

103 Art. 19, Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. 417 de (14/12/2006).

104 Art. 13, Ley Brasileña de Arbitraje, Ley No. 9307 de (23/09/1996).

105 Art. 20, Ley General de Arbitraje del Perú, Ley No. 26572.

106 Art. 7, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional de Colombia, Ley No. 1563 de julio de 2012.

107 Traducción libre. Decreto 2011-48 de 13 de enero de 2011 que reforma al arbitraje, Diario Oficial de la República Francesa, 14 de enero de 2011, p. 777.

Sin embargo, estas son solamente excepciones dado que “la mayoría de las leyes nacionales no prohíben, ni permiten explícitamente el uso de un *machine arbitrator*”¹⁰⁸. Por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI, adoptada actualmente en más de 91 Estados, entre los que destacan Chile y Singapur, no contiene disposición alguna sobre el árbitro como un “humano” ni requiere que los árbitros tengan capacidad para comparecer a juicio. Situación similar ocurre en la legislación colombiana de arbitraje internacional. Este vacío legal puede dejar un espacio para la inteligencia artificial.

La Ley de Arbitraje Inglesa presenta un caso curioso. El artículo 26 de esta norma establece que “la autoridad de un árbitro es personal y cesa con su muerte”¹⁰⁹. ¿Esto implicaría que solo una persona natural puede ser árbitro? El espíritu de la norma no parece indicar esto. El artículo 1 establece que esta norma se aplica en virtud de varios principios, entre los cuales que: “el objeto del arbitraje es obtener una resolución justa de las disputas por un tribunal imparcial sin retrasos o gastos innecesarios”¹¹⁰ y, en consecuencia, “las partes deben ser libres para pactar como debe ser resuelta su disputa, sujeta a las salvaguardas necesarias para el interés público”.

En este contexto, si el *AI arbitrator* es capaz de brindar una resolución justa y de manera ágil y económica, bajo los principios de la ley inglesa no parece existir inconveniente en que las partes pacten esto. Sin embargo, queda la duda respecto a la parte final del artículo 1, esto es, las “salvaguardas necesarias para el interés público”, lo cual será tratado a continuación.

5.3. ¿SE PUEDE DENEGAR LA HOMOLOGACIÓN DE UN LAUDO DICTADO POR IA EN VIRTUD DEL ORDEN PÚBLICO?

Es necesario determinar el impacto que pueden tener las consideraciones de orden público del país donde se busca el reconocimiento del laudo dictado por inteligencia artificial, esto debido a que la Convención de Nueva York prevé que la posibilidad de denegar el reconocimiento y ejecución cuando el laudo sea contrario al orden público del país donde se pretenda hacer valer el

108 Traducción libre. NAIROBI CENTRE FOR INTERNATIONAL ARBITRATION, *Artificial intelligence AI in international arbitration : machine arbitration*, <<https://ncia.or.ke/wp-content/uploads/2021/08/ARTIFICIAL-INTELLIGENCE-AI-IN-INTERNATIONAL-ARBITRATION.pdf>> (08/04/2024).

109 Arbitration Act 1996, Art. 26, Capítulo 23, 1.

110 Arbitration Act, Art. 1, N.111.

laudo¹¹¹. De igual forma, la Ley Modelo CNUDMI también establece como causal de nulidad del laudo la vulneración del orden público de la sede, por lo que también es necesario considerar esta posibilidad.

Respecto a la causal de vulneración del orden público, en general se señala que esta es procedente únicamente “cuando se ha producido una desviación de los valores fundamentales de un ordenamiento jurídico”¹¹². La Corte Suprema de Colombia, en una solicitud de reconocimiento de laudo extranjero bajo la Convención de New York, ha ejemplificado cuales podrían los principios fundamentales que esta causal protege: “la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso”¹¹³.

De lo anterior se desprende que esta causal no será procedente en procesos de reconocimiento en los que se alegue la omisión o infracción de la ley del país en donde se pretenda homologar. La jurisprudencia comparada ha sido consistente en sostener esto: “no es probable que una mera infracción del derecho interno constituya una causal que permita denegar el reconocimiento o la ejecución del laudo por razones de orden público”¹¹⁴. Por el contrario, el control en relación con el orden público es “una válvula de seguridad que ha de utilizarse en circunstancias excepcionales, en casos en que sería imposible que un ordenamiento jurídico reconociera un laudo y ordenara su ejecución sin abandonar los principios jurídicos fundamentales en los que se funda”¹¹⁵. Esto, debido a que si se sostuviera que es posible denegar la homologación de un laudo por la simple infracción de la ley de donde se pretende homologar el

111 Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Artículo V, numeral 2, literal b.

112 SECRETARÍA DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Guía Relativa a la Convención sobre Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras: Edición de la Guía 2016*, Naciones Unidas, 2017, p. 262.

113 Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27/07/2011, p. 47.

114 SECRETARÍA DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Guía Relativa a la Convención sobre Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras: Edición de la Guía 2016*. Naciones Unidas, 2017, p. 266.

Ver, *Traxys Europe S.A. c. Balaji Coke Industry Pvt. Ltd.*, Tribunal Federal de Australia, 23/03/2012; *Agence pour la sécurité de la navigation aérienne en Afrique et à Madagascar c. M. Issakha*, Tribunal de Apelación de París, 16 de octubre de 1997; *K M c. UAB* un *Sabonio Žalgirio krepšinio centras*, Tribunal de Casación de Lituania, 4 de noviembre de 2011.

115 SECRETARÍA DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Guía Relativa a la Convención sobre Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras: Edición de la Guía 2016*, Naciones Unidas, 2017, p. 262.

laudo se llegaría al absurdo en el que virtualmente ningún laudo sería ejecutable por la diversidad normativa que existe en el mundo.

Como ya se analizó en la sección anterior, existen varias legislaciones en las que solamente un humano o una persona con capacidad legal puede ser nombrada árbitro, por ejemplo, en Colombia. No se abordará esta limitación en el Ecuador puesto que la jurisprudencia no prevé la figura de la homologación de laudos extranjeros¹¹⁶ y en el Código Orgánico General de Procesos¹¹⁷ no se prevé la vulneración del orden público como una causal para denegar el reconocimiento y ejecución de una sentencia, tal como se exige en otros ordenamientos.

En ese sentido corresponde analizar si la prohibición implícita de un *AI-Arbitrator* contenida en la *lex fori* –por ejemplo, en Colombia o en Brasil– podría hacer que los tribunales locales nieguen la homologación del laudo. Para ello hay que recordar cuál sería el objeto de usar IA en el arbitraje. Estos sistemas podrían realizar sus funciones de una forma más eficiente que los humanos y, como resultado, dictar laudos de mayor calidad e, inclusive, más justos. Este sería en sí mismo el objeto de tener laudos dictados por IA: fiabilidad, calidad y rapidez.

De acuerdo con la Convención de New York, si bien el artículo V 2) establece que los jueces pueden aplicar esta causal de oficio, los tribunales de los estados parte de la Convención han entendido que “la parte que se opone al reconocimiento y la ejecución es quien debe probar en definitiva que se cumplen esos supuestos”¹¹⁸. En este sentido, la parte que resiste a la homologación y reconocimiento debería poder probar de manera suficiente las razones por las cuales aceptar un laudo generado por IA sería contradictorio a aquellos valores fundamentales del ordenamiento jurídico donde se pretende ejecutar. Del análisis sobre los beneficios de la IA no se desprende, necesariamente, que estos puedan oponerse a los derechos generalmente reconocidos por la comunidad internacional: debido proceso, derecho a la defensa y ser juzgado por juez competente, siempre y cuando sea la voluntad de las partes someterse a una decisión de IA y se implementen las salvaguardas necesarias a las cual nos referiremos más adelante.

116 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 3232-9-EP/24 de 9/05/2022.

117 Código Orgánico General de Procesos, Artículo 104, R. O. Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

118 SECRETARÍA DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. *Guía Relativa a la Convención sobre Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*.

Si bien será necesario en su momento realizar un análisis pormenorizado de los derechos constitucionales en el Estado que se pretenda homologar un laudo dictado por IA, sostenemos que no sería razonable suponer que uno de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico sea la exigencia de que un ser humano resuelva las controversias, sobre todo cuando la inteligencia artificial puede ofrecer soluciones más rápidas, asequibles y justas.

En el apartado 6.3, se tratará acerca de la posibilidad de que se pueda denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo dictado por un *AI arbitrator* por falta de motivación, esto por contravenir el orden público.

6. OBJECIONES.

6.1. ALUCINACIONES DE LAS IA GENERATIVAS.

Los modelos de lenguaje generativo, tales como CHAT GPT o Bing, tienden a alucinar, es decir, a brindar respuestas que parecen razonables pero que, en realidad, son inexactas o incorrectas porque carecen de sustento lógico e histórico¹¹⁹. De esta forma, para responder a las preguntas planteadas por sus usuarios, las IAs generativas pueden crear información falsa, incluyendo nombres, fechas, artículos científicos e, inclusive, hechos históricos que nunca sucedieron¹²⁰.

Las llamadas “alucinaciones” se producen porque este tipo modelos utilizan la probabilidad matemática para producir una respuesta coherente y fluida a cualquier pregunta. No pueden evaluar la exactitud de la información con la que contestan, es decir, no pueden determinar qué es verdad y que no.

Uno de los ejemplos más controversiales respecto a la alucinación de IAs generativas fue el caso *Mata v. Avianca*¹²¹. En 2022, Roberto Mata presentó una demanda en contra de Avianca por lesiones personales. En un escrito

119 SILICON VALLEY ARBITRATION AND MEDIATION CENTER, *Guidelines on the use of Artificial Intelligence in arbitration*, 1era edición de 2024, <<https://svamc.org/svamc-publish-es-guidelines-on-the-use-of-artificial-intelligence-in-arbitration/>> (08/04/2024).

120 K.WEISE, C.METZ, *When A.I. Chatbots Hallucinate*, The New York Times, (01/05/2023), <<https://www.nytimes.com/2023/05/01/business/ai-chatbots-hallucination.html>> (07/04/2024).

121 Corte de Distrito de los Estados Unidos de América para el Distrito Sur de Nueva York, *Roberto Mata c. Avianca*, Opinión y Orden de sanciones de 22/06/2023.

subsecuente citó varias decisiones judiciales. Después que el Tribunal y la contraparte verificaran que las sentencias citadas no existían, se reveló que el Sr. Schwartz, abogado de la demandante, había utilizado ChatGPT para buscar jurisprudencia. Schwartz testificó en la audiencia de sanciones que estaba “operando bajo la falsa premisa de que ChatGPT no podía estar fabricando los casos por sí solo”¹²², tal como ocurrió en la realidad. El abogado señaló que, incluso cuando le preguntó a la IA si los casos ofrecidos eran reales, esta respondió afirmativamente.

Las alucinaciones son un obstáculo importante para el desarrollo de procedimientos arbitrales dirigidos por IA –*AI arbitrators*–, ya que, al momento de resolver, el programa podría inventar hechos o normas que en realidad nunca existieron. Aun así, recalamos que este problema se trata más de una cuestión técnica que de fondo y que con un correcto desarrollo puede ser eliminado o fácilmente detectado. Más adelante, exploraremos cómo las regulaciones y leyes en varios países no solo incentivan, sino que también imponen a los desarrolladores y científicos computacionales la tarea de eliminar las alucinaciones en los modelos de inteligencia artificial que se creen en el futuro.

6.2. SESGOS O “BIASES” EN LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

En el imaginario colectivo se asume que los modelos de IA, debido a la supuesta objetividad algorítmica y su infalibilidad, tienen una enorme ventaja a la hora de tomar decisiones en comparativa con los jueces, quienes pueden cometer errores y suelen estar influenciados por factores subjetivos y, en ciertas ocasiones, bajo influencia de los medios de comunicación, la opinión pública e, inclusive, de las partes. Sin embargo, esta creencia no es del todo correcta.

En la actualidad, una de las preocupaciones más importantes respecto al uso de Inteligencia Artificial para la toma de decisiones es la existencia de sesgos o *biases* en sus decisiones. Estos sesgos favorecen sistemáticamente ciertas soluciones ante otras, asimismo válidas, generalmente de forma errónea, lo que puede generar discriminaciones injustas. Estados Unidos y la Unión Europea ya han comenzado a regular este asunto y a advertir a la comunidad científica respecto al peligro de estos sesgos en los modelos de IA que están siendo utilizados actualmente y, sobre todo, respecto a la posibilidad de que

122 Corte de Distrito de los Estados Unidos de América para el Distrito Sur de Nueva York, párr. 11, N.123.

estos sesgos perpetúen y profundice la discriminación en contra de ciertos grupos sociales¹²³.

En la sentencia T-323 de 2024 –analizada *ut supra*– la Corte Constitucional de Colombia ya manifestó su preocupación respecto a que el uso de IAs generativas pueda romper con la independencia e imparcialidad del juez, esto debido a que “las respuestas ofrecidas por el modelo de lenguaje pueden incorporar sesgos que el usuario final desconoce”¹²⁴. Por ello, la Corte dictaminó que “la transparencia y la explicabilidad de las IA que se usen dentro de los sistemas judiciales son principios que se deben proteger con el fin de no afectar derechos fundamentales”¹²⁵. De ello se desprende que si un *AI-arbitrator* tiene sesgos, los laudos dictados por este podrían vulnerar el derecho a un juez imparcial, lo que permitiría impugnar esta decisión en la vía constitucional en las jurisdicciones que prevean este tipo de control, tal como sucede en Ecuador.

Pero ¿cuál es el origen de estos sesgos? Ciertamente es posible escribir un algoritmo explícitamente para tener un sesgo en contra de un cierto grupo de personas o de un Estado en particular. Sin embargo, esto no ocurre. La mayoría de IAs en la actualidad “aprenden por su cuenta”¹²⁶ a partir de la información que se les proporciona, lo que comúnmente es conocido como *machine learning*, por lo que los sesgos no provienen deliberadamente de los humanos.

El modelo matemático tampoco es la fuente de los sesgos, sino el conjunto de datos del cual el sistema aprende. Los sesgos en la IA suelen aparecer cuando los datos ofrecidos al modelo para su aprendizaje presentan tendencias matemáticas que no representan la realidad, esto por cómo se recopilaron. Los

123 Orden Ejecutiva sobre Seguridad, Protección y Confiabilidad para el Desarrollo y Uso de Inteligencia Artificial, promulgada por el presidente de los Estados Unidos el 30/10/2023.

En el mismo sentido se ha pronunciado el *Silicon Valley Arbitration and Mediation Center* en las *Guidelines on the use of Artificial Intelligence*, 1era edición de 2024, <<https://svamc.org/svamc-publishes-guidelines-on-the-use-of-artificial-intelligence-in-arbitration/>>, (07/04/2024).

Ver, Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnología, *Ethics guidelines for trustworthy AI*. Publications Office, 2019, <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>>, párr. 80.

124 Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, Sentencia No. T-323 de 2024, párr. 257.

125 Ibid, párr. 264.

126 Traducción libre. N. WAISBERG, A. HUDEK, *AI For Lawyers*, 1ra edición, Wiley, 2021: *How Artificial Intelligence is Adding Value, Amplifying Expertise, and Transforming Careers*, Wiley & Sons, Inc., 2021.

modelos, a partir de la información proporcionada “pueden extraer patrones y extrapolarlos de forma que lleven a errores sistemáticos o decisiones aparentemente correctas, pero claramente sesgadas”¹²⁷.

Estos sesgos ya han tenido un impacto en la administración de justicia. Uno de los ejemplos más claros es el del *Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*, más conocido como COMPAS, el cual es ampliamente utilizado por jueces en los Estados Unidos. Este es un sistema algorítmico de puntuación¹²⁸ que, analizando una variedad de datos sobre un individuo, puede predecir la posibilidad de reincidencia de un delincuente para ayudar a los jueces a decidir si concederles libertad condicional o no¹²⁹. Recientes investigaciones han apuntado a que este software tiene un sesgo en contra de los acusados afroamericanos, algo que aumenta injustificadamente su índice de riesgo de reincidencia¹³⁰.

Pese a las críticas, el sistema COMPAS sigue en uso. En 2016, la Suprema Corte de Wisconsin, sin tratar de decidir si el sistema estaba o no sesgado, permitió su uso con ciertas limitaciones¹³¹. El tribunal indicó que todo documento anterior a la sentencia que incluya una valoración de riesgos de COMPAS debe informar al tribunal acerca de las preocupaciones respecto al mismo¹³².

En el marco del arbitraje internacional, también podrían existir sesgos a favor o en contra de las partes. Scherer señala, por ejemplo, la muy frecuentemente alegada preferencia de los tribunales arbitrales hacia los inversionistas. Si bien sostenemos firmemente la inexistencia de este sesgo, si en realidad existiera, un modelo de *AI-arbitrator* que utilice una base de datos de laudos arbitrales que solamente contenga fallos favorables a los inversionistas, podría perpetuar dicho sesgo a favor de estos¹³³.

De la misma forma, si una *AI-arbitrator* utiliza un compendio de laudos en

127 Traducción libre. SCHERER, *Artificial Intelligence and Legal Decision-Making*, Kluwer, 35, 1, 2018.

128 X. DEMPSEY, *Artificial Intelligence: An Introduction to the Legal, Policy and Ethical Issues*, Berkeley Center for Law & Technology, 2020.

129 WAISBERG AND HUDEK, 128.

130 COMISIÓN EUROPEA PARA LA EFICIENCIA DE LA JUSTICIA (CEPEJ), *European Ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment*, <<https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment>> (08/04/2024).

131 DEMPSEY, N.130.

132 STATE V. LOOMIS, 881 N.W.2d 749, 371 Wis. 2d 235 (2016).

133 SCHERER, 559. N.129.

los que un Estado determinado tenga una mayor tasa de condena, el modelo podría extrapolar estos datos y suponer que estadísticamente es más probable que dicho país incumpla una obligación¹³⁴. Como resultado, las decisiones de la IA podrían estar sesgadas en contra de ese Estado.

En conclusión, no son los modelos ni la tecnología empleada los provocan estos sesgos, sino la información de la que aprenden. Si en la realidad existe un sesgo en los jueces o árbitros es muy probable que el modelo lo replique suponiendo que es lo correcto. Entre las soluciones a esta problemática está la técnica *test for bias* y otras más simples como el instruir a los modelos para ignorar cierta información para determinar un resultado¹³⁵, como, por ejemplo, la nacionalidad o inclusive la identidad de la persona, ya sea natural o jurídica, sobre la cual la IA deberá tomar decisiones.

6.3. BLACK BOXES: LA MOTIVACIÓN Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS

La motivación es una de las partes más importantes del laudo arbitral. Su propósito es explicar al lector del laudo, especialmente a las partes, cómo y por qué el tribunal llegó a su decisión a la luz de los hechos y del derecho aplicable¹³⁶. Así, por ejemplo, la motivación sirve para que la decisión sea más aceptable por las partes y para que en el futuro otros árbitros puedan seguir el mismo razonamiento o apartarse de este de forma motivada¹³⁷. Adicionalmente, esta explicación es de vital importancia para que la autoridad competente pueda examinar una posible alegación de nulidad del laudo o para denegar su reconocimiento y ejecución¹³⁸.

Por estas razones, las normas legales aplicables al arbitraje como los instrumentos internacionales imponen a los árbitros el deber de identificar y dar a conocer las premisas de hecho y de derecho que llevaron a su decisión. Así sucede

134 SCHERER, 559. N.129.

135 WAISBERG, HUDEK, p. 193, N.198.

136 Traducción libre. ICSID, *Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador*, Case No. ARB/08/6, Decisión de anulación, 28/05/2021, párr. 161.

137 SCHERER, N.129.

138 Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Nota explicativa del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI, párr. 96.

por ejemplo en la legislación doméstica de Ecuador¹³⁹, Francia¹⁴⁰, Bélgica¹⁴¹, Italia¹⁴², entre otros. De igual forma, el Artículo 52, numeral 1, literal 2 de la Convención del CIADI, y el Artículo 34, numeral 3 de las Reglas de Arbitraje UNCITRAL, plantean esta obligación.

Así, los abogados y las partes siempre tendrán la expectativa de que un *AI-arbitrator* sea, no solamente capaz de resolver su controversia, sino también de explicar su proceso de toma de decisiones, indicando que pruebas, factores y normas han sido consideradas y, de igual forma, por qué cierta información ha sido desechada¹⁴³.

El llamado problema del *black-box* o “caja negra” se refiere a la incapacidad, que generalmente tienen ciertos modelos de inteligencia artificial basadas en *machine learning* o aprendizaje automático, de proveer al usuario una justificación o explicación de las decisiones o acciones que toma¹⁴⁴. El proceso o secuencia de decisiones de este tipo de IA es muchas veces opaco y a veces simplemente inentendible para el ser humano, incluso para los programadores que la crearon¹⁴⁵, conformado por largas cadenas de código, que parecen ser “nada más que ruido sin sentido”¹⁴⁶. Incluso si se tiene una lista de variables de entrada, los modelos *black box* pueden ser tan complicados que los humanos no pueden entender como dichas variables se relacionan entre sí para llegar a una conclusión¹⁴⁷.

139 Artículo 76, numeral 7, literal l. Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 del 15/02/2018.

En el mismo sentido Artículo 89, COGEP.

140 Código de Procedimiento Civil Francés, Artículo 1482. “La sentence arbitrale expose succinctement les prétentions respectives des parties et leurs moyens. Elle est motivée”.

141 Código Judicial Belga, Artículo 1713, parágrafo 4 (M.B. 31-10-1967). “§ 4. La sentence arbitrale est motivée”.

142 Artículo 823: Deliberation of and requirements for the award. Código de Procedimiento Civil Italiano. “It shall contain: (1) the names of the parties; (2) the indication of the submission to arbitration or of the arbitration clause and of the issues submitted for decision; (3) a brief statement of the reasons; (4) the decision of the issues”.

143 BENNETT, KAROL Y KUYAN, *Artificial Intelligence and Arbitration*, 2021 63.

144 Traducción libre. CURTIS KARNOW, *The Opinion of Machines, Science and Technology Law Review*, 19, 1, 2018, <<https://journals.library.columbia.edu/index.php/stlr/article/view/4757>> (08/04/2024).

145 Traducción libre. HARRY SURDEN, *Artificial Intelligence and law: An overview*, Georgia State University Law Review 35, 4, 2019, <<https://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol35/iss4/8/>>, (09/04/2024).

146 Traducción libre. BENNETT, KAROL Y KUYAN, 63. N. 145.

147 CINTHYA RUDIN Y JOANNA RADIN, *Why Are We Using Black Box Models in AI When We Don't Need To? A Lesson From an Explainable AI competition*, *Harvard Data Science Review* 1, 2 (11/2019), <<https://hdsr.mitpress.mit.edu/pub/f9kuryi8/release/8>> [09/04/2024](https://doi.org/10.1214/2024).

Varios autores señalan que la capacidad de la IA para justificar sus razonamientos es inversamente proporcional a la complejidad del problema planteado y del modelo utilizado¹⁴⁸. Sin embargo, no coincidimos totalmente con este criterio. Recientes desarrollos de la *Duke University* en inteligencia artificial han demostrado que la creencia de que la precisión debe ser sacrificada en favor de la interpretabilidad es inexacta¹⁴⁹. Los modelos de IA interpretables o *Explainable AI*, los cuales en la práctica han demostrado ser igual de precisos que los modelos *black box*¹⁵⁰, serían una alternativa ética pero menos desarrollada en comparativa a estos últimos, a los cuales se han acostumbrado los desarrolladores y el mercado.

En la actualidad, gran parte del esfuerzo tecnológico se ha dirigido hacia la generación de modelos interpretables, sobre todo, debido a las regulaciones que comienzan a ejercer un peso significativo sobre los desarrolladores, las cuales requieren que “las decisiones que adopte un sistema de IA sean comprensibles para los seres humanos y estos tengan la posibilidad de rastrearlas”¹⁵¹. Esta característica incluso ha sido reconocida en el Reglamento General de Protección de Datos (en adelante, el “**GDPR**”), el cual señala que las personas tienen derecho a “recibir una explicación de la decisión tomada”¹⁵² por computadoras o algoritmos. En el mismo sentido se ha pronunciado la Comisión Europea: “Cuando un sistema de IA tenga un impacto significativo en la vida de las personas, debería ser posible reclamar una

148 BENNETT, KAROL Y KUYAN, N.145.

149 En 2018 tuvo lugar un desafío histórico para el desarrollo de Inteligencia Artificial el “*Explicable Machine Learning Challenge*”, una prestigiosa competencia organizada en colaboración entre Google, Fair Isaac Corporation (FICO) y académicos de Berkeley, Oxford, Imperial, UC Irvine y el MIT. Esta fue la primera competencia de *data science* que refleja la necesidad de comprender los resultados calculados por los modelos de *black box* que gobiernan la toma de decisiones basadas en *machine learning* o aprendizaje automático. El objetivo del concurso era crear un modelo complejo de *black box* y explicar cómo funcionaba. Un equipo decidió no seguir las reglas. En lugar de enviar un modelo *black box*, creó un modelo que era totalmente comprensible e interpretable. Esto llevó a los académicos a cuestionarse si en el mundo real del aprendizaje automático se están utilizando modelos de *black box* incluso cuando estos pueden ser eliminados y reemplazados por AI interpretables. Rudin y Radin, “Why Are We Using Black Box Models in AI When We Don’t Need To?” 1.

150 Ver, Rudin y Radin, “Why Are We Using Black Box Models in AI When We Don’t Need To? A Lesson From an Explainable AI Competition”, *Harvard Data Science Review*, 12, 2019.

151 Traducción libre. COMISIÓN EUROPEA, *Ethics guidelines for trustworthy AI*, parr. 77.

152 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27/04/2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos), <<https://www.consilium.europa.eu/es/policies/data-protection-regulation/>> Considerando 71.

explicación adecuada del proceso de toma de decisiones del sistema de IA¹⁵³.

Esta tarea es una de las aristas más desafiantes del desarrollo de la IA en la actualidad, debido principalmente, a las diferencias entre el razonamiento humano y el de la computadora¹⁵⁴. Mientras que los abogados utilizan el razonamiento deductivo y la lógica, la IA generalmente está diseñada para “pensar” utilizando “formulas basadas en el reconocimiento de patrones y probabilidades estadísticas derivadas del aprendizaje de datos”¹⁵⁵. Aun así, varias compañías ya afirman ofrecer IA explicable a sus clientes¹⁵⁶.

Recordemos que, en Ecuador, a través de una acción extraordinaria de protección, la Corte Constitucional, puede “revocar” un laudo por falta de motivación o por incurrir en uno de los vicios de motivación¹⁵⁷. Entre estos se encuentra la incomprensibilidad de la motivación, para la Corte esto se da “cuando un fragmento del texto (oral o escrito) en que se contiene la fundamentación normativa y la fundamentación fáctica [...] no es razonablemente inteligible para un profesional del Derecho [...]”¹⁵⁸. Por ello, mientras que la IA no sea capaz de motivar un laudo de la forma “tradicional”, al menos en nuestro país, existe el riesgo de que la Corte Constitucional, en una eventual AEP declare que estos laudos vulneran la garantía de motivación.

A pesar de lo señalado, esto no será un impedimento para que la inteligencia artificial dicte un laudo sin motivar, puesto las normas procesales de varios países permiten que las partes pacten el eliminar la obligación de motivar el laudo¹⁵⁹. La Ley Modelo UNCITRAL, por ejemplo, señala que: “El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa [...]”¹⁶⁰. Esta disposición ha sido acogida en la ley arbitral

153 Traducción libre. COMISIÓN EUROPEA, *Ethics guidelines for trustworthy AI*, par. 77.

154 SCHERER, N.129.

155 Traducción libre. BENNETT, KAROL Y KUYAN, 64. N.126

156 SEBASTIAN MOSS, *Lockheed Martin partners with DarwinAI for explainable AI*, AI Business, 26/05/2020, <<https://aibusiness.com/>>, (09/04/2024).

157 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1573-15-EP/21 de 15/12/2021.

158 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021 (Caso Garantía de la Motivación), párr. 95.

159 ANTONIO CRIVELLARO Y MÉLIDA N. HODGSON, *Explaining Why You Lost: Reasoning in Arbitration*. Cámara de Comercio Internacional, 2020.

160 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Artículo 31, numeral 2.

de Irlanda¹⁶¹, Canadá¹⁶², Korea¹⁶³, Suiza, entre otros. En estas jurisdicciones: “A menos que las partes decidan lo contrario (cuando tal decisión sea necesaria), la regla es la obligación del árbitro de expresar los motivos de sus laudos”¹⁶⁴. Esta renuncia también está permitida en el Reglamento de Arbitraje UNCITRAL¹⁶⁵.

Consideramos que legislaciones más favorables para el *AI-arbitrator* son la inglesa y la suiza. En Inglaterra, la *Arbitration Act* de 1996 establece que las partes son libres para elegir la forma del laudo y solamente a falta de dicha expresión, se exigiría, por ejemplo, la motivación del laudo¹⁶⁶. De esta forma, al establecer la sede del arbitraje en los Estados anteriormente mencionados, las partes deberían acordar que el laudo dictado por la *AI-Arbitrator* se integre solamente por la parte resolutive y el conjunto de datos que arroje la AI como explicación de su conclusión o, incluso, omitir los mismos.

Respecto a la ejecución de estos laudos, consideramos que, a la luz de la Convención de New York, no podría denegarse dicha ejecución, a pretexto de que se contravenga el orden público, en países que hayan adoptado en su legislación interna el artículo 31 de la Ley Modelo UNCITRAL o disposiciones similares que permitan la renuncia a la motivación del laudo. Si las partes, por mandato legal, tienen la facultad de renunciar a esta, no se podría entender que la motivación sea de orden público. Sin embargo, si la motivación del laudo es parte del orden público o no, continúa siendo un debate y depende de cada Estado. Así los Tribunales franceses han declarado que: “la falta de motivación de un laudo inglés no constituye, en sí misma, una infracción del orden público internacional francés. Esta sigue siendo una obligación de la que, excepcionalmente, uno podría estar exento siempre que se hayan obtenido garantías equivalentes”¹⁶⁷.

Consideramos, sin embargo, que el problema respecto a la motivación de los laudos es tan solo temporal y será remediado en el futuro por el desarrollo de

161 Arbitration (International Commercial) Act, 1998, Artículo 31, numeral 2.

162 Commercial Arbitration Act, Artículo 31, numeral 2, 1986, c. 22.

163 Arbitration Act of Korea, Artículo 32, numeral 2.

164 Traducción libre. CRIVELLARO Y HODGSON, *Explaining Why You Lost: Reasoning in arbitration*, Kluwer, 2020.

165 Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Artículo 34, numeral 3, 2021.

166 Arbitration (International Commercial) Act, 1998, Sección 52, numeral 1, 2 y 3, N.163.

167 Traducción libre. *Arret Elmassian*, Cass. civ. 1, 14 June 1960, *Rev. crit. DIP*, 1960, p. 393 and Ph. Francescakis, p. 297, citado en Crivellaro y Hodgson, *Explaining Why You Lost: Reasoning in arbitration*.

modelos de IA interpretable y el progresivo abandono de sistemas *black box*. Este avance será directamente proporcional a las exigencias del mercado y a la pujante regulación de inteligencia artificial sobre todo por parte de la Unión Europea y los Estados Unidos.

6.4. REGULACIONES EN EL DESARROLLO DE UN *AI-ARBITRATOR*

Es importante conocer cuáles son los riesgos en el desarrollo de la inteligencia artificial, no con la intención de restringir su uso, sino para que estos riesgos sean tomados en cuenta al diseñar los sistemas de IA. De este modo se podrán superar los problemas que, como se ha señalado, son en su mayoría de naturaleza técnica y no conceptual.

Los entes reguladores y gobiernos conocen estos riesgos, esto se evidencia en la creciente cantidad de regulaciones implementadas en todo el mundo. De cierta manera, estas regulaciones podrían obligar a los programadores y creadores de bases de datos a considerar las objeciones técnicas tratadas en este acápite en la implementación de un *AI-arbitrator* o de cualquier sistema de IA que pueda ser utilizado en el campo legal.

La regulación más importante en esta materia es el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea, el cual fue aprobado por el Parlamento en marzo de 2024. Esta norma pasará a ser vinculante para los Estados Miembro de la Unión de manera progresiva en 2026. El Reglamento tiene un fuerte impacto en el diseño y creación de IAs dirigidas al campo jurídico. El Anexo III del Reglamento considera como un sistema de IA de alto riesgo a aquellos que puedan:

[U]tilizados por una autoridad judicial, o en su nombre, para ayudar a una autoridad judicial en la investigación e interpretación de hechos y de la ley, así como en la aplicación de la ley a un conjunto concreto de hechos, o *a ser utilizados de forma similar en una resolución alternativa de litigios*¹⁶⁸ [énfasis añadido].

168 Traducción libre. Reglamento de Inteligencia Artificial. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, Parlamento Europeo, 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM (2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.pdf> (13/08/2024).

Esto implica que este tipo de sistemas de IA —que incluirán seguramente a los *AI arbitrators*— deberán cumplir con las obligaciones previstas en el capítulo II del Reglamento. Estas incluyen la creación de sistemas de gestión de riesgos, el cumplimiento de criterios de calidad respecto al entrenamiento de modelos con datos, la documentación técnica de todos los procesos, una exigencia de transparencia, vigilancia humana, una inscripción en el Registro de IAs de alto riesgo, entre otras¹⁶⁹.

El Reglamento también obliga a los desarrolladores de estos sistemas “de alto riesgo” a realizar exámenes a sus conjuntos de datos de entrenamiento, validación y prueba, con el fin de verificar y prevenir la existencia de sesgos y alucinaciones. Consideramos que esta propuesta sería útil para brindar confianza al público sobre el uso de esta tecnología, sobre todo en la depuración de cualquier sesgo que pueda existir en los *AI-arbitrators* que se creen en los próximos años.

De manera similar, en octubre de 2023 se promulgó en Estados Unidos la Orden Ejecutiva sobre el Desarrollo y Uso Seguro y Confiable de la Inteligencia Artificial¹⁷⁰. La misma requiere que los desarrolladores compartan los resultados de sus pruebas de seguridad con el gobierno, generen estándares, herramientas y *tests* para asegurar que la IA sea segura y confiable. Así mismo, exige a los desarrolladores el abordar la discriminación algorítmica o *bias* y garantizar la equidad en el sistema de justicia mediante el desarrollo de mejores prácticas sobre el uso de IA en sentencias, decisiones sobre libertad condicional, evaluaciones de riesgo, vigilancia policial predictiva, entre otros. Adicionalmente, obliga a la administración federal a detectar y eliminar los sesgos en aquellos modelos de IA que están siendo utilizados actualmente por sus agencias.

6.4.1. PROYECTOS DE LEY DE IA EN ECUADOR

En Ecuador, actualmente se encuentran en consideración dos proyectos de ley relacionados con la inteligencia artificial. A continuación, analizaremos

169 Traducción libre. Reglamento de Inteligencia Artificial, Parlamento Europeo, <https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.pdf> (13/08/2024).

170 “Executive Order on the Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence | the White House”, The White House, 30/10/2023, <<https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence/>> (09/04/2024).

y compararemos el impacto potencial de estos proyectos en el uso de un *AI-arbitrator* en Ecuador. El primero es el “Proyecto de Ley Orgánica de Regulación y Promoción de la Inteligencia Artificial en el Ecuador”, que se distingue por su enfoque más regulatorio y su considerable extensión en comparación con el segundo proyecto. Este primer proyecto muestra una ambivalencia respecto al uso de la inteligencia artificial en la administración de justicia.

Por un lado, el artículo 63, titulado “IA para una Justicia Más Ágil y Efectiva” indica que el sistema de administración de justicia deberá promover el uso de la IA a través de “la automatización de procesos, *la asistencia en la toma de decisiones, la analítica predictiva y los mecanismos alternativos de resolución de disputas* en línea” (énfasis añadido). Si bien este artículo invita al uso de estas herramientas en la justicia, el resto de las regulaciones que se pretende introducir plantean un marco rigurosamente limitado y controlado para este tipo de sistemas.

Este proyecto clasifica a los sistemas de IA en cuatro niveles de riesgo: bajo, moderado, alto y extremo. Entre los factores que servirían para determinar el nivel de riesgo se encuentra el sector o ámbito de aplicación del sistema y el grado de autonomía en la toma de decisiones que tendría la IA. Entre esos factores, el artículo 6 considera especialmente relevantes aquellos sistemas que puedan “generar efectos legales o afectar los derechos de las personas”, entre ellos, el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁷¹. Por su parte, el artículo 7 del Proyecto define como sistema de riesgo moderado a aquellos sistemas que “pueden incidir en los intereses jurídicos de las personas”.

De lo anterior se desprende que, de entrar en vigor este proyecto, un *AI-arbitrator* sería clasificado como un sistema de riesgo, a lo menos, moderado, por ello, este tipo de tecnología estaría sujeta a obligaciones reforzadas de información, etiquetado y trazabilidad, conforme lo prevé el artículo 7 del Proyecto.

Respecto de la posibilidad de una actuación totalmente autónoma de un *AI-arbitrator*, es necesario analizar el artículo 25 de este proyecto. Dicho artículo establece que “toda persona tiene derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado de sus datos personales

171 Asamblea Nacional del Ecuador, Memorando Nro. AN-NRSP-2024-0101-M de 20 de junio de 2024, “Proyecto de Ley Orgánica de Regulación y Promoción de la Inteligencia Artificial en Ecuador”, art. 6 y 7.

[...]”. Sin embargo, existen excepciones. Este artículo indica que dicha prohibición no se aplicará cuando su uso “se base en el consentimiento expreso del interesado”¹⁷². De esta manera, si las partes de un contrato se someten voluntariamente a un arbitraje conducido por un *AI-arbitrator*, esta prohibición no sería aplicable.

A pesar de dicha excepción prevista en el artículo 25, aún existirían ciertas barreras legales para que un *AI-arbitrator* pueda dictar una decisión definitiva de manera plenamente autónoma. El artículo 26 del Proyecto establece que cuando se tome una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado de datos personales, el responsable del tratamiento estará obligado a: “c) Permitir al interesado expresar su punto de vista, impugnar la decisión y solicitar su revisión por una persona”¹⁷³ y “d) Proporcionar, a petición del interesado, una explicación clara, detallada y comprensible sobre los criterios, razones y evidencias que fundamentaron la decisión impugnada”¹⁷⁴.

La aprobación del literal c del artículo 26 implicaría que, en el caso de que un *AI-arbitrator* emita un laudo de manera totalmente autónoma, la decisión podría ser impugnada y revisada por un humano. Para evitar una indebida intervención de la justicia ordinaria, tal como se mencionó en la sección 4.5, sostenemos que las partes podrían convenir que el mecanismo de impugnación sea gestionado por un Tribunal de Impugnación adscrito a la institución arbitral y no por una autoridad judicial.

Respecto al literal (d) del artículo 26¹⁷⁵, ya hemos tratado en el apartado 6.3 que, en el futuro cercano, los sistemas de IA podrán proporcionar una explicación sobre sus decisiones y brindar una trazabilidad de los resultados del análisis de la información y evidencias que se les ha presentado, esto siempre y cuando los desarrolladores trabajen en ello considerando las actuales regulaciones y normativas.

El segundo proyecto, presentado en julio de 2024, se titula “Proyecto de Ley para el fomento y desarrollo de la inteligencia artificial”. Tal como mencionamos anteriormente, este proyecto tiene un enfoque menos regulatorio que el

172 Proyecto de Ley Orgánica de Regulación y Promoción de la Inteligencia Artificial en Ecuador, art. 25.

173 Ibid, art. 26, N.174.

174 Ibid, art. 26, N174.

175 “Proporcionar, a petición del interesado, una explicación clara, detallada y comprensible sobre los criterios, razones y evidencias que fundamentaron la decisión impugnada”.

primer proyecto y es menos extenso.

Este proyecto, a diferencia del anterior, no distingue entre IAs de riesgo bajo, moderado, alto y extremo, tal como lo hace el primer proyecto. En su lugar únicamente define cuáles son los proyectos de inteligencia artificial de alto riesgo: reconocimiento facial, sistema de decisión automatizado en salud, sistema de crédito y evaluación financiero, entre otras¹⁷⁶. Entre los sistemas que la ley considera de alto riesgo, no se encuentra mención alguna a los sistemas dirigidos a la administración de justicia o a los servicios legales profesionales.

De acuerdo con el artículo 15 del proyecto, únicamente los proyectos de IA considerados de alto riesgo serán regulados y deberán someterse al *sandbox* establecido en la Ley Orgánica para la Transformación Digital y Audiovisual, con la tutela del ente rector de las telecomunicaciones y el de la producción. De esta manera, si se considera que la lista de sistemas de alto riesgo prevista en el artículo 5 del proyecto es taxativa, se entendería que los sistemas de IA para la administración de justicia o un *AI-arbitrator* no estaría sometido a una regulación en el Ecuador.

Esta ley también prevé, a través de una disposición reformativa a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales, el derecho a no ser objeto de una decisión basada única o parcialmente por sistemas de inteligencia artificial¹⁷⁷, sin embargo, al igual que en el primer proyecto, la ley indica que no se aplicará este derecho cuando, entre otras, “se base en el consentimiento explícito del titular” y dicha decisión sea “necesaria para la celebración o ejecución de un contrato entre el titular y el responsable”¹⁷⁸. De esta manera, con la aprobación de este proyecto, si las partes pactan expresamente someter su controversia a un *AI-arbitrator*, esta ley no restringiría dicho acuerdo.

A pesar de que ambos proyectos de ley parecen dejar abierta la puerta para que un *AI-arbitrator* pueda utilizarse en el Ecuador, debemos recordar lo mencionado en el apartado 5.2, esto es, que nuestra Ley de Arbitraje y Mediación prohíbe que una persona que carezca de capacidad para comparecer por sí misma a juicio pueda actuar como árbitro¹⁷⁹. Así, salvo se dé un cambio en

176 Asamblea Nacional del Ecuador, Memorando Nro. AN-SDKC-2024-0075-M de 30 de julio de 2024, “Proyecto de ley para el fomento y desarrollo de la inteligencia artificial”, art. 5.

177 Proyecto de ley para el fomento y desarrollo de la inteligencia artificial, Disposición reformativa primera al art. 20 de la Ley Orgánica de Protección de Datos.

178 Proyecto de ley para el fomento y desarrollo de la inteligencia artificial, N. 179.

179 Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 19, R.O. 417 de 14/12/2006

dicha norma, esta posibilidad parece estar vetada en el Ecuador.

7. CONCLUSIONES

Al considerar la implementación de un sistema de *AI-arbitrator*, es crucial sopesar la relevancia de los estándares tradicionales frente a las innegables ventajas que estos sistemas ofrecen, como la objetividad, eficiencia, rapidez y bajo costo con el que podrían resolver nuestras controversias en el futuro. El conocido adagio “la justicia demorada es justicia denegada” cobra especial relevancia en sistemas de justicia domésticos sobrecargados, corruptos y que no logran satisfacer la demanda. La inteligencia artificial, ya sea como un simple asistente o como árbitro, tiene el potencial de mejorar significativamente el arbitraje, tornando la justicia más accesible, rápida y económica.

El punto de partida es continuar con el desarrollo de la IA, construyendo *datasets*, diseñando algoritmos e implementando modelos. Esto es complejo y requiere una intensa y fluida inversión financiera a los programadores, pero consideramos que esta inversión es, a largo plazo, comparativamente inferior al escenario en el cual los humanos mantengan el monopolio de la resolución de conflictos. Por ejemplo, el Ministerio de Justicia de Reino Unido ya ha aportado más de dos millones de libras para el desarrollo del *lawtech*¹⁸⁰, mientras que la justicia china continúa adaptando estas tecnologías cada día. Lo anterior es prueba suficiente de que los estados están conscientes de las bondades de la inteligencia artificial y están buscando ampliar su desarrollo e investigación.

Tal como ya se señaló en 1967 “para reaccionar adecuadamente a la revolución informática, la profesión jurídica tendrá que abandonar su tradicional resistencia al cambio tecnológico”¹⁸¹. De esta forma, coincidimos en que todas las objeciones tratadas en el presente artículo respecto a la IA —los *datasets*, los *biases* y la motivación— son meramente técnicos, más no de fondo, y se podrían resolver conforme avanza el desarrollo tecnológico y siempre que las compañías desarrolladoras adapten y cumplan las regulaciones y principios adoptados por los estados. Las únicas limitaciones reales, en nuestra opinión,

180 NEIL ROSE, *Gauke announces more financial backing for lawtech*, Legal Futures, 4/06/2019, <<https://www.legalfutures.co.uk/latest-news/gauke-announces-more-financial-backing-for-lawtech>>, (09/04/2024)

181 Traducción libre. HARRIS, “Judicial Decision Making and Computers, Judicial Decision Making and Computers”, 12, 1967.

son la falta de inversión y, precisamente, la resistencia y escepticismo al cambio tecnológico que, incluso, ya se está plasmando en algunas de las nuevas regulaciones.

Si bien Lawlor, en su artículo “*What Computers Can Do...*” de 1963, se vio obligado a reconocer que “el día en que las computadoras sirvan a la profesión jurídica aún no ha llegado”¹⁸², satisfactoriamente podemos afirmar que ese día ya llegó y ha sobrepasado las expectativas que se tenían en aquella época. Esperamos que, en unos años, un artículo similar a este pueda indicar que la *AI-arbitrator* ya no es un anhelo sino una realidad.

182 Traducción libre. LAWLOR, “What Computers Can Do: Analysis and Prediction of Judicial Decisions”, *American Bar Association Journal*, 49, 1963.

8. BIBLIOGRAFÍA

- A. HARRIS, “Judicial Decision Making and Computers”, *Villanova Law Review* 12, no. 2 (1967): 272-290, <<https://digitalcommons.law.villanova.edu/>>. <https://digitalcommons.law.villanova.edu/vlr/vol12/iss2/4/>
- MCELHANEY, Legalist founder Eva Shang goes deep on the firm’s “truffle sniffing” technology, *The Legalist*, 10 de mayo de 2022, <<https://www.institutionalinvestor.com/>>, (05/04/2024). <https://www.institutionalinvestor.com/article/2bstms64p76l7lfjvtp8g/corner-office/how-a-machine-learning-program-finds-litigation-financing-deals>
- AMERICAN BAR ASSOCIATION, House of Delegates, Resolución adoptada el (12/08/2019), <<https://www.americanbar.org>> (03/06/2024). <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/directories/policy/annual-2019/112-annual-2019.pdf>
- AMERICAN BAR ASSOCIATION, Rule 1.1: Competence, <<https://www.americanbar.org>> (09/04/2024). https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/rule_1_1_competence/
- A. OPPENHEIMER, *¡Sálvese quien pueda!: El futuro del trabajo en la era de la automatización* (Miami: Vintage Español, 2018), 165.
- Arbitration (International Commercial) Act of Korea, 1998.
- Arbitration Act 1996, c. 23 (England, Wales and Northern Ireland). Aprobada el 17 de junio de 1996, <<https://www.legislation.gov.uk/>>. <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>
- Arbitration Act of Korea (Amended by Act No. 6083 as of Dec. 31, 1999).
- A. SHUSTER *et al.*, “Lie to my face: An electromyography approach to the study of deceptive behavior”, *Brain and Behavior* 11, 12 (2021), <<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov>> (07/04/2024). <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/34677007/>
- Asamblea Nacional del Ecuador, Memorando Nro. AN-NRSP-2024-0101-M de 20 de junio de 2024, “Proyecto de Ley Orgánica de Regulación y Promoción de la Inteligencia Artificial en Ecuador”.
- Asamblea Nacional del Ecuador, Memorando Nro. AN-SDKC-2024-0075-M de 30 de julio de 2024, “Proyecto de ley para el fomento y desarrollo de la inteligencia artificial”.
- A. ZHABINA, *How China’s AI is automating the legal system*, (01/20/2023), <<https://www.dw.com>> (06/06/2024). <https://www.dw.com/en/how-chinas-ai-is-automating-the-legal-system/a-64465988>

- C. CORREA, L. RODRÍGUEZ y V. SILVA, “Interpretación contractual: ¿cuánto de inteligencia humana y cuánto de inteligencia artificial?”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* 12 (2023), <doi.org> (10/04/2024). <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/69677>
- CHINA JUSTICE OBSERVER, *Primer año de la Corte de Internet de Beijing de un vistazo: Dentro de la Serie de Tribunales de Internet de China -05–China Justice Observer* (19/10/2019), <<https://www.chinajusticeobserver.com>> (07/04/2024). <https://www.chinajusticeobserver.com/a/beijing-internet-courts-first-year-at-a-glance>
- C. KARNOW, “The Opinion of Machines”, *Science and Technology Law Review* 19, 1 (2018), <<https://journals.library.columbia.edu>> (08/04/2024). <https://journals.library.columbia.edu/index.php/stlr/article/view/4757>
- Código de Procedimiento Civil Francés, Decreto del 12 de abril de 1806, promulgado el 24 de abril de 1806.
- Código de Procedimiento Civil Italiano, Real Decreto n.º 1443, promulgado el 28 de octubre de 1940.
- Código Judicial Belga. (M.B. 31-10-1967).
- Código Orgánico General de Procesos [COGEP], R. O. Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015, reformado por última vez en R. O. 07/02/2023.
- COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006.
- COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI. Nota explicativa del Reglamento de Arbitraje Acelerado de la CNUDMI.
- COMISIÓN EUROPEA, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnología, *Ethics guidelines for trustworthy AI*. Publications Office, 2019, <doi/10.2759/346720>.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. Adoptada el 23 de mayo de 1969, entrada en vigor el 27 de enero de 1980. Disponible en <https://legal.un.org/avl/pdf/ha/vclt/vclt_ph_s.pdf>. https://legal.un.org/avl/pdf/ha/vclt/vclt_ph_s.pdf
- Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 10 de junio de 1958, *Serie de Tratados de las Naciones Unidas*, vol. 330, No. 4739, <<https://uncitral.un.org/>> (07/04/2024). <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/new-york-convention-s.pdf>

- Corte Constitucional de Colombia, Sala Segunda de Revisión, Sentencia No. T-323 de 2024.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021 (Caso Garantía de la Motivación)
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1573-15-EP/21 de 15/12/2021.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 3232-9-EP/24 de 9/05/2022.
- Corte Suprema de California, Media Release, (20/06/2021), <<https://www.stanislaus.courts.ca.gov>> (07/04/2024). https://www.stanislaus.courts.ca.gov/system/files/online-dispute-resolution-process_-_media-release_06302021.pdf
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27/07/2011.
- C. RUDIN y J. RADIN, “Why Are We Using Black Box Models in AI When We Don’t Need To? A Lesson From an Explainable AI competition”, *Harvard Data Science Review* 1, 2 (11/2019): <<https://doi.org>> (09/04/2024). <https://hdsr.mitpress.mit.edu/pub/f9kuryi8/release/8>
- D. BARYSÈ y R. ROEE SAREL, Algorithms in the court: does it matter which part of the judicial decision-making is automated?, *Artificial Intelligence and Law* (01/2023), <<https://link.springer.com>>. <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-022-09343-6>
- Decreto 2011-48 de 13 de enero de 2011 que reforma al arbitraje, *Diario Oficial de la República Francesa*, 14 de enero de 2011.
- D. KATZ, M. BOMMARITO y J. BLACKMAN, “A general approach for predicting the behavior of the Supreme Court of the United States”, *PLoS ONE* 12, 4 (2017), <<https://doi.org>> (03/04/2024). <https://journals.plos.org/plosone/article?id=10.1371/journal.pone.0174698>
- D. KATZ *et al.*, “Natural language processing in the legal domain”, *Arxiv* (2023), <arxiv.org> (05/04/2024). <https://arxiv.org/abs/2302.12039>
- D. KATZ, “Quantitative Legal Prediction –or– how I learned to stop worrying and start preparing for the data-driven future of the legal services industry”, *Emory Law Journal* 62, 823 (2013), <<https://scholarlycommons.law>> (06/06/2024). https://scholarlycommons.law.emory.edu/elj/vol62/iss4/6/?utm_source=scholarlycommons.law.emory.edu%2Felj/vol62/iss4/6/?utm_source=scholarlycommons.law.emory.edu%2Felj/vol62%2Fiss4%2F6&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages

- D. WEI *et al.*, “Emergent Abilities of Large Language Models”, *Arxiv* (15/06/2022), <<https://doi.org>> (07/04/2024). <https://arxiv.org/abs/2206.07682>
- EIDENMUELLER y F. VAREISIS, “What is an Arbitration? Artificial Intelligence and the Vanishing Human Arbitrator”, *SSRN* (2020), <[dx.doi.org](https://doi.org)> (08/04/2024). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3629145
- EPIQGLOBAL, “EDiscovery and Litigation Solutions”, *EPIQ*, 28/08/2023, <<https://www.epiqglobal.com>> (02/06/2024). <https://www.epiqglobal.com/en-us/services/ediscovery-litigation-investigation-services>
- E. REYMOND-ENIAEVA, *Towards a Uniform Approach to Confidentiality of International Commercial Arbitration*, Springer, 2019.
- EUROPEAN COMMISSION FOR THE EFFICIENCY OF JUSTICE (CEPEJ), European Ethical Charter on the use of Artificial Intelligence in judicial systems and their environment, <<https://www.coe.int>> (08/04/2024). <https://www.coe.int/en/web/cepej/cepej-european-ethical-charter-on-the-use-of-artificial-intelligence-ai-in-judicial-systems-and-their-environment>
- E.W. FELTEN, M. RAJ Y R. SEAMANS, “How Will Language Modelers like ChatGPT Affect Occupations and Industries?” *Social Science Research Network*, 01/01/2023, <<https://doi.org>> (06/04/2024). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4375268
- STEFFEK y L. BULL, “Law and Autonomous Systems Series: Paving the Way for Legal Artificial Intelligence – A Common Dataset for Case Outcome Predictions”, *Oxford Business Law Blog* (2018), <<https://blogs.law.ox.ac.uk>> (10/04/2024). <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/05/law-and-autonomous-systems-series-paving-way-legal-artificial>
- G. B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2da. ed. (Netherlands: Wolters Kluwer, 2014).
- HKIAC, Hong Kong International Arbitration Centre Administered Arbitration Rules 2018, <hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes> (01/06/2024). <https://www.hkiac.org/arbitration/rules-practice-notes/administered-arbitration-rules/hkiac-administered-2018-1#13>
- H. NAVEED *et al.*, “A comprehensive overview of large language models”, *Arxiv* (27/12/2023), <<https://doi.org>>, (06/04/2024). <https://arxiv.org/abs/2307.06435>

- H. SURDEN, “Artificial Intelligence and law: An overview”, *Georgia State University Law Review* 35, 4 (verano de 2019), <<https://readingroom.law.gsu.edu>>, (09/04/2024). <https://readingroom.law.gsu.edu/gsulr/vol35/iss4/8/>
- H. ZHONG *et al.*, How does NLP benefit legal system: A summary of legal artificial intelligence. In Proceedings of the 58th Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics (2020), <aclanthology.org> (06/06/2024). <https://aclanthology.org/2020.acl-main.466/>
- ICC - INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE, “ICC Launches ICC Case Connect: Secure Online Case Management Made Easy - ICC - International Chamber of Commerce” (12/10/2022), <<https://iccwbo.org>> (07/04/2024). <https://iccwbo.org/news-publications/news/icc-launches-icc-case-connect-secure-online-case-management-made-easy/>
- ICC ARBITRATION AND ADR COMMISSION, Leveraging Technology for Fair, Effective and Efficient International Arbitration Proceedings, <<https://iccwbo.org/>> (02/06/2024). <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2022/02/icc-arbitration-and-adr-commission-report-on-leveraging-technology-for-fair-effective-and-efficient-international-arbitration-proceedings.pdf>
- INSTITUTE OF ELECTRICAL AND ELECTRONICS ENGINEERS (IEEE), Máquina fiscal con Inteligencia Artificial: Investigadores Chinos desarrollaron y probaron un Fiscal electrónico con Inteligencia Artificial, (11/01/2022).
- INTERNACIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION, *Guía del ICCA para la interpretación de la Convención de New York de 1958*, ICCA, 2013.
- J. HAGGEERTY, Objections overruled: The case for disruptive technology in the legal profession, <<https://www.deloitte.com>> (01/07/2024). <https://www.deloitte.com/content/dam/assets-zone2/uk/en/docs/services/financial-advisory/2023/deloitte-uk-technology-in-law-firms.pdf>
- J. HATZIUS, Global Economics Analyst: The Potentially Large Effects of Artificial Intelligence on Economic Growth, <<https://www.gspublishing.com>> (01/07/2024). <https://www.gspublishing.com/content/research/en/reports/2023/03/27/d64e052b-0f6e-45d7-967b-d7be35fabd16.html>

- J. KWAN *et al.*, “The Use of Artificial Intelligence in International Arbitration: Where Are We Right Now?”, *International Arbitration Law Review* 19, 22 (2019), <<https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com>> (03/06/2024). [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I0EE69D704EE611E9983883C6A6007133/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/I0EE69D704EE611E9983883C6A6007133/View/FullText.html?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true)
- J. WEI, China Uses AI Assistive Tech on Court Trial for First Time (24/01/2019), <<https://www.chinadaily.com>> (04/06/2024). <https://www.chinadaily.com.cn/a/201901/24/WS5c4959f9a3106c65c34e64ea.html>
- J. WEI *et al.*, Emergent Abilities of Large Language Models, (15/06/2022), <<https://doi.org>> (07/04/2024). <https://arxiv.org/abs/2206.07682>
- K. D. ASHLEY y S. BRÜNINGHAUS, “Automatically Classifying case texts and predicting outcomes”, *Artif Intell Law* 17, (2009), <<https://doi.org>>, (02/04/2024). <https://link.springer.com/article/10.1007/s10506-009-9077-9>
- Kira Systems, “How Kira Works”, <<https://kirasystems.com>> (02/06/2024).
- K. M c. UAB un Sabonio Žalgirio krepšinio centras, Tribunal de Casación de Lituania, 4 de noviembre de 2011. <https://kirasystems.com/how-kira-works/>
- K. PAISLEY y E. SUSSMAN, “Artificial Intelligence and New Arbitration Data Source”, *NYSVA New York Dispute Resolution Lawyer* 11, 1 (2018), <<https://sussmanadr.com>> (06/04/2024). <https://sussmanadr.com>
- K. WEISE y C. METZ, When A.I. Chatbots Hallucinate, *The New York Times*, (01/05/2023), <<https://www.nytimes.com>> (07/04/2024). <https://www.nytimes.com/2023/05/01/business/ai-chatbots-hallucination.html>
- Ley Brasileña de Arbitraje, Ley No. 9307 de (23/09/1996).
- L. BULL y F. STEFFEK, “Law and Autonomous Systems Series: Paving the Way for Legal Artificial Intelligence – A Common Dataset for Case Outcome Predictions”, *Oxford Business Law Blog* (2018), <<https://blogs.law.ox.ac.uk>> (10/04/2024). <https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2018/05/law-and-autonomous-systems-series-paving-way-legal-artificial>
- Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. 417 de (14/12/2006).
- Ley General de Arbitraje del Perú, Ley No. 26572.
- LEGAL FUTURES, Robot mediator settles first ever court case, *Legal Futures* (02/02/2019), <<https://www.legalfutures.co.uk>> (07/04/2023). <https://www.legalfutures.co.uk/latest-news/robot-mediator-settles-first-ever-court-case>

- LEGAL FUTURES, Gauke announces more financial backing for lawtech, *Legal Futures* (4/06/2019), <<https://www.legalfutures.co.uk/>>, (09/04/2024). <https://www.legalfutures.co.uk/latest-news/gauke-announces-more-financial-backing-for-lawtech>
- M. KATZ *et al.*, “GPT-4 Passes the Bar Exam”, *Social Science Research Network*, (15/03/2023), <<http://dx.doi.org/>> (07/06/2024). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4389233
- M. R. GROSSMAN, P. GRIMM y D. G. BROWN, “Is disclosure and certification of the use of generative AI really necessary?”, *Judicature* 107, 2 (2023), <judicature.duke.edu> (06/06/2024). https://judicature.duke.edu/wp-content/uploads/2023/10/AIOrders_Vol107No2.pdf
- M. WAQAR, “The Use of AI in Arbitral Proceedings”, *Ohio State Journal On Dispute Resolution* 37, 3 (2022): 357, <https://moritzlaw.osu.edu> (07/06/2024). <https://moritzlaw.osu.edu/sites/default/files/2022-08/11-%20Waqar%20Publication%20Final%20343-366.pdf>
- N. ALETRAS *et al.*, “Predicting judicial decisions of the European Court of Human Rights: a Natural Language Processing perspective”, *PeerJ Computer Science* 2: e93 (2016), <<https://doi.org/>> (04/04/2024). <https://peerj.com/articles/cs-93/>
- NAIROBI CENTRE FOR INTERNATIONAL ARBITRATION, Artificial intelligence AI in international arbitration: machine arbitration, <https://ncia.or.ke> (08/04/2024). <https://ncia.or.ke>
- N. ROSE, Gauke announces more financial backing for lawtech, *Legal Futures*, 4/06/2019, <https://www.legalfutures.co.uk/>>, (09/04/2024). <https://www.legalfutures.co.uk/latest-news/gauke-announces-more-financial-backing-for-lawtech>
- N. WAISBERG y A. HUDEK, *AI For Lawyers: How Artificial Intelligence is Adding Value, Amplifying Expertise, and Transforming Careers*, Wile & Sons, Inc., 2021.
- OHIO BOARD OF TAX APPEALS, Ohio Board of Tax Appeals Resolution Center, <<https://ohio-bta.modria.com/>> (07/04/2024). <https://ohio-bta.modria.com>
- O Limited c. M. Ciro y otros, Corte Suprema de Austria, 3 de septiembre de 2008, 3Ob35/08f, XXXIV Y.B. COMB. ARB. 409 (2009).
- Orden Ejecutiva sobre Seguridad, Protección y Confiabilidad para el Desarrollo y Uso de Inteligencia Artificial, promulgada por el presidente de los Estados Unidos el 30/10/2023.

- PARLAMENTO EUROPEO, Reglamento de Inteligencia Artificial. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de marzo de 2024, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión (COM (2021)0206 – C9-0146/2021 – 2021/0106(COD)), <<https://www.europarl.europa.eu>> (13/08/2024). https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_ES.pdf
- P. BENNETT, M. KAROL y S. KUYAN, “Artificial Intelligence and Arbitration: The Computer as an Arbitrator — Are We There Yet?”, *Dispute Resolution Journal* 35, 74 (10/2020), <papers.ssrn.com> (02/06/2024). https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3709032
- Perenco Ecuador Limited v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/6, Decisión de anulación, 28/05/2021.
- R. ABBOTT *et. al.*, “International Arbitration Experts Discuss the Impact of Artificial Intelligence on International Arbitration”. *Mealey’s International Arbitration Report* 38 (7/7/2023), <<https://www.troutman.com>> (01/06/2024). <https://www.troutman.com/insights/international-arbitration-experts-discuss-the-impact-of-artificial-intelligence-on-international-arbitration.html>
- Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, CIAM - CIAR, 1 de enero 2024.
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27/04/2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos), <<https://eur-lex.europa.eu>>. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>
- R. GUIMERA y M. SALES-PARDO, “Justice Blocks and Predictability of U.S. Supreme Court Votes”, *Plos One* 6, 11 (2012), <<https://doi.org>> (09/04/2024). <https://arxiv.org/abs/1210.4768>
- R. LAWLOR, “What Computers Can Do: Analysis and Prediction of Judicial Decisions”, *American Bar Association Journal* 49, 4 (1963), <<https://www.jstor.org>> (04/05/2024). <https://www.jstor.org/stable/25722338>
- RELATIVIVITY, “Story Engine | App Hub | Relativity”, <https://apphub.relativity.com> (02/03/2024).
- Roberto Mata c. Avianca, Corte de Distrito de los Estados Unidos de América para el Distrito Sur de Nueva York, Opinión y Orden de sanciones de 22/06/2023.

- SECRETARÍA DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL, *Guía Relativa a la Convención sobre Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras: Edición de la Guía 2016*. (New York: Naciones Unidas, 2017).
- S. Moss, Lockheed Martin partners with DarwinAI for explainable AI, *AI Business*, 26/05/2020, <<https://aibusiness.com/>>, (09/04/2024). <https://aibusiness.com/responsible-ai/lockheed-martin-partners-with-darwinai-for-explainable-ai>
- SILICON VALLEY ARBITRATION AND MEDIATION CENTER, *Guidelines on the use of Artificial Intelligence in arbitration, 1era edición 2024* <https://svamc.org> (04/04/2024). <https://svamc.org>
- STATE V. LOOMIS, 881 N.W.2d 749, 371 Wis. 2d 235 (2016).
- THE NEW YORK TIMES COMPANY V. MICROSOFT CORPORATION, OPENAI, INC., OPENAI LP, OPENAI GP, LLC, OPENAI, LLC, OPENAI OPCO LLC, OPENAI GLOBAL LLC, OAI CORPORATION, LLC, AND OPENAI HOLDINGS, LLC. Unites States District Court Southern District of New York, Caso 1:23-cv-11195, presentado el 27/12/2023, <<https://hh-law.com/>> (06/04/2024). <https://hh-law.com/wp-content/uploads/2024/07/New-York-Times-complaint.pdf>
- THE WHITE HOUSE, “Executive Order on the Safe, Secure, and Trustworthy Development and Use of Artificial Intelligence | the White House”, 30/10/2023, <<https://www.whitehouse.gov>> (09/04/2024). <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence/>
- Traxys Europe S.A. c. Balaji Coke Industry Pvt. Ltd., Tribunal Federal de Australia, 23/03/2012
- T. WEBB, K. HOLYOAK Y H. LU, “Emergent analogical reasoning in large language models”, *Nature Human Behavior* 7 (2023), <<https://doi.org>> (08/04/2024). <https://www.nature.com/articles/s41562-023-01659-w>
- T. W. RUGER *et al.*, “The Supreme Court Forecasting Project: Legal and Political Science Approaches to Predicting Supreme Court Decisionmaking”, *Columbia Law Review* 104, no. 4 (2004), <<https://doi.org>> (07/04/2024). <https://www.jstor.org/stable/4099370?origin=crossref>
- X. DEMPSEY, *Artificial Intelligence: An Introduction to the Legal, Policy and Ethical Issues*, Berkeley Center for Law & Technology, 2020.

- XINHUANET, Tribunal de Internet de Beijing Presenta Juez de Inteligencia Artificial, (27/06/2019), <<https://spanish.xinhuanet.com>> (07/04/2024).
https://spanish.xinhuanet.com/2019-06/27/c_138179083.htm
- Y. HERMSTRÜWER y P. LANGENBACH, “Fair Governance with Humans and Machines”, *Discussion Papers of the Max Planck Institute for Research on Collective Goods* 4 (12/2022), <<https://papers.ssrn.com>> (04/06/2024).
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4118650

El arbitraje electrónico en los conflictos originados en e-commerce: Una opción adecuada para los consumidores

ELECTRONIC ARBITRATION APPLIED TO DISPUTES ORIGINATED IN E-COMMERCE: A SUITABLE OPTION FOR CONSUMERS

*María Isabel Ortiz Nuques**
*Edwin Solórzano Samaniego***

Recibido/Received: 27/08/2024
Aceptado/Accepted: 02/02/2025

SUMARIO: 1. . Introducción. 2. Comercio electrónico, nuevas tecnologías, y consumo en el siglo XXI. 3. Cláusulas de jurisdicción. 4. La solución de controversias en línea. 4.1. ODR y la resolución alternativa de conflictos. 4.2. El arbitraje como método alternativo de solución de conflictos en e-commerce: una mirada global. 4.3 El arbitraje electrónico como solución: un ejemplo ilustrativo. 4.4. La digitalización del arbitraje: clics en una administración de justicia moderna. 5. Hacia un arbitraje digital en materia de consumo en el Ecuador. 5.1 Acceso a la justicia: eliminando las barreras geográficas y económicas. 5.2. Flexibilidad. 5.3. Celeridad. 5.4. Reconocimiento legal y facilidad de ejecución. 6. Recomendaciones para la implementación del arbitraje digital de consumidores en el Ecuador. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

RESUMEN: Las nuevas tecnologías han generado un cambio de paradigma en la manera de realizar transacciones comerciales entre consumidores y empresas, y respecto a la forma en la que se deben resolver los conflictos originados entre las partes contractuales. En principio, los métodos de solución de controversias en línea han ido incorporándose en el e-commerce como consecuencia de estas transformaciones tecnológicas, pero sin lograr una implementación

* Secretaria de Tribunales Arbitrales en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Abogada por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil

** Socio del estudio jurídico SDJ Law. Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Magíster en Derecho de las Nuevas Tecnologías por la Universidad Pablo de Olavide.

generalizada en todas las jurisdicciones. En el Ecuador, el arbitraje electrónico se perfila como la opción adecuada para los consumidores con el fin de obtener una decisión definitiva y ejecutable.

PALABRAS CLAVE: *Arbitraje digital, Solución de controversias en línea, Arbitraje de consumidor, Comercio electrónico.*

ABSTRACT: E-Commerce has brought a paradigm shift in the way commercial transactions are conducted by consumers and businesses; this has sparked a debate on how to resolve conflicts that arise between them. Initially, online dispute resolution methods had been incorporated into e-commerce as a result of these technological transformations, but these have not achieved widespread implementation across all jurisdictions. In Ecuador, electronic arbitration emerges as a suitable option for consumers to obtain a definitive and enforceable decision.

KEYWORDS: *Digital arbitration, Online dispute resolution, Consumer arbitration, Electronic commerce.*

1. INTRODUCCIÓN

Invitamos al lector a imaginar un primer ejemplo de la vida diaria y realizarse una pregunta concreta, previo a iniciar el presente artículo: Imagine que es un día lunes, un inicio de una semana que seguramente será ajetreada. Entrando a la oficina, se sienta en su escritorio para comenzar a organizar los pendientes de los próximos días laborables. Decide que necesita algo para iniciar la semana, un café. Mejor aún, decide comprar café para toda la oficina. Esos pendientes no se atenderán solos, sin embargo. Será necesario delegar la tarea de recoger y entregar el café. Toma su dispositivo móvil, y pide en un aplicativo de delivery varios vasos de café.

Al pasar los minutos, no se acerca el repartidor. Tras esperar, llega una notificación a su móvil: “Su pedido ha sido entregado”. Pero el pedido nunca llegó. El contrato ha sido incumplido, usted nunca recibió los cafés que pidió. La pregunta concreta es la siguiente: ¿hasta qué punto llegaría para exigir el cumplimiento de esa obligación? Hipotéticamente, ¿demandaría el incumplimiento de un contrato cuya prestación es un par de cafés, en una Unidad Judicial? Seguramente no.

Ahora, ¿qué pasa si la prestación que compró por internet no es un café, sino un teléfono móvil, una refrigeradora, un repuesto costoso y difícil de encontrar, o un itinerario completo de boletos de avión intercontinentales? Las respuestas podrían ser diferentes, pero sigue habiendo una importante probabilidad que usted, como consumidor, decida no tomarse el tiempo de acudir a la Unidad Judicial más cercana y litigar por meses.

El comercio electrónico se ha posicionado como una forma de vender y comprar productos o servicios muy elegida por los consumidores, lo que ha traído ventajas al mercado; pero, a la vez, varios retos, uno de ellos es la solución de conflictos. La rapidez y facilidad en la adquisición de bienes o servicios a distancia viene junto a un límite físico, legal y económico que tiene como consecuencia la dificultad por parte de los consumidores y empresarios para presentar reclamaciones respecto a los contratos que suscriben. Estas limitaciones afectan el crecimiento de esta modalidad de comercio, pero el arbitraje como método alternativo de solución de conflictos, desde un proceso totalmente electrónico, busca adaptarse al escenario donde se realizan estas transacciones.

En el presente artículo, se examinarán los aspectos esenciales de la solución de controversias en línea en el contexto de consumo online de bienes y servicios. Posteriormente, se presentarán los problemas que pueden generar cláusulas de jurisdicción que no terminan de adaptarse a las necesidades del consumidor en el contexto de las nuevas tecnologías. Finalmente, se propone el arbitraje en el contexto de la solución de controversias en línea como una vía idónea para resolver los conflictos de e-commerce en materia de consumo en el Ecuador.

Este trabajo de investigación no pretende exponer un análisis sobre los derechos sustantivos del consumidor, la génesis del arbitraje en relaciones de consumo o la existencia de otros métodos de reclamación en la relación consumidor-proveedor, dado que mucho se ha escrito al respecto y existe una variedad de criterios en diversas jurisdicciones¹. Más bien, se enfoca en el arbitraje electrónico como una solución procesal aplicable en el Ecuador, para facilitar el acceso de los consumidores a soluciones vinculantes que resuelvan sus reclamaciones en el contexto del comercio electrónico.

1 Como un ejemplo, ver F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, “Arbitraje y protección al consumidor: ¿Tertium non datur?”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 13, 2022.

2. COMERCIO ELECTRÓNICO, NUEVAS TECNOLOGÍAS, Y CONSUMO EN EL SIGLO XXI

Resulta incuestionable que las nuevas tecnologías han cambiado la forma de hacer negocios a nivel mundial. El comercio electrónico ha creado la posibilidad de realizar transacciones comerciales desde cualquier lugar solo contando con un aparato electrónico y una conexión a internet. Esta modalidad sigue en crecimiento, aún más si consideramos que la pandemia del COVID-19 incentivó la adquisición de productos o servicios por este medio². Según estadísticas de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo³, el comercio electrónico presentó ventas de 27 trillones de dólares entre el 2016 y el 2022 en 43 países, demostrando la influencia que tiene en la economía mundial.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ha definido el comercio electrónico como:

La venta o compra de bienes o servicios, realizada a través de redes informáticas mediante métodos diseñados específicamente con el fin de recibir o realizar pedidos. Los bienes o servicios se solicitan por estos métodos, pero el pago y la entrega final de los bienes o servicios no tienen que realizarse en línea⁴.

El concepto nos muestra el cambio de paradigma de la forma de ofrecer, vender y comprar productos o servicios, saliendo de la esfera física; con ciertas excepciones como el pago o la entrega del producto. Esta es la principal ventaja que nos trae el comercio electrónico, la posibilidad de adquirir productos o servicios sin la necesidad de desplazarse hasta un lugar en específico, trayendo la posibilidad de ahorro en los costos y la rapidez en concretar contratos.

El comercio electrónico puede clasificarse por el tipo de entidad que participa en la contratación. Así, para Gary Schneider existen tres categorías a tener

2 ONU Comercio y Desarrollo (UNCTAD), COVID-19 boost to e-commerce sustained into 2021, new UNCTAD figures show. <<https://unctad.org/es/isar/news/covid-19-boost-e-commerce-sustained-2021-new-unctad-figures-show>>. (26/08/24).

3 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce, <<https://doi.org/10.1787/9789264081109-en-fr>>, (20/08/2024).

4 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, Understanding E-Commerce: Business Models, Trends, and Policies, <<https://doi.org/10.1787/1885800a-en>> (20/08/2024).

en cuenta: Las transacciones entre empresas o B2B, las realizadas entre empresas y consumidores o B2C, y las que dan entre empresas y sujetos como los gobiernos y organizaciones no empresariales⁵. Para el presente artículo, el enfoque será hacia las transacciones entre empresas y consumidores (B2C); ya que, generalmente los procesos de negociación contractual y las circunstancias alrededor de la resolución de conflictos son distintos en relaciones B2B.

Para el efecto, es importante resaltar a qué clase de consumidor nos referimos para delimitar el sujeto de estudio: de acuerdo con la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, un consumidor es “toda persona natural o jurídica que como destinatario final, adquiera, utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello”⁶. Complementariamente, las Directrices de la Organización de las Naciones Unidas para la protección del consumidor, lo definen como cualquier persona física que actúa con fines personales, familiares o domésticos⁷. De manera similar, el derecho de la Unión Europea menciona que el consumidor, para ser considerado como tal, debe actuar con un propósito ajeno a su actividad comercial⁸. Con lo expuesto se busca dejar determinado el sujeto de aplicación para el presente artículo.

Con lo establecido, podemos notar que la influencia del comercio electrónico trae nuevas situaciones que deben ser reguladas por el derecho, que poco a poco ha ido plasmando sus avances en ciertas legislaciones. A continuación, revisaremos una situación que se puede presentar en las condiciones generales de las páginas web de e-commerce u otros textos que contengan disposiciones de carácter contractual, respecto a la forma de resolver controversias derivadas de sus contratos electrónicos.

3. CLÁUSULAS DE JURISDICCIÓN

Las empresas dedicadas al e-commerce, dentro de las disposiciones legales publicadas en su página web, a menudo establecen cláusulas de jurisdicción que señalan al consumidor el lugar y la forma de resolver sus conflictos. Desde el inicio de las operaciones de este tipo de negocios, e incluso, hasta el momento, se puede observar

5 G. SCHNEIDER, Comercio electrónico, décima edición, Cengage Learning, 2013.

6 Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Artículo 2, RO Sup. No. 116, 10/07/2000.

7 Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Directrices para la protección del consumidor, <https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp-misc2016d1_es.pdf> (21/08/2024).

8 Esto se indica dentro de las diferentes Directivas y Reglamentos de la Unión Europea. Un ejemplo de ello puede ser la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores.

que existen cláusulas de jurisdicción que no resultan prácticas para el consumidor, ni se adaptan a las necesidades de un mercado caracterizado por funcionar en el ámbito digital. Las estipulaciones menos factibles de este tipo tienden a someter las controversias a una jurisdicción alejada al domicilio del consumidor.

Para ejemplificar aquello, imaginemos un segundo escenario donde los desafíos que presentan las nuevas tecnologías impactan las relaciones de consumo: un marketplace establece como lugar de controversia Los Ángeles, California en Estados Unidos de América. Un consumidor con domicilio en la ciudad de Nueva York tendría que movilizarse de la costa este a la oeste del país, enfrentándose a un viaje aéreo de seis horas, o casi dos días de viaje terrestre ininterrumpido. O bien, imaginando que un consumidor español realiza una compra en un negocio de e-commerce portugués, que a su vez, coloca una cláusula de jurisdicción que indica que las reclamaciones se presentarán en la ciudad de Lisboa; dicho consumidor tendría que viajar a otro país para resolver su controversia, e incluso se podría ver en la necesidad de tener que contratar un abogado portugués.

Este fenómeno también se presenta actualmente en ciertas actividades comerciales que ofrecen productos en línea en el Ecuador, que conducen, en contra de toda practicidad, al consumidor a resolver sus controversias en otros países. También está el caso de otros negocios que no incluyen una cláusula de jurisdicción expresa. Por tanto, se podrían aplicar las reglas comunes de competencia territorial⁹ o de competencia concurrente¹⁰.

Cualquier escenario de los mencionados, contradice el espíritu de inmediatez y trascendencia de fronteras que caracteriza al comercio electrónico, al instar al consumidor a salir de la esfera digital para solucionar sus controversias ante un juez, de manera física. Actualmente, existen alternativas para solucionar los conflictos derivados de transacciones comerciales, de manera totalmente electrónica, facilitando a las partes la tarea de presentar reclamaciones.

4. LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LÍNEA

En tanto la tecnología adapta su uso para asistir a la humanidad en la resolución de sus problemas cotidianos, su ubicuidad también crea nuevas categorías de disputas, como sucede al momento de conducir transacciones

9 Código Orgánico General de Procesos, Artículo 9, RO Sup. 506, 22/05/2015.

10 Código Orgánico General de Procesos, Artículo 10 (1), RO Sup. 506, 22/05/2015.

completamente en línea¹¹. La tecnología ha llegado a transformar múltiples ocupaciones, y esta evolución ha alcanzado al derecho¹². A manera de ejemplo, si bien las salas de audiencias y los expedientes físicos siguen siendo una realidad común, estos son acompañados a menudo de comparecencias virtuales y expedientes visualizables en línea a cualquier hora. Entender exclusivamente lo anterior como la transformación que se está gestando para revolucionar el derecho en la era digital, es erróneo, a opinión de los autores. Poco a poco se observa cómo se gesta una manera completamente distinta de dirimir conflictos en una sociedad conectada por completo: la solución de controversias en línea, u online dispute resolution (“ODR”).

4.1. ODR Y LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

La solución de controversias en línea ya fue definida desde el año 2011 como “un método alternativo de resolución de conflictos que toma ventaja de la rapidez y conveniencia del internet y las TICS” por el Dr. Pablo Cortés en una conferencia sobre el entonces naciente mundo de la ODR en la Universidad de Oxford¹³. También ha sido definida como “una forma de solución de controversias que utiliza métodos alternativos de resolución de conflictos¹⁴”; incluyendo, para este efecto, disputas que pueden estar tanto completamente resueltas en línea, o parcialmente sustentadas de esta manera, criterio que es replicado en las Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea.

Este organismo internacional ha rescatado la relación entre la ODR y los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC), al indicar que la primera

Abarca una amplia gama de enfoques y formas (por ejemplo, el mecanismo del ombudsman, las juntas de reclamaciones, la negociación, la conciliación, la mediación, el arreglo facilitado, el arbitraje y otros), incluidos los procesos híbridos que puedan

11 C. RULE, “Online Dispute Resolution and the Future of Justice”. Annual Review of Law and Social Science. Vol. 16, 2020.

12 C. RULE, N. 11.

13 P. CORTES, What should the ideal ODR system for e-commerce consumers look like? The Hidden World of Consumer ADR: Redress and Behaviour , <https://www.law.ox.ac.uk/sites/default/files/migrated/dr_pablo_cortes.pdf> (15/08/24).

14 K. MANIA, “Online dispute resolution: The future of justice” International Comparative Jurisprudence 1., 2015.

llegar a existir, con elementos tanto en línea como fuera de línea¹⁵.

Dentro de su enumeración, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) aclara que estos métodos son mencionados de forma creciente en virtud de la formalidad que reviste, siendo el más formal dentro de los mencionados, el arbitraje.

De la misma manera que el profesor de Harvard Frank Sander, pionero de la resolución alternativa de conflictos, concibió en los años 70 los MASC como una “corte multipuertas” donde sus usuarios podrían conducir procedimientos personalizados a sus disputas individuales¹⁶, la solución de disputas en línea permite a sus usuarios acceder a formas únicas de resolver sus controversias, muchas veces en conjunto con formas alternativas de solución de conflictos, cuyo énfasis en el carácter negocial y flexible del procedimiento se convierten en un complemento ideal.

La solución de disputas en línea aparece como un resultado del crecimiento del internet en un mundo plenamente globalizado. Katsh¹⁷ explica su génesis en varios periodos. En los momentos iniciales del internet, que fue creado en 1969, no existían mayores controversias en línea en tanto sus usuarios se concentraban en pequeños números y sectores de la sociedad, como académicos y funcionarios militares. Los conflictos se solucionaban informalmente.

Con la llegada del primer proveedor de servicios de internet a inicios de los años noventa, el uso comercial del internet comenzaría a tomar fuerza. Si bien ya a ese momento se preveía que podrían existir controversias, un sistema formal para resolverlas aún no era necesario, a diferencia de lo que sucede hoy¹⁸. A finales de aquella década, y ante el crecimiento de las transacciones realizadas en línea, la plataforma eBay desarrolló un proyecto piloto para resolver controversias entre compradores y vendedores¹⁹ llamado Resolution Center o Centro de Resoluciones, un hito en el comercio electrónico que luego sería replicado por muchas otras compañías de e-commerce. Para el

15 Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea (2017) Sección I- Introducción, Sinopsis de la solución de controversias en línea, párr. 2.

16 C. RULE, N. 11.

17 E. KATSH, “ODR: A look at history”, en M. ABDEL WAHAB, E. KATSH Y D. RAINEY (Eds.), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice, A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, Eleven International Publishing, 2012.

18 E. KATSH, N. 17.

19 E. KATSH, N. 17.

año 2010, decenas de millones de estos tipos de casos eran solucionados cada año utilizando la ODR²⁰. En los últimos años se ha intensificado la discusión sobre las maneras de mejorar el funcionamiento de estos métodos.

4.2. EL ARBITRAJE COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN E-COMMERCE: UNA MIRADA GLOBAL

Ante el impulso de las nuevas tecnologías, la OCDE emitió una primera resolución referente a la online dispute resolution en el año 1999, y posteriormente, emitió recomendaciones adicionales en el año 2007²¹. A pesar de aquello, los documentos que se han creado a partir de esta primera guía se han desarrollado dentro del contexto de promover métodos alternativos a la justicia ordinaria en general, y no han atendido al aspecto de digitalización que hoy resulta altamente necesario.

La evolución en la materia ha conseguido que dichos métodos alternativos perduren dentro de un formato electrónico. Este enfoque, que se alinea de manera más integral a las necesidades de hoy, fue observado desde el inicio por la CNUDMI, que ha enfocado esfuerzos en realizar directrices relativas a la solución de conflictos en línea. En el año 2000, mantuvo las primeras reuniones para discutir la ODR en sus futuros proyectos. Finalizando la primera década del milenio, la CNUDMI decidió organizar un grupo de trabajo para este fin. Luego de siete años, este grupo daría como resultado las Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea²², un documento crucial que comprende la intersección entre los MASC, la ODR y relaciones de consumo.

Las antedichas Notas son un documento no vinculante que se construye reconociendo que ante el “rápido aumento de las operaciones transfronterizas en línea, ha surgido la necesidad de contar con mecanismos de solución de las controversias derivadas de esas operaciones, y que uno de esos mecanismos es la solución de controversias en línea”²³ con el fin de que estas comiencen a ser

20 C. RULE, N. 11.

21 Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo, Consumer Dispute Resolution in the World, <https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2023d2_en.pdf>, (22/08/2024).

22 R. BRAND, “UNCITRAL, Access to Justice, and the Future of Online Dispute Resolution” *International Arbitration Review*, Bahrain Chamber for Dispute Resolution, Vol. 8 (1), 2021.

23 Notas técnicas de la CNUDMI, Considerandos, N.15.

utilizadas para solucionar controversias que surjan de contratos transfronterizos de compraventa o de servicios de poca cuantía celebrados por medios de comunicación electrónicos.

El avance de estas primeras regulaciones ha ido de la mano con el incremento del uso de estas herramientas a nivel mundial. Varios países del mundo han comenzado a optar por los ODR como una forma de resolver conflictos en materia de consumo; así lo muestra un Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. En dicho informe se puede visualizar el avance de países como Colombia, Brasil, China y Holanda, que han insertado la mediación, negociación y los reclamos en línea ante los órganos de control, para facilitar la tarea del consumidor²⁴.

Otro aporte en el desarrollo de un marco adecuado para la solución de disputas en línea ha sido el sistema incorporado por el sistema legal de la Unión Europea. En principio, el Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo sobre la resolución de litigios en línea en materia de consumo, ha abierto las puertas a solucionar problemas de jurisdicción respecto a la presentación de reclamaciones en la Unión Europea, y sirve como una herramienta a los consumidores para resolver sus conflictos desde el ámbito digital, dejando atrás el físico de la justicia ordinaria y apostando por los métodos alternativos de solución de conflictos. Ahora bien, han existido varios retos en el camino.

Un primer reto para la Unión es que los consumidores no han llegado a utilizar los ODR con la frecuencia esperada debido a una falta de incentivo a los comerciantes y poca explicación a los consumidores respecto al uso de los ODR. En octubre de 2023, la Comisión Europea entregó un informe al Parlamento Europeo respecto al uso de ODR, en el cual se establecen estadísticas preocupantes para el año 2022. La plataforma fue visitada 2,5 millones de veces, en comparación a los 448,4 millones de habitantes en toda la comunidad²⁵. Además, solo el 2% de los visitantes usaron el formulario electrónico para presentar un ODR en dicho año²⁶.

24 Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Comercio y Desarrollo, N. 21.

25 Eurostat, Population change - Demographic balance and crude rates at national level, <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/DEMO_GIND__custom_7127262/default/table> (28/08/2024).

26 European Commission, Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Directive 2013/11/eu and Regulation (eu) no 524/2013, <https://commission.europa.eu/document/download/04b4369e-59c6-4dae-9dbd-b5a8012c5af4_en?filename=COM_2023_648_1_EN_ACT_part1_v3.pdf> (28/08/2024),

Otro dato aportado por el Informe es que desde febrero de 2016 —fecha de inicio de operación de la plataforma de litigios en línea— la plataforma había recibido la presentación de 180.000 solicitudes de uso de un ODR con un comerciante. Sin embargo, entre el 80 al 85% de ellos no fueron atendidos por los comerciantes; del resto, solo el 1% resultó en la aceptación por parte de los comerciantes para usar un método alternativo de solución de conflictos en línea²⁷. Es importante tener en cuenta que la obligatoriedad por parte de los comerciantes de usar un ODR, se remite a la legislación de cada país en materia de derecho de consumo²⁸. Para Ecuador este dato nos permitiría analizar cómo incentivar el uso de la ODR, en particular, del arbitraje electrónico en materia de consumo dentro del e-commerce.

Otro gran reto, es que, si bien el derecho de la Unión establece un proceso bastante llamativo y ordenado que puede ser aplicado a la resolución de conflictos, existe una indeterminación del método alternativo de solución de conflictos que se está utilizando. Se puede notar que ni en la Directiva, ni en el posterior Reglamento²⁹ relativo a la resolución de conflictos en línea de materia de consumo, se nombra al arbitraje expresamente; pero se establece un proceso para decidir sobre un reclamo muy parecido a uno, existiendo confusión por parte de los consumidores sobre el uso del método que podría poner fin a un conflicto, esto aceptado por la Unión Europea en el informe citado con anterioridad: “(el poco uso de las plataformas ODR) demuestra que los consumidores que llegan a la plataforma ODR no entiende su propósito y por tanto, necesita orientación³⁰”.

El ejemplo de la Unión Europea es un modelo a seguir, puesto que permite el uso de un ODR a nivel comunitario y establece un proceso muy amigable para los consumidores, sin perjuicio de los retos anteriormente mencionados, que demuestran que existen aún espacios para mejorar. Un siguiente paso, dado el carácter internacional de estas transacciones, sería lograr acuerdos fuera del continente europeo, en beneficio del consumidor comunitario. A opinión de los autores, el esquema iniciado por la Unión Europea podría ser replicado en otras regiones, como en América Latina, entre ellos Ecuador.

27 European Commission, N. 26

28 Reglamento 524/2013, Artículo 9 (3), Diario Oficial de la Unión Europea L/165/1, 21/05/2013.

29 La Unión Europea en el año 2013 promulgó la Directiva 2013/11/UE sobre la resolución alternativa de solución de conflictos en materia de consumo, que dió a lugar a las pautas a tomar en cuenta sobre esta materia. Posteriormente, dentro del Reglamento 524/2013 se traslada la Directiva para darle un efecto legal vinculante a los estados miembros.

30 European Commission, N. 26.

Dentro del Ecuador, la justicia ordinaria sigue siendo la vía tradicional para demandar por incumplimiento contractual en materia de consumo, presentándose también el arbitraje físico como una opción común. La sustanciación de reclamaciones de consumo fuera de este ámbito físico, hacia un medio electrónico que resuelva las controversias existentes de manera menos onerosa para las partes, sigue generando una expectativa creciente, en consecuencia, de la poca regulación existente sobre los ODR.

4.3. EL ARBITRAJE ELECTRÓNICO COMO SOLUCIÓN: UN EJEMPLO ILUSTRATIVO

Los procesos incoados por consumidores se ven caracterizados por una necesidad de celeridad de cara a asegurar el efectivo ejercicio y la justiciabilidad del derecho del consumidor. La justiciabilidad, en términos generales, es definida como “la posibilidad de exigir a través de un mecanismo jurídico el cumplimiento o restitución de un derecho³¹”.

Más que referirnos con “justiciabilidad” a la existencia formal de un mecanismo jurídico para exigir derechos surgidos de las controversias por comercio electrónico, queremos hacer énfasis en la existencia práctica y material de un recurso que supere el examen mental realizado por cualquier consumidor al verse enfrentado en un conflicto por el bien o servicio consumido: el costo y el beneficio de recurrir. A continuación, introduciremos el tercer y último ejemplo de este artículo académico, respecto al consumidor y el comercio electrónico.

Para el efecto, una narración muy ilustrativa de este examen mental costo-beneficio la hace González de Cossío al momento de referirse al arbitraje y derechos del consumidor³²:

Imagine el lector que compra una licuadora marca X por la que paga 190 dólares. Al instalarla se percata de que no sirve. Recurre al canal de distribución. Este le contesta que no es el

31 J. CALDERÓN GAMBOA, “La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo”, en C. PRONER et al. (Coor.), 70º aniversario de la declaración universal de derechos humanos: La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión, Tirant lo Blanch, 2018.

32 F. GONZÁLEZ DE COSSÍO. N. 1.

productor. Que el productor puede encontrarse en cierto sitio, mismo que se ubica en una dirección lejana; que implica un viaje de una hora de distancia. El análisis que necesariamente realizará el consumidor es si vale la pena incurrir en el costo para hacer valer su derecho. Una opción es presentar una reclamación ante las autoridades de protección al consumidor. Pero ello también tiene un costo. Al ponderar incurrir en ambos costos, se considerará el beneficio de hacerlo, para lo cual se analizará no solo el monto a obtener, sino la probabilidad de que se obtenga. Es decir, el quantum será multiplicado por la probabilidad de que se obtenga un resultado positivo.

Si bien el autor expone este caso hipotético a la luz de otras consideraciones relacionadas con el arbitraje y el derecho del consumidor, sin hacer mención al e-commerce, el mismo ejemplo resulta útil al realizar algunos cambios.

Aplicándolo a una transacción digital, esta misma licuadora marca X por la que paga 190 dólares, al llegar al domicilio del consumidor llega golpeada. No sirve. El consumidor, entre furioso y desconcertado, corre a su computador de escritorio y escribe rápidamente el dominio del sitio web donde compró la licuadora. Revisa los términos y condiciones a los que se sometió, una vez más. Tras bajar el cursor numerosas veces, llega a la cláusula de resolución de controversias a la que se hizo mención anteriormente en este artículo. Imaginemos que se presentan cualquiera de las siguientes opciones.

- (i) Una cláusula de resolución de controversias que conduce al consumidor a demandar en Jacksonville, Florida, Estados Unidos de América.
- (ii) Una cláusula de resolución de controversias que nos conduce a demandar en una ciudad en otra región del país.
- (iii) La cláusula de resolución de controversias no existe. Tendrían que seguirse las reglas correspondientes al Código Orgánico General de Procesos.

El consumidor ve su pantalla de ordenador y la licuadora, golpeada e insertible. De nuevo ve a su pantalla y luego al techo. Luego al suelo. Realiza el mismo análisis de costos y beneficios, y concluye que el costo de acudir a un proceso en Jacksonville, en otra región del Ecuador, o un procedimiento largo en justicia ordinaria resultará mucho más costoso que simplemente comprar

otra licuadora. Su derecho queda sin ser exigido. Teniendo en cuenta las consideraciones anteriormente expuestas: ¿qué pasaría si esto no fuera necesario, y el consumidor pudiera exigir su cumplimiento con un clic y algo de tiempo frente al computador?

4.4. LA DIGITALIZACIÓN DEL ARBITRAJE: CLICS EN UNA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA MODERNA

Tener que abandonar el computador o el dispositivo móvil para acudir a presentar reclamaciones originadas de una transacción judicial de mínima cuantía ante un tribunal judicial con varias instancias ya no es necesariamente la opción más conveniente para el consumidor que adquiere bienes y servicios en línea. El arbitraje ha dado pasos agigantados para su digitalización, al punto en que se ha planteado la real posibilidad de su sustanciación en el metaverso³³.

Llevando el enfoque desde lo general a la realidad ecuatoriana, vemos que los Centros de Arbitraje han tomado medidas como la implementación de expedientes electrónicos³⁴, la realización de audiencias virtuales con abogados y árbitros de todos los rincones del país simultáneamente³⁵, e incluso la posibilidad de pactar arbitraje íntegramente digital entre las partes, para efectos de prescindir de expedientes físicos³⁶. Ante la creciente interrogante de optimizar la gestión de controversias con modalidades de comercio que trascienden completamente de un espacio físico, y cuyas partes pueden encontrarse en cualquier parte del territorio ecuatoriano o del mundo, es necesario plantear alternativas que se adapten a estas nuevas realidades.

Cabe entonces, proponer medios que permitan acceder a una resolución de

33 B. GÓMEZ DE LA TORRE y D. ENDARA BASTIDAS, "Arbitraje en el metaverso: particularidades en torno a su aplicación", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 14, 2024.

34 Ver, Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Artículo 81, 26/06/2023 y Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Artículo 15, 5/07/22, como ejemplos.

35 Ver, Estatutos y Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana, Artículo 16 (8), 20/07/21; Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Artículo 29, 5/07/22; y, Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Artículo 92, 26/06/2023, como ejemplos.

36 Ver, Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Artículo 12, 5/07/22, como un ejemplo.

controversias en línea jurídicamente vinculante, armónica con el ordenamiento ecuatoriano, y lo suficientemente flexible para adaptarse a la especial naturaleza del comercio electrónico. En este sentido, el arbitraje electrónico se posiciona como una solución a las controversias que surgen del comercio electrónico, para de esta manera facilitar que el consumidor exija sus derechos ante un examen costo-beneficio mucho menos oneroso.

5. HACIA UN ARBITRAJE DIGITAL EN MATERIA DE CONSUMO EN EL ECUADOR

Los miembros del Grupo de Trabajo III (Solución de Controversias en Línea) de la CNUDMI, al momento de investigar sobre la solución de controversias en línea, encontraron límites a su investigación, como la falta de consenso respecto al contenido de las cláusulas de resolución de controversias, las interacciones entre leyes domésticas e internacionales de diferentes territorios respecto a protecciones al consumidor, y la vinculatoriedad de las decisiones derivadas de la ODR³⁷. Aunque el Grupo de Trabajo III se enfocó en transacciones transnacionales, las dificultades encontradas por las delegaciones son útiles al momento de considerar la implementación del arbitraje electrónico para consumidores en el Ecuador.

Aplicadas a la realidad local, vemos que muchas de las objeciones planteadas por los miembros del grupo no son un problema al observar exclusivamente el ordenamiento jurídico ecuatoriano. En tal sentido, encontramos que el arbitraje electrónico en la materia se presenta como una posibilidad real de agilizar la presentación de reclamaciones por los consumidores en territorio ecuatoriano. Plantearemos varias razones por las cuales el arbitraje resulta ideal en el contexto ecuatoriano del comercio electrónico: acceso a la justicia, flexibilidad, celeridad, reconocimiento legal y facilidad de ejecución.

5.1. ACCESO A LA JUSTICIA: ELIMINANDO LAS BARRERAS GEOGRÁFICAS Y ECONÓMICAS

Una conclusión a la que llegó el Grupo de Trabajo III es que, en el contexto del comercio electrónico, el acceso a un tribunal o corte física no necesariamente implicaba el acceso a la justicia. Especialmente en el contexto de compras en

37 R. BRAND, N. 22.

línea de bienes o servicios de ínfima cuantía³⁸. Aquello puede observarse de una manera pragmática, al realizar un cálculo costo-beneficio entre la cuantía de la prestación exigida y el costo del litigio, que incluye consideraciones económicas y logísticas.

Las cláusulas de resolución de conflictos que imponen dificultades irrazonables a los usuarios para exigir sus derechos derivados de transacciones en línea, como trasladarse a otro país o continente para someterse a los jueces del domicilio del proveedor del servicio, pueden llegar a obstaculizar el derecho a la acción. La sentencia 889-20-JP/21 emitida por la Corte Constitucional del Ecuador explica de manera general este derecho: “Se viola el derecho a la acción cuando existen barreras, obstáculos o impedimentos irrazonables al acceso a la administración de justicia, tales como barreras [...] geográficas (lejanía que impide el acceso)³⁹”.

En tal sentido, el hecho de tener la posibilidad de comparecer a un arbitraje completamente virtual elimina las barreras geográficas para accionar. Inclusive en casos donde la lejanía no resulta irrazonable, como puede ser el trasladarse a otra ciudad, el sustanciar un arbitraje desde la cercanía de un computador de escritorio o teléfono móvil garantiza el acceso a un proceso de solución de controversias vinculante y que se materializa en el mismo medio donde surgió inicialmente la relación contractual, esto es, en línea. Aquello resulta beneficioso para ambas partes, que pueden sustanciar sus pretensiones y excepciones de manera remota.

De la misma manera, es destacable la ventaja que aporta el arbitraje electrónico al momento de considerar los costos y tasas arbitrales en procesos de baja complejidad. El manejo de un arbitraje electrónico a través de una plataforma de online dispute resolution es posible con bajos costos, como se ha observado en plataformas ya existentes que resuelven disputas de ínfima cuantía utilizando blockchain, de manera exitosa⁴⁰. Este tipo de sistemas electrónicos superan los obstáculos asociados con el litigio tradicionalmente concebido, como lo son los tiempos invertidos y altos costos, factores que definitivamente afectan el resarcimiento de derechos en controversias de ínfima cuantía⁴¹, y su estructura y vinculatoriedad radica en la voluntad de las partes plasmada dentro de

38 R. BRAND, No. 22.

39 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 889-20-JP/21, 10/03/2021.

40 A. ZHUCK, “Applying blockchain to the modern legal system: Kleros as a decentralised dispute resolution system”, *International Cybersecurity Law Review*, No. 4, 2023.

41 A. ZHUCK, N. 40.

un contrato, similar a como opera una cláusula arbitral⁴², resolviendo controversias en tiempos tan rápidos como tres días⁴³.

La infraestructura virtual de sistemas de adjudicación para resolver controversias es un área que se encuentra en amplio crecimiento, y cuya aplicación encuentra retos como, por ejemplo, la jurisdicción aplicable en el caso de disputas transnacionales⁴⁴. Aplicado al Ecuador, sin embargo, es posible tomar estas estructuras como referentes para crear sistemas arbitrales digitales que sean armónicos con las normas existentes, incluyendo la Ley de Arbitraje y Mediación, y reducir costos y la duración de procedimientos drásticamente en casos de baja cuantía. Estas consideraciones resultan especialmente relevantes en el contexto de Ecuador, donde la eficiencia del sistema judicial se encuentra ubicada en el puesto 97 de 142 países, según el *World Justice Project Rule of Law Index*⁴⁵, existiendo un amplio camino que recorrer para mejorar los resultados del sistema de justicia.

5.2. FLEXIBILIDAD

El arbitraje es, en su naturaleza, flexible⁴⁶. Lo menciona el reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) en su primer artículo⁴⁷, al asegurar que la interpretación y aplicación de las normas de la LAM se hará de acuerdo con la naturaleza negocial y flexible del arbitraje, sus principios, usos y prácticas. Bajo este supuesto, el arbitraje es un escenario adecuado para introducir una herramienta donde se resuelvan controversias vinculadas con el e-commerce de manera completamente digital, al permitir en principio un margen de maleabilidad al proceso sin comprometer su validez.

42 J. TIRADO, G. COSIO, *Lex Cryptographia: Guidelines for ensuring due process in transnational blockchain-based arbitration*, <<https://www.ibanet.org/lex-cryptographia-due-process-blockchain-based-arbitration>> (30/1/2025).

43 J. TIRADO, G. COSIO, N. 42.

44 J. TIRADO, G. COSIO, N. 42.

45 World Justice Project Rule of Law Index, Rankings, <<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2024/Ecuador/>> (30/1/2025).

46 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 2822-18-EP/23, 13/09/2023.

47 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 20, RO Sup. No. 524, 26/08/2011.

5.3. CELERIDAD

Otro de los principios del arbitraje es la celeridad⁴⁸. Es conocido que una de las dificultades de la administración de justicia a nivel regional es la dificultad ocasionada por causas represadas ante una alta proliferación de causas que supera la capacidad de procesamiento de nuestros sistemas legales⁴⁹. La posibilidad de acceder a un procedimiento arbitral que en una sola instancia permita a los consumidores obtener una solución a su conflicto, conlleva a un análisis costo-beneficio más favorable.

5.4. RECONOCIMIENTO LEGAL Y FACILIDAD DE EJECUCIÓN

Probablemente el mayor beneficio de proponer el arbitraje electrónico como un método de solución de controversias, es que además de gozar de los beneficios previamente mencionados, el arbitraje se encuentra plenamente reconocido en el sistema jurídico ecuatoriano, inclusive para disputas en materia de consumidores.

De tal manera, que un consumidor puede realizar una transacción de e-commerce y pactar arbitraje desde un contrato de adhesión, a través de la habilitación de un casillero donde el consumidor suscriba su aceptación expresa de someterse a arbitraje o bajo cualquier otra fórmula que exprese su consentimiento inequívoco⁵⁰.

Teniendo en consideración el reconocimiento legal de dichas prácticas, y planteando el caso hipotético de un arbitraje electrónico normalizado en el Ecuador, en caso de existir reclamaciones el consumidor podría dirigirse a la plataforma ODR, misma que sería administrada por un centro de arbitraje y mediación. Cabe recalcar que la CNUDMI establece en sus notas técnicas que el arbitraje en este tipo de disputas será administrado, al existir siempre una plataforma en la cual se sustancie⁵¹.

48 E. SALCEDO, *El arbitraje, La justicia alternativa*, Segunda edición, DistriLib, 2007.

49 G. SZLAK, "Online Dispute Resolution in Latin America, Challenges and Opportunities", en M. ABDEL WAHAB, E. KATSH Y D. RAINEY (Eds.), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice, A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, Eleven International Publishing, 2011.

50 Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Artículo 40, RO No. 287, 19/03/2001.

51 Notas técnicas de la CNUDMI, Sección V. Definiciones, funciones y responsabilidades, y comunicaciones en el sistema de solución de controversias en línea, párr. 26, N 15.

Conforme al artículo 10 del Reglamento a la LAM, las partes podrán pactar las reglas procesales a las que se someterá el Tribunal a través de la referencia a un reglamento arbitral⁵². Queda entonces abierta la posibilidad de que a futuro puedan presentarse reglamentos especialmente establecidos para el efecto a tenor de esta norma. Una vez concluido el proceso arbitral, el laudo arbitral puede ser ejecutado.

El reconocimiento legal otorgado al arbitraje en materia de controversias de consumo resulta importante de enfatizar, ya que la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y su reglamento reconocen el arbitraje y mediación como métodos para resolver este tipo de controversias si el consumidor expresa su consentimiento, como ya fue anteriormente mencionado.

El artículo 20 del Reglamento de la LAM reconoce otros métodos alternativos de solución de conflictos en general con efectos jurisdiccionales conforme lo que sea acordado por las partes⁵³. Esto podría llevar a la conclusión de que, entonces, la conversación sobre online dispute resolution en controversias que involucran a consumidores podría trascender del arbitraje y la mediación.

Dicho lo anterior, de la revisión de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, se observa que además de las reclamaciones ordinarias establecidas en la misma, esta otorga un reconocimiento expreso al arbitraje y a la mediación al momento de hablar de MASC. En tal sentido, el planteamiento de reclamaciones contractuales de consumo a través del arbitraje electrónico toma mucha más relevancia.

6. RECOMENDACIONES PARA LA IMPLEMENTACIÓN DEL ARBITRAJE DIGITAL DE CONSUMIDORES EN EL ECUADOR

Planteadas las razones por las cuales el arbitraje electrónico en materia de consumo es una opción viable y conveniente para el consumidor en el Ecuador, a manera de conclusión, nos enfocaremos en principios y recomendaciones procesales con respecto al arbitraje. Estos principios y recomendaciones procesales pueden ser considerados al momento de tomarse los primeros pasos para crear reglamentos y directrices para la sustanciación de procedimientos de arbitraje electrónico en materia de consumo de bienes y servicios en el e-commerce.

52 Artículo 10, Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, N 47.

53 Artículo 20, Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, N 47.

Un punto importante de partida, para la implementación de un arbitraje de este tipo, son los principios. Además de los conceptos aplicables al arbitraje físico, estos principios en específico pueden ser considerados teniendo en cuenta las particularidades que conlleva la sustanciación de controversias en línea. En tal sentido, la CNUDMI ha desarrollado cuatro principios en el contexto de la online dispute resolution: transparencia, independencia, especialización, y consentimiento. La CNUDMI también menciona otros principios como la equidad y la rendición de cuentas, pero otorgó especial relevancia a los siguientes, que fueron expresamente desarrollados en el texto de sus Notas técnicas⁵⁴.

- (i) El principio de transparencia hace referencia al conocimiento público de las relaciones que puedan existir entre el administrador de la solución de controversias en línea y proveedores, para que los usuarios estén informados de la existencia de posibles conflictos de intereses, a través de información pertinente publicada en el sitio web del administrador de la ODR.
- (ii) Mientras tanto, el principio de independencia hace referencia al hecho de que el administrador del método de solución de controversias en línea asuma un código de ética para sus terceros neutrales (en este caso, árbitros) y adopte políticas para detectar y enfrentar conflictos de interés.
- (iii) Especialización, por otra parte, se refiere a la adopción de políticas para regir la selección y capacitación de sus terceros neutrales, y el tener un mecanismo de supervisión o control de calidad como administrador para asegurarse que los terceros neutrales sigan las normas que haya dejado.
- (iv) Finalmente, el consentimiento como principio implica que el sistema ODR se debería basar en consentimiento expreso e informado de las partes.

Vemos que, a excepción de la transparencia, los principios mencionados ya son parte del funcionamiento de los centros que administran procedimientos arbitrales y del proceso arbitral como tal, y en ciertos casos, inclusive, su aplicación se puede ver apoyada en normas de soft law voluntariamente aceptadas por las partes, como las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional y recomendaciones emitidas por organismos internacionales

54 Notas técnicas de la CNUDMI, Sección II – Principios, párr. 10-17, N 15.

que surjan al respecto de la ODR y su manejo.

Como fue mencionado anteriormente, los arbitrajes a través del ODR son necesariamente administrados. Esto implica que deben ser manejados por un sistema que pueda procesar las comunicaciones entre partes y proteger los datos, sistema que toma el nombre de “plataforma ODR”. Por otro lado, quien administre y coordine el funcionamiento de esta plataforma se denomina “administrador ODR”. La CNUDMI recomienda que estos datos se encuentren preestablecidos en el convenio arbitral, y que, para asegurar la mejor sustanciación del proceso, todas las comunicaciones se realicen por esta plataforma.

En tal sentido, el surgimiento de administradores ODR locales y la creación de estrictas regulaciones sobre su rol y alcance como gestores del proceso arbitral a través de la remisión a reglamentos arbitrales especializados, probablemente serán parte de los primeros avances para implementar el arbitraje digital en Ecuador.

Del análisis de la normativa comparada y de soft law revisadas para la realización de este artículo, se han podido extraer, además, las siguientes recomendaciones que pueden ser incorporadas dentro de los procesos de arbitraje electrónico en el evento que su implementación se vuelva una realidad común en el Ecuador:

- (i) La primera recomendación es que el arbitraje sea totalmente electrónico. Tanto la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil a través de las Notas Técnicas para la Solución de Conflictos en línea, como la Unión Europea en el caso que hemos establecido con anterioridad, dentro de sus directrices apuntan a la posibilidad de sustanciar procesos de esta manera. Esto implica que todo el conflicto, desde la presentación de la reclamación y de excepciones, las pruebas y la decisión, sean realizados por esta vía⁵⁵.

En caso de que una sustanciación totalmente electrónica no sea posible, por motivos de práctica de prueba, por ejemplo, se recomienda que las diligencias presenciales prioricen la celeridad y reducción de costos para las partes, en honor a la inmediatez y el ahorro de recursos que caracteriza a los procesos de adquisición de bienes y servicios en línea.

55 Artículo 7,8,9 y 10, Reglamento 524/2013, N28.

- (ii) La segunda recomendación se presenta tomando en cuenta las cuantías que suelen caracterizar este tipo de contrataciones, siendo recomendable que se establezca un valor máximo aproximado que delimite el universo de transacciones comerciales que se sustancien a través de este medio, teniendo en cuenta que un arbitraje electrónico propicia la justiciabilidad de ínfimas cuantías en procedimientos en materia de consumo. Xavier Abel Lluch menciona:

Sobre este particular, debe tenerse presente el problema que plantean los pleitos de escasa cuantía derivados del comercio y el consumo masivos propios de las sociedades occidentales. Pleitos de escasa cuantía que no se debe caer en el error de considerar de escasa entidad. En este punto conviene recordar que la importancia de un asunto no se mide sólo por su cuantía económica, sino que cada asunto es importante en la medida que afecta a los derechos e intereses concretos de los interesados.⁵⁶

- (iii) Siguiendo el modelo planteado por la Unión Europea, sería preceptivo cumplir el requisito de la presentación de una reclamación previa a la contraparte antes de decidir acudir al arbitraje electrónico⁵⁷. En caso de que la parte que recibe la reclamación rechace la misma, se habilitaría la posibilidad de acudir a arbitraje. La finalidad sería no saturar los sistemas de arbitraje electrónico en controversias que pueden ser solucionadas por las partes; teniendo en consideración que, incluso cuando los costos y tiempos de un arbitraje electrónico podrían ser menores a su contraparte tradicional, igualmente se requiere de la existencia de un tercero neutral con disponibilidad para dirimir la controversia.
- (iv) Por último, es deseable que los arbitrajes electrónicos en esta materia cuenten con tasas o aranceles arbitrales proporcionales a las cuantías mínimas que se ventilarían en este tipo de procesos, siguiendo el modelo ya implementado por otros países, e incluso a nivel comunitario, en la Unión Europea⁵⁸; y la caracterización expresada por la CNUDMI en sus Notas técnicas⁵⁹.

56 X. ABEL LLUCH, *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, J.M. Bosch Editor, 2014.

57 Reglamento 524/2013, Artículo 8 (1) Diario Oficial de la Unión Europea L/165/1, 21/05/2013.

58 *Ibidem*.

59 Notas técnicas de la CNUDMI, Considerandos, N15.

7. CONCLUSIONES

Si bien los ODR no son nuevos, su implementación en materia del consumidor no es frecuente, especialmente de manera local. Los puntos de análisis y recomendaciones expuestas a lo largo de este artículo académico son consideraciones iniciales y conceptuales, de cara al potencial de implementación que posee esta forma de solución de controversias, cuyos beneficios se extienden tanto a consumidores como a proveedores de bienes y servicios en el e-commerce.

Lo que se busca con lo analizado en este artículo, es contribuir al debate sobre las maneras más adecuadas para la implementación de este sistema de manera permanente y favorable, incentivando su implementación en el mercado ecuatoriano. Una vez instituido el arbitraje electrónico en esta materia, existen infinitas posibilidades para su evolución y una creciente complejidad tecnológica que a su vez facilita la labor de árbitros y usuarios, que a su vez conducen a sistemas de administración de justicia más eficientes y adaptados a las necesidades de las partes y particularidades de la controversia.

Dicha evolución podría tomar muchas formas, como la posibilidad de que la inteligencia artificial adquiera un papel cada vez más preponderante en arbitrajes electrónicos con cuantías negligibles; o la implementación aún más amplia de sistemas blockchain en disputas contractuales, por ejemplo, al establecer que la ejecución del contrato y el cobro del dinero se encuentren pendientes hasta que el bien o servicio sea recibido a satisfacción del usuario.

Los primeros pasos hacia un arbitraje electrónico en materia de transacciones en línea, sin embargo, implican crear una base legalmente sólida que, en Ecuador, puede encontrar sus pilares en el sistema legal ya existente y en aprender de modelos ya implementados en otros lugares del mundo. El potencial que reviste la implementación del arbitraje electrónico en materia de relaciones de consumo en el contexto del e-commerce es solo un ejemplo de cómo valiosos principios que llevan décadas siendo recogidos por el arbitraje, como la celeridad y la flexibilidad, adquieren un protagonismo cada vez mayor en los escenarios de un mundo globalizado, que exige soluciones jurídicas a problemas cotidianos, al alcance de un clic.

Concluimos que este nuevo abordaje de los problemas actuales en controversias relacionadas con consumidores puede transformar espacios que aún no han sido plenamente aprovechados por el derecho arbitral, como lo son las disputas en materia de consumo. Acogiendo las recomendaciones recogidas en este artículo,

la implementación del arbitraje electrónico puede llegar a ser una solución aplicable al consumidor ecuatoriano, superando dos obstáculos clave de la administración de justicia al momento de hablar de este tipo de controversias: el largo tiempo que puede tomar adjudicar una disputa en justicia ordinaria, y los costos que suelen verse implicados en formas de resolución de disputas más celeras, como el arbitraje tradicionalmente concebido.

Regresando a los ejemplos presentados en este artículo, donde un consumidor busca reparación ante una disputa surgida de una relación de consumo dentro del e-commerce, y cuyo resarcimiento no logra conseguirse ante los obstáculos que presenta el interponer una acción fuera de un entorno digital; ante las consideraciones vertidas en este artículo, cabe pensar seriamente en la alternativa que se avecina: una realidad donde, pagando una cantidad proporcional a la cuantía para activar el ODR, dicho consumidor envíe una solicitud electrónica para iniciar un procedimiento arbitral corto, expedito y justo, para que una persona externa a las partes contractuales resuelva su controversia. Continuará adquiriendo, con creciente seguridad, bienes y servicios desde la virtualidad, pues los ODR han venido para quedarse.

8. BIBLIOGRAFÍA

- A. ZHUCK, “Applying blockchain to the modern legal system: Kleros as a decentralised dispute resolution system”, *International Cybersecurity Law Review*, No. 4, 2023.
- B. GÓMEZ DE LA TORRE y D. ENDARA BASTIDAS, “Arbitraje en el metaverso: particularidades en torno a su aplicación”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 14, 2024.
- C. RULE, “Online Dispute Resolution and the Future of Justice”. *Annual Review of Law and Social Science*. Vol. 16, 2020.
- Código Orgánico General de Procesos, RO Sup. 506, 22/05/2015.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, Directrices para la protección del consumidor, 2016 <https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplpmisc2016d1_es.pdf> (21/08/2024).
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. Directrices para la protección del consumidor.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo, Consumer Dispute Resolution in the World, <https://unctad.org/system/files/official-document/ditccplp2023d2_en.pdf>, (22/08/2024).
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 2822-18-EP/23, 13/09/2023.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 889-20-JP/21, 10/03/2021.
- E. KATSH, “ODR: A look at history”, en M. ABDEL WAHAB, E. KATSH y D. RAINEY (Eds.), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice, A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, Eleven International Publishing, 2012.
- E. SALCEDO, *El arbitraje, La justicia alternativa*, Segunda edición, Distrilib, 2007.
- Estatutos y Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana, Artículo 16 (8), 20/07/21.
- European Commission, Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the Application of Directive 2013/11/eu and Regulation (eu) no 524/2013, <https://commission.europa.eu/document/download/04b4369e-59c6-4dae-9dbd-b5a8012c5af4_en?filename=COM_2023_648_1_EN_ACT_part1_v3.pdf> (28/08/2024).

- Eurostat, Population change - Demographic balance and crude rates at national level, <https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/DEMO_GIND__custom_7127262/default/table> (28/08/2024).
- F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, “Arbitraje y protección al consumidor: ¿Tertium non datur?”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 13, 2022.
- G. SCHNEIDER, *Comercio electrónico*, décima edición, Cengage Learning, 2013.
- G. SZLAK, “Online Dispute Resolution in Latin America, Challenges and Opportunities”, en M. ABDEL WAHAB, E. KATSH y D. RAINEY (Eds.), *Online Dispute Resolution: Theory and Practice, A Treatise on Technology and Dispute Resolution*, Eleven International Publishing, 2011.
- J. CALDERÓN GAMBOA, “La puerta de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el Sistema Interamericano: relevancia de la sentencia Lagos del Campo”, en C. PRONER et al. (Coor.), *70º aniversario de la declaración universal de derechos humanos: La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión*, Tirant lo Blanch, 2018.
- J. TIRADO, G. COSIO, *Lex Cryptographia: Guidelines for ensuring due process in transnational blockchain-based arbitration*, <<https://www.ibanet.org/lex-cryptographia-due-process-blockchain-based-arbitration>> (30/1/2025).
- K. MANIA, “Online dispute resolution: The future of justice” *International Comparative Jurisprudence* 1. 2015.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, artículo 2, RO Sup. No. 116, 10/07/2000.
- Notas técnicas de la CNUDMI sobre la solución de controversias en línea (2017).
- ONU Comercio y Desarrollo (UNCTAD), COVID-19 boost to e-commerce sustained into 2021, new UNCTAD figures show. <<https://unctad.org/es/isar/news/covid-19-boost-e-commerce-sustained-2021-new-unctad-figures-show>>. (26/08/24).
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce*, <<https://doi.org/10.1787/9789264081109-en-fr>>, (20/08/2024).
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Understanding E-Commerce: Business Models, Trends, and Policies*, <<https://doi.org/10.1787/1885800a-en>> (20/08/2024).

- P. CORTES, What should the ideal ODR system for e-commerce consumers look like? The Hidden World of Consumer ADR: Redress and Behaviour, <https://www.law.ox.ac.uk/sites/default/files/migrated/dr_pablo_cortes.pdf> (15/08/24).
- R. BRAND, “UNCITRAL, Access to Justice, and the Future of Online Dispute Resolution” International Arbitration Review, Bahrain Chamber for Dispute Resolution, Vol. 8 (1), 2021.
- Reglamento 524/2013, Artículo 9 (3), Diario Oficial de la Unión Europea L/165/1, 21/05/2013.
- Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, RO Sup. No. 524, 26/08/2011.
- Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, 5/07/22.
- Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, 26/06/2023.
- Reglamento General a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Artículo 40, RO No. 287, 19/03/2001.
- World Justice Project Rule of Law Index, Rankings, <<https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2024/Ecuador/>> (30/1/2025).
- X. ABEL LLUCH, Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables, J.M. Bosch Editor, 2014.

La inacción de la Inteligencia Artificial en el arbitraje en equidad: Un análisis crítico de sus limitaciones epistemológicas y prácticas en la resolución de conflictos

THE INACTION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN EQUITY
ARBITRATION: A CRITICAL ANALYSIS OF ITS EPISTEMOLOGICAL
AND PRACTICAL LIMITATIONS IN CONFLICT RESOLUTION

*Camila Abad Quevedo**

Recibido/Received: 15/09/2024

Aceptado/Accepted: 03/02/2025

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Enfoques conceptuales en el arbitraje en equidad: un estudio crítico de las bases teóricas y sus implicaciones aplicadas en la resolución de conflictos. 2.1. Limitaciones inherentes de la Inteligencia Artificial en el arbitraje en equidad: restricciones epistemológicas, metodológicas y normativas en la resolución de conflictos impacto de la automatización en la equidad y la justicia. 3. Impacto de la automatización en la equidad y la justicia. 4. Conclusiones.

RESUMEN: Este estudio explora el impacto de la Inteligencia Artificial en el campo legal, particularmente en su rol en el arbitraje en equidad. A pesar de los avances en procesamiento de lenguaje natural, la Inteligencia Artificial depende de algoritmos humanos y carece de voluntad propia, lo que puede generar sesgos y limitaciones éticas. La investigación explora cómo la falta de comprensión de contextos humanos y matices éticos afecta su efectividad en el arbitraje en equidad, donde la sensibilidad al contexto y el juicio ético son esenciales. En Ecuador, con problemas como la corrupción y tecnología obsoleta, el arbitraje y la mediación se consideran soluciones viables. Este análisis resalta las desventajas de la Inteligencia Artificial en el arbitraje en equidad y subraya la necesidad de supervisión humana para asegurar la equidad y los principios de confidencialidad e imparcialidad.

* Estudiante de Derecho Universidad de Cuenca y del programa WIPO-Harvard Law School Patent Law and Global Public Health ("PatentX").

PALABRAS CLAVE: Inteligencia Artificial, Arbitraje en Equidad, Resolución de Conflictos, Automatización y sesgos algorítmicos

ABSTRACT: This study explores the impact of Artificial Intelligence in the legal field, particularly in its role in equity arbitration. Despite advances in natural language processing, Artificial Intelligence relies on human-made algorithms and lacks its own will, which can lead to biases and ethical limitations. The research examines how the lack of understanding of human contexts and ethical nuances affects its effectiveness in equity arbitration, where sensitivity to context and ethical judgment are essential. In Ecuador, with issues such as corruption and outdated technology, arbitration and mediation are considered viable solutions. This analysis highlights the disadvantages of Artificial Intelligence in equity arbitration and emphasizes the need for human supervision to ensure fairness and uphold principles of confidentiality and impartiality.

KEYWORDS: Artificial intelligence, Arbitration in Equity, Conflict Resolution, Automation and Algorithmic biases.

1. INTRODUCCIÓN

La Inteligencia Artificial (en adelante “IA”) es una tecnología que ha avanzado significativamente, al punto de realizar actividades que antes eran exclusivas de los humanos. Entre sus capacidades, destaca el procesamiento de lenguaje natural, que permite a las máquinas comprender, interpretar y generar texto de manera automatizada. Sin embargo, aún cuando parece actuar por sí misma, la IA carece de autonomía en el sentido humano, es decir, no posee libre albedrío, ni voluntad como sentires propios.

La IA está siendo incorporada en diversos ámbitos en los que interactúa con la cotidianidad de la vida de las personas, como la generación de noticias, la focalización de información y la determinación de la credibilidad, todo ello basado en el análisis de datos digitales. Respecto a la relación entre IA y Derecho, resulta evidente la creciente importancia de abordar las resoluciones judiciales o arbitrales respaldadas por la IA.

La IA se presenta como una herramienta prometedora para mejorar la eficiencia y precisión en la resolución de conflictos dentro del sistema judicial, al reducir los sesgos humanos. Sin embargo, su aplicación en el arbitraje en equidad, caracterizado por la necesidad de una aproximación flexible, justicia

contextualizada y sensibilidad a las circunstancias específicas de cada caso, enfrenta desafíos significativos. El debate se intensifica cuando se contempla la posibilidad de reestructurar el Sistema de Justicia a través de la incorporación de entidades no humanas en lugar de actores humanos. Tal transformación podría alterar radicalmente los principios de equidad y justicia que fundamentan el sistema jurídico, cuestionando su capacidad para abordar las sutilezas y complejidades inherentes a la naturaleza humana. La exploración de estos escenarios no solo es esencial para comprender las repercusiones de la tecnología en nuestra sociedad, sino también para preservar la integridad de los valores humanos en un mundo en constante evolución tecnológica. Por ello, este ensayo examina las limitaciones de la IA en este ámbito, analizando cómo sus características intrínsecas pueden afectar la capacidad para resolver conflictos de manera justa y equitativa. Además, explora las implicaciones éticas y prácticas de su implementación en el Derecho, con un enfoque en las posibles repercusiones sobre la justicia y la equidad en los procesos resolutivos.

En el contexto jurídico de Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante “**LAM**”) establece dos modalidades de arbitraje: en derecho y en equidad¹. Estos enfoques responden a la necesidad de ofrecer mecanismos alternativos de resolución de conflictos que puedan ajustarse a las particularidades de cada caso. Mientras que el arbitraje en derecho se fundamenta en la aplicación estricta de normas legales, el arbitraje en equidad se distingue por su flexibilidad, permitiendo a los árbitros emitir decisiones basadas en un juicio ético y una comprensión contextual del conflicto.

Este tipo de arbitraje, centrado en la justicia equitativa, confiere al árbitro la facultad de resolver disputas conforme a su “*leal saber y entender*”, lo que implica un análisis más amplio y adaptativo que considera las circunstancias específicas de las partes involucradas. Sin embargo, la creciente incorporación de la IA en procesos arbitrales plantea interrogantes sobre su eficacia, particularmente en el arbitraje en equidad, donde la sensibilidad contextual y el juicio ético son esenciales.

La capacidad de la IA para procesar grandes volúmenes de datos y generar decisiones automatizadas ha generado expectativas sobre su potencial para mejorar la eficiencia del arbitraje. La Organización Mundial de Propiedad Intelectual (en adelante “**OMPI**”) señala que la IA mediante aprendizaje automático supervisado, es un tipo de *machine learning* en el que el algoritmo

1 Ley de arbitraje y mediación, Artículo 2 (2), RO No. 417, 14/12/2006.

adquiere conocimiento a partir de un conjunto de datos etiquetados². Estos datos establecen una relación entre una entrada determinada y un resultado específico, comúnmente conocidos como datos de entrenamiento. No obstante, su aplicación en el arbitraje en equidad enfrenta limitaciones significativas. La IA, aunque poderosa en el análisis de datos, carece de la habilidad para captar y valorar las sutilezas del contexto humano, la intencionalidad de las partes y las complejidades éticas involucradas en cada caso. Estos factores son cruciales para alcanzar una resolución equitativa que refleje adecuadamente las particularidades de cada conflicto.

Asimismo, la automatización del arbitraje en equidad podría comprometer principios fundamentales como la confidencialidad y la imparcialidad. Los algoritmos de IA, sujetos a sesgos inherentes en su programación, pueden afectar la integridad del proceso arbitral. Además, la necesidad de acceder a datos sensibles para entrenar estos sistemas plantea un desafío a la preservación de la confidencialidad, un principio esencial en el arbitraje.

Dada la complejidad y las limitaciones actuales de la IA, la intervención de árbitros humanos sigue siendo indispensable para garantizar decisiones justas y equitativas en procesos arbitrales. La supervisión y el juicio humano son necesarios no solo para validar las decisiones generadas por IA, sino también para corregir posibles sesgos y asegurar que se mantengan los principios éticos y jurídicos que sustentan el arbitraje en equidad. Por lo tanto, mientras la tecnología puede complementar el proceso arbitral, la esencia del arbitraje en equidad radica en la capacidad humana para aplicar principios de justicia en contextos complejos y multifacéticos.

Esto nos lleva a preguntarnos sobre la IA que toma decisiones sin intervención humana, y si las máquinas pueden hacerse responsables de sus acciones. De igual manera debemos considerar el impacto de las máquinas que requieren recarga de energía por intervención humana, o la influencia del desarrollo y entrenamiento en su autonomía. Por lo tanto, se plantea la necesidad de analizar la moralidad de las acciones llevadas a cabo por la IA.

Aunque esta tecnología no es capaz de razonar ni de proporcionar justificaciones para sus acciones, sí es posible evaluar su comportamiento en función de los valores y responsabilidades de sus creadores. Las personas y las empresas

2 Organización Mundial de Propiedad Intelectual, *Preparar el ecosistema de la innovación para la IA: Guía de políticas de PI*. Ginebra: OMPI, 2024.

que desarrollan estas tecnologías suelen tener objetivos económicos o políticos, y, al utilizar la tecnología para influir en la sociedad, se amparan en principios éticos y directrices para legitimar su aplicación. Sin embargo, a pesar de estos esfuerzos, es posible que operen al margen de la ética, llegando incluso a violar Derechos Humanos.

Surge entonces la pregunta: ¿ES POSIBLE QUE LA IA PUEDA DESARROLLAR LAUDOS ARBITRALES EN EQUIDAD?. Desde una perspectiva humanista, es difícil concebirlo, ya que la electrónica difiere significativamente de la biología en términos de libertad y autoconciencia. A pesar de ello, existen discusiones y argumentos.

En este contexto, el presente ensayo, en primer momento realizará una aproximación conceptual a las concepciones sobre IA, al arbitraje en equidad y las implicaciones de la aplicación de IA. Posteriormente, realizará un análisis acerca de los retos de la IA en los métodos alternativos de resolución de conflictos y, finalmente, presentará una discusión entre la intersección de tecnología y laudos arbitrales.

2. ENFOQUES CONCEPTUALES EN EL ARBITRAJE EN EQUIDAD: UN ESTUDIO CRÍTICO DE LAS BASES TEÓRICAS Y SUS IMPLICACIONES APLICADAS EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La IA se concibe como una herramienta avanzada diseñada para imitar ciertas capacidades cognitivas humanas, como el análisis de datos, la identificación de patrones y la toma de decisiones³. Sin embargo, es importante reconocer que, aunque las máquinas puedan ejecutar tareas de manera independiente, esta autonomía es puramente técnica y operativa. Las acciones de la IA están regidas por algoritmos desarrollados por humanos, lo que evidencia que su capacidad de toma de decisiones se sustenta en las directrices y datos previamente configurados. En este contexto, la ética y la moralidad de las decisiones que toma una IA no son inherentes al sistema, sino que reflejan los valores y principios de sus desarrolladores. Esto destaca la importancia de incorporar criterios éticos claros y moralmente aceptables durante el diseño y la programación de estos sistemas, especialmente en aplicaciones sensibles como la conducción autónoma y la justicia.

3 J. CABANELAS, *Inteligencia artificial ¿Dr. Jekyll o Mr. Hyde?* Mercados y Negocios, 40, 5-22. Universidad de Guadalajara, 2019.

Un aspecto peculiar de la IA es su capacidad para aprender y adaptarse a través de técnicas como el aprendizaje profundo (*deep learning*) y el aprendizaje automático (en adelante “*machine learning*”)⁴. El aprendizaje profundo, por ejemplo, imita el funcionamiento del cerebro humano en la creación de patrones y el análisis de datos sin supervisión, permitiendo que los sistemas identifiquen correlaciones complejas que serían difíciles de detectar manualmente. Por otro lado, el *machine learning* representa una subcategoría de la IA que dota a las máquinas de la habilidad de aprender a partir de datos y mejorar su rendimiento con el tiempo sin necesidad de programación explícita⁵. De acuerdo con lo señalado por Rodríguez-Torres et al.⁶, el *machine learning* se fundamenta en algoritmos que permiten a los sistemas computarizados analizar grandes volúmenes de datos, identificar patrones y tomar decisiones óptimas. Aunque, la IA y el *machine learning* son herramientas creadas por humanos, su capacidad para tomar decisiones fundamentadas está determinada por la calidad de los datos, los algoritmos empleados y los valores éticos integrados en su diseño. Estas tecnologías representan un avance significativo en la automatización y el análisis de datos, pero su desarrollo debe ir acompañado de una reflexión ética profunda para garantizar que sus aplicaciones sean responsables y beneficiosas para la sociedad. Solo de esta manera se podrá aprovechar todo su potencial sin comprometer los valores fundamentales que rigen la interacción humana.

En este sentido, si bien la IA, a través del *machine learning*, puede mejorar continuamente a partir de los datos que procesa, su desarrollo sigue dependiendo de seres humanos, quienes, a su vez, incorporan sesgos en los algoritmos que diseñan. Esto plantea un desafío importante, ya que dichos sesgos pueden perpetuarse o incluso amplificarse en los sistemas de IA. Un ejemplo claro de esta problemática se observa en el ámbito judicial, donde los operadores de justicia, al escuchar diversas posturas, tienen la oportunidad de mejorar sus creencias, ajustando o cuestionando sus sesgos cognitivos. En contraste, la IA, al estar limitada por la programación inicial y los datos utilizados para su entrenamiento, no tiene la capacidad de participar en debates o considerar puntos de vista diversos que podrían enriquecer su “criterio”.

4 A. RODRIGUEZ Y J RODRIGUEZ, *Diferencias y Aplicaciones de Big Data, Inteligencia Artificial, Machine Learning y Deep Learning*. *Dominio De Las Ciencias* < <https://doi.org/10.23857/dc.v10i3.3966>>. (20/01/2025).

5 A. RODRIGUEZ Y J RODRIGUEZ, N. 5.

6 *Ibíd.*

El uso de ciertas fuentes bibliográficas o autores específicos para entrenar a un sistema de IA puede acentuar estos sesgos, ya que la máquina reproducirá las creencias contenidas en esos datos sin someterlas a un proceso de crítica o contraste con otras perspectivas. Esto es especialmente relevante en contextos donde la socialización, la escucha activa y la interacción con diferentes puntos de vista son esenciales para alcanzar decisiones equilibradas y justas. Por ejemplo, los árbitros, al escuchar diferentes argumentos y valorar las posturas de las partes involucradas, no solo refinan su criterio, sino que también consideran factores emocionales y contextuales que una IA, incluso en sus niveles más avanzados, no puede interpretar ni procesar.

La superinteligencia artificial, como la describe Cabanelas, aunque teóricamente capaz de superar la capacidad humana en áreas como la creatividad científica y el aprendizaje colectivo, seguiría careciendo de la habilidad para interactuar emocional y socialmente⁷. Esto limita su capacidad para replicar las complejidades del juicio humano, donde factores como la empatía, las emociones y el contexto social desempeñan un papel crucial. Mientras que los seres humanos tienen la capacidad de ajustar sus creencias y decisiones a medida que interactúan con el entorno y con otras personas, la IA no posee esa flexibilidad inherente ni la capacidad de modificar su “perspectiva” en función de experiencias directas o emocionales.

El sistema judicial en Ecuador se enfrenta a desafíos significativos, como la corrupción, la ineficiencia en los procesos y la falta de actualización tecnológica, lo que ha debilitado su eficacia y la seguridad jurídica, pilares fundamentales de un Estado de Derecho. La gravedad de estos problemas ha llevado a declarar una emergencia en el Sistema Judicial, afectando la percepción pública y deteriorando la confianza en la justicia. En este contexto, los métodos alternativos de resolución de conflictos, como el arbitraje y la mediación, respaldados por el artículo 190 de la Constitución, se presentan como alternativas prometedoras debido a su flexibilidad, celeridad y eficiencia⁸.

En este marco, según lo establecido en la LAM, existen dos modalidades de arbitraje: 1) en derecho; y 2) en equidad. Es importante destacar que ambos tipos de arbitraje deben respetar los límites objetivos establecidos en el convenio arbitral. No obstante, a diferencia de los árbitros que resuelven en derecho, aquellos que fallan en equidad no están obligados a seguir las disposiciones

7 J. CABANELAS, N. 4.

8 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 190 (1), RO No. 449, 20/10/2008.

legales sustantivas vigentes⁹, es decir, el arbitraje en equidad se distingue fundamentalmente por su énfasis en la justicia y la equidad, es decir, los árbitros que actúan bajo el principio de equidad están investidos de la facultad de dictar sus decisiones conforme a su “*leal saber y entender*”, quienes poseen la autoridad para emitir decisiones basadas en su propia interpretación ética y percepción de justicia, fundamentada en sus juicios personales más que en la estricta aplicación de normas legales preestablecidas. Esta prerrogativa les permite adoptar un enfoque metodológico más flexible y adaptativo, que considera las circunstancias particulares de cada caso específico.

El objetivo primordial de este tipo de arbitraje es alcanzar una resolución que emane de una evaluación ética y equitativa, ponderando tanto las particularidades intrínsecas del conflicto como las necesidades y circunstancias específicas de las partes en litigio. Así, no se limita a la aplicación mecánica de normas jurídicas, sino que busca proporcionar soluciones que reflejen una justicia contextualizada, adecuada a la naturaleza del caso y al equilibrio de los intereses en juego.

La doctrina sostiene que este enfoque de arbitraje facilita una resolución más flexible y justa de los conflictos, en palabras de Martínez, el arbitraje en equidad proporciona una plataforma para que los árbitros apliquen principios de justicia que trascienden la rigidez de las normas legales, permitiendo soluciones más adecuadas y contextualizadas¹⁰. Según Pérez, el arbitraje en equidad permite a los árbitros incorporar consideraciones éticas y contextualizadas que van más allá de la literalidad de las normas legales, favoreciendo así una resolución más ajustada a las particularidades de cada disputa¹¹. De manera complementaria, Rodríguez y Fernández, argumentan que la aplicación del principio de equidad en el arbitraje ofrece una herramienta crítica para abordar casos en los que las normas jurídicas estrictas resultan insuficientes para lograr una justicia plena, al proporcionar un marco para una apreciación más completa y matizada de los intereses en juego¹².

9 M. RODAS, *et al*, *El arbitraje en equidad y la constitucionalidad: una relación posible y necesaria*. USFQ Law Review, VOL. 7, 2024.

10 F. MARTINEZ, *Arbitraje en equidad: Teoría y aplicación en la práctica moderna*. Universidad de Derecho Avanzado, 2021.

11 J. PEREZ, *Teoría y práctica del arbitraje en equidad: Una aproximación contemporánea*. Universidad de Derecho Comparado, 2023.

12 S. RODRIGUEZ Y A. FERNÁNDEZ, *Equidad en el arbitraje: Principios, aplicaciones y evolución*. Editorial DERECHO GLOBAL, 2022.

2.1. LIMITACIONES INHERENTES DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL ARBITRAJE EN EQUIDAD: RESTRICCIONES EPISTEMOLÓGICAS, METODOLÓGICAS Y NORMATIVAS EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La incorporación de la IA en el arbitraje en equidad presenta una serie de limitaciones inherentes que impactan directamente su eficacia en este ámbito. En primer lugar, la sustitución de un árbitro humano por un sistema de IA plantea desafíos significativos en términos de la capacidad de decisión de dichos sistemas. La cuestión primordial radica en si un árbitro artificial sería capaz de realizar una adecuada subsunción jurídica, argumentación y emisión de laudos, dado que la inteligencia de la máquina se encuentra restringida a los datos y algoritmos introducidos en su programación.

Es fundamental reconocer que, al igual que en el Sistema Judicial tradicional, los algoritmos de la IA pueden verse afectados por sesgos humanos durante su creación y programación. Estos sesgos pueden comprometer la imparcialidad del proceso arbitral, generando una disfunción en el propósito de la IA de proporcionar una resolución justa y equitativa. Adicionalmente, en el contexto ecuatoriano, donde el uso del arbitraje en equidad es aún limitado, la capacidad de un sistema de IA para adquirir y actualizar información relevante es reducida. Esto implica que, en caso de errores, la máquina podría no ser capaz de identificar y corregir tales fallos de manera autónoma, lo que conlleva el riesgo de vulnerar los derechos de las partes involucradas.

En este contexto, es pertinente considerar la influencia de los principios de *soft law*¹³ en el ámbito del arbitraje. Los instrumentos de *soft law*, como las directrices y recomendaciones elaboradas por Organizaciones Internacionales de arbitraje, proporcionan un marco normativo que puede guiar la implementación de tecnologías emergentes en la resolución de conflictos. Estos principios de *soft law*, aunque no vinculantes, pueden ofrecer orientaciones valiosas para la integración ética y efectiva de la IA en el arbitraje, ayudando a mitigar los riesgos asociados con el sesgo algorítmico y la falta de adaptabilidad en un

13 En la literatura, se considera ampliamente aceptada la definición del conjunto de instrumentos internacionales agrupados bajo el término *soft law*, caracterizados por su naturaleza no vinculante. Esta definición adopta un enfoque binario que diferencia entre dos categorías de normas de derecho internacional público: por un lado, las normas contenidas en tratados internacionales y aquellas derivadas de la costumbre internacional, las cuales poseen fuerza legal; y, por otro lado, las resoluciones, opiniones y recomendaciones, que carecen de dicho carácter vinculante.

entorno de arbitraje en equidad.¹⁴

En el ámbito del arbitraje, la confidencialidad es un principio cardinal que subyace a la razón por la cual las partes optan por este mecanismo de resolución de disputas. Este principio garantiza que la información revelada durante el proceso arbitral, así como los laudos emitidos, permanezcan confidenciales, protegiendo así los intereses y la privacidad de las partes. Sin embargo, la implementación de algoritmos de IA en el arbitraje plantea una amenaza significativa para la preservación de este principio.

Para que un sistema de IA pueda desempeñar funciones efectivas en la resolución de conflictos, es imperativo que acceda a datos específicos de casos previos con el fin de entrenar sus algoritmos y ajustar sus modelos de decisión. Este proceso requiere la introducción de información sensible y confidencial sobre casos concretos en el sistema, lo cual compromete directamente la confidencialidad inherente al proceso arbitral. En otras palabras, la necesidad de alimentar a la máquina con datos concretos para que esta pueda realizar una subsunción jurídica adecuada implica una violación del principio de confidencialidad, al exponer información delicada que tradicionalmente se ha protegido en el ámbito arbitral.

Este desafío resalta la tensión intrínseca entre la necesidad de información para el funcionamiento eficaz de los algoritmos de IA y la imperativa necesidad de mantener la confidencialidad del proceso arbitral. En consecuencia, la integración de la IA en el arbitraje plantea interrogantes fundamentales sobre la capacidad de esta tecnología para alinearse con los principios éticos y normativos que sostienen la confidencialidad en la resolución de disputas.¹⁵

De manera análoga, se subraya la importancia de poseer una capacidad decisoria que trascienda las meras cuestiones técnicas, incorporando el juicio y las habilidades individuales de los árbitros. Entre las competencias esenciales se incluyen: la capacidad para discernir la buena fe de las partes involucradas; la habilidad para interpretar el lenguaje corporal de los testigos durante sus declaraciones; y el sentido de justicia, crucial para la elaboración de un dictamen resolutivo. En el ámbito del arbitraje, los principios éticos y normativos son

14 R. JOHNSON, *Soft Law and the Future of Arbitration: Guiding Principles and Emerging Technologies*. International Arbitration Review, 2023.

15 L. GÓMEZ, *Arbitraje en equidad: Nuevas perspectivas y desafíos en la práctica contemporánea*. Editorial Jurídica y de Arbitraje, 2024.

fundamentales para el desarrollo del proceso. Sin embargo, al someter un caso a un sistema automatizado, en este caso, un árbitro artificial, surge la interrogante de cómo dicho sistema podría identificar y aplicar estos principios en relación con las partes involucradas.

Además del juicio de valor objetivo, se requiere una evaluación integral de los hechos y las circunstancias contextuales que rodean la disputa. Esta necesidad de un análisis exhaustivo pone de manifiesto la ineficacia inherente de un árbitro artificial en situaciones donde la documentación y los datos disponibles no son suficientes para abarcar toda la complejidad del conflicto. Por ende, la capacidad del árbitro artificial para abordar y resolver disputas de manera completa y justa queda seriamente comprometida cuando los elementos contextuales y subjetivos son determinantes en la resolución del caso.

En el ámbito del arbitraje en equidad, el principio del “*leal saber y entender*” confiere al árbitro la facultad de emitir decisiones basadas en su experiencia, juicio personal y comprensión contextual de los casos. Este enfoque permite al árbitro aplicar una perspectiva de equidad que no se limita a la mera interpretación técnica de las normas legales, sino que integra consideraciones éticas y contextualizadas del conflicto en cuestión.

En la práctica arbitral moderna, tecnologías emergentes como el *Conflict Checker* de Jus Mundi¹⁶, que facilita la identificación de posibles conflictos de interés entre individuos, empresas o Estados mediante el análisis de relaciones, han sido propuestas como mecanismos para mejorar la transparencia y la integridad del proceso arbitral. No obstante, la autora de este ensayo sostiene que, a pesar de las potenciales ventajas de tales herramientas tecnológicas, el arbitraje en equidad sigue requiriendo, de manera fundamental, la intervención de un árbitro humano. Este argumento se basa en la premisa de que la resolución equitativa de disputas demanda una capacidad decisional que solo puede ser plenamente alcanzada a través de la aplicación de un juicio humano experto. El árbitro debe ejercer un entendimiento profundo y matizado de los casos, fundamentado en conocimientos especializados y un sentido ético del deber, aspectos que los sistemas automatizados no pueden replicar en su totalidad. En consecuencia, la esencia del arbitraje en equidad reside en la habilidad del árbitro para aplicar principios de justicia que van más allá de

16 *Conflict Checker* identifica las relaciones entre individuos, empresas o Estados. El alcance de ESTAS RELACIONES ES INTENCIONALMENTE MÁS AMPLIO QUE LA NOCIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES, SE DIVIDEN EN RELACIONES DIRECTAS O INDIRECTAS.

las capacidades técnicas de los algoritmos y las herramientas de detección de conflictos, subrayando la relevancia del juicio humano en la resolución justa de las controversias.

La IA ha sido definida de diversas maneras a lo largo del tiempo, según los enfoques de distintos autores (McCarthy & Hayes, 1981; Rauch-Hindin, 1989; Steels, 1993; Díez, Gómez & de Abajo, 2001; Legg & Hutter, 2007; Russell & Norvig, 2016, citados en Cabanelas, 2019)¹⁷. En términos generales, la IA busca emular las capacidades de la mente humana, como lo señala Boden¹⁸. En este contexto, Cabanelas menciona que la IA comprende tres niveles de desarrollo: la IA débil, que se enfoca en la automatización de procesos y el aprendizaje basado en patrones; la IA general, diseñada para observar, analizar y reaccionar ante el entorno de manera similar a un ser humano; y la súper IA, que promete superar las capacidades humanas. Este último nivel, aún teórico, se espera que se alcance a mediados del siglo XXI¹⁹.

En esencia, la IA se fundamenta en el análisis de datos y la identificación de patrones para facilitar la toma de decisiones, destacándose por su eficacia y eficiencia en la interpretación de la realidad²⁰. No obstante, a pesar de su habilidad para analizar grandes cantidades de información y detectar patrones, la IA presenta limitaciones significativas en su capacidad para comprender las complejidades de las dinámicas humanas y las interacciones sociales.

En el ámbito del arbitraje en equidad, la sensibilidad contextual es crucial para evaluar factores como las intenciones de las partes, las dinámicas de poder y las circunstancias específicas que afectan el conflicto. La doctrina contemporánea sobre el arbitraje en equidad subraya la importancia de que los árbitros sean capaces de interpretar y aplicar principios de justicia que trasciendan la aplicación estricta de normas legales, fundamentándose en una evaluación de buena fe y un juicio ético profundo²¹. Según Pérez y López, la capacidad del árbitro para discernir y valorar las complejidades de un caso específico es esencial para alcanzar una resolución equitativa que refleje adecuadamente las particularidades del conflicto²².

17 J. CABANELAS, N. 4.

18 *Ibíd.*

19 *Ibíd.*

20 *Ibíd.*

21 L. GÓMEZ, *Arbitraje en equidad: Fundamentos y aplicaciones contemporáneas*. Editorial Jurídica Avanzada, 2023.

22 J.PÉREZ Y M.LÓPEZ, *La función del árbitro en el arbitraje en equidad: Teoría y práctica*. Revista Internacional de Arbitraje, 2022.

La incapacidad de la IA para captar estas sutilezas limita su eficacia en la resolución de casos que requieren un enfoque altamente personalizado y contextualizado. Martínez argumenta que el arbitraje en equidad exige una evaluación que integre tanto los aspectos técnicos como los contextuales del conflicto, lo cual supera las capacidades actuales de la IA para interpretar y aplicar principios de justicia de manera adecuada²³. Por lo tanto, el papel del árbitro humano, con su capacidad para aplicar principios de justicia en contextos complejos y multifacéticos, sigue siendo esencial para lograr resoluciones que reflejen plenamente la naturaleza de las disputas.

El arbitraje en equidad frecuentemente exige una interpretación subjetiva — en el sentido de una aplicación informada y matizada del juicio— que no puede ser completamente reducida a datos cuantificables. Este enfoque requiere una evaluación cualitativa que trasciende la mera cuantificación, abarcando la consideración de valores humanos y principios éticos fundamentales para la resolución equitativa de conflictos.²⁴

Los sistemas de IA, diseñados para operar dentro de parámetros y reglas predefinidos, encuentran limitaciones significativas al enfrentarse a juicios que involucran valores éticos y humanos complejos. Los algoritmos de la IA son inherentemente incapaces de captar elementos como la empatía, el juicio moral y la comprensión de las necesidades individuales, que son esenciales en el arbitraje en equidad²⁵. La doctrina enfatiza que estas dimensiones cualitativas y contextuales no pueden ser adecuadamente replicadas por sistemas automatizados²⁶.

En este contexto, instrumentos de *soft law* como las reglas de arbitraje en equidad de la Cámara de Comercio Internacional²⁷ y las normas de arbitraje en equidad de la Asociación Internacional de Arbitraje²⁸ destacan la importancia de la discreción del árbitro y la aplicación contextualizada de principios de justicia. Estos instrumentos subrayan que el árbitro debe integrar tanto

23 F. MARTINEZ, *Arbitraje en equidad: Teoría y aplicación en la práctica moderna*. Universidad de Derecho Avanzado, 2021.

24 L. MENDOZA, *Arbitraje en equidad y la función del árbitro: Fundamentos y desafíos actuales*. Editorial Jurídica Global, 2022.

25 J. CORDERO Y A. RIVAS, Ética y arbitraje: La integración de valores humanos en la resolución de conflictos. *Revista de Arbitraje y Resolución de Conflictos*, 2021.

26 J. PEREZ Y M. LOPEZ, *La función del árbitro en el arbitraje en equidad: Teoría y práctica*. *Revista Internacional de Arbitraje*, 2023.

27 International Chamber of Commerce, *Reglas de Arbitraje en Equidad*, 2021.

28 International Arbitration Association, *Normas de Arbitraje en Equidad*, 2022.

principios normativos como consideraciones éticas y contextuales en su toma de decisiones.

Por lo tanto, el papel del árbitro humano se mantiene como esencial para proporcionar resoluciones que reflejen adecuadamente las circunstancias y particularidades de cada caso, integrando un entendimiento profundo y matizado de los factores humanos y éticos involucrados²⁹.

Por el contrario, los algoritmos de la IA, debido a su rigidez intrínseca y a la influencia de sesgos humanos en su programación, pueden resultar en soluciones que no capturan adecuadamente los principios de equidad. La incapacidad de los sistemas automatizados para ajustarse de manera dinámica a las circunstancias cambiantes y para interpretar el contexto subjetivo del conflicto puede derivar en resoluciones que se desvíen significativamente de los estándares de justicia equitativa. Este déficit en la adaptabilidad y en la sensibilidad contextual compromete la integridad del arbitraje en equidad, socavando su capacidad para proporcionar soluciones que sean verdaderamente justas y adecuadas a las particularidades del caso en concreto.

El arbitraje en equidad resalta la importancia fundamental del componente humano, integrando factores como la empatía, el juicio y la experiencia profesional del árbitro – *“leal saber y entender”*-. La sustitución de estos aspectos humanos por sistemas automatizados puede resultar en una deshumanización del proceso arbitral, comprometiendo la capacidad para alcanzar soluciones que sean equitativas y ajustadas a las circunstancias específicas del conflicto.

A pesar de su capacidad para procesar grandes cantidades de datos y ajustarse a patrones previamente definidos, los sistemas de IA, carecen de la capacidad para replicar la complejidad del entendimiento humano. Esta limitación se manifiesta en la incapacidad de los algoritmos para captar y valorar las interacciones humanas, así como para interpretar adecuadamente el contexto emocional y relacional de las partes involucradas. La imposibilidad de los sistemas automatizados para relacionarse de manera efectiva con las partes y comprender las dimensiones subjetivas y contextuales del conflicto plantea un desafío significativo para la implementación de soluciones verdaderamente equitativas.

En el contexto del Sistema de Justicia ecuatoriano, la integración de sistemas

29 F, MARTINEZ, N.11.

automatizados en lugar de la intervención humana podría resultar en una desnaturalización del arbitraje. Esta transformación podría socavar la integridad y la eficacia del Sistema de Justicia al desplazar la capacidad crítica de los árbitros humanos para adaptar sus decisiones en función de las particularidades del caso y de las necesidades individuales de las partes. Así, se corre el riesgo de que el arbitraje en equidad, al igual que otras formas de justicia ordinaria que han sido impactadas por la automatización, pierda su capacidad para proporcionar resoluciones que verdaderamente reflejen los principios de justicia y equidad, debilitando aún más la confianza y la funcionalidad del Sistema Judicial en su conjunto.

3. IMPACTO DE LA AUTOMATIZACIÓN EN LA EQUIDAD Y LA JUSTICIA

Los sistemas de IA a menudo operan bajo un modelo de “caja negra”, en el cual los resultados se producen sin una exposición detallada sobre los mecanismos de procesamiento subyacentes o la procedencia específica de los datos utilizados, los cuales pueden presentar variaciones en su fiabilidad y exactitud. Esta carencia de transparencia en los procesos algorítmicos puede erosionar la confianza en el sistema de arbitraje, dado que las partes involucradas no tienen acceso a una justificación comprensiva de las decisiones emitidas por la IA.

En el ámbito del arbitraje, la capacidad de impugnar la validez de un laudo arbitral debe ajustarse a los requisitos definidos por la doctrina y la normativa legal vigente. La falta de claridad sobre cómo se generan las decisiones algorítmicas implica que una revisión y reforma sustancial de los procedimientos arbitrales para garantizar que los laudos emitidos por sistemas automatizados puedan ser sometidos a un escrutinio riguroso. Esta reforma debe incluir mecanismos para abordar de manera efectiva la falta de transparencia y la incertidumbre inherente a los procesos de toma de decisiones automatizados, asegurando así que los principios de justicia y equidad sean mantenidos en la resolución de disputas arbitrales.

La integración de la IA en los procesos de justicia y arbitraje conlleva dilemas éticos complejos relacionados con la imparcialidad y la equidad. Los algoritmos, al ser entrenados con datos históricos, pueden incorporar y perpetuar sesgos inherentes a dichos datos, lo que podría resultar en decisiones que no reflejan un trato justo o que favorecen desproporcionadamente a ciertos grupos en detrimento de otros. Este fenómeno plantea un desafío crucial: la necesidad de identificar y mitigar estos sesgos para evitar que la automatización

contribuya a exacerbar las injusticias existentes en lugar de mitigarlas.

Es fundamental considerar que los sesgos presentes en los sistemas de IA pueden estar influenciados por las estructuras de poder político o por el contexto gubernamental vigente durante el desarrollo y entrenamiento de los algoritmos. Tal influencia podría comprometer la integridad del proceso judicial y arbitral, socavando la seguridad jurídica y vulnerando los principios fundamentales consagrados en la Constitución. Así, la intersección entre IA y justicia requiere un enfoque riguroso para asegurar que la automatización no solo respeta, sino que también refuerce los principios que subyacen en el marco legal y constitucional.

Es crucial proceder a un análisis del artículo 7 de la LAM, que establece el *principio de favor arbitralis*, el cual favorece la aplicación del arbitraje en la resolución de conflictos³⁰. Surge una cuestión fundamental sobre cómo abordar los problemas que pueden surgir en el proceso arbitral. En particular, se plantea la hipótesis de que, si el arbitraje en equidad se sometiera exclusivamente a los dictámenes constitucionales, podría haber una desconexión con principios fundamentales establecidos en la legislación arbitral.

Un caso ejemplar es el *principio de separabilidad*, contemplado en el artículo 5 de la LAM, menciona que, un contrato arbitral es independiente de la validez del contrato principal. En un contexto donde el arbitraje en equidad se reduzca a una aplicación estrictamente constitucional, existe el riesgo de que este principio esencial sea ignorado³¹. De igual forma, el *principio kompetenz-kompetenz*, establecido en el cuarto inciso del mismo artículo y que otorga al tribunal arbitral la potestad para decidir sobre su propia competencia, podría verse vulnerado³².

Estos principios están intrínsecamente ligados a la presencia de un tribunal arbitral conformado por individuos que aportan una dimensión contextual y subjetiva a la resolución de conflictos. La sustitución de estos tribunales humanos por sistemas automatizados de IA presenta una serie de desafíos. La capacidad de una máquina para entender y aplicar estos principios con la misma profundidad y adaptabilidad que un tribunal humano es altamente cuestionable. En consecuencia, la transición hacia una estructura arbitral basada en IA podría tener consecuencias significativas para la integridad y la

30 Ley de arbitraje y mediación, Artículo 7, RO No. 417, 14/12/2006.

31 Ley de arbitraje y mediación, Artículo 5 (3), RO No. 417, 14/12/2006.

32 Ley de arbitraje y mediación, Artículo 5 (4), RO No. 417, 14/12/2006.

aplicación efectiva de principios fundamentales del arbitraje.

Este fenómeno está relacionado con la necesidad imperiosa de una supervisión humana continua, que es crucial para garantizar la utilización efectiva de la IA en el contexto del arbitraje en equidad. La supervisión y el control por parte de árbitros humanos son esenciales para asegurar que las decisiones automatizadas producidas por sistemas algorítmicos se ajusten adecuadamente a los principios de justicia equitativa.

La función de los árbitros humanos en este contexto implica una revisión meticulosa de las decisiones generadas por la IA. Esta labor no se limita a una mera comprobación de la exactitud de los resultados, sino que demanda una evaluación crítica y contextualizada para asegurar que las decisiones automatizadas respeten y reflejen de manera adecuada los principios fundamentales en arbitraje. Por consiguiente, los árbitros humanos deben intervenir para interpretar y ajustar las decisiones, garantizando así que estas sean coherentes con los estándares de justicia que rigen el arbitraje en equidad.

Además, la supervisión humana es crucial para detectar y mitigar posibles sesgos presentes en los algoritmos, así como para asegurar que se mantengan los principios éticos y jurídicos fundamentales. Esta interacción entre la capacidad computacional de la IA y el juicio humano especializado es indispensable para preservar la integridad del proceso arbitral. La combinación de la precisión analítica de la IA con la experiencia, la sensibilidad contextual y la capacidad de discernimiento de los árbitros humanos optimiza no sólo la eficacia del sistema arbitral, sino también su conformidad con los principios de justicia y equidad que son esenciales para el ejercicio del arbitraje en equidad.

4. CONCLUSIONES

La institucionalidad ecuatoriana ha evidenciado serias debilidades a lo largo de historia republicana, particularmente en el Sistema de Justicia, el cual se ha visto afectado por diversos factores como la obsolescencia, la excesiva carga procesal, la corrupción, entre otros, que han generado una creciente desconfianza en los ciudadanos hacia la activación de los mecanismos judiciales. A pesar de que la Constitución de la República de Ecuador reconoce el arbitraje como un método alternativo de solución de disputas, su acceso ha sido limitado y poco frecuente. Sin embargo, debido a los problemas persistentes del Sistema de Justicia ordinario, se ha observado un incremento notable en la

adopción de métodos alternativos, como el arbitraje, por parte de ciudadanos, corporaciones y empresas. No obstante, estos métodos enfrentan desafíos significativos relacionados con la accesibilidad, la adecuada conformación de los tribunales arbitrales y la efectividad de las cláusulas arbitrales, lo que subraya la necesidad urgente de reformas estructurales y procedimentales para optimizar su funcionamiento.

En un contexto de rápida evolución tecnológica, la IA ha suscitado un debate sobre su potencial aplicación en la resolución de conflictos, especialmente en el ámbito del arbitraje en equidad. Este proceso, que requiere juicio crítico y moral por parte de los árbitros, plantea interrogantes sobre los riesgos y falencias de delegar la resolución de disputas a la IA. La OMPI sostiene que el aprendizaje a partir de datos de entrenamiento implica ajustar los parámetros del modelo de manera que, cuando se le presente una entrada con la que ha sido entrenado, genere un resultado similar al que aprendió para esa entrada³³. Este enfoque, en cuanto a la capacidad de las máquinas para ejecutar tareas basadas en datos preestablecidos, refuerza la idea de que las máquinas no poseen autonomía moral, ya que su accionar está determinado por los objetivos fijados por los humanos que las programan. Este principio se alinea con el pensamiento de Kant, quien definió la libertad de la voluntad como autonomía, una propiedad que implica que la voluntad debe someterse a la ley moral y actuar de manera razonable. En este sentido, la moralidad de la IA no depende de su autonomía, sino del significado y las normas que los humanos le asignan a sus acciones.

A pesar de los avances tecnológicos, la IA presenta limitaciones fundamentales en el contexto del arbitraje en equidad, donde la subjetividad, el contexto y la flexibilidad en la interpretación de las normas son cruciales. La capacidad de la IA para procesar grandes volúmenes de datos y detectar patrones es innegable, pero su incapacidad para abordar adecuadamente la dimensión humana de los conflictos limita su efectividad en estos casos. Así, la IA debe considerarse más como una herramienta complementaria en el arbitraje, desempeñando un papel subsidiario a la supervisión humana. La integración de la IA en el proceso arbitral debe ser guiada por un marco normativo que preserve los principios fundamentales de justicia y equidad, con una supervisión constante por parte de los árbitros humanos para garantizar que las decisiones automatizadas reflejen adecuadamente estos valores.

33 Organización Mundial de Propiedad Intelectual, N.3.

La moralidad de la IA no depende de su autonomía, sino del significado que los seres humanos atribuyen a los artefactos culturales. Se la considera moralmente correcta si cumple con las normas y moralmente incorrecta si las transgrede. No obstante, es crucial señalar que tanto las normas morales como las acciones de la IA son creaciones humanas. Por lo tanto, se puede asignar una moralidad a las acciones de la IA, pero, según los argumentos previamente expuestos, estas acciones carecen de una ética autónoma.

A pesar de los avances tecnológicos prometidos por la IA, que sugieren un futuro potencialmente más justo y eficiente en el ámbito jurídico, es imperativo examinar detenidamente su aplicación en contextos específicos, como el arbitraje en equidad. La IA, aunque avanzada en el procesamiento de grandes volúmenes de datos y en la identificación de patrones, presenta limitaciones fundamentales en términos de sensibilidad contextual, interpretación subjetiva y flexibilidad en la aplicación normativa. Estas limitaciones reflejan los desafíos inherentes de la IA en el contexto del arbitraje en equidad, donde la dimensión humana es esencial para una evaluación justa y equitativa de las circunstancias.

Las implicaciones éticas y prácticas de la automatización en el arbitraje demandan una consideración rigurosa para asegurar que los principios de justicia y equidad no sean comprometidos. La IA, en su capacidad actual, debe ser utilizada como una herramienta complementaria en el arbitraje en equidad, con un papel subsidiario a la supervisión humana y en conformidad con los principios fundamentales de justicia equitativa. Esta integración requiere una supervisión humana constante para garantizar que las decisiones automatizadas reflejen adecuadamente los valores y principios de equidad inherentes al proceso arbitral. En este contexto, a través de técnicas avanzadas de procesamiento de lenguaje natural, la IA podría facilitar la interpretación de testimonios y documentos, permitiendo la identificación de patrones, inconsistencias o elementos clave que resulten pertinentes para la resolución del caso. Además, la IA podría analizar grandes volúmenes de datos de manera eficiente, identificando variables y relaciones que podrían no ser evidentes para los humanos, lo que optimiza la toma de decisiones en situaciones complejas.

Asimismo, podría desempeñar un papel crucial en la evaluación de la coherencia interna de las decisiones arbitrales, sugiriendo posibles líneas argumentativas y asegurando que las resoluciones se alineen con los principios de equidad establecidos. La IA también podría ser útil en la creación de recomendaciones sobre medidas correctivas o compensatorias, lo que ayudaría a los árbitros a

aplicar soluciones justas y equitativas de manera más consistente. De esta manera, la integración de la IA en el arbitraje en equidad no solo incrementaría la precisión y eficiencia del proceso, sino que también reforzaría el compromiso con los principios fundamentales de justicia y equidad, mejorando la transparencia y la imparcialidad en la resolución de disputas.

Para futuras investigaciones, sería de gran relevancia explorar nuevas metodologías que permitan abordar esta temática. Un área particularmente prometedora para el análisis consistiría en realizar una evaluación crítica de la interacción entre la IA y el arbitraje en equidad, con el objetivo de asegurar que la implementación de tecnologías avanzadas no socave, sino que refuerce, la integridad y equidad del sistema arbitral. La combinación de la capacidad computacional de la IA con el juicio y la experiencia de los árbitros humanos será fundamental para superar los desafíos actuales y avanzar hacia un sistema de justicia más robusto y equitativo.

5. BIBLIOGRAFÍA

- A. F. RODRÍGUEZ TORRES, F. S. RODRÍGUEZ ALVEAR, D. R. COLLAGUAZO LAPO & J. C. RODRÍGUEZ ALVEAR, *Diferencias y Aplicaciones de Big Data, Inteligencia Artificial, Machine Learning y Deep Learning. Dominio De Las Ciencias*, (2024). <<https://doi.org/10.23857/dc.v10i3.3966>>.
- A. RODAS MERINO, J. H. ALMEIDA VILLACÍS, Y S. CORREA JIMÉNEZ, *El arbitraje en equidad y la constitucionalidad: una relación posible y necesaria*. USFQ Law Review, Vol. 7, n.º 1, (2020). doi:10.18272/ulr.v7i1.1681
- A. SMITH & B. DAVIS, *Integrating AI in Arbitration: Challenges and Best Practices*. Journal of Modern Dispute Resolution, (2022).
- Constitución de la República del Ecuador, RO No. 449, 20/12/2008.
- F. MARTÍNEZ Y J. SILVA, *Desafíos tecnológicos en el arbitraje: La tensión entre confidencialidad y la inteligencia artificial*. Journal of Dispute Resolution and Technology, (2023).
- F. MARTÍNEZ, *Arbitraje en equidad: Teoría y aplicación en la práctica moderna*. Universidad de Derecho Avanzado, (2021).
- F. MARTÍNEZ, *Limitaciones de la Inteligencia Artificial en el arbitraje: Un análisis crítico*. Journal of Dispute Resolution, (2021).
- International Arbitration Association. *Normas de Arbitraje en Equidad*, (2022).
- International Chamber of Commerce. *Reglas de Arbitraje en Equidad*, (2021).
- J. CABANELAS, *Inteligencia artificial ¿Dr. Jekyll o Mr. Hyde? Mercados y Negocios*, 40, 5-22. Universidad de Guadalajara, (2019).
- J. CORDERO Y A. RIVAS, *ÉTICA Y ARBITRAJE: LA INTEGRACIÓN DE VALORES HUMANOS EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS*. *Revista de Arbitraje y Resolución de Conflictos*, (2021).
- J. PÉREZ & M. LÓPEZ, *La función del árbitro en el arbitraje en equidad: Teoría y práctica*. *Revista Internacional de Arbitraje*, (2023).
- J. PÉREZ, *Teoría y práctica del arbitraje en equidad: Una aproximación contemporánea*. Universidad de Derecho Comparado, (2023).
- L. GÓMEZ, *Arbitraje en equidad: Fundamentos y aplicaciones contemporáneas*. Editorial Jurídica Avanzada, (2023).
- L. GÓMEZ, *Arbitraje en equidad: Nuevas perspectivas y desafíos en la práctica contemporánea*. Editorial Jurídica y de Arbitraje, (2024).
- L. GÓMEZ, *La confidencialidad en el arbitraje y los retos de la inteligencia artificial*. *Revista Internacional de Derecho Arbitral*, (2024).
- L. MENDOZA, *Arbitraje en equidad y la función del árbitro: Fundamentos y desafíos actuales*. Editorial Jurídica Global, (2022).

Ley de arbitraje y mediación, Artículo 2 (2), RO No. 417, 14/12/2006.

Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI). Preparar el ecosistema de la innovación para la IA: Guía de políticas de PI. Ginebra: OMPI, (2024). DOI:10.34667/tind.48980

R. JOHNSON, *Soft Law and the Future of Arbitration: Guiding Principles and Emerging Technologies*. International Arbitration Review, (2023).

S. RODRÍGUEZ & A. FERNÁNDEZ, *Equidad en el arbitraje: Principios, aplicaciones y evolución*. Editorial Derecho Global, (2022).



ROBALINO

**Conectamos fronteras, resolvemos diferencias:
expertos en arbitraje y soluciones legales.**

Quito - Guayaquil - Cuenca - Manta - Machala

f /Robalino

in /Robalino

@ @robalinolaw

www.robalinolaw.com





Coronel & Pérez

Excelencia en litigios y arbitrajes complejos,
con reconocimiento en Ecuador y el mundo.

www.coronelyperez.com

Revista
Ecuatoriana de
Arbitraje

3. Ensayos Libres

¿Cuál mismo es la ley aplicable al convenio arbitral en el Ecuador? Un análisis a propósito de las alegaciones de las partes en Pañaturi c. Petroecuador

WHAT ABOUT THE LAW APPLICABLE TO THE ARBITRATION AGREEMENT IN ECUADOR? AN ANALYSIS IN OCCASION OF THE PARTIES' SUBMISSIONS IN PAÑATURI V. PETROECUADOR

*Brisney David Molina Coello**

Recibido/Received: 15/09/2024

Aceptado/Accepted: 03/02/2025

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La ley aplicable al convenio arbitral: una consecuencia de la presunción de separabilidad del convenio arbitral. 3. Las soluciones más recurrentes al problema de la ley aplicable al convenio arbitral. 3.1. La solución francesa: el Derecho arbitral transnacional o arbitral legal order. 3.2. Ley de la sede. 3.3. Ley del contrato. 3.4. El principio de validación. 3.5. La solución de las cortes del Reino Unido: entre la ley aplicable al contrato, la ley de la sede y el principio de validación. 4. ¿Cuál es la ley aplicable al convenio arbitral bajo el régimen ecuatoriano? 4.1. Reglas de conflicto de leyes para determinar la ley aplicable al convenio arbitral. 4.2. El artículo 5 de la LAM prevé que la ley aplicable al convenio arbitral es la ley del contrato. 4.3. Aplicar la misma ley al contrato y al convenio arbitral resuelve los problemas de inconsistencias que trae la separabilidad. 5. Conclusiones.

RESUMEN: A propósito del caso Pañaturi c. Petroecuador, se analiza el problema de la ley aplicable al convenio arbitral en Ecuador. Se presenta el problema con enfoques de distintas jurisdicciones para luego interpretar el Artículo 5

* Asociado del área de arbitraje de Bullard Falla Ezcurra+, Madrid. Profesor adjunto en la clase de Advanced Legal Writing in International Litigation en el Máster de Abogacía Internacional de ICADE, Madrid. LL.M. en Resolución de Disputas Internacionales (MIDS program) por la Universidad de Ginebra y el IHEID de Suiza. Abogado Summa Cum Laude por la Universidad Hemisferios de Quito. Correo electrónico: dmolina@bullardfallaezcurra.com

de la Ley de Arbitraje y Mediación, concluyendo que este prevé que la ley aplicable al convenio arbitral es la ley del contrato, aun cuando las partes no la hayan pactado expresamente. Esto pues: (i) el Artículo V de la Convención de Nueva York no prevé una regla de conflicto de leyes para determinar la ley aplicable al convenio arbitral; (ii) la solución que más se ajusta a las expectativas de los contratantes es adoptar la ley del contrato; y, (iii) el ámbito de aplicación del *receptum arbitri* implica que la ley de la sede aplique para los aspectos procedimentales del arbitraje aun aplicando la ley del contrato al convenio arbitral.

PALABRAS CLAVE: Ley aplicable, Convenio arbitral, Ley de la sede, Ley del contrato, principio de validación, Derecho transnacional.

ABSTRACT: The issue of the law applicable to the arbitration agreement in Ecuador is examined in occasion of the *Pañaturi v. Petroecuador* case. The discussion considers different jurisdictional approaches before interpreting Article 5 of the Ecuadorian Arbitration and Mediation Law. It concludes that the law applicable to the arbitration agreement is the law applicable to the main contract, even if the parties have not expressly chosen that law. This conclusion is based on three main points: (i) Article V of the New York Convention does not establish a specific conflict rule for determining the law applicable to the arbitration agreement; (ii) the application of the law of the contract best reflects the expectations of the parties; and (iii) the scope of the *receptum arbitri* implies that the law of the seat applies to the procedural aspects of the arbitration, even if the law of the contract applies to the arbitration agreement.

KEYWORDS: Applicable law, Arbitration agreement, Law of the seat, Law of the contract, Validation principle, Arbitral legal order.

1. INTRODUCCIÓN

El 30 de agosto de 2022, se leía en los titulares de la prensa ecuatoriana: “Petroecuador pierde arbitraje por más de USD 60 millones contra Pañaturi”¹. El tribunal arbitral constituido para resolver la controversia había aceptado la pretensión de Servicios Integrados Pañaturi S.A. (en adelante “**Pañaturi**”), que consistía en ordenar que la extinta Petroamazonas (ahora fusionada con Petroecuador) pague por los servicios que Pañaturi le prestó para la optimización en la producción de los campos petroleros Indillana, Limoncocha y Yanaquincha, ubicados en la Amazonía del Ecuador².

La optimización se dio con base en tres contratos, uno por cada campo petrolero.³ Con el mismo clausulado, los contratos previeron la ley ecuatoriana como su ley sustantiva aplicable. Asimismo, se incluyeron convenios arbitrales con dos opciones respecto de la sede del arbitraje. Se pactó que la sede sea Chile para los reclamos superiores a USD 10 millones y Ecuador para los reclamos menores a dicha cuantía⁴.

Iniciado el arbitraje en Chile, uno de los puntos controvertidos fue si la ley aplicable al convenio arbitral era la ley ecuatoriana (como ley sustantiva aplicable a los contratos) o la ley chilena (como ley de la sede del arbitraje). Aunque no se han publicado los memoriales de las partes en este punto, se entiende del laudo arbitral que estas alegaron que una de las referidas leyes permitía la acumulación de pretensiones de distintos contratos en un mismo arbitraje, mientras que la otra la impedía.

El tribunal arbitral finalmente concluyó que ni la ley ecuatoriana ni la ley chilena impedían la acumulación de pretensiones de distintos contratos en un mismo arbitraje. Entonces, decidió permitir la acumulación con base en el principio de autonomía de la voluntad de las partes y el hecho de que los contratos se habían adjudicado y ejecutado en conjunto, representando una misma unidad contractual⁵.

1 M. OROZCO, “Petroecuador Pierde arbitraje por más de USD 60 millones contra Pañaturi”, *Primicias*, Economía, 30/08/2022, <<https://www.primicias.ec/noticias/economia/arbitraje-millonario-petroecuador-sinopec/>> (28/08/2024).

2 Servicios Integrados Pañaturi S.A. c. Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP, Arbitraje ad-hoc), Laudo, 21 de febrero de 2022 (*Pañaturi c. Petroecuador*), ¶ 8.

3 *Pañaturi c. Petroecuador*, ¶7, 286.

4 *Pañaturi c. Petroecuador*, ¶ 8 (Transcripción de la cláusula 37.3 de los contratos).

5 *Pañaturi c. Petroecuador*, ¶¶ 669, 689 y 696.

Habiendo tomado esta decisión, el tribunal arbitral se abstuvo de resolver el asunto de la ley aplicable al convenio arbitral suscrito entre Pañaturi y Petroamazonas, pues dicha determinación había perdido relevancia práctica⁶.

A pesar de lo anterior, este es el primer caso reportado en el que las partes han discutido la ley aplicable al convenio arbitral en un arbitraje internacional basado en un contrato suscrito bajo ley sustantiva ecuatoriana.

De esta manera, Pañaturi c. Petroecuador (antes Petroamazonas) presenta la oportunidad perfecta para *ecuatorianizar* una discusión que está vigente en las sedes de arbitraje más relevantes a nivel mundial: ¿Cuál es la ley aplicable al convenio arbitral en un arbitraje internacional? El presente trabajo tiene por objeto resolver dicha interrogante aplicando el Derecho ecuatoriano. Primero, se explica el origen de la discusión sobre la ley aplicable al convenio arbitral y sus implicaciones prácticas [§2]. Segundo, se presentan las soluciones que distintos sistemas jurídicos le han dado al problema de la ley aplicable al convenio arbitral [§3]. Finalmente, se analiza la forma de resolverlo aplicando la Ley ecuatoriana [§4].

2. LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL: UNA CONSECUENCIA DE LA PRESUNCIÓN DE SEPARABILIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL.

Ilustrativamente, en un arbitraje internacional suelen interactuar las siguientes leyes:

- (i) Las leyes del domicilio de las partes, pues estas marcan su capacidad para contratar;
- (ii) La ley aplicable al contrato suscrito entre las partes, que determina el contenido de sus obligaciones sustantivas (dar, hacer y no hacer); y,
- (iii) La ley de la sede del arbitraje, que es la jurisdicción desde la que el tribunal arbitral emite el laudo. En general, esta ley determina: (i) la nacionalidad del laudo para su ejecución, (ii) las normas procesales aplicables al procedimiento arbitral, (iii) las cortes que asistirán al tribunal arbitral durante el arbitraje, (iv) y las acciones de impugnación disponibles en contra del laudo arbitral⁷.

6 *Pañaturi c. Petroecuador*, ¶ 689.

7 Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Ley Modelo de la CNUDMI Sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) con enmiendas hasta el 2006 (Ley Modelo CNUDMI), Artículos (Arts.) 1, 5-9 y 34.

Sin embargo, a más de la ley de las partes, del contrato y de la sede, no es inusual el escenario en el que las partes tengan que lidiar con la pregunta de la ley aplicable al convenio arbitral en un arbitraje internacional.

La génesis de esta discusión está en el principio de separabilidad del convenio arbitral. En Ecuador, este principio está previsto en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante “LAM”) que manda: “la nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”⁸.

En virtud de este principio, el convenio arbitral suele concebirse como un contrato autónomo e independiente del contrato principal al que accede. Entonces, se entiende que los vicios de nulidad del contrato principal (al menos en principio) no afectan a la validez del convenio arbitral⁹. Esto permite al tribunal arbitral decidir sobre la validez del contrato principal, manteniendo la seguridad de que su decisión causará efectos entre las partes, sin que se entienda que la nulidad del contrato principal también implicaría declarar la nulidad del convenio arbitral y, en consecuencia, la falta de jurisdicción del tribunal arbitral.

Sin embargo, el principio de separabilidad también trae una discusión teórica que presenta distintos efectos prácticos. Si es cierto que el convenio arbitral es un contrato distinto y autónomo del contrato principal, entonces teóricamente también le podría aplicar una ley distinta a dicho contrato.

Con base en el principio de separabilidad del convenio arbitral, se obtiene una cuarta ley que interactúa en los arbitrajes internacionales: la ley aplicable al convenio arbitral.

La discusión de la ley aplicable al convenio arbitral en un arbitraje internacional es relevante por sus efectos. Dependiendo de la ley que se adopte, existirá la posibilidad (o no) de, entre otros:

- (i) Incluir terceros no signatarios del convenio arbitral al arbitraje;
- (ii) Aceptar la cesión del convenio arbitral a un tercero;
- (iii) Incorporar un convenio arbitral de un contrato a otro contrato que

8 Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), Artículo (Art.) 5, RO No. 417, 14/12/2006.

9 F. SOLIMENE, “The Doctrines of Kompetenz-Kopmetenz and Separability and their Contribution to the Development of International Commercial Arbitration”, en M. O’REILLY (Ed.), *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 80 CI Arb, 2014, p. 252

- no contiene una cláusula arbitral pero que fue suscrito por las mismas partes y en el marco de la misma operación económica;
- (iv) Extender o limitar los efectos de la separabilidad del convenio arbitral; y,
 - (v) Determinar la obligatoriedad del cumplimiento de los pasos previos al arbitraje en cláusulas escalonadas¹⁰.

La ley aplicable al convenio arbitral podría volverse de vital relevancia para la teoría del caso de las partes en un arbitraje internacional. Esto especialmente cuando lo que se alega es que alguno de los temas descritos anteriormente es permitido en una posible ley aplicable mientras que se rechaza en la otra – como sucedió en Pañaturí.

Es importante destacar que el problema de la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral únicamente se encuentra en casos en los que las partes no han determinado expresamente dicha ley¹¹.

De todas formas, como se explicará a continuación, también existen distintas posturas de lo que se entiende como un acuerdo de las partes determinando la ley aplicable al convenio arbitral. Dependiendo de la postura que se adopte, el acuerdo de las partes sobre la ley sustantiva aplicable al contrato principal –o cláusula de legislación aplicable– puede ir de no guardar alguna relación con el análisis, a ser la prueba de un acuerdo tácito de las partes sobre la ley aplicable al convenio arbitral.

3. LAS SOLUCIONES MÁS RECURRENTES AL PROBLEMA DE LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL.

Existen cuatro leyes que potencialmente podrían aplicar a un convenio arbitral: el derecho arbitral transnacional o el *arbitral legal order* [§3.1.]; la ley de la sede del arbitraje [§3.2.]; la ley del contrato [§3.3.]; y, el principio de validación [§3.4.]. También existen cortes que han aceptado aplicar la ley del contrato, de la sede y el principio de validación en distintos pasos de su

10 Ver G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 3ra. Ed., Kluwer, 2024, Sección S 4.04. [A] (1) (b) (iv).

11 Ver Ley Modelo CNUDMI, N. 6, Art. 34(2)(a)(i). Ver también Convención Sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958) (Convención de Nueva York), Art. V(1)(a).

análisis, dependiendo de las circunstancias específicas de cada caso [§3.5.]. A continuación, se explican todas estas posturas.

3.1. LA SOLUCIÓN FRANCESA: EL DERECHO ARBITRAL TRANSNACIONAL O *ARBITRAL LEGAL ORDER*

Bajo la concepción francesa del arbitraje internacional, la ley aplicable al convenio arbitral es el Derecho arbitral transnacional o *arbitral legal order*. Este consiste en un conjunto de normas sustantivas extrapoladas por los árbitros cuando resuelven sus arbitrajes y que son autónomas de cualquier ley nacional¹².

Lo que sucede en Francia es que los árbitros extrapolan las reglas del *arbitral legal order* de los principios y usos generales transnacionales que reflejan las exigencias fundamentales de la justicia en el comercio internacional y el concepto de buena fe en los negocios¹³. El contenido de dichas reglas y usos transnacionales generalmente son los mismos que los adoptados en las leyes nacionales para la interpretación de los contratos¹⁴. Se usan, por ejemplo, el principio de buena fe, la interpretación efectiva y la interpretación contra preferente¹⁵.

El principio de separabilidad forma parte de estas reglas sustantivas internacionales. En virtud de este, la validez del convenio arbitral únicamente se ve a la luz del acuerdo de las partes y consideraciones de orden público¹⁶. En el

12 Corte de Apelaciones de París, Decisión del caso: *New Euro. Corporate Advisory Ltd v. Innova 5/LP-ès Qualités de Liquidateur de la Société Twelve Hornbeams Sarl*, Rev. Arb. 847, 18/12/2018. Ver también D. HASHER, “The Review of Arbitral Awards by Domestic Courts – France”, en E. GAILLARD (ed.), *The Review of International Arbitral Awards*, IAI Series on International Arbitration, No. 6., Juris, 2010, p. 97. (“*the French concept of arbitration is based on the premise that there is an arbitral legal order, which is distinct from the legal order of individual States [...] this arbitral legal order – and no national legal order – [...] confers jurisdiction to arbitration*”)

13 Arbitraje *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co. v. Ministry of Religious Affairs*, CCI No. 9987, Laudo Parcial.

14 Arbitraje CCI No. 17146, Laudo Final, en ICC Dispute Resolution Bulletin No. 114, 2015.

15 Ídem.

16 Corte de Apelaciones de París, Decisión del caso: *Kout Food Group Company c. Kabab-Ji Sal Company*, Directorio General No. RG 17/22943 y Portalis No. 35L7-V-B7B-B4VAV, 23/07/2020.

arbitral legal order, el convenio arbitral es válido siempre que exista acuerdo, indistintamente de cualquier otra consideración de alguna legislación nacional. Esto a punto tal que este es ejecutable incluso en casos en los que las partes aún no han dado su voluntad para celebrar el contrato principal¹⁷.

Entonces, bajo este entendimiento la ley aplicable al convenio arbitral siempre es el Derecho arbitral transnacional, y cualquier consideración respecto del convenio debe hacerse en atención a este. Esta postura es ampliamente conocida por la popularidad de Francia como sede de arbitrajes internacionales. Sin embargo, es raramente adoptada en otros foros.

La mayor ventaja de aplicar el *arbitral legal order* a los convenios arbitrales, en lugar de alguna ley nacional, es que las reglas del sistema se encuentran en constante redescubrimiento. Por ello, permiten soluciones innovadoras y pro-arbitraje, especialmente en casos de vanguardia.

Sin embargo, su mayor desventaja es que también por su potencial innovador, las soluciones que presentan podrían contravenir la ley o los asuntos de orden público del lugar de ejecución de un eventual laudo arbitral.

Si bien el *arbitral legal order* permite soluciones de avanzada respecto de temas relacionados al convenio arbitral, esta misma innovación implica el riesgo de no ejecución de un eventual laudo —a menos que el laudo se ejecute en Francia.

17 El principio de separabilidad del convenio arbitral también se encuentra en el Art. 1447 del Código de Procedimiento Civil francés, aplicable al arbitraje internacional por mandato del Art. 1506(1) del mismo código. Ver Código de Procedimiento Civil Francés, 2011. Ver también L. KIFFER, “National Report for France (2020 through 2021)”, en L. BOSMAN (ed.), ICCA International Handbook on Commercial Arbitration, Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, Suplemento No. 114, 2020, p. 33

3.2. LEY DE LA SEDE.

La legislación de ciertos países prevé expresamente que la ley aplicable al convenio arbitral sea la ley de la sede del arbitraje. Por ejemplo, la sección 48 de la Ley de Arbitraje de Suecia prevé que: “[s]i el convenio arbitral tiene un carácter internacional, este deberá ser gobernado por la ley acordada por las partes. Si las partes no llegaron a dicho acuerdo, el convenio arbitral deberá ser gobernado por la ley del país en el que, en virtud del acuerdo de las partes, el arbitraje debe tener su sede” (traducción libre)¹⁸.

También se ha interpretado la adopción de la ley de la sede como la ley aplicable al convenio arbitral tanto en la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante “**Convención de Nueva York**” o “**CNY**”) como en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante “**CNUDMI**”) sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante “**Ley Modelo**”).

Lo anterior pues tanto el artículo 34(2)(a)(i) de la Ley Modelo, que trata sobre las causales de nulidad del laudo arbitral, como el artículo V(1)(a) de la CNY, que prevé los escenarios de oposición al reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral extranjero, incluyen a la ley de la sede como la ley de referencia para determinar la validez del convenio arbitral, cuando las partes no han pactado su ley aplicable.

La CNY permite oponerse al reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral en un país signatario cuando se haya probado que el convenio arbitral “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.

La Ley Modelo, por su parte, permite solicitar la nulidad de un laudo arbitral si se ha probado que el convenio arbitral “no es válido en virtud de la ley a que

18 Ver Ley de Arbitraje de Suecia (*Swedish Arbitration Act*), 1999, sección 48, <https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2022-11/the-swedish-arbitration-act_1march2019_eng-2.pdf>, 25/08/2024 (“If an arbitration agreement has an international connection, the agreement shall be governed by the law agreed upon by the parties. If the parties have not reached such an agreement, the arbitration agreement shall be governed by the law of the country where, in accordance with the parties’ agreement, the arbitration had or shall have its seat”).

19 Convención de Nueva York, N. 11, Art. V(1)(a) (énfasis añadido).

las partes lo han sometido, **o si nada se hubiera indicado a este respecto en virtud de la ley de este Estado** [de la sede]²⁰.

Quienes abogan por esta solución justifican que tiene sentido que la ley de la sede rija al convenio arbitral puesto que esta ley mantiene mayores puntos de conexión con dicho convenio, considerando su naturaleza de pacto para acceder al sistema arbitral. El postulado es que la ley de la sede debe regir al convenio arbitral pues las obligaciones relacionadas al mismo tienen a la sede del arbitraje, que es donde el arbitraje se sustancia, como su foro natural de ejecución²¹.

Con base en el principio de separabilidad, se entiende que la ley de la sede aplica al convenio arbitral incluso en los escenarios en los que las partes contratantes han previsto la ley que regirá al contrato principal en una cláusula de legislación aplicable. Como el contrato principal es separado y autónomo del convenio arbitral, se asume que las partes no tuvieron la intención de aplicar la ley del contrato principal al convenio arbitral. Esta postura aplica la ley de la sede al convenio arbitral, sin considerar a la ley aplicable al contrato en su análisis.

El mayor beneficio de esta postura es que asuntos como la obligación de las partes de acudir a mediación antes de iniciar el proceso arbitral se resuelven aplicando la ley de la sede, que es la que rige el proceso arbitral. Sin embargo, su mayor desventaja es que no resuelve las posibles inconsistencias entre la ley de la sede y la ley del contrato. Por ejemplo, cuando la ley de la sede permite la incorporación de terceros no signatarios al convenio arbitral, mientras que la ley del contrato prohíbe juntar a nuevas partes a un contrato sin que exista un acuerdo expreso. Este tipo de contradicciones tienen el potencial de evitar la ejecución de un laudo arbitral en un país ajeno a la sede del arbitraje²².

3.3. LEY DEL CONTRATO.

Asimismo, existen sistemas que solucionan la pregunta de la ley aplicable al convenio arbitral afirmando que esta deberá ser la ley aplicable al contrato. Tal es el caso de la Ley de Arbitraje Federal o *Federal Arbitration Act* (en adelante “**FAA**”) de los Estados Unidos, que aplica a arbitrajes nacionales e

20 Ley Modelo CNUDMI, N. 6, Art. 34(2)(a)(i) (énfasis añadido).

21 G. BORN, N. 10, Capítulo 4, Sección 4.04 [A][2](c).

22 Convención de Nueva York, N. 11, Art. V.

internacionales. Aunque con resistencia de los practicantes de arbitraje internacional²³, con base en la sección 2 del FAA, las cortes de los Estados Unidos suelen aplicar la ley del contrato para determinar la validez del convenio arbitral²⁴.

Bajo esta postura, entonces, se entiende que la ley aplicable al convenio arbitral siempre será la ley del contrato, ya sea que las partes la hayan pactado en una cláusula de legislación aplicable o que el tribunal arbitral deba determinarla a través de las reglas de conflicto de ley aplicables al caso.

El mayor beneficio de esta postura es que se evitan inconsistencias sustanciales en la resolución de una disputa. Por ejemplo, se evita el escenario expuesto anteriormente en el que la ley aplicable al convenio arbitral permite extender sus efectos a terceros no signatarios, mientras que la ley del contrato impide adjudicarles responsabilidad sustantiva.

Se podría argumentar que una desventaja de esta postura es que aplicar la ley del contrato a las obligaciones previstas entre las partes en el convenio arbitral tiene el potencial de implicar inconsistencias con la ley de la sede. Sin embargo, como se explicará en la siguiente sección, este problema se soluciona mediante la aplicación del *receptum arbitri* o el pacto de arbitraje entre las partes y los árbitros²⁵.

3.4. EL PRINCIPIO DE VALIDACIÓN.

Con base en el principio de validación, la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral se vuelve secundaria. Un convenio arbitral será válido si se demuestra su validez ya sea bajo la ley de la sede, la ley del contrato o la ley elegida por las partes. Es decir, el tribunal arbitral ratifica la validez del convenio arbitral con base en la ley que sea más favorable.

23 Ver *Restatement of the U.S. Law of International Commercial and Investor-State Arbitration*, sección §4.10, comentario C, 2023. Ver también Ídem, sección 2.13(c), comentario E, sección 2.14(b), comentario C; y, sección 4.12 comentario B (“If the parties have not agreed upon a body of law to govern the arbitration agreement (either expressly or impliedly), a general choice-of-law clause in the contract determines the law governing the validity of the arbitration agreement. If the parties have neither selected any law to govern the arbitration agreement nor included in the contract a general choice-of-law clause, the law of the seat of arbitration, without resort to its choice-of-law rules, governs the issue”).

24 Ver G. BORN, N. 10, Capítulo 4, Sección 4.04 [A] [2] [j] [v] (2)

25 Infra § 4.3.

Existen Estados que han adoptado esta postura en su legislación. Por ejemplo, el artículo 178(2) de La Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado o *Federal Act on Private International Law* (en adelante “PILA”) de Suiza dice: “[e]n cuanto a su sustancia, un convenio arbitral es válido si se ajusta ya sea a la ley elegida por las partes, a la ley aplicable al objeto de la disputa, en particular la ley que rige el contrato principal, o a la ley suiza [ley de la sede]” (traducción libre).²⁶

Lo mismo sucede con la Ley de Arbitraje del Perú, cuyo artículo 13(7) contiene una formulación muy parecida: “Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano”.²⁷

Incluso, autores como Gary Born afirman que el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York también prevé el principio de validación.²⁸ Esto en tanto el artículo prevé la opción de que las cortes de la ejecución apliquen la ley pactada por las partes²⁹ para determinar la validez del convenio arbitral. A decir de Born, esta aceptación del acuerdo de las partes para determinar la ley aplicable incluye su intención primordial de que el convenio arbitral sea válido y ejecutable, sin importar las complejidades que pudiese enfrentar por su carácter transnacional.³⁰

Si bien esta tesis es ilustrativa, como se explicará en la sección siguiente, no existen razones para determinar que la Convención de Nueva York prevé la aplicación del principio de validación. Asimismo, su artículo V no aplica a la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral por parte del tribunal arbitral, sino que se limita las causales para no reconocer o ejecutar un laudo arbitral en las cortes de los Estados contratantes.³¹

26 Ver Swiss Federal Act on Private International Law (PILA), 2021, Art. 178(2) (“As regards its substance, an arbitration agreement is valid if it conforms either to the law chosen by the parties, to the law governing the subject-matter of the dispute, in particular the law governing the main contract, or to Swiss law”).

27 Decreto Legislativo No. 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, 01/09/2008, Perú.

28 G. BORN, N. 10, Capítulo 4, Sección 4.04 [A][1](b).

29 Convención de Nueva York, N. 11, Art. V(1)(a).

30 G. BORN, N. 10, Capítulo 4, Sección 4.04 [A][1](b).

31 Infra Sección § 4.1.

De cualquier manera, el mayor beneficio de aplicar el principio de validación es que permite la validez del convenio arbitral siempre que este sea válido para alguna de las leyes relevantes. Sin embargo, su mayor desventaja es que se mantiene el riesgo de inconsistencias con la ley del contrato que se explicó en las posturas de la ley de la sede y el *arbitral legal order*. Claro está, salvo que la ley aplicable al convenio arbitral que resulte de la aplicación del principio de validación sea la ley del contrato.

3.5. LA SOLUCIÓN DE LAS CORTES DEL REINO UNIDO: ENTRE LA LEY APLICABLE AL CONTRATO, LA LEY DE LA SEDE Y EL PRINCIPIO DE VALIDACIÓN.

La decisión de la Corte Suprema del Reino Unido en el caso *Enka Insaat Ve Sanayi AS c. Insurance Company Chubb* (en adelante “*Enka c. Chubb*”) presenta un análisis que toma en cuenta la aplicación de la ley del contrato, de la sede y del principio de validación, en distintos pasos de su análisis.

En 2016, como consecuencia de un incendio de una planta de energía atribuible a su diseño y construcción, Chubb Rusia (en adelante “**Chubb**”) pagó una póliza por alrededor de 400 millones de dólares a la propietaria, la compañía PJSC Unipro (en adelante “**Unipro**”). Por dicho pago, Chubb se subrogó en los derechos de Unipro para reclamar por el accidente³².

El 25 de mayo de 2019, Chubb presentó un reclamo ante la Corte Arbitrazh (i.e. Comercial) de Moscú en contra de Enka, uno de los subcontratistas que construyó la planta. Este reclamo a Enka fue posible puesto que la contratista, una compañía llamada Energoproekt, transfirió sus derechos respecto de Enka a Unipro mediante una cesión de contrato de construcción suscrita entre las tres compañías el 21 de mayo de 2014³³.

Enka se excepcionó a la jurisdicción de la Corte Arbitrazh alegando la existencia de un convenio arbitral en el contrato de construcción que se había cedido a Unipro, y en el que Chubb se había subrogado. De acuerdo con este convenio, las controversias derivadas del contrato debían someterse a un arbitraje con sede en Londres y administrado bajo las reglas de la Cámara de Comercio

32 Corte Suprema del Reino Unido, *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. (Respondent) v OOO Insurance Company Chubb (Appellant)* [2020] EWCA Civ 574, 09/10/2020 (*Enka c. Chubb*), ¶ 7-12

33 Ídem, ¶ 11.

Internacional (en adelante “CCI”)³⁴.

En primera instancia, la corte rechazó la excepción de Enka a la par que desestimó las pretensiones de Chubb el 18 de marzo de 2020. Ambas partes apelaron de la decisión.³⁵

El 16 de septiembre de 2019, mientras se tramitaba la primera instancia en Rusia, Chubb acudió a las cortes del Reino Unido para solicitar la emisión de una orden preliminar que obligue a Enka a dejar de perseguir el proceso judicial en Rusia (o *anti-suit injunction*). El 15 de octubre de 2019 las cortes de primera instancia de Reino Unido rechazaron esta petición, en deferencia a la jurisdicción de las cortes rusas. Chubb apeló de dicha decisión³⁶.

El 10 de enero de 2020, Chubb inició un arbitraje CCI con base en el convenio arbitral del contrato de construcción en el que solicitó que el tribunal declare que el reclamo de Chubb ante las cortes rusas está dentro del ámbito de aplicación del convenio arbitral, junto con la respectiva indemnización de perjuicios³⁷.

El 29 de abril de 2020, la Corte de Apelaciones aceptó la solicitud de Enka y ordenó a Chubb que no continúe con el proceso judicial en Rusia³⁸. Chubb recurrió de esta decisión, por lo que ahora correspondía que la escuche la Corte Suprema del Reino Unido, que emitió su decisión ratificando la decisión subida en grado y por lo tanto la orden emitida en contra de Chubb³⁹.

La sentencia de la Corte Suprema de 9 de octubre de 2020 se centró en determinar la ley aplicable al convenio arbitral. Esto debido a que dicha ley determinaría también las reglas en virtud de las cuales se entiende que el convenio arbitral es válido y ejecutable. Si al convenio le aplicaban las leyes rusas, entonces este no sería válido y se debía seguir la decisión de las cortes rusas. Pero, si al convenio le aplicaban las leyes del Reino Unido, entonces este sería válido y por lo mismo habría base para ordenar a Chubb que no avance sus acciones ante las cortes rusas.

34 Ídem, ¶¶13-16.

35 Ídem, ¶¶15-16.

36 Ídem, ¶¶18-19.

37 Ídem, ¶20.

38 Ídem, ¶19.

39 Ídem, ¶186.

Para determinar la ley aplicable al convenio arbitral, la Corte Suprema aplicó las normas de conflicto del *common law* y concluyó que se deben seguir los siguientes pasos⁴⁰.

- (i) Si las partes han pactado la ley sustantiva aplicable al contrato en una de sus cláusulas (cláusula de legislación aplicable), se entiende que estas han hecho una elección implícita de que la misma ley aplicará al convenio arbitral. Entonces, la ley aplicable al convenio arbitral será la ley aplicable al contrato.
- (ii) Si, por el contrario, las partes no han pactado la ley sustantiva aplicable al contrato, entonces se debe determinar la ley aplicable al convenio arbitral dependiendo de la legislación con la que este guarda mayor cercanía. La Corte concluyó que esta ley sería la ley de la sede, siendo esta la jurisdicción donde el convenio arbitral se ejecuta. Entonces, la ley aplicable al convenio arbitral cuando no hay una elección implícita de las partes será la ley de la sede.
- (iii) Finalmente, la Corte reconoció que el principio de validación forma parte de las reglas del *common law* para determinar la ley aplicable al convenio arbitral. Esto en la medida en la que se podría prescindir de la ley de la sede o la ley del contrato y aplicar la que quede, si resulta que al concluir el ejercicio de los incisos anteriores se concluye que el convenio arbitral sería inválido bajo su ley aplicable.

Dado que las partes no pactaron la ley aplicable al contrato de construcción⁴¹ (que de todas maneras hubiera sido la ley de Rusia aplicando las reglas de conflicto de leyes aplicables al asunto), la Corte Suprema del Reino Unido decidió que la ley aplicable al convenio arbitral era el *Arbitration Act* (Ley de Arbitraje) también del Reino Unido. Es por esto que decidió ratificar la sentencia de apelación puesta a su revisión.

Interesantemente, el voto disidente de Lord Borrows en este caso aboga por la postura de que la ley aplicable al convenio arbitral siempre debe ser la ley aplicable al contrato. Esto con base en un análisis del principio de separabilidad. Para Lord Borrows, el principio de separabilidad es una excepción específica que está dirigida a casos en los que se discute la validez, existencia o eficacia del convenio arbitral. Esto quiere decir que no es la regla general, y que tampoco aplica a la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral. Lord Borrows discrepa del voto de mayoría en la medida en la que considera que el convenio

40 Ídem, ¶ 170.

41 Ídem, ¶ 171.

arbitral, por regla general, forma parte del contrato principal, por lo que no existe razón para que se le aplique una ley diferente⁴².

Cabe destacar que en Reino Unido actualmente se encuentra en proceso de discusiones una reforma legal que implicaría especificar en la Ley de Arbitraje que la ley aplicable al convenio arbitral es la ley de la sede del arbitraje, y no el criterio desarrollado por *Enka c. Chobb*.⁴³ Esta reforma está justificada en la mera intención de mantener a Londres como una de las sedes más populares de arbitraje internacional al unificar sus prácticas con la tendencia en las jurisdicciones arbitrales importantes que aplican la ley de la sede al convenio arbitral⁴⁴.

De todas maneras, *Enka c. Chobb* es ilustrativo de la interacción que puede existir entre las distintas posturas para resolver el problema de la ley aplicable al convenio arbitral y sobre todo de las dificultades que ello conlleva.

4. ¿CUÁL ES LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL BAJO EL RÉGIMEN ECUATORIANO?

Como se desarrollará en esta sección, la postura de este trabajo es que la ley aplicable al convenio arbitral bajo el régimen ecuatoriano es la ley aplicable al contrato, aún cuando las partes no han pactado una cláusula de legislación aplicable. Para sustentar esta postura se tratan tres temas: las reglas de conflicto de leyes aplicables al problema de la ley aplicable al convenio arbitral [§4.1]; la interpretación del artículo 5 de la LAM [§4.2.]; y, la preferencia en general de la ley del contrato por sobre la ley de la sede para regir al convenio arbitral [§4.3].

4.1. REGLAS DE CONFLICTO DE LEYES PARA DETERMINAR LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL.

Para determinar la ley aplicable al convenio arbitral, el primer paso es identificar si existen reglas de conflicto de leyes aplicables a la situación en específico.

42 Ídem, ¶ 232-233.

43 Law Commission del Reino Unido, Review of the Arbitration Act 1996: Final report and Bill, 2023 <<https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaecede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2023/09/Arbitration-final-report-with-cover.pdf>> (28/08/2024).

44 Ídem, ¶ 12.44.

Para esto, se debe estar a las reglas tanto en el régimen nacional como en los tratados internacionales suscritos por el Ecuador.

Como se explicó en la sección anterior⁴⁵, la postura que aplica la ley de la sede al convenio arbitral sostiene que existe una regla de conflicto que prefiere la ley de la sede en caso de que las partes no pacten la ley aplicable al convenio arbitral, en el artículo 34(2)(a)(i) de la Ley Modelo y en el artículo V(1)(a) de la CNY. Sin embargo, ninguna de las referidas reglas puede aplicarse como regla de conflicto de leyes en el régimen ecuatoriano.

Por un lado, si bien la LAM recoge algunos de los principios de la Ley Modelo⁴⁶, su contenido no es equiparable. El artículo 34(2)(a)(i) de la Ley Modelo, de donde se extrapola la supuesta regla de conflicto de leyes en favor de la ley de la sede, prevé la nulidad del laudo arbitral por falta de validez del convenio arbitral con base en la ley del Estado que haya adoptado la Ley Modelo. Esta causal no existe en el artículo 31 de la LAM, que prevé las causales de nulidad del laudo arbitral. Entonces, el análisis respecto de la ley Modelo no le aplica a la LAM.

Por otro lado, aun considerando que el Ecuador es uno de los Estados suscriptores de la Convención de Nueva York, no se puede entender a su artículo V(1)(a) como una regla de conflicto de leyes que los tribunales arbitrales deban aplicar al momento de analizar la ley aplicable al convenio arbitral. Esto por tres razones.

Primero, pues el artículo V de la CNY, que prevé las causales por las que un Estado puede rechazar el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral, no aplica a la determinación de la validez del convenio arbitral. El artículo II de la Convención es la norma que aplica para dicho efecto, y la cual no contiene alguna regla de conflicto de leyes.

Segundo, el artículo V de la CNY no es obligatorio de ejecución para los Estados contratantes. Las causales previstas en el mismo no son mandatorias, en la medida en la que este dice expresamente que los estados “pueden” pero no “deben” negar el reconocimiento o la ejecución de un laudo si se verifica alguna de las causales. Entonces, los Estados contratantes siempre podrían

45 *Supra*, § 3.4.

46 E. CARMIGNIANI Y C. CEPEDA, “Implementación (parcial) en Ecuador de principios de la Ley Modelo CNUDMI, sobre arbitraje comercial. Retrospectiva histórica y necesidades”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016, pp. 356-357.

llegar a una conclusión diferente a la prevista en la CNY, dependiendo de la legislación nacional de cada país.

Como normalmente los países recogen principios pro-arbitraje, esta dinámica de no aplicación del artículo V se suele ver en contexto de la provisión del artículo VII de la CNY, en virtud de la cual se debe preferir la ley nacional más favorable que las disposiciones de la CNY. Sin embargo, la falta de obligatoriedad de aplicación del artículo V demuestra que no existe una regla de conflicto de leyes que sea aplicable a los árbitros para determinar la ley aplicable al convenio arbitral.

Finalmente, el artículo V(1)(a) de la CNY no prevé directamente que la ley de la sede del arbitraje será aplicable siempre que las partes no hayan acordado una ley aplicable a la validez del convenio arbitral. Lo que la CNY prevé en este punto es que aplicará la ley de la sede “si nada se hubiera indicado [...] respecto” de la ley determinada por las partes⁴⁷. Es decir, aplicará la ley de la sede si tampoco ha existido una determinación de la ley aplicable al convenio arbitral por parte del tribunal arbitral. Esto pues una decisión del tribunal arbitral en esta línea se constituiría como una “indicación” en los términos de dicha norma. Entonces, si un tribunal concluye que la ley aplicable al convenio arbitral es una ley distinta a la sede, esta determinación debería primar como una determinación de la voluntad de las partes descubierta por el tribunal arbitral, y ser analizada por las cortes de la ejecución como tal.

Dado que no existen reglas de conflicto de leyes en el régimen ecuatoriano, ni se puede aplicar el artículo V(1)(a) de la CNY para determinar la ley aplicable al convenio arbitral, corresponde resolver la interrogante con base en las disposiciones de la LAM.

4.2. EL ARTÍCULO 5 DE LA LAM PREVÉ QUE LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL ES LA LEY DEL CONTRATO.

Considerando que las disposiciones de la LAM regulan tanto arbitrajes nacionales como internacionales⁴⁸, se debe interpretar el artículo 5 de dicha ley como punto de partida para determinar la ley aplicable al convenio arbitral en el Ecuador. Esto pues dicho artículo define al convenio arbitral, determina sus

47 O “*failing any indication thereon*” en su versión en inglés. Ver Convención de Nueva York, N. 11.

48 LAM, No. 8, Arts. 40, 41.

alcances y prevé el principio de separabilidad:

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 determinación 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.

La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral.

No obstante haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al Juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y, de hallarse pendiente un recurso, deberán, además, desistir de él (énfasis añadido)⁴⁹.

De la lectura del artículo se ve que:

- (i) El inciso primero es descriptivo. Únicamente define lo que se debe entender por convenio arbitral. El Legislador ha utilizado formulaciones parecidas, por ejemplo, en el artículo 1454 del Código Civil que define al contrato como “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”⁵⁰.
- (ii) El inciso segundo prevé el requisito de escrituración del convenio arbitral y su carácter accesorio, asumiendo que este en general estará incluido como una cláusula en un contrato. Ya sea que se pacte con base en una relación contractual o no contractual, el convenio arbitral siempre debe especificar el contexto en el que se suscribe, haciendo referencia a la situación jurídica específica a la que accede.

49 LAM, No. 8, Art. 5.

50 Codificación del Código Civil, RO Sup. 46, 24/06/2005, Art 1454.

- (iii) El inciso tercero prevé la separabilidad únicamente en sus efectos al especificar que el convenio arbitral estará protegido de la eventual nulidad del contrato principal, esto a diferencia de la Ley Modelo de la CNUDMI o legislaciones como el *Arbitration Act* del Reino Unido, que prevén expresamente que el convenio arbitral es un acuerdo “autónomo” al contrato principal⁵¹.
- (iv) Finalmente, el último inciso prevé el principio *kompetenz kompetenz*, en virtud del cual los árbitros son los llamados a decidir sobre su competencia y los jueces están obligados a remitir las causas donde se haya pactado arbitraje a los tribunales arbitrales⁵².

Entonces, aplicando la primera regla de interpretación de la Ley prevista en el artículo 18 del Código Civil que manda: “Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu”, se puede concluir que, en el Ecuador, la separabilidad del convenio arbitral no es absoluta ni implica la autonomía del convenio arbitral respecto del contrato principal. Dicho principio está previsto en forma de una regla especial aplicable únicamente a casos de nulidad del convenio arbitral, que no justifica aislar al convenio arbitral del contrato principal ni su ley aplicable.

Esto pues es claro del tenor literal del artículo 5 que: (i) no se prevé que el convenio arbitral sea autónomo del contrato principal, sino que se espera este siempre mantenga una relación con el contrato al que accede; y, (ii) que la separabilidad está presentada como una norma especial aplicable a los convenios arbitrales para procurar su validez, y no como una forma de deslindarles del contrato principal. Es decir, la norma no prevé o justifica la exclusión del convenio arbitral del resto del régimen contractual aplicable al contrato principal.

En consecuencia, bajo el artículo 5 de la LAM, la ley aplicable al convenio arbitral es la ley del contrato.

Esta conclusión es la misma siempre que la ley ecuatoriana aplique al contrato principal, indistintamente de si fue determinada por las partes en una cláusula de legislación aplicable o si el tribunal arbitral la determinó considerando las reglas de conflictos de ley que fueren aplicables.

Entonces, con base en el artículo 5 de la LAM la ley aplicable al convenio

51 Ver, Ley Modelo CNUDMI, N. 6, Art 16(1); *Arbitration Act* del Reino Unido, 1996, Sección 7.

52 Ver Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1737-16-EP/21, 21/07/2021, ¶40.

arbitral en Ecuador será la ley aplicable al contrato principal, aun cuando las partes no hayan pactado una cláusula de legislación aplicable. Este análisis resulta de la interpretación del texto del artículo 5 de la LAM, que no debe desatenderse al ser claro en su tenor literal.

4.3. APLICAR LA MISMA LEY AL CONTRATO Y AL CONVENIO ARBITRAL RESUELVE LOS PROBLEMAS DE INCONSISTENCIAS QUE TRAE LA SEPARABILIDAD.

Aplicar la ley del contrato como solución derivada del tenor literal de la LAM permite un mayor nivel de predictibilidad respecto del alcance del convenio arbitral. Esto puesto que: (i) evita escenarios en los que se extienden los efectos del convenio arbitral a terceros o a contratos que no contienen convenio arbitral a pesar de que la ley aplicable al fondo de la controversia no lo permita; y, (ii) corresponde con las expectativas de las partes contractuales.

El caso *Kebab Ji c. Kout Food Group Company* es justamente el ejemplo de la inconsistencia que se puede evitar al aplicar la ley del contrato al convenio arbitral. Este consistió en un arbitraje CCI con sede en Francia, por la violación de un contrato de franquicia de comida bajo ley inglesa. Durante el arbitraje, la actora consiguió incorporar al arbitraje a un tercero no signatario al convenio arbitral. El tribunal arbitral finalmente emitió un laudo a favor de la actora, obligando también al tercero a los remedios respectivos. La demandada aplicó para anular el laudo en las cortes de Francia, a la par que la actora solicitó su ejecución en las cortes del Reino Unido. Mientras que la anulación fue rechazada en Francia, las cortes del Reino Unido no ejecutaron el laudo, pues determinaron que la ley aplicable al convenio arbitral es la ley del contrato, es decir la ley inglesa, y que esta no permite la incorporación de terceros⁵³.

Adicionalmente, considerando todas las distintas posturas respecto de la ley aplicable al convenio arbitral y las múltiples complejidades que derivan de estas, lo razonable y más intuitivo es pensar que la intención de los comerciantes es que sus obligaciones sean juzgadas sobre la base del mismo régimen. Idealmente, del régimen que rige su contrato. La interpretación presentada del

53 Ver Corte Suprema del Reino Unido, Decisión del caso: *Kebab-Ji SAL (Lebanon) (Appellant) c Kout Food Group (Kuwait) (Respondent)* [2021] UKSC 48, 01/07/2021. Ver también Primera Sala de lo Civil de la Cour de Cassation francesa, Decisión en el caso: *Kout Food Group abab-Ji SAL c. Kebab-Ji SAL*, Arrêt N. 679 FS-B, Pourvoi N. K 20-20.260, 28/09/2022.

artículo 5 de la LAM ratifica este entendimiento.

La opinión del autor es que en realidad la complicación que trae aceptar la ley del contrato para que rija al convenio arbitral viene de una concepción indebida del ámbito de aplicación de dicho convenio.

Por ejemplo, Born expresa que la ley de la sede del arbitraje debería preferirse pues esta podría prever normas más amplias para terceros no signatarios, un estándar probatorio más beneficioso al arbitraje, normas explícitas de confidencialidad para el proceso arbitral, una aplicación más fuerte del principio *kompetenz kompetenz*, o facultades más amplias de los árbitros para conducir el procedimiento arbitral y dictar medidas cautelares⁵⁴.

Sin embargo, la ley aplicable al convenio arbitral no determina todas estas situaciones. Determina, principalmente: (i) la obligación de las partes de cumplir etapas previas para acudir al arbitraje; (ii) la obligación de acudir al arbitraje en sí misma; y, (iii) el ámbito de aplicación del convenio arbitral –i.e.– la posibilidad de extenderlo a terceros no signatarios o a contratos sin convenio arbitral. De este último punto, como se dijo, lo más conveniente para evitar la eventual falta de ejecución de un laudo sería preferir la predictibilidad que brinda aplicar la ley del contrato.

El resto de los asuntos –como el *kompetenz kompetenz* y los poderes del tribunal arbitral– no se rigen bajo la ley aplicable al convenio arbitral. Con base en el *receptum arbitri* o pacto en virtud del cual los árbitros se comprometen con las partes a resolver su disputa, estas circunstancias se rigen bajo la ley de la sede. Esto pues es este contrato el que se ejecuta en su totalidad en la sede del arbitraje.

Con esta explicación, el único punto sobre el que quedaría alguna duda respecto de la posible contradicción entre las leyes de la sede y la ley del contrato aplicada al convenio arbitral sería respecto de las obligaciones de confidencialidad y de cumplir los pasos previos antes de acudir al arbitraje y su ejecutabilidad. Para este punto en específico, se aclara que la determinación de la obligatoriedad de la obligación y los efectos de su incumplimiento en el proceso arbitral son dos cosas distintas. Un tribunal arbitral podría, aplicando la ley del contrato, determinar si la cláusula escalonada era obligatoria o no para las partes (e incluso ordenar el resarcimiento de perjuicios), pero a la vez

54 G. BORN, N.10, Capítulo 4, Sección 4.04. [A] [1] [b] (iv).

determinar que dicho incumplimiento no afecta la admisibilidad del reclamo puesto a su conocimiento, en aplicación de la ley de la sede. Asimismo, un tribunal podría determinar que el arbitraje es confidencial con base en las normas de la ley de la sede y el *receptum arbitri*, aún si la ley del contrato que aplica al convenio arbitral no prevé la obligación de guardar confidencialidad en el arbitraje.

Por lo anterior, la solución de aplicar la ley del contrato al convenio arbitral prevista en el artículo 5 de la LAM debe preferirse sobre la tendencia de aplicar la ley de la sede. Esto sobre todo tomando en cuenta la interacción entre los ámbitos de aplicación del *receptum arbitri* y del convenio arbitral, y que esta solución trae predictibilidad a un sistema que se ha vuelto incierto y complicado a la hora de determinar la ley aplicable al convenio arbitral.

5. CONCLUSIONES

El problema de la ley aplicable al convenio arbitral nace de la aplicación del principio de separabilidad en el arbitraje. Bajo la presunción de que el convenio arbitral es un acuerdo autónomo del contrato principal, también se asume que le puede aplicar una ley distinta de la ley de dicho contrato.

Distintas jurisdicciones han adoptado diversas posturas para resolver el asunto de la ley aplicable al convenio arbitral:

- (i) En Francia la ley aplicable al convenio arbitral es el *arbitral legal order*, que es un ordenamiento que existe con independencia de cualquier ley nacional. Este ordenamiento autónomo permite la innovación de soluciones ante los nuevos problemas que se presenten en el sistema arbitral. Sin embargo, el país que lo ha adoptado es principalmente Francia, por lo que su falta de popularidad crea incertidumbre respecto de su interacción con otros sistemas.
- (ii) En países como Suecia se prevé expresamente que la ley aplicable al convenio arbitral sea la ley de la sede del arbitraje. Normalmente, esta postura se deriva también de interpretaciones del artículo 34(2) (a)(i) de la Ley Modelo CNUDMI y del artículo V(1)(a) de la CNY. Ello debido a que se considera que la sede es el foro natural de ejecución del pacto para acudir a arbitraje. Bajo esta postura, la ley de la sede aplica al convenio arbitral aún si las partes han pactado una cláusula de legislación aplicable en el contrato principal. Con el

beneficio de que la ley de la sede aplicaría a los temas procedimentales pre-arbitraje, esta postura no resuelve el problema de inconsistencias con la ley del contrato en casos como la extensión del convenio arbitral a terceros no signatarios.

- (iii) En Estados Unidos, la aplicación del *Federal Arbitration Act* trae como consecuencia la aplicación de la ley del contrato al convenio arbitral, indistintamente de si las partes han pactado una cláusula de legislación aplicable. Esta postura elimina el riesgo de inconsistencias entre el ámbito de aplicación del convenio arbitral y del contrato principal. Si bien se ha argumentado que esta postura implica el riesgo de inconsistencias entre las reglas de la ley de la sede y las obligaciones del convenio arbitral, este problema se resuelve a través de la aplicación del *receptum arbitri*.
- (iv) En países como Suiza y Perú se aplica el principio de validación. En virtud de este, la ley aplicable al convenio arbitral será la que permita su validez entre la ley de la sede, la ley del contrato y la ley pactada por las partes. Esto con la desventaja de que, si la ley aplicable al convenio arbitral no es la ley del contrato, se mantiene el riesgo de inconsistencias entre el ámbito de aplicación del convenio arbitral y el contrato principal.
- (v) En *Enka c. Chubb*, la Corte Suprema del Reino Unido resolvió: (i) aplicar la ley del contrato como pacto implícito para el convenio arbitral siempre que las partes la hayan pactado en una cláusula de legislación aplicable; (ii) aplicar la ley de la sede a falta de acuerdo de las partes, siendo esta la ley con conexiones más cercanas al objeto del convenio arbitral; y (iii) aplicar el principio de validación de manera transversal, para dejar abierta la posibilidad de elegir otra ley en caso de que la ley aplicable al convenio arbitral electa como consecuencia de este ejercicio implique su invalidez.

Por su parte, la ley aplicable al convenio arbitral en el Ecuador es la ley del contrato. Ello con base en el tenor literal del artículo 5 de la LAM, aplicable puesto que se entiende que el artículo V(1)(a) de la CNY, que prevé las causas por las que un Estado puede rechazar el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral, no contiene una norma de conflicto de leyes que sea aplicable al análisis. Esto pues: (i) dicho artículo no aplica a la determinación de validez del convenio arbitral; (ii) su aplicación no es mandatoria para los Estados contratantes; y, (iii) de todas formas, las cortes de la ejecución deberán analizar la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral que haga el tribunal arbitral supliendo la falta de acuerdo de las partes, por lo que no aplicarían la

ley de la sede para su examen.

El inciso tercero del artículo 5 de la LAM únicamente prevé que “la nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”. En lugar de especificar que el convenio arbitral es autónomo del contrato principal, como lo hacen otras legislaciones, la LAM se limita a describir los efectos de la separabilidad en forma de una norma especial. El inciso inmediatamente anterior del artículo, por su parte, prevé la necesidad de que el convenio arbitral se suscriba como accesorio a una relación jurídica preexistente, y asume que esta generalmente será de carácter contractual. Por estas razones, hay claridad de que el tenor literal del artículo 5 de la LAM no prevé a la separabilidad como un principio absoluto sino como una excepción aplicable al convenio arbitral en virtud de su naturaleza. En consecuencia, para todo lo demás se deberá entender que el convenio arbitral es parte del contrato principal y le aplica la misma ley aun cuando las partes no la hayan pactado.

La ley del contrato debería preferirse por sobre la ley de la sede para regir al convenio arbitral puesto que aumenta la predictibilidad del sistema y corresponde con la expectativa de las partes contratantes de que todas sus obligaciones se rijan por un mismo régimen. Lo importante es que queden claras las obligaciones que se rigen: (i) por el convenio arbitral y aplican la ley del contrato, (ii) por el *receptum arbitri* y aplican la ley de la sede; y, (iii) las que coexistirían tanto en el convenio arbitral como en el *receptum arbitri*, en cuyo caso corresponde al tribunal arbitral determinar los efectos de dicha obligación en el proceso arbitral.

Todo lo relacionado al ámbito de aplicación del convenio arbitral, como la extensión de sus efectos a terceros no signatarios, es parte de los derechos sustantivos del convenio arbitral y por lo tanto le aplica la ley del contrato. Asimismo, todo lo relacionado con la conducción del proceso arbitral, como el principio *kompetenz komptenz* y el poder de dictar medidas cautelares se deriva del *receptum arbitri* por lo que le aplica la ley de la sede. Finalmente, en casos como la obligatoriedad de los pasos previos al arbitraje previstas en las cláusulas escalonadas y la confidencialidad, el tribunal arbitral siempre podrá decidir los efectos de estas obligaciones en el proceso, a la par de los efectos que su eventual incumplimiento traiga bajo el régimen general de obligaciones de la legislación del contrato, muy posiblemente incluso con la posibilidad de ordenar indemnizaciones. Es decir, podrá aplicar la ley del contrato para determinar los efectos del incumplimiento de estas obligaciones entre las partes contractuales, y la ley de la sede para determinar los efectos de dicho incumplimiento en el proceso arbitral.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Arbitraje CCI No. 17146, Laudo Final, en ICC Dispute Resolution Bulletin No. 114, 2015.
- Arbitraje *Dallah Real Estate & Tourism Holding Co. v. Ministry of Religious Affairs*, CCI No. 9987, Laudo Parcial.
- Arbitration Act* del Reino Unido, 1996.
- Codificación del Código Civil, RO Sup. 46, 24/06/2005, Art 1454.
- Código de Procedimiento Civil Francés, 2011.
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Ley Modelo de la CNUDMI Sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985) con enmiendas hasta el 2006 (Ley Modelo CNUDMI), Artículos (Arts.) 1, 5-9 y 34.
- Convención Sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958) (Convención de Nueva York), Art. V(1)(a) de la Convención de Nueva York.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1737-16-EP/21, 21/07/2021, ¶40.
- Corte de Apelaciones de París, Decisión del caso: *Kout Food Group Company c. Kabab-Ji Sal Company*, directorio general No. RG 17/22943 y Portalis No. 35L7-V-B7B-B4VAV, 23/07/2020.
- Corte de Apelaciones de París, Decisión del caso: *New Euro. Corporate Advisory Ltd v. Innova 5/LP-ès Qualités de Liquidateur de la Société Twelve Hornbeams Sarl*, Rev. Arb. 847, 18/12/2018.
- Corte Suprema del Reino Unido, Decisión del caso: *Kabab-Ji SAL (Lebanon) (Appellant) c Kout Food Group (Kuwait) (Respondent)* [2021] UKSC 48, 01/07/2021.
- Corte Suprema del Reino Unido, *Enka Insaat Ve Sanayi A.S. (Respondent) v OOO Insurance Company Chubb (Appellant)* [2020] EWCA Civ 574, 09/10/2020 (*Enka c. Chubb*), ¶ 7-12.
- D. HASHER, “The Review of Arbitral Awards by Domestic Courts – France”, en E. GAILLARD (ed.), *The Review of International Arbitral Awards*, IAI Series on International Arbitration, No. 6., Juris, 2010.
- Decreto Legislativo No. 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, 01/09/2008, Perú.

- E. CARMIGNIANI Y C. CEPEDA, “Implementación (parcial) en Ecuador de principios de la Ley Modelo CNUDMI, sobre arbitraje comercial. Retrospectiva histórica y necesidades”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016.
- F. SOLIMENE, “The Doctrines of Kompetenz-Kopmetenz and Separability and their Contribution to the Development of International Commercial Arbitration”, en M. O’REILLY (Ed.), *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 80 CIArb, 2014.
- G. BORN, *International Commercial Arbitration*, 3ra. Ed., Kluwer, 2024, Seccion S 4.04. [A] (1) (b) (iv).
- L. KIFFER, “National Report for France (2020 through 2021)”, en L. BOSMAN (ed.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, Suplemento No. 114, 2020.
- Law Commission del Reino Unido, Review of the Arbitration Act 1996: Final report and Bill, 2023 <<https://cloud-platform-e218f50a-4812967ba1215eacede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2023/09/Arbitration-final-report-with-cover.pdf>> (28/08/2024).
- Ley de Arbitraje de Suecia (*Swedish Arbitration Act*), 1999, <https://sccarbitrationinstitute.se/sites/default/files/2022-11/the-swedish-arbitration-act_1march2019_eng-2.pdf>, 25/08/2024.
- Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), Artículo (Art.) 5, RO No. 417, 14/12/2006.
- M. OROZCO, “Petroecuador Pierde arbitraje por más de USD 60 millones contra Pañaturi”, *Primicias*, Economía, 30/08/2022, <<https://www.primicias.ec/noticias/economia/arbitraje-millonario-petroecuador-sinopec/>> (28/08/2024).
- Primera Sala de lo Civil de la Cour de Cassation francesa, Decisión en el caso: *Kout Food Group abab-Ji SAL c. Kebab-Ji SAL*, Arrêt N. 679 FS-B, Pourvoi N. K 20-20.260, 28/09/2022.
- Restatement of the U.S. Law of International Commercial and Investor-State Arbitration*, 2023.
- Servicios Integrados Pañaturi S.A. c. Empresa Pública de Hidrocarburos del Ecuador EP, Arbitraje ad-hoc, Laudo, 21 de febrero de 2022 (*Pañaturi c. Petroecuador*).
- Swiss Federal Act on Private International Law (PILA), 2021.

¿Qué pasa con el Arbitraje Internacional en Ecuador? Análisis técnico y actualización a 2024

WHAT ABOUT INTERNATIONAL ARBITRATION IN ECUADOR? TECHNICAL ANALYSIS AND UPDATE TO 2024

*Michelle Vasco Campoverde**

Recibido/Received: 27/08/2024

Aceptado/Accepted: 02/02/2025

SUMARIO: 11. Introducción, 2. El arbitraje internacional y su relación con el artículo 422, 3. La aplicación e interpretación que se le ha dado al artículo 422 en Ecuador, 4. Recopilación de sucesos relevantes, 4.1. Denuncia y retorno del Ecuador al CIADI, 4.2. Acción de interpretación, 4.3. AII Ecuador- Costa Rica, 4.4. Referéndum de abril 2024, 4.5. Proyecto de ley, 5. Conclusiones.

RESUMEN: ¿Qué pasa con el Arbitraje Internacional en Ecuador? Esta interrogante ha surgido en varias ocasiones en las últimas décadas a raíz de decisiones judiciales, estatales, y hechos controversiales que se han ido acumulando, sin que la pregunta encuentre una respuesta concluyente. El Ecuador ha denunciado prácticamente todos sus acuerdos internacionales de inversión (“AII”). Esta decisión fue ampliamente discutida, pues tuvo lugar en un periodo político ‘particular’ y se sustentó en una cuestionable interpretación del artículo 422 de la Constitución ecuatoriana de 2008 (“**Constitución**”), que es en gran medida la fuente de la discordia.

Notablemente, el arbitraje internacional está intrínsecamente ligado a esta norma constitucional cuyo texto adolece de graves errores técnicos, pero que se ha mantenido inalterada desde su entrada en vigor. Por ello, este trabajo se enfocará en el análisis técnico que parece haberse omitido o politizado, pero

* Abogada asociada senior en Robalino Abogados; Codirectora de la Revista Ecuatoriana de Arbitraje (2024). Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, LL.M. Avanzado por Leiden University Law School, programa de Solución de disputas Internacionales y Arbitraje; mediadora, secretaria arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, coach del equipo de arbitraje de la PUCE.

que es esencial para la discusión sobre el arbitraje internacional en Ecuador. Además, se recopilarán las actuaciones del Estado en esta materia hasta 2024 para analizar su sustento jurídico, cuál es el estado actual de la discusión y el panorama futuro.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje internacional, Ecuador, Artículo 422, Acuerdos internacionales de inversión

ABSTRACT: What is happening with international arbitration in Ecuador? This question has emerged repeatedly over the past decades due to judicial and state decisions, as well as a series of controversial events related to international arbitration—yet a definitive answer remains elusive. Ecuador has withdrawn from nearly all its International Investment Agreements, a decision widely debated given its occurrence during a period of political turbulence and its reliance on a contentious interpretation of Article 422 of the 2008 Ecuadorian Constitution, which governs international arbitration.

Notably, the issue of international arbitration is inherently tied to this constitutional provision. Therefore, this study will focus on the technical analysis that has often been overlooked or politicized but is crucial to understanding the arbitration landscape in Ecuador. Additionally, it will examine the State's actions from 2021 to 2024, assessing their legal basis, the current state of the debate, and future prospects.

KEYWORDS: International arbitration, Ecuador, Artículo 422, International investment agreements

1. INTRODUCCIÓN

Este artículo tiene como propósito analizar la posición del Ecuador respecto del arbitraje internacional desde 2008 hasta 2024, pues es un tema que ha generado mucho debate, actuaciones judiciales y estatales aparentemente contradictorias y que, a pesar del paso del tiempo, aún no encuentra una definición. Se ha escrito ya sobre la relación conflictiva entre nuestro país

y el arbitraje internacional¹, por lo que este artículo se centra en un análisis técnico que desmitifique la constitucionalidad de este método de solución de controversias y aclare la confusión que la política ha generado sobre un asunto de derecho. Para ello, es imprescindible desmenuzar el concepto del arbitraje internacional, el control de constitucionalidad, y el artículo 422 de la Constitución; elementos que han sustentado la política pública ecuatoriana respecto de este tema.

Por ejemplo, a partir de 2008 Ecuador sostuvo el criterio jurídico de que los AII con cláusulas de arbitraje internacional estaban prohibidos por el mencionado artículo 422. En consecuencia, se aplicaron mecanismos de control constitucional para denunciar prácticamente todos los AII de los que Ecuador formaba parte, incluyendo el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“**Convenio CIADI**”). Sin embargo, en 2021, la Corte Constitucional del Ecuador (“**Corte**”) permitió el reingreso de Ecuador al Convenio CIADI a pesar del artículo 422, una decisión que parecía contradecir la postura adoptada previamente². Más adelante, Ecuador volvió a negociar AII como el Acuerdo con Costa Rica³; sin embargo, al revisar la constitucionalidad del instrumento, la Corte dictaminó sus referencias al Convenio CIADI violaban el artículo 422. Estas actuaciones demuestran que la interpretación y aplicación del artículo 422 tiene inconsistencias significativas que requieren aclaración en beneficio de la seguridad jurídica.

- 1 Ver, v.gr., Salvador, I., Riofrío, M., “La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o la calentura en las sábanas”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. No. 2, 2010; Yepes, I., Larrea, N., “Cambio en las reglas de juego: El futuro del arbitraje en el Ecuador”, *USFQ Law Review*, Vol. 2, No. 1, Universidad San Francisco de Quito. 2015; Marchán, J., “El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución Ecuatoriana”, *Iuris Dictio*, Vol. 14, 2011; López, A., “Presente y futuro del Arbitraje de Inversiones en el Ecuador”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* No. 8, 2017; Ortiz Nuques, M. *El arbitraje internacional de inversiones y el artículo 422 de la Constitución ecuatoriana*, <<https://iea.ec/articulos/el-arbitraje-internacional-de-inversiones-y-el-articulo-422-de-la-constitucion-ecuatoriana/>> (29/12/24).
- 2 J. MARCHÁN, M. VASCO, “El retorno del Ecuador al CIADI, análisis desde las perspectivas jurídica y política”, en M. Hernández (Coor.), *El retorno del Ecuador al CIADI y la Corte Constitucional*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022.
- 3 N. de la A. Después de la ‘oleada’ de denuncia de AII, Ecuador negoció y suscribió otros instrumentos internacionales relacionados con inversión: Ecuador – European Countries Free Trade Agreement (2018); Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones Ecuador – Brasil (2019); Acuerdo de Comercio entre Colombia – Ecuador – Peru – y el Reino Unido (2019), Acuerdo de Complementación Económica Chile – Ecuador (2020). No obstante, la naturaleza de estos instrumentos se inclina hacia el comercio y no contienen cláusulas arbitrales que puedan ser analizadas bajo el artículo 422, como el Acuerdo Ecuador – Costa Rica; Ver UNCTAD, *Investment Policy Hub* <<https://investmentpolicy.unctad.org/country-navigator/62/ecuador>>.

En un intento por resolver esta ambigüedad, se presentó ante la Corte Constitucional una solicitud de interpretación del artículo 422, buscando establecer de manera definitiva los límites de su aplicación. Sin embargo, dicha solicitud fue rechazada. Posteriormente, se propuso una enmienda constitucional para clarificar este asunto, pero esta iniciativa no obtuvo el respaldo electoral necesario para ser aprobada, dejando la controversia nuevamente sin resolver. Estas decisiones subrayan la necesidad urgente de clarificar el alcance del artículo 422 y su interpretación coherente con las demás políticas y necesidades del Estado.

Para procurar aclarar la interrogante desde el ámbito jurídico, este artículo comenzará por estudiar qué es el arbitraje internacional y su relación con el artículo 422. En segundo lugar, se analizará la aplicación e interpretación que se le ha dado al artículo 422 en Ecuador. En tercer lugar, se verá una recopilación de los pronunciamientos de la Corte Constitucional y sucesos relevantes respecto del tema y los esfuerzos fallidos de reforma. Finalmente, las conclusiones permitirán evaluar el estado del debate en materia de arbitraje internacional en Ecuador a 2024.

2. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y SU RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 422.

Parte del prolongado debate respecto del artículo 422 ha girado en torno a la idea de que esta norma constitucional prohíbe el ‘arbitraje internacional’⁴. Sin embargo, esta concepción es errada porque la Constitución reconoce y permite el arbitraje internacional expresamente, aunque luego incluya ciertas limitaciones cuyo alcance y significado se estudiará en esta sección⁵.

Es importante establecer que el término ‘arbitraje internacional’ no se refiere a una única institución o instancia de resolución de disputas, sino que engloba un conjunto de procesos cuyos componentes traspasan la barrera de una sola jurisdicción, por lo general, esto se refiere a la naturaleza de la disputa o de la transacción, la nacionalidad de las partes, el lugar de ejecución y la ley

4 Por ejemplo: GHIOTTO, L. “Ecuador dijo “no” al arbitraje internacional una decisión soberana con resonancia internacional en la pelea contra el mecanismo ISDS”, *TNI*, 23/04/2024 <<https://www.tni.org/es/art%C3%ADculo/ecuador-dijo-no-al-arbitraje-internacional>>; GUERRERO A, “Prohibición de arbitraje internacional de la consulta de Daniel Noboa está en la Asamblea”, *El Comercio*, 05/07/2024, <<https://www.elcomercio.com/actualidad/politica/arbitraje-internacional-consulta-daniel-noboa-asamblea.html>>.

5 Constitución de la República del Ecuador, artículos 190 y 422, RO No. 449, 20/10/2008.

aplicable⁶. Existen tres tipos principales de arbitraje internacional, (i) arbitraje interestatal, (ii) arbitraje comercial y, (iii) arbitraje de inversión. Estos, a su vez, se pueden aplicar respecto de distintas materias; algunos ejemplos son el arbitraje interestatal en materia del Derecho del mar bajo la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (“CONVEMAR”); el arbitraje en temas comerciales deportivos ante el Tribunal Arbitral du Sport (“TAS”); arbitraje de inversión ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”); entre otros.⁷

La interpretación que se ha realizado en repetidas ocasiones, por la Corte y otros actores, de que el ‘arbitraje internacional’ estaría prohibido, se ha sustentado equivocadamente en el artículo 422 de la Constitución cuyo texto establece:

Art. 422.- *No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.*

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional (énfasis añadido)⁸.

Del texto citado se desprende que las restricciones contenidas en esta norma no aplican a todos los tipos de arbitraje internacional, porque para que tal

6 BLACKABY, N. PARTASIDES, C. *et al.*, *What is Arbitration*, Redfern and Hunter on *International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp. 1 – 83; SHONK, K., *International Arbitration: What it is and How it Works*, Harvard PON <<https://www.pon.harvard.edu/daily/international-negotiation-daily/international-arbitration-what-it-is-and-how-it-works/>> (2/9/24); Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 41, RO. No 417, 14/12/2006.

7 Ibid.

8 Constitución de la República del Ecuador, artículo 422, RO No. 449, 20/10/2008.

conclusión fuese plausible, el texto del artículo 422 debería ser similar a lo siguiente: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos que contengan cláusulas de arbitraje internacional”, pero no es el caso. La norma constitucional citada contiene una descripción de un tipo de instrumento o circunstancia en la que aplica la prohibición, es decir, la prohibición *solamente* es aplicable cuando se cumplan las siguientes condiciones *concurrentes*:

Tabla 1. Condiciones de aplicabilidad del primer párrafo del artículo 422 de la Constitución.

No.	Premisas textuales del primer párrafo del artículo 422	Condición
i.	<i>No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano</i>	Sólo aplica respecto <i>de tratados o instrumentos internacionales</i> suscritos por el Estado como persona jurídica.
ii.	<i>ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional,</i>	Los instrumentos deben implicar <i>cesión de jurisdicción</i> . Es decir que, en primer lugar, el Estado debería tener la jurisdicción para resolver la controversia para luego cederla a una instancia internacional.
iii.	<i>en controversias contractuales o de índole comercial,</i>	La <i>materia</i> del arbitraje debe ser contractual o comercial.
iv.	<i>entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.</i>	Las <i>partes</i> del arbitraje deben ser el Estado como persona jurídica y un privado.

Elaboración propia.

Esta combinación de condiciones es la génesis de las dificultades de interpretación y aplicación del artículo 422 porque cada una se refiere a diferentes tipos de arbitraje que no pueden unificarse por las razones expuestas a continuación.

Sobre la primera premisa, varios instrumentos pueden clasificarse como tratados o instrumentos internacionales suscritos por el Estado. La Constitución no desarrolla un concepto específico para clasificar un instrumento como ‘tratado’, sin embargo, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la cual el Ecuador es parte, define ‘tratado’ en su artículo dos, letra a), en

los siguientes términos: “se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”⁹

Así, los tratados son acuerdos:

[D]e voluntades entre dos o más sujetos del derecho internacional, con capacidad para concertarlo[s], celebrado[s] en forma verbal o escrita, regid[os] por el derecho internacional y destinad[os] a crear, modificar, regular o extinguir derechos y obligaciones de este ordenamiento¹⁰.

En cuanto a los ‘instrumentos internacionales’ el término es más amplio, y se define generalmente como cualquier acuerdo formal entre sujetos del Derecho Internacional, que puede incluir tratados, convenciones, acuerdos y protocolos¹¹. Estos instrumentos pueden ser vinculantes o no vinculantes según su naturaleza y la intención de las partes involucradas¹². Siempre que un instrumento se clasifique como tratado o instrumento internacional, se cumplirá la primera premisa del artículo 422.

La segunda premisa de la norma constitucional bajo análisis establece la cesión de “jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional”¹³. Este requisito comienza a restringir el ámbito de aplicación de la norma, porque los tratados o instrumentos internacionales que se enmarquen en la norma serán sólo aquellos que por su naturaleza puedan contener cláusulas de arbitraje internacional, en las que el Estado ceda jurisdicción soberana.

Distintos tipos de instrumentos internacionales pueden contener cláusulas arbitrales, como los acuerdos comerciales, acuerdos marco, convenciones y tratados que gobiernan la aplicación de arbitraje internacional, entre otros¹⁴.

9 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), <<https://n9.cl/vuwuy>> (10/03/2024); Organización de la Naciones Unidas, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 38 <<https://n9.cl/ad864>>.

10 F. Novak Talavera y L. García, *Derecho Internacional Público*, p. 133.

11 United Nations Treaty Collection, Definitions, Definition of key terms used in the Un Treaty Collection, <https://treaties.un.org/Pages/overview.aspx?path=overview%2Fdefinition%2Fpage1_en.xml>.

12 United Nations Treaty Collection, N.12.

13 Constitución de la República del Ecuador, N.9.

14 HONK, K., *International Arbitration: What it is and how it works*, <<https://www.pon.harvard.edu/daily/international-negotiation-daily/international-arbitration-what-it-is-and-how-it-works/>>.

La Corte ha aplicado la restricción del artículo 422 respecto de AIIs, que son solo un *tipo* de tratado internacional que puede ser suscrito por dos o más Estados y que pueden tener cláusulas de arbitraje internacional, lo que cumpliría de cierta manera con la primera premisa, y con parte de la segunda del artículo 422¹⁵.

Mediante los AIIs se acuerdan, entre otras cosas, las condiciones de trato que los Estados darán a los inversionistas nacionales de los otros Estados parte del tratado, cuando hagan inversiones en su territorio¹⁶. De esto deviene que, aunque el instrumento se suscribe entre Estados, se regula y otorga derechos a privados. Por ello, los AIIs pueden contener cláusulas arbitrales para solucionar disputas de inversión entre ‘privados’ y el Estado: los nacionales o ‘privados’ de un Estado miembro de un AII, que han invertido en otro Estado miembro del AII y que se han visto afectados por actuaciones de este último, pueden demandar la responsabilidad internacional del Estado receptor por haber incumplido los compromisos acordados en el AII.¹⁷

Este tipo de arbitraje se conoce como arbitraje internacional de inversión, que se caracteriza porque las disputas a resolver tienen los siguientes elementos:

- (i) Tienen como fuente al tratado de inversiones (o “**AII**”), que no genera un negocio jurídico particular, sino obligaciones internacionales materializadas a través de estándares de trato. Las partes no discuten un incumplimiento de obligaciones contractuales particulares, sino la transgresión del Estado receptor de una inversión a los estándares de trato a los que se comprometió¹⁸.
- (ii) Generalmente, se resuelven mediante procesos internacionales, pues difícilmente existan foros locales competentes para conocer incumplimientos del derecho internacional público. Esto, dado que un

15 N. de la A. Se conocen también bajo la denominación ‘tratados bilaterales de inversión’ o ‘TBI’, aunque usar esta definición para referir a todos los tratados o acuerdos relacionados con inversión puede ser inexacto. No todos los acuerdos relacionados con inversión son TBIs, ni todos son bilaterales. Por ejemplo, ver Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada (USMCA) The Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP) Comprehensive and progressive agreement for transpacific partnership (CPTPP), Alianza del Pacífico, Association of South East Asian Nations (ASEAN).

16 R. DOLZER, M. STEVENS, *Bilateral Investment Treaties*, 1995, p.129.

17 R. Dolzer, U. Kriebaum, C. Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2022, p. 254

18 R. DOLZER, C. SCHREUER. *History, Sources, and Nature of International Investment Law*, EBSCO Publishing, 2012, p. 13.

sistema interno difícilmente podría juzgar el incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado que lo contiene, menos aún a otro Estado¹⁹.

- (iii) La parte demandada necesariamente es un Estado, como sujeto del derecho internacional, en virtud de su potestad estatal. Esto implica que sólo los inversionistas pueden demandar al Estado²⁰.
- (iv) El derecho aplicable para resolver la disputa es principalmente el derecho internacional público, el tratado que contiene la cláusula arbitral y los principios y jurisprudencia internacional en esta materia²¹.
- (v) El proceso se desarrolla ante foros especializados en materia de derecho internacional de las inversiones²².

El Ecuador ha enfrentado numerosas demandas de arbitraje de inversión, lo cual ha sido erróneamente utilizado para justificar la aversión al ‘arbitraje internacional’, ignorando que la causa de tales reclamos radica en el incumplimiento del Ecuador de sus obligaciones internacionales²³. En todo caso, las características de los AII con cláusulas de arbitraje internacional de inversión no les permiten encajar con la segunda premisa del artículo 422 en cuanto a la cesión de jurisdicción, ni con la tercera premisa sobre la sobre materia contractual o comercial por las razones que siguen²⁴.

Primero, es un error considerar que el Estado ecuatoriano ‘cede’ jurisdicción al sujetarse al arbitraje internacional a través de un AII, pues ninguna entidad jurisdiccional ecuatoriana tiene competencia para juzgar a otros Estados, ni al

19 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 34-19-TI/19,4/12/2019 párr. 17.

20 KAUFMANN-KOHLER, G., POTESTÀ, M., “Investor-State Dispute Settlement and National Courts”, *European Yearbook of International Economic Law* (2020), p. 13-14.

21 R. DOLZER, C. SCHREUER, N.19, p. 12.

22 ROMANO, C., ALTER, K., SHANY, Y., *Part I. Mapping International Adjudicative Bodies, Ch.1 Mapping International Adjudicative Bodies, the Issues, and Players*, The Oxford Handbook of International Adjudication, 2013, p.7.

23 EARLGY, M., *Un exceso de los TBI*, <<https://caitisa.org/>>; UNCTAD, *Investment Dispute Settlement Navigator, Ecuador*, <<https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/61/ecuador>> 8/12/2024.

24 ECUADOR VERY YOUNG ARBITRATION PRACTITIONERS ECUVYAP, *Amicus Curiae* presentado en la acción pública de interpretación No. 0002-18-IC, 2021, <<https://n9.cl/fh1yw>>.

Estado Ecuatoriano, por incumplimiento del derecho internacional público²⁵. En definitiva, no se puede ceder una potestad que no se tiene, con lo que no se cumple la segunda premisa del artículo 422²⁶.

Luego, los AII con cláusula de arbitraje de inversión tratan sobre materia de estándares de trato a los inversionistas y no cumplen con el requisito de la tercera premisa, de resolver “*controversias contractuales o de índole comercial*”²⁷. Esta parte del texto constitucional alude a una materia que, en arbitraje internacional, se define como un proceso *comercial o contractual* y que se caracteriza por los siguientes elementos:

- (i) Las controversias tienen una fuente contractual, es decir, devienen de un contrato o negocio jurídico particular, que generó la situación en disputa y que contiene al arbitraje internacional comercial como método de solución de disputas. Con esta característica se incumple la primera premisa del artículo 422, pues las disputas no se originan en un tratado o instrumento internacional²⁸.
- (ii) Puede resolverse mediante arbitraje internacional comercial, sin embargo, también se podrían resolver localmente. Esta característica, de manera aislada, podría cumplir con la segunda premisa del artículo 422 en cuanto a cesión de jurisdicción²⁹.
- (iii) Ambas partes intervinientes son personas privadas, o bien entidades estatales en virtud de su accionar industrial o comercial (como las empresas públicas), más no el Estado como ente con personería jurídica³⁰. Por ello, no se cumpliría la cuarta premisa de la norma

25 Código Orgánico Administrativo, Art. 46, R.O. Suplemento No.31 (07/07/2017) N. de la A.: El hecho de que el demandado sea el Estado como ente con personería jurídica y que el derecho aplicable para determinar la responsabilidad internacional del Estado sea el derecho internacional público, genera problemas procesales insalvables. En todo caso, la discusión respecto de la posibilidad de resolver disputas de inversión localmente solo podría haber respecto de demandas de inversionistas contra el Ecuador, pero en ningún caso demandas de inversores ecuatorianos frente a otros Estados. Ninguna entidad jurisdiccional ecuatoriana tiene competencia alguna para juzgar a otros Estados.

26 Corte Constitucional del Ecuador, N.20.

27 Constitución de la República del Ecuador, N.6, artículo 422.

28 BLACKABY N., PARTASIDES C., *et al.*, *Chapter 1. An Overview of International Arbitration, Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6th edition, Kluwer Law International; Oxford University Press, 2015, pp. 11-13.

29 N. de la A. Por ejemplo, en Ecuador ciertas disputas devenidas de contratos con el Estado se resuelven internacionalmente una vez que la cuantía supere un monto determinado, caso contrario, se resuelven localmente. Ver Código Orgánico de la Producción, artículo innumerado segundo después del 16.2, Comercio e Inversiones, R.O. Suplemento No. 351, 29/12/2010.

30 N. BLACKABY, PARTASIDES C., *et al.*, Chapter 2. Agreement to Arbitrate, N.29, pp. 81-83.

- constitucional bajo análisis.
- (iv) Para resolver la disputa se emplea instrumentos jurídicos especiales para la materia comercial como el contrato, la ley que las partes hayan elegido como aplicable, los preceptos del derecho internacional privado o los principios UNIDROIT³¹.
 - (v) El proceso arbitral se desarrolla ante foros o tribunales arbitrales especializados en materia comercial contractual³².

Como se puede notar, las disputas que se resuelven mediante arbitraje internacional comercial no son equiparables a las disputas que se resuelven mediante arbitraje de inversión³³. Quizás la diferencia más importante es que las disputas comerciales o contractuales no devienen de un AII, sino de un contrato, como su nombre lo indica, lo cual incumple la primera premisa del artículo 422 de la Constitución y excluye su aplicación en estos casos.

En conclusión, el arbitraje internacional es un método de solución de disputas que ampara diversos tipos de arbitraje, muchos de los cuales nada tienen que ver con las premisas contenidas en el artículo 422. Por ende, no es correcto aseverar que en Ecuador esté prohibido el arbitraje internacional. Luego, el texto del artículo 422 incluye premisas de cumplimiento concurrente que describen un tipo de arbitraje inexistente. Esto, dado que las características que se han incluido en este artículo combinan elementos de dos tipos distintos de arbitraje internacional que no se pueden unificar.

El arbitraje comercial o contractual y el de inversión (por separado) se relacionan en cierta medida con el texto del artículo 422, pero las disputas que se resuelven mediante uno u otro se originan en instrumentos diferentes, bajo distintos sistemas de Derecho, y tratan sobre materias disímiles, por lo que no se pueden unificar³⁴. Ni el arbitraje de inversión ni el arbitraje comercial cumplen con todas las premisas del artículo 422, por lo que no les es

31 N. BLACKABY, C. PARTASIDES, *et al.*, Chapter 3. Applicable Laws, N.29, p.155 – 228.

32 N. BLACKABY, PARTASIDES C., *et al.*, Chapter 1. An Overview of International Arbitration, N.29, pp. 21-22, 43-44.

33 N. BLACKABY, C. PARTASIDES, *et al.*, Chapter 8. Arbitration under Investment Treaties, N.29, pp. 461 – 462.

34 N. BLACKABY, C. PARTASIDES, *et al.*, N.29, Chapter 8. Arbitration under Investment Treaties, pp. 461 – 462.

aplicable la prohibición contenida en ese artículo³⁵. A pesar de ello, la Corte Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de varios AII con base en la norma citada, lo cual ha acarreado su denuncia como se verá en la siguiente sección.

3. LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN QUE SE LE HA DADO AL ARTÍCULO 422 EN ECUADOR.

Desde que el artículo 422 de la Constitución entró en vigor en 2008, en el Ecuador se ha interpretado que prohíbe el arbitraje internacional³⁶. Esta concepción equivocada se aplicó principalmente respecto de los AIIs con cláusula de arbitraje internacional celebrados por el Ecuador, para denunciarlos³⁷. Tanto la inclusión del artículo 422 en la Constitución como la denuncia de AIIs han sido materia de amplio debate y análisis doctrinario, por lo que no es necesario analizarlos nuevamente en este artículo³⁸.

Desde el punto de vista político, estos eventos devinieron de una ideología y política pública del gobierno de Rafael Correa Delgado, contraria a los AIIs y al arbitraje internacional, que entendía que:

[E]stos tratados nos obligaron a someternos a tribunales de arbitrajes de dudosa imparcialidad, de dudosa racionalidad económica, de dudosa racionalidad jurídica [...]. Esto ha ocurrido siempre, la imposición de países hegemónicos en función de sus

35 *Amicus Curiae* presentados dentro de la Acción Pública de Interpretación respecto del artículo 422, No. 0002-18-IC, 2021. Por ejemplo, Ecuador Very Young Arbitration Practitioners ECUVYAP <<https://n9.cl/fh1yw>>; Instituto Ecuatoriano de Arbitraje <<https://shorturl.at/8vDtA>>, entre otros.

36 Id. Nota 3 *supra*.

37 J. MARCHÁN, “Tratados Bilaterales de Inversión en el Ecuador”, <https://www.pbplaw.com/es/tbis-ecuador/#_ednref4> (13/05/2024).

38 I. YEPES, N. LARREA, “Cambio en las reglas de juego: El futuro del arbitraje en el Ecuador”, *USFQ Law Review*, 2, Vol. 2, No. 1, 2015, p. 119; D. PÉREZ, J. MARCHÁN, “El arbitraje comercial internacional en Ecuador”, en J. Collantes (Coor.), *Arbitraje Comercial Internacional en Latinoamérica*, Primera parte, Vol. 11, Palestra Editores, 2010, p. 192.; J. MARCHÁN, “El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución Ecuatoriana”, *Iuris Dictio*, Año 12, Vol. 14, 2011, p. 212.; H. PÉREZ LOOSE, “El Arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias de futuro”, Capítulo XI Ecuador, en ZAPATA DE ARBELÁEZ, BARONA Y ESPLUGES MOTA (Coors.), Universidad Externado de Colombia, 2010, p. 407.

intereses y de la novelaría de turno³⁹.

El análisis sobre la eficacia de esta medida escapa los fines de este artículo, no así la conformidad de la aplicación del control constitucional como la vía jurídica utilizada para materializarla.

El Ecuador ha adoptado el sistema constitucional como forma de organización político-jurídica, lo que implica el principio de la supremacía constitucional⁴⁰, y que se deba implementar métodos como el control constitucional para garantizarla⁴¹ e impedir que instrumentos o normas contrarios a la Constitución permanezcan en el sistema jurídico⁴². Existen distintas maneras de aplicar el control constitucional que se diferencian entre sí de acuerdo con los agentes que lo ejercen, los objetos sobre los cuales recae, la temporalidad de su aplicación, entre otros elementos⁴³.

En el caso que nos ocupa, la Corte Constitucional⁴⁴ está facultada para realizar el control constitucional de tratados internacionales, como lo son los AII, antes y después de su expedición⁴⁵. El control constitucional previo es un mecanismo fundamental para asegurar que estos acuerdos sean compatibles con la Constitución antes de su integración al sistema jurídico interno y el control posterior se ejerce luego de que una norma ha entrado en

39 CIAR GLOBAL, *Ecuador: Se recomienda excluir el actual arbitraje de inversión de los TBI*, (9/05/2017) <<https://shorturl.at/C1pbq>>.

40 Constitución de la República del Ecuador, artículo 1,N.6; R. OYARTE, *La Supremacía Constitucional, Derecho constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana*, Fundación Konrad Adenauer, 1999, p. 75.

41 M. ARAGÓN, *Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p.72, <<https://n9.cl/toq87>> (10/03/2022).

42 G. Bidart, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Tomo I, Buenos Aires, Ed. Mar de Plata, 1993, p. 138; H. KELSEN, "Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution", *The Journal of Politics* 4, no. 2, 1942, pp. 183–200, en F. PULIDO, *Control Constitucional Abstracto, Concreto, Maximalista y Minimalista, Prolegómenos Derechos y Valores*, vol. XIV, 2011, <<https://doi.org/10.2307/2125770>>, p. 167.

43 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 002-15-SIN-CC, 28/01/2015.

44 H. KELSEN, N.43.

45 Constitución de la República del Ecuador, N.6, artículos 419 y 436; Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 75(3)(d), R.O. Suplemento 52, 22/10/2009. El control constitucional concentrado abstracto también se ha ejercido respecto de otros tratados que no son AII, aunque el estudio de estas decisiones de la Corte no es relevante para este artículo. Ver Corte Constitucional del Ecuador, *Estatuto Migratorio Permanente Ecuatoriano Peruano*, Sentencia No. 011-09-DAII-CC, 2009, y *Acuerdo sobre Planificación de Asentamientos Humanos en los Pasos de Frontera entre la República del Ecuador y la República de Colombia*, Sentencia No. 007-13-DAII-CC, 2013.

vigor⁴⁶. La mayoría de AII de los que Ecuador formó parte habían entrado en vigencia antes de que el artículo 422 existiese (2008), por lo cual la Corte Constitucional ha ejercido mayormente el control constitucional posterior⁴⁷. En general, la Corte encontró que estos instrumentos eran contrarios al artículo 422 y que se los debía denunciar, no obstante, estas decisiones no están libres de inconsistencias.

Desde el punto de vista formal, la normativa ecuatoriana prevé que los métodos de modificación e interpretación del objeto de control constitucional se prefieren antes que su expulsión del sistema jurídico⁴⁸. Consecuentemente, el control posterior debe ejercerse bajo el principio de permanencia de las disposiciones del ordenamiento jurídico, y la declaratoria de inconstitucionalidad debe ser el último recurso.⁴⁹ De igual forma, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece alternativas en caso de inconstitucionalidad, como la renegociación del tratado, la aplicación de reservas, la modificación del sistema jurídico interno y, en última instancia, la denuncia.⁵⁰ Sin embargo, en todos los análisis de control posterior la Corte concluyó que los AII se debían denunciar sin explicar por qué recurría a la medida más drástica cuando el sistema antepone la permanencia, con lo cual, inobservó los principios mencionados⁵¹.

46 V. BAZÁN, “La tarea de control de constitucionalidad de los tratados y convenios internacionales por la jurisdicción constitucional. Un análisis en clave de Derecho comparado”, *Anuario de derecho constitucional Latinoamericano*, 2003, pp. 111 y 112.

47 UNCTAD INVESTMENT POLICY HUB, *International Investment Agreements Navigator - Ecuador, BITs Status*, <<https://shorturl.at/M0c1G>>.

48 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 76, R.Ó. Suplemento 52, 22/10/2009. “Es preciso señalar que la declaratoria de inconstitucionalidad es una alternativa de *última ratio*, a la cual se recurre únicamente cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación del acto normativo impugnado al ordenamiento constitucional”.

49 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, N.49.

50 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, N.49, artículo 112.

51 J. MARCHÁN, M. VASCO, N.3.

Desde el punto de vista material, las conclusiones del control constitucional ejercido respecto de AIIs con cláusula de arbitraje internacional se fundamentaron en un supuesto incumplimiento del artículo 422, sin llevar a cabo un análisis detallado del contenido de esta norma⁵². En la sección anterior se analizó por qué el texto del artículo 422 contiene premisas de aplicación concurrente que no se cumplen respecto de estos tratados; en consecuencia, los resultados que la Corte alcanzó en sus análisis fueron injustificados. Si el 422 no es aplicable a estos AIIs, el resultado del control no podía haber resuelto su inconstitucionalidad.

A pesar de lo expuesto, a partir de 2008 en prácticamente todos los casos de control constitucional de AIIs con cláusula arbitral internacional la Corte en efecto dictaminó la inconstitucionalidad y recomendó su denuncia⁵³. La tendencia errónea que se creó con ello pareció enmendarse con el retorno del Ecuador al Convenio CIADI, que fue aprobado por la Corte en 2021, además de iniciativas normativas favorables al arbitraje⁵⁴. Sin embargo, decisiones posteriores de la Corte y otros sucesos relevantes han perpetuado la incertidumbre sobre la posición del Ecuador respecto del arbitraje internacional, como se verá a continuación.

52 N. de la A. Un ejemplo de ello es el Dictamen 031-10-DTI-CC de la Corte Constitucional del Ecuador de 16/09/2010, que en su p. 23 establece por todo análisis respecto del artículo 422 lo siguiente: “La norma constitucional antes citada es clara y concluyente al establecer expresamente la prohibición de que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, lo cual conllevaría a atentar en contra del principio de supremacía constitucional. De allí que constitucionalmente está vedada la aplicación de las normas favorables a las inversiones que están en contradicción con la Constitución de la República; menos aún cuando a las Partes Contratantes del Convenio materia de análisis, se las somete al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones”. Prácticamente todos los dictámenes de la Corte para denunciar AIIs realizaron un análisis escueto del artículo 422 y, sobre todo, con graves vacíos técnicos.

53 Ver, Corte Constitucional del Ecuador, Dictámenes 029-10-DTI-CC (16/09/2010); 027-10-DTI-CC (29/07/2010); 031-10-DTI-CC (16/09/2010); 020-10-DTI-CC (24/06/2010); 041-10-DTI-CC (25/11/2010); 043-10-DTI-CC (10/11/2010); 032-13-DTI-CC (26/11/2013), entre otros <<https://shorturl.at/EC32Y>>.

54 Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen 5-21-TI/21, 30/06/2021; N. de la A. Sobre la inclusión de normas favorables al arbitraje, ver, por ejemplo, la Ley Para Fomento Productivo, Atracción Inversiones Generación Empleo, RO Suplemento No. 309 (21/08/2018) Sección Reformatoria Tercera: “ 2. Agréguese a continuación del artículo 16 del Libro II del Código Orgánico de la Producción, Comercio e inversiones, los siguientes artículos innumerados: Contratos de inversión.- El estado ecuatoriano deberá pactar *arbitraje* nacional o internacional para resolver disputas generadas a través de contratos de inversión, de conformidad con la Ley [...]”.

4. RECOPIACIÓN DE SUCESOS RELEVANTES EN ECUADOR RESPECTO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL.

La Corte ha oscilado entre una interpretación restrictiva y otra más flexible del artículo 422. Sin embargo, la interpretación predominante ha sido restrictiva, afectando el desarrollo del arbitraje internacional en el país⁵⁵. Inicialmente, esta disposición fue utilizada como fundamento para la denuncia del Convenio CIADI y de varios AII's como se vio en la sección anterior. Sin embargo, desde 2021, eventos subsiguientes han mantenido las dudas sobre este tema, cuyo análisis se desarrolla a continuación.

4.1. RETORNO DEL ECUADOR AL CIADI

Entre la ola de denuncias a acuerdos internacionales que el Ecuador protagonizó, se denunció también el Convenio CIADI⁵⁶. Este instrumento no es un AII, sino un tratado relacionado con las inversiones internacionales que establece una *opción* de foro para cuando se pacte arbitraje en un AII⁵⁷. A pesar de ello, es un instrumento internacional relacionado al arbitraje internacional relevante para este trabajo por las razones siguientes.

En 2009 Ecuador denunció el Convenio CIADI sin utilización del control abstracto posterior. De hecho, la denuncia se llevó a cabo mediante un decreto ejecutivo, que se resume en los siguientes fundamentos:

55 KAUFMANN-KOHLER, G., POTESTÀ, M., "Investor-State Dispute Settlement and National Courts", *European Yearbook of International Economic Law*, 2020, p.15. "With regard to IIAs in general, according to a 2014 report of the United Nations 24: Conference on Trade and Development (UNCTAD), the majority of the studies reviewed concluded that there was a positive causal relationship between investment treaties and foreign direct investment. A 2017 review by Bonnitcha, Poulsen, and Waibel of the existing quantitative studies on the effect of investment treaties on FDI concludes that "[a] majority find that investment treaties have a positive and statistically significant impact on inward FDI in at least some circumstances", whereas "a sizeable minority of studies find that there is no statistically significant effect of BIT adoption on FDI flows".

56 Decreto Ejecutivo 1823, RO No. 632 de 13/07/2009.

57 MARCHÁN, J., VASCO, M., N.3; N. de la A. El Convenio CIADI es un instrumento internacional cuyo objeto es la creación de una institución destinada a facilitar el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversionistas. Su contenido está estrictamente ligado a este objetivo, esto es, crear el organismo de solución de controversias y establecer las normas bajo las cuales operará. Formar parte del Convenio únicamente implica que el Estado signatario puede participar en la administración del Centro y que, potencialmente, podría hacer uso de los servicios que ofrece, sin embargo, para ello los Estados parte del Convenio deben suscribir un instrumento posterior e independiente.

Que el Pleno de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, en la sesión No.44 de 12 de junio de 2009, resolvió aprobar la denuncia del [...] CIADI;

Que el *artículo 422 de la Constitución* de la República determina que “no se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas (énfasis añadido)⁵⁸.

Entonces, el convenio CIADI, que no es un AII, se denunció con base en el 422 por tratar materia de arbitraje internacional. Aunque la fundamentación de la denuncia es escueta, se intuye que la denuncia habría sido un mensaje político, más que una correcta aplicación de la norma constitucional citada.

Más de una década después, en 2021 el Ecuador volvió a formar parte del Convenio CIADI mediante el mismo procedimiento que el de cualquier otro tratado, esto es: suscripción, aprobación y ratificación⁵⁹. En la etapa de aprobación, la Corte Constitucional emitió el dictamen de constitucionalidad previo y vinculante y resolvió que no se requería aprobación de la Asamblea Nacional ni mayor control constitucional⁶⁰.

Notablemente, la Corte no abordó el artículo 422, que fue el fundamento para la denuncia de 2009. Además, la Corte hizo un análisis tajante sobre sus diferentes competencias en cuanto al control constitucional:

[E]s importante recordar que el control constitucional o dictámenes de esta Corte se efectúan caso a caso y de acuerdo al contenido de los tratados.

[...] [e]s *impertinente que, en este estado, se realicen valoraciones adicionales propias del control automático previsto en el numeral 1 del artículo 110 de la LOGJCC o de control constitucional posterior establecido en el numeral 4 ibídem.* (iii) El presente dictamen se circunscribe a determinar si el Convenio en análisis requiere o no de aprobación legislativa

58 Decreto Ejecutivo 1823, N.57.

59 Corte Constitucional del Ecuador, N.55, Sección I párr. 1.

60 Corte Constitucional del Ecuador, N.55, párr. 14.

sobre la base de las causales específicas previstas en el artículo 419 de la Constitución [...] (énfasis añadido).⁶¹

En el dictamen citado, la Corte hizo énfasis en el numeral 7 del artículo 419 de la Constitución que se refiere a la atribución de competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional, y concluyó que el Convenio CIADI:

[...] no obliga a que los Estados signatarios o miembros se sometan a arbitrajes o conciliaciones ante el CIADI [...] por lo que su sola aprobación o ratificación no atribuye competencia al CIADI ni a los árbitros o conciliadores de dicho Centro para conocer diferencias relativas a inversiones; y en dicha medida no es posible afirmar que se está “atribuyendo” alguna competencia⁶².

En definitiva, cuando se denunció el Convenio CIADI se utilizó como fundamento a la prohibición del artículo 422; empero, en el dictamen previo emitido con ocasión del reintegro del Ecuador al mismo Convenio, no se trató al artículo 422 por estimar que estaba fuera de la competencia de la Corte. Esto resalta nuevamente la importancia de esta norma al analizar la relación del Ecuador con el arbitraje internacional.

Por otro lado, cabe notar que el pronunciamiento de la Corte respecto del retorno al Convenio CIADI generó expectativas, pues parecía el primer paso para desandar el camino trazado por la errónea aplicación del 422 y el rechazo injustificado al arbitraje internacional⁶³. No obstante, los sucesos posteriores en esta materia han vuelto a ensombrecer la discusión.

4.2. ACCIÓN DE INTERPRETACIÓN

El 16 de agosto de 2018, Elizabeth Cabezas Guerrero, a la época Presidente de la Asamblea Nacional, presentó ante la Corte Constitucional una acción de interpretación constitucional sobre el primer inciso del artículo 422⁶⁴. Esta

61 Corte Constitucional del Ecuador, N.55, párr. 37-38.

62 Corte Constitucional del Ecuador, N.55, párr. 32.

63 J. MARCHÁN, M. VASCO, N.3; CLEARY GOTTLIEB “Ecuador vuelve a ratificar la Convención del CIADI. Impacto de la ratificación en Ecuador y en la región” (09/08/2021) < <https://shorturl.at/TnGXo>>.

64 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 2-18-IC/22, 12/01/22, párr. 2.

iniciativa buscaba aclarar el alcance del artículo, cuya interpretación afecta directamente la política exterior del Ecuador en el ámbito de tratados internacionales y arbitraje⁶⁵. En particular, dicha solicitud estaba encaminada a determinar si el artículo 422 prohibía la celebración de tratados e instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda su jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales o comerciales⁶⁶.

En su solicitud, la Asamblea Nacional argumentó que, si bien el artículo 422 establece una prohibición explícita en materias contractuales o comerciales, no todas las controversias que surgen de los tratados internacionales están circunscritas a estos ámbitos⁶⁷. Los AII, por ejemplo, no tratan asuntos contractuales, sino que abordan violaciones a garantías internacionales como el trato justo y equitativo, que van más allá del incumplimiento contractual⁶⁸. Así, la Asamblea sostenía que las disputas derivadas de estos tratados no se encontraban dentro del alcance de la prohibición establecida en el 422⁶⁹.

Pese a estos argumentos presentados por la Asamblea Nacional, la Corte consideró que la solicitud no cumplía con los requisitos formales de una acción de interpretación⁷⁰. Así, el 12 de enero de 2022 la Corte rechazó la acción pues encontró que la solicitud no buscaba una interpretación en abstracto, como exige una acción de este tipo, sino que pretendía que la Corte determinara si un caso específico encajaba dentro de la prohibición constitucional⁷¹.

En conclusión, la Corte reafirmó que su papel no es resolver controversias específicas bajo el artículo 422, sino interpretar la Constitución en abstracto, respetando los procedimientos previstos en la ley. Así, rechazó por improcedente la solicitud de la Asamblea Nacional⁷².

65 Corte Constitucional del Ecuador, N.65, párr. 12-17.

66 Corte Constitucional del Ecuador, N.65, párr. 12-13.

67 Corte Constitucional del Ecuador, N.65, párr. 17 “la Inversión NO versa sobre asuntos contractuales o de índole comercial, sino de procesos, métodos técnicos, económicos y sociales, entre otros, haciendo que su adopción no se vea afectada por la prohibición del primer inciso del artículo 422 de la Constitución de la República.”

68 A. NEWCOMBE, L. PARADELL, *Law and practice of investment treaties: standards of treatment*, Wolters Kluwer, 2009, pp 44-46.

69 Corte Constitucional del Ecuador, N.65, párr. 17.

70 Corte Constitucional del Ecuador, N.65, párr. 32, 38.

71 Corte Constitucional del Ecuador, N.65, párr. 38-39.

72 Corte Constitucional del Ecuador, N.65, párr. 43.

Aunque la Corte utilizó argumentos formales para rechazar la solicitud, esta decisión ha suscitado críticas por considerarse un formalismo que evita abordar el verdadero trasfondo del problema, dejando en el aire una cuestión crucial para la política internacional del país.

4.3. AII ECUADOR- COSTA RICA

Varios años después de la oleada de denuncias de prácticamente todos los AII que había suscrito el Estado ecuatoriano, el país volvió a negociar este tipo de instrumentos y la Corte nuevamente se pronunció sobre ellos. Parecía la oportunidad ideal para que la Corte esclareciera la posición ecuatoriana respecto del arbitraje internacional y la aplicación del artículo 422, en especial dado el rechazo a un pronunciamiento de fondo en la acción de interpretación revisado en el punto anterior.

Así, el 28 de julio de 2023, la Corte emitió el Dictamen 2-23-AII/23 en el que analizó el acuerdo negociado entre Ecuador y Costa Rica⁷³. Antes de resumir y analizar el contenido del dictamen de la Corte, es importante notar el contexto en el que se emitió la decisión. Primero, se había emitido el Decreto Ejecutivo No. 165 de de 18 de agosto de 2021 que instauró el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, el cual trajo importantes aclaraciones y desarrollo en materia de arbitraje internacional⁷⁴. Segundo, se había aprobado el retorno del Ecuador al CIADI⁷⁵. Tercero, el régimen gubernamental ya no era el mismo bajo el cual se había denunciado la mayoría de AII⁷⁶. Por último, Ecuador había negociado nuevos AIIs⁷⁷. Con estos antecedentes, las expectativas sobre el criterio de la Corte respecto del AII Ecuador – Costa Rica eran altas⁷⁸.

El AII Ecuador –Costa Rica constaba de 26 capítulos y 3 anexos, en los que desarrollaba temas como acceso a mercados de mercancías, una zona de libre

73 Corte Constitucional, Dictamen 2-23-TI/23, 28/07/2023.

74 Decreto Ejecutivo No. 165, 18/08/2021 que instauró el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación.

75 Ver N.57 *supra*.

76 Corte Constitucional, Dictamen 2-23-AII/23, 28/07/2023, párr. 1-2.

77 LA HORA, “Ecuador está cerca de cerrar acuerdos comerciales con Costa Rica, México y China hasta diciembre de 2022” (15/11/22) <<https://shorturl.at/u156M>>, (28/12/2024).

78 Corte Constitucional, N.74, párr. 5-11; N. de la A. En los antecedentes del dictamen referido se recoge al menos ocho *amici curiae*, varios de los cuales instaban a la Corte a aceptar la constitucionalidad del Acuerdo Ecuador- Costa Rica.

comercio, procedimientos aduaneros, medidas sanitarias, política de competencia, servicios financieros, entre otros⁷⁹. El dictamen previo de la Corte encontró que este AII ameritaba mayor control de la misma Corte y de la Asamblea⁸⁰.

Al ejecutar el control previo, la Corte encontró que el procedimiento formal había sido adecuado, pero en lo material, encontró supuestas incompatibilidades con el artículo 422⁸¹. La Corte hizo énfasis en el Capítulo 11 del acuerdo, sobre servicios financieros, porque el artículo 11.20 preveía al arbitraje como mecanismo de solución de conflictos entre un inversionista y el Estado.⁸² La Corte también encontró que el Capítulo 15 que se refería a inversión en general, en específico los artículos 15.20 al 15.35, contrariaban el contenido del primer inciso del art. 422⁸³.

Estos artículos contenían cláusulas arbitrales similares que aportaban cuatro alternativas o foros ante los que se podía plantear disputas de inversión: (i) el CIADI (directamente o mediante el mecanismo complementario); (ii) la PCA con reglas CNUDMI; (iii) arbitraje *ad hoc*; (iv) o cualquier otro.⁸⁴ Según la Corte, estas alternativas eran incompatibles con el segundo supuesto del artículo 422, dado que:

[...] el Acuerdo que se está analizando no se refiere a una instancia arbitral regional, por lo que, en vista de que se puede pactar arbitraje ‘ante cualquier otra institución de arbitraje o bajo cualesquiera otras reglas de arbitraje’, incluyendo el CIADI, como lo indica el tratado, este no se adecúa a la primera excepción del artículo 422⁸⁵.

La decisión de la Corte es cuestionable por varias razones, como, por ejemplo, que ignoró el segundo párrafo del artículo 422 que exceptúa de la prohibición a “los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica”⁸⁶. Sin embargo,

79 Corte Constitucional, N.74, párr. 27-29.

80 Corte Constitucional, Dictamen (previo) 2-23-TI/23, 24/05/2023, pag.7.

81 Corte Constitucional, N, 74, párr. 262-263.

82 Corte Constitucional, N.77, párr. 117.

83 Corte Constitucional, N.83, párr.192.

84 Corte Constitucional, N. 77, párr. 117, 192.

85 Corte Constitucional, N.77, párr. 189.

86 Constitución de la República del Ecuador, N.9: “Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios”.

el análisis de estas inconsistencias excede el ámbito de este estudio⁸⁷. Basta con notar que la Corte puntualiza la referencia al CIADI como un problema de constitucionalidad, cuando la misma Corte había aprobado el retorno del Ecuador al Convenio CIADI en 2021. Más allá de la explicación técnica de las diferencias entre ambas resoluciones, es innegable que el mensaje es, como mínimo, confuso.

Lo anterior se podría haber evitado si el análisis que constituyó el Voto Salvado de las juezas Teresa Nuques Martínez, Karla Andrade Quevedo, Carmen Corral Ponce y Daniela Salazar Marín hubiera conformado la sentencia de mayoría⁸⁸. En síntesis, vale destacar los siguientes puntos del voto disidente: (i) que la propia Constitución reconoce al arbitraje internacional como método de solución de controversias en el artículo 190; (ii) que otras normas permiten el arbitraje internacional para la resolución de controversias como el COPCI en cuanto a inversiones; (iii) el precedente que significaba el dictamen 5-21-AII/21 sobre el Convenio CIADI; (iv) el AII se adecuaba a la excepción 422 porque había sido expedido en el marco de un proceso de integración latinoamericana; (v) la voluntad del constituyente se materializó en el mandato constitucional de integración latinoamericana⁸⁹.

Si la Corte mantiene la interpretación de la decisión de mayoría en casos futuros, cada negociación de un AII en Ecuador estará sujeta al control constitucional previo y, si contiene cláusula arbitral será declarado inconstitucional, lo que resalta la importancia de esclarecer el alcance del artículo 422 como norma central en estos procesos de control constitucional.

4.4. REFERÉNDUM DE ABRIL DE 2024

El 21 de abril de 2024 en el Ecuador se realizó un proceso de consulta popular y referéndum constitucional (“**Referéndum**”). Aunque este no es un pronunciamiento de la Corte respecto del arbitraje internacional, es un suceso que pretendía resolver la controversia legal sobre el artículo 422 de la Constitución, pieza clave en las discusiones sobre la política exterior y la capacidad del país

87 Por ejemplo, la referencia de la Corte a la “voluntad del constituyente” por sobre el análisis literal que, como se ha explicado, es suficiente para que las “prohibiciones” del artículo 422 sean inaplicables a la mayoría de AIIs. Ver Corte Constitucional, N. 77, párr.159 -195.

88 Corte Constitucional, N.77. Voto Salvado de las Juezas Constitucionales Karla Andrade Quevedo, Carmen Corral Ponce, Teresa Nuques Martínez y Daniela Salazar Marín, pp. 79-89.

89 Corte Constitucional, N.89.

de someterse a arbitrajes internacionales⁹⁰.

El ejecutivo buscó zanjar la discusión circundante al artículo 422 e incluyó la pregunta D en el Referéndum en los siguientes términos: “¿Está usted de acuerdo que el Estado ecuatoriano reconozca el arbitraje internacional como método para solucionar controversias en materia de inversión, contractuales o comerciales?”; y se adjuntó un anexo con la propuesta de reforma constitucional del Artículo 422 en los siguientes términos:

Art. 422.- El Estado ecuatoriano podrá celebrar tratados o suscribir instrumentos internacionales que contemplen reglas de solución de controversias mediante arbitraje internacional, ya fuere en controversias de inversión o de índole contractual o comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas; o en materias relacionadas con endeudamiento externo.

Así, la pregunta D planteada en el referéndum proponía la modificación del artículo 422 de la Constitución, lo que se habría dado sólo si hubiera ganado la respuesta popular afirmativa. Al prevalecer el voto negativo, la enmienda fue rechazada y el artículo 422 se mantiene en su forma original. Se debe considerar que el arbitraje internacional es un medio de resolución de diferencias reconocido en el artículo 190 de la Constitución ecuatoriana que no fue objeto del Referéndum, y en otras normas que no han variado como la Ley de Arbitraje y Mediación, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones entre otros⁹¹.

El resultado negativo frente a la pregunta D del Referéndum tampoco afecta a los arbitrajes internacionales ya iniciados en contra del Estado ecuatoriano, ni cambia las reglas de funcionamiento para posibles arbitrajes futuros. Esto, dado que las protecciones contenidas en muchos de los AII's previamente denunciados continúan vigentes debido a las cláusulas de supervivencia (o *sunset clauses*), las cuales extienden los efectos del tratado por un tiempo adicional

90 K. RAMÍREZ, *Consulta Popular: un análisis de las 11 preguntas*, Conexión PUCE, (01/04/2024), <<https://conexion.puce.edu.ec/consulta-popular-un-analisis-de-las-11-preguntas/>> (28/12/24); PRIMICIAS, “El ‘No’ se impone en la pregunta sobre arbitraje internacional, según conteo rápido del CNE”, (21/04/2024), <<https://www.primicias.ec/noticias/politica/arbitraje-referendum-consulta-popular-ecuador/>> (28/12/24).

91 Constitución de la República del Ecuador, artículo 190, N. 6, artículo 190; Ley de Arbitraje y Mediación, RO. No 417 (14/12/2006), artículo 41; Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, R.O. Suplemento No. 351 (29/12/2010); Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación R.O. Suplemento No. 524 (26/08/2021).

tras su terminación⁹². Un ejemplo de ello es el caso del AII Ecuador – China, o del AII Ecuador – Perú, que en función a sus cláusulas de supervivencia siguen vigentes hasta 2027⁹³.

Aunque el resultado negativo a la pregunta D es que se mantiene el *statu quo*, surge la duda de si una cuestión técnica y de compleja explicación, como la modificación del artículo 422, debió someterse a una consulta popular. En todo caso, el Referéndum constituyó un esfuerzo más por esclarecer la interpretación y aplicación de este controvertido precepto constitucional, aunque sin éxito. Sigue sin esclarecerse la interpretación del artículo 422, lo que mantiene en incertidumbre la postura del Ecuador frente al arbitraje internacional.

4.5. PROYECTO DE LEY

El 16 de mayo de 2024 dos miembros de la Asamblea Nacional presentaron un proyecto de ley denominado “Ley para el Cumplimiento de la Voluntad Popular expresada en la Consulta Popular y Referéndum del 21 de abril de 2024 en lo relativo a la prohibición del Arbitraje Internacional” (“**Proyecto**”)⁹⁴. A la fecha de edición de este trabajo, el Proyecto aún no ha pasado por el trámite legislativo correspondiente, por lo que su aprobación es incierta⁹⁵.

92 N. BLACKABY, C. PARTASIDES, et al., N.29, Chapter 8. Arbitration under Investment Treaties, pp. 447-448.

93 Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador con el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones, Artículo 13(4) (“[...] Con respecto a inversiones efectuadas antes de la fecha de denuncia del presente Convenio, las disposiciones del artículo 1 al 12 seguirán vigentes por un periodo adicional de diez años desde dicha fecha de denuncia.”); Convenio Entre el Gobierno de la Republica del Peru y el Gobierno de la Republica del Ecuador sobre la Promocion y Protección Recíproca de Inversiones, Artículo 12(4) (“Para inversiones realizadas antes de la fecha de terminación de este Convenio, éste seguirá rigiendo durante los diez años subsiguientes a dicha fecha.”)

94 Asambleístas Ricardo Ulcuango Farinango y Esther Cuesta Santana (del Movimiento Revolución Ciudadana), “Proyecto de Ley para el cumplimiento de la voluntad popular expresada en la consulta popular y referéndum de 21 de abril de 2024 en lo relativo a la prohibición del arbitraje internacional” <<https://shorturl.at/9KoXo>>; N. de la A. Se puede acceder al proyecto y ver su estado en la página de la Asamblea Nacional, sin embargo, a la fecha de redacción la página presenta fallas técnicas. Alternativamente, el acceso se puede encontrar enlazado como parte del artículo de CIAR Global “Ecuador: Presentan proyecto de ley que contempla arbitraje con sede regional” <<https://ciarglobal.com/ecuador-presentan-proyecto-de-ley-que-contempla-arbitraje-con-sede-regional/>> (28/12/24).

95 N. de la A. De acuerdo con la página de la Asamblea Nacional, buscador de proyectos de ley, a la fecha de redacción de este trabajo el Proyecto se encuentra “En trámite. Revisión en Comisión para el primero debate” <<https://leyes.asambleanacional.gob.ec/>> (28/12/24).

Este Proyecto parecería un esfuerzo por aclarar la interpretación y aplicación que debe darse al artículo 422 de la Constitución. No obstante, parte de una premisa equivocada. Sus promotores han interpretado que el resultado del Referéndum prohibiría el arbitraje internacional, por lo que proponen reformas destinadas a eliminar normas que regulan esta materia, o a “limitar” las referencias al arbitraje internacional en la legislación ecuatoriana⁹⁶. Este es un claro ejemplo del alcance que ha tenido la discusión en torno al artículo 422 y el arbitraje internacional, que pone de manifiesto la necesidad de esclarecer el alcance de esta norma y corregir su errónea interpretación.

El contenido del Proyecto evidencia un profundo desconocimiento del arbitraje internacional, las obligaciones del Ecuador en virtud del derecho internacional público y las repercusiones de las acciones estatales en el ámbito internacional.⁹⁷ Por ejemplo se propone prohibir el uso de fondos públicos para cumplir con laudos internacionales, transgresión directa de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y la jurisprudencia internacional, que sostienen que los Estados no pueden invocar su derecho interno para evadir la ejecución de obligaciones internacionales⁹⁸. El Proyecto también revela desconocimiento del derecho procesal ecuatoriano, pues muchas de las reformas propuestas suponen retrocesos normativos en áreas ya superadas, como la ejecución de laudos extranjeros, que la Corte ha aclarado que no requieren homologación⁹⁹.

96 Ibid. N.92 *supra*, antecedentes del Proyecto “En esas condiciones, el pueblo del Ecuador votó mayoritariamente en contra del arbitraje internacional como método para solucionar controversias en materia de inversión, contractuales y comerciales, y a favor de mantener la prohibición constitucional de recurrir al Sistema de Resolución de Disputas Estado-Inversor (ISDS, por sus siglas en inglés) para resolver controversias entre empresas extranjeras y el Ecuador.”

97 Algunos ejemplos de las propuestas incluidas en el Proyecto son: i. Derogatoria de los artículos del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI) que prevén el arbitraje internacional como mecanismo de solución de disputas derivadas de los contratos de inversión regidos esta norma; ii. Restablecimiento del régimen de homologación de laudos extranjeros, que implicaría volver a implementar requisitos y pasos que ya habían sido derogados; iii. Prohibición de endeudamiento público para el cumplimiento de laudos internacionales adversos al Estado ecuatoriano y de pago de laudos no reconocidos judicialmente; iv. Reforma al artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), que incluye a los laudos internacionales como títulos de ejecución, para añadir el requisito de que sean “emitidos conforme a la Constitución”.

98 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331., Viena, 23 de mayo de 1969, en vigor desde 27 de enero de 1980.

99 Corte Constitucional, Sentencia 34-23-CN/24, 12/09/24, párr. 17-19; Corte Constitucional, Sentencia 3232-19-EP/24, 09/05/24, párr. 51

Así, las posibles consecuencias de aprobar el Proyecto son preocupantes. En primer lugar, se generarían varias contracciones dentro del sistema jurídico local. Además, el incumplimiento de las obligaciones internacionales podría llevar a la ejecución forzosa de laudos en jurisdicciones extranjeras, lo que resultaría en el embargo de activos ecuatorianos en el exterior y afectaría las operaciones del Estado a nivel internacional¹⁰⁰. También se deterioraría la imagen de Ecuador como socio de negocios confiable, lo que incrementaría la percepción de riesgo entre los inversionistas, un resultado muy desfavorable para un país con una economía deprimida y que necesita urgentemente desarrollo¹⁰¹.

En lugar de avanzar hacia un marco legal coherente y respetuoso de la Constitución y el arbitraje internacional, el Proyecto implica retrocesos significativos que podrían generar caos procesal y complicaciones económicas a largo plazo. La interpretación y aplicación del artículo 422 sigue siendo un tema pendiente pero las medidas propuestas en este Proyecto no aportan a ese objetivo; por el contrario, agravan la incertidumbre y pueden tener repercusiones negativas para el país.*

Los cinco acontecimientos expuestos en esta sección resaltan inconsistencias en los pronunciamientos de la Corte y, sobre todo, dejan ver que la discusión sobre el artículo 422 está vigente y no es meramente doctrinaria, sino que tiene importantes implicaciones en la política pública y las relaciones internacionales del Ecuador.

5. CONCLUSIONES

Este trabajo ha tenido como objetivo analizar la evolución de la posición de Ecuador respecto al arbitraje internacional en los últimos años, con especial enfoque en el artículo 422 cuyo texto ha sido el sustento jurídico para la política pública ecuatoriana en esta materia. Las principales conclusiones alcanzadas se detallan a continuación.

100 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), Artículo III, <<https://shorturl.at/Op5bB>> (28/12/24).

101 UN, CEPAL, *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2024*, CEPAL, 2024

5.1. SOBRE EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y EL ARTÍCULO 422.

El término ‘arbitraje internacional’ describe a un conjunto de instancias para resolver disputas que tienen un componente internacional. Muchas de estas instancias, como el arbitraje interestatal, no tienen relación con el artículo 422, por lo cual no es cierto que este artículo prohíba el arbitraje internacional. Solo dos tipos de arbitraje internacional guardan cierta relación con el texto del artículo 422: el arbitraje comercial o contractual y el de inversión.

Los AIIs son un tipo de tratado internacional que regula las condiciones de trato aplicables a las inversiones realizadas por los nacionales de un Estado en el territorio de otro, que pueden contener cláusulas de arbitraje internacional de inversión. La Corte ha interpretado que la prohibición del artículo 422 se aplica respecto de los AIIs. No obstante, desde un punto de vista técnico y objetivo, esta norma contiene limitaciones que *solamente* son aplicables cuando se cumplen *simultáneamente* las condiciones que prevé:

(i) Que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana (que debería tener en función de la naturaleza de la controversia); (ii) en controversias *contractuales* o de índole *comercial*; (iii) entre el Estado y privados; (iv) a través de un tratado internacional.

Sin embargo, los AIIs no cumplen con estas características. El Ecuador no cede jurisdicción porque no tiene jurisdicción sobre las disputas de AIIs, que tratan violaciones al derecho internacional y no controversias *contractuales* o de índole *comercial*. Por lo tanto, el propio texto del artículo 422 evidencia el error en la interpretación que le ha dado la Corte Constitucional.

5.2. SOBRE LA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 422 EN ECUADOR

El control constitucional es el vehículo que se ha utilizado para aplicar y consolidar la errónea interpretación de que el artículo 422 prohíbe el arbitraje internacional. Este control se ha llevado a cabo por parte de la Corte Constitucional respecto de AIIs, antes y después de su celebración.

El único ejemplo de control previo de AIIs bajo la Constitución vigente, hasta la fecha de este trabajo, es el del Acuerdo Ecuador – Costa Rica. En este caso, la Corte interpretó que los AIIs regulan materias sensibles por lo que son

sujeto de control previo y aprobación legislativa y encontró que sus cláusulas de arbitraje internacional no se ajustaban al artículo 422. Esta interpretación, como se ha demostrado, es incorrecta. Si la Corte mantiene esta línea de razonamiento para casos futuros, cada negociación de un AII estará sujeta al control constitucional previo, y si contiene cláusulas de arbitraje internacional, podría encontrarse que sólo por este hecho, es contrario al artículo 422.

En cuanto al control posterior de AIIs, la mayoría de los casos en que se lo ha aplicado han resultado en la declaración de inconstitucionalidad de AIIs con cláusulas de arbitraje internacional, pero estas decisiones adolecen de errores formales y materiales que dejan ver que la tendencia contraria al arbitraje por supuesta prohibición constitucional sería jurídicamente infundada.

5.3. SOBRE LA RECOPIACIÓN DE PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL RESPECTO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL.

La Corte ha oscilado entre una interpretación restrictiva y otra más flexible del artículo 422. Sin embargo, la interpretación predominante ha sido restrictiva, afectando el desarrollo del arbitraje internacional en el país. Inicialmente, esta disposición fue utilizada como fundamento para la denuncia del Convenio CIADI y de varios AIIs que preveían el arbitraje internacional. Sin embargo, en 2021, con el retorno de Ecuador al Convenio CIADI, la Corte aclaró que este tratado no implicaba un arbitraje internacional prohibido por el artículo 422.

Posteriormente, en 2023, la Corte revisó el Acuerdo Ecuador-Costa Rica y condicionó su aprobación a la eliminación de cláusulas de arbitraje internacional vinculadas al CIADI. Esta decisión reintrodujo la interpretación restrictiva del artículo 422, generando incertidumbre sobre su aplicación futura.

A pesar de estos vaivenes, la Corte ha rechazado, por motivos técnicos, una acción de interpretación presentada en 2018 que pudo haber clarificado el alcance del artículo. En 2024, un intento de reforma constitucional mediante referéndum tampoco logró el respaldo popular, dejando el debate sobre la interpretación del artículo 422 sin resolver.

5.4. CONSIDERACIONES FINALES

El mecanismo de control constitucional de AII's y el texto del artículo 422 han sido fundamentales para la materialización de la posición del Ecuador respecto del arbitraje internacional. No obstante, este estudio confirma que ni el control constitucional ni el artículo 422 sustentan jurídicamente la política pública contraria a este método de solución de controversias.

El control constitucional no sostiene por sí solo la posición del Ecuador, porque solo ha sido el medio para la aplicación de la política respecto de este tema. Luego, el artículo 422 tampoco la sostiene porque en realidad su texto no prohíbe el 'arbitraje internacional' y tampoco es efectivo para prohibir AII's con cláusulas de arbitraje internacional de inversión. Esto apunta a que el problema actual del arbitraje internacional en Ecuador radica en la interpretación errada que históricamente la Corte ha dado a este artículo, posiblemente en apoyo a una posición política y no estrictamente jurídica.

El análisis respecto del retorno al Convenio CIADI fue un cambio relevante, pero no alteró sustancialmente el panorama general porque resulta un pronunciamiento aislado en un mar de decisiones equivocadas. La posición de Ecuador respecto al arbitraje internacional sigue estando fuertemente influenciada por una postura política que ha buscado legitimación en una interpretación forzada y equivocada del artículo 422.

Y entonces, ¿qué pasará con el arbitraje internacional en Ecuador? No se debe perder de vista que todas las normas que permiten pactar arbitraje internacional continúan vigentes y sin alteraciones sustanciales a la fecha de este artículo. Respecto del arbitraje de inversión en AII's, su continuación dependerá de si la Corte se aleja de sus anteriores interpretaciones en beneficio de una aplicación correcta de la norma y de las necesidades nacionales como la inversión y la integración en los mercados internacionales. En futuros casos de control constitucional de AII's, la Corte podría enmendar el error y adoptar una interpretación más acorde al entendimiento técnico -no político- que debe darse al artículo 422.

6. BIBLIOGRAFÍA

- A. Guerrero., “Prohibición de arbitraje internacional de la consulta de Daniel Noboa está en la Asamblea, El Comercio, (<https://www.elcomercio.com/actualidad/politica/arbitraje-internacional-consulta-daniel-noboa-asamblea.html>) (05/07/2024).
- A. Newcombe, L. Paradell, “Law and practice of investment treaties: standards of treatment”, Wolters Kluwer, 2009.
- Blackaby N., Partasides C., et al., Redfern and Hunter on International Arbitration 6th edition, Kluwer Law International; Oxford University Press, 2015.
- C. Romano, K. Alter, Y. Shany, “Part 1. Mapping International Adjudicative Bodies, Ch.1 Mapping International Adjudicative Bodies, the Issues, and Players”, The Oxford Handbook of International Adjudication, 2013.
- CIAR Global “Ecuador: Presentan proyecto de ley que contempla arbitraje con sede regional” <<https://ciarglobal.com/ecuador-presentan-proyecto-de-ley-que-contempla-arbitraje-con-sede-regional/>> (28/12/24).
- CIAR Global, “Ecuador: Se recomienda excluir el actual arbitraje de inversión de los TBI” (9/05/2017) <https://shorturl.at/C1pbq>.
- Cleary Gottlieb, “Ecuador vuelve a ratificar la Convención del CIADI. Impacto de la ratificación en Ecuador y en la región” (09/08/2021) <<https://shorturl.at/TnGXo>> (28/12/24).
- Código Orgánico Administrativo, R.O. SU. No.31 (07/07/2017).
- Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, R.O. Suplemento No. 351 (29/12/2010).
- Constitución de la República del Ecuador, RO No. 449, 20/10/2008.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, U.N. Doc A/ CONF.39/27 (1969), vigente desde el 27 de enero de 1980, <<https://n9.cl/vuwuy>> (10/03/2024).
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), <<https://shorturl.at/Op5bB>> (28/12/24).
- Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador con el Gobierno de la República Popular de China para el Fomento y Protección Recíprocos de Inversiones.

- Convenio Entre el Gobierno de la Republica del Peru y el Gobierno de la Republica del Ecuador sobre la Promocion y Protección Recíproca de Inversiones.
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 020-10-DTI-CC (24/06/2010).
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 027-10-DTI-CC (29/07/2010).
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 029-10-DTI-CC (16/09/2010).
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 031-10-DTI-CC (16/09/2010).
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 032-13-DTI-CC (26/11/2013).
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 041-10-DTI-CC (25/11/2010).
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 043-10-DTI-CC (10/11/2010).
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 34-19-TI/19, (04/12/2019).
- Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 5-21-TI/21, (30/06/2021).
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 007-13-DTI-CC, 2013.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 011-09-DAII-CC, 2009.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 2-18-IC/22 (12/01/22).
- Corte Constitucional, Dictamen (previo) No. 2-23-TI/23, (24/05/2023).
- Corte Constitucional, Dictamen No. 2-23-TI/23, (28/07/2023).
- Corte Constitucional, Sentencia No. 3232-19-EP/24, (09/05/24).
- Corte Constitucional, Sentencia No. 34-23-CN/24 (12/09/24).
- D. Pérez, D, Marchán, “El arbitraje comercial internacional en Ecuador”, en J. Collantes (Coor.), Arbitraje Comercial Internacional en Latinoamérica, Primera parte, Vol. 11, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, Palestra Editores, Lima, 2010.
- Ecuador Very Young Arbitration Practitioners ECUVYAP, Amicus Curiae presentado dentro de la Acción Pública de Interpretación No. 0002-18-IC, respecto del artículo 422, <https://n9.cl/fh1yw> (28/12/24).
- F. Novak Talavera, “Derecho internacional público”, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, <<http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/31336.pdf>> (último acceso 28/12/24).

- G. Bidart, “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, Tomo I, Buenos Aires, Ed. Mar de Plata, 1993.
- G. Kaufmann-Kohler, M. Potestà, “Investor-State Dispute Settlement and National Courts”, *European Yearbook of International Economic Law*, 2020.
- Ghiotto, L. “Ecuador dijo “no” al arbitraje internacional una decisión soberana con resonancia internacional en la pelea contra el mecanismo ISDS”, TNI, (<https://www.tni.org/es/art%C3%ADculo/ecuador-dijo-no-al-arbitraje-internacional>) (23/04/2024);
- H. Kelsen, “Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution”, *The Journal of Politics* 4, 1942, en Pulido, F., “Control Constitucional Abstracto, Concreto, Maximalista y Minimalista, Prolegómenos Derechos y Valores”, vol. XIV, <<https://doi.org/10.2307/2125770>>, 2011.
- H. Pérez Loose, “El Arbitraje interno e internacional en Latinoamérica. Regulación presente y tendencias de futuro”, Capítulo XI Ecuador, en Zapata De Arbeláez, Barona y Espluges Mota (Coors.), Universidad Externado de Colombia: Bogotá, 2010.
- I. Salvador, M. Riofrío, “La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o la calentura en las sábanas”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* No. 2; DOI: <<https://doi.org/10.36649/rea2>>, (2010).
- I. Yepes, N. Larrea, “Cambio en las reglas de juego: El futuro del arbitraje en el Ecuador”, *USFQ Law Review*, Año 2, Vol. 2, No. 1, Universidad San Francisco de Quito, 2015.
- Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, *Amicus Curiae* presentado dentro de la Acción Pública de Interpretación No. 0002-18-IC respecto del artículo 422, <<https://shorturl.at/8vDtA>> (último acceso 28/12/24).
- J. Marchán, “El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución Ecuatoriana”, *Iuris Dictio*, Año 12, Vol. 14, Universidad San Francisco de Quito: Quito, (2011).
- J. Marchán, “Tratados Bilaterales de Inversión en el Ecuador”, <https://www.pbplaw.com/es/tbis-ecuador/#_ednref4> (última visita 13/05/2024).
- J. Marchán, M Vasco, “El retorno del Ecuador al CIADI, análisis desde las perspectivas jurídica y política”, en Hernández, M. (Coor), “El retorno del Ecuador al CIADI y la Corte Constitucional”, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2022, < <https://shorturl.at/1q4CJ>> (último acceso 28/12/24).

- K. Honk, “International Arbitration: What it is and how it works”, Harvard Negotiation Program POM, <<https://www.pon.harvard.edu/daily/international-negotiation-daily/international-arbitration-what-it-is-and-how-it-works/>>.
- K. Ramírez, “Consulta Popular: un análisis de las 11 preguntas”, Conexión PUCE, (01/04/2024), disponible en <https://conexion.puce.edu.ec/consulta-popular-un-analisis-de-las-11-preguntas/> (28/12/24).
- K. Shonk, “International Arbitration: What it is and How it Works”, Harvard PON (<https://www.pon.harvard.edu/daily/international-negotiation-daily/international-arbitration-what-it-is-and-how-it-works/>) (02/09/24).
- La Hora, “Ecuador está cerca de cerrar acuerdos comerciales con Costa Rica, México y China hasta diciembre de 2022” (15/11/22) <<https://shorturl.at/uI56M>>, (último acceso 28/12/2024).
- Ley de Arbitraje y Mediación, RO. No 417, (14/12/2006).
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, R.O. 52, (22/10/2009).
- Ley Para Fomento Productivo, Atracción Inversiones Generación Empleo, RO Suplemento No. 309 (21/08/2018).
- López, A., “Presente y futuro del Arbitraje de Inversiones en el Ecuador”, Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 8, 2017.
- M. Aragón, “Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control”, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, p.72, <<https://n9.cl/toq87>> (Última visita 10/03/2022).
- M. Early, “Un exceso de los TBI”, <<https://caitisa.org/>> (último acceso 28/12/24).
- M. Ortiz Nuques, “El arbitraje internacional de inversiones y el artículo 422 de la Constitución ecuatoriana”, página web del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje <<https://iea.ec/articulos/el-arbitraje-internacional-de-inversiones-y-el-articulo-422-de-la-constitucion-ecuatoriana/>> (29/12/24).
- Organización de la Naciones Unidas, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, <<https://n9.cl/ad864>>.
- Primicias, “El ‘No’ se impone en la pregunta sobre arbitraje internacional, según conteo rápido del CNE”, (21/04/2024) <<https://www.primicias.ec/noticias/politica/arbitraje-referendum-consulta-popular-ecuador/>> (28/12/24).
- R. Dolzer, M. Stevens, “Bilateral Investment Treaties”, BRILL, 2023.

- R. Dolzer, U. Kriebaum, C. Schreuer, “Principles of International Investment Law”, Oxford University Press, 2022.
- R. Oyarte, “La Supremacía Constitucional, Derecho constitucional para fortalecer la democracia ecuatoriana”, Fundación Konrad Adenauer, 1999.
- R. Ulcuango, E. Cuesta, “Proyecto de Ley para el cumplimiento de la voluntad popular expresada en la consulta popular y referéndum de 21 de abril de 2024 en lo relativo a la prohibición del arbitraje internacional”, <<https://shorturl.at/9KoXo>>, (último acceso 28/12/24).
- Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación R.O. Suplemento No. 524 (26/08/2021).
- UNCTAD Investment Policy Hub, “Investment Dispute Settlement Navigator, Ecuador”, <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/country/61/ecuador> (28/12/2024).
- UNCTAD Investment Policy Hub, International Investment Agreements Navigator - Ecuador, BITs Status <<https://shorturl.at/M0c1G>>
- United Nations Treaty Collection, Definitions, Definition of key terms used in the Un Treaty Collection, https://treaties.un.org/Pages/overview.aspx?path=overview%2Fdefinition%2Fpage1_en.xml (Últi28/12/24).
- United Nations, CEPAL, “La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2024”, Signatura: LC/PUB.2024/8-P, ISBN: 9789211221473.



GALLEGOS VALAREZO & NEIRA
global



Abogados y Consultores

Litigación, arbitraje, inmobiliario, societario, servicios empresariales.

Protegemos tu tranquilidad

Dirección:

Luis Tamayo N24-33 y, Alfredo
Baquerizo Moreno – Plaza Corporativa
Torres del Castillo – torre 2, oficinas
1401-1404. Quito 170523

 **Teléfono:**

+59323930810

 **Celular:**

+593989379888

 info@gvn.com.ec

 <https://gvn.com.ec>

  Gallegos, Valarezo & Neira

CABEZAS
WRAY
& ALBÁN

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

usticia
presenta
Ley de
Nacional
umento



CW&A

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

www.cywlegal.com

La apelación en arbitraje: revisión de experiencias y propuestas para Ecuador

APPEALS IN ARBITRATION: REVIEW OF EXPERIENCES AND PROPOSALS FOR ECUADOR

*David Francisco Gonzalón Tapia**

Recibido/Received: 29/08/2024

Aceptado/Accepted: 03/02/2025

SUMARIO: 1. Historia del arbitraje. 2. Definición del arbitraje. 3. Principios del arbitraje. 3.1. La autonomía de la voluntad de las partes. 3.2. La cultura de paz. 3.3. La celeridad. 3.4. La flexibilidad. 3.5. La confidencialidad. 4. La apelación. 4.1. El derecho al recurso. 4.2. El recurso de ampliación. 4.3. El recurso de aclaración. 4.4. El límite del derecho a recurrir. 5. El caso de la Corte Española de Arbitraje. 5.1. Formación del tribunal de segunda instancia de la CEA. 5.2. La admisibilidad del recurso de apelación. 5.3. El problema de los plazos en el arbitraje de segunda instancia. 6. El caso del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid. 6.1. Motivos de impugnación del borrador de laudo. 6.2. Procedimiento de impugnación. 7. El caso peruano. 7.1. La segunda instancia en la ley no. 2672. 7.2. Los remedios procesales del decreto legislativo no. 1071. 7.3. El recurso de exclusión del laudo en el decreto legislativo no. 1071. 8. ¿Qué nos dicen las encuestas alrededor del mundo? 8.1. El caso de España. 8.2. El caso de Reino Unido. 9. El recurso de casación directa como solución a la falibilidad humana. 10. Otras propuestas para un futuro no muy lejano. 10.1. Límites al recurso de apelación. 10.2. Comité de nominación para la segunda instancia arbitral. 11. Conclusiones.

RESUMEN: En los últimos años, ha surgido un debate sobre la implementación de la segunda instancia arbitral, argumentando que el recurso de apelación no desnaturaliza el arbitraje, sino que refuerza la autonomía de la voluntad de las

* Universidad Internacional del Ecuador UIDE, estudiante de la Escuela de Derecho, Quito, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: dagonzalonta@uide.edu.ec.

partes. Este trabajo analiza esta cuestión desde una nueva perspectiva, revisando principios fundamentales del arbitraje para evaluar si una doble instancia resulta contraria a su naturaleza. Además, a través de un análisis comparativo de sistemas como el civil law y el common law, se identifican las deficiencias en la aplicación de la segunda instancia y se proponen soluciones dentro del marco jurídico ecuatoriano.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje, Apelación, Cultura de Paz, Autonomía de la voluntad, Laudo

ABSTRACT: In recent years, a debate has arisen over the implementation of the second instance of arbitration, arguing that the appeal does not denature arbitration, but rather reinforces the autonomy of the will of the parties. This paper analyses this issue from a new perspective, reviewing fundamental principles of arbitration to assess whether a double instance is contrary to its nature. Besides, through a comparative analysis of systems such as civil law and common law, the deficiencies in the application of the second instance are identified and solutions are proposed within the Ecuadorian legal framework.

KEYWORDS: Arbitration, Appeal, Culture of Peace, Autonomy of Will, Arbitration Award

1. HISTORIA DEL ARBITRAJE

Es conveniente repasar el origen del arbitraje para entender su naturaleza. El primer indicio se remonta a la antigua *Hélade*, donde se nombraban a doce ancianos de los más respetados de la comunidad para resolver los conflictos individuales y sociales. Estos ancianos reflejan justamente las virtudes y cualidades que suponen tener los árbitros, como es la experiencia, el conocimiento, la pericia, elementos que a su vez, deben inspirar confianza en las partes que los eligen¹.

Con esta base histórica, se puede definir y conceptualizar al arbitraje en el contexto actual, especialmente en su dimensión comercial y doméstica.

1 U. MONTOYA, "Apuntes para la historia del arbitraje", *Revista de Investigación Jurídica "Docentia et Investigatio"*, Vol. 9 (2), 2007.

2. DEFINICIÓN DE ARBITRAJE

Definir el arbitraje podría resultar complicado dependiendo de su fuente y su caso particular, por ello se recalca que las definiciones presentadas aquí son aplicables al arbitraje doméstico y comercial. En ese sentido, es acertado el criterio del jurista José María Alonso Puig:

El arbitraje puede definirse como la institución, *equivalente de la jurisdicción ordinaria, que, con fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes*, recurre a terceros privados a los efectos de resolver de manera más rápida, más eficaz y más reservada, los conflictos que puedan surgir entre dos o más personas naturales o jurídicas, siendo vinculante para las partes la decisión que ponga fin a la controversia, *sin posibilidad de recurso contra ella, salvo por causas tasadas*².

Como se observa, en España se utiliza la expresión «equivalente jurisdiccional» para referirse al arbitraje, es decir, no trata de imitar a la justicia ordinaria en sus procedimientos e instituciones; sin embargo, sus decisiones tienen la misma fuerza obligatoria, lo que le dota de potestad jurisdiccional³.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional Español ha dicho lo siguiente sobre la naturaleza del arbitraje:

Ello es conforme con la naturaleza del arbitraje, que es un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto *con todos los efectos de cosa juzgada*⁴. [La cursiva me pertenece].

Por todos los conceptos y definiciones anteriormente expuestos, queda claro

2 J. ALONSO PUIG, “Introducción al Arbitraje”, en C. ALONSO (Coor.), *Cuaderno de Derecho para Ingenieros: Arbitraje*, 1ra. Ed., La Ley, 2010.

3 J. ALONSO PUIG, N. 3.

4 Sala primera del Tribunal Constitucional de España, Causa No. 512-1991, 04/10/1993. Énfasis añadido.

que el arbitraje nace de la voluntad inequívoca de las partes de renunciar a la justicia ordinaria para someterse al arbitraje, independientemente de las razones que motiven su decisión. Así lo recoge Enrico Rendeti en su obra, en donde define a la cláusula compromisoria como el acuerdo de las partes a encomendar sus disputas a un tercer ajeno, llamado árbitro, de manera que, ambas inequívocamente renuncian y excluyen a las autoridades judiciales⁵.

A continuación, se recogen algunas conclusiones que arrojan luz sobre el concepto del arbitraje:

El arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos, reconocido por la misma Constitución Política y leyes.

- (i) La piedra angular del arbitraje es la autonomía de la voluntad de las partes, quienes deciden someterse a terceros imparciales para así renunciar a la justicia ordinaria.
- (ii) Es un equivalente jurisdiccional, lo que se traduce en que las decisiones arbitrales tienen efecto de cosa juzgada.
- (iii) Entendida la definición del arbitraje, es importante desglosar los principios clave que componen su naturaleza, para así, determinar si la segunda instancia arbitral es *contra natura* al arbitraje.

3. PRINCIPIOS DEL ARBITRAJE

La palabra principio gramaticalmente significa *comienzo* u *origen*, y proviene del latín *principium*. En este contexto, un principio es el fundamento, la idea rectora, el centro, la causa, el cimiento y el valor supremo de una institución jurídica⁶. Por ello su importancia para definir al arbitraje.

3.1. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

Se debe partir de la diferencia entre autonomía de la voluntad de las partes y la libertad *per se*. Para Duguit, la autonomía de la voluntad es un elemento de la libertad. En palabras del autor: “[l]a autonomía de la voluntad es un elemento

5 E. RENDETI, *El compromiso y la cláusula compromisoria*, 1ra. Ed., Ediciones Olejnik, 2018.

6 A. PÉREZ. *Los principios generales del proceso penal*, 2da Ed., Editorial Temis, Bogotá, 2015.

de la libertad general; es la libertad jurídica y es, en suma, el poder del hombre de crear un acto de voluntad una situación de derecho, cuando este acto tiene objeto lícito⁷. En fin, se trata un principio propio del derecho que ha sido capaz de construir todo el amalgama del derecho privado, a través del cual, el individuo tiene la facultad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Como bien señala Artemio Llanos: “la legislación privada entera no es sino una interpretación de la voluntad probable cuando ella no se ha manifestado en forma expresa”⁸.

En el caso del arbitraje, como se anticipó anteriormente, la autonomía de la voluntad es la *pedra angular* de este, y el que justifica la jurisdicción arbitral. La convención se suscribe casi siempre, antes de que surja el conflicto, y queda plasmada en la *cláusula compromisoria*⁹.

En síntesis, la autonomía de la voluntad de las partes es el fundamento de existencia del arbitraje, mediante el cual se renuncia a la justicia ordinaria para someterse a la jurisdicción arbitral.

3.2. LA CULTURA DE PAZ

La cultura de paz parecería más propia de la mediación que del arbitraje mismo. Sobre todo, debido al carácter *autocompositivo*, donde las partes encuentran por sí mismas la solución a su conflicto, a través de la dirección y guía del *mediador*¹⁰.

No obstante, aunque un poco más difuminado, la cultura de paz es una característica inherente a todo método alternativo de solución de conflictos, incluido el propio arbitraje.

El arbitraje a pesar de ser un sistema adversarial tiene orígenes y características propias de un *consenso* entre las partes. Por ejemplo, en el hecho de que las partes puedan elegir a los árbitros; la fase de mediación obligatoria en el

7 L. DUGUIT. *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, 1ra. Ed, Ediciones Coyoacán, 2007.

8 A. LLANOS. *El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones*, 1ra. Ed, Universidad de Chile, 1944.

9 A. FERNÁNDEZ, *El Arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el Control Judicial*, 1ra Ed., J.M. Bosch Editor, 2017.

10 E. PARRA DE PARRAGA, “La teoría de juegos en la negociación: ¿jugando a negociar o negociar jugando?”, *Revista de Ciencias Sociales*, No. X, 2004.

proceso arbitral, y por el propio hecho que ellas hayan acordado someterse al arbitraje. Estos actos representan la colaboración y cooperación que puede llegar a existir en un proceso arbitral.

3.3. LA CELERIDAD

El arbitraje es bien conocido por ser mucho más expedito que la mayoría de los procesos judiciales¹¹. E incluso, nuestra Ley de Arbitraje y Mediación establece un límite para dictar el laudo en un proceso, así el artículo 25 dicta lo siguiente:

Art. 25.- Una vez practicada la audiencia de sustanciación y declarada la competencia del tribunal, éste tendrá el *término máximo de ciento cincuenta días para expedir el laudo*. [La cursiva me pertenece].

El término podrá prorrogarse, en casos estrictamente necesarios, hasta por un período igual, ya sea por acuerdo expreso de las partes o declarada de oficio por el tribunal¹².

La celeridad y adaptabilidad son de las mejores ventajas del arbitraje, así lo dice la célebre obra *Arbitration: theory, practice and law* cuando señala lo siguiente:

As compared to litigation, Arbitration has traditionally been touted as a more efficient, Speedy, and inexpensive path to justice. There is no question that in a certain jurisdiction, private arbitration may be a welcome alternative to waiting one's turn on a crowded civil docket. There is empirical evidence indicating that in some categories of cases, especially those that do not involve high stakes, arbitration is often speedier than court trial (...).

Arbitration sometime avoids, and often limits, time-consuming (and costly) procedural steps such as petrial motion practice and

11 F. GONZÁLEZ DE COSSÍO. *Arbitraje*, 5ta. Ed, Editorial Porrúa, 2018.

12 Ley de Arbitraje y Mediación, art. 25, RO No. 417, 14/12/2003.Énfasis añadido.

discovery. And due to relatively strict limits on judicial review of arbitration awards, the likelihood of lengthy post-arbitration appellate practice is relatively low.¹³

Como bien señala la cita, la práctica de prueba en el arbitraje representa un ahorro en los costos procesales y maximiza la eficacia del proceso. Sobre esto mismo, nuestra Corte Constitucional (en adelante, “**la Corte**”), ha señalado que, debido al origen contractual del arbitraje y en función de la autonomía de la voluntad, las partes pueden adaptar la estructura del propio procedimiento arbitral.¹⁴ De manera que, se pueden modificar los trámites, reglas, plazos y formato de las actuaciones dentro del proceso, haciendo que este sea más ágil y evitando así el temido *ritualismo jurídico*.

En la referida sentencia, la Corte culmina su argumentación refiriéndose a la flexibilidad de arbitraje, en los siguientes términos:

Este Organismo ha destacado la naturaleza ágil y flexible del arbitraje como una de las limitaciones a la aplicación de formalidades propias de procedimientos en justicia ordinaria. Así las cosas, el ámbito probatorio dentro de un proceso arbitral tiene un tratamiento distinto al que se le da en el marco de la justicia ordinaria, pues “el formalismo judicial no existe [...] en el arbitraje. [...] Le corresponde al tribunal arbitral decidir sobre el momento y forma en que se presentarán y, en su caso desahogarán, las pruebas”¹⁵.

3.4. LA FLEXIBILIDAD

Como se viene recordando a lo largo de este trabajo, la clave del arbitraje es la flexibilidad que ofrece. Esto se debe, en buena medida, a que uno de los objetivos del arbitraje es ser atractivo y ofrecer un formato poco convencional sobre todo para inversores o personas jurídicas que buscan practicidad en la resolución de conflictos, evitando en el camino lastres del proceso.

13 J. FOLBERG Y D. KLOPPENBERG, *Arbitration: theory, practice and law – custom edition*, 3ra. Ed., Walters Kluwer – Aspen Publishing, 2016.

14 Corte Constitucional del Ecuador, Causa No. 2822-18—EP, Registro Oficial Edición Constitucional 223-10-02-2023.

15 Corte Constitucional No. 15.

La Corte, al analizar la naturaleza del arbitraje, insiste nuevamente en su flexibilidad y reducido formalismo, que se ven reflejados en la facultad de las partes de adaptar la estructura del procedimiento, determinar las reglas que mejor les convengan y acordar libremente las reglas de trámite ¹⁶.

3.5. LA CONFIDENCIALIDAD

Por último, aunque no menos importante. La confidencialidad del proceso arbitral. Las ventajas varían desde la protección de secretos empresariales que podrían ser desvelados, la reserva en los negocios y relaciones de las partes, entre muchos otros. ¹⁷ Para otros autores, como González de Cossío, la confidencialidad es más paradójico de lo que se cree. Pues en la práctica y la lectura estricta de reglamentos arbitrales parece ser que la confidencialidad solo se extiende a los funcionarios de los Centros y no a las partes. Es así que, el autor propone incluir una cláusula de confidencialidad en la misma cláusula compromisoria¹⁸.

4. LA APELACIÓN

Una vez expuesta la amalgama de características, principios y reglas que conforman la *naturaleza del arbitraje*, es necesario determinar la esencia del recurso de apelación, visto desde la perspectiva del derecho sustantivo y adjetivo, para así encontrar o no la armonía de este con el arbitraje.

4.1. EL DERECHO AL RECURSO

Se debe partir de la siguiente pregunta: ¿por qué existen los recursos judiciales? ¿No es suficiente la decisión única de la autoridad legítima?

El fundamento de los recursos judiciales se debe al amplio reconocimiento de la *falibilidad humana*. Es decir, el inequívoco hecho de que el ser humano

16 Corte Constitucional del Ecuador, No. 15.

17 J. ALONSO PUIG, N. 3.

18 F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, N. 12.

comete errores¹⁹. Ningún ser humano ni los más experimentados *magistrados* están exentos de *errores*, ya que forma parte del sistema y es inherente a la vida misma.

Por esta razón, en la mayoría de los sistemas democráticos se *reconoce* el derecho a recurrir. En Ecuador, nuestra *norma suprema* establece lo siguiente:

Art. 76.- 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:

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos²⁰.

La norma referida ha sido usada como argumento por quienes abogan por una *segunda instancia arbitral*, pues al igual que en el sistema judicial, en el arbitraje también se deciden derechos y obligaciones, por lo que, se infiere que, el recurso de apelación en materia arbitral es un derecho reconocido constitucionalmente²¹.

Sobre el derecho al recurso, tanto la Corte Constitucional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos se han pronunciado sobre su importancia al jugar un papel en la garantía del debido proceso y de la tutela judicial efectiva. Así, la sentencia No. 010-16-SEP-CC señala lo siguiente:

El derecho a recurrir representa una verdadera garantía del debido proceso dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en la medida en que las partes procesales pueden acceder a un control de las decisiones judiciales que consideran que contienen *vicios* o *errores* y que merecen ser examinadas por otras autoridades judiciales. De esta manera, el derecho a impugnar reviste especial y significativa importancia bajo el contexto del Estado constitucional de derechos y justicia, en cuanto permite a los ciudadanos contar con la posibilidad de obtener de tribunales de

19 M. VÁSQUEZ Y J. DELGADO, “El derecho al recurso: lectura constitucional a propósito del sistema recursivo en el procedimiento arbitral”, *Revista Derecho del Estado*, No. XXXXV, 2020.

20 Constitución de la República del Ecuador, art. 76 (m), RO No. 449, 20/10/2008.

21 L. SEMPÉRTEGUI, “Necesidad de la implementación de la segunda instancia o apelación en arbitraje”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. VI, 2014.

justicia superiores, sentencias y resoluciones que evalúen por segunda ocasión aquellos elementos resueltos por otra judicatura, precautelando de esta forma los derechos que se encuentran en controversia dentro de un procedimiento judicial²².

De manera similar la Corte mediante la sentencia No. 1898-13-EP/19, señaló que el *recurso* busca subsanar posibles *errores* u *omisiones* judiciales que se cometan en las decisiones, de manera que garantiza la tutela judicial efectiva²³.

En cuanto al arbitraje, este también goza del derecho al recurso, aunque parcialmente. El artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación (“**LAM**”) establece lo siguiente:

Art. 30.- Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de este mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación²⁴. [La cursiva me pertenece].

Por tanto, los únicos recursos que pueden presentarse en contra del laudo solo son tendientes a aclarar o ampliar la decisión. Estos no satisfacen completamente el *derecho al recurso* o no, al menos como sí lo hace el recurso de apelación.

4.2. EL RECURSO DE AMPLIACIÓN

El Código Orgánico General de Procesos (“**COGEP**”) en el artículo 253, reza lo siguiente: “La ampliación procederá cuando no se haya resuelto alguno de los puntos controvertidos o se haya omitido decidir sobre frutos, intereses o costas”²⁵.

22 Corte Constitucional 1718-11-EP, RO. 172, Sup. 2, 15/03/2016.

23 Corte Constitucional del Ecuador, Causa No. 1898-13-EP, Registro Oficial Edición Constitucional 29, 08/01/2020.

24 Ley de Arbitraje y Mediación, art. 30, RO No. 417, 14/12/2003. Énfasis añadido.

25 Código Orgánico General de Procesos, art. 253, RO No. 506, 22/05/2015.

El recurso de ampliación tiene como objetivo subsanar las omisiones sobre controversias no resueltas. Sin duda, las omisiones dentro de un proceso arbitral son por excelencia, *errores*. Por lo tanto, el recurso de ampliación sirve parcialmente para garantizar el derecho al recurso dentro de los procedimientos arbitrales²⁶.

Sin embargo, es preciso aclarar que el recurso de ampliación carece de *aptitud procesal*. Así lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia No. 713-14-EP/20, donde señala lo siguiente:

Por otra parte, en lo que versa sobre los recursos horizontales, a saber, el de ampliación y aclaración debido a la naturaleza de estos, los mismos carecen de aptitud procesal para trastocar el fondo de la decisión impugnada, es decir, mediante aquellos no resulta viable revertir la configuración que el juzgador le ha dado a los méritos de la controversia dentro de su sentencia, que para el caso concreto, era lo que el accionante perseguía²⁷.

De lo expuesto, cabe afirmar que el recurso de ampliación entendido como remedio procesal, no está destinado a la alteración de la decisión, sino a perfeccionarla, sin modificar sustancialmente su contenido²⁸.

Por lo tanto, si bien cumple en buena medida como agente de *reparación* para los errores que cometan las autoridades arbitrales, no satisface por completo el deseo de *impugnación* al fondo de la decisión.

4.3. EL RECURSO DE ACLARACIÓN

El mismo artículo 253 del COGEP admite el recurso de aclaración cuando estemos ante una *sentencia oscura*, o cuando haya *errores materiales* en el texto de la decisión.

26 R. HERNÁNDEZ, “Los remedios procesales en el Código Orgánico General de Procesos”, en A. Cervantes (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho Procesal*, Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, 2023.

27 Corte Constitucional del Ecuador, Causa No. 713-14-EP, Registro Oficial Edición Constitucional No. 98, 20/11/2020.

28 R. HERNÁNDEZ, No. 27.

En ese sentido, este recurso está hecho para corregir errores materiales o conceptos que no se han dejado claros²⁹. En cuanto a la oscuridad *per se* ocurre cuando la redacción o argumentación es confusa para una de las partes.

Respecto a los errores materiales, se dice que son aquellas imperfecciones que son detectables a simple vista y para su descubrimiento no se necesita un análisis o raciocinio más profundo que la lógica y percepción. Por ejemplo; yerros aritméticos, faltas de ortografía, gramática, errores en los nombres de las partes. Sin embargo, no es suficiente que existan estos yerros, es preciso que estos provoquen confusión, falta de entendimiento o armonía con la decisión en sí misma³⁰.

Es por ello que, muchas veces se suele referir al recurso de aclaración como una *mera queja*, por no atacar realmente al fondo de la decisión o una parte sustancial de la sentencia. Al igual que el recurso de ampliación, este es por excelencia un remedio procesal.

4.4. EL LÍMITE DEL DERECHO A RECURRIR

Una somera lectura de la Constitución parecería inducirnos a un absolutismo del derecho al recurso, provocando que este sea ilimitado y deba ser cumplido sin matices en todo proceso, incluido el mismo arbitraje. Pues como se citó anteriormente, la norma suprema señala que en cualquier procedimiento en el que se decidan derechos e intereses, las partes tienen derecho a recurrir al fallo. Entonces, ¿cuál es el límite?

La respuesta está en el principio de seguridad jurídica. El artículo 82 de la Constitución señala que: “[e]l 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”³¹.

Entonces, la seguridad jurídica está compuesta por dos presupuestos: la previsibilidad y *certidumbre*. Solo esta última nos compete en este estudio, pues es la que permite que existan situaciones jurídicas consolidadas en el derecho, de manera que se evite una infinita modificación de las decisiones a través de

29 R. HERNÁNDEZ, No. 27.

30 Ibid.

31 Constitución de la República del Ecuador, art. 82, RO No. 449, 20/10/2008.

los recursos³².

Es la misma seguridad jurídica la que permite, aunque *utópicamente* la existencia de la *cosa juzgada material*, es decir, aquella situación jurídica que posee un carácter tan firme que hace imposible que pueda ser modificada en el futuro³³.

A partir de lo anterior, podemos plantearnos la siguiente pregunta: ¿hasta qué punto las partes procesales pueden seguir impugnando una decisión?

La Corte dio respuesta a esta interrogante en la sentencia No. 036-15-SEP-CC: “el derecho a recurrir, al igual que todos los demás derechos constitucionales, no tiene carácter absoluto, y su ejercicio se halla sujeto a las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley”³⁴. El dictamen de la Corte aunque simple, es directo y suficiente para concluir que las normas infra constitucionales, como es el caso de la LAM, tienen la potestad de demarcar el derecho al recurso, siempre y cuando sus disposiciones no sean contrarias a la misma Constitución.

Una vez revisado el derecho a la impugnación y los recursos reconocidos en nuestra legislación, conviene analizar casos particulares y, a partir de experiencias extranjeras, hacer un análisis comparativo que nos permita determinar la necesidad y viabilidad de la segunda instancia arbitral.

5. EL CASO DE LA CORTE ESPAÑOLA DE ARBITRAJE

Cuando se habla de casos de éxito en la implementación de la segunda instancia arbitral, comúnmente, suele mencionarse el de la Corte Española de Arbitraje (en adelante, la “CEA”), la cual decidió incluir en su reglamento este llamativo sistema.

El artículo 39 del Reglamento de la CEA (en adelante, el “**Reglamento**”), desarrolla un sistema de revisión que se acerca bastante a una apelación. Puede tener lugar siempre y cuando se observe lo siguiente: (i) que las partes hayan pactado en el convenio arbitral la posibilidad de recurrir el laudo, (ii) que el convenio arbitral haya designado como institución arbitral a la CEA, (iii) que

32 R. OYARTE, *Derecho Constitucional*, 3ra. Ed., Centro de Estudios y Publicaciones, 2022.

33 R. HERNÁNDEZ, *El Procedimiento ejecutivo y su sistema de excepciones tasadas establecido en el Código Orgánico General de Procesos*, 1ra Ed., Ediciones Legales, 2017.

34 Corte Constitucional del Ecuador, Causa No. 0508-13-EP, RO. 462, Sup. 1, 19/03/2015.

la parte apelante haya denunciado previamente la infracción procesal, y, (iv) que las partes hayan convenido la existencia de la segunda instancia, previo a la incoación de la acción de anulación, así llamada en España³⁵.

Sin embargo, es posible esgrimir algunas interrogantes al respecto: ¿convenir la segunda instancia antes de que inicie el conflicto, no podría generar desconfianza entre las partes?, ¿la segunda instancia arbitral puede ser usada abusivamente para dilatar el proceso o beneficiarse injustamente?, y si es así, ¿qué mecanismos existen para prevenir o mitigar el abuso del recurso de apelación?

Sobre la primera interrogante se puede traer a colación el principio de la cultura de la paz revisado en el inicio de este trabajo. En ese sentido, el hecho de pactar una segunda instancia denota cierta desconfianza ya sea en el Centro, el árbitro o entre las mismas partes, lo cual podría dificultar la cooperación y colaboración durante el proceso arbitral. Por tanto, dejar abierta la posibilidad de recurrir al laudo arbitral provocaría que las partes adopten mecanismos de protección futuros basados en la suposición de que la primera decisión será siempre recurrible.

5.1. FORMACIÓN DEL TRIBUNAL DE SEGUNDA INSTANCIA DE LA CEA

El Reglamento establece que, en caso de apelación, la CEA nombrará un tribunal arbitral, sin posibilidad a que las partes escojan a uno de los árbitros³⁶.

En *prima facie*, la solución ofrecida por la CEA es sencilla y eficiente. Sin embargo, posteriormente deberemos preguntarnos: ¿cómo se conformaría el tribunal que conozca la apelación en el arbitraje *ad hoc*? La cuestión está resuelta en el arbitraje institucional, pero en el caso del arbitraje *ad hoc* se convierte un verdadero reto procesal.

5.2. LA ADMISIBILIDAD DEL RECURSO DE APELACIÓN

El artículo 39 del Reglamento prescribe lo siguiente: “[e]n el recurso de apelación deberán alegarse los motivos de anulación del laudo”³⁷. Resulta curioso que el Reglamento se refiera a la *anulación* del laudo dictado en primera

35 Reglamento Corte Española de Arbitraje, Art. 39, 2022.

36 Reglamento Corte Española de Arbitraje, N. 36.

37 Ibid.

instancia, pues en ese caso, cabría preguntarse: ¿la acción de anulación judicial no cumple el mismo papel y, mediante el recurso de apelación, los árbitros estarían realizando un control judicial reservado a los magistrados?

Sobre la anulación del laudo, el Reglamento establece lo siguiente: “[c]uando se alegue infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción (...)”³⁸. Parecería ser que, la CEA no distingue la naturaleza y propósito entre la acción de nulidad y el recurso de apelación, pues la primera está dirigida a precautelar el derecho al debido proceso y las garantías procesales. En ese sentido, el recurso de apelación parecer ser que, parcialmente rebasa sus límites.

En todo caso, para proceder con la apelación, la parte interesada debe haber denunciado previamente dichos vicios en la primera instancia arbitral. En caso de no hacerlo, se configura la *renuncia tácita*, que está recogida tanto en el Reglamento y la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje³⁹.

Por tanto, no cabe el recurso de apelación si el apelante omitió denunciar el acto u omisión que adolece de vicio. Se impone este requisito para evitar las acciones malintencionadas de ciertos litigantes, que intentan dilatar el proceso arbitral a través de apelaciones caprichosas.

Finalmente, el apelante también tiene la posibilidad de solicitar la declaración de nulidad de los actos diligenciados en primera instancia y, en su lugar, requerir al tribunal de segunda instancia el examen de las actuaciones y la valoración de las pruebas que no pudieron ser practicadas por el árbitro *a quo*.

El párrafo cuarto del artículo 39 del Reglamento, determina que la práctica de prueba solo procede en segunda instancia en los siguientes casos⁴⁰:

- (i) Pruebas que hubiesen sido negadas en primera instancia.
- (ii) Las pruebas admitidas que, por causa no imputable al apelante, no hubiesen podido ser practicadas.
- (iii) Las pruebas que son trascendentes para el proceso y que el apelante hubiese tenido conocimiento después del cierre de instrucción del procedimiento.

38 Reglamento Corte Española de Arbitraje, N. 36.

39 Ibid.

40 Ibid.

La Ley de Arbitraje Española señala, en su artículo 41, que la acción de anulación del laudo procede los siguientes casos: (i) que no se haya notificado la designación del árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido hacer valer sus derechos, (ii) que el laudo es contrario al orden público⁴¹.

De la norma transcrita se concluye que, las pruebas que no hubiesen podido practicarse en primera instancia pueden ser reclamadas mediante la acción de anulación, al haberse vulnerado las garantías procesales. En consecuencia, el literal “a” y “b” del párrafo cuarto del artículo 39 del Reglamento, bien podría ser conocido en el recurso de apelación arbitral o en la misma acción de nulidad.

5.3. EL PROBLEMA DE LOS PLAZOS EN EL ARBITRAJE DE SEGUNDA INSTANCIA

El artículo 8 del Reglamento confunde el plazo con el término, por tanto, cuando refiera a plazos, se tomará en cuenta solo los días hábiles⁴².

Dicho esto, de la revisión del artículo 39 del Reglamento se extrae los siguientes plazos que rigen para la segunda instancia:

- (i) Una vez notificado el laudo, las partes tienen cinco días para interponer el recurso de apelación.
- (ii) Una vez presentado el recurso de apelación, el Tribunal dará traslado al apelado, quien en diez días deberá dar contestación.
- (iii) Posteriormente, se le corre traslado de esta contestación al recurrente, para que, en el plazo de diez días deduzca su pronunciamiento.
- (iv) Una vez finalizadas las actuaciones anteriores, el Tribunal dispondrá la práctica de la prueba si fuese necesario y se dará cierre a la instrucción arbitral. Una vez cerrada, el tribunal deberá emitir el laudo en un plazo no mayor a dos meses.

Debido a estos extensos plazos, la celeridad sería una de las grandes perjudicadas en estos procesos arbitrales. Y precisamente, el arbitraje es un sistema

41 La Ley de Arbitraje Española establece cuatro motivos más para la admisibilidad de la acción de nulidad, que no han sido citados aquí por ser impertinentes al tema central de este trabajo.

42 Reglamento Corte Española de Arbitraje, art. 8, 2022.

diseñado para ser más célere que los medios tradicionales. En caso de adaptar el modelo español, una decisión arbitral en firme tomaría cerca de un año calendario, tiempo similar al de algunos procesos judiciales⁴³.

6. EL CASO DEL CENTRO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE MADRID

El Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (“CIAM – CIAR”), reconoce desde su fundación en 2020, la posibilidad de impugnar el laudo arbitral. El reglamento vigente del Centro señala en el artículo 52 lo siguiente:

Si el convenio arbitral o en cualquier momento posterior, antes de cerrar la instrucción del procedimiento, las partes lo hubieran acordado, cualquiera de ellas podrá impugnar ante el Centro el laudo final que recaiga en el procedimiento. En ese caso, se aplicará lo previsto en el Anexo 4⁴⁴.

Al igual que la CEA, la segunda instancia no es la regla general, y son las partes quienes deben acordar la posibilidad de apelación en la cláusula compromisoria o antes del cierre de la instrucción del procedimiento. Cuando hay segunda instancia en un procedimiento, la decisión de primera instancia será considerada un *borrador de laudo*. En los demás casos que no se haya pactado, todos los laudos de primer nivel tendrán efecto de cosa juzgada.

El anexo 4 del CIAM – CIAR, sobre la *impugnación opcional del laudo*, señala que los borradores de laudos solo serán definitivos una vez: (i) haya fenecido el plazo para impugnar dicho laudo, (ii) si el Centro inadmite la solicitud de impugnación, (iii) cuando el Tribunal de impugnación emite un laudo desestimatorio⁴⁵.

En cuanto a la naturaleza de este *borrador de laudo arbitral*, se debe destacar su ingeniosidad. En principio, bajo este sistema, ningún laudo es definitivo ni

43 B. CREMADES, *Dudo mucho que la segunda instancia de apelación reporte beneficios al arbitraje* < http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932020000100187> (02/09/2024).

44 Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, Art. 52, 2024.

45 Anexo 4 al Reglamento de Arbitraje, Impugnación opcional del laudo del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, 2024.

causa cosa juzgada, hasta que es revisado nuevamente por un tribunal distinto. Es decir, existe una sola decisión, que se somete a dos filtros para ser definitiva. Bien puede asemejarse a las decisiones judiciales con efecto suspensivo.

6.1. MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN DEL BORRADOR DEL LAUDO

Este sistema de impugnación es extraordinario, pues establece causales específicas para su admisibilidad; a diferencia del recurso de apelación ordinario donde en principio no existen motivos específicos para interponerlo.

De acuerdo con el anexo 4, la impugnación solo tiene lugar por los siguientes motivos: “i. Una infracción manifiesta de las normas sustantivas aplicables al fondo de la controversia; o ii. Un error manifiesto en la apreciación de los hechos que han servido de base para la decisión”⁴⁶.

El caso del error de interpretación o aplicación de normas sustantivas es similar a la causa del recurso extraordinario de casación. Más adelante se analizará someramente al recurso extraordinario de casación como una salida para el problema planteado a lo largo de este trabajo.

6.2. PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACIÓN

Una vez, una de las partes impugna el borrador de laudo, le corresponde al Centro admitir la solicitud de impugnación. Esto previene el abuso de derecho al recurso, como un mecanismo para alargar el proceso.

Posteriormente, el Centro nombrará a los árbitros que conformarán el tribunal de impugnación. Al igual que el anterior sistema español, esto busca evitar que sean las partes quienes escojan a los árbitros, de manera que el proceso no se extienda aún más.

Una vez que el Tribunal de apelación conozca el expediente, este podrá admitir o negar pruebas presentadas en el arbitraje originario. Incluso, tiene la capacidad de decisión, de convocar o no a una audiencia.

Cerrada la instrucción del procedimiento, el Tribunal tiene un plazo de

46 Anexo 4, No. 46.

cuarenta y cinco días para emitir el laudo arbitral. Si se desestima el recurso, el laudo del tribunal de impugnación será independiente del laudo venido en grado. En cuyo caso, el *borrador del laudo*, pasará a ser definitivo y a tener efecto de cosa juzgada. Por otro lado, si el tribunal de impugnación acepta la solicitud, el laudo emitido por este, será el que se vuelva *definitivo*.

Es de suma importancia resaltar que, las partes no tienen la capacidad de modular el procedimiento de impugnación. A diferencia del arbitraje de única instancia, donde estas pueden llegar a acuerdos respecto a la práctica de pruebas, citaciones, entre otras. En este caso, se encuentran obligadas a acatar las reglas y procedimientos del CIAM – CIAR.

Finalmente, es pertinente advertir que este mecanismo de impugnación no se puede equiparar a una apelación *per se*, pues en la apelación se impugna una decisión definitiva. En el caso del CIAM – CIAR, el laudo solo pasa por una revisión de fondo para que luego, se vuelva definitivo. Si bien recoge reglas y herramientas de la *apelación*, la propuesta española busca satisfacer el deseo de *revisión* de las partes, y derrotar parcialmente el *one shot*.

7. EL CASO PERUANO

El caso de Perú ha sido bastante peculiar, ya que ha pasado por varias etapas legislativas en las que ha reconocido el derecho a recurrir en arbitraje, siendo la mayoría un fracaso y una desnaturalización a esta institución jurídica. Se debe advertir que, el caso peruano puede servir de ejemplo para Ecuador y las posibles consecuencias positivas o negativas que implique la segunda instancia arbitral.

7.1. LA SEGUNDA INSTANCIA EN LA LEY NO. 2672

Esta ley entró en vigencia en 1985 y fue derogada en el 2008, en su artículo 60 reconocía el derecho de las partes a recurrir el laudo arbitral, siempre y cuando estas hayan pactado en el convenio arbitral tal posibilidad⁴⁷. No obstante, más adelante, el artículo reza lo siguiente: “[a] falta de acuerdo expreso o en caso de duda, se entiende que las partes han pactado el recurso de apelación ante la

47 Ley General de Arbitraje No. 26572, art. 60, 1995.

segunda instancia arbitral”⁴⁸.

Conviene recordar en este punto la *cultura de paz* y la *confianza* de las partes en el arbitraje. Si obligamos a las partes a someterse a una segunda instancia arbitral, el legislador está transmitiendo tácitamente un mensaje de *desconfianza* en la justicia arbitral. Probablemente esta norma se justificó por la ignorancia y falta de confianza en los inicios del arbitraje en Perú.

Si lo anterior fue sorprendente, lo que viene a continuación es aún más alarmante. La ley en el mismo artículo 60 señala que las partes podrán impugnar el laudo ante una segunda instancia arbitral o ante el mismo poder judicial.

Además, establece que el objetivo del recurso de apelación es el *control* sobre interpretación o aplicación del derecho y las pruebas del proceso, es decir, no se interesa en una revisión de fondo, sino en la correcta aplicación del derecho. Afortunadamente, después de varios años, Perú rectificó y eliminó la segunda instancia arbitral.

7.2. LOS REMEDIOS PROCESALES DEL DECRETO LEGISLATIVO NO. 1071

El 28 de junio de 2008, se expidió el decreto legislativo que reformó parcialmente la anterior norma especial.

El artículo 58 es novedoso y sustituye el recurso de apelación por cuatro remedios procesales (recursos horizontales), los cuales sirven como sustitutos del recurso de apelación⁴⁹.

El primero, el recurso de rectificación para rectificar errores de cálculo, transcripción, tipográfico o cualquier otro de la misma naturaleza, muy similar al recurso de aclaración del sistema ecuatoriano.

El segundo remedio procesal aunque no tiene nombre en la legislación peruana, en la nuestra vendría a ser lo mismo que el *recurso de aclaración*, donde las partes pueden solicitar la interpretación o aclaración de laudos oscuros, confusos o dudosos.

48 Ley General de Arbitraje No. 26572, N. 48.

49 Decreto Legislativo que norma el arbitraje No. 1071, 2008.

Por último, el legislador lo ha decidido llamar recurso de integración, pero realmente se trata de un *recurso de ampliación*, que como se sabe, busca la rectificación del árbitro sobre puntos controvertidos que no haya resuelto.

7.3. RECURSO DE EXCLUSIÓN DEL LAUDO EN EL DECRETO LEGISLATIVO NO. 1071

Es conveniente dedicar un subtítulo exclusivo a este recurso ya que es realmente interesante y supone un debate muy arduo. La norma establece lo siguiente: “las partes pueden solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje”.⁵⁰

Nuevamente, se ha cometido un error grosero, pues el recurso de exclusión reemplaza a la acción de nulidad del laudo arbitral. Una de las causales de anulación del laudo, según el artículo 63 del Decreto es la siguiente: “d. Que el tribunal ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión”, “e. que el tribunal ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a la ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje”.⁵¹

Si bien el árbitro a través del recurso de exclusión no podría anular el laudo, tácitamente, estaría ejerciendo un *control judicial* que no le corresponde, amén de que su decisión podría afectar al fondo del asunto, y eso inmediatamente lo convierte en un recurso de apelación.

8. ¿QUÉ NOS DICEN LAS ENCUESTAS ALREDEDOR DEL MUNDO?

Es interesante analizar brevemente las encuestas que se han realizado en distintos países respecto a la posibilidad de un recurso de apelación en contra del laudo arbitral de primera instancia.

50 Decreto Legislativo que norma el arbitraje, No. 50

51 Ibid.

8.1. EL CASO DE ESPAÑA

En el año 2010, la CEA realizó una encuesta a las principales firmas de abogados tanto locales como internacionales. El 70% de los encuestados se mostró a favor de la implementación de una segunda instancia arbitral, y el 30% consideró que no era necesario⁵². A pesar de estos números, no ha sido posible obtener el número exacto de personas encuestadas por la CEA en el 2010.

En todo caso, es evidente que la gran mayoría del foro de abogados añoraba la implementación de la segunda instancia arbitral, y probablemente, esto fue uno de los justificativos para que la CEA lo lleve a cabo posteriormente.

8.2. EL CASO DE REINO UNIDO

Como es conocido la *Arbitration Act* de 1996 reconoce la posibilidad de apelar laudos arbitrales cuando así lo hayan convenido las partes, en función de la autonomía de la voluntad.

A pesar de que la segunda instancia arbitral está plenamente consolidada en el Reino Unido, es interesante el trabajo de Michael O' Reilly, quien cuestiona la necesidad de esta figura jurídica.

En su obra, se refiere a un informe sobre la *Act Arbitration* realizada en Reino Unido, donde el 60% de los encuestados votaron a favor de mantener la posibilidad de apelar los laudos. Sin embargo, de las quinientas veintidós personas encuestadas, tan solo ocho personas fueron identificadas como partes de procesos arbitrales anteriores, mientras que casi dos tercios de los encuestados eran profesionales del derecho⁵³.

Además, el autor concluye que se evidenció un abuso del recurso de apelación, pues aunque pocos laudos arbitrales fueron apelados, las decisiones de estos no eran dignas de ser publicadas.

52 L. RODRÍGUEZ, *Una observación más a la segunda instancia en el procedimiento arbitral* > *Grandes abogados: Civil (I)* <<https://lupicinio.com/grandes-abogados-civilistas-y-mercantilistas-garcia-pelayo-una-observacion-mas-a-la-segunda-instancia-en-el-procedimiento-arbitral-2/>> (02/09/2024).

53 M. O'REILLY, *Appeals from Arbitral Awards: the Section 69 Debate*, <https://www.biicl.org/files/2493_michael_o_reilly_appeals_from_arbitral_awards_the_section_69_debate_.pdf> (31/01/2024).

De ambos datos podemos extraer una reflexión final. Si bien en la gran mayoría de encuestas se refleja una opinión en favor de la segunda instancia, este dato podría estar parcializado, sobre todo por venir de abogados que tienen arraigada la cultura del *litigio* y están más familiarizados con la segunda instancia judicial.

Precisamente, es acertada la observación del autor, respecto a que deberían ser los sujetos de procesos arbitrales quienes expresen su opinión al respecto, por ser ellos directamente los afectados de las decisiones. Por tal razón, si bien la comunidad de abogados está a favor del recurso de apelación, estas opiniones pueden estar monopolizadas en un pequeño grupo de profesionales.

Una encuesta más reciente de Bryan Leighton Paisner, publicada en el Annual Arbitration Survey de 2022, preguntó a 116 personas lo siguiente: ¿debería ser abolido el derecho a apelar de la sección 69 del *Act Arbitration*? El 41% cree que no, y debe mantenerse tal cual. El 25% respondió que sí debería ser derogado. Mientas que el 24% respondió que no debería ser abolido, pero tendría que limitarse a asuntos de importancia pública y con una probabilidad real de éxito. Y un 2% de los encuestados considera que no debería ser derogado, pero debería limitarse a asuntos de interés público. De los resultados se extrae que, el 51% de encuestados no está conforme con el recurso de apelación, o al menos, no como está concebido actualmente.

A pesar de las opiniones divididas, se trae a la discusión una solución que fue pensada hace muchos años, pero no tuvo mayor apoyo.

9. EL RECURSO DE CASACIÓN DIRECTO COMO SOLUCIÓN A LA FALIBILIDAD HUMANA

A pesar de que esta propuesta no está alineada al problema central: *la segunda instancia arbitral*, está dirigida a resolver el problema de la *falibilidad* humana. Por ello, a continuación se presenta a breves rasgos lo que ya han manifestado otros autores.

Para cierto sector del foro es preocupante la falta de control sobre laudos arbitrales que puedan contener errores de derecho y nunca puedan ser saneados. O, en general cualquier error que puedan contener las decisiones arbitrales.

En respuesta a ello, ha habido propuestas interesantes como la de Santiago

Andrade Ubidia, quien ha manifestado que es sumamente necesario y perfectamente viable la revisión de los laudos, a través del recurso de casación cuando estos adolezcan de errores de derecho.

Bajo esta hipótesis, el recurso de casación solo podría ser concedido por tres de las cinco causales que establece el Código Orgánico General de Procesos (“COGEP”)⁵⁴.

- (i) Por indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de las normas procesales. Sin embargo, la Corte Nacional de Justicia estaría imposibilitada de pronunciarse sobre vicios relacionados a la competencia de los árbitros; recordemos que recientemente la Corte Constitucional ha reforzado aún más el principio *kompetenz-kompetenz*, impidiendo que cualquier juez se pronuncie sobre la competencia arbitral, potestad que solo está reservada al propio árbitro y extraordinariamente a la Corte Constitucional.
- (ii) Cuando se haya incurrido en aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos relativos a la valoración de la prueba, y esto a su vez, haya causado indefensión. Observando siempre las normas y procedimientos especiales que hayan acordado las partes, si así lo fuese.
- (iii) En caso de aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación sobre normas de derecho sustantivo. Se excluyen los precedentes jurisprudenciales obligatorios.

Claro está que, estas causales podrían ser tramitadas a través del recurso extraordinario de casación cuando no encajen en las causales de la acción de nulidad contenidas en el artículo 31 de la LAM, las cuales en general se refieren a vicios procesales y no necesariamente errores de derecho.

10. OTRAS PROPUESTAS PARA UN FUTURO NO MUY LEJANO

Si bien son escasas las jurisdicciones donde se reconoce la segunda instancia arbitral, en los últimos años ha venido surgiendo un deseo de implementar el recurso de apelación en materia arbitral. Por eso, no sería extraño que de aquí a un futuro no muy lejano, nuestros legisladores presenten el primer proyecto

⁵⁴ Código Orgánico General de Procesos, N. 26.

de ley que regule el recurso de apelación en el arbitraje.

A continuación, se exponen algunas de las propuestas legislativas de otros países hispanos y algunas otras, esgrimidas por Estefanía Fierro en el II Congreso de Resolución de Conflictos, organizado por el Instituto ⁵⁵.

10.1. LÍMITES AL RECURSO DE APELACIÓN

Fierro propone que el recurso de apelación esté limitado únicamente a errores de derecho que sean materiales, perjudiciales y claramente erróneos. De esta forma, se evitaría que se utilizara ilegítimamente como medio dilatorio de proceso.

La propuesta es similar al sistema del CIAM – CIAR, donde la impugnación del laudo solo tiene cabida cuando existe errores graves de derecho que afecten el fondo del asunto.

Otro límite al recurso de apelación es la potestad de admisión que posee el Centro de Arbitraje del CIAM – CIAR. Reservando así, la impugnación a casos que lo ameriten realmente⁵⁶.

10.2. COMITÉ DE NOMINACIÓN PARA LA SEGUNDA INSTANCIA ARBITRAL

Las partes no podrán elegir a sus árbitros; en su lugar, el Centro de Arbitraje o un Comité de Nominación se encargaría de designar el tribunal de segunda instancia.

Lo mismo ha propuesto el Centro de Mediación y Arbitraje del Colegio Inmobiliario de Chile, el cual establece en su reglamento que en caso de apelación, le corresponde exclusivamente al Centro el nombramiento del tribunal de apelación.

Se hace hincapié aquí en la labor titánica que las instituciones arbitrales

55 E. FIERRO, “Impugnación de Laudos Arbitrales” (II Congreso de Resolución de Conflictos, Guayaquil, 05/09/2024).

56 A. MARTÍNEZ, “La novedosa regulación relativa a la impugnación de laudos arbitrales contenida en el nuevo Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM)”, *La Ley. Mediación y Arbitraje*. No. 17, 2023.

tendrían que incurrir para garantizar la independencia arbitral interna.

Nuevamente se reitera, este mecanismo de nombramiento está diseñado para ahorrar tiempo en el proceso arbitral. Pues, es difícil imaginar que las partes lleguen a un consenso cuando el *borrador* del laudo está siendo impugnado.

11. CONCLUSIONES

El presente trabajo se ha desarrollado desde tres perspectivas: (i) naturaleza del arbitraje, (ii) experiencias extranjeras en la implementación de la segunda instancia, (iii) soluciones o problemas que conllevaría el recurso de apelación arbitral.

En base a esto, se deducen las siguientes conclusiones:

- (i) El análisis revela que la segunda instancia arbitral desnaturaliza parcialmente el arbitraje, afectando los siguientes elementos: (i) la confianza de las partes en el arbitraje y árbitros, (ii) la celeridad, aunque puede ser subsanada a través de reformas legislativas adecuadas, y, (iii) la cultura de paz inherente al arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos.
- (ii) A modo de ejemplo para Ecuador, del caso peruano observamos que la segunda instancia arbitral no fue ampliamente acogida, e incluso fue derogada. En su lugar, se han optado por *remedios procesales* que en mayor o menor medida logran reparar la falibilidad de los árbitros y satisfacer con el derecho a recurrir. Aunque estos recursos horizontales a veces rebasen el campo de la acción de anulación del laudo.
- (iii) En cuanto a las encuestas realizadas en Hispanoamérica y Reino Unido, no son suficientes para determinar el *deseo* primigenio de las partes de implementar una segunda instancia arbitral. Hace falta más muestras, sobre todo con la participación de partes procesales y no solo abogados.
- (iv) Si bien la segunda instancia arbitral ya ha sido efectivamente implementada en países como Reino Unido y España, esto no quiere decir que el caso ecuatoriano funcione de la misma manera. E incluso, la implementación del recurso de apelación arbitral podría ahuyentar a quienes recientemente han dado el voto de confianza al arbitraje.
- (v) Aunado a lo anterior, si bien la implementación de una segunda instancia arbitral es jurídicamente posible, no parece responder a

una necesidad real y actual en el contexto ecuatoriano. Por tanto, se deberían enfocar los esfuerzos en la aplicación de los remedios procesales para satisfacer la necesidad de apelación que está surgiendo entre el foro.

- (vi) Finalmente, a manera de propuesta, se recomienda que en lugar de la segunda instancia arbitral, se implemente un mecanismo de *impugnación* de carácter extraordinario similar al del del CIAM – CIAR, donde todos los laudos de primera instancia solo sean *borradores de laudo* que luego de una revisión se vuelven definitivos. De esa manera, no se contraviene el artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Pues no se trata *per se* de un recurso de apelación, sino de una *revisión*, y los responsables de llevarlo a cabo serían los propios Centros de Arbitraje.

12. BIBLIOGRAFÍA

- ALBINO, J. “La irracionalidad de la incorporación de la doble instancia en el proceso arbitral”, *Revista Sapere*, No. 11, 2016.
- ALONSO PUIG, J. “Introducción al Arbitraje”, en C. ALONSO (Coor.), *Cuaderno de Derecho para Ingenieros: Arbitraje*, 1ra. Ed., La Ley, 2010.
- Anexo 4 al Reglamento de Arbitraje, Impugnación opcional del laudo, 2024.
- Código Orgánico General de Procesos, RO No. 506, 22/05/2015.
- Constitución de la República del Ecuador, RO No. 449, 20/10/2008.
- Corte Constitucional 1718-11-EP, RO. 172, Sup. 2, 15/03/2016.
- Corte Constitucional del Ecuador, Causa No. 0508-13-EP, RO. 462, Sup. 1, 19/03/2015.
- Corte Constitucional del Ecuador, Causa No. 1898-13-EP, Registro Oficial Edición Constitucional 29, 08/01/2020.
- Corte Constitucional del Ecuador, Causa No. 2822-18—EP, Registro Oficial Edición Constitucional 223-10-02-2023.
- Corte Constitucional del Ecuador, Causa No. 713-14-EP, Registro Oficial Edición Constitucional No. 98, 20/11/2020.
- CREMADES, B. *Dudo mucho que la segunda instancia de apelación reporte beneficios al arbitraje* < http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932020000100187> (02/09/2024).
- Decreto Legislativo que norma el arbitraje No. 1071, 2008.
- DUGUIT, L. *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, Ediciones Coyoacán, 2007.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J. “La doble instancia arbitral: un paradigma sin consolidar”, en M. Menéndez Arias (Coor.), *Anuario de Arbitraje*, Civitas, 2019.
- ERNÁNDEZ, A. *El Arbitraje entre la autonomía de la voluntad de las partes y el Control Judicial*, 1ra Ed., J.M. Bosch Editor, 2017.
- FIERRO, E. “Impugnación de Laudos Arbitrales” (II Congreso de Resolución de Conflictos, Guayaquil, 05/09/2024).
- FOLBERG, J. Y KLOPPENBERG, D. *Arbitration: theory, practice and law – custom edition*, 3ra. Ed., Walters Kluwer – Aspen Publishing, 2016.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. *Arbitraje*, Editorial Porrúa, 2018.
- HERNÁNDEZ, R. “Los remedios procesales en el Código Orgánico General de Procesos”, en A. Cervantes (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho Procesal*, Instituto Ecuatoriano de Derecho Procesal, 2023.

- HERNÁNDEZ, R. *El Procedimiento ejecutivo y su sistema de excepciones tasadas establecido en el Código Orgánico General de Procesos*, 1ra Ed., Ediciones Legales, 2017.
- JARA VELÁSQUEZ, M. *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*, Universidad Andina Simón Bolívar, 2017.
- Ley de Arbitraje y Mediación, RO No. 417, 14/12/2003.
- Ley de Arbitraje y Mediación, RO No. 417, 14/12/2003.
- LLANOS, A. *El principio de la autonomía de la voluntad y sus limitaciones*, Universidad de Chile, 1944.
- MARTÍNEZ, A. “La novedosa regulación relativa a la impugnación de laudos arbitrales contenida en el nuevo Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM)”, *La Ley. Mediación y Arbitraje*. No. 17, 2023.
- MONTOYA, U. “Apuntes para la historia del arbitraje”, *Revista de Investigación Jurídica “Docentia et Investigatio”*, Vol. 9 (2), 2007.
- O’Reilly, O. *Appeals from Arbitral Awards: the Section 69 Debate*, https://www.biicl.org/files/2493_michael_o_reilly__appeals_from_arbitral_awards_the_section_69_debate_.pdf (31/01/2024).
- OYARTE, R. *Derecho Constitucional*, 3ra. Ed., Centro de Estudios y Publicaciones, 2022.
- PARRA DE PARRAGA, E. “La teoría de juegos en la negociación: ¿jugando a negociar o negociar jugando?”, *Revista de Ciencias Sociales*, No. X, 2004.
- PÉREZ, A. “Los principios generales del proceso penal”, 2da Ed., Editorial Temis, 2015.
- Reglamento Corte Española de Arbitraje, 2022.
- Reglamento de arbitraje Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, 2022.
- RENDETI, E. *El compromiso y la cláusula compromisoria*, 1ra. Ed., Ediciones Olejnik, 2018.
- RODRÍGUEZ, L. “Una observación más a la segunda instancia en el procedimiento arbitral Grandes abogados: Civil (I)” < <https://lupicinio.com/grandes-abogados-civilistas-y-mercantilistas-r-garcia-pelayo-una-observacion-mas-a-la-segunda-instancia-en-el-procedimiento-arbitral-2/> > (02/09/2024).
- Sala primera del Tribunal Constitucional de España, Causa No. 512-1991, 04/10/1993. Énfasis añadido.
- SEMPÉRTEGUI, L. “Necesidad de la implementación de la segunda instancia o apelación en arbitraje”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. VI, 2014.

VÁSQUEZ, M. Y DELGADO, J. “El derecho al recurso: lectura constitucional a propósito del sistema recursivo en el procedimiento arbitral”, *Revista Derecho del Estado*, No. XXXXV, 2020.

VILLACRESES, G; Marroquí, Bermeo, G; “Inconstitucionalidad de la inapelabilidad de los laudos arbitrales”, *USFQ Law Review*, Vol. VI, 2019.

Las Juntas de Disputas en los Contratos de Asociación Público-Privada

DISPUTE BOARDS IN PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP CONTRACTS

*Jimmy Rodríguez Villamar**

Recibido/Received: 31/08/2024

Aceptado/Accepted: 02/02/2025

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las Asociaciones Público-Privadas. 2.1. La Participación Privada en Infraestructura. 2.2 Definición de Contrato APP. 2.3 Estructura básica de una APP. 2.3.1 APP por el tipo de pago. 2.3.2 APP en función al uso anterior del emplazamiento. 3. Los Dispute Board. 3.1 Antecedentes y definición. 3.1.1 Tipos de Dispute Board. 3.2 Los Dispute Board en la Ley APP. 3.3 La administración de las disputas en los Contratos APP. 3.4. Posibles disputas en el esquema APP. 3.4.1. Las disputas pueden surgir en más de un contrato dentro del esquema APP. 3.4.2. Cada contrato tendrá su propio mecanismo de resolución de disputas. 3.4.3. La posible existencia de mecanismos de resolución de disputas paralelos genera el riesgo de resoluciones contradictorias. 3.4.4. La negociación de una disputa por parte de la SPE, típicamente necesitará el consentimiento de los financistas. 3.5 Solución para las disputas en el esquema APP. 3.5.1. La cláusula de reclamación vinculada. 3.5.2. La cláusula de suspensión. 3.5.3. La cláusula de responsabilidad equivalente. 3.6. Los Dispute Board en los distintos niveles del esquema APP. 3.7. El Dispute Board único con disputas consolidadas. 4. Conclusiones y Recomendaciones.

* Director de Asesoría Jurídica de la Secretaría de Inversiones Público-Privadas. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Magister en Ciencias Políticas por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Secretario arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana - AMCHAM. Correo electrónico: jimmy.rodriguez.villamar@gmail.com

RESUMEN: La construcción de infraestructura es una necesidad global que invita a una gestión eficiente de los recursos bajo un esquema de cooperación entre lo público y lo privado. En diciembre de 2023, en el Ecuador se publicó la Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo, que en su Libro II incluye la Creación del Régimen para la Atracción de Inversiones, a través de las Asociaciones Público-Privadas (la “Ley APP”). La Ley APP incorpora en el ordenamiento jurídico ecuatoriano las Juntas Combinadas de Disputas o Dispute Board como parte de un proceso escalonado de resolución de disputas en los contratos de Asociación Público-Privada (los “Contratos APP”). Este documento presenta definiciones y tipos de APPs y Dispute Boards, analiza su interacción dentro del esquema de un proyecto APP y propone recomendaciones de uso que buscan ayudar en la formulación, ejecución y fortalecimiento de Proyectos APP en el país.

PALABRAS CLAVE: Asociaciones Público-Privadas, APP, Resolución de Disputas, Juntas Combinadas de Disputas, Dispute Board.

ABSTRACT: The construction of infrastructure is a global need that calls for an efficient management of resources under a public-private cooperation scheme. In December 2023, Ecuador published the Organic Law of Economic Efficiency and Employment Generation, which in its Book II includes the Creation of the Regime for the Attraction of Investments, through Public-Private Partnerships (the “PPP Law”). The PPP Law incorporates in the Ecuadorian legal system the Dispute Boards as part of a tiered dispute resolution process in Public-Private Partnership contracts (the “PPP Contracts”). This document provides definitions and types of PPPs and Dispute Boards, analyzes their interaction within the scheme of a PPP project and proposes recommendations for use that seek to assist in the formulation, development and strengthening of PPP Projects in the country.

KEYWORDS: Public-Private Partnerships, PPP, Dispute Resolution, Combined Dispute Boards, Dispute Board.

1. INTRODUCCIÓN

La construcción de infraestructura moderna, sustentable y asequible es crucial para enfrentar desafíos como el cambio climático y las necesidades de una población que se multiplica. Atrás ha quedado la discusión que volvía irreconciliables el interés público y el interés privado. La asociación de lo público y lo privado permite atender las necesidades y afrontar retos en un esquema que privilegia la cooperación sobre la confrontación.

La Participación Privada en Infraestructura permite disminuir la brecha de infraestructura con inversión de capitales privados, lo que alivia la carga fiscal sobre un rubro típicamente elevado en los presupuestos públicos. Buena parte de esta inversión se instrumentaliza a través de contratos de Asociación Público-Privada.

El nivel de litigiosidad en obras de gran magnitud es mayor al de otro tipo de contratos por lo tanto se requiere de un mecanismo eficaz que permita continuar con la ejecución de la obra previniendo y resolviendo cuanto antes las disputas que se susciten. Mantener activado un mecanismo de prevención y resolución de controversias durante la obra es una necesidad por cuánto la obra no debería ralentizarse o suspenderse mientras se conoce y resuelve una disputa.

En otros países de la región, las APP contribuyen una parte importante en las estadísticas de Participación Privada en Infraestructura. En diciembre de 2023 el Ecuador publicó una nueva ley que rige las APP, que incluye disposiciones en relación con la solución de controversias que incorporan a las Juntas de Disputas o *Dispute Board*¹ como parte de un esquema escalonado de resolución de controversias para Contratos APP.

Este documento busca incorporar elementos que permitan comprender el funcionamiento de una Junta Combinada de Disputas en el marco de un Contrato APP.

1 Para el propósito de este documento se consideran ambos términos como sinónimos.

2. LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

En esta sección se incluye (i) la definición de Participación Privada en Infraestructura; (ii) la definición de Contrato APP; y, (iii) su estructura básica.

2.1. LA PARTICIPACIÓN PRIVADA EN INFRAESTRUCTURA

De acuerdo con el Banco Mundial, durante 2023 se comprometieron 86 mil millones de dólares de inversión del sector privado en infraestructura alrededor del mundo. De ese monto, América Latina y el Caribe recibió 15.8 mil millones de dólares. Aunque es una cifra importante, significó una disminución del 43% en relación con el 2022. Perú y Brasil son parte del grupo de los 5 países que más inversión privada en infraestructura recibió en 2023, junto con India, China y Filipinas. Estos cinco países recibieron un total de 66 mil millones de dólares. El 52% de esta inversión es efectuada por entidades extranjeras a los países que la reciben. En este año, los sectores con mayor inversión son el de tecnologías de la información y comunicación y energía; mientras que la inversión ha disminuido en los sectores de agua y saneamiento, transporte y desechos sólidos. Del total de la participación privada en infraestructura, el 75% se financia mediante deuda y el 25% con acciones de capital².

De acuerdo con el Infrascopio 2023/2024, entre 2014 y 2023 en 26 países de América Latina y el Caribe se han invertido 160 mil millones de dólares en APPs en 640 proyectos. Los sectores con mayor desarrollo en este periodo son el transporte y las energías renovables³. En la región, esta figura tiene un importante desarrollo en países como Perú. De acuerdo con la Agencia de Promoción de la Inversión Privada de Perú, en ese país existen 108 proyectos adjudicados en APP con una inversión superior a los 28 mil millones de dólares⁴.

En el Ecuador, la contratación APP ha tomado especial relevancia en los

2 World Bank Group, *Private Participation in Infrastructure (PPI). 2023 Annual Report*, <<https://ppi.worldbank.org/content/dam/PPI/documents/PPI-2023-Annual-Report-Final.pdf>> (14/11/2024). Pp. 2-3.

3 Banco Interamericano de Desarrollo y Economist Impact, *Infrascopio 2023/2024. Evaluating the environment for public-private partnerships in Latin America and the Caribbean*, <<https://impact.economist.com/new-globalisation/infrascopio-2024/en/>> (14/11/2024).

4 Pro Inversión, *Portafolio de Proyectos 2024-2026*, <<https://www.investinperu.pe/es/>>, (14/11/2024).

últimos años. Además de los cinco contratos APP⁵ que actualmente están en ejecución en el país, existe un portafolio de ocho perfiles de proyectos⁶ priorizados por el Comité Interinstitucional de Asociaciones Público-Privadas (en adelante el “CIAPP”), en los sectores vial y portuario, que suman un total de inversión equivalente a USD 3.683,19 millones de dólares⁷. Algunos de estos proyectos ya han iniciado su etapa de estructuración y se espera que nuevos proyectos sean inscritos en el portafolio.

Los Gobiernos Autónomos Descentralizados (en adelante los “GAD”) provinciales y municipales tendrían un total de 130 proyectos priorizados en sectores como infraestructura, vialidad, alcantarillado y saneamiento y agua potable, con una inversión equivalente a USD 3.461 millones de dólares⁸.

Una implementación inicial exitosa de proyectos APP con inversión privada puede ser decisiva para que el país consiga el apoyo público y atraiga recursos nacionales y extranjeros que garanticen su crecimiento económico⁹.

2.2. DEFINICIÓN DE CONTRATO APP

Las APP son contratos de largo plazo en los que una parte privada desarrolla infraestructura pública, asume una parte significativa del riesgo y recibe remuneración en función de su desempeño. Las definiciones varían en cuanto al alcance de lo que se define por desarrollo de la infraestructura y si el privado debe proporcionar el financiamiento y en qué medida, según se explica más adelante.

El artículo 2 de la Ley APP define APP en los términos siguientes:

Artículo 2. – De la Asociación Público-Privada. – Se entenderá por Asociación Público-Privada (APP) a una *modalidad*

5 Puerto de Posorja; Puerto Bolívar; la carretera Río Siete – Huaquillas; el Dragado al canal de acceso terminales portuarias de Guayaquil; y el Puerto de Manta.

6 Secretaría de Inversiones Publico Privadas, *Portafolio de Proyectos en el Registro Nacional APP*, <<https://www.appecuador.gob.ec/portafolio-de-proyectos-publicos-con-participacion-privada/>>, (14/11/2024).

7 Secretaría de Inversiones Publico Privadas, N. 6.

8 Cumbre de Inversiones Ecuador 2024, *Lista y Categoría de los 130 Proyectos Provinciales y Municipales Priorizados*, <<https://www.cumbreinversionesec.com/es/cumbredeinversionesecuador2024/Proyectos/>> (14/11/2024)

9 C. CHERN, *Chern on Dispute Boards. Practical and Procedure*, Third Edition, Informa law from Routledge, 2015. p. 568.

contractual de Gestión Delegada de largo plazo entre una entidad del sector público y un Gestor Privado, para el desarrollo y/o gestión de un activo público o la prestación de un Servicio Público en el que el Gestor Privado asume riesgos y responsabilidades significativos durante la vigencia del contrato y, la contraprestación está ligada al desempeño respectivo del nivel de servicio y disponibilidad de la infraestructura existente o nueva. [...]

Se prohíbe, a través de la modalidad de APP y de la aplicación de la presente Ley, la Privatización, así como la ejecución de proyectos de exploración y explotación en los sectores de minería y petróleo. La modalidad de APP no sustituirá a las modalidades de participación privada contempladas en leyes especiales aplicables al sector minera y de hidrocarburos (destacado fuera de texto).

El Banco Mundial define las APP en los términos siguientes:

[...] se refiere al acuerdo entre el sector público y el sector privado en el que parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público es suministrada por el sector privado bajo un claro acuerdo de objetivos compartidos para el abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública. Usualmente, no incluye contratos de servicios ni contratos llave en mano, ya que estos son considerados como proyectos de contratación pública, o de privatización de servicios públicos en los que existe un rol continuo y limitado del sector público¹⁰ (destacado fuera de texto).

La Guía de la Certificación en Asociaciones Público-Privadas de APMG define a las APP en los términos siguientes:

Un contrato a largo plazo entre una parte pública y una parte privada para el desarrollo (o mejora significativa o renovación) y gestión de un activo público (incluyendo potencialmente la gestión de un servicio público relacionado), en el que la parte privada asume riesgo significativo y responsabilidad significativa de gestión a lo largo de la vida del contrato, proporciona una parte significativa del financiamiento a su propio

10 World Bank Group, ¿Qué son las asociaciones público-privadas?, <<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/que-son-las-asociaciones-publico-privadas#:~:text=En%20l%C3%ADneas%20generales%2C%20una%20asociaci%C3%B3n.compartidos%20para%20el%20abastecimiento%20del>> (14/11/2024)

riesgo, y la remuneración está vinculada significativamente con el desempeño y /o demanda o uso del activo o servicio con el fin de alinear los intereses de ambas partes¹¹ (destacado fuera de texto).

2.3. ESTRUCTURA BÁSICA DE UNA APP

La complejidad de este tipo de proyectos ha hecho que la industria privilegie un esquema de riesgos técnicamente distribuidos y la intervención de varios actores. Con posibles variaciones, la estructura es la siguiente.

La Entidad Delegante es una entidad pública que ha delegado la gestión de un servicio o la construcción de infraestructura a un Contratista que es una Sociedad de Propósito Específico (“SPE”) para el cumplimiento del Contrato APP. El único objeto de la SPE es ejecutar el Contrato APP.

La SPE puede recibir su remuneración por pago directo del Estado o mediante el cobro de tarifas a los usuarios del servicio que presta. Esta remuneración tendrá relación con los niveles de servicio determinados en el Contrato APP.

Basada en una proyección de los rendimientos del proyecto, la SPE debe completar en acciones y deuda el financiamiento necesario para el diseño y la construcción. El financiamiento tipo *Project Finance* significa que el respaldo de la obligación de pago del financiamiento que tiene la SPE con el financista se respalda en los rendimientos y activos del proyecto y no en las acciones o patrimonio de sus miembros¹².

Típicamente, la SPE podría subcontratar, por una parte, el diseño y la construcción (“D&C”), y, por otra parte, la operación y el mantenimiento (“O&M”). Este es el primer nivel de subcontratos con los que la SPE delega obligaciones y distribuye riesgo¹³: los contratos del proyecto aguas abajo¹⁴.

Dependiendo de la complejidad del proyecto, el primer nivel de subcontratistas, a su vez, podría delegar y distribuir parte de sus obligaciones y su riesgo en otro nivel

11 Banco Mundial, *La Guía de la Certificación de Asociaciones Público-Privadas (APP) de APMG*, Licencia: Creative Commons Attribution CC BY 3.0 IGO, 2016. p. 17.

12 O. HAYFORD, y D. MUELLER, *Better dispute resolution for PPPs*, <<https://www.dispute-board.org/wp-content/uploads/2022/05/Better-dispute-resolution-for-PPPs.pdf>> (14/11/2024). p.1.

13 Banco Mundial, N.11. p.55.

14 Banco Mundial, N.11. p. 94.

de subcontratistas y así sucesivamente¹⁵.

Los términos de los contratos que celebra el primer nivel de subcontratistas son generalmente *back-to-back*, es decir, que la obligación del subcontratista se corresponderá con la obligación de la SPE ante la Entidad Delegante bajo el Contrato APP¹⁶. Lo mismo podría ocurrir con los siguientes niveles de subcontratistas.

Existen varios tipos y variaciones de APPs, para efectos de este documento se explicarán dos divisiones: (i) APP por el tipo de pago y (ii) APP en función al uso anterior del emplazamiento.

2.3.1. APP POR EL TIPO DE PAGO

Existen dos tipos de APP en función del origen de los ingresos que recibe el socio privado, estas son: (i) de pago por usuario y (ii) de pago de gobierno¹⁷.

Las APP de pago por usuario son aquellas que reciben pagos directamente de los usuarios de la infraestructura o servicio mediante el cobro de tarifas.

Las APP de pago de gobierno son aquellas que reciben pagos del Estado directamente del presupuesto público.

2.3.2. APP EN FUNCIÓN AL USO ANTERIOR DEL EMPLAZAMIENTO

Existen fundamentalmente dos tipos de APP en función al uso pasado del emplazamiento, estos son: (i) proyectos *greenfield* y (ii) proyectos *brownfield*¹⁸. Los proyectos *greenfield* son aquellos que, esencialmente, inician de cero, han sido recientemente adjudicados o se encuentran en fase de construcción.

Los proyectos *brownfield* son aquellos sobre infraestructura que se encuentra operando o que ya existía antes de la estructuración del proyecto. Debajo se muestra el diagrama de la estructura básica de una APP de pago por usuario tanto en un

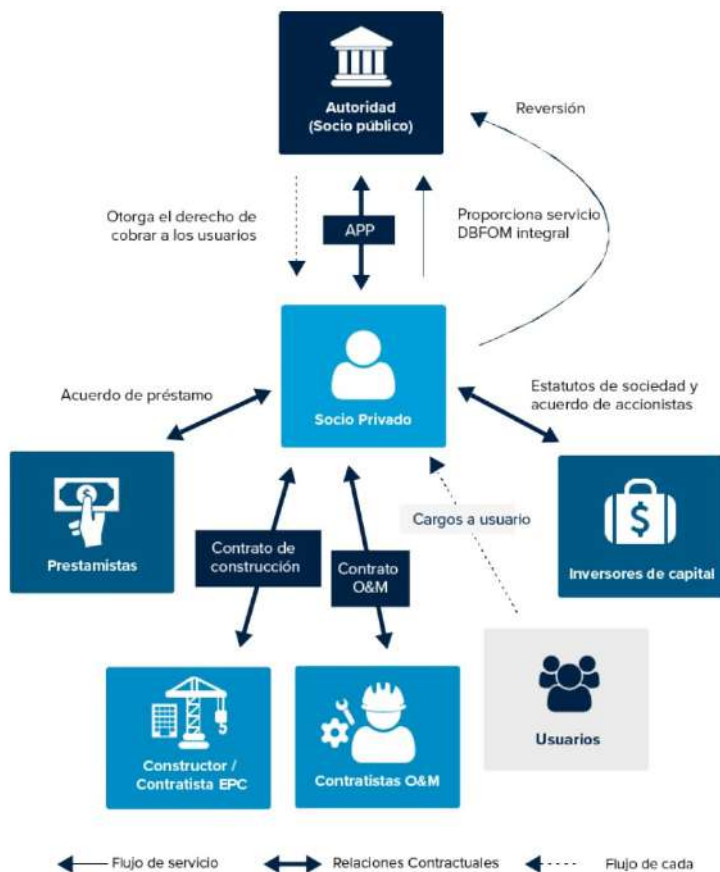
15 O. HAYFORD y D. MULLER, N.12. p. 1.

16 O. HAYFORD y D. MULLER, N.12. p. 1.

17 Banco Mundial, N.11. p. 54.

18 *Ibíd.*

proyecto *greenfield* como *brownfield*:



Nota: DBFOM= Contrato de Diseño, Construcción, Financiamiento, Operación y Mantenimiento (por sus siglas en inglés); EPC= *Engineering, Procurement and Construction* (trad. lit. Ingeniería, Compra y Construcción); O&M= Contrato de operación y mantenimiento; APP= Asociación pública privada.

Cuadro 1. Esquema Básico de una Estructura de Contrato DBFOM (Pago por Usuario)
Fuente: Banco Mundial, N.12.¹⁹

¹⁹ Banco Mundial, N.11. p. 38.

Según se ve, existen 6 actores fundamentales: (i) el socio público, (ii) el socio privado, (iii) sus inversores de capital, (iv) los prestamistas o financistas, (v) los usuarios; y, (vi) los subcontratistas. Al final del Contrato APP existe una reversión del activo público del socio privado al socio público, aunque la titularidad de este activo permanece bajo el socio público durante todo el proyecto.

El Contrato APP divide las aguas: las relaciones que surjan en el Contrato APP se denominan “aguas arriba” y las relaciones hacia abajo del Contrato APP se denominan “aguas abajo”²⁰.

3. Los *DISPUTE BOARD*

En esta sección se abordará el antecedente y definición de los *Dispute Board*, así como su expresa incorporación en la legislación ecuatoriana.

3.1. ANTECEDENTES Y DEFINICIÓN

El término *Dispute Board* fue acuñado en 1974 en el Reporte para la Mejor Construcción Subterránea del Comité Nacional de Tecnología de Túneles de EE. UU y se conformó por primera vez en un contrato D&C para la segunda perforación del túnel Eisenhower en Colorado con notable éxito²¹.

Los *Dispute Board* se internacionalizaron en los ochentas con la recomendación de su uso por parte de organismos internacionales como el Banco Mundial y en los noventas se utilizaron en proyectos como el Túnel bajo el Canal de la Mancha entre Reino Unido y Francia, el nuevo Aeropuerto Internacional de Hong Kong y el proyecto hidroeléctrico Ertan en China²².

En 1995 el Banco Mundial incluyó los *Dispute Board* de tres miembros en sus documentos estándar para contrataciones superiores a US\$ 50 millones de dólares. En ese mismo año, la Federación Internacional de Ingenieros Consultores-FIDIC lo incluyó como parte de su Libro Naranja y en 1999 como parte de su Libro Rojo, Amarillo y Plata. En 2017 el arcoiris de contratos FIDIC incorporó un *Dispute Board* en su forma de Junta de Prevención y

20 Banco Mundial, N.11. p. 92.

21 Dispute Resolution Board Foundation. *Dispute Board Manual. A Guide to Best Practices and Procedures*, 1era. Ed., Spark Publications, 2019. p. 8.

22 Dispute Resolution Board Foundation, N.22. p. 9.

Resolución de Disputas²³.

En el Ecuador existen dos antecedentes relevantes del uso de *dispute boards*: la construcción de la Central Hidroeléctrica Coca-Codo Sinclair y la Construcción de la Primera Línea del Metro de Quito.

La *Dispute Resolution Board Foundation* define *Dispute Board* en los siguientes términos: “una Junta de Disputas (DB) es una junta de *profesionales imparciales* conformada al inicio del proyecto *para seguir el progreso de la construcción, fomentar la prevención de disputas y asistir en la solución de disputas* mientras dure el proyecto”²⁴ (destacado fuera de texto).

El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional relativo a los *Dispute Boards* (“**Reglamento CCI**”) define *Dispute Board* en los siguientes términos:

Un *Dispute Board* es un *órgano permanente que típicamente se establece con la firma o el inicio de la ejecución de un contrato a mediado o largo plazo, para ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera surgir durante la aplicación del contrato*. Habitualmente utilizados en los proyectos de construcción, también se emplean en otros campos como la investigación y el desarrollo, la propiedad intelectual y los acuerdos de reparto de la producción y de accionistas²⁵ (destacado fuera de texto).

Un *dispute board* es un órgano permanente o temporal (*ad-hoc*) conformado por profesionales imparciales y multidisciplinarios cuyo principal objetivo es prevenir y resolver las disputas que puedan surgir en la ejecución de un contrato de construcción de infraestructura o de otro objeto que pueda beneficiarse de su uso.

23 Ibid.

24 Ibidem

25 Reglamento relativo a los *Dispute Boards* (2015), Artículo 1 (1,2).

3.1.1. TIPOS DE DISPUTE BOARD

El Reglamento CCI define 3 tipos de *Dispute Board*, esencialmente en función a la aplicabilidad de su decisión: (i) *Dispute Review Boards* (DRB) o Juntas de Revisión de Disputas; (ii) *Dispute Adjudication Boards* (DAB) o Juntas de Adjudicación de Disputas; y, (iii) *Combined Dispute Boards* (CDB) o Juntas Combinadas de Disputas.

El artículo 4 del Reglamento CCI determina que las *Juntas de Revisión de Disputas* emiten Recomendaciones que las partes pueden o no acatar:

ARTÍCULO 4

Dispute Review Boards (DRB)

1. Los DRB pueden ayudar a las Partes a evitar Desacuerdos, a resolverlos a través de una asistencia informal y emitiendo Conclusiones sobre las Desavenencias en caso de sumisión formal. En las sumisiones formales, emiten Recomendaciones relativas a las Desavenencias.

2. *Al recibir una Recomendación, las Partes pueden acatarla voluntariamente pero no están obligadas a hacerlo. [...]*²⁶(destacado fuera de texto)

El artículo 5 del Reglamento CCI determina que las *Juntas de Adjudicación de Disputas* emiten Decisiones de cumplimiento obligatorio para las partes:

ARTÍCULO 5

Dispute Adjudication Board (DAB) [...]

2. *Una Decisión es obligatoria para las Partes desde el momento de su recepción.* Las Partes deben cumplirla sin demora aun cuando exista una manifestación de desacuerdo conforme al presente Artículo 5²⁷ (destacado fuera de texto).

El artículo 6 del Reglamento CCI determina que *las Juntas Combinadas de*

26 Reglamento relativo a los Dispute Boards (2015), Artículo 4 (1,2).

27 Reglamento relativo a los Dispute Boards (2015), Artículo 5 (2).

Disputas podrán emitir Recomendaciones o Decisiones:

ARTÍCULO 6

Combined Dispute Boards (CDB)

1. Los CDB pueden ayudar a las Partes a evitar Desacuerdos, a resolverlos a través de una asistencia informal y emitiendo Conclusiones sobre las Desavenencias en caso de sumisión formal. En las sumisiones formales, *emiten Recomendaciones relacionadas con las Desavenencias conforme al Artículo 4, pero pueden dictar Decisiones conforme al Artículo 5 según lo estipulado en los párrafos 2 y 3 del presente Artículo 6.*

2. Si una de las Partes solicita una Decisión acerca de una Desavenencia, y ninguna otra Parte se opone a ello, el CDB dictará una Decisión.

3. Si una de las Partes solicita una Decisión y la otra Parte se opone a ella, el CDB *decidirá definitivamente sobre la emisión de una Recomendación o de una Decisión.* Para llevar a cabo esta elección, el CDB deberá tomar en consideración, sin limitarse a ellos, los factores siguientes:

si, por razones de urgencia y otras consideraciones pertinentes, una Decisión puede facilitar la ejecución del Contrato o impedir un daño o perjuicio importante para cualquier de las Partes;

si una Decisión permite prevenir la interrupción del Contrato;

si una Decisión es necesaria para conservar elementos de prueba. [...] ²⁸
(destacado fuera de texto).

Los *Dispute Boards* pueden emitir decisiones a manera de recomendaciones, de obligatorio cumplimiento o mixtas, según la voluntad de las partes en el contrato.

28 Reglamento relativo a los Dispute Boards (2015), Artículo 6 (1,2,3)

3.2. LOS *DISPUTE BOARD* EN LA LEY APP

Aunque nacieron como una figura contractual, varios países han incorporado el término Junta de Disputas a nivel reglamentario y legislativo. El Ecuador incorporó el término Juntas Combinada de Disputas mediante Decreto Ejecutivo 788 (derogado)²⁹ y lo amplió en la Ley APP y el Reglamento de la Ley APP.

El artículo 53 de la Ley APP plantea para los Contratos APP un esquema de resolución de disputas escalonado que avanza de la negociación directa entre las partes, a la mediación, a la Junta Combinada de Disputas y finalmente al arbitraje, en los siguientes términos:

Artículo 53. – Cláusula compromisoria: Toda disputa que se genere o surja con relación a los Contratos APP, se resolverán de conformidad con lo pactado por las partes en el Contrato APP. *La cláusula compromisoria deberá contemplar los siguientes mecanismos preclusivos de resolución de disputas:*

- a. Negociación directa entre las partes;*
- b. Mediación ante un Centro de Mediación debidamente autorizado;*
- c. Junta Combinada de Disputas, cuando sea aplicable, y*
- d. Arbitraje*

Para el caso de conflictos de carácter técnico que surjan durante la fase [de] diseño, construcción y operación del Contrato, las partes podrán pactar que, previo a acudir a arbitraje, las controversias que no hayan sido resueltas ni por negociaciones directas ni en mediación, se someterán al dictamen

29 Decreto Ejecutivo 788, Artículo 135, RO No. 341, 28/06/2023: “Art. 135. – Cláusula Compromisoria.- Toda disputa que se genere o surja con relación al Contrato APP, se resolverá de conformidad con lo pactado por las partes en la cláusula de solución de disputas. Dicha cláusula deberá contemplar los mecanismos escalonados de resolución de disputas previstos en la Ley APP. Para el caso de conflictos de carácter técnico que surjan durante la ejecución del contrato, las partes podrán pactar que estas disputas sean conocidas por una Junta Combinada de Disputas. La composición, forma de reuniones, activación y otras disposiciones necesarias para su funcionamiento estarán reguladas en el Contrato APP. La activación de la Junta Combinada de Disputas no suspenderá la ejecución del Contrato APP. Lo resuelto por la Junta tendrá carácter vinculante”.

de una Junta Combinada de Disputas, la misma que estará conformada por uno o varios técnicos expertos en la materia de la disputa, conforma determine el Reglamento.

La composición, forma de reuniones, activación y otras disposiciones necesarias para el funcionamiento de la Junta Combinada de Disputas estarán reguladas en el Reglamento de esta Ley y demás normativas que apruebe el CIAPP. La activación de la Junta Combinada de Disputas no suspenderá la ejecución del Contrato³⁰ (subrayado fuera de texto).

La Ley APP se somete a la voluntad de las partes, y determina que en el caso de disputas técnicas durante la etapa de ejecución de los contratos D&C y O&M, que no hayan sido resueltas las etapas de negociación o mediación, podrán ser conocidas por Juntas Combinadas de Disputas, es decir, aquellos que pueden emitir Recomendaciones o Decisiones, aunque en el Reglamento determina que lo resuelto por la Junta Combinada de Disputas tendrá carácter vinculante.

El artículo 347 del Reglamento de la Ley APP reitera el sometimiento a la voluntad de las partes, el mecanismo escalonado con una mención expresa a la conformación de una Junta Combinada de Disputas para las que sean de carácter técnico:

Art. 347.- Cláusula Compromisoria. – Toda disputa que se genere con relación al Contrato APP, se resolverá de conformidad con lo pactado por las partes en la cláusula de solución de disputas.

Dicha cláusula deberá contemplar los mecanismos escalonados de resolución de disputas previstos en la Ley APP.

Para el caso de conflictos de carácter técnico que surjan durante la ejecución del contrato, las partes podrán pactar que estas disputas sean conocidas por una Junta Combinada de Disputas. La composición, forma de reuniones, activación y otras disposiciones necesarias para su funcionamiento estarán reguladas en el Contrato APP. La activación del proceso arbitral no suspenderá la ejecución del Contrato APP. Lo resuelto por la Junta

30 Ley Orgánica de Urgencia Económica, Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo, Libro II, Artículo, 53(a,b,c,d), RO No. 461, 20/12/2023.

Combinada de Disputas tendrá carácter vinculante³¹ (destacado fuera de texto).

Tanto la Ley APP como el Reglamento a la Ley APP recogen el principio de que no se suspenda la ejecución del Contrato APP si se ha suscitado una controversia.

3.3. LA ADMINISTRACIÓN DE LAS DISPUTAS EN LOS CONTRATOS APP

El diverso número de actores, el largo plazo de los Contratos APP, la importancia social de su objeto, las importantes cuantías y la dificultad propia del desarrollo de infraestructura presentan varios retos. La administración de las disputas en este tipo de contratos es fundamental para que el proyecto cumpla con su objeto.

La manera más eficiente de prevenir las disputas es con una correcta identificación, asignación y mitigación de los riesgos del proyecto desde etapas anteriores a la celebración del Contrato APP. Sin embargo, existen situaciones imprevisibles que pueden afectar la APP de manera importante. Además, el plazo prolongado, la naturaleza del objeto y la multiplicidad de actores y expectativas, generan naturalmente diferencias de criterio en la ejecución de estos contratos³².

Por ejemplo, un cambio de circunstancias durante la ejecución, el posible interés de la Entidad Delegante de ampliar el alcance del Contrato APP o de la SPE de aprovechar las opciones comerciales que se presenten, pueden generar necesidad de cambios en el Contrato APP lo que afecta el cálculo de Valor por Dinero³³ que haya podido calcularse y pone a la Entidad Delegante en una situación de desventaja ya que “[...] son procesos de diálogo en los que no existe competencia y en los que la Administración es más susceptible de aceptar soluciones desfavorables que no interrumpen la normal ejecución

31 Reglamento General de la Ley de Eficiencia Económica y Generación de Empleo, Artículo, 347, RO No. 496, 9/2/2024.

32 C. CHERN, N.9. p. 568.

33 El Valor por Dinero de un proyecto APP se confirma mediante una serie de evaluaciones de factibilidad económica o socioeconómica que confirmen si el beneficio neto esperado o si el valor estimado para la sociedad muestra una evidencia de eficiencia incremental en comparación con un procedimiento tradicional y opción de financiamiento gubernamental. Banco Mundial, N.12. p. 67, 168.

del proyecto”³⁴.

Las discrepancias de cualquier tipo requieren mecanismos de resolución de disputas que prevean que no se afecte la ejecución del Contrato APP:

Las discrepancias, ya sean durante las modificaciones o por la simple interpretación del contrato, requieren en no pocas ocasiones, de la utilización de los mecanismos de solución de controversias. Si la regulación no prevé explícitamente lo contrario, la ejecución del contrato se verá afectada, ralentizada o incluso interrumpida, generando a su vez discrepancias adicionales, pudiendo el proyecto quedar atrapado en un círculo pernicioso³⁵.

En este sentido, las disposiciones contenidas en el artículo 53 de la Ley APP y 147 del Reglamento de la Ley APP, que expresamente prohíbe la suspensión del Contrato APP en caso de que se haya iniciado un mecanismo de resolución de disputas, son concordantes con la recomendación doctrinaria.

A continuación, se presentan algunos de los retos del esquema APP en cuanto a la resolución de disputas.

3.4. POSIBLES DISPUTAS EN EL ESQUEMA APP

En un esquema APP (i) las disputas pueden surgir en más de un contrato dentro del esquema; (ii) cada contrato podría tener su propio mecanismo de resolución de disputas; (iii) la posible existencia de mecanismos de resolución de disputas paralelos genera el riesgo de resoluciones contradictorias; y, (iv) la negociación de una disputa por parte de la SPE, típicamente, necesitará el consentimiento de los financistas³⁶.

34 J. MOLINA, *Ideas y reflexiones para la implementación de proyectos de Asociación Público-Privada. La experiencia latinoamericana*, Ed. Corporación Andina de Fomento, 2020. p. 12.

35 J. MOLINA, N.34. p. 13.

36 O. HAYFORD y D. MULLER, N.12. p. 2-4.

3.4.1. LAS DISPUTAS PUEDEN SURGIR EN MÁS DE UN CONTRATO DENTRO DEL ESQUEMA APP

Es común que en un subcontrato D&C se generen disputas relacionadas con prórrogas de plazo y pagos adicionales, ya sea por trabajos o diseños no contemplados originalmente en el alcance del contrato o por imprevistos sociales o de ingeniería. Un subcontrato O&M podría presentar disputas relacionadas con el nivel de cumplimiento o resultados esperados por parte del subcontratista.

En ambos casos, las disputas pueden ser causa o consecuencia de una disputa correspondiente entre la SPE y la Entidad Delegante. Por ejemplo, el SPE puede haber negado una ampliación de plazo al subcontratista del contrato D&C debido a que la Entidad Delegante haya negado una reclamación de plazo similar en el Contrato APP. Cuando una disputa bajo el Contrato APP se corresponde con una disputa en el primer nivel de subcontratistas, es conocida como una “disputa o reclamación vinculada” o “disputa o reclamación de transferencia”³⁷.

Es posible que una disputa que surja aguas abajo no tenga una reclamación o disputa correspondiente en el Contrato APP porque surja de disposiciones contractuales o circunstancias que son únicas a ese contrato o a ese nivel de contratos. Por ejemplo, la obligación de pago de planillas que tiene el subcontratista D&C con sus subcontratistas aguas abajo y el correspondiente derecho de cobro de esos subcontratistas de segundo nivel, no suele tener vinculación o transferencia al Contrato APP³⁸. Es necesario un mapeo exhaustivo por parte de todos los actores, pero especialmente por parte de la SPE, para evitar encontrarse en una posición de riesgo retenido.

3.4.2. CADA CONTRATO TENDRÁ SU PROPIO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Debido a que existen múltiples contratos en varios niveles, es común que en cada uno de esos contratos se pacte una cláusula de resolución para las disputas surgidas de ese contrato.

37 O. HAYFORD y D. MULLER, N.12. p. 2.

38 *Ibíd.*

Si existe una reclamación vinculada, por ejemplo, una de prórroga de plazo o ajuste de precio que viene subiendo las aguas, y los respectivos contratos no tienen una cláusula de consolidación de disputas vinculadas, una resolución única para las tres partes solo sería posible si todas las partes deciden, después de surgida la disputa, su consolidación³⁹. Lo que es más difícil porque la litigiosidad aumenta una vez surgida la disputa. Esto se aplica tanto para un proceso de negociación, *Dispute Board* o arbitraje.

3.4.3. LA POSIBLE EXISTENCIA DE MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS PARALELOS GENERA EL RIESGO DE RESOLUCIONES CONTRADICTORIAS

Cualquier acuerdo entre las partes o resolución de la disputa por un tercero sobre un asunto específico podría ser contradictoria si la resolución ocurre en distintos niveles del esquema, aunque fuesen sobre el mismo asunto. Esto podría ocurrir aun cuando sea el mismo tercero quien dirima ambas controversias debido a las diferencias en la argumentación o evidencia presentada en cada procedimiento. Incluso si las resoluciones son consistentes entre sí, podrían tener diferente cuantía⁴⁰.

Si existen dos resoluciones contradictorias es de alto riesgo para el proyecto porque podría dejar a la SPE con una obligación de pago que no puede recuperar del subcontratista ni de la Entidad Delegante, lo que genera un brecha de responsabilidad que deberá ser cubierta con aportaciones de los miembros de la SPE. Si la SPE no logra conseguir estas aportaciones extraordinarias podría incumplir sus obligaciones bajo el Contrato APP, lo que afectaría también a los financistas y podría derrumbar el esquema⁴¹.

3.4.4. LA NEGOCIACIÓN DE UNA DISPUTA POR PARTE DE LA SPE, TÍPICAMENTE, NECESITARÁ EL CONSENTIMIENTO DE LOS FINANCIEROS

El contrato de financiamiento entre la SPE y los financistas típicamente incluirá una cláusula por la cual la SPE se obliga a notificar a los financistas acerca de cualquier disputa en la que esté relacionada y a no resolverla de forma

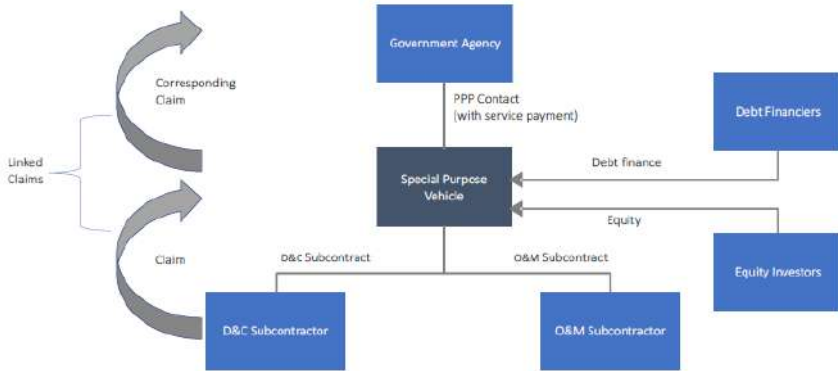
39 O. HAYFORD y D. MULLER, N.12. p. 3.

40 O. HAYFORD y D. MULLER, N.12. p. 4.

41 *Ibid.*

negociada, salvo que exista la autorización previa de los financistas⁴².

Debajo se presenta un diagrama de las posibles reclamaciones en un esquema APP:



Cuadro 2. Diagrama de las Posibles Disputas en el Esquema APP. Fuente: O. HAYFORD y D. MULLER, N. 13, p.4⁴³.

3.5. SOLUCIÓN PARA LAS DISPUTAS EN EL ESQUEMA APP

En caso de que surjan disputas vinculadas, debería minimizarse la brecha de responsabilidad mediante la incorporación, en el primer nivel de subcontratos, de disposiciones que reconozcan la vinculación de las disputas y equivalencias de responsabilidad en el proyecto, estas se denominan (i) cláusula de reclamación vinculada; (ii) cláusula de suspensión; y, (iii) cláusula de responsabilidad equivalente⁴⁴.

3.5.1. LA CLÁUSULA DE RECLAMACIÓN VINCULADA

En el subcontrato de primer nivel, las partes podrían acordar que, en caso de que el subcontratista presente una reclamación, la SPE deberá presentar una reclamación vinculada a la Entidad Delegante en el marco del Contrato APP⁴⁵.

42 O. HAYFORD y D. MULLER, N.12. p. 4.

43 *Ibíd.*

44 *Ibíd.*

45 *Ibíd.*

3.5.2. LA CLÁUSULA DE SUSPENSIÓN

El procedimiento de resolución de disputas del subcontrato de primer nivel se suspende mientras el procedimiento de resolución de disputas del Contrato APP se desarrolla⁴⁶.

3.5.3. LA CLÁUSULA DE RESPONSABILIDAD EQUIVALENTE

El subcontratista de primer nivel acepta someterse a lo resuelto en el marco del Contrato APP y que sus derechos en virtud del subcontrato no superarán los derechos relativos de la SPE⁴⁷.

El subcontratista de primer nivel debe pagar al SPE por los costes de la reclamación contra la Entidad Delegante, siempre que se haga de acuerdo con las instrucciones del subcontratista. Si el SPE no es diligente en la presentación de su reclamación ante la Entidad Delegante, la cláusula de suspensión dejaría de aplicarse y el subcontratista podría continuar con el procedimiento de resolución de disputas del subcontrato.⁴⁸

Por ejemplo, un subcontratista podría presentar un reclamo ante la SPE para que le sea concedida una prórroga de plazo con ajuste de precio por un evento no imputable al subcontratista. La SPE deberá presentar el mismo reclamo ante la Entidad Delegante con una pretensión correspondiente, la reclamación vinculada. La resolución de la reclamación del subcontratista ante la SPE se verá suspendida hasta que se resuelva la reclamación en el marco del Contrato APP, la suspensión de la reclamación. Lo resuelto bajo el Contrato APP será trasladado hacia la reclamación del subcontratista con lo cual la responsabilidad es equivalente en ambos niveles, tanto en el subcontrato como en el Contrato APP. El inconveniente de este esquema es que la SPE queda entre la espada y la pared en medio de la reclamación de su subcontratista y la reclamación ante la Entidad Delegante, lo que podría afectar también al subcontratista en caso de que la SPE no haya efectuado una defensa diligente de los intereses de ambos o incluso de la Entidad Delegante si la SPE no efectuó una correcta fiscalización del subcontratista.

46 O. HAYFORD y D. MULLER, N.12. p. 4.

47 *Ibíd.*

48 O. HAYFORD y D. MULLER, N.12. p. 5.

3.6. LOS *DISPUTE BOARD* EN LOS DISTINTOS NIVELES DEL ESQUEMA APP

Existen dos opciones de incorporación de *Dispute Boards* en los distintos niveles del esquema APP: (i) constituirlo solo al nivel del Contrato APP y no al primer nivel de subcontratos; o, (ii) constituir Juntas de Prevención y Resolución de Disputas en ambos niveles⁴⁹. Ambas opciones podrían presentar inconvenientes.

En el primer caso porque el subcontratista de primer nivel no tendría el derecho de participar en el *Dispute Board* o someter a su conocimiento una Reclamación, sino que dependería de la discreción de la Entidad Delegante y la SPE; y, porque el *Dispute Board* solo tendría facultad de emitir una Decisión que obligue al subcontratista de primer nivel si el régimen de reclamación vinculada y responsabilidad equivalente es efectivo⁵⁰.

En el segundo caso porque la sustanciación de procesos paralelos expone a la SPE a posibles resultados distintos y contradictorios, aun cuando los miembros de ambos *Dispute Boards* sean los mismos, la consolidación de dos procesos de *Dispute Board* solo puede ocurrir con el acuerdo de las 4 partes: subcontratista, SPE, Entidad Delegante y el *Dispute Board*; y, debido a los costos para la SPE de mantener dos *Dispute Boards*⁵¹.

Otro posible inconveniente es que no se permita atender a los financistas como oyentes a las audiencias del *Dispute Board*. Esto impide acordar soluciones *in situ* debido a que la SPE podría necesitar la autorización de los financistas para cerrar acuerdos y puede afectar la apreciación del financista por no haber presenciado directamente el procedimiento.⁵²

También podría ocurrir que una disputa se presente en el interface entre el contrato D&C y el contrato O&M y que el *Dispute Board* haya sido constituido solo para uno⁵³.

49 O. HAYFORD y D. MULLER, N.12. p. 5.

50 *Ibíd.*

51 O. HAYFORD y D. MULLER, N.12. p. 6.

52 *Ibíd.*

53 *Ibíd.*

3.7. EL *DISPUTE BOARD* ÚNICO CON DISPUTAS CONSOLIDADAS

Aunque el esquema de resolución de disputas deberá definirse caso por caso según el tipo de proyecto APP, una de las recomendaciones en la implementación de *Dispute Boards* en esquemas APP podría ser que (i) se constituya un *Dispute Board* único; y, (ii) se determine un esquema de consolidación obligatoria de cualquier proceso de resolución de disputas paralelo⁵⁴. Podrían considerarse los siguientes puntos:

Primero: que se constituya un solo *Dispute Board* para asistir a la Entidad Delegante, la SPE, el subcontratista D&C y el subcontratista O&M bajo un acuerdo paraguas que incluya también a los miembros del *Dispute Board*.

Segundo: que el *Dispute Board* pueda emitir Recomendaciones y Decisiones sobre disputas relacionadas al Contrato APP, al subcontrato D&C, al subcontrato O&M y al interface de los subcontratos D&C y O&M.

Tercero: que el plazo del primer periodo del *Dispute Board* termine después de que se ha efectuado el último pago al subcontratista D&C y haya transcurrido el plazo de responsabilidad por defectos.

Cuarto: que la Entidad Delegante, la SPE y el subcontratista O&M se comprometan con los miembros del *Dispute Board* bajo un nuevo acuerdo de *Dispute Board* para el resto del Contrato APP.

Quinto: el acuerdo paraguas podría incluir el proceso de resolución de disputas que aplicará a cada contrato; la consolidación de cualquier proceso de resolución de disputas paralelo; y, la determinación de que se constituirá un solo *Dispute Board*.

Según el caso, podría valorarse la posibilidad de incluir bajo la cláusula paraguas de *Dispute Board* a algún subcontratista de segundo nivel; disputas entre la SPE y los financistas; disputas entre la SPE y sus miembros con participación; o, disputas entre los miembros de los subcontratistas de primer nivel⁵⁵.

54 O. HAYFORD y D. MULLER, N.12. P. 7,8.

55 *Ibíd.*

Lo anterior permite (i) evitar el uso de las cláusulas de reclamación vinculada y de responsabilidad equivalente; (ii) al subcontratista de primer nivel participar directamente en el proceso en lugar de depender de la SPE; (iii) a la SPE representar sus propios intereses en el proceso en lugar de los del subcontratista de primer nivel; y, (iv) mayor posibilidad de una resolución amigable de las disputas ya que todas las partes involucradas participarían directamente del procedimiento⁵⁶.

Por otro lado, en la aplicación de este mecanismo deberá considerarse el tipo de proyecto APP, por ejemplo, las reclamaciones de un proyecto *greenfield* pueden ser distintas a las de un proyecto *brownfield*. Así mismo, no todos los proyectos APP necesitarán un *Dispute Board* permanente, para lo cual, podría determinarse la conformación de un *Dispute Board ad-hoc* que conozca específicamente una disputa determinada, lo que optimizaría el costo necesario para resolver la disputa sin cargarlo a toda la ejecución del proyecto y seleccionando profesionales con experiencia específica para cada disputa. Por ejemplo, podría determinarse un *Dispute Board* permanente para la etapa de D&C y un *Dispute Board ad-hoc* para la etapa de O&M.

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIÓN

Los Contratos APP pueden incentivar la Participación Privada en Infraestructura para acortar la brecha de infraestructura, aliviar la carga fiscal y lograr que los usuarios tengan acceso a infraestructura y servicios públicos de calidad a precios competitivos.

Una sólida etapa de estructuración, con una identificación, asignación y mitigación de riesgos técnicamente ejecutada es determinante para el éxito de un proyecto APP.

La legislación ecuatoriana ha incorporado los *Dispute Boards* como parte de un proceso de resolución de disputas escalonado en los Contratos APP, lo que deberá hacerse de acuerdo con las mejores prácticas internacionales, debido a la poca experiencia local. Esto fortalecerá los proyectos y generará confianza en todos los actores intervinientes, lo que podría mejorar la bancabilidad de los proyectos.

56 O. HAYFORD y D. MULLER, N.12. p. 7,8.

Para que un *Dispute Board* aporte eficientemente en el objetivo común de llevar a cabo el objeto del proyecto APP, aunque deberá analizarse caso por caso, podría ser recomendable que sea un único *Dispute Board* el que conozca las Reclamaciones que surjan del Contrato APP y del primer nivel de sub-contratos; constituido bajo un acuerdo paraguas que incluya un esquema de consolidación de disputas.

También deberá valorarse la conveniencia de conformar un *Dispute Board* permanente o uno *ad-hoc* según el tipo de proyecto APP, la fase de ejecución en la que se encuentra y si es un proyecto *greenfield* o *brownfield*, con profesionales expertos en el tema específico de cada disputa.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Banco Interamericano de Desarrollo y Economist Impact, *Infrascopio 2023/2024. Evaluating the environment for public-private partnerships in Latin America and the Caribbean*, <<https://impact.economist.com/new-globalisation/infrascopio-2024/en/>> (14/11/2024).
- Banco Mundial, La Guía de la Certificación de Asociaciones Público-Privadas (APP) de APMG, Licencia: Creative Commons Attribution CC BY 3.0 IGO, 2016.
- C. CHERN, Chern on Dispute Boards. Practical and Procedure, Third Edition, Informa law from Routledge, 2015.
- Cumbre de Inversiones Ecuador 2024, Lista y Categoría de los 130 Proyectos Provinciales y Municipales Priorizados, <<https://www.cumbreinversionesec.com/es/cumbredeinversionesecuador2024/Proyectos/>> (14/11/2024)
- Decreto Ejecutivo 788, Artículo 135, RO No. 341, 28/06/2023.
- Dispute Resolution Board Foundation. Dispute Board Manual. A Guide to Best Practices and Procedures, 1era. Ed., Spark Publications, 2019.
- J. MOLINA, Ideas y reflexiones para la implementación de proyectos de Asociación Público-Privada. La experiencia latinoamericana, Ed. Corporación Andina de Fomento, 2020.
- Ley Orgánica de Urgencia Económica, Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo, Libro II, RO No. 461, 20/12/2023.
- O. HAYFORD, y D. MUELLER, Better dispute resolution for PPPs, <<https://www.disputeboard.org/wp-content/uploads/2022/05/Better-dispute-resolution-for-PPPs.pdf>> (14/11/2024).
- Pro-Inversión, *Portafolio de Proyectos 2024-2026*, <<https://www.investinperu.pe/es>>, (14/11/2024).
- Reglamento General de la Ley de Eficiencia Económica y Generación de Empleo, Libro III, RO No. 496, 9/2/2024.
- Reglamento relativo a los Dispute Boards de la Cámara de Comercio Internacional (2015).
- Secretaría de Inversiones Publico Privadas, *Portafolio de Proyectos en el Registro Nacional APP*, <<https://www.appecuador.gob.ec/portafolio-de-proyectos-publicos-con-participacion-privada/>>, (14/11/2024).

World Bank Group, ¿Qué son las asociaciones público-privadas?, <<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/es/que-son-las-asociaciones-publicoprivadas#:~:text=En%20l%C3%ADneas%20generales%2C%20una%20asociaci%C3%B3n,compartidos%20para%20el%20abastecimiento%20de>> (14/11/2024)

World Bank Group, *Private Participation in Infrastructure (PPI). 2023 Annual Report*, <<https://ppi.worldbank.org/content/dam/PPI/documents/PPI-2023-Annual-Report-Final.pdf>> (14/11/2024).

Con más de **50 años**
de experiencia en el
mercado legal

Quito

Robles E4-136 y Av. Amazonas Edif. Proinco
Calisto, piso 12

Guayaquil

Av. Francisco de Orellana 234 Edif. Blue Tower,
piso 6

Innovamos desde el Derecho



R&Co.

RODRÍGUEZ AND COMPANY



DURINI & GUERRERO
ABOGADOS

Del error a la corrección: impugnación de laudos arbitrales en Ecuador

FROM ERROR TO CORRECTION: APPEALING ARBITRAL AWARDS IN ECUADOR

*Nicolás Camilo Maldonado Garcés**

Recibido/Received: 27/08/2024

Aceptado/Accepted: 16/02/2025

SUMARIO: 1. La impugnación, nociones generales. 2. Impugnación de laudos arbitrales en Ecuador. 3. Mecanismos de impugnación de laudos arbitrales en sistemas internacionales. 4. Análisis del nuevo reglamento del CIAM-CIAR. 5. ¿Abuso de la acción de nulidad en Ecuador? 6. Impugnación opcional de laudo, ¿una alternativa viable? 7. Conclusiones.

RESUMEN: La impugnación de laudos arbitrales se sitúa en el cruce de un entorno legal en evolución y un creciente interés en el arbitraje como mecanismo preferente para la resolución de conflictos. En el contexto ecuatoriano, donde el arbitraje se ha convertido en una valiosa herramienta para la resolución de disputas, resulta crucial comprender los mecanismos y limitaciones asociados con la impugnación de laudos. Este artículo, explora el marco normativo ecuatoriano en torno a la impugnación. También, realiza un análisis de derecho comparado, examinando cómo otros sistemas jurídicos abordan la impugnación de laudos arbitrales. Posterior, el presente artículo analiza, de forma muy suscita, la implementación de la impugnación opcional de laudos, dentro de la nueva regulación del CIAM-CIAR. Con esto, se estudia cómo mecanismos como este podrían mejorar el sistema arbitral en Ecuador, proporcionando así una visión contextualizada del papel del arbitraje en la resolución de conflictos en el país.

PALABRAS CLAVE: Impugnación, nulidad, laudo, apelación.

* Asociado de la firma Lexvalor Abogados. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito, candidato a máster en Derecho de la Empresa por la Universidad Andina Simón Bolívar sede Ecuador.

ABSTRACT: The challenge of arbitral awards stands at the intersection of an evolving legal environment and a growing interest in arbitration as a preferred mechanism for conflict resolution. In the Ecuadorian context, where arbitration has become a valuable tool for dispute resolution, it is crucial to understand the mechanisms and limitations associated with challenging awards. This article explores the Ecuadorian regulatory framework surrounding challenges to awards. It also includes a comparative legal analysis, examining how other legal systems address the challenge of arbitral awards. Subsequently, the article briefly discusses the implementation of optional challenges to awards within the new CIAM-CIAR regulation. This analysis considers how such mechanisms could enhance the arbitration system in Ecuador, providing a contextualized view of the role of arbitration in conflict resolution in the country.

KEYWORDS: Challenge, annulment, award, appeal.

1. INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA: LA IMPUGNACIÓN, NOCIONES GENERALES

Pensaba John Nogra, que el error es inherente al ser humano. Lo importante, es no sobrepasar la cuota diaria. Errar es parte de la naturaleza humana. Por eso, hasta la función jurisdiccional, al ser ejercida por profesionales susceptibles a fallar, puede contener errores. De allí, la imperativa necesidad de existir herramientas legales que permitan revisar y corregir decisiones jurisdiccionales.

Esta herramienta, es la impugnación. Según la Real Academia Española, la palabra *impugnar* proviene del verbo transitivo *combatir*, *contradecir* y *refutar*. También, es sinónimo, según el mismo diccionario, de *refutar*, *rebatir* o *reclamar*¹. Este concepto está estrechamente vinculado con la definición legal. La impugnación es un medio que permite a las partes involucradas en un litigio solicitar que un juez, ya sea del mismo nivel o de una instancia superior, reexamine y corrija posibles errores o defectos en una decisión previa mediante un pronunciamiento de reconsideración².

La impugnación generalmente surge de vicios procesales, errores en la valoración de los hechos o una incorrecta interpretación de la norma.³ Ante estos

1 Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.7 en línea]. <<https://dle.rae.es>> (26/08/2024).

2 B. QUINTERO Y E. PRIETO, *Teoría General del Proceso*, Ed. Temis, 2000.

3 O. GOZAÍNI, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Ed. Ediar, 2005.

errores, impugnar una decisión jurisdiccional ofrece un medio efectivo para solicitar la corrección o anulación de cualquier defecto, ya sea de forma o de fondo, que pueda estar presente en la sentencia o el laudo.

Ahora que se ha establecido el contexto de la impugnación, ¿cómo funciona? Para responder a esta pregunta, es crucial diferenciar entre impugnación y recurso. El Código Orgánico General de Procesos (en adelante “COGEP”) dedica su título cuarto a la impugnación, estableciendo en su artículo 250 que, en cualquier proceso, todas las partes involucradas tienen el derecho de impugnar las providencias judiciales⁴. El mismo artículo, en su párrafo segundo, establece que se concederán únicamente los recursos previstos en la ley⁵.

En el lenguaje común, la impugnación y el recurso son sinónimos. Aun así, en un contexto legal, esto difiere de la realidad. La impugnación es el género y, el recurso, la especie⁶. Recurso es el procedimiento y el acto por el cual se impugna una decisión jurisdiccional⁷. Para Bacre, los recursos son formas de impugnación que se otorga a las partes que han sido perjudicadas por una decisión⁸. Esta opinión doctrinal es confirmada, considerando que los recursos son medios de impugnación encaminados a enmendar errores derivados de una falta de apreciación de hechos, inobservancia de normas procesales o falta de entendimiento de hechos⁹.

En efecto, se puede impugnar una resolución, dependiendo los recursos que la ley prevé para el efecto. En materia procesal civil, el COGEP establece recursos horizontales y verticales, para impugnar autos interlocutorios y de sustanciación, así como sentencias. Estos recursos son, apelación, aclaración, reforma, revocatoria, casación y recurso de hecho¹⁰. En materia arbitral, como se detalla en el punto siguiente, la historia es distinta.

4 Código Orgánico General de Procesos, artículo 250, RO Suplemento No. 506, 22/05/2015).

5 Código Orgánico General de Procesos, artículo 250.

6 B. QUINTERO Y E. PRIETO, N.2.

7 A. DANTE BARRIOS, *Teoría del Proceso*, Ed. Depalma, 1979.

8 A. BACRE, *Recursos ordinarios y extraordinarios*, Ed. La rocca, 1999.

9 J. AZULA CAMACHO, *Curso de teoría general del proceso*, 3ra. Ed., 1986.

10 Código Orgánico General de Procesos, artículo 251.

2. IMPUGNACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EN ECUADOR, ¿CÓMO ES LA REALIDAD ACTUAL?

El artículo 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante “**LAM**”), establece que los laudos son inapelables. Solo podrán aclararse o ampliarse a petición de parte. Pero, no son susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la ley¹¹.

Esta disposición no implica que los laudos sean totalmente inimpugnables. Aunque los recursos están restringidos a los previstos por la ley, existe una herramienta limitada para solicitar aclaraciones o ampliaciones. Esta ausencia de apelación directa, que el autor considera adecuada, refleja una limitación inherente en la revisión de aspectos sustantivos del laudo, aspecto central de este artículo.

El único mecanismo disponible para desafiar un laudo arbitral, aparte de los recursos previstos en la LAM, es la acción de nulidad. Este recurso se centra en la existencia de vicios procesales en el procedimiento arbitral, en lugar de cuestionar los méritos de la decisión adoptada¹². En Ecuador, el régimen de nulidad de los laudos arbitrales está regulado por el artículo 31 de la LAM. La anulación de los laudos se restringe a situaciones específicas detalladas en dicho artículo, y son: (i) irregularidades en la citación de las partes, falta de notificación con órdenes procesales o, ausencia de convocatoria; (ii) cuando el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá del demandado, y; (iii) violación de procedimientos previstos en la ley o las partes para constituir el tribunal arbitral.

Aunque exista esta posibilidad, la nulidad no es totalmente tratada como un medio de impugnación. Ordenamientos jurídicos como el colombiano, califican a la nulidad como un recurso. Legislación peruana, por otro lado, la califica como una acción.¹³ Para autores como De Santo, la nulidad es el medio impugnativo de un acto sobre el cual se reclama por un error¹⁴. Aguirre, por su parte, entiende a la nulidad como el remedio para la afectación de un acto procesal, producido por vicios que afectan su validez¹⁵, concepto muy

11 Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 30, RO No. 417.

12 O. SANTOS, “La acción de nulidad de los laudos arbitrales”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8 (1), 2016.

13 Ibid.

14 V. DE SANTO, *Nulidades Procesales*, Ed. Universidad, 2001.

15 V. AGUIRRE, “Nulidades en el proceso civil”, *FORO revista de derecho UASB-Ecuador*, No. 6, 2006.

arraigado al contexto de impugnación antes comentado.

Por otro lado, la acción de nulidad es considerada también como un mecanismo o remedio procesal distinto a los recursos¹⁶. La nulidad tiene claras diferencias con la apelación. Mientras que la última revisa el fondo del asunto, la nulidad aplica frente a errores *in procedendo*¹⁷. Aun así, indistintamente de esta contradicción de criterios, sin duda responde a un medio de impugnación.

Entonces, se debe tener en claro una concepción. La acción de nulidad de laudo no posee por objeto la modificación de la resolución mediante una interpretación jurídica de la controversia, pues no se refiere al fondo, tan solo a ciertos presupuestos¹⁸. Es por ello que expresarse a la anulación como un recurso puede ser incorrecto, pues los motivos de anulación son taxativos y no permite una nueva decisión arbitral¹⁹.

Esta acción, por ende, posee un alcance limitado. La sentencia Nro. 007-16-SCN-CC, emitida por la Corte Constitucional, establece que las causales para interponer la acción de nulidad son estrictamente restringidas, especialmente si se las compara con las amplias cuestiones de hecho o derecho que pueden ser planteadas mediante otros mecanismos. Esta Corte subraya sobre la acción de nulidad su naturaleza como una forma excepcional de que el arbitraje pueda ser objeto de un control de legalidad.²⁰

Aun así, ha dejado en claro que la acción de nulidad es un medio extraordinario de impugnación que no implica un nuevo conocimiento al fondo de la controversia ni la rescisión del acierto sobre la decisión plasmada.²¹ Según el criterio de la Corte Constitucional, este mecanismo establece un control estrictamente limitado a causales taxativas previstas por la legislación. Su finalidad principal es garantizar el cumplimiento de las formalidades esenciales que, de ser vulneradas, podrían comprometer el debido proceso arbitral o la validez formal del laudo.²²

16 L. PALACIO, *Manual de derecho procesal civil*, 14ta. Ed. Abeledo-Perrot, 1998.

17 O. SANTOS, N. 8.

18 J. SIGÜENZA LÓPEZ. “La acción de anulación de laudos arbitrales: algunas reflexiones sobre este proceso de impugnación y alguno de sus motivos”, *Arbitraje*, 2009.

19 C. BRAÑAS, “La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental”, *Foro Nueva época*, No. 3, 2006.

20 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 2520-18-EP/23, 24/05/2023.

21 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 2822-18-EP/23, 13/09/2023.

22 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 31-14-EP/19, 19/11/2019.

Es así como, según la sentencia 2822-18-EP/23²³ de la Corte Constitucional del Ecuador, dada la naturaleza de la acción de nulidad y la competencia asignada al Presidente de la Corte Provincial, este mecanismo no otorga un control indiscriminado sobre el laudo arbitral. Por el contrario, su alcance se limita estrictamente a verificar si se configuran las causales taxativas establecidas en el LAM para que la acción sea admisible y pueda ser tramitada. Este enfoque busca evitar la judicialización del arbitraje, preservando su autonomía y asegurando que solo los vicios procesales graves sean objeto de revisión judicial.

Entonces, la acción de nulidad constituye un mecanismo que permite cuestionar un laudo arbitral exclusivamente en casos de vicios procesales graves. Este instrumento no está diseñado para corregir errores de fondo, como lo haría una apelación, sino para garantizar que el procedimiento arbitral respete los principios esenciales pactados por las partes y establecidos en la ley. Aunque técnicamente forma parte de las herramientas de impugnación, la acción de nulidad es un recurso restringido que se centra únicamente en aspectos procedimentales, lo que la convierte en una forma de supervisión externa del arbitraje.

Otra de las vías posibles para atacar un laudo arbitral, aunque tampoco se centra en una determinación de normas sustantivas, es la acción extraordinaria de protección. Esta garantía constitucional procede contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos constitucionales. No quedando duda que los laudos son resoluciones con efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, son susceptibles de ser revisados por este organismo constitucional.

Sin embargo, este mecanismo tampoco permite una revisión de las normas o hechos que justificaron el laudo arbitral. Como menciona la Corte Constitucional de Justicia, las garantías constitucionales tienen como finalidad la protección de derechos reconocidos en la Constitución²⁴. La misma Corte, establece que la acción extraordinaria de protección solo sería admisible ante resoluciones que hayan violado derechos constitucionales o normas al debido proceso²⁵. Por lo tanto, este mecanismo no puede considerarse una forma de apelación, ya que no permite una revisión integral de las normas o hechos que justificaron el laudo arbitral.

23 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencias No. 2822-18-EP/23, 13/09/2023.

24 Corte Constitucional del Ecuador, Causa No. 0050-08-EP, 19/05/2009.

25 Corte Constitucional del Ecuador, Causa No. 006-08-EP, 14/14/2009.

Todas estas regulaciones y mecanismos reflejan un delicado equilibrio entre la autonomía del arbitraje y la necesidad de un control judicial limitado, que refuerza la legitimidad del proceso sin comprometer su celeridad ni definitividad. No obstante, este diseño deja abierta una discusión fundamental: ¿Es necesario explorar alternativas que fortalezcan la percepción de justicia en el arbitraje y ofrezcan soluciones ante errores significativos de fondo?

Para responder a estas inquietudes, resulta imprescindible analizar el artículo 30 de la LAM y considerar su posible revisión, previa realización de un análisis comparado de los métodos de impugnación de laudos arbitrales en otras jurisdicciones.

3. MECANISMOS DE IMPUGNACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES EN SISTEMAS INTERNACIONALES

En Francia, existe una fuerte tendencia pro-arbitraje, diseñada para proteger la presunción de validez y autonomía del proceso arbitral. En esa línea, el control judicial sobre laudos arbitrales está limitado. El artículo 1504 del Código de Procedimiento Civil de Francia establece que un laudo arbitral dictado en Francia puede ser impugnado a través de un recurso de anulación²⁶, según las causas taxativas establecidas en la misma norma, ante la Corte de Apelación de París. Por ejemplo, cuando el laudo se basa en argumentos jurídicos no invocados por las partes²⁷.

Así mismo, independientemente de la nacionalidad de las partes, el artículo 1522 de la norma legal antes mencionada determina que se puede renunciar al recurso de nulidad. Entonces, conforme al régimen francés, el recurso de nulidad es el único recurso legislativo contra un laudo arbitral, que puede ser renunciado. El tribunal que conoció el caso *Fougerolle c. Procofrance*, ha mencionado que, frente a un laudo, cabe un recurso de revisión a pesar de la exclusión de este en el Código de Procedimiento Civil²⁸.

26 Código de Procedimiento Civil Francés, artículo 1504, Decreto Nro. 96-652, 22/07/1996.

27 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Malicorp Limited c. Arab Republic of Egypt*, Caso No. ARB/08/18, 16/12/2008.

28 Corte de Casación Civil de Francia, *Fougerolle c. Procofrance*, Caso No. 90-18.210, 25/05/1992.

La jurisprudencia francesa sostiene un estándar alto para que las partes puedan impugnar un laudo por una causal no invocada en el arbitraje. Por ejemplo, en casos como *Abraham Rahman Golshani v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, el tribunal arbitral se abstuvo de anular el laudo, al determinar que la parte que inició el arbitraje y participó 9 años en él sin objeciones, no puede impugnar la validez del acuerdo arbitral²⁹.

En conclusión, en Francia, la manera de impugnar los laudos arbitrales se basa en el recurso de nulidad. Este proceso está diseñado con precisión para proteger la integridad y la autonomía del arbitraje. La legislación francesa, que favorece el arbitraje, limita las razones para solicitar la nulidad a circunstancias muy concretas. Al restringir las causas de anulación, la ley francesa evita que el recurso de nulidad se convierta en una herramienta para debilitar la eficacia del arbitraje, garantizando así su papel esencial en la resolución de conflictos.

A diferencia de lo que ocurre en Francia, la situación en Inglaterra es distinta. La elección frecuente de la ley inglesa en acuerdos internacionales es un claro indicio del prestigio que goza el *common law*, y en especial el derecho comercial inglés, dentro del comercio mundial. Del mismo modo, que Inglaterra sea un destino recurrente para la resolución de disputas arbitrales evidencia la alta estima que se le otorga al arbitraje inglés.³⁰

Respecto a la impugnación, la viabilidad de recurrir a una herramienta de reclamación contra el laudo arbitral es mayor. El *English Arbitration Act*, de 1996, en sus secciones 67 y 68, contempla la impugnación de laudo por falta de jurisdicción o competencia del tribunal arbitral³¹.

Así mismo, la sección 69 contempla una especie de “apelación”, ante cortes judiciales. Esto puede solicitarse ante irregularidades graves, conocidas como *serious irregularity*, derivados de fallos en el debido proceso, parcialidad y mala conducta del tribunal arbitral. Asimismo, puede activarse ante errores de derecho, denominados *Appeal on Point of Law*. Esto, permite una revisión de laudos arbitrales cuando se alega un error evidente de derecho.

29 Tribunal de Reclamaciones, *Abraham Rahman Golshani c. Gobierno de la República Islámica de Irán*, Caso No. 546-812-3, 10/12/1993.

30 H. BRUCE Y R. PLANTEROSE, *The Arbitration Act 1996, a Commentary*, 5ed. Ed. Oxford, 2014.

31 Arbitration Act 1996, c. 23, UK Public General Acts, 1996.

La jurisprudencia inglesa, por ejemplo, en el caso *Lesotho Highlands Development Authority v Impregilo SpA*, demuestra que los tribunales son cautelosos al intervenir en acciones de impugnación³². Prefieren reservando sus acciones solo para cuando se presenta una evidencia contundente de que las irregularidades graves han provocado una injusticia considerable.

Este precedente resalta lo excepcional que es la revisión judicial, restringiendo la intervención únicamente a situaciones en las que se detecta una falla notable en el proceso arbitral, manteniendo así un delicado equilibrio entre la independencia del arbitraje y la necesaria supervisión judicial.

En Estados Unidos, similar a lo que ocurre en Francia, se mantiene una postura pro-arbitraje con un control judicial limitado. Esto, se refleja en la *Federal Arbitration Act* (“**FAA**”). Esta normativa, se enfoca en preservar la eficiencia del arbitraje. Esto, evitando que una instancia arbitral se convierta en una etapa preliminar de litigios prolongados. Por ello, las causales de anulación bajo la FAA son estrictas y se limitan a ciertos supuestos claramente establecidos³³.

Una de las causales más relevantes es la posibilidad de anulación de un laudo arbitral en casos donde se haya demostrado corrupción, fraude o el uso de medios indebidos para obtener dicho laudo. Esta causal se enfoca en proteger la integridad del proceso arbitral. Además, se contempla la anulación del laudo arbitral en situaciones donde los árbitros han mostrado un sesgo manifiesto o han actuado de manera corrupta, poniendo en peligro la equidad del proceso.

Otra causal importante es la mala conducta de los árbitros que afecte significativamente los derechos de las partes. Este supuesto abarca situaciones en las que los árbitros han actuado de manera inadecuada o han violado las normas procesales, causando un perjuicio grave a una de las partes involucradas. La conducta arbitraria o negligente de los árbitros puede socavar la legitimidad del laudo.

Finalmente, la anulación del laudo es posible en aquellos casos en los que el tribunal arbitral haya excedido sus poderes, emitiendo decisiones *ultra vires*. Este supuesto se aplica cuando los árbitros se extralimitan en su autoridad y dictan un laudo que va más allá de lo que las partes les habían encomendado.

32 Cámara de los Lores, *Lesotho Highlands Development Authority c. Impregilo SpAm*, Caso No. UKHL 43, 30/06/2005.

33 Federal Arbitration Act (FAA), Title 9 of the United States Code, 12/02/1974.

Aunque no está explícitamente reconocida en la FAA, la doctrina del *Manifest Disregard of the Law* permite la anulación de laudos en casos donde los árbitros han ignorado flagrantemente una ley clara. Sin embargo, la aplicabilidad de esta doctrina ha sido cuestionada en decisiones jurisprudenciales recientes, como en *Hall Street Associates c. Mattel*, que subraya que las causales de anulación deben limitarse a las especificadas en la FAA³⁴. La jurisprudencia estadounidense, en casos como *Oxford Health Plans LLC v. Sutter*, refuerza la deferencia hacia las decisiones arbitrales, afirmando que los tribunales deben abstenerse de intervenir a menos que existan circunstancias extremadamente inusuales. Esto establece un estándar alto para la anulación³⁵.

En Colombia, la norma jurídica que regula y establece los lineamientos del proceso arbitral, es la Ley 1563 de 2016. Este cuerpo normativo establece en su artículo 107 que la anulación es el único recurso judicial contra el laudo arbitral, con causales taxativas³⁶. Así mismo, su finalidad no es muy distante a la acción en el marco jurídico ecuatoriano. Este mecanismo es el único mencionado en la norma, cuyo capítulo se denomina impugnación.

Disposición semejante contiene la Ley 19.979 chilena, en su capítulo VII, artículo 34, que puntúa como único recurso contra un laudo arbitral, la petición de nulidad³⁷. La legislación peruana es concordante con las antes mencionadas. El decreto legislativo 1071 que norma el arbitraje, en su artículo 62, establece que contra el laudo solo podrá interponerse un recurso de anulación, siendo esta la única vía de impugnación del laudo, cuyo objeto es revisar la validez del laudo, más no generar una interpretación de las normas que fueron fundamento de dicha revisión³⁸.

En conclusión, la impugnación de laudos arbitrales, como género, vería dependiendo el sistema jurisdiccional en específico. Esto, considerando el equilibrio entre la autonomía del arbitraje y la necesidad del control judicial. Por un lado, Francia y Estados Unidos tienen a limitar las causas de anulación de laudos, como medio de impugnación, para proteger la independencia del

34 Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, *Hall Street Associates, L.L.C. c. Mattel, Inc.* Caso No. 06-989, 29/05/2007.

35 Suprema Corte de Estados Unidos, *Oxford Health Plans LLC v. Sutter*, Caso No. 569 U.S. 564, 07/12/2012.

36 Ley 1563 de 2016 de Colombia, Artículo 107, Diario Oficial Nro. 48.489, 12 de julio de 2012.

37 Ley 19.979 de Chile, Artículo 34, Publicado el 29 de septiembre de 2004.

38 Decreto Legislativo 1071 de Perú, Artículo 62, 01 de septiembre de 2008.

arbitraje. Por otro lado, Gran Bretaña tiene una mayor apertura a la intervención judicial, permitiendo una apelación sobre cuestiones de fondo.

4. IMPUGNACIÓN A LAUDOS ARBITRALES. ANÁLISIS DEL NUEVO REGLAMENTO DEL CIAM-CIAR

A pesar de todo lo mencionado, existe una forma de revisar el fondo de la controversia, una suerte de “apelación”. En octubre de 2023, se publicó el nuevo reglamento de la Cámara Internacional de Arbitraje de Madrid - Centro iberoamericano de Arbitraje (“CIAM-CIAR”). Dicha reglamentación, que entró en vigor a partir de enero de 2024, contempla una nueva regulación al procedimiento de impugnación opcional del laudo. El punto octavo del reglamento, respecto a la impugnación opcional del laudo, determina que las partes pueden acordar, ya sea en el convenio arbitral o posterior a este, impugnar ante el CIAM-CIAR el laudo final³⁹.

Antes de determinar su naturaleza, analicemos su procedencia. Como principio fundamental del arbitraje, la voluntad de las partes juega un papel fundamental en el marco de la impugnación de laudos arbitrales, amparado en el Reglamento del CIAM-CIAR. En Anexo 4 de este reglamento se determinan todas las reglas de este mecanismo.

En primer lugar, las partes intervinientes en el arbitraje deben acordar que, en su procedimiento, se emita un borrador de laudo⁴⁰, entendiendo este como el laudo redactado en el arbitraje principal mientras esté pendiente de la resolución de impugnación. Posterior, al Centro podrá aceptar o negar la solicitud de impugnación, a su discrecionalidad y análisis de apego a la reglamentación del CIAM-CIAR⁴¹.

Así mismo, el nuevo reglamento del CIAM-CIAR ofrece una estructura más definida para la impugnación de laudos arbitrales, lo que busca proporcionar mayor seguridad jurídica a las partes involucradas. Una vez que las partes optan por iniciar este procedimiento, las disposiciones del reglamento prevalecen

39 Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, artículo 52, Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, 01/01/2024.

40 Anexo 4 del Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, 01/01/2024.

41 Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, 01/01/2024.

sobre cualquier acuerdo anterior, incluso sobre lo pactado originalmente en el convenio arbitral, asegurando que el proceso se desarrolle bajo un marco normativo claro y previsible.

Es interesante observar que tanto el borrador del laudo como el laudo de impugnación estarán sujetos a un examen preliminar por el CIAM-CIAR, según lo previsto en el artículo 43. Este paso adicional permite abordar posibles errores o ambigüedades antes de que el laudo se considere definitivo. Sin embargo, ciertos laudos, como aquellos emitidos por árbitros de emergencia o relacionados con medidas cautelares, están excluidos de la impugnación opcional. Esto, no más que por mantener la eficiencia del proceso arbitral, a opinión de este autor.

Ahora, ya habiendo determinado la procedencia de la impugnación opcional de laudos arbitrales, corresponde mencionar su utilidad. Según el Anexo 4, la impugnación de cualquier laudo se deriva de dos causales: i) una infracción manifiesta de las normas sustantivas aplicables al fondo de la controversia, y; ii) Un error manifiesto en la apreciación de los hechos, base de la decisión.

Sobre la primera causal, Sieckmann entiende a la concepción de normas sustantivas, como la justificación normativa que encaminan una decisión, mediante argumentos netamente jurídicos⁴². Windscheid, por su parte, entiende a la norma sustantiva como el criterio jurídico aplicable a determinado conflicto⁴³. Por lo que, al referirse como una causa de la impugnación, la infracción manifiesta de las normas sustantivas aplicables al fondo se refiere a una reconsideración del argumento legal que derivó en el borrador del laudo. Así, se da a las partes una especie de “apelación”.

Por otro lado, la impugnación del laudo bajo las reglas del CIAM-CIAR, es aplicable ante una indebida apreciación de los hechos. Según Díaz-Candia, este aspecto, como justificación a la impugnación, es imprescindible. Enseña, que la existencia de un laudo que no ha apreciado de manera correcta los hechos que dieron origen a la controversia, puede generar una violación a los principios básicos del debido proceso⁴⁴.

42 J. SIECKMANN, “Prinzipien, ideale Sollen und normative argumente” *Nomos, Baden-Bade*, vol. 97, 2011.

43 B. WINDSCHEID, *Die actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts*. Ed. Düsseldorf, 1856.

44 H. DÍAZ-CANDIA, *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje*, Ed. Torino, 2016.

Para entender la utilidad de este instrumento jurídico que implementa el CIAM-CIAR, Mezgravis, menciona que el recurso de nulidad de un laudo arbitral no permite a los jueces conocer si hubo errores en la aplicación de las normas jurídicas o valoración de los hechos⁴⁵. Por ello, la existencia de un recurso arbitral que permita, que un tribunal de impugnación reitere el criterio jurídico o la apreciación de los hechos de aquellos árbitros que generaron el borrador de laudo, representa una seguridad y una garantía adicional para las partes, al ofrecerles una segunda instancia dentro del propio marco arbitral.

Ahora, en aquellas jurisdicciones y centros administradores de arbitraje, la existencia de un laudo inapelable puede generar incluso en un procedimiento arbitral que por esencia tiende a ser más rápido, demoras y trabas. A continuación, se realiza un análisis del caso ecuatoriano y como, la falta de un mecanismo como la impugnación opcional, ha generado una falta de celeridad en la ejecución de laudos arbitrales.

5. ¿ABUSO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD EN ECUADOR?

Según autores como Caivano, la inapelabilidad de laudos arbitrales tiene como objetivo principal restringir la intervención judicial en el arbitraje. Este autor señala que la gran mayoría de las legislaciones arbitrales en el ámbito internacional consagran esta característica, limitando los recursos judiciales exclusivamente a la acción de nulidad basada en causales estrictamente previstas por la ley⁴⁶.

Sin embargo, esto ha generado un debate. Por un lado, la Corte Constitucional ha señalado que someterse a un mecanismo arbitral implica aceptar, de manera consciente y voluntaria, que la interpretación realizada por los tribunales arbitrales será única y definitiva⁴⁷. Así, mediante la inapelabilidad de laudos, se refuerza la eficacia del arbitraje dentro del marco del debido proceso, fundamentándose en el principio de mínima intervención judicial, que asegura que la jurisdicción estatal solo actúe en casos excepcionales, preservando la naturaleza definitiva de los laudos⁴⁸.

45 A. MEZGRAVIS, *Recursos contra el Laudo Arbitral Comercial*, en Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial, 1999.

46 R. CAIVANO, *Control judicial en el arbitraje*, Ed. Abeledo Perrot, 2011.

47 Corte Constitucional del Ecuador, Causa No. 169-12-SEP-CC, 26/04/2012.

48 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 2822-18-EP/23, 13/09/2023.

Según otro sector de la doctrina, la carencia de un recurso que permita corregir errores de derecho es un problema para el arbitraje, pues no existe un control de legalidad del fondo de los laudos⁴⁹. Por eso, autores como Santiago Andrade, han subrayado la necesidad de contar con un mecanismo para uniformar la interpretación que genere un tribunal arbitral⁵⁰.

En un país donde prevalece una cultura poco acostumbrada a aceptar la derrota, parece que, en la práctica, predomina aquel grupo que requiere de un mecanismo de impugnación de laudos arbitrales. Ante esto, la acción de nulidad corre el riesgo de ser malinterpretada o utilizada de manera indebida como si fuera un medio de apelación. Este mal uso refleja una necesidad no satisfecha entre los usuarios: la de contar con un mecanismo que permita la revisión del fondo de una controversia arbitral. En ausencia de tal herramienta, podría generarse un abuso de la acción de nulidad, distorsionando su finalidad original de corregir únicamente vicios procesales graves y comprometiendo la eficiencia del arbitraje como un mecanismo ágil y definitivo.

En el proceso judicial número 09100-2022-0009, el Presidente de la Corte Provincial, cuya sentencia se dictó el 04 de octubre de 2022, dictó sentencia inhibitoria dado que, según su motivación, no puede existir un pronunciamiento de fondo en una acción de nulidad⁵¹.

De igual forma, en el proceso de nulidad de laudo arbitral 09100-2022-00007, se negó el recurso. El sustanciador, en su resolución, determinó que para que se resuelva una acción de nulidad de laudo arbitral, no se puede analizar causas de fondo, ni emitir juicios de valor sobre el tema del arbitraje⁵².

Por otro lado, dentro del proceso 09100-2022-00005, el Presidente de la Corte negó la acción de nulidad de laudo enfatizando que, dentro de dicho proceso se han respectado todas las garantías al debido proceso y, no puede realizar un juicio de valor sobre las causas de fondo alegadas por la parte accionante⁵³.

49 M. ALBALADEJO GARCÍA, “La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo en derecho que infringe las normas debidas aplicar”, *Revista de Derecho Privado*, año 74, mes 3 (1990): 178.

50 S. ANDRADE, *La casación civil en el Ecuador*, UASB-E, 2005.

51 Corte Provincial de Justicia de Guayas, *Valtimgna S.A. c. Pesquera Uglan S.A.*, Caso No. 09100-2022-00009, 27/05/2022.

52 Corte Provincial de Justicia de Guayas, *Liga Profesional De Futbol Del Ecuador c. Banco Del Pichincha C.A.*, Caso No. 09100-2022-00007, 14/04/2022.

53 Corte Provincial de Justicia de Guayas, *Alex Geovanny Banchon Moran c. Lady Alexandra Orozco Pazmiño*, Caso No. 09100-2022-00005, 06/04/2022.

Dentro de la causa 17100-2022-00007, el Presidente de la Corte Provincial de Pichincha recaló en su resolución que la acción de nulidad no es un mecanismo de revisión de la decisión arbitral, que actúa como una instancia. La nulidad del laudo arbitral es un examen de errores en el procedimiento. Por lo que, no se pueden analizar errores de los árbitros relativos al fondo de su decisión⁵⁴.

De igual manera, la misma autoridad, pero, ahora en el proceso 17100-2022-00003, basó el análisis de su resolución bajo el entendido que es imposible examinar cuestiones de fondo del laudo⁵⁵. El mismo razonamiento se aplicó en el proceso 17100-2022-00035 para que se niegue la solicitud de nulidad de laudo arbitral, y se reconozca que su interposición intentaba resolver cuestiones del fondo de la controversia⁵⁶.

Esto se ha repetido en el proceso 17100-2024-0001, donde el Presidente de la Corte Provincial ha determinado que mediante la acción planteada. Se debe realizar un examen externo, sin considerar analizar las cuestiones de fondo⁵⁷.

Cabe destacar que, todas las acciones citadas han derivado de la misma pretensión, nulificar el laudo arbitral cajo la causal de extralimitación del tribunal arbitral en su resolución. Así mismo, todas dichas acciones fueron desechadas, por considerar que la pretensión del accionante lleva inmersa una evaluación de fondo de la controversia.

En conclusión, de este corto análisis, se colige que la acción de nulidad en el contexto ecuatoriano suele ser mal utilizada como un remedio procesal para que, un juzgador distinto a la autoridad jurisdiccional que dictó el laudo revise el contenido de la resolución.

54 Corte Provincial de Justicia de Pichincha, *Empresa Constructora S.A. c. Vidal Gomez Carlos Efran*, Caso No. 17100-2022-00007.

55 Corte Provincial de Justicia de Pichincha, *Gonzalez Pallares Diego y otros c. Corporacion Neoatlas*, Caso No. 17100-2022-00003

56 Corte Provincial de Justicia de Pichincha, *Jaime Carrillo c. Lab-Nyse S.A.*, Caso No. 17100-2022-00035.

57 Corte Provincial de Justicia de Pichincha, *Austrobank Overseas Panama S.A. c. Diego Yépez*, Caso No. 17100-2024-00001.

6. IMPUGNACIÓN OPCIONAL DE LAUDO, ¿UNA ALTERNATIVA VIABLE EN ECUADOR?

Como bien enseña Gary Born, generalmente, los deudores cumplen con laudos arbitrales dictados en su contra. Sin embargo, cuando una parte considera que su laudo está fundamentalmente equivocado, pueden buscar anular el laudo en su contra⁵⁸. Pero, en el contexto ecuatoriano, ¿la acción de nulidad es el mejor remedio a la enfermedad?

La jurisprudencia considera que no. Por ejemplo, dentro del caso 17113-2014-1333, la Corte Provincial de Justicia determinó que el control que realiza la acción de nulidad debe ser externo, sin entrar a considerar el fondo del asunto y, con la intención únicamente de emitir un juicio sobre las formalidades esenciales y sometimiento del arbitraje al convenio.

Aunque la acción de nulidad pueda asegurar que los laudos arbitrales se ajusten a los procedimientos legales, deja a las partes sin la posibilidad de discutir el fondo del conflicto. Esto puede ser frustrante, especialmente cuando una parte siente que el laudo es injusto o que contiene errores significativos.

María Elena Jara, planteando una alternativa viable, sostiene que siempre que la autonomía de la voluntad de las partes permita una corrección de una eventual infracción al ordenamiento jurídico, es plausible que exista una instancia que revise el laudo⁵⁹. Así mismo, menciona que esta instancia debe tener lugar ante un tribunal independiente del que conoció el caso inicialmente y solo en el evento de que las partes así lo hubieran pactado, ya sea al someterse a arbitraje o en cualquier momento antes de la expedición del laudo. No obstante, la autora resalta la necesidad que esta resolución sea expedita⁶⁰. Por eso, surge la idea de una impugnación opcional del laudo, que permite a las partes revisar y discutir el contenido antes de que el laudo se convierta en definitivo.

Aun así, ¿es viable implementar un mecanismo similar a la impugnación opcional en el arbitraje ecuatoriano? La respuesta requiere un análisis basado en una interpretación sistemática y literal del artículo 30 de la LAM. Este artículo establece la inapelabilidad de los laudos arbitrales, lo que excluye la posibilidad de recurrir a mecanismos tradicionales, como la apelación. No

58 G. BORN, *International Commercial Arbitration*, Ed. Kluwer Law International, 2021.

59 M. JARA, *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.

60 *Ibíd.*

obstante, esta disposición no debe interpretarse como una prohibición absoluta de medios de impugnación, sino como una restricción dirigida a preservar la eficiencia y definitividad del arbitraje.

El uso legislativo de la palabra impugnación, apelación y recurso, y las definiciones de cada uno de dichos conceptos, juega un papel imprescindible. La impugnación, al ser el género, engloba mecanismos destinados a cuestionar la validez o corrección de una decisión. Dentro de dicho conjunto, se encuentra el recurso, como una especie encargada de permitir la rescisión de una decisión por un órgano distinto al que emitió la resolución.

De aquí se desprende que la apelación es un tipo de recurso, y como tal, forma parte de un mecanismo más amplio: la impugnación, que engloba todos los medios destinados a cuestionar la validez, corrección o justicia de una decisión. En este sentido, surge la necesidad de determinar si la apelación, como especie dentro del género de la impugnación, es comparable a la figura de la impugnación opcional del laudo.

Según la Resolución 15-2017 emitido por la Corte Nacional de Justicia, el recurso de apelación implica derivar el proceso al conocimiento de un juzgador de instancia superior⁶¹. Según Davis Echandía, el recurso de apelación es una consecuencia del principio de la doble instancia⁶². Este mecanismo, según el autor, existe en cuanto se presencia una jerarquía para la administración de justicia.

Quintero González, interpretando la doctrina, sostiene que la apelación surge de la necesidad de corregir los errores que los funcionarios no pueden subsanar por sí mismos. Para ello, es imprescindible contar con un tercero imparcial, dotado de calificaciones superiores, que revise la decisión en cuestión.

En este sentido, la apelación es inherentemente una revisión por parte de un órgano superior e independiente. Como recurso, la apelación se asocia típicamente con la revisión integral del fondo de una decisión, realizada por un agente jurisdiccional externo, superior al que dictó la resolución inicial.

Por su parte, la impugnación opcional del laudo, conforme al reglamento del CIAM-CIAR, se configura como un mecanismo interno dentro del proceso

61 Corte Nacional de Justicia, Resolución 15-2017, RO Sup. 104, 20 de octubre de 2017.

62 H. DAVIS ECHANDÍA, *Compendio de derecho procesal: teoría general del proceso*, Neiva, 1996.

arbitral, basado en la autonomía de las partes. Este instrumento permite revisar el borrador del laudo bajo causales específicas, como errores manifiestos en la valoración de los hechos o infracciones a normas sustantivas aplicables al fondo de la controversia.

Aunque la impugnación opcional del laudo comparta con la apelación la posibilidad de revisar aspectos de fondo, presenta diferencias fundamentales que destacan su carácter único y adaptado al arbitraje. Estas diferencias son: (i) La apelación tiene un carácter general dentro del sistema judicial y requiere la intervención de una instancia superior independiente. En contraste, la impugnación opcional es limitada y específica al marco arbitral, sin implicar una revisión externa, y; (ii) La apelación es un derecho procesal inherente a ciertos sistemas jurídicos, mientras que la impugnación opcional se basa exclusivamente en la voluntad de las partes, quienes deben acordarla expresamente en el convenio arbitral o durante el procedimiento.

Por lo tanto, aunque en algunos aspectos la impugnación opcional pueda parecer un símil de la apelación, en esencia, se trata de una figura distinta, diseñada para ajustarse a los principios y la naturaleza del arbitraje. Esta diferenciación garantiza que su implementación sea compatible con el artículo 30 de la LAM, el cual consagra la inapelabilidad de los laudos arbitrales.

No obstante, sería deseable que la LAM y sus reglamentos contemplen explícitamente la posibilidad de implementar mecanismos de impugnación opcional. Esto proporcionaría un marco normativo más claro y previsible para las partes, consolidando la seguridad jurídica en el arbitraje ecuatoriano.

Es importante señalar que este mecanismo no puede aplicarse a todo tipo de laudos. Por ejemplo, los laudos dictados en arbitrajes de emergencia o relacionados con medidas cautelares están excluidos de la impugnación opcional debido a que son de carácter provisional, no definitivos, y no generan efectos de cosa juzgada.

La inclusión explícita de la impugnación opcional en la normativa ecuatoriana no solo fortalecería la confianza de las partes en el sistema arbitral, sino que también lo alinearía con las tendencias internacionales.

7. CONCLUSIONES

La impugnación de laudos arbitrales presenta una compleja interacción entre la autonomía del arbitraje y la necesidad de supervisión judicial. Mientras que en Francia y Estados Unidos se observa una tendencia hacia la limitación de las causales de anulación para proteger la integridad del proceso arbitral. Gran Bretaña, por ejemplo, muestra una mayor disposición a la intervención judicial, permitiendo revisiones más amplias. Por su parte, en Ecuador, la posibilidad de impugnación está restringida a la acción de nulidad por vicios procesales, subrayando un enfoque hacia la preservación del arbitraje.

La reciente reforma del Reglamento del CIAM-CIAR introduce un nuevo mecanismo de impugnación opcional de laudo que ofrece una oportunidad para revisar tanto el fondo de la controversia como la apreciación de los hechos. Este desarrollo subraya una evolución en la regulación del arbitraje, buscando equilibrar la eficiencia del proceso con la posibilidad de corrección de errores significativos. A medida que los sistemas de arbitraje continúan adaptándose, la comprensión de estos mecanismos es esencial para garantizar la justicia y la eficacia del arbitraje.

8. BIBLIOGRAFÍA

- A. MEZGRAVIS, *Recursos contra el Laudo Arbitral Comercial, en Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial* (1999).
- A. BACRE, *Recursos ordinarios y extraordinarios* (Ed La Rocca, 1999).
- A. DANTE BARRIOS, *Teoría del Proceso* (Ed Depalma, 1979).
- Anexo 4 del Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, 01/01/2024).
- Arbitration Act 1996*, c 23 (UK Public General Acts, 1996).
- B. QUINTERO Y E. PRIETO, *Teoría General del Proceso* (Ed Temis, 2000).
- B. WINDSCHEID, *Die actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts* (Ed Düsseldorf, 1856).
- C. BRAÑAS, 'La acción de anulación frente a laudos arbitrales: especial referencia a su tramitación procedimental' *Foro Nueva Época* No 3 (2006).
- Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Malicorp Limited c. Arab Republic of Egypt* (Caso No ARB/08/18, 16/12/2008).
- Código de Procedimiento Civil Francés, art 1504 (Decreto Nro 96-652, 22/07/1996).
- Código Orgánico General de Procesos, art 250 (RO Suplemento No 506, 22/05/2015).
- Corte Constitucional del Ecuador, Causa No 0050-08-EP (19/05/2009).
- Corte Constitucional del Ecuador, Causa No 006-08-EP (14/14/2009).
- Corte Constitucional del Ecuador, Causa No 169-12-SEP-CC (26/04/2012).
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 2520-18-EP/23 (24/05/2023).
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 2822-18-EP/23 (13/09/2023).
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 31-14-EP/19 (19/11/2019).
- Corte Nacional de Justicia, Resolución 15-2017 (RO Sup 104, 20 de octubre de 2017).
- Corte Provincial de Justicia de Guayas, *Alex Geovanny Banchon Moran c Lady Alexandra Orozco Pazmiño* (Caso No 09100-2022-00005, 06/04/2022).
- Corte Provincial de Justicia de Guayas, *Liga Profesional De Futbol Del Ecuador c Banco Del Pichincha CA* (Caso No 09100-2022-00007, 14/04/2022).

- Corte Provincial de Justicia de Guayas, *Valtimigna SA c Pesquera Uglan SA* (Caso No 09100-2022-00009, 27/05/2022).
- Corte Provincial de Justicia de Pichincha, *Austrobank Overseas Panama SA c Diego Yépez* (Caso No 17100-2024-00001).
- Corte Provincial de Justicia de Pichincha, *Empresa Constructora SA c Vidal Gomez Carlos Efred* (Caso No 17100-2022-00007).
- Corte Provincial de Justicia de Pichincha, *Gonzalez Pallares Diego y otros c Corporacion Neoatlas* (Caso No 17100-2022-00003).
- Corte Provincial de Justicia de Pichincha, *Jaime Carrillo c Lab-Nyse SA* (Caso No 17100-2022-00035).
- Cámara de los Lores, *Lesotho Highlands Development Authority c Impregilo SpAm* (Caso No UKHL 43, 30/06/2005).
- Decreto Legislativo 1071 de Perú, art 62 (01/09/2008).
- Federal Arbitration Act (FAA), Title 9 of the United States Code (12/02/1974).
- G. BORN, *International Commercial Arbitration* (Ed Kluwer Law International, 2021).
- H. BRUCE Y R. PLANTEROSE, *The Arbitration Act 1996, a Commentary* (5th edn, Ed Oxford, 2014).
- H. DAVIS ECHANDÍA, *Compendio de derecho procesal: teoría general del proceso* (Neiva, 1996).
- H. DÍAZ-CANDIA, *El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje* (Ed Torino, 2016).
- J. AZULA CAMACHO, *Curso de teoría general del proceso* (3rd edn, 1986).
- J. SIECKMANN, 'Prinzipien, ideale Sollen und normative argumente' *Nomos, Baden-Bade* vol 97 (2011).
- J. SIGÜENZA LÓPEZ, 'La acción de anulación de laudos arbitrales: algunas reflexiones sobre este proceso de impugnación y alguno de sus motivos' *Arbitraje* (2009).
- L. PALACIO, *Manual de derecho procesal civil* (14th edn, Abeledo-Perrot, 1998).
- Ley 1563 de 2016 de Colombia, art 107 (Diario Oficial No 48.489, 12/07/2012).
- Ley 19.979 de Chile, art 34 (Publicado el 29/09/2004).
- Ley de Arbitraje y Mediación, art 30 (RO No 417).
- M. JARA, *Tutela arbitral efectiva en Ecuador* (Ed Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017).

- M. ALBALADEJO GARCÍA, 'La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo en derecho que infringe las normas debidas aplicar' *Revista de Derecho Privado* año 74, mes 3 (1990): 178.
- O. GOZAÍNI, *Elementos de Derecho Procesal Civil* (Ed Ediar, 2005).
- O. SANTOS, 'La acción de nulidad de los laudos arbitrales' *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* No 8 (1) (2016).
- R. CAIVANO, *Control judicial en el arbitraje* (Ed Abeledo Perrot, 2011). Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española* (23rd edn, versión 23.7 en línea, <<https://dle.rae.es>> (26/08/2024).
- Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, art 52 (Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, 01/01/2024).
- S. ANDRADE, *La casación civil en el Ecuador* (UASB-E, 2005).
- Suprema Corte de Estados Unidos, *Oxford Health Plans LLC v Sutter* (Caso No 569 U.S. 564, 07/12/2012).
- Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos, *Hall Street Associates LLC v Mattel Inc* (Caso No 06-989, 29/05/2007).
- Tribunal de Reclamaciones, *Abraham Rahman Golshani v Gobierno de la República Islámica de Irán* (Caso No 546-812-3, 10/12/1993).
- V. AGUIRRE, 'Nulidades en el proceso civil' *FORO revista de derecho UASB-Ecuador* No 6 (2006).
- V. DE SANTO, *Nulidades Procesales* (Ed Universidad, 2001).

Líderes en la provisión de servicios legales de excelencia



falconipuigabogados_ec



Falconi Puig Abogados



Falconi Puig Abogados

INNOVACIÓN - CONFIANZA - EXCELENCIA



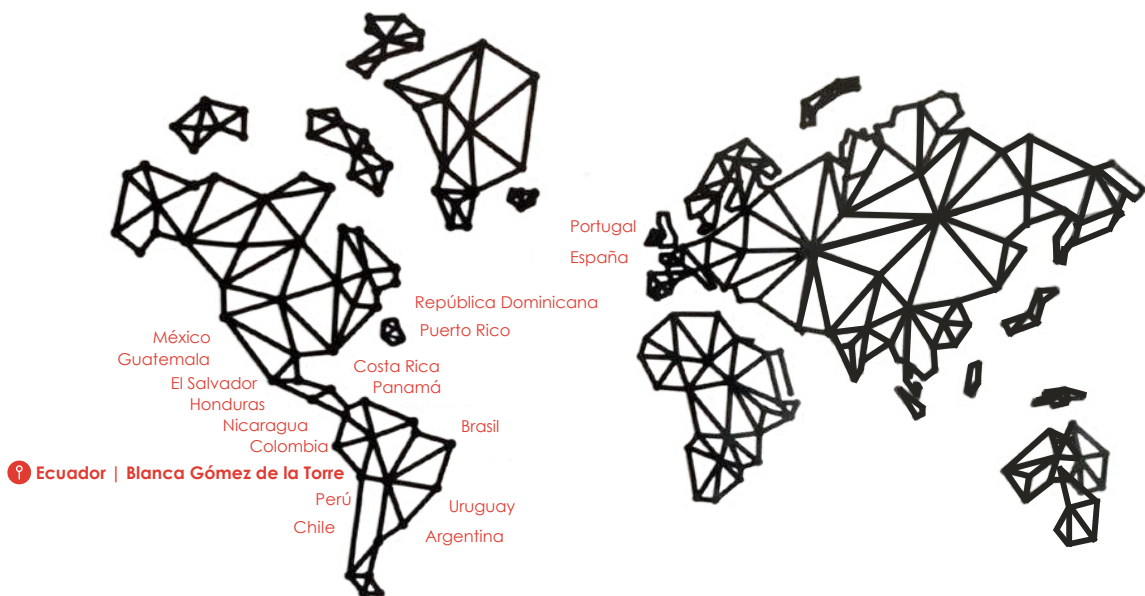
“Lexvalor se diferencia del resto de firmas de la región porque son aliados estratégicos y no simples asesores externos. Comprenden nuestras necesidades y nuestro negocio.”

Chambers and Partners Latin America 2024.

Nominada por segundo año consecutivo por la editora Chambers and Partners Latin America como firma del año Ecuador.

www.lexvalor.com

El arbitraje internacional: Fusionando experiencia legal global con soluciones personalizadas



Nuestro #EcijaTeam Ecuador



Gonzalo González
Socio



Blanca Gómez de la Torre
Socia



Christel Gaibor
Directora



Steven Vásconez
Asociado

Siguiendo el ‘camino amarillo’ para ejecutar un laudo extranjero en Ecuador. Comentarios y reflexiones a propósito de la Sentencia 3232-19-EP/24 y el procedimiento de ejecución

FOLLOWING THE ‘YELLOW BRICK ROAD’ TO ENFORCE A FOREIGN AWARD IN ECUADOR. SOME COMMENTS AND REFLECTIONS ON DECISION 3232-19-EP/24 AND THE ENFORCEMENT PROCEDURE.

Karla Saneli Condo Jaya^{*}
Carlos Elías Correa García^{** ***}

Recibido/Received: 31/08/2024
Aceptado/Accepted: 24/02/2025

SUMARIO: 1. Introducción; 2. La homologación y la práctica judicial en la ejecución de laudos extranjeros en Ecuador, antes de la Sentencia 3232-19-EP/24; 2.1. ¿En qué consiste la homologación?; 2.2. El planteamiento del problema y la práctica común de las cortes ecuatorianas antes de la Sentencia 3232-19-EP/24; 3. La Sentencia 3232-19-EP/24 y el régimen aplicable a la ejecución de laudos extranjeros; 3.1. Los problemas jurídicos analizados y resueltos por la Corte Constitucional en la Sentencia 3232-19-EP/24; 3.2. Algunas opiniones críticas sobre la Sentencia 3232-19-EP/24; 3.3. El procedimiento de ejecución de un laudo extranjero en Ecuador a raíz de la Sentencia 3232-19-EP/24; 4. Las facultades de los jueces para denegar de oficio la ejecución de un laudo extranjero; 4.1. La denegación de la ejecución de un laudo extranjero por contravenir el ‘orden público’; 4.2. El orden público en la jurisprudencia ecuatoriana

* Abogada por la Universidad Espíritu Santo (UEES), Facultad de Derecho, Política y Desarrollo. Correo electrónico: kcondo@uees.edu.ec

** Abogado por la Universidad Espíritu Santo (UEES), Facultad de Derecho, Política y Desarrollo. Correo electrónico: carloscorrea@uees.edu.ec

*** Los autores desean agradecer el valioso aporte de Diego Correa, quien colaboró con la diagramación y realizó los flujogramas que se presentan a lo largo de este trabajo académico.

y el criterio estricto con el que debe ser aplicado por los jueces encargados de la ejecución; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía.

RESUMEN: Esta investigación busca analizar el nuevo panorama para la ejecución de laudos extranjeros en Ecuador, tras la expedición de la Sentencia 3232-19-EP/24. En primer lugar, se revisa la problemática relacionada con el trámite de homologación, como requisito previo para ejecutar un laudo extranjero, antes de la emisión de dicha sentencia. En segundo lugar, se estudia el contenido de este fallo, se proporcionan algunas observaciones críticas sobre él, y se explica el procedimiento de ejecución de los laudos extranjeros en la actualidad. En tercer lugar, se explora la causal para denegar la ejecución de este tipo de laudos comprendida en el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York, esto es, la violación del orden público.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje internacional, homologación, ejecución, laudos extranjeros, Convención de Nueva York.

ABSTRACT: This paper seeks to analyze the new scenario for the enforcement of foreign awards in Ecuador, following the issuance of Decision 3232-19-EP/24. First, it reviews the problems related to the 'homologation' process, as a prerequisite to enforce a foreign award, prior to the issuance of such ruling. Secondly, the content of this decision is studied, some critical observations on it are provided, and the current procedure for the enforcement of foreign awards is explained. Third, the ground for non-enforcement of such awards under Article V(2)(b) of the New York Convention, i.e., violation of public policy, is explored.

KEYWORDS: International arbitration, homologation, enforcement, foreign awards, New York Convention.

1. INTRODUCCIÓN

En el Maravilloso Mago de Oz, la novela juvenil de L. Frank Baum, la protagonista, Dorothy, debe recorrer un 'camino amarillo' (*yellow brick road*) para llegar a la Ciudad Esmeralda donde vive el Mago de Oz, el único ser capaz de concederle el mayor deseo de su corazón: regresar a su hogar en Kansas, con sus tíos. Así, para Dorothy, la ruta de su travesía está bien marcada. Si sigue el camino amarillo, llegará con el Mago de Oz y podrá regresar a casa. Pero, si se aparta de él, el fracaso de su misión está asegurado. En cualquier caso, el

trabajo de Dorothy es bastante claro: debe seguir el camino amarillo.

Al igual que Dorothy, la parte vencedora de un arbitraje internacional, después de obtener un laudo favorable, debe emprender una travesía con el propósito de hacer realidad el ‘mayor deseo de su corazón’: ejecutar el laudo emitido a su favor, para lograr así la satisfacción plena de sus derechos e intereses. Lamentablemente, al igual que ocurre con Dorothy en la novela, a veces, durante su viaje, el ejecutante se enfrentará a diversos ‘obstáculos’ que le impedirán continuar por el camino amarillo. En el mundo del Mago de Oz, la mayor dificultad para Dorothy es la Bruja Malvada del Oeste (y su banda de secuaces alados), que, a través de todo medio disponible, intentará impedir que la protagonista llegue a su destino. En cambio, en el mundo jurídico, los obstáculos suelen tomar la forma de trámites burocráticos y barreras procesales que dificultan de manera desproporcionada la ejecución de una decisión arbitral.

En ocasiones, incluso cuando una ley elimina los obstáculos y facilita que la parte ejecutante siga por el ‘camino amarillo’, los operadores de justicia encargados de la ejecución persisten en aplicarlos de manera arbitraria e ilegal, impidiendo *de facto* que el ejecutante goce de su derecho a acceder a la justicia (y, en general, a una tutela judicial efectiva)¹. Este fue el caso del Ecuador, donde la ‘Bruja Malvada del Oeste’ tenía nombre y apellido: era el trámite de ‘homologación’ de los laudos extranjeros. A pesar de que este requisito fue derogado en 2018, algunos jueces ecuatorianos continuaron exigiéndolo como paso previo para la ejecución de este tipo de laudos, bajo el pretexto de que un vestigio de la normativa derogada había sobrevivido en la legislación procesal.

Por suerte, esta historia tuvo un final —mayormente— feliz. La Corte Constitucional del Ecuador, mediante la Sentencia 3232-19- EP/24 del 09 de mayo de 2024 (y posteriormente, la Sentencia 34-23-CN/24 del 12 de septiembre de 2024), resolvió definitivamente el debate sobre el procedimiento

1 En Ecuador, las garantías de ‘acceso a la justicia’ y ‘ejecutoriedad’ (o ‘ejecución cabal’) de las decisiones judiciales y arbitrales son dos componentes elementales del derecho a la ‘tutela judicial efectiva’, conforme lo ha establecido de manera consistente la jurisprudencia constitucional ecuatoriana. Por ejemplo, en la Sentencia 1943-12-EP/19, la Corte Constitucional del Ecuador determinó que este derecho se compone de garantías fundamentales: (A) el derecho al acceso a la administración de justicia, (B) el derecho a un debido proceso, y (C) el derecho a la ejecutoriedad de la decisión jurisdiccional. Por esta razón, lograr que se ejecute una decisión jurisdiccional ejecutoriada de forma completa, efectiva y adecuada es un derecho fundamental que se encuentra plenamente reconocido y tutelado por el ordenamiento jurídico local. Ver CCE, Sentencia No. 1943-12-EP/19, 25/09/2019, ¶¶ 43-45.

de homologación. En esta sentencia, la Corte concluyó que, a través de una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico ecuatoriano, queda claro que el requisito de homologar los laudos extranjeros para poder ejecutarlos en Ecuador ya fue derogado. De esta manera, en actualidad, la ejecución de este tipo de laudos no requiere homologación previa (ni ninguna otra formalidad)². ¿Entonces por qué afirmamos que el desenlace de la historia fue 'mayormente' feliz? Porque, a diferencia de los cuentos de fantasía, en la realidad no todo es perfecto. Aún persisten algunos cabos sueltos y vacíos legales que podrían volver a obstaculizar el tránsito del ejecutante por el 'camino amarillo'. Pero, nos ocuparemos de esos detalles a su debido tiempo.

Por ahora, queremos delinear el recorrido y los temas que abordaremos en este trabajo académico. En la Sección No. 2, revisaremos qué es la homologación y cuál era la práctica habitual de las cortes ecuatorianas respecto a este requisito (como paso previo para la ejecución de un laudo extranjero), antes de la emisión de la Sentencia 3232-19-EP/24. En la Sección No. 3, analizaremos el contenido de la Sentencia 3232-19-EP/24 y el régimen aplicable a la ejecución de los laudos dictados en el exterior, incluyendo las excepciones que el ejecutado puede oponer. En la Sección No. 4, exploraremos las facultades de los jueces para denegar, especialmente de oficio, la ejecución de este tipo de laudos, con énfasis en la violación del 'orden público'. Finalmente, presentaremos algunas conclusiones generales sobre la base de toda la información recopilada.

2. LA HOMOLOGACIÓN Y LA PRÁCTICA JUDICIAL EN LA EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS EN ECUADOR, ANTES DE LA SENTENCIA 3232-19-EP/24

2.1. ¿EN QUÉ CONSISTE LA HOMOLOGACIÓN?

En Ecuador, la homologación es un mecanismo de *exequátur* que deben cumplir las sentencias dictadas en países extranjeros (y, previamente, también los laudos arbitrales internacionales) para que se reconozca su validez y se proceda

2 Ver CCE, Sentencia No. 3232-19-EP/24, 09/05/2024, ¶ 71.

con su ejecución de acuerdo con la normativa procesal ecuatoriana.³ Este mecanismo consiste en un proceso judicial que busca obtener una sentencia declarativa que reconozca —o, más precisamente, homologue— la decisión jurisdiccional extranjera. En ese sentido, el profesor DEVIS ECHANDÍA, ampliamente citado por la doctrina y jurisprudencia ecuatoriana, sostiene que, desde una perspectiva procesal, la homologación tiene como propósito la intervención de un órgano jurisdiccional local para que este “*pronuncie una sentencia que disponga darle cumplimiento en el territorio nacional a [otra] sentencia extranjera*”⁴.

Las reglas sobre el trámite de homologación se encuentran desarrolladas dentro del Capítulo VII del Título I del Libro II del Código Orgánico General de Procesos (en adelante “**COGEP**”) (esto es, en los artículos 102 al 106). En particular, el artículo 104 del COGEP establece que, para homologar una sentencia extranjera, el órgano competente (es decir, la Sala de la Corte Provincial de Justicia especializada en razón de la materia)⁵ debe verificar cinco aspectos: (A) que la sentencia extranjera cumpla con las formalidades externas requeridas para ser considerada auténtica en su país de origen, (B) que se acredite, con la documentación correspondiente, que la sentencia ha adquirido autoridad de cosa juzgada conforme a las leyes del país en que fue dictada, (C) que, si fuese necesario, la sentencia esté debidamente traducida, (D) que se demuestre que la parte demandada fue legalmente notificada y que se garantizó su derecho a la defensa, y (E) que se indique el lugar de citación de la persona o entidad contra quien se desea hacer valer la sentencia extranjera⁶.

Por otra parte, el artículo 103 del COGEP determina que, una vez resuelta la

3 H. DEVIS ECHANDÍA, *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. 2^{da} Ed., Editorial Temis, 2009, p. 621. Ver también J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Motivos de denegación de la ejecución material de una resolución extranjera y motivos de denegación de su ejecutividad”, *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, No. Extra 1, 2013, pp. 267-268.

4 Ver H. DEVIS ECHANDÍA, N. 3.

5 Según el artículo 143 del Código Orgánico de la Función Judicial (“**COFJ**”), “[e]l conocimiento de las causas para el reconocimiento u homologación de las sentencias extranjeras, corresponderá a la sala de la corte provincial especializada en razón de la materia del distrito del demandado”. Asimismo, el artículo 102 del COGEP dispone que “[p]ara el reconocimiento y homologación de sentencias y actas de mediación con efecto de sentencia en su legislación de origen, expedidos en el extranjero, corresponderá a la sala de la Corte Provincial especializada del domicilio de la o del requerido”. Ver Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ], Artículo 143, RO Sup. No. 544, 09/03/2009. Ver también Código Orgánico General de Procesos [COGEP], Artículo 102, RO Sup. No. 506, 22/05/2015.

6 Código Orgánico General de Procesos [COGEP], Artículo 104, RO Sup. No. 506, 22/05/2015.

homologación, la sentencia extranjera tendrá en el Ecuador “la fuerza que [le] concedan los tratados y convenios internacionales vigentes”⁷. De esta manera, si el instrumento internacional aplicable otorga a la sentencia extranjera el carácter de *res iudicata* (cosa juzgada), al ser homologada, dicha decisión adquirirá la misma fuerza en Ecuador⁸. Por consiguiente, una sentencia extranjera que, tras su homologación, adquiera la autoridad de cosa juzgada en el país, podrá ser ejecutada como un ‘título de ejecución’⁹ ante el juez de primera instancia correspondiente, según la competencia determinada en función del domicilio del demandado, conforme a las reglas establecidas en el Título I del Libro V del COGEP¹⁰.

A continuación, presentamos un flujograma que resume el proceso de homologación, con base en el Capítulo VII del Título I del Libro II del COGEP.

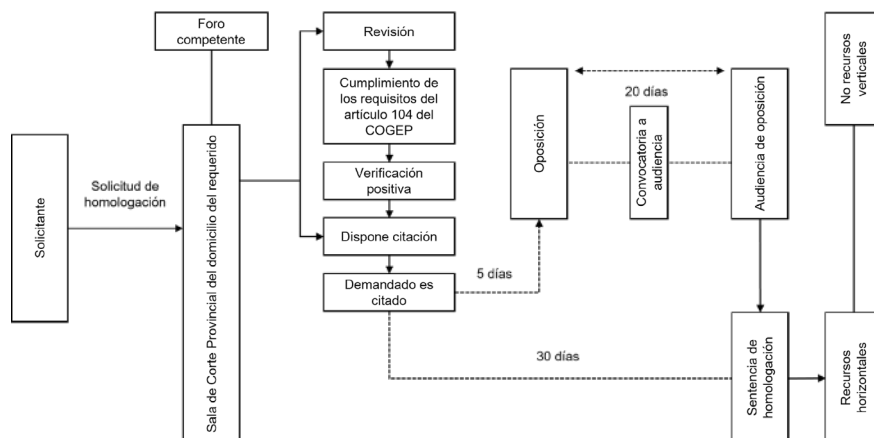
7 Ibidem, Artículo 103.

8 En términos generales, para determinar la fuerza que se concede a las sentencias extranjeras, debe recurrirse a los instrumentos internacionales y las normas de Derecho Internacional Privado aplicables en Ecuador. En ese sentido, el artículo 174 del Código de Derecho Internacional Privado (denominado ‘Código de Sánchez de Bustamante’) establece una ‘presunción de cosa juzgada’, en los siguientes términos: “La presunción de cosa juzgada por sentencia extranjera será admisible, siempre que la sentencia reúna las condiciones necesarias para su ejecución en el territorio, conforme al presente Código”. Ver Código de Derecho Internacional Privado. [Código de Sánchez de Bustamante], Artículo 174, RO Sup. No. 153, 25/11/2005.

9 El artículo 362 del COGEP establece que la ejecución “[e]l conjunto de actos procesales para hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución”. Así pues, de acuerdo con la legislación procesal ecuatoriana, es necesario que el ejecutante cuente con alguno de los ‘títulos’ determinados en el artículo 363 del COGEP, para que pueda continuar con el proceso de ejecución. En esa línea, COUTURE señala que, en general, un ‘título’ es un instrumento que acredita una ‘calidad’ y una ‘aptitud jurídica’ para hacer una cosa; mientras que, un ‘título de ejecución’ es aquel que reúne dos elementos: por un lado “una declaración de la existencia de una obligación que la ejecución tiende a satisfacer” y, por otro lado, “la orden de ejecución”. Ver E.COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Ediciones Depalma, 1973, p. 449. Ver también Código Orgánico General de Procesos [COGEP], Artículos 362 y 363, RO Sup. No. 506, 22/05/2015.

10 Actualmente, el artículo 102 del COGEP dispone que “[l]a ejecución de sentencias y actas de mediación expedidos en el extranjero, corresponderá a la o al juzgador de primer nivel del domicilio de la o del demandado competente en razón de la materia. Si la o el demandado no tiene su domicilio en el Ecuador, será competente la o el juzgador de primer nivel del lugar en el que se encuentren los bienes o donde deba surtir efecto la sentencia, o acta de mediación”. Ver Código Orgánico General de Procesos [COGEP], Artículo 102, RO Sup. No. 506, 22/05/2015.

Gráfico 1. Proceso de homologación de acuerdo con el Capítulo VII del Título I del Libro II del COGEP.



Elaboración propia.

2.2. EL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y LA PRÁCTICA COMÚN DE LAS CORTES ECUATORIANAS ANTES DE LA SENTENCIA 3232-19-EP/24

Después de haber explicado el trámite de homologación, con el fin de entender de manera más clara el problema que obstaculizaba la ejecución de los laudos extranjeros, pensemos en el siguiente caso hipotético: Alfa, una compañía estadounidense, inició un arbitraje en contra de Beta, una compañía ecuatoriana. El procedimiento fue administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ('CCI' o, según sus siglas en inglés, 'ICC') y conducido por un Tribunal constituido en Miami. Habiendo transcurrido la fase escrita y la fase de alegatos orales, el Tribunal de la CCI emitió un laudo aceptando todas las pretensiones de Alfa. Después la expedición del laudo, Alfa decidió ejecutarlo en Ecuador, donde se encontraban todos los bienes de Beta. Alfa, pues, decidió consultar con sus abogados ecuatorianos para saber si debía realizar algún trámite adicional para poder ejecutar el laudo. Ellos le explicaron que, aunque la ley vigente no lo exigiera, en la práctica, los jueces solían requerir la homologación del laudo extranjero antes iniciar con el procedimiento de ejecución. Así, Alfa no tenía certeza —al menos hasta la emisión de la Sentencia 3232-19-EP/24— sobre si debía homologar primero el laudo emitido por el Tribunal de la CCI. Un paso en falso podría implicar un gasto innecesario de recursos o, en el peor de los casos, que una autoridad judicial ecuatoriana invalidara completamente el laudo a su favor.

Esa incertidumbre, a la que se enfrentaban muchos usuarios del sistema de justicia, surgió como consecuencia de la falta de precisión de la legislación procesal ecuatoriana y el poco entendimiento de los jueces locales sobre el tema. Sobre todo, esto se debe a que, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, coexisten dos disposiciones legales aparentemente contradictorias. Por un lado, el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación (“**LAM**”), cuyo inciso quinto establece que “[l]os laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional”¹¹. Por otro lado, el artículo 363(5) del COGEP, que dispone que los ‘títulos de ejecución’ incluyen “[a]l laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme con las reglas de este Código”¹².

Para comprender mejor estas normas, es necesario repasar algunos antecedentes históricos:

- (i) Antes de la entrada en vigor del COGEP, el 22 de mayo de 2016, los laudos extranjeros no requerían de homologación¹³. Sin embargo, con la promulgación del COGEP, el legislador ecuatoriano incluyó, dentro del Capítulo VII del Título I del Libro II de dicho código, varias disposiciones que consideraban a los laudos internacionales como parte de la amplia categoría de ‘sentencias extranjeras’ que debían pasar por el proceso de homologación antes de que pudieran ejecutarse en Ecuador¹⁴.
- (ii) En 2018, a través de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal (“**LOFP**”), se eliminó explícitamente la frase “*laudos arbitrales*” del Capítulo VII del Título I del Libro II del

11 Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], Artículo 42, RO No. 417, 14/12/2006.

12 Código Orgánico General de Procesos [COGEP], Artículo 363(5), RO Sup. No. 506, 22/05/2015.

13 Según PONCE MARTÍNEZ *et al.*, antes de la entrada en vigor del COGEP, los laudos dictados dentro de un proceso de arbitraje internacional se ejecutaban de la misma forma que aquellos dictados en un arbitraje nacional. Es decir, debían ser ejecutados siguiendo la vía de ‘apremio’ contemplada en el artículo 438 del antiguo Código de Procedimiento Civil (“**CPC**”), del mismo modo que las sentencias ordinarias. Este trámite empezaba con un mandamiento de ejecución, para lo cual únicamente era necesario la presentación de una copia del laudo certificada por el secretario del tribunal arbitral, los árbitros o el Director del Centro de Arbitraje. Ver A. PONCE MARTÍNEZ *et al.*, “Homologación, reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en Ecuador”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, N.º 9, 2017.

14 Código Orgánico General de Procesos [COGEP], RO Sup. No. 506, 22/05/2015.

COGEP¹⁵. Al mismo tiempo, se incorporó un inciso adicional en el artículo 42 de la LAM, permitiendo que los laudos extranjeros fueran ejecutados directamente, como si fuesen ‘laudos nacionales’. Sin embargo, a pesar de estas reformas, un vestigio de la antigua regulación sobrevivió en el artículo 363(5) del COGEP, el cual establecía que solamente los laudos extranjeros ‘homologados’ (conforme a las reglas del COGEP) constituían ‘títulos de ejecución’¹⁶. Aunque se interpretaba que este vestigio había sido tácitamente derogado por la LOFP, el debate sobre la necesidad de homologar previamente los laudos extranjeros continuó siendo un tema controvertido a nivel local¹⁷.

- (iii) En 2021, el Presidente de la República expidió el Reglamento a la LAM, cuyo artículo 15(1) aclaró que los laudos extranjeros debían ser ejecutados “*ante el mismo juez y de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional, sin que se exija previamente un proceso de homologación*”¹⁸. Además, dicho artículo estableció que, para ejecutar un laudo extranjero, bastaba con presentar “*una copia certificada del mismo*” y no se requería la “*razón de ejecutoria, legalización o formalidad adicional alguna*”¹⁹.

A pesar de la promulgación del Reglamento a la LAM y la plena vigencia de

15 La Disposición Derogatoria Segunda de la LOFP, dispuso lo siguiente: “*Elimínese en los artículos 102 al 106 del Código Orgánico General de Procesos - COGEP las palabras ‘laudo arbitral’. Déjese sin efecto la Disposición Derogatoria Décima Tercera del COGEP y restablézcase el último inciso del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que dispone: ‘Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.’; y, Deróguese el artículo 27 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversión - COPCI, ‘Resolución de Conflictos’. Ver Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal [LOFP]. R.O. Sup. No. 309, 21/08/2018.*”

16 *Ibid.*

17 En 2019, GUARDERAS señaló que, para ese entonces, algunos jueces de primera instancia y de la Corte Provincial de Pichincha habían expedido sentencias en las que negaban la ejecución de laudos extranjeros que no estaban homologados —inaplicando la normativa vigente—, bajo el argumento de que “conforme el Art. 363 del Código Orgánico General de Proceso numeral 5) para la prosecución de este trámite [...] se necesita que el laudo arbitral expedido en el extranjero, esté homologado”. Ver D. GUARDERAS, *Ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el Ecuador*, <<https://iea.ec/articulos/ejecucion-de-laudos-arbitrales-extranjeros-en-el-ecuador/>> (28/10/2019). Ver también C. CORONEL JONES, H. PÉREZ LOOSE, L. BARRAZUETA, C. CORREA. *Year in review: international arbitration in Ecuador. Lexology In-Depth: International Arbitration*, <<https://www.lexology.com/in-depth/international-arbitration/ecuador>> (07/06/2024).

18 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación [RLAM], Artículo 15(1), RO Sup. No. 524, 26/08/2021.

19 *Ibid.*, Artículo 15(1) y (2).

la LOFP, algunos operadores de justicia continuaron exigiendo la sentencia de homologación (y, en algunos casos, la razón de ejecutoría) como requisito obligatorio para admitir a trámite la demanda de ejecución de un laudo extranjero.

Entre 2018 y 2023 (es decir, después de la entrada en vigor de las reformas legislativas introducidas por la LOFP y antes de la Sentencia 3232-19-EP/24), hemos identificado cinco casos en los que jueces ecuatorianos insistieron en la homologación como antecedente para la ejecución de un laudo extranjero, o este requisito fue un tema discutido. Los casos son: *Biosano c. Hospimedikka*, *Ecopromex c. Procopromar* y otra, *MBA Community Loans c. Jaramillo, Salzgitter c. Sedemi* (que dio lugar a la Sentencia 34-23-CN/24) y *CW Travel Holdings c. Seitur* (que dio lugar a la Sentencia 3232-19-EP/24). A continuación, se analizará cada uno de ellos.

2.2.1. BIOSANO C. HOSPIEDIKKA

Este caso involucró a las compañías *Laboratorio Biosano* de Chile y *Hospimedikka Cía. Ltda* de Ecuador, en una disputa relacionada con el Decreto 1038-A de 1976. En 1992, ambas compañías suscribieron un contrato con cláusula arbitral, en virtud del cual Hospimedikka se convertía en un 'agente-distribuidor' de los productos de Biosano en Ecuador. En junio de 2018, antes de que la LOFP fuese promulgada, Biosano solicitó la homologación de un laudo dictado en Chile en el año 2004, donde se le adjudicaba una indemnización de más de un millón de dólares. Hospimedikka se opuso a la homologación argumentando, entre otras cosas, que, con anterioridad a la solicitud de Biosano, habían existido varios pronunciamientos de la justicia ecuatoriana respecto de la 'inejecutabilidad' del convenio arbitral contenido en el contrato de 1992²⁰.

20 Según alegó Hospimedikka, en el año 2000, dicha compañía demandó civilmente a Biosano por daños y perjuicios. En el proceso civil de daños, el juez de primera instancia se declaró incompetente en razón del territorio. Hospimedikka apeló el auto de declinatoria de competencia y, en 2008, la Corte Superior de Justicia de Quito estableció que la cláusula arbitral pacta en el contrato de 1992 era 'inejecutable', puesto que en Chile no existía el Centro de Arbitraje designado en el convenio arbitral. Así pues, la Corte Superior de Quito, en apelación, determinó que la competencia para conocer cualquier litigio concerniente al contrato de 1992 estaba radicada en la justicia ordinaria de Ecuador. Este pronunciamiento fue ratificado en 2008, cuando el juez de primera instancia estableció que la cláusula arbitral comprendida en el contrato de 1992 era incapaz de surtir efectos jurídicos. Paralelamente, Biosano había iniciado un procedimiento arbitral en Chile, el cual culminó en un laudo favorable emitido en 2004. Sin embargo, según la información que consta en el expediente, Biosano no habría podido ejecutar ese laudo porque, al enterarse de su expedición, Hospimedikka solicitó una medida cautelar para que Biosano se abstuviese de ejecutarlo. Esta medida fue concedida en 2007 y se mantuvo vigente hasta su revocatoria en 2016.

En julio de 2018, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha rechazó la solicitud de homologación presentada por Biosano. La Corte de Pichincha argumentó que: (A) la homologación del laudo de 2004 implicaría, a su juicio, una violación del ‘derecho público ecuatoriano’²¹, dado que la justicia local ya había declarado la ineficacia de la cláusula arbitral, y (B) la competencia para dirimir cualquier disputa entre Biosano y Hospimedikka correspondía a la justicia ordinaria de Ecuador²².

Posteriormente, cuando entró en vigor la LOFP, Biosano solicitó la nulidad del proceso de homologación señalando que, debido a la vigencia de dicha ley, los laudos arbitrales extranjeros ya no requerían ser homologados. Sin embargo, la Corte de Pichincha rechazó su solicitud. Frente esta decisión, la compañía chilena presentó una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional del Ecuador. No obstante, antes de que dicho órgano emitiera un pronunciamiento definitivo sobre el caso, Biosano y Hospimedikka lograron llegar a un acuerdo extrajudicial.

2.2.2. ECOPROMEX C. PROCOPROMAR Y OTRA

En febrero de 2022, la compañía *Ecopromex SRL* solicitó la homologación de un laudo arbitral expedido por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa (‘RF CCI’, por sus siglas en inglés). Las compañías demandadas, *Procopromar Cía. Ltda.* y *Copropromar S.A.*, se opusieron alegando que no habían incumplido el contrato objeto de la disputa y que, en todo caso, no habían sido citadas en debida forma. En enero de 2023, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Manabí aceptó la solicitud de homologación presentada por *Ecopromex*²³. *Ecopromex* prosiguió con la ejecución del laudo ante la Unidad Judicial Civil de Manta.

A la fecha, la ejecución continúa tramitándose. Según nuestra investigación, este es el único caso donde, después de la promulgación de la LOFP, una corte ecuatoriana efectivamente homologó un laudo arbitral extranjero.

21 Sobre las diferencias conceptuales entre una violación del ‘derecho público’ y una del ‘orden público’, sugerimos revisar la Sección No. 4 de este trabajo académico.

22 Ver *Biosano c. Hospimedikka*, Proceso No. 17113-2018-00003, Corte Provincial de Pichincha, 13 de julio de 2018.

23 Ver *Ecopromex c. Procopromar y otra*, Proceso No. 13113-2022-00001, Corte Provincial de Manabí, 26 de enero de 2023.

2.2.3. MBA COMMUNITY LOANS C. JARAMILLO

En julio de 2023, la compañía irlandesa *MBA Community Loans* demandó directamente la ejecución de un laudo arbitral dictado por la Corte Internacional de Arbitraje de Londres ('LCIA', por sus siglas en inglés). En ese caso, el laudo arbitral ordenó el pago de una deuda asumida por una persona natural ecuatoriana con una entidad financiera extranjera.

En agosto de 2023, la Unidad Judicial Civil de Guayaquil solicitó que se complete la demanda, adjuntado la sentencia declarativa de que el laudo había sido homologado²⁴. *MBA Community Loans* presentó un escrito señalando que la homologación ya no era un requisito exigible para continuar con la ejecución de un laudo extranjero. Sin embargo, la Unidad Judicial Civil de Guayaquil ordenó el archivo de la demanda, señalando que, a criterio suyo, un laudo extranjero 'no-homologado' no constituye un título de ejecución. *MBA Community Loans* apeló.

En agosto de 2024, la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Guayas aceptó el recurso de apelación y ordenó que el juez de instancia continúe con la prosecución de la causa²⁵. La Corte Provincial de Guayas fundamentó su decisión en lo dispuesto por la Sentencia 3232-19-EP/24, dictada apenas unos meses antes.

2.2.4. SALZGITTER C. SEDEMI

En junio de 2023, la compañía alemana *Salzgitter Mannesmann International GmbH* presentó una demanda de ejecución de un laudo arbitral, emitido por el Centro Suizo de Arbitraje, ante la Unidad Judicial Civil de Iñaquito. El 12 de septiembre de 2023, la jueza de la Unidad Judicial decidió no calificar la demanda y, en su lugar, elevó a la Corte Constitucional una consulta sobre la posible inconstitucionalidad del artículo 42 de la LAM²⁶. Este proceso fue admitido a trámite por la Sala de Admisión de la Corte, asignándole el número de caso 34-23-CN. En la fundamentación de su consulta, la jueza de la

24 Ver *MBA Community Loans c. Jaramillo*, Proceso No. 09332-2023-12816, Unidad Judicial Civil del cantón Guayaquil, 14 de agosto de 2023.

25 Ver *MBA Community Loans c. Jaramillo*, Proceso No. 09332-2023-12816, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Guayas, 07 de agosto de 2024.

26 Ver *Salzgitter c. Sedemi*, Proceso No. 17230-2023-13027, Unidad Judicial Civil de la parroquia Iñaquito, 12 de septiembre de 2023.

Unidad Judicial argumentó, principalmente, que el inciso quinto del artículo 42 de la LAM “*deja a la persona contra la que se pretende ejecutar [el] laudo [extranjero], sin la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa*”, puesto que elimina la necesidad de cumplir con el procedimiento de homologación²⁷.

El 12 de septiembre de 2024, la Corte Constitucional emitió la Sentencia 34-23-CN/24, en la que concluyó que el artículo 42 de la LAM no contraviene el derecho al debido proceso ni el derecho de defensa. En su explicación, la Corte precisó que, en el caso de un laudo arbitral, la obligación a ejecutarse corresponde a “*una declaración jurisdiccional tomada en un proceso arbitral anterior*”, en el cual las partes tuvieron la oportunidad de ejercer su derecho de defensa²⁸. Por lo tanto, la ejecución de los laudos arbitrales no debe considerarse como una fase de ‘debate procesal’, sino de cumplimiento de lo ya resuelto. En este contexto, sería incompatible con el principio de ‘alternabilidad del arbitraje’ intentar revisar y resolver nuevamente los méritos de la controversia, ignorando lo que ya fue decidido por los árbitros²⁹.

Es importante destacar que, aunque este caso comenzó en 2023, la Sentencia 34-23-CN/24 fue emitida después de la Sentencia 3232-19-EP/24 (que constituye el foco central de nuestra investigación). En esta nueva sentencia, la Corte Constitucional ratificó lo resuelto en la Sentencia 3232-19-EP/24 en relación con la homologación.

2.2.5. CW TRAVEL HOLDINGS C. SEITUR

Este caso, probablemente el más emblemático, involucró a la compañía neerlandesa *Carlson Wagonlit Travel Holdings N.V* (en adelante “**CW Travel Holdings**”) y la ecuatoriana *Seitur Cía. Ltda* (en adelante “**Seitur**”), en una disputa originada por un incumplimiento contractual de ésta última³⁰. En 2012, CW Travel Holdings inició un proceso arbitral ante la Corte de Arbitraje de la CCI, con sede en París, Francia, el cual fue registrado bajo el

27 Ver CCE, Sentencia No. 34-23-CN/24, 12/09/2024, ¶¶ 9 (9.2.) y 13.

28 Ibid.

29 Ibid.

30 En abril de 2011, CW Travel Holdings y Seitur firmaron un contrato mediante el cual la primera le cedía a la segunda sus licencias de uso de marca, sistemas de propiedad, productos y servicios, con el objetivo de que Seitur gestionara la cartera de clientes de CW Travel Holdings en Ecuador. Sin embargo, durante la ejecución del contrato, Seitur perdió una acreditación turística, lo que llevó a CW Travel Holdings a terminar unilateralmente el contrato en 2012. Como resultado, CW Travel Holdings inició un arbitraje, solicitando principalmente: (A) una indemnización por daños y perjuicios y (B) una medida cautelar que consistía en el pago de una multa diaria por el uso indebido de su marca.

número de expediente 19058/GFG³¹. El 07 de abril de 2015, un Tribunal Arbitral de la CCI emitió un laudo final, aceptando las pretensiones de CW Travel Holdings y condenando a Seitur al pago de una indemnización.

En agosto de 2016, CW Travel Holding presentó una solicitud de homologación del laudo de la CCI ante la Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. A su turno, Seitur se opuso a la homologación alegando, entre otras cosas, que la compañía neerlandesa no había acreditado que el laudo hubiera adquirido autoridad de cosa juzgada y que este contravenía el 'orden público ecuatoriano' por tratarse de una decisión *ultrapetita*³². En diciembre de 2017, la Corte de Pichincha negó la homologación, argumentando que la traducción del laudo no había sido realizada por un perito acreditado por el Consejo de la Judicatura³³.

En septiembre de 2018, ya con la LOFP publicada, Seitur presentó una demanda contra CW Travel Holdings por la vía ordinaria, solicitando que se declarara la 'inejecutabilidad' del laudo emitido por la CCI en París³⁴. Seitur alegó nuevamente que el laudo contravenía el 'orden público ecuatoriano'. En septiembre de 2019, la Unidad Judicial Civil de Iñaquito rechazó la demanda, señalando que el perito traductor del laudo no asistió a la audiencia de juicio, lo que hizo que la traducción careciera de valor probatorio³⁵. Seitur apeló esta decisión. En enero de 2020, la Corte de Pichincha desestimó la apelación y ratificó la sentencia de la Unidad Judicial Civil de Iñaquito, estableciendo

31 El tribunal arbitral de este caso estuvo constituido por Claus von Wobeser (como Presidente), Alexis Mourre y Armando Serrano Puig.

32 Como veremos más adelante, la oposición de Seitur incurrió en una confusión conceptual entre dos causales distintas para la denegación de ejecución de un laudo extranjero, según la Convención de Nueva York. Como explica GONZÁLEZ DE COSSÍO, con base en el artículo V(1)(c) de la Convención, si una controversia no se encuentra dentro del ámbito de cobertura de una cláusula arbitral, el tribunal de arbitraje no tendrá competencia para resolverla. Si, a pesar de esto, el tribunal se declara competente, el laudo será *extra petita* o *ultra petita*, es decir, excederá el alcance del convenio arbitral, lo que justificaría su denegación. En cambio, el concepto de 'orden público' pertenece al artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York, y su alcance general se analiza en la Sección No. 4 de este trabajo académico. Ver F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*. 5ª ed, Editorial Porrúa, 2018, pp. 989-990 y 1006-1008.

33 *CW Travel Holding c. Seitur I*, Proceso No. 17113-2016-00012, Corte Provincial de Pichincha, 04 de diciembre de 2017.

34 La Unidad Judicial Civil de Iñaquito solicitó a Seitur que completara su demanda, acreditando que el laudo arbitral estaba homologado. Sin embargo, Seitur respondió, curiosamente, que la LOFP había derogado dicho requisito de homologación. Al final, la Unidad Judicial de Iñaquito procedió a calificar la demanda.

35 Ver *Seitur c. CW Travel Holding*, Proceso No. 17230-2018-14203, Unidad Judicial Civil de la parroquia Iñaquito, 09 de septiembre de 2019.

que una ‘acción declarativa’ no era procedente, dado que los laudos arbitrales extranjeros son títulos de ejecución³⁶. En respuesta, Seitur presentó un recurso de casación, el cual fue admitido parcialmente en diciembre de 2020. Hasta la fecha, dicho recurso no ha sido resuelto.

De forma paralela, en febrero de 2019, antes de que se emitiera la sentencia de primera instancia del juicio de inejecutabilidad, CW Travel Holdings solicitó la ejecución del laudo de la CCI ante otro juez de la misma Unidad Judicial Civil de Iñaquito. La solicitud fue admitida a trámite, y en abril de 2019, dicha judicatura emitió un ‘mandamiento de ejecución’ por un monto superior a dos millones de dólares. Seitur se opuso a la ejecución, alegando, entre otros motivos, litispendencia, dado que en Francia aún se tramitaba una acción de nulidad en contra del laudo de la CCI. Además, argumentó que el laudo carecía de validez como ‘título de ejecución’ al no constar la ‘razón de ejecutoria’ (es decir, una certificación oficial de que el laudo hubiera adquirido autoridad de cosa juzgada). El 06 de junio de 2019, la Unidad Judicial de Iñaquito dictó un auto en el que declaró la nulidad de todo lo actuado, ya que: (A) no se adjuntó la razón de ejecutoria, la cual, según el juez de instancia, era un requisito de admisibilidad, y (B) tampoco se acreditó que el laudo estuviera homologado³⁷. CW Travel Holdings apeló esta decisión.

El 30 de septiembre de 2019, la Corte Provincial de Pichincha rechazó el recurso de apelación y confirmó que tanto la homologación como la acreditación de la razón de ejecutoria eran requisitos indispensables para la admisibilidad de demanda de ejecución.³⁸ Por un lado, la Corte de Pichincha sostuvo que, según su interpretación, el requisito de la homologación no había sido derogado, ya que, con base en el artículo 363(5) del COGEP, este continuaba vigente. También señaló que, al haberse excluido los laudos arbitrales del régimen de homologación de “*sentencias y actas de mediación extranjeras*”, previsto en el Capítulo VII del Título I del Libro II del COGEP, la homologación de tales laudos debía ahora llevarse a cabo mediante un procedimiento ordinario. Por otro lado, la Corte de Pichincha argumentó que el laudo emitido por la CCI no constituía un ‘título de ejecución’ conforme a la legislación ecuatoriana, porque, como CW Travel Holdings no adjuntó la razón de ejecutoria,

36 Ver *Seitur c. CW Travel Holding*, Proceso No. 17230-2018-14203, Corte Provincial de Pichincha, 29 de enero de 2020.

37 Ver *CW Travel Holding c. Seitur II*, Proceso No. 17230-2019-03159, Unidad Judicial Civil de la parroquia Iñaquito, 06 de junio de 2019.

38 Ver *CW Travel Holding c. Seitur II*, Proceso No. 17230-2019-03159, Corte Provincial de Pichincha, 30 de septiembre de 2019.

no había constancia de que este hubiese adquirido autoridad de cosa juzgada.

Así pues, a criterio de la Corte de Pichincha, si el laudo de la CCI fuese ejecutado, ello implicaría una violación del 'derecho público ecuatoriano'³⁹. Este razonamiento se basó en que, según el tribunal de segunda instancia, el artículo 42 de la LAM dispone que los laudos extranjeros deben ejecutarse "*de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional*", mientras que el artículo 32 de dicho cuerpo legal, que regula la ejecución de los laudos domésticos, determina que para ejecutar ese tipo de laudos es necesario presentar una copia certificada del laudo "[...] *respectivamente con la razón de estar ejecutoriada*"⁴⁰. Por consiguiente, la Corte de Pichincha estimó que la presentación de la razón de ejecutoria del laudo de la CCI era un requisito necesario para admitir a trámite la solicitud de ejecución.

Ante la decisión final de la Corte de Pichincha, CW Travel Holdings interpuso una acción extraordinaria de protección contra el auto de inadmisión del 06 de junio de 2024, aunque también presentó alegaciones en contra de la sentencia de apelación del 30 de septiembre de 2019.⁴¹ Esta acción fue admitida a trámite por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, asignándole el número de caso 3232-19-EP.

3. LA SENTENCIA 3232-19-EP/24 Y EL RÉGIMEN APLICABLE A LA EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS

Como podrá deducir el lector, el caso *CW Travel Holdings c. Seitur* culminó en la Sentencia 3232-19-EP/24. En esta sentencia, la Corte Constitucional determinó que tanto la Unidad Judicial de Iñaquito como la Corte Provincial de Pichincha habían vulnerado los derechos a la *seguridad jurídica* y a la *tutela judicial efectiva* de CW Travel Holdings. En consecuencia, la Corte ordenó retrotraer el proceso de ejecución a su estado previo a la emisión del auto del

39 Ver CCE, Sentencia No. 3232-19-EP/25,09/05/2024, ¶ 64.

40 Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], Artículo 32, RO No. 417, 14/12/2006.

41 Si bien CW Travel Holdings presentó su acción extraordinaria de protección expresamente en contra del auto del 06 de junio de 2019, la Corte Constitucional determinó que, como la compañía neerlandesa había formulado alegaciones en contra de la sentencia del 30 de septiembre de 2019, le correspondía también analizar las vulneraciones a derechos constitucionales ocasionadas por dicha sentencia. Según la jurisprudencia constitucional, esto ocurre cuando, a partir de la argumentación de la parte accionante, se desprende claramente que su intención era impugnar una determinada resolución, a pesar de no lo haya hecho expresamente. Ver CCE, Sentencia No. 3232-19-EP/24 del 09/05/2024, ¶¶ 26-28. Ver también CCE, Sentencia No. 2048-15-EP/20, 28/10/2020, ¶ 16.

06 de junio de 2019.⁴²

Para los fines de esta investigación, lo más relevante de la Sentencia 3232-19-EP/24 fue que la Corte Constitucional dejó claro que, en la actualidad, no es necesario homologar los laudos extranjeros ni presentar una razón de ejecutoría para proceder con su ejecución. Dicho de otra forma, siguiendo la metáfora del Mago de Oz, la Corte derrotó a la ‘Bruja Malvada del Oeste’, permitiéndole al ejecutante continuar su travesía por el ‘camino amarillo’ hacia la ejecución del laudo extranjero. A continuación, analizaremos este fallo con mayor detalle.

3.1. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS ANALIZADOS Y RESUELTOS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN LA SENTENCIA 3232-19-EP/24

En su demanda, CW Travel Holdings argumentó que las resoluciones impugnadas vulneraron su derecho a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva (esto último en lo que respecta a las garantías de ‘acceso a la justicia’ y ‘ejecución’ de los fallos). En primer lugar, la compañía neerlandesa señaló que la Unidad Judicial de Iñaquito, al inadmitir la ejecución del laudo de la CCI (solicitando para ello su homologación previa), aplicó una normativa que ya había sido derogada a través de la LOFP. En segundo lugar, sostuvo que tanto la Unidad Judicial de Iñaquito como la Corte de Pichincha interpretaron erróneamente el ordenamiento jurídico ecuatoriano al exigir la homologación y la razón de ejecutoriedad del laudo de la CCI, imponiéndole requisitos ‘irrazonables’ e ‘imposibles de cumplir’⁴³.

A partir de las alegaciones presentadas por la parte accionante, la Corte Constitucional planteó tres problemas jurídicos a resolver. Primero, si el auto del 06 de junio de 2024 vulneró el derecho a la seguridad jurídica de CW Travel Holdings al aplicar una normativa sobre la homologación a los laudos

42 Ver CCE, Sentencia No. 3232-19-EP/24, 09/05/2024, ¶ 3.2. de la decisión (página 25).

43 Según la Sentencia 3232-19-EP/24, CW Travel Holdings formuló un cargo adicional sobre la seguridad jurídica, en relación con la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, firmada en Montevideo (“Convención de Montevideo”). La compañía neerlandesa argumentó que la Convención de Montevideo, que fue citada por la Corte Provincial de Pichincha en la fundamentación de su decisión, era inaplicable al caso. Sin embargo, la Corte Constitucional descartó este último cargo por considerar que apuntaba a la “*supuesta incorrección del razonamiento judicial*” de la Corte de Pichincha, pretendiendo que “*se examine el fondo de la resolución para su corrección y, así, obtener una sentencia distinta a la emitida*”. Ver CCE, Sentencia No. 3232-19-EP/24, 09/05/2024, ¶ 35.

extranjeros, la cual ya no se encontraba vigente. Segundo, si la sentencia del 30 de septiembre de 2019 vulneró el derecho a la tutela judicial efectiva de CW Travel Holdings (en su dimensión de acceso a la justicia) al exigir un requisito 'irrazonable', como la homologación. Y tercero, si tanto el auto del 6 de junio de 2024 como la sentencia del 30 de septiembre de 2019 vulneraron el derecho a la tutela judicial efectiva de CW Travel Holdings al exigir la presentación de la razón de ejecutoría del laudo emitido por la CCI, un requisito que, según la accionante, era 'imposible de cumplir' debido a su inaplicabilidad para los laudos emitidos en el extranjero. Ahora, procederemos a examinar cada uno de estos puntos.

3.1.1. VIOLACIÓN A LA SEGURIDAD JURÍDICA POR APLICAR NORMATIVA DEROGADA

Sobre el primer problema jurídico, la Corte Constitucional explicó que, conforme al artículo 82 de la Constitución, el derecho a la seguridad jurídica implica que las personas deben contar con un ordenamiento jurídico 'previsible', el cual debe ser respetado estrictamente por los poderes públicos para garantizar que sus situaciones jurídicas no sean modificadas de manera arbitraria. La Corte también señaló que, cuando los operadores de justicia aplican una norma derogada, se transgrede la *previsibilidad* y la *certidumbre* del ordenamiento jurídico ecuatoriano, vulnerando así el derecho a la seguridad jurídica⁴⁴.

En cuanto a la actuación de la Unidad Judicial de Iñaquito, la Corte observó que, para la fecha de expedición del auto del 06 de junio de 2024, la LOFP, que excluyó a los laudos extranjeros del régimen de homologación del Capítulo VII del Título I del Libro II del COGEP, ya se encontraba vigente. Por lo tanto, el procedimiento de homologación ya no era aplicable a ese tipo de laudos. En consecuencia, la Corte declaró que, al inadmitirse la solicitud de homologación de CW Travel Holdings, se vulneró su derecho constitucional a la seguridad jurídica, en vista de que se aplicó una norma derogada⁴⁵.

44 Ver CCE Sentencia No. 361-17-EP/22, 14/09/2022, ¶ 44.

45 Ver CCE Sentencia No. 3232-19-EP/24, 09/05/2024, ¶¶ 50-51.

3.1.2. VIOLACIÓN A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR EXIGIR LA HOMOLOGACIÓN

En relación con el cargo referente a la tutela judicial efectiva, la Corte Constitucional recordó que este derecho está compuesto de tres garantías fundamentales: (A) el derecho al acceso a la administración de justicia, (B) el derecho a un debido proceso, y (C) el derecho a la ejecutoriedad (a veces denominado, ‘ejecución cabal’) de los fallos. Asimismo, señaló que el último de estos elementos se ve vulnerado cuando no se logra ejecutar de manera completa una decisión jurisdiccional ejecutoriada, incluyendo, evidentemente, a los laudos arbitrales. Para ello, el sistema legal debe prever las vías correspondientes para ejecutar tales decisiones, garantizando que, en virtud de la tutela judicial efectiva, también se asegure el acceso a la administración de justicia durante esa fase. Esto quiere decir, en esencia, que el ordenamiento jurídico debe garantizar que los usuarios del sistema de justicia puedan acceder al procedimiento ejecución sin que existan ‘barreras legales’, ‘obstáculos’ o ‘impedimentos’ irrazonables que dificulten el ejercicio de la acción o la interposición de recursos⁴⁶.

En este punto, es importante reiterar la opinión de la Corte Provincial de Pichincha, que consideró que la LOFP simplemente trasladó la competencia para conocer la homologación de los laudos extranjeros desde las cortes provinciales hacia los jueces de primera instancia, siguiendo la vía del procedimiento ordinario previsto en el COGEP⁴⁷. Sin embargo, la Corte Constitucional rechazó este razonamiento, señalando que la sentencia del 30 de septiembre de 2019 se sustentó en una interpretación aislada del artículo 363(5) del COGEP, sin considerar el conjunto del ordenamiento jurídico, especialmente las reformas introducidas por la LOFP. Así pues, la Corte Constitucional determinó que la interpretación de la Corte de Pichincha implicaba la imposición de un ‘requisito irrazonable’, lo que, a su turno, vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva de CW Travel Holdings (específicamente en su dimensión de

46 Como hemos mencionado, la jurisprudencia constitucional ecuatoriana ha señalado que uno de los componentes de la ‘tutela judicial efectiva’ es el derecho a la ‘ejecutoriedad’ de la decisión y que el ámbito de cobertura de este derecho se extiende desde que la decisión jurisdiccional se ejecutoria, hasta que se cumple de manera satisfactoria y efectiva lo decidido. Por ejemplo, en la Sentencia 889-20-JP/21, la Corte Constitucional manifestó que “[s]i no se ejecuta la sentencia ejecutoriada [...] se impide su ejecución, no se la ejecuta en sus propios términos o se la ejecuta de forma incompleta, defectuosa o inadecuada, la tutela de derechos no sería efectiva por incumplimiento de este elemento”. Ver CCE, Sentencia No. 889-20-JP/21 del 10 de marzo de 2021, ¶¶ 135-137. Ver también CCE, Sentencia No. 3232-19-EP/24 del 09 de mayo de 2024, ¶ 54.

47 Ver Código Orgánico General de Procesos [COGEP], RO Sup. No. 506, 22/05/2015.

acceso a la justicia en la fase de ejecución)⁴⁸.

Según la Corte Constitucional, la intención del legislador al promulgar la LOFP fue que los laudos extranjeros pudieran ser ejecutados de la 'misma forma' que los laudos nacionales, restableciendo, por un lado, el artículo 42 de la LAM y, por otro, suprimiendo las reglas de homologación aplicables a los laudos extranjeros. Además, la Corte mencionó que el artículo 363(5) del COGEP no resultaba aplicable, ya que dicho artículo establece que los laudos extranjeros deben ser homologados "conforme a las reglas" del COGEP, pero tales reglas (contenidas en el Capítulo VII del Título I del Libro II del código precitado) fueron eliminadas por la LOFP. De este modo, la exigencia de homologación de los laudos extranjeros se hizo inaplicable en el derecho ecuatoriano vigente y de cumplimiento imposible.⁴⁹ Finalmente, la Corte confirmó que las reformas de la LOFP estaban alineadas con el orden jurídico internacional, especialmente con la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras ("**Convención de Nueva York**"), que prohíbe imponer condiciones más rigurosas para el reconocimiento o ejecución de los laudos extranjeros que aquellas aplicables a los laudos nacionales⁵⁰.

3.1.3. VIOLACIÓN A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA POR EXIGIR LA RAZÓN DE EJECUTORÍA

Por último, respecto al tercer problema jurídico, tanto la Unidad Judicial de Iñaquito como la Corte de Pichincha consideraron que la presentación de la razón de ejecutoría del laudo emitido por la CCI era un requisito fundamental para admitir a trámite la demanda de ejecución. No obstante, la Corte Constitucional precisó que la razón de ejecutoría es un acto 'declarativo', no 'constitutivo', y que un laudo extranjero adquiere la autoridad de cosa juzgada no por la razón de ejecutoría, sino porque ya no es susceptible de ningún recurso. Además, aclaró que este requisito no puede aplicarse de forma generalizada a los sistemas procesales extranjeros, ya que cada país regula de manera distinta los procedimientos arbitrales (y la eventual ejecución de laudos). En otras palabras, si bien la razón de ejecutoría es una exigencia 'válida' dentro del sistema procesal ecuatoriano, no puede ser requerida para la ejecución de laudos provenientes de países que no contemplan dicho requisito, ya que, en ese caso, el proceso de ejecución se vería obstaculizado por una condición

48 Ver CCE Sentencia No. 3232-19-EP/24, 09/05/2024, ¶ 61.

49 Ibidem, ¶¶ 56-59.

50 Ibid.

‘imposible de cumplir’⁵¹.

Así pues, la Corte Constitucional concluyó que, aunque la exigencia de una razón de ejecutoría para admitir a trámite una solicitud de ejecución persigue el ‘fin legítimo’ de verificar que la decisión sea inimpugnable, no se justifica que la omisión de este requisito impida el acceso del ejecutante al proceso de ejecución. Sin embargo, la Corte precisó que esto no implica no sea importante acreditar la ejecutoría del laudo extranjero durante el proceso de ejecución. En ese sentido, señaló que es el demandado —o, más precisamente, el ejecutado— quien, en el transcurso del procedimiento, debe oponerse a la ejecución si considera que el laudo extranjero no tiene autoridad de cosa juzgada, asumiendo la carga de la prueba. Para la Corte, lo que no resulta posible es exigir la razón de ejecutoría como requisito *previo* para admitir la demanda de ejecución, ya que ello vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de acceso a la justicia⁵².

51 Ibid.

52 Ibidem, ¶¶ 70-74.

3.2. ALGUNAS OPINIONES CRÍTICAS SOBRE LA SENTENCIA 3232-19-EP/24

Al principio, señalamos que el desenlace de la 'historia' de la homologación de los laudos extranjeros había sido 'mayormente' feliz, ya que, aunque la Sentencia 3232-19-EP/24 representó un gran avance, todavía persistían algunos 'cabos sueltos' y 'vacíos legales' que podrían volver a obstaculizar la ejecución de este tipo de laudos. Si bien la sentencia contó con dos votos salvados de los jueces constitucionales Richard Ortiz Ortiz y Jhoel Escudero Soliz, cuyos argumentos se alineaban con los de la Unidad Judicial de Iñaquito y la Corte Provincial de Pichincha (y, según nuestro criterio, no lograron desvirtuar el razonamiento del voto de mayoría respecto de la homologación)⁵³, consideramos que es posible formular una crítica desde un ángulo distinto. Específicamente, queremos centrarnos en el 'régimen de oposición' a los laudos extranjeros, ya que, como veremos, aún persisten varias inquietudes sobre las excepciones que el ejecutado puede plantear y la forma para hacerlo.

53 El primero de ellos, el juez Ortiz, realizó un buen resumen de los argumentos presentados por la Unidad Judicial de Iñaquito y la Corte Provincial de Pichincha. Por un lado, en relación con la obligación de homologar los laudos extranjeros antes de su ejecución, el juez Ortiz sostuvo que la interpretación adoptada por las judicaturas de instancia era más adecuada que la del voto de mayoría. Así pues, el juez Ortiz interpretó que no existió una 'derogatoria tácita' del artículo 363(5) del COGEP, y que la homologación sigue siendo exigible. Por otro lado, en relación con la obligación de presentar la razón de ejecutoria, el juez Ortiz argumentó que el laudo de la CCI no habría alcanzado la autoridad de cosa juzgada, dado que no se presentó evidencia, conforme a la normativa ecuatoriana, que acreditara que dicho laudo tenía tal condición. Además, el juez Ortiz destacó que la exigencia de las judicaturas de instancia no se limitaba a la presentación del documento denominado 'razón de ejecutoria', sino que abarcaba cualquier certificación que garantizara su ejecutoria o calidad de *definitivo*. Sin embargo, nosotros consideramos que la argumentación del voto de mayoría sobre ambos puntos es bastante convincente. En cuanto al primer punto, nos parece evidente que, conforme a uno de los cánones de interpretación legal más importantes del Ecuador, establecido en el artículo 18 (4) del Código Civil, "[e]l contexto de la ley [sirve] para ilustrar el de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía". En nuestra opinión, la LOFP denota claramente que la voluntad del legislador fue la de eliminar el procedimiento de homologación para los laudos extranjeros y, además, permitir su ejecución sin obstáculos adicionales. Por ello, una interpretación que concluya que, en virtud del artículo 363(5) del COGEP, subsiste el requisito de homologación, parece aislada y arbitraria (como se diría en inglés, un caso de '*cherry-picking*'). En cuanto al segundo punto, también coincidimos con el voto de mayoría en que, aunque garantizar la firmeza de una decisión jurisdiccional extranjera persigue un interés legítimo, durante la sustanciación del proceso de ejecución es posible efectivizarlo sin imponer ningún 'obstáculo irrazonable' al ejecutante, como lo sería la razón de ejecutoria (o cualquier otra certificación adicional que acredite la firmeza del laudo) para admitir a trámite la demanda de ejecución. Esto, más que un ejercicio interpretativo, representa una ponderación de dos intereses jurídicos legítimos: por un lado, el interés general de garantizar que solo se ejecuten los laudos extranjeros que haya adquirido efectivamente la autoridad de cosa juzgada; y, por otro, el interés general de proteger la independencia e inevitabilidad del arbitraje, reconocido en Ecuador bajo el principio de alternabilidad. En nuestra opinión, igual que en la del voto de mayoría, debe prevalecer el segundo interés, especialmente porque, durante la sustanciación de la ejecución, ya existirá la oportunidad de discutir si el laudo extranjero está firme o no. Ver Código Civil [CC], Artículo 18(4), RO Sup. No. 46, 24/06/2005.

En varios párrafos de la Sentencia 3232-19-EP/24, la Corte Constitucional exploró la compatibilidad de la eliminación del trámite de homologación con el ordenamiento jurídico interno e internacional. En cuanto a este último, como ya mencionamos, la Corte revisó varias disposiciones de la Convención de Nueva York. En especial, al declarar que la razón de ejecutoria no es un requisito previo para la ejecución de un laudo extranjero, la Corte abordó de manera tangencial las excepciones que el ejecutado puede presentar durante la ejecución. Según nuestra lectura de la sentencia, la Corte manifestó que el ejecutado puede oponerse mediante un ‘doble régimen’ de excepciones: las previstas en el COGEP y las contempladas en el artículo V de la Convención de Nueva York, de la cual Ecuador es suscriptor. Para mayor claridad del lector, a continuación, transcribimos el párrafo más relevante de la sentencia sobre este tema:

[...] 73. De hecho, en aquel momento, la demanda [de ejecución] podía oponerse —con la debida justificación a su cargo— a través de las excepciones que entonces estaban previstas en el ordenamiento jurídico de Ecuador. Por un lado, el COGEP permitía a la deudora que se oponga al mandamiento de ejecución por razones relacionadas con el cumplimiento de la obligación que se le exigía cumplir. *Por otro lado, la Convención de Nueva York, de la que el Ecuador es suscriptor, también preveía la posibilidad de denegación de la ejecución de un laudo extranjero en razón de que este hubiese sido aún carente de cumplimiento obligatorio, anulado o suspendido por una autoridad competente*; es decir, en esencia, que no había adquirido autoridad de cosa juzgada. Lo cual habría podido llegar a ocurrir, por ejemplo, ante la pendencia de un medio procesal de nulidad contra el laudo que se pretende ejecutar, frente a lo cual la parte ejecutada probaba ante la autoridad judicial ejecutora que, en virtud de aquella pendencia y por efecto legal o judicial, se había suspendido la ejecución de la decisión arbitral, tal como la parte ejecutada del proceso de origen de este caso habría alegado ante la Unidad Judicial. [...] (énfasis añadido)⁵⁴.

Como puede observarse, en este párrafo la Corte sugiere que, durante el proceso de ejecución, el ejecutado tiene derecho a invocar tanto las excepciones previstas en el COGEP, que se refieren exclusivamente al cumplimiento o extinción de la obligación a ejecutarse, como las establecidas en el artículo V de

54 Ver CCE, Sentencia No. 3232-19-EP/24 del 09/05/2024, ¶ 73.

la Convención de Nueva York. Entre estas últimas, la Corte mencionó específicamente la causal establecida en el artículo V(1)(e) de dicha Convención, que autoriza a denegar la ejecución del laudo cuando este no sea “*aún obligatorio[O] para las partes o ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado*”⁵⁵.

Teniendo en cuenta lo anterior, nuestra crítica es que la Sentencia 3232-19-EP/24 no fue lo suficientemente clara —ni bien meditada— respecto al régimen de oposición que tiene ejecutado en relación con la Convención de Nueva York (un asunto de una gran relevancia práctica durante la ejecución de los laudos extranjeros). En concreto, consideramos que, al interpretar que el ejecutado tiene derecho a oponerse a la ejecución con base en las excepciones de dicha Convención, la Corte Constitucional cometió un error interpretativo. Esto, porque la propia Convención, en su artículo III, establece que, para la ejecución de un laudo extranjero, “*no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales*”⁵⁶. Surge entonces la pregunta: dado que la legislación ecuatoriana establece que un laudo nacional solo puede ser objeto de oposición con base en las causales del artículo 373 del COGEP⁵⁷, que se limitan al cumplimiento o la extinción de la obligación a ejecutarse y no permiten revisar el proceso o el fondo (como sí lo hacen las causales de los artículos V(1) y (2) de la Convención de Nueva York)⁵⁸, ¿podría interpretarse esto como una “*condición apreciablemente más rigurosa*”? Nosotros consideramos que es razonable interpretarlo así.

En la misma línea, es importante destacar que, en Ecuador, los principios *kompetenz-kompetenz* y de alternabilidad del arbitraje gozan de una ‘protección especial’, lo que los diferencia de otros sistemas jurídicos. Por ejemplo, el

55 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. [Convención de Nueva York], Artículo V(1)(e), RO Sup. No. 25/11/2005.

56 Ibidem, Artículo III.

57 Fundamentalmente, las causales para oponerse a un mandamiento de ejecución incluyen: el pago o dación en pago, la transacción, la remisión, la novación, la confusión, la compensación, y la pérdida o destrucción de la cosa debida. Ver Código Orgánico General de Procesos [COGEP], Artículo 373, RO Sup. No. 506, 22/05/2015.

58 Las excepciones del artículo V de la Convención de Nueva York, que se dividen en dos tipos: las que proceden solo a petición de parte (artículo V(1)) y las que pueden ser invocadas de oficio por el juez de la ejecución (artículo V(2)). Ver Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. [Convención de Nueva York], Artículos V(1) y (2), RO Sup. No. 25/11/2005.

principio de *kompetenz-kompetenz* tiene un alcance prácticamente absoluto en el país, ya que la Corte Constitucional ha dejado en claro que el tribunal arbitral posee la facultad exclusiva para decidir sobre su propia competencia, lo que incluye la validez, el alcance y la eficacia del convenio arbitral⁵⁹. Además, la Corte Nacional de Justicia ha afirmado que “[b]asta que se haya alegado la excepción de existencia de convenio arbitral y que se haya probado la misma, para que el juez deba ordenar el archivo del proceso y remitir a las partes a arbitraje”⁶⁰. De igual manera, tal como lo reconoció la Corte Constitucional en la Sentencia 34-23-CN/24 (que, por así decirlo, es la hermana de la Sentencia 3232-19-EP/24)⁶¹, el principio de alternabilidad es uno de los ‘pilares esenciales’ que salvaguardan la independencia del arbitraje. Este principio prohíbe, de manera expresa, cualquier interferencia de los jueces ordinarios “mediante la cual se pretenda conocer y resolver nuevamente los méritos de la controversia, desconociendo lo que ya fue laudado por los árbitros”⁶².

Por esta razón, creemos que la jurisprudencia ecuatoriana en materia de arbitraje refuerza nuestro razonamiento de que permitir a los jueces ecuatorianos revisar la validez del convenio arbitral, la extralimitación de la competencia de los árbitros, la arbitrabilidad de la controversia o, incluso, una posible violación del ‘orden público’ (o cualquier otra causal establecida en el artículo V de la Convención de Nueva York), equivaldría a imponer una “condición apreciablemente más rigurosa” a la ejecución de los laudos extranjeros, ya que en tal caso los jueces ordinarios tendrían la facultad de reexaminar cuestiones que ya han sido resueltas por los árbitros. De esta manera, en nuestra opinión, se estaría estableciendo un mecanismo de revisión judicial *ex post* que entraría en conflicto con los principios *kompetenz-kompetenz* y de alternabilidad del arbitraje, tal como han sido desarrollados en Ecuador, donde ambos gozan de un estatus ‘reforzado’.

59 Ver CCE, Sentencia No. 2342-18-EP/23, 13/09/2023, ¶¶ 25, 26 y 27. CCE, Sentencia No. 1754-18-EP/23, 30/08/2023, ¶¶ 27 y 29. CCE, Sentencia No. 1758-15-EP/20, 25/11/2020 ¶¶ 42 -43.

60 Ver Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, *Guerra Iriarte c. GAD de Celica y Procuraduría General del Estado*, Causa No. 11804-2017-00297, Res. No. 840-2022, 01/09/2022, pp. 10-11.

61 Como hemos visto, el 12 de septiembre de 2024, la Corte Constitucional emitió la Sentencia 34-23-CN/24, en la cual concluyó que el artículo 42 de la LAM no vulnera el derecho a la defensa, ya que en la fase de ejecución no se lleva a cabo un debate procesal ni se declaran derechos u obligaciones. Esto significa que la ejecución no es el foro adecuado para revisar el fondo de la controversia ya resuelta en el arbitraje. Ver CCE, Sentencia No. 34-23-CN/24, 12/09/2024.

62 Ver CCE, Sentencia No. 34-23-CN/24, 12/09/2024, ¶¶ 9 (9.2.) y 13.

Otra crítica estrechamente relacionada con lo anterior es que la legislación procesal vigente, particularmente el Capítulo II del Título I del Libro V del COGEP, no parece estar completamente adaptada para permitir una oposición del ejecutado basada en las excepciones contempladas en los artículos V(1) y (2) de la Convención de Nueva York. En concreto, ni el artículo 373 ni el artículo 392 (que regulan, respectivamente, las causales de oposición a un título de ejecución y la audiencia de ejecución), incluyen la posibilidad de que el ejecutado se oponga invocando dichas excepciones⁶³. Tampoco prevén que en la audiencia de ejecución se resuelva la oposición del ejecutado conforme a las excepciones de la Convención de Nueva York. Si bien una interpretación sistemática del derecho vigente podría ofrecer una solución a este vacío legal, la experiencia de la homologación demuestra que es probable que los jueces ecuatorianos no opten por una interpretación de esa naturaleza.

Para concluir este apartado, consideramos que la Corte Constitucional perdió la oportunidad de resolver de manera definitiva —y clara— este asunto, lo que ahora genera el grave riesgo de que, en el futuro cercano, la ejecución de un laudo extranjero se vea nuevamente obstaculizada por esta discusión no resuelta. El recorrido del ejecutante por el 'camino amarillo' podría verse interrumpido una vez más por otra 'Bruja Malvada del Oeste' (o tal vez de algún otro punto cardinal, pero confiamos en que el lector comprendió la metáfora). Ojalá esto no ocurra. Por el momento, creemos que la Sentencia 3232-19-EP/24 será utilizada para sostener que el ejecutado dispone de un doble régimen de excepciones para oponerse a la ejecución de un laudo extranjero, aunque esta interpretación conlleve errores jurídicos, como hemos explicado. Consideramos que este será un tema candente en los próximos años, y esperamos que se resuelva de la manera más favorable para el sistema arbitral. Habrá que esperar para ver cómo se desarrolla en los juzgados encargados de la ejecución. Solo el tiempo lo dirá.

3.3. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE UN LAUDO EXTRANJERO EN ECUADOR A RAÍZ DE LA SENTENCIA 3232-19-EP/24

Llegados a este punto, para efectos de este apartado (y de la Sección No. 4), pedimos al lector que asuma que, según la Sentencia 3232-19-EP/24, durante el proceso de ejecución el ejecutado puede invocar las excepciones tanto del

63 Código Orgánico General de Procesos [COGEP], Artículos 373 y 392, RO Sup. No. 506, 22/05/2015

COGEP como las del artículo V de la Convención de Nueva York (aunque, como ya mencionamos, este último asunto es altamente debatible por las razones expuestas en el apartado anterior). Si este fuera el caso, el ejecutado contaría con un ‘doble régimen’ de oposición al laudo extranjero, compuesto por lo siguiente:

- En primer lugar, por las excepciones establecidas por la legislación procesal local, en particular el artículo 373 del COGEP, que otorga al ejecutado la posibilidad de oponerse a un mandamiento de ejecución por las siguientes causas: (A) pago o dación en pago, (B) transacción, (C) remisión, (D) novación, (E) confusión, (F) compensación, o (G) pérdida o destrucción de la cosa debida⁶⁴. Adicionalmente, aunque la Corte Constitucional no lo haya señalado de manera explícita, entendemos que el régimen al que dicho organismo hace referencia con el término ‘COGEP’ (entendido, más bien, como ‘legislación procesal *interna*’), también abarca el artículo 15(3) del Reglamento a la LAM, por ser una norma especial en la materia. Este artículo establece que la parte ejecutada podrá oponerse si demuestra: (A) el cumplimiento de la obligación, (B) la suspensión del laudo por una autoridad competente, o (C) la nulidad del laudo⁶⁵.
- En segundo lugar, el ejecutado también podría invocar las excepciones del artículo V de la Convención de Nueva York, que se dividen en dos tipos: las que proceden solo a petición de parte y las que pueden ser invocadas de oficio por el juez de la ejecución⁶⁶. Las primeras incluyen: (A) la ausencia de capacidad o la invalidez del convenio arbitral, (B) la falta de notificación o, en general, violaciones al debido proceso, (C) la extralimitación de la competencia de los árbitros, (D) el incumplimiento del convenio arbitral en cuanto a la forma de constitución del tribunal o el procedimiento acordado por las partes, y (E) la no obligatoriedad, anulación o suspensión del laudo por una autoridad competente. Las

64 Ibidem, Artículo 373.

65 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación [RLAM], Artículo 15(3), RO Sup. No. 524, 26/08/2021.

66 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. [Convención de Nueva York], Artículo V, RO Sup. No. 25/11/2005.

segundas, que solo pueden ser invocadas de oficio, son: (A) que el objeto de la controversia no sea arbitrable según la ley del país en que se pide la ejecución, y (B) que la ejecución del laudo extranjero resulte contraria al 'orden público' de dicho país. En la Sección No. 4, abordaremos este último punto con mayor detalle.

Ahora bien, con el objetivo de trazar de la manera más clara posible el 'camino amarillo' que debe recorrer el ejecutante para lograr la ejecución de un laudo extranjero en Ecuador, nos proponemos describir esquemáticamente el procedimiento de ejecución de estos laudos, a partir de las perspectivas aportadas por la Sentencia 3232-19-EP/24, desde la presentación de la demanda de ejecución hasta la audiencia en la que el juez resolverá la oposición del ejecutado:

- (i) El proceso comienza con la presentación de una solicitud de ejecución ante el juez civil de primera instancia, ya sea del domicilio del ejecutado o del lugar donde se encuentren los bienes ejecutables⁶⁷. La solicitud debe cumplir con los mismos requisitos de una demanda. Además, el ejecutante debe identificar el título a ejecutarse⁶⁸ y acompañar a la solicitud: (A) el original o una copia certificada del laudo extranjero, según lo dispuesto por el artículo 15(2) del Reglamento a la LAM y el artículo IV(1)(a) de la Convención de Nueva York, y (B) el original o una copia certificada del convenio arbitral, según lo previsto por el artículo IV(1)(b) de la Convención de Nueva York.⁶⁹ En caso de que no se cumplan estos requisitos, el juez inadmitirá la solicitud del ejecutante y archivará el expediente⁷⁰.
- (ii) Una vez admitida la solicitud, el juez designará un perito para que liquide el capital, costas e intereses. El ejecutante tendrá la oportunidad para presentar los comprobantes que acrediten sus gastos. A su turno, el perito tendrá un término de cinco días para elaborar su

67 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación [RLAM], Artículo 14, RO Sup. No. 524, 26/08/2021.

68 Código Orgánico General de Procesos [COGEP], Artículo 370, RO Sup. No. 506, 22/05/2015.

69 Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], Artículo 32, RO No. 417, 14/12/2006. Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación [RLAM], Artículo 15 (2), RO Sup. No. 524, 26/08/2021. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. [Convención de Nueva York], Artículo IV(1)(b), RO Sup. No. 25/11/2005.

70 Código Orgánico General de Procesos [COGEP], Artículo 147, RO Sup. No. 506, 22/05/2015.

- ‘informe de liquidación’ (a costa de la parte ejecutante)⁷¹.
- (iii) Tras la liquidación pericial, el juez emitirá un ‘mandamiento de ejecución’, que será debidamente notificado a la parte ejecutada. A través de esta notificación, el ejecutado será informado sobre el procedimiento de ejecución en curso y sobre la obligación que debe cumplir. Se le concederá un término de cinco días para dar cumplimiento a la obligación establecida en el mandamiento (o, en su defecto, para presentar su oposición al mismo). Además, será prevenido de que, en caso de no hacerlo, se procederá con la ejecución forzosa de la obligación⁷². Si el ejecutado cumple, el juez declarará extinguida la obligación y archivará el expediente. Caso contrario, se continuará con el proceso de ejecución.
 - (iv) El ejecutado puede proponer una fórmula de pago, siempre que garantice el cumplimiento de la obligación a ejecutarse, conforme a las disposiciones del artículo 374 del COGEP. Esta fórmula puede incluir el pago mediante la dación de bienes aceptados por el ejecutante⁷³. La aprobación total o parcial de la fórmula de pago será resuelta por el juez en la audiencia de ejecución.
 - (v) Si el ejecutado desea oponerse, tras ser notificado con el mandamiento de ejecución, dispondrá del mismo término de cinco días antes mencionado para plantear las excepciones previstas en el COGEP. Aunque no se establezca expresamente en el artículo 373 del COGEP, entendemos que este también es el momento adecuado para que el ejecutado invoque las excepciones contempladas en el artículo 15(3) del Reglamento a la LAM y el artículo V de la Convención de Nueva York. En cualquier caso, la oposición del ejecutado se resolverá en la audiencia de ejecución⁷⁴.
 - (vi) Si el ejecutado no cumple el mandamiento de ejecución, el juez ordenará el embargo de sus bienes, basándose en la documentación certificada presentada por el ejecutante u obtenida por el juez mismo. El embargo se practicará siguiendo las reglas del Capítulo II del Título I del Libro V del COGEP. Con este fin, el juez designará a un perito encargado de valorar los bienes embargados. Una vez concluido el informe pericial de avalúo, este se notificará a las partes, quienes podrán discutirlo durante la audiencia de ejecución, en la

71 Código Orgánico General de Procesos [COGEP], Artículo 371, RO Sup. No. 506, 22/05/2015.

72 Ibidem, Artículo 372.

73 Ibidem, Artículo 374.

74 Ibidem, Artículo 373.

- que, además, el perito sustentará su informe.⁷⁵
- (vii) La audiencia de ejecución debe celebrarse dentro de los quince días siguientes a la notificación del 'informe de avalúo'. En ella, se resolverán: (A) la oposición del ejecutado, (B) la aprobación de las fórmulas de pago propuestas,⁷⁶ (C) las observaciones al informe de avalúo,⁷⁷ (D) la deliberación sobre los bienes a rematar, y (E) las tercerías, si las hubiere. Si se demuestra que la obligación ha sido cumplida o extinguida, el juez terminará la ejecución y archivará el expediente. Aunque el artículo 392 del COGEP no lo mencione, consideramos que esta audiencia también constituye el espacio adecuado para resolver la oposición fundada en las causales del artículo 15(3) del Reglamento a la LAM y el artículo V de la Convención de Nueva York.
- (viii) La audiencia de ejecución concluirá con un auto resolutivo. Si no se presentan incidentes procesales, como el rechazo del informe de avalúo o la aceptación de la oposición del ejecutado, el juez proseguirá con la ejecución, ordenando el remate de los bienes conforme a las disposiciones establecidas en el Capítulo III del Título I del Libro V del COGEP.

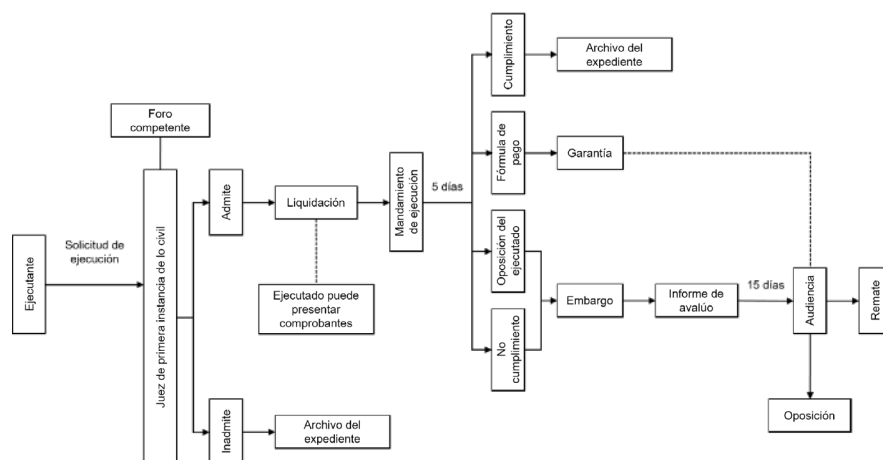
A continuación, proponemos un flujograma que resume el procedimiento de ejecución de laudos extranjeros, conforme al Capítulo II del Título I del Libro V del COGEP.

75 Ibidem, Artículo 375.

76 En caso de que el juez de lo civil aceptase y aprobase la fórmula de pago propuesta, puede suspenderse la ejecución, aunque, si el ejecutado no cumpliera con ella, el ejecutante puede solicitar que se reanude la ejecución. Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, *Remate – Incumplimiento de la fórmula de pago se reinicia el proceso de ejecución*, Oficio No. 260-P-CNJ-2019, 27/03/2019

77 Conforme ha señalado la Corte Nacional de Justicia, si el perito no compareciere a la audiencia por caso fortuito o fuerza mayor, ésta se suspenderá por una sola vez, pero, si no acude por causa injustificada, su informe no tendrá eficacia probatoria, por lo cual se deberá nombrar otro perito. En todo caso, si el juez de lo civil acogiere las observaciones de las partes al informe pericial y, como consecuencia de ello no aceptase dicho informe, deberá designar un nuevo perito. Ver Código Orgánico General de Procesos [COGEP], Artículo 222, RO Sup. No. 506, 22/05/2015; y Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, *Ausencia injustificada del perito a la audiencia*, Oficio No. 886-P-CNJ-2021, 18/11/2021, Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, *Presencia del perito en la audiencia de ejecución respecto del informe del avalúo de los bienes a ser rematados*, Oficio No. 260-P-CNJ-2019, 27/03/2019.

Gráfico 2. Procedimiento de ejecución conforme el Capítulo II del Título I del Libro V del COGEP.



Fuente: Elaboración propia

4. LAS FACULTADES DE LOS JUECES PARA DENEGAR DE OFICIO LA EJECUCIÓN DE UN LAUDO EXTRANJERO

En este punto —si hemos cumplido correctamente con nuestra tarea— el lector ya habrá adquirido una noción general sobre el proceso de ejecución de un laudo extranjero. Sabrá, para usar nuevamente una metáfora del mundo del Mago de Oz, cuál es el camino que se debe seguir (no el rojo, ni el azul, ni el verde: ¡debe seguir el camino amarillo!). También sabrá que el principal obstáculo para los ejecutantes en su travesía por el camino amarillo hacia la ejecución, la temida ‘Bruja Malvada de la Homologación’, ha sido finalmente vencida.

Sin embargo, como ocurre en muchas historias, el mal no suele desaparecer fácilmente y, con frecuencia, resurge de las cenizas del antiguo villano derrotado. Así pues, creemos que una nueva ‘Bruja Malvada’ acecha en el ‘camino amarillo’, esta vez en el marco de la Convención de Nueva York, específicamente en su artículo V(2)(b). A esta la hemos denominado la ‘Bruja Malvada del Orden Público’, ya que consideramos que existe un verdadero riesgo para la eficacia del sistema arbitral en Ecuador al otorgar a los jueces ordinarios la discrecionalidad para denegar la ejecución de un laudo extranjero con base en

una causal tan amplia y compleja como esta. En este sentido, rogamos al lector que, para los fines de esta última parte del artículo, asuma nuevamente que, durante el proceso de ejecución, el ejecutado podrá invocar las excepciones contempladas en la Convención de Nueva York (bajo los condicionamientos y reservas que hemos señalado en la Sección No. 3).

Hagamos una breve recapitulación. Como hemos señalado, el artículo V de la Convención de Nueva York establece tanto causales de oposición que solo proceden a petición de parte (artículo V(1)) como aquellas que el juez de ejecución puede invocar *ex officio* (artículo V(2)). En relación con estas últimas, un juez ecuatoriano podría denegar de oficio la ejecución de un laudo extranjero si: (A) el objeto de la controversia, según el derecho local, no es susceptible de solución por vía de arbitraje, o (B) la ejecución del laudo fuera contraria al 'orden público' ecuatoriano⁷⁸.

En cuanto a la primera causal, la inarbitrabilidad de la controversia, creemos que existe una amplia bibliografía sobre el tema⁷⁹. Sin embargo, en cuanto al 'orden público', consideramos que dicho concepto ha recibido mucha menos atención, a pesar de haber sido planteado en varios juicios locales⁸⁰. De hecho, en algunos de los casos que mencionamos en la Sección No. 2, como *CW Travel Holding c. Seitur* y *Biosano c. Hospimedikka*, las cortes ecuatorianas examinaron posibles violaciones al 'orden público'⁸¹. En vista de lo anterior, creemos que, para los fines de nuestra investigación, es pertinente abordar esta

78 Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. [Convención de Nueva York], Artículo V, RO Sup. No. 25/11/2005.

79 La propia Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples ocasiones, particularmente a propósito del principio *kompetenz-kompetenz*. En Ecuador, tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado que, con base en el artículo 190 de la Constitución y el artículo 1 de LAM, las partes pueden someter a arbitraje todas las controversias que sean "susceptibles de transacción". Por lo tanto, es pacífico que, en el derecho ecuatoriano, todos los asuntos 'transigibles' son, asimismo, 'arbitrables'. En esa misma línea, cabe destacar que, de acuerdo con el Código Civil, el sistema jurídico ecuatoriano adopta un 'enfoque negativo' sobre la 'transigibilidad': cualquier asunto de libre disposición que no esté prohibido por la ley es transigible y, por ende, puede ser arbitrado. Ver Constitución de la República del Ecuador, Artículo 190, RO No. 449, 20/10/2008; Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], Artículo 1, RO No. 417, 14/12/2006; Código Civil [CC], Artículos 2351, 2352 y 2354, RO Sup. No. 46, 24/06/2005. Ver también CCE, Sentencia No. 2520-18-EP/23, 24/05/2023, ¶¶ 31-43. Ver también L. PARRAGUEZ, J.C. DARQUEA, "La arbitrabilidad del daño moral", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016.

80 En Ecuador, uno de los pocos que ha analizado este tema es JARAMILLO TROYA, cuyo artículo recomendamos. J. JARAMILLO TROYA, "Corrupción, orden público y Convención de Nueva York: su aplicación en el Arbitraje Comercial Internacional", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014.

81 Ver Sección No. 2.2.1. y 2.2.5.

causal de denegación de la ejecución de un laudo extranjero, aunque advertimos que el tema merece un análisis más profundo y detallado.

4.1. LA DENEGACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE UN LAUDO EXTRANJERO POR CONTRAVENIR EL ‘ORDEN PÚBLICO’

Lo primero que queremos destacar es que los expertos en arbitraje coinciden en que un juez encargado de la ejecución de un laudo extranjero debería abordar cualquier objeción basada en el ‘orden público’ con suma cautela y escepticismo⁸². En este sentido, no corresponde que el juez realice ‘maromas interpretativas’ para concluir forzosamente que un laudo extranjero no puede ejecutarse con base en esta causal⁸³. De lo contrario, se socavaría la ‘inevitabilidad’ del arbitraje y la eficacia del sistema alternativo de resolución de disputas. Como explicó la Corte de Apelaciones de Hong Kong, los tribunales y jueces encargados de la ejecución deben estar alertas para evitar “*que las partes no abusen de esta objeción para obtener una segunda instancia donde replantear su caso*”⁸⁴. Lamentablemente, en la práctica, la causal de violación del orden público es frecuentemente invocada por la parte perdedora de un arbitraje, “*en un intento de manipular al tribunal de ejecución para reabrir la discusión sobre cuestiones que fueron (o debieron haber sido) resueltos por los árbitros*”⁸⁵.

Dicho esto, como señalan los profesores BLACKABY, PARTASIDES & REDFERN, es comprensible, hasta cierto punto, que un Estado se reserve el derecho de denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero que contravenga sus nociones propias de ‘orden público’, especialmente en casos extremos y excepcionales en los que aceptar la ejecución del laudo supondría admitir una injusticia grave y manifiesta⁸⁶. Por ejemplo, un caso emblemático en el derecho inglés es *Soleimany c. Soleimany*, en el que una corte inglesa se negó a ejecutar un laudo que validaba un contrato ilegal entre un padre y su

82 J. PAULSSON, “El orden público como criterio para negar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales”, en G. Tawil y E. Zuleta (Dir.), *El arbitraje comercial internacional: Estudio de la convención de Nueva York con motivo de su 50a Aniversario*, 1era Ed., Abeledo Perrot, 2008, pp. 609–616.

83 Ver J. PAULSSON, N. 82.

84 Esta es una traducción realizada por CAIVANO & CEBALLOS. (Hong Kong Court of Appeal, 2009, “A. v. R.” [2009] 3 HKLRD 389). Ver R. CAIVANO, N. CEBALLOS, *Tratado de arbitraje comercial internacional argentino: Comentario exegético y comparado de la ley 27.449*, 1era Ed., La Ley, 2020, p. 824.

85 Ibidem.

86 N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7ma Ed, Oxford University Press, 2022, p. 592.

hijo, relacionado con el contrabando de alfombras desde Irán⁸⁷. En este caso, la Corte de *Queen's Bench* sostuvo que las partes no podían recurrir al arbitraje como medio para hacer cumplir un contrato ilegal (tanto en Irán como en el Reino Unido), ya que ello estaba prohibido por el 'orden público'⁸⁸. Más recientemente, en *Nigeria c. P&ID*, la Alta Corte de Justicia de Inglaterra y Gales⁸⁹, rechazó la ejecución de un laudo de 11.000 millones de dólares, sobre la base de que dicho laudo se había obtenido mediante fraude y conductas contrarias al 'orden público', como el soborno de un testigo, la retención indebida de documentos privilegiados y el cometimiento de perjurio⁹⁰.

El problema radica, sin embargo, en que el 'orden público', al igual que muchas otras figuras jurídicas, es un concepto 'indeterminado' cuya ambigüedad ha llevado a describirlo como 'camaleónico'⁹¹. Siguiendo con las analogías zoológicas, la jurisprudencia inglesa lo ha comparado con un 'caballo indomable' (*unruly horse*), advirtiendo que puede llevar al juez a apartarse de la sensatez.⁹² Este grado de indeterminación, y sobre todo la gran tentación que representa para los operadores de justicia, ha hecho que, en el derecho comparado, la mayoría de los tribunales opten por interpretaciones generalmente 'restrictivas' sobre lo que constituye una violación de esta causal. Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Singapur señaló que, para que un laudo sea rechazado por violación al orden público, la injusticia del mismo debe ser tal que provoque un 'shock a la conciencia' (*shock the conscience*) o, en términos generales, sea "completamente ofensiva para [un] miembro ordinario, razonable y bien informado de la comunidad" (*wholly offensive to the ordinary reasonable and fully-informed member of the public*)⁹³.

87 *Soleimany v. Soleimany* [1999] QB 785.

88 La Corte inglesa sostuvo lo siguiente: "The Court is in our view concerned to preserve the integrity of its process, and to see that it is not abused. The parties cannot override that concern by private agreement. They cannot by procuring an arbitration conceal that they, or rather one of them, is seeking to enforce an illegal contract. Public policy will not allow it." (*Soleimany v. Soleimany* [1999] QB 785). Ver N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, N. 86. Ver también A. BULLARD, "No cometerás actos impuros: el orden público y el control judicial del laudo arbitral", *Themis Revista de Derecho*, No. 63, 2013.

89 Cuya denominación formal es: 'His Majesty's High Court of Justice in England'.

90 *The Federal Republic of Nigeria v. Process & Industrial Developments Limited* [2023] EWHC 2638 (Comm). Ver también O. FOX, P. STOTHARD, NORTON ROSE FULBRIGHT, *Nigeria v P&ID: Caution against an arbitral tribunal's non-interventionist approach to arbitration?* <<https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/8d1c52b3/nigeria-v-pid>>, (19/02/2024)

91 Ver R. CAIVANO, N. CEBALLOS, N. 84, p. 821.

92 *Richardson v. Mellish* (1824) 2 Bing. 229, [1824-34] All ER 258, per Burrough J. Ver R. CAIVANO, N. CEBALLOS, N. 84, p. 821. Ver también N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, N. 86, p. 552.

93 Ver R. CAIVANO, N. CEBALLOS, N. 84, p. 924.

Como resultado de la dificultad inherente a la definición de ‘orden público’, la mayoría de la doctrina sostiene que esta expresión admite tres concepciones distintas: el orden público ‘doméstico’, el orden público ‘internacional’ y el orden público ‘verdaderamente internacional’⁹⁴. La primera, el orden público doméstico, se entiende generalmente como el conjunto de normas imperativas locales, principalmente aplicables a las relaciones jurídicas internas, que no pueden ser derogadas ni modificadas por la voluntad de las partes. Este primer sentido de la expresión ‘orden público’, entonces, se refiere a las normas que limitan la autonomía de la voluntad.⁹⁵

La segunda concepción, el orden público internacional, no se refiere a un conjunto de normas, sino a los principios fundamentales que inspiran el ordenamiento jurídico del país donde se pretende ejecutar el laudo⁹⁶. Según la jurisprudencia norteamericana, tales principios incluyen “*las nociones más básicas de moralidad y justicia*” en los que se basa dicho sistema jurídico (*the forum state’s most basic notions of morality and justice*)⁹⁷. La tercera concepción, el orden público verdaderamente internacional (en ocasiones, también denominado como orden público ‘transnacional’), es aún más restrictiva, ya que no se limita a los principios de ‘moralidad y justicia’ del país donde se pretende ejecutar el laudo, sino que abarca aquellos considerados como tales en

94 Ver R. CAIVANO, N. CEBALLOS, N. 84, pp. 821-822 y 916-918. Ver también J. JARAMILLO TROYA, N. 80.

95 Ver J. PAULSSON, N. 82, pp. 611-614. Ver también R. CAIVANO, N. CEBALLOS, N. 84, pp. 821-822.

96 Ver R. CAIVANO, N. CEBALLOS, N. 84, p. 822.

97 En el caso *Parsons & Whittemore c. RAKTA*, la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito de Nueva York rechazó la objeción de orden público presentada por una compañía estadounidense, que alegaba haber incumplido un contrato en Egipto al considerar que estaba eximida de sus obligaciones. Esto último, dado que las relaciones diplomáticas entre ambos países se habían roto y el Departamento de Estado de EE.UU. había recomendado no entablar relaciones comerciales con Egipto. Así, *Parsons & Whittemore* sostuvo que el laudo no era ejecutable porque su actuación se había alineado con la política gubernamental estadounidense. No obstante, la Corte de Apelaciones desestimó la objeción, al considerar que una ‘política pública’ no equivale a ‘orden público’, y que este último, como ya hemos señalado, se restringe a los principios de ‘moralidad y justicia’ que fundamentan el ordenamiento jurídico norteamericano. (*Parsons & Whittemore Overseas Co. Inc. v. Société Générale de l’Industrie du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d 969 (2d. Cir. 1974)). Según BLACKABY, PARTASIDES & REDFERN, este criterio ha sido reiterado, por ejemplo, en el caso *MGM Productions Group Inc. c. Aeroflot Russian Airlines*, donde una compañía objetó la ejecución de un laudo alegando que infringía el orden público al contravenir las ‘Regulaciones sobre Transacciones entre Irán y Estados Unidos’. La Corte de Apelaciones rechazó la objeción, concluyendo que la infracción a una política exterior no constituye una violación al orden público. (*MGM Productions Group Inc. v. Aeroflot Russian Airlines*, WL 234871 (2d Cir. 2004)). Ver N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, N. 86, p. 593.

la comunidad internacional⁹⁸. En otras palabras, bajo esta última perspectiva, una violación del orden público internacional se reduciría a la infracción de normas de *ius cogens* internacional⁹⁹.

Sin embargo, creemos que existe una base bibliográfica sólida para interpretar que la expresión 'orden público', tal como está formulada en el artículo V(2) (b) de la Convención de Nueva York, hace referencia a la segunda concepción, es decir, al orden público 'internacional'. Esta interpretación también es compartida por una parte significativa de la jurisprudencia internacional y por destacados sectores de la doctrina, entre ellos, PAULSSON¹⁰⁰, BULLARD¹⁰¹, y CAIVANO & CEBALLOS¹⁰². En particular, PAULSSON se opone a una interpretación del artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York que equipare las leyes imperativas del Estado de la ejecución con el 'orden público' (rechazando, de este modo, la concepción de orden público estrictamente 'doméstico').

No obstante, también se opone a una interpretación que se base en la noción de orden público 'transnacional', como es frecuente, por ejemplo, en el derecho francés¹⁰³. En esta misma línea, el Informe Final de 2002 del Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la *International Law Association* (ILA) explicó que una violación del 'orden público' no se refiere simplemente a la transgresión de una ley imperativa, sino a la infracción de aquellas normas que forman parte del 'orden público internacional' del Estado donde se busca la ejecución (Recomendación 3(a)). Asimismo, aclaró que el orden público internacional incluye: (A) los principios fundamentales relacionados con la justicia o la moral que el Estado desea proteger, (B) las normas diseñadas para salvaguardar los intereses políticos, sociales o económicos esenciales del Estado, y (C) la obligación del Estado de respetar sus compromisos con otros Estados u organizaciones internacionales (Recomendación 1(d))¹⁰⁴.

Por otro lado, debemos destacar que el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York fue replicado casi textualmente en los artículos 34(2)(b)(ii)

98 Ver R. CAIVANO, N. CEBALLOS, N. 84, p. 822.

99 Ver J. PAULSSON, N. 82, 612. Ver también F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, "Orden público y arbitralidad: Dúo-Dinámico del arbitraje", *Revista Autorictas Prudentium*, No. 1, 2008.

100 Ver J. PAULSSON, N. 82.

101 Ver A. BULLARD, N. 88.

102 Ver R. CAIVANO, N. CEBALLOS, N. 84, pp. 919-925.

103 Ver J. PAULSSON, N. 82, pp. 611-614.

104 ILA COMMITTEE ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, 70a Biennial Conference, 2002.

(anulación) y 36(1)(b)(ii) (ejecución) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional.¹⁰⁵ Tomando en cuenta lo anterior, un ejemplo particularmente ilustrativo de la interpretación que proponemos es la jurisprudencia colombiana, que ha establecido que la noción de ‘orden público’ debe emplearse únicamente de manera excepcional, para evitar que se reconozca una sentencia o laudo arbitral extranjero que contravenga las “*máximas fundamentales de las diversas instituciones jurídicas patrias*”¹⁰⁶. Así, la Corte Suprema de Justicia de Colombia resolvió que el concepto de ‘orden público (internacional) colombiano’ se limita a “*los principios básicos o fundamentales de las instituciones, a la cual servirían de ilustración la prohibición del ejercicio abusivo de los derechos, la buena fe, la imparcialidad del tribunal arbitral y el respeto al debido proceso*”¹⁰⁷. Dicho de otra forma, este concepto equivaldría a los principios fundamentales de ‘moralidad y justicia’ en los que se inspira el sistema jurídico colombiano.

No obstante, después de haber explicado lo que el orden público ‘es’, resulta igualmente necesario aclarar lo que ‘no es’ y advertir sobre posibles excesos. En algunas jurisdicciones, como China, se ha adoptado una concepción amplísima del ‘orden público’ que incluye no solo las normas e instituciones jurídicas fundamentales, sino también las ‘convenciones sociales’ y las ‘tradiciones locales’. En el derecho chino, por ejemplo, se puede denegar —de oficio— la ejecución de un laudo si se considera que este contraviene el ‘interés social y público’ (lo que equivale a una interpretación amplia del concepto comúnmente utilizado a nivel internacional). La Corte Suprema de China ha establecido que este principio puede aplicarse cuando se vulneran: (A) los principios fundamentales del ordenamiento jurídico chino, (B) la seguridad o la soberanía nacional, o (C) los principios de ‘ética social’ y de un ‘valor moral’ fundamental según la cultura china¹⁰⁸.

Un ejemplo claro de esta interpretación —peligrosamente amplia— es el caso *Heavy Metal*, en el que se intentó ejecutar un laudo de la Comisión de Arbitraje Económico y Comercial Internacional de China (‘CIETAC’, por sus siglas en inglés) que ordenaba el pago de una indemnización por lucro cesante a una banda estadounidense cuya gira había sido cancelada por el Ministerio

105 Comisión de las Naciones Unidas del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Artículos 34(2)(b)(ii) y 36(1)(b)(ii), 1985.

106 (Corte Suprema de Justicia de Colombia, Exp. Caus. 2007-01956, 27/7/2011). Ver R. CAIVANO, N. CEBALLOS, N. 84, p. 937.

107 Ver R. CAIVANO, N. CEBALLOS, N. 84, p. 937.

108 Ver N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, N. 86, pp. 595-596.

de Cultura de China¹⁰⁹. La razón de la cancelación, según explican BLACKABY, PARTASIDES & REDFERN, era que el grupo tocaba 'heavy metal', y su presentación incluía actos considerados 'indignantes' por las autoridades chinas, como beber alcohol, fumar y lanzarse desde el escenario¹¹⁰. La Corte Suprema de China, aplicando el principio del 'interés público y social', declaró que el heavy metal iba en contra del 'sentir nacional' chino y, por lo tanto, el laudo era inejecutable. Este tipo de decisiones pone de manifiesto el gravísimo riesgo que enfrenta el arbitraje cuando los tribunales encargados de la ejecución utilizan el concepto de orden público —o cualquier formulación similar— como un 'cajón de sastre'. Si la ejecución de un laudo pudiera ser rechazada simplemente porque un tipo de música va en contra del 'sentir nacional', el arbitraje perdería su eficacia como un mecanismo efectivo de resolución de disputas.

Para dejar clara nuestra posición, consideremos el siguiente ejemplo: no es lo mismo que en un país donde se aplica la ley islámica (*shari'a*), donde el cobro de intereses siempre se considera usura (*riba*) —y, por ende, un pecado grave—, se decida no ejecutar una parte de un laudo relacionada con el pago de intereses¹¹¹, a que un juez de un país occidental deniegue la ejecución de un laudo extranjero porque el cálculo de intereses se realizó bajo reglas distintas a las previstas por la legislación local. En el primer caso, se afecta el sentido básico de 'moralidad y justicia' propio de la identidad cultural de Medio Oriente, mientras que, en el segundo, no se compromete gravemente ningún principio básico de justicia del contexto cultural occidental. De esta manera, consideramos que una alegación de infracción al 'orden público' debe ser evaluada rigurosamente, de modo que este concepto no sea utilizado como pretexto para denegar ilegítimamente la ejecución de laudos extranjeros, ni se convierta en un obstáculo para la inversión y el comercio internacional.

109 Ver N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, N. 86, p 596.

110 Ibidem.

111 Ver A. GÜZELOĞLU, *The Role of Shari'a Law on the Enforcement of Arbitral Awards in the Kingdom of Saudi Arabia*, <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=71e501f7-8552-45fd-8797-077fa25e88a3>> (28/01/2016) Ver también N. BLACKABY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, N. 86, p 595.

4.2. EL ORDEN PÚBLICO EN LA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA Y EL CRITERIO ERICTO CON EL QUE DEBE SER APLICADO POR LOS JUECES ENCARGADOS DE LA EJECUCIÓN

Antes de concluir, queremos hacer algunas observaciones sobre Ecuador. Aunque la jurisprudencia local no ha abordado directamente el concepto de ‘orden público’ en el contexto del artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York, la antigua Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en ciertas ocasiones sobre este concepto en relación con las disposiciones del Código Civil que regulan la licitud del objeto y de la causa como requisitos de validez de los actos jurídicos. Creemos que estos pronunciamientos pueden aportar claridad sobre cómo se percibe esta institución jurídica en el foro ecuatoriano. En este sentido, destacamos tres casos emblemáticos que analizaremos a continuación: *Figueroa y otro c. Herederos Bejarano-Mendieta*, *Sociedad de Obreros del Cantón Sucre c. Rodríguez* y *Montesdeoca c. Registro de la Propiedad de Portoviejo*.

En *Figueroa y otro c. Herederos Bejarano-Mendieta*, se discutió si la omisión de obtener una autorización municipal para realizar la partición extrajudicial de un predio, tal como lo establecía una ley de ‘derecho público’ (es decir, una ‘ley imperativa’), podía considerarse una violación al orden público que llevara a la nulidad absoluta de dicha partición.¹¹² La Corte Suprema de Justicia concluyó que la simple infracción de una ley imperativa, especialmente cuando la norma infringida es de carácter formal y no tiene como objetivo la protección de intereses ‘políticos, sociales y jurídicos’ fundamentales, no conlleva necesariamente una vulneración del orden público ecuatoriano. Como parte de su razonamiento, la Corte Suprema explicó que los términos ‘derecho público’ y ‘orden público’ no son sinónimos, pues, “[n]o todo lo que es ‘derecho público’ pertenece al ‘orden público’; [ya que] [el] ‘derecho público’ es un criterio

112 En ese caso, los actores habían celebrado un contrato de promesa de compra-venta de un predio con los causantes de los demandados. Sin embargo, tras el fallecimiento de éstos últimos, los demandados —en calidad de herederos— procedieron con la partición extrajudicial del predio que había sido objeto de la promesa. Por ese motivo, los actores interpusieron una demanda solicitando que se declare la nulidad de la partición. Entre otras cosas, los actores argumentaron que los demandados habían incumplido la Ley de Régimen Municipal vigente en ese momento, al no haber obtenido una autorización del Municipio antes realizar la partición extrajudicial del predio. Aquello, según los actores, constituía una infracción de una norma de ‘derecho público’ que, a su turno, ocasionaba la nulidad absoluta de la partición. Eventualmente, el caso llegó a casación. Al final, la Corte Suprema de Justicia determinó que la omisión del requisito formal establecido por la Ley de Régimen Municipal, en definitiva, no era un asunto de ‘orden público’.

de clasificación de la ley [mientras que] el 'orden público' es un concepto político, social y jurídico"¹¹³.

En *Sociedad de Obreros del Cantón Sucre c. Rodríguez*, la controversia giró en torno a la validez de una cláusula de un contrato de arrendamiento que contradecía las disposiciones de la Ley de Inquilinato. En su análisis, la Corte Suprema examinó los límites del principio de autonomía de la voluntad, particularmente cuando las partes acuerdan una estipulación que infringe lo dispuesto por una ley imperativa. Bajo ese contexto, la Corte Suprema definió el concepto de 'orden público', entendiéndolo como un "*orden general necesario para el acatamiento del equilibrio social, la moral pública y la armonía económica*"¹¹⁴. Esta definición fue posteriormente reafirmada en el caso *Inmobiliaria Dassum S.A. c. Vayas*¹¹⁵.

Finalmente, en *Montesdeoca c. Registro de la Propiedad de Portoviejo*, la Corte Suprema analizó si la vulneración de la institución jurídico-procesal de la cosa juzgada, una de las más fundamentales del ordenamiento ecuatoriano, constituye una violación al orden público. En este caso, se discutía la nulidad de la inscripción de un contrato de compraventa en el Registro de la Propiedad de Portoviejo. En segunda instancia, el tribunal de apelación se pronunció a favor de la nulidad, argumentando que la inscripción del contrato se había realizado a partir de una orden judicial ilegal que contradecía dos sentencias previas que ya habían adquirido la fuerza de cosa juzgada. El caso llegó a casación, y la Corte Suprema de Justicia ratificó la decisión del tribunal de apelación, concluyendo que la inscripción realizada por el Registrador de la Propiedad, dadas las circunstancias en que se efectuó, "*estaba prohibida por la ley y violentada el orden público por lo que adoleció de causa ilícita*"¹¹⁶.

A partir de lo expuesto, podemos extraer las siguientes conclusiones: (A) según la jurisprudencia nacional, la infracción de una ley de 'derecho público' no equivale a una violación del 'orden público', ya que no todas las leyes

113 Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, *Figueroa y otro c. Herederos Bejarano-Mendieta*, Causa No. 319-2001, Exp. Cas. 177, RO No. 666, 19/09/2002.

114 Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, *Sociedad de Obreros del Cantón Sucre c. Rodríguez*, Causa No. 130-2003, Exp. Cas. 185, RO No. 188, 13/10/2003.

115 Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, *Inmobiliaria Dassum S.A. c. Vayas*, Causa No. 147-2003, Exp. Cas. 218, RO No. 189, 14/10/2003.

116 Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, *Montesdeoca c. Registro de la Propiedad de Portoviejo*, Causa No. 159-2005, Exp. Cas. 423, RO No. 11, 25/08/2009.

imperativas están orientadas a proteger intereses públicos fundamentales de orden social, jurídico y económico, y (B) según la jurisprudencia nacional, las violaciones al orden público se circunscriben principalmente a transgresiones de las instituciones más esenciales del ordenamiento jurídico ecuatoriano, como la ejecutoriedad de las decisiones jurisdiccionales. En consecuencia, creemos que la jurisprudencia ecuatoriana tiende hacia una interpretación ‘conservadora’ de este concepto. Así, consideramos que, para efectos de la ejecución de un laudo extranjero (si se acepta la aplicabilidad de la causal establecida en el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York), el alcance del orden público (*internacional*) ecuatoriano, debería interpretarse de manera restrictiva y aplicarse exclusivamente en casos de violaciones graves a las instituciones jurídicas fundamentales del derecho ecuatoriano (como el fraude, el soborno o los actos de corrupción).

En todo caso, creemos que la clave para la interpretación y aplicación de esta causal radica en la ‘prudencia jurídica’. El arbitraje internacional se distingue por su alto grado de complejidad y la presencia de múltiples instituciones que pueden ser ajenas a los jueces locales. Asuntos como el conflicto de leyes, la valoración de daños y la cuantificación de intereses son comunes en el ámbito del arbitraje internacional y suelen regirse por reglas y principios diferentes a los del sistema nacional. Por ello, en nuestra opinión, el juez haría bien en adoptar un enfoque de escepticismo crítico frente a la alegación de que un laudo extranjero viola el orden público ecuatoriano, y, en caso de duda, debería optar por una postura conservadora. Incluso ante casos excepcionales, creemos que es pertinente recordar que la actitud esperada de cualquier persona en tales circunstancias —y especialmente de un juez— es la del hombre sabio y prudente que “*edificó su casa sobre roca*”, no la del hombre necio e insensato que “*edificó su casa sobre arena*”¹¹⁷. Con ese mismo espíritu, el juez debería fundamentar su decisión en consideraciones sólidas como la roca y, en la medida en que la prudencia y la razón lo permitan, debería abstenerse de rechazar la ejecución de un laudo extranjero bajo esta causal, a menos que no hacerlo implique un atentado grave contra los principios fundamentales de ‘moralidad y justicia’ que inspiran el ordenamiento ecuatoriano.

117 Mt 7, 24-27.

5. CONCLUSIONES

Con base en la información presentada a lo largo de este trabajo académico, podemos concluir lo siguiente:

- (i) En Ecuador, la homologación es un procedimiento de reconocimiento y validación de sentencias extranjeras que, según la legislación procesal civil ecuatoriana, inicialmente se requería tanto para las sentencias como para los laudos dictados en otros países. Solo una vez homologada, la sentencia extranjera (o, en su caso, el laudo extranjero) se convertía en un 'título de ejecución', lo que le permitía ser ejecutada en el país.
- (ii) Sin embargo, en 2018 se promulgó la LOFP, que eliminó explícitamente las referencias a los 'laudos arbitrales' en el capítulo del COGEP que regulaba la homologación. Asimismo, la LOFP restableció un inciso del artículo 42 de la LAM, el cual determinaba que los laudos arbitrales extranjeros debían ejecutarse de la 'misma forma' que los laudos nacionales. A pesar de la clara intención legislativa de eximir a los laudos extranjeros del proceso de homologación, algunas cortes ecuatorianas continuaron exigiendo dicho trámite como 'requisito previo' para ejecutar este tipo de laudos. Para ello, se basaban en un vestigio del artículo 363(5) del COGEP que hacía referencia a la homologación y que no fue derogado por la LOFP. Además de la homologación, algunas cortes exigían también la presentación de una 'razón de ejecutoria' del laudo extranjero, lo que complicaba aún más la ejecución.
- (iii) En la Sentencia 3232-19-EP/24, la Corte Constitucional del Ecuador resolvió una acción extraordinaria de protección presentada por una compañía neerlandesa que intentó ejecutar un laudo arbitral extranjero en Ecuador, pero se encontró con los obstáculos de la 'homologación' y la presentación de una 'razón de ejecutoria', exigidos por algunos jueces ecuatorianos. En su fallo, la Corte abordó primero el debate sobre la necesidad de homologar un laudo extranjero y concluyó que la intención del legislador al promulgar la LOFP fue, sin lugar a dudas, eliminar la obligatoriedad de homologar este tipo de laudos, y que la referencia a la homologación en el artículo 363(5) del COGEP había sido tácitamente derogada. Además, en cuanto al requisito de que el ejecutante presentara una razón de ejecutoria del laudo extranjero para iniciar el trámite de ejecución, la Corte concluyó que dicha exigencia violaba el derecho a la tutela judicial

- efectiva, considerándola inaplicable en el contexto de los arbitrajes internacionales.
- (iv) Por otro lado, en la misma Sentencia 3232-19-EP/24, la Corte pareció sugerir que, en la actualidad, el procedimiento de ejecución de los laudos arbitrales extranjeros está sujeto a un doble régimen de excepciones en favor del ejecutado, permitiéndole presentar tanto las objeciones previstas en el COGEP como las derivadas de la Convención de Nueva York. Sin embargo, creemos que esta postura es susceptible de crítica. En primer lugar, podría considerarse que el ‘doble régimen’ de oposición constituye una ‘condición apreciablemente más rigurosa’ para la ejecución de los laudos extranjeros en comparación con los nacionales, lo cual está prohibido por el artículo III de la Convención de Nueva York. En segundo lugar, permitir que los jueces ecuatorianos revisen asuntos procesales o de fondo del arbitraje, tal como lo permiten las causales del artículo V(1) y (2) de la Convención, podría contradecir los principios de *kompetenz-kompetenz* y de alternabilidad del arbitraje, que, en Ecuador, gozan de un estatus ‘reforzado’ en comparación con otros sistemas jurídicos.
- (v) En todo caso, incluso si se asume que el ejecutado tiene derecho a oponerse a la ejecución del laudo extranjero, tanto en virtud del COGEP como de la Convención de Nueva York, consideramos que los jueces encargados de la ejecución deben proceder con extrema cautela y prudencia antes de rechazar la ejecución de un laudo extranjero, invocando alguna de las excepciones establecidas en los artículos V(1) y (2) de la Convención de Nueva York. En especial, para garantizar la efectividad del sistema arbitral en Ecuador, consideramos que los operadores de justicia deben interpretar y aplicar el artículo V(2)(b) de la Convención de Nueva York —referente al ‘orden público’ del país donde se solicita la ejecución— de manera estricta y excepcional. En términos generales, creemos que se debe evitar denegar la ejecución de un laudo arbitral extranjero por razones de ‘orden público’, reservando dicha denegación solo para casos realmente excepcionales.

6. BIBLIOGRAFÍA:

- A. BULLARD, “No comerás actos impuros: el orden público y el control judicial del laudo arbitral”, *Themis Revista de Derecho*, No. 63, 2013.
- A. GÜZELOĞLU, *The Role of Shari'a Law on the Enforcement of Arbitral Awards in the Kingdom of Saudi Arabia*, <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=71e501f7-8552-45fd-8797-077fa25e88a3>> (28/01/2016)
- A. PONCE MARTÍNEZ *et al.*, “Homologación, reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en Ecuador”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, N.º 9, 2017.
- C. CORONEL JONES, H. PÉREZ LOOSE, L. BARRAZUETA, C. CORREA. *Year in review: international arbitration in Ecuador. Lexology In-Depth: International Arbitration*, <<https://www.lexology.com/indepth/international-arbitration/ecuador>> (07/06/2024).
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1754-18-EP/23, 30/08/2023.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1758-15-EP/20, 25/11/2020.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1943-12-EP/19, 25/09/2019.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 2048-15-EP/20, 28/10/2020.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 2342-18-EP/23, 13/09/2023.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 2520-18-EP/23, 24/05/2023.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 3232-19-EP/24, 09/05/2024.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 34-23-CN/24, 12/09/2024.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 361-17-EP/22, 14/09/2022.
- Código Civil [CC], RO Sup. No. 46, 24/06/2005.
- Código de Derecho Internacional Privado. [Código de Sánchez de Bustamante], RO Sup. No. 153, 25/11/2005.
- Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ], RO Sup. No. 544, 09/03/2009.
- Código Orgánico General de Procesos [COGEP], RO Sup. No. 506, 22/05/2015.

- Comisión de las Naciones Unidas del Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985.
- Constitución de la República del Ecuador, RO No. 449, 20/10/2008.
- Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. [Convención de Nueva York], RO Sup. No, 25/11/2005.
- Corte Suprema de Justicia de Colombia, Exp. Caus. 2007-01956, 27/7/2011.
- D. GUARDERAS, *Ejecución de laudos arbitrales extranjeros en el Ecuador*, <<https://iea.ec/articulos/ejecucion-de-laudos-arbitrales-extranjeros-en-el-ecuador/>> (28/10/2019).
- E. COUTURE, *Fundamentos del derecho procesal civil*, Ediciones Depalma, 1973.
- F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, “Orden público y arbitrabilidad: Dúo-Dinámico del arbitraje”, *Revista Autorictas Prudentium*, No. 1, 2008.
- F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, *Arbitraje*. 5ª ed, Editorial Porrúa, 2018.
- H. DEVIS ECHANDÍA, *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*. 2ª. Ed., Editorial Temis, 2009.
- ILA COMMITTEE ON INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION, Final Report on Public Policy as a Bar to Enforcement of International Arbitral Awards, 70a Biennial Conference, 2002.
- J. JARAMILLO TROYA, “Corrupción, orden público y Convención de Nueva York: su aplicación en el Arbitraje Comercial Internacional”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 6, 2014.
- J. MASEDA RODRÍGUEZ, “Motivos de denegación de la ejecución material de una resolución extranjera y motivos de denegación de su ejecutividad”, *Dereito: Revista xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, No. Extra 1, 2013.
- J. PAULSSON, “El orden público como criterio para negar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales”, en G. Tawil y E. Zuleta (Dir.), *El arbitraje comercial internacional: Estudio de la convención de Nueva York con motivo de su 50a Aniversario*, 1era Ed., Abeledo Perrot, 2008.
- L. PARRAGUEZ, J.C. DARQUEA, “La arbitrabilidad del daño moral”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016.
- Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], Artículo 42, RO No. 417, 14/12/2006.

- Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal [LOFP]. R.O. Sup. No. 309, 21/08/2018.
- N. BLACKBAY, C. PARTASIDES, A. REDFERN, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 7ma Ed, Oxford University Press, 2022.
- O. FOX, P. STOTHARD, NORTON ROSE FULBRIGHT, *Nigeria v P&ID: Caution against an arbitral tribunal's non-interventionist approach to arbitration?* <<https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/8d-1c52b3/nigeria-v-pid>>, (19/02/2024).
- Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, *Ausencia injustificada del perito a la audiencia*, Oficio No. 886-P-CNJ-2021, 18/11/2021.
- Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, *Presencia del perito en la audiencia de ejecución respecto del informe del avalúo de los bienes a ser rematados*, Oficio No. 260-P-CNJ-2019, 27/03/2019.
- Presidencia de la Corte Nacional de Justicia, *Remate – Incumplimiento de la fórmula de pago se reinicia el proceso de ejecución*, Oficio No. 260-P-CNJ-2019, 27/03/2019
- Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, *Figueroa y otro c. Herederos Bejarano-Mendieta*, Causa No. 319-2001, Exp. Cas. 177, RO No. 666, 19/09/2002.
- Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, *Inmobiliaria Dassum S.A. c. Vayas*, Causa No. 147-2003, Exp. Cas. 218, RO No. 189, 14/10/2003.
- Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, *Sociedad de Obreros del Cantón Sucre c. Rodríguez*, Causa No. 130-2003, Exp. Cas. 185, RO No. 188, 13/10/2003
- R. CAIVANO, N. CEBALLOS, *Tratado de arbitraje comercial internacional argentino: Comentario exegético y comparado de la ley 27.449*, 1era Ed., La Ley, 2020
- Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación [RLAM], RO Sup. No. 524, 26/08/2021.
- Richardson v. Mellish* (1824) 2 Bing. 229, [1824-34] All ER 258, *per* Burrough J.
- Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, *Guerra Iriarte c. GAD de Celica y Procuraduría General del Estado*, Causa No. 11804-2017-00297, Res. No. 840-2022, 01/09/2022

Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia,
Montesdeoca c. Registro de la Propiedad de Portoviejo, Causa No. 159-
2005, Exp. Cas. 423, RO No. 11, 25/08/2009.

Soleimany v. Soleimany [1999] QB 785.

The Federal Republic of Nigeria v. Process & Industrial Developments Limited
[2023] EWHC 2638 (Comm).

El Arbitraje de Emergencia: Una Aproximación Teórica y Práctica en el Arbitraje Administrado

EMERGENCY ARBITRATION: A THEORETICAL AND PRACTICAL APPROACH IN ADMINISTERED ARBITRATION

Cynthia Álvarez Palacios *
Nohely Castro Hidalgo **

Recibido/Received: 27/08/2024
Aceptado/Accepted: 24/02/2025

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Antecedentes del arbitraje de emergencia. 3. Aspectos generales del procedimiento. 3.1. El árbitro de emergencia: facultades y deberes. 3.2. El poder cautelar del árbitro de emergencia. 3.3. Requisitos para el otorgamiento de la medida cautelar. 4. Responsabilidad del árbitro de emergencia. 5. Comparativa de normas institucionales en el arbitraje local. 6. Conclusión.

RESUMEN: El origen contractual del arbitraje faculta a las partes a diseñar las reglas de procedimiento que mejor se adecuen a su relación jurídica. En ocasiones, esta determinación se realiza explícitamente en el convenio arbitral; en otras, de manera tácita al optar por un arbitraje administrado. En este último escenario, con la sola selección del centro administrador del arbitraje, las partes se adhieren a sus reglamentos internos. En Ecuador, el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (“RLAM”) reconoce el arbitraje de emergencia, pero no regula su procedimiento. En tal sentido, en el marco de arbitrajes administrados, los centros de arbitraje han asumido la responsabilidad de normar la naturaleza, conducción y efectos del procedimiento. Este artículo ofrece una aproximación al arbitraje de emergencia en

* Árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil. Abogada por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Delegada CIAC-Mujeres Sección Guayaquil. Correo electrónico: calvarez@tla.com.ec

** Secretaria de Tribunales Arbitrales del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil y de Comités Disciplinarios de la Liga Profesional de Fútbol del Ecuador. Abogada por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Correo electrónico: nbcastrohidalgo@gmail.com | ncastro@calamara.org

el arbitraje administrado, desde un análisis general de la figura e intervención del árbitro de emergencia, hasta una revisión de las reglas de tres instituciones arbitrales locales.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje de emergencia, Convenio arbitral, Centros de arbitraje, Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación.

ABSTRACT: The contractual origin of arbitration authorizes the parties to design the procedural rules that best suit their legal relationship. Sometimes, this determination is made explicitly in the arbitration agreement; other times, it is tacitly made by opting for administered arbitration. In the latter scenario, with the sole selection of the arbitration administration center, the parties adhere to its internal rules. In Ecuador, the Regulations to the Arbitration and Mediation Law (“RLAM”) recognize emergency arbitration; however, it does not regulate its procedure. In this sense, in the framework of administered arbitration, arbitration centers have assumed the responsibility of regulating the nature, conduct and effects of the procedure. This article offers an approach to emergency arbitration in administered arbitration, starting from a general analysis of the figure and intervention of the emergency arbitrator, and including a review of the rules of three local arbitral institutions.

KEYWORDS: Emergency arbitration, Arbitration agreement, Arbitration centers, Regulation to the Arbitration and Mediation Law.

1. INTRODUCCIÓN

En Ecuador, el arbitraje de emergencia se configura como una etapa previa al proceso arbitral. Este procedimiento se presenta como una respuesta rápida y eficaz ante la necesidad urgente de una de las partes de obtener medidas cautelares conforme a los fines previstos en el artículo 8 del RLAM. En este sentido, el árbitro de emergencia será quien, sin entrar a conocer o resolver sobre el fondo de la controversia, deberá concentrarse, revisar, estudiar y decidir de manera diligente y efectiva sobre la procedencia o no de la medida cautelar solicitada.

Para comprender lo innovador del arbitraje de emergencia, es importante destacar que en un proceso arbitral pueden transcurrir de dos a tres meses hasta que se constituya el tribunal llamado a resolver sobre la procedencia de una

medida cautelar. Lo anterior, como consecuencia de etapas procesales previas que las normas imperativas prevén dentro del arbitraje administrado¹. En contraste, el procedimiento de arbitraje de emergencia, teniendo en consideración los tiempos establecidos en las reglas de los centros de arbitraje locales analizados en los acápites quinto y séptimo de este artículo, no debería superar los veinte días término desde la presentación de la solicitud. Sin duda, entre las bondades de esta figura estará el contar con un procedimiento de duración mínima que conlleve la responsabilidad del árbitro y de las partes de actuar con celeridad.

El arbitraje de emergencia es una institución de reciente implementación en el Ecuador. Así las cosas, el presente trabajo de investigación se enfoca en revisar: (i) antecedentes de la figura; (ii) aspectos generales del procedimiento; (iii) facultades y deberes de los árbitros de emergencia; y, (iv) el ejercicio de su poder cautelar y responsabilidad con relación a la decisión adoptada. De igual manera, el artículo recoge algunos comentarios compartidos por árbitros de emergencia, y establece conclusiones en torno al tipo de procedimiento.

2. ANTECEDENTES DEL ARBITRAJE DE EMERGENCIA

El arbitraje de emergencia surgió en el contexto del arbitraje internacional como respuesta a la necesidad de obtener una decisión sobre medidas cautelares urgentes que permita garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes y fortalecer la eficacia del arbitraje como método alternativo de resolución de controversias.

El Centro Internacional de Resolución de Disputas (“**ICDR**”) fue pionero en introducir reglas sobre arbitraje de emergencia en su reglamento institucional del año 2006. Las disposiciones se encontraban previstas en el artículo 37² y establecían la disponibilidad por defecto del arbitraje de emergencia para los contratos celebrados a partir de su expedición, dejando a salvo la posibilidad

1 El arbitraje administrado local se compone de dos etapas: (1) etapa administrativa, bajo conducción del director del centro seleccionado por las partes; y (2) etapa jurisdiccional, a cargo del tribunal arbitral.

2 En la actualidad, aunque con una redacción diferente, esta disposición se encuentra en el artículo 6 del Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro Internacional de Resolución de Disputas.

de que las partes pacten expresamente su inaplicación³. En relación al rol del árbitro de emergencia, las reglas señalaban:

El árbitro de emergencia tendrá el poder de ordenar o conceder cualquier medida provisional o conservatoria que considere necesaria, incluyendo medidas cautelares y medidas para la protección o conservación de bienes. Cualquiera de estas medidas podrá tomar la forma de un laudo provisional o de una orden. En ambos casos, el árbitro de emergencia deberá fundamentar su decisión. El árbitro de emergencia podrá modificar o anular el laudo provisional o la orden por causa justificada⁴.

Cuatro años más tarde, el procedimiento fue adoptado por el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (“SIAC”); y, en el año 2012, implementado por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“ICC”)⁵. De igual manera, varias instituciones arbitrales a nivel regional han incorporado la figura del árbitro de emergencia y, a través de sus reglamentos, han definido su rol dentro del procedimiento⁶.

En Ecuador, el árbitro de emergencia fue reconocido normativamente por primera vez en el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (“RLAM”)⁷, expedido en 2021. Antes de ello, y dado que la figura no estaba prohibida en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, su intervención sólo era posible si las partes lo hubieran pactado expresamente, acordando -al menos- la forma en la que se desarrollaría el procedimiento y los efectos de la decisión del árbitro

3 G. HANESSIAN y A. DOSMAN. “Songs of Innocence and Experience: Ten Years of Emergency Arbitration”. *American Review of International Arbitration (ARIA)*, Vol. 27, 2016.

4 Traducción libre del inglés al español. Summary of Changes for the International Dispute Resolution Procedures, <www.icdr.org/sites/default/files/Summary%20of%20Changes%20for%20the%20International%20Dispute%20Resolution%20Procedures%20May%202001%2C%202006.pdf>

5 E. FERNÁNDEZ MASÍÁ, “La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9 (1), 2017.

6 Ver, por ejemplo: Título IX del Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago; Artículo 35 y Apéndice I del Reglamento y Estatuto de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima; Artículo 21 Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá; y, Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de Venezuela.

7 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. Suplemento No. 524.

de emergencia⁸.

Ahora bien, el RLAM no delimitó la actuación del árbitro de emergencia, ni estableció reglas mínimas del procedimiento, por lo que dicha tarea quedó bajo responsabilidad de los distintos centros de arbitraje locales. Así, el primer centro en incluir disposiciones sobre arbitraje de emergencia fue el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana⁹, seguido del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil¹⁰ y, finalmente, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito¹¹, cuyos reglamentos serán analizados en líneas posteriores.

3. ASPECTOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO

Antes de la implementación del arbitraje de emergencia, las partes suscriptoras del convenio arbitral enfrentaban una limitación significativa. La parte que requería de una medida cautelar debía esperar a la constitución del tribunal arbitral para solicitarla y, durante ese tiempo, podía ocurrir un daño irreparable. Alternativamente, al existir jurisdicción concurrente, la parte interesada podía activar la vía judicial¹²; sin embargo, si las partes pactaron una cláusula arbitral su intención era, justamente, acudir ante una justicia arbitral que responda a principios de autonomía, eficiencia, confidencialidad y flexibilidad. Como respuesta a esta realidad, surgió una interesante alternativa: al arbitraje de emergencia.

8 H. ESCUDERO ÁLVAREZ *et al.* “El arbitraje de emergencia: ¿Una figura aplicable en el sistema arbitral ecuatoriano?” *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 9, 2017.

9 Reglamento de Arbitraje Local para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación AMCHAM Quito, 1 de enero de 2022.

10 Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, 1 de octubre de 2022.

11 Reglamento para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, 26/07/2023.

12 D. PARAGUACUTO-MAHÉO Y C. LÉCUYER-THIEFFRY. “Emergency Arbitrator: A New Player In The Field - The French Perspective”. *Fordham International Law Journal*. Vol 40 (3), 2017, p. 754, <<https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol40/iss3/2/>>: “Where the parties have agreed to submit to emergency arbitrator proceedings, unless there is an express provision to the contrary, such consent does not bar access to state courts. Unless the parties have agreed otherwise, emergency arbitrator procedures are not carved out as an exclusive remedy and do not operate as a waiver of the courts’ authority over interim and conservatory measures.10 In most cases, state courts and the emergency arbitrator have concurrent jurisdiction”.

El arbitraje de emergencia se configura como una etapa autónoma y previa a la sustanciación de un proceso arbitral, esto es, un “[p]rocedimiento expedito de instalación de un tribunal arbitral para efectos de resolver medidas cautelares urgentes”¹³. De este modo, si aún no se ha presentado la demanda arbitral, o si, habiéndose presentado, no se ha constituido un tribunal arbitral que “[c] onserve el *status quo*, preserve la evidencia, proteja bienes e información, entre otros; las partes [podrían recurrir] al árbitro de emergencia”¹⁴.

Un aspecto que distingue al arbitraje de emergencia de la tramitación de solicitudes de medidas cautelares ante tribunales estatales radica en que, en principio, el árbitro de emergencia emite una decisión sobre la procedencia de una medida cautelar urgente tras haber notificado previamente a la otra parte sobre la solicitud. Es decir, por regla general, el procedimiento no se lleva a cabo *ex parte*, considerando la naturaleza consensual del arbitraje y la facultad del árbitro de emergencia para “diseñar” y resolver sobre la medida cautelar que mejor se ajuste a las particularidades del caso en cuestión, facultad que, en contraste, no ha sido conferida al juez ordinario.

Es importante mencionar que el sometimiento de las partes a este tipo de procedimiento y, en consecuencia, la competencia del árbitro de emergencia puede emanar de distintas maneras. En un inicio, partiendo del hecho de que el arbitraje tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes y en la potestad de estas para *diseñar a la medida* el procedimiento, surgirá del convenio arbitral. Extensivamente, en arbitrajes administrados, surgirá del reglamento procesal de la institución arbitral seleccionada por las partes. Y, en última instancia, de la ley procedimental. Así, una parte podría iniciar un arbitraje de emergencia incluso si las partes no han acordado expresamente someterse a este tipo de procedimiento en el convenio arbitral, siempre que las reglas del centro de arbitraje elegido contemplen la figura. Esto debido a que los reglamentos de los centros de arbitraje son normas acordadas por las partes y su aplicación deviene del principio de la autonomía de la voluntad¹⁵.

13 Informe sobre Arbitraje de Emergencia. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago Programa Reformas a la Justicia UC, <www.camsantiago.cl/wp-content/uploads/2023/08/Informe-Arbitraje-de-Emergencia-del-Programa-Reformas-a-la-Justicia-UC.pdf>

14 J. MEYTHALER Y M. RUALES, “¿Quereís revolución? Hacedla primero en vuestras almas (o en vuestros reglamentos). Anotaciones sobre posibles reformas reglamentarias al sistema arbitral ecuatoriano”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 9, 2017.

15 A. LARREA, “La regulación por los árbitros del proceso arbitral”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 13, 2022.

3.1. EL ÁRBITRO DE EMERGENCIA: FACULTADES Y DEBERES

En lo que respecta a medidas cautelares, el árbitro de emergencia tiene las mismas facultades del árbitro que eventualmente conocerá el fondo de la controversia¹⁶, con la salvedad de que el primero sólo actuará de forma provisional para determinar o no un medio de tutela en respuesta a la solicitud de medida cautelar.

Entre las principales facultades del árbitro de emergencia, se destacan:

- (i) Conducción del procedimiento en función de su naturaleza.
- (ii) Pronunciarse sobre la solicitud de medida cautelar y otorgar la que considere más adecuada, siempre que concurran los requisitos necesarios y su adopción no pueda esperar a la constitución del tribunal arbitral.
- (iii) Exigir caución suficiente al solicitante de la medida cautelar.
- (iv) Emitir decisiones vinculantes para las partes en el marco de la medida cautelar.
- (v) Revisar o modificar la decisión adoptada si las circunstancias lo requieren¹⁷.

Según Fouchard, Gaillard y Golman los árbitros tienen cuatro obligaciones: (i) ser imparcial y justo; (ii) actuar conforme a la ley aplicable y el convenio arbitral; (iii) concluir el encargo asumido; y, (iv) resguardar la confidencialidad del proceso¹⁸. Estas mismas responsabilidades son trasladadas al árbitro de emergencia:

- (i) Por un lado, el árbitro de emergencia no puede presentar preferencias o prejuizgamientos que comprometan su imparcialidad¹⁹. Por otro lado, debe carecer de vínculos próximos y/o sustanciales²⁰ que afecten su independencia y posibilidad de adoptar una decisión sin

16 G. HANESSIAN Y A. DOSMAN, N.5.

17 E. FERNÁNDEZ MASIÁ, N. 7.

18 F. CAMPORA Y M. TUPPER. *30 años de Desarrollo Institucional del Arbitraje y de la Mediación*, Capítulo VIII, Responsabilidad de los árbitros, 2022.

19 F. GONZÁLEZ DE COSSÍO. *Arbitraje*. Ed. Porrúa México, 2014.

20 Íbidem.

- injerencia de las partes o terceros²¹⁻²².
- (ii) Sin perjuicio de que el árbitro de emergencia puede conducir el procedimiento de la manera que considere más adecuada, deberá observar los lineamientos fundamentales establecidos en el convenio arbitral, las normas de la institución arbitral y la *lex arbitri*.
 - (iii) Gozar de suficiente disponibilidad para desempeñar el cargo y conducir con celeridad la tramitación del procedimiento. Esto implicará un compromiso del árbitro de emergencia de organizar su tiempo de manera adecuada con el fin de prevenir dilaciones que puedan provenir de su propia actuación²³, así como la obligación de emitir la decisión sobre la procedencia de la medida cautelar dentro del término que se le ha otorgado.
 - (iv) El árbitro de emergencia deberá abstenerse de revelar información o de anticipar la decisión adoptada a alguna de las partes o a terceros. Aunque la obligación de confidencialidad del árbitro suele ser de naturaleza contractual, también puede derivar de códigos de ética o disposiciones establecidas por las instituciones arbitrales²⁴.

En esta línea, la diferencia sustancial entre el árbitro de emergencia y el árbitro que resuelve las pretensiones de fondo de las partes radica en que la competencia del primero se circunscribe a decidir sobre la procedencia de una medida cautelar en un tiempo expedito. Así pues, el árbitro de emergencia está impedido de pronunciarse o analizar aspectos relacionados al fondo de la controversia, dado que esta responsabilidad recaerá en el futuro tribunal arbitral.

3.2. EL PODER CAUTELAR DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA

Francisco González de Cossío, utilizando la definición de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas, sostiene que las medidas cautelares –en general– están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho con la finalidad de salvaguardar los intereses de la parte que las solicita²⁵. En el marco del arbitraje de emergencia, la solicitud tendrá por objetivo evitar que ocurra

21 R. JIJÓN LETORT. “La Independencia e Imparcialidad de los Árbitros”. *Iuris Dictio*, Vol. 7(11), 2007.

22 Reglas IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional, 2014.

23 R. CAIVANO. *Arbitraje: Su eficiencia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Ed. AD-HOC, 1993.

24 R. CAIVANO. “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”. *Lima Arbitration*, N.º 4, 2011.

25 F. GONZÁLEZ DE COSSÍO, N. 21

un daño inminente o se comprometa la posibilidad de ejecución del laudo arbitral.

Como fue referido *ut supra*, la facultad de ordenar medidas cautelares de los árbitros incluyendo al árbitro de emergencia tiene su fuente en: (i) el convenio arbitral; (ii) el reglamento de la institución arbitral; y, (iii) la *lex arbitri*. Desde esta perspectiva, en el convenio arbitral las partes pueden reconocer y/o limitar parcial o totalmente la potestad de los árbitros para dictar medidas cautelares²⁶. De haberse pactado la facultad del árbitro en el convenio o, en su defecto, de no existir estipulación alguna al respecto, las normas reglamentarias de los centros de arbitraje jugarán un rol transcendental. Estas disposiciones reglamentarias, además, deberán observar las limitaciones de orden público que consagre la *lex arbitri*.

El sistema arbitral ecuatoriano otorga al árbitro una potestad discrecional para ordenar medidas cautelares. La Ley de Arbitraje y Mediación (“LAM”)²⁷ y su Reglamento prevén que los árbitros podrán dictar las medidas cautelares que -a especie de catálogo- prevé el Código Orgánico General de Procesos (secuestro, retención, prohibición de enajenar bienes inmuebles y arraigo) o las que consideren necesarias para cada caso²⁸. En términos similares se encuentra reconocido el poder cautelar de los árbitros en las reglas de los principales centros de arbitraje nacionales²⁹.

Las autoras del presente artículo consultaron al Ab. Johnny De La Pared Darquea³⁰ sobre la aplicación del Código Orgánico General de Procesos en el régimen de medidas cautelares en sede arbitral. Al efecto, señaló:

26 J. RIVERA. “Medidas precautorias en los procedimientos arbitrales (con especial referencia al Derecho Argentino)”. Revista Peruana de Arbitraje, No. 3, 2006.

27 Ley de Arbitraje y Mediación, R.O. No. 417, 14/12/2006.

28 Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 9, R.O. No. 417, 14/12/2006.

29 Ver, por ejemplo, el artículo 24 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil y el artículo 118 del Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.

30 Docente de Derecho Procesal Civil y Métodos Alternativos de Solución de Conflictos en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil y Universidad de Especialidades Espíritu Santo. Ha sido seleccionado como árbitro de emergencia en dos arbitrajes administrados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil.

El artículo 9 de la LAM permite a los árbitros dictar medidas cautelares de acuerdo con las normas del COGEP o las que consideren necesarias para cada caso. Por otro lado, el artículo 8 del Reglamento de la LAM dispone en su numeral 1 que los árbitros de emergencia que estén previstos en los reglamentos de los Centros de Arbitraje podrán dictar cualquier medida cautelar que consideren necesaria para los fines detallados en el dicho numeral y, posteriormente, en el numeral 2 del mismo artículo 8, contempla la posibilidad de que la parte interesada pueda (implica una opción, no una obligación) acudir ante un juez ordinario para solicitar la adopción de medidas cautelares cuando el Tribunal Arbitral no esté aún constituido. La redacción utilizada permite concluir que, en aquellos casos en que la parte solicitante no ha acudido ante un juez ordinario, sino que lo ha hecho ante un árbitro de emergencia, el procedimiento previsto en el COGEP para la tramitación de las providencias preventivas no es obligatorio e, incluso, resulta irrelevante para el árbitro de emergencia.

En consecuencia, más allá de la medida cautelar que la parte solicitante pudo haber requerido, el árbitro de emergencia tendrá amplia potestad para ordenar la medida cautelar que considere más adecuada para:

- (i) Mantener o reestablecer el *statu quo* en espera de que se dirima la controversia.
- (ii) Impedir la continuación de algún daño actual, o la materialización de un daño inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral.
- (iii) Preservar bienes que son materia del proceso o, en general, los bienes del deudor o del acreedor.
- (iv) Preservar elementos de prueba que puedan ser relevantes para resolver la controversia.
- (v) Garantizar el cumplimiento de las obligaciones materia del arbitraje.
- (vi) Preservar la competencia de un tribunal arbitral³¹.

En este sentido, es indiscutible que los árbitros tienen amplia facultad para dictar medidas cautelares que impongan a las partes obligaciones de hacer o no hacer y que tengan como propósito el proteger derechos procesales o sustantivos de la parte solicitante.

31 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 8, R.O. No. 524, 26/08/2021.

3.3. REQUISITOS PARA EL OTORGAMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR

Existen diferentes posturas sobre qué ley debería observarse para la resolución de una solicitud de medida cautelar por parte de un árbitro de emergencia: la *lex arbitri*, la *lex causae* o las normas internacionales. Tribunales internacionales han concluido que, si la *lex arbitri* elegida por las partes no establece los criterios que el árbitro debe considerar para ordenar una medida cautelar, este tendrá amplia discreción para determinar si la medida cautelar es necesaria o no³². Por su parte, Gary Born sostiene que, en virtud de la cantidad de disposiciones que podrían resultar aplicables, lo apropiado es observar los estándares que prevén las normas internacionales³³. Así, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional establece que la parte solicitante deberá acreditar: (i) peligro en la demora o *periculum in mora*; (ii) proporcionalidad; y, (iii) apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*.³⁴

En 2019, la *ICC Commission on Arbitration and ADR* emitió un informe sobre los procedimientos de arbitraje de emergencia basado en un estudio empírico de las primeras 80 solicitudes de arbitraje de emergencia en la ICC. La Comisión concluyó que, además de los criterios establecidos en la Ley Modelo CNUDMI, los árbitros de emergencia analizan requisitos de: (i) urgencia; (ii) riesgo de agravamiento del conflicto; y; competencia *prima facie*³⁵⁻³⁶.

En la legislación arbitral nacional no se prevén requisitos mínimos a considerar. A nuestro criterio, esta circunstancia es positiva ya que reviste de flexibilidad el procedimiento y posibilita al árbitro de emergencia a elegir los elementos más adecuados. Sin perjuicio de lo anterior, los árbitros de emergencia deberán observar –de existir– los requisitos descritos en los reglamentos de los centros de arbitraje a los cuales pertenecen y, de tampoco haberlos, el

32 García Armas y otros c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CPA No. 2016-08, Orden Procesal No. 9, 20 de junio de 2018. Este estándar guarda relación con la posibilidad de que el árbitro de emergencia pueda ordenar cualquier medida cautelar que considere más adecuada o necesaria.

33 G. BORN. *International Commercial Arbitration*, (3), Kluwer Law International, 2021.

34 Artículo 17, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985.

35 ICC Arbitration and ADR Commission Report on Emergency Arbitrator Proceedings, 2019, <<https://iccwbo.org/>>

36 El árbitro de emergencia debe estar está convencido *prima facie* de que un tribunal arbitral puede tener, o tal vez tendría, competencia para conocer del fondo de la controversia según el convenio arbitral. Por lo tanto, la declaración de competencia por parte del árbitro de emergencia no garantiza que el tribunal arbitral posterior también se declare competente. M. GOLDSTEIN. “A Glance into History for the Emergency Arbitrator”. *Fordham International Law Journal*. Vol 40 (3), 2017, <<http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/>>

estándar adaptado en la práctica internacional.

A efectos de contar con una perspectiva real de los elementos analizados por árbitros de emergencia nacionales, consultamos nuevamente al Ab. Johnny De La Pared Darquea, quien comentó lo siguiente:

Ante una solicitud de medidas cautelares lo que procede es analizar si existen aquellos elementos que, de manera uniforme, han venido siendo aceptados por la doctrina jurídica para poder dictarlas. Estos elementos son: a) la apariencia de buen derecho, o probabilidad o verosimilitud de un derecho (el *fumus boni iuris*); b) el peligro de que este derecho aparente no sea satisfecho (el *periculum in mora*); c) la idoneidad de la medida cautelar para conjurar el peligro; y, d) eventualmente la necesidad de una contracautela. Este último elemento, podría generar alguna controversia, sin embargo, creo que debería ser analizado, teniendo presente únicamente que tendría que considerarse en el evento de que se determine la presencia concurrente de los tres elementos anteriores. La doctrina jurídica es bastante clara en reconocer que el pedido de medidas cautelares se hace bajo responsabilidad de la solicitante.

Del criterio citado, surge un elemento adicional que el árbitro de emergencia puede tener en cuenta al emitir su decisión, a saber, la contracautela. De tal suerte que, si el árbitro determina la procedencia de la medida cautelar, podría condicionarla al otorgamiento de una garantía. Por ejemplo, una garantía por costos o *security of cost* a fin de que, la parte contra quien se dictó la medida pueda, eventualmente, recuperar los gastos relacionados con la emisión de la medida.

En definitiva, será necesario que el árbitro de emergencia analice y motive en su decisión la concurrencia o no de los requisitos que considere necesarios para el otorgamiento de la medida que particularmente se solicita.

4. RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA

Los árbitros pueden o no ser responsables por la forma en la que ejercen sus funciones. En jurisdicciones como Estados Unidos, la *Uniform Arbitration Act* les otorga a los árbitros inmunidad absoluta frente a la responsabilidad civil. En contraste, en Francia, los árbitros pueden incurrir en responsabilidad por

conductas graves como dolo, fraude, culpa grave o denegación de justicia³⁷. A nivel internacional, las reglas de las instituciones arbitrales suelen abordar esta cuestión. Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional concede inmunidad total para árbitros – incluyendo el de emergencia – y miembros de la institución, salvo que la ley aplicable prohibiere dicha limitación de responsabilidad³⁸.

Por su parte, Ecuador ha implementado el estándar de gradación en virtud del cual los árbitros asumen responsabilidad civil por actuaciones dolosas, de denegación de justicia o de negligencia grave relacionadas con sus obligaciones arbitrales³⁹. Al respecto, el artículo 18 de la LAM prescribe que, aceptado por los árbitros el cargo, éstos tienen la obligación irrestricta de cumplir las funciones que la ley les asigna, debiendo responder por los daños y perjuicios que su acción u omisión causaren a las partes. En este mismo sentido, el artículo 7 del RLAM establece:

Art. 7.-Responsabilidad de los árbitros. -

1. La aceptación obligará a los árbitros a cumplir el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa grave. Las partes y los árbitros podrán acordar directamente o por referencia a un reglamento de un Centro de Arbitraje y Mediación, que toda acción por responsabilidad de los árbitros se tramitará por arbitraje.
2. Incurrirán en la misma responsabilidad y con las mismas limitaciones las instituciones arbitrales, sus directivos y empleados por los hechos realizados en ejercicio de sus funciones.

Este estándar de responsabilidad, aplicable al árbitro de emergencia en su calidad de auténtico árbitro⁴⁰, encuentra fundamento jurídico en un vínculo

37 F. CAMPORA Y M. TUPPER, N. 20.

38 Artículo 41 Reglamento de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio de París.

39 F. CAMPORA Y M. TUPPER, N. 20.

40 J. CÁRDENAS MEJÍA, “El árbitro de emergencia”. *Revista ALARB Asociación Latinoamericana de Arbitraje*. Vol. 3, 2024: “El hecho de que el árbitro de emergencia no esté llamado a dictar el laudo y cumplir otras actuaciones en el proceso no permite desconocer su calidad, pues no se niega que el juez que cumple determinadas etapas de un proceso, sin dictar sentencia, en todo caso toma decisiones judiciales. De la misma manera, el hecho de que la decisión del árbitro de emergencia pueda ser revisada por el tribunal arbitral no permite afirmar que éste no actúa como árbitro, pues ello también puede ocurrir con las decisiones judiciales, que pueden estar sujetas a revisión completa por otra autoridad judicial”.

denominado *receptum arbitri*. Sobre el *receptum arbitri*, Javier Jaramillo Troya menciona que se trata de un contrato que regula tácitamente la relación árbitro-parte, cuyo contenido obligacional deviene el convenio arbitral, las reglas aplicables o la *lex arbitri*. Así, disposiciones unilaterales – respecto del árbitro – plasmadas en el convenio arbitral como, por ejemplo, las que reconocen la potestad del árbitro para dictar medidas cautelares, forman el contenido obligacional del contrato *receptum arbitri* y se transforman en bilaterales en cuanto el árbitro acepta su designación⁴¹.

Como se mencionó previamente, las medidas cautelares deben otorgarse en circunstancias limitadas o excepcionales, dado que sus efectos podrían ser adversos y ocasionar daños irreparables. Por esta razón, los criterios según los cuales el árbitro de emergencia debe motivar la procedencia de la medida cautelar son sustanciales. Ahora bien, sin perjuicio de que el árbitro debe cumplir su encargo con diligencia, la doctrina jurídica es unánime al considerar que las medidas cautelares se adoptan bajo la responsabilidad del solicitante. Tanto es así que el árbitro podría exigir al solicitante de la medida cautelar un compromiso en materia de daños y perjuicios a través de garantías que cubran una posible indemnización en caso de determinarse, posteriormente, que las medidas cautelares han sido injustificadas o han causado daño a la parte contra quien fue dictada⁴².

La Corte Constitucional del Ecuador⁴³, en el contexto de las acciones de nulidad del laudo arbitral, ha afirmado que la responsabilidad del árbitro exige un cuidado riguroso en garantizar el debido proceso y la tutela judicial efectiva de las partes. La Corte resalta que, aunque el árbitro posee una expectativa de que su labor jurisdiccional y administrativa sea reconocida, su rol no es equiparable al de una parte procesal. Por lo tanto, la decisión de anular un laudo debe ser una sanción dirigida contra el laudo como acto procesal que solo afecta a las partes involucradas en el arbitraje, sin generar consecuencias directas para los árbitros y, en consecuencia, estos últimos no están obligados a contradecir la pretensión de nulidad de una de las partes. Esta posición de la Corte debería ser igualmente aplicable para la decisión tomada por un árbitro de emergencia. De modo que, si una de las partes, generalmente aquella contra la cual se dictó la medida, se siente afectada por la decisión, tendrá derecho

41 J. JARAMILLO TROYA, “La responsabilidad civil de los árbitros en el Ecuador: hacia la regulación de un ámbito no explorado”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016.

42 J. LEW *et al.* *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.

43 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 308-14-EP/20

de iniciar acciones legales contra la parte que solicitó la medida y no contra el árbitro que, cumpliendo diligentemente su labor, otorgó dicha medida.

Aunque la doctrina, las normas arbitrales y la jurisprudencia constitucional ya han establecido claramente este punto, la inclusión de disposiciones específicas que limiten la responsabilidad del árbitro de emergencia en los reglamentos de las instituciones arbitrales o en las decisiones de los propios árbitros de emergencia resultaría útil para reforzarlo aún más. Al respecto, el Ab. Xavier Amador Pino⁴⁴ compartió con las autoras de esta investigación la siguiente opinión:

Creo que sería recomendable contar con norma expresa que aclare dicha responsabilidad. En términos generales, la doctrina jurídica reconoce que el pedido de medidas cautelares se hace bajo responsabilidad del solicitante. Esto es una consecuencia natural de: i) el hecho de que el árbitro no puede hacer un análisis de fondo respecto del derecho del solicitante, sino un mero análisis superficial que le permita formarse un criterio respecto de la existencia de una apariencia de buen derecho (entre otros elementos); y, ii) la prontitud con la que el árbitro debe resolver el pedido. Sin perjuicio de aquella posición doctrinaria, considero que la inclusión de norma expresa que confirme el referido concepto permitiría a los árbitros de emergencia actuar con más tranquilidad que -evidentemente- no puede tampoco ser sinónimo de ligereza en el análisis y decisión que se adopte.

En definitiva, la incorporación de disposiciones dentro de los reglamentos de las instituciones administradoras del arbitraje que regulen la responsabilidad del árbitro de emergencia sobre la decisión adoptada es necesaria para proporcionar certeza jurídica a los árbitros y a las partes involucradas, así como para fortalecer la efectividad del procedimiento arbitral.

44 Árbitro seleccionado en el primer arbitraje de emergencia administrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil.

5. COMPARATIVA DE NORMAS INSTITUCIONALES EN EL ARBITRAJE LOCAL

A continuación, se lleva a cabo una revisión comparativa de la regulación del arbitraje de emergencia en tres destacadas instituciones arbitrales nacionales: el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana de Quito. Este estudio sintetiza los aspectos más relevantes de la normativa de cada institución y extrae conclusiones significativas, permitiendo identificar las similitudes, diferencias y posibles mejoras en la aplicación de la figura⁴⁵.

De la revisión comparativa de los reglamentos, se destaca lo siguiente:

1. Las instituciones arbitrales conciben al arbitraje de emergencia de una misma manera y, en esencia, exigen al solicitante requisitos muy similares.
2. No existe uniformidad sobre el tiempo y procedimiento de notificación de la solicitud a la contraparte. Es importante destacar que:
 - (i) Las Reglas CAC CCG no establecen una obligación expresa de notificar a la otra parte, por lo que la facultad de conceder medidas *ex parte* podría quedar, en un primer momento, a discreción de la Dirección o, posteriormente, a discreción del árbitro de emergencia. Sobre este particular, consultamos personalmente a la Ab. Lourdes Alvarado Albán⁴⁶, directora de dicho Centro, quien precisó lo siguiente:

Ciertamente, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, no prevé la obligación taxativa de notificar a la contraparte en el arbitraje de emergencia. Sin embargo, en el artículo 64 se otorga a la Dirección del Centro la facultad de regular aspectos que no estén determinados en el Reglamento, en

45 Con el fin de facilitar el estudio, se elaboró una tabla comparativa de la regulación del arbitraje de emergencia en instituciones nacionales, la cual se encuentra al final del artículo como Anexo I.

46 Árbitro y Mediadora del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil.

beneficio de ambas partes y precautelando sus derechos. Bajo esta consideración, en los arbitrajes de emergencia administrados por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, sí se ha procedido con la notificación a la contraparte.

- (ii) Sólo las Reglas CAM CCQ regulan los efectos de la notificación a la contraparte.
3. Todos los reglamentos analizados exigen el pago de aranceles arbitrales junto con la presentación de la solicitud. El costo mínimo del procedimiento oscila entre los USD 3.500,00 a USD 6.000,00, sin perjuicio de una posterior reliquidación según las particularidades de cada caso.
4. En cuanto al tiempo para la designación del árbitro de emergencia, los reglamentos son bastantes similares. Una vez recibida la solicitud, se designará al árbitro de emergencia dentro de un término que oscila entre los dos a tres días. La forma de designación del árbitro varía según el reglamento aplicable.
5. En lo referente al tiempo para emitir la decisión sobre la medida cautelar, los reglamentos analizados conceden al árbitro de emergencia un tiempo de quince días. La contabilización del tiempo será en plazo o término a partir de su aceptación o posesión, según cada reglamento.
6. Las Reglas CAC CCG y AMCHAM impiden al árbitro de emergencia actuar en el procedimiento arbitral que resolverá la controversia, salvo acuerdo en contrario de las partes.
7. Las Reglas CAM CCQ son las únicas en establecer que los árbitros de emergencia no tendrán responsabilidad sobre los daños y perjuicios que puedan ocasionar las medidas cautelares ordenadas.

6. CONCLUSIÓN

El arbitraje de emergencia se presenta como una herramienta atractiva para las partes del proceso. A continuación, compartimos a manera de conclusión lo siguiente:

1. El arbitraje de emergencia es una etapa que tiene lugar de forma previa a la constitución del tribunal arbitral. Su procedimiento es diseñado por las partes en el convenio arbitral y, al tratarse de arbitrajes administrados, por las reglas del centro seleccionado por estas. De igual manera, resultan aplicables las disposiciones contenidas en la LAM, RLAM y, sólo de manera supletoria y de no atentar contra los principios del arbitraje, el Código Orgánico General de Procesos. Ello, sin perjuicio de que el árbitro de emergencia tendrá potestad para “diseñar” la medida cautelar respondiendo a la realidad y particularidades del caso en concreto, una facultad que carece el juez estatal.
2. Dos de los tres centros de arbitraje nacionales revisados en el acápite quinto establecen en sus reglamentos la obligación de notificar a la otra parte sobre la solicitud de medidas cautelares. Consideramos que sería conveniente adoptar un enfoque uniforme en este aspecto, con el objetivo de fortalecer la institucionalidad de los centros, la transparencia del procedimiento y la autonomía del arbitraje. Esto es fundamental, ya que las partes que optan por el arbitraje lo hacen con la intención de desvincularse de procedimientos característicos de la justicia estatal donde, por regla general, las medidas cautelares se conceden *ex parte*.
3. Sólo uno de los reglamentos revisados contempla, expresamente, que la parte que solicita la medida cautelar es la única responsable por los daños y perjuicios que dicha medida ocasionen. A nuestro criterio, y como sugerencia, consideramos necesario que todos los reglamentos institucionales incluyan esta disposición, con el fin de brindar certeza jurídica a los árbitros y a las partes.
4. En el desarrollo de su gestión el árbitro de emergencia debe ser eficiente, ágil para sustanciar el proceso cumpliendo los plazos y términos. Los árbitros de emergencia deberán velar que efectivamente estos tiempos se cumplan e imponer de ser el caso, la obligación a las partes de observar la naturaleza especial expedita de este proceso, y evitar el exceso de argumentación que resulta innecesaria y prolonga el procedimiento.

5. El árbitro de emergencia no debe resolver sobre el fondo de la controversia sino sobre la procedencia de la medida cautelar. No es menos cierto que las particularidades de cada caso pueden generar situaciones complejas que, sin duda, deben ser analizadas con detenimiento y ser despachadas de manera ágil, obligando al árbitro designado a concentrarse de manera casi exclusiva en el despacho del proceso.
6. Hasta la fecha de elaboración de este artículo, el árbitro de emergencia es designado de la lista oficial de árbitros de cada centro. Resulta importante preguntarse si, en la medida que la figura continúe implementándose a nivel nacional, convendría contar con una lista especial de árbitros de emergencia que garantice una designación eficiente y una disponibilidad total en la atención de la causa.
7. Sin perjuicio de la discrecionalidad y flexibilidad que, como hemos señalado, posee el árbitro de emergencia para dictar la medida cautelar solicitada, su deber radica en evaluar si, a su criterio, se cumplen los elementos que él considere pertinentes para la procedencia de dicha medida. Por lo tanto, aunque en la normativa revisada no se especifican requisitos para el otorgamiento de medidas cautelares en sede arbitral, esta omisión no exime al árbitro de su obligación de motivar adecuadamente su decisión.

7. ANEXO I. - TABLA COMPARATIVA DE LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE DE EMERGENCIA EN INSTITUCIONES NACIONALES

	CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN CÁMARA DE COMERCIO GUAYAQUIL (CAC CCG)	CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN CÁMARA DE COMERCIO QUITO (CAM CCQ)	CÁMARA DE COMERCIO ECUATORIANO AMERICANA DE QUITO (AMCHAM)
DEFINICIÓN	La parte que requiera medidas cautelares urgentes, que no puedan esperar hasta la constitución del tribunal arbitral, podrá solicitarlas a un árbitro de emergencia designado por la Dirección del Centro.	Antes de iniciar el arbitraje o antes de la posesión del tribunal arbitral, una parte podrá solicitar el nombramiento de un árbitro de emergencia para conocer y decidir sobre medidas cautelares.	Previo a la conformación del tribunal arbitral, una parte podrá solicitar el nombramiento de un árbitro de emergencia para que resuelva respecto de medidas cautelares y aseguramiento de prueba urgente.
FINALIDAD DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	1. Mantener o restablecer el <i>status quo</i> de una cosa o materia; o impedir la continuación de algún daño actual, o la materialización de un daño inminente; 2. preservar bienes o elementos de prueba relevantes para resolver la controversia por dirimir; 3. garantizar el cumplimiento de las obligaciones materia de un arbitraje; 4. preservar la competencia de un tribunal arbitral.	1. Asegurar el estado de los bienes objeto del litigio; 2. preservar pruebas; 3. garantizar el resultado del laudo o mantener el <i>status quo</i> de la disputa.	1. Asegurar el estado de los bienes objeto del litigio; 2. preservar pruebas; 3. garantizar el resultado del laudo o mantener el <i>status quo</i> de la disputa.

<p>CONTENIDO DE LA SOLICITUD</p>	<p>La solicitud contendrá: convenio arbitral, generales de ley de las partes; fundamentos de hecho que deberán incluir una descripción de la controversia subyacente sometida o que se someterá a arbitraje; indicación de las medidas cautelares; las razones que justifican su solicitud, pruebas y pago de la tasa arbitral.</p>	<p>La solicitud física o electrónica deberá señalar el Centro de Arbitraje ante el cual se presenta la solicitud; los generales de ley de ambas partes; descripción de la controversia; indicación de las medidas cautelares; las razones que justifican la adopción de la medida; referencia del lugar, idioma y derecho aplicable; firma de los abogados patrocinadores; convenio arbitral y pago tasa arbitral. No exige como requisito la presentación de pruebas.</p>	<p>La solicitud contendrá: identificación de las partes; breve descripción de la controversia; indicación de la medida cautelar; justificación y motivación de la urgencia de la medida; convenio arbitral; pago de tasa arbitral; mención al derecho, lugar e idioma aplicable. No exige como requisito la presentación de pruebas.</p>
<p>TÉRMINO PARA COMPLETAR LA SOLICITUD</p>	<p>No se prevé término en específico.</p>	<p>Máximo dos días.</p>	<p>No se prevé término en específico.</p>
<p>CAUSALES PARA NO ADMITIR LA SOLICITUD</p>	<p>1. No se adjunte convenio arbitral; 2. falta de pago de tasas arbitrales; 3. cuando se hubiese presentado ya constituido un tribunal arbitral.</p>	<p>1. Cuando en el convenio arbitral se hubiere pactado arbitraje administrado por otro Centro, o no se hubiera adjuntado el convenio arbitral; 2. falta de pago de tasas arbitrales; 3. ante pacto expreso que excluya el arbitraje de emergencia; 4. cuando se hubiese presentado ya constituido un Tribunal Arbitral, en caso de haberse iniciado un procedimiento arbitral.</p>	<p>Ante la existencia de pacto expreso y previo de las partes excluyendo el arbitraje de emergencia.</p>
<p>NOTIFICACIÓN CON LA SOLICITUD</p>	<p>No se prevé la obligación de notificar a la otra parte.</p>	<p>Se notificará con la solicitud a la otra parte en el término máximo de dos días, en la dirección física y/o electrónica proporcionada.</p>	<p>Se notificará con la solicitud y todos los documentos que la acompañen a la otra parte de manera inmediata.</p>

EFFECTOS DE LA NOTIFICACIÓN A LA CONTRAPARTE	No se prevé efectos de la notificación.	Una vez notificada, las partes se obligan a mantener las cosas en el mismo estado que estuvieron antes de la presentación de la solicitud con relación al objeto materia de las medidas solicitadas.	No se prevé efectos de la notificación.
COSTOS	El costo mínimo será de USD 5.000,00 y máximo USD 10.000,00, según lo determine la Dirección del Centro en la primera orden procesal de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso. La Dirección tendrá la facultad de reliquidar la tasa arbitral.	El costo será de USD 3.500 + IVA. No se prevé facultad de requerir la tasa arbitral.	El costo del procedimiento es de USD 6.000,00 + IVA, por aprobación de Sesión del Directorio del 26 de julio de 2023. La Dirección tendrá la facultad de reliquidar la tasa arbitral.
FORMA Y PLAZO DE DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA	Una vez presentada la solicitud y, de cumplir todos los requisitos, dentro del término de tres días, la Dirección del Centro nombrará al árbitro de emergencia entre la lista oficial de árbitros.	La designación se realizará de acuerdo al convenio arbitral, o, en su defecto mediante sorteo de la lista oficial de árbitros dentro del término de dos días de recibida la solicitud.	El Centro nombrará a un árbitro de emergencia mediante sorteo entre la lista de árbitros dentro de término de dos días, luego de haberse receptado la solicitud.
POSESIÓN DEL ÁRBITRO	El árbitro será notificado con la designación para que acepte o no el cargo dentro del término de dos días. En caso de aceptación, el Centro notificará a las partes sobre tal hecho.	Una vez designado el árbitro, se lo notificará con los documentos del arbitraje, para que en el término de dos días acepte o no el cargo. Bastará que el árbitro de emergencia suscriba una declaración de imparcialidad e independencia para entenderlo como posesionado.	El árbitro será notificado con la solicitud para que acepte o no el cargo dentro del término de dos días.

<p>RECUSACIÓN</p>	<p>Una vez notificada las partes con la aceptación del árbitro de emergencia, estas podrán recusarlo cuando existan dudas sobre su imparcialidad e independencia dentro del término de dos días. La Dirección del Centro correrá traslado al árbitro y a la otra parte para que se pronuncien al respecto dentro del término de dos días. La Dirección resolverá sobre la recusación en el plazo de dos días.</p>	<p>Recibida la notificación de aceptación del árbitro de emergencia, se podrá presentar una solicitud de recusación dentro del término de tres días. La Dirección del Centro notificará al árbitro de emergencia y a las partes para que se pronuncien en el término de dos días; transcurrido dicho tiempo, la recusación se resolverá en un término máximo de dos días.</p>	<p>La recusación deberá ser presentada dentro de los tres días de recibida la notificación de aceptación, declaración de imparcialidad e independencia presentada por el árbitro. Se notificará al árbitro de emergencia y a las partes con la recusación para que se pronuncien en el término de dos días; transcurrido dicho término, la Dirección resolverá la recusación en el plazo de dos días.</p>
<p>PROCEDIMIENTO DE EMERGENCIA</p>	<p>El procedimiento se desarrollará de acuerdo a las consideraciones que estime el árbitro de emergencia, garantizando que cada parte tenga oportunidad de presentar argumentos. Se incluye la potestad del árbitro de determinar si es necesaria o no la intervención de las partes en audiencia.</p>	<p>La conducción del procedimiento se llevará a cabo de acuerdo a lo que estime conveniente el árbitro de emergencia, garantizando que cada parte tenga oportunidad de presentar sus argumentos. Se establecerá un calendario y reglas procesales dentro del término de dos días de que el árbitro haya sido notificado con el expediente. El árbitro podrá fijar una audiencia (facultativo).</p>	<p>El árbitro de emergencia podrá conducir el procedimiento de la forma en que más considere conveniente tomando en consideración la urgencia de la medida y observando el principio de igualdad; además de velar que cada parte tenga oportunidad razonable de presentar sus argumentos.</p>
<p>TIEMPO PARA DECIDIR</p>	<p>El árbitro de emergencia deberá tomar una decisión dentro del plazo de quince días posteriores a su posesión. El plazo podrá ampliarse por acuerdo de las partes o decisión del Centro a pedido del árbitro de emergencia.</p>	<p>El árbitro de emergencia deberá tomar una decisión sobre la medida cautelar dentro de los siguientes quince días término, a partir de la aceptación de su cargo.</p>	<p>El árbitro de emergencia deberá emitir su decisión respecto de la medida cautelar dentro de los quince días contados a partir de la posesión del árbitro.</p>

<p>CONTENIDO DE LA DECISIÓN</p>	<p>Contendrá: un pronunciamiento motivado sobre su competencia para conocer sobre las medidas cautelares, así como un pronunciamiento sobre su procedencia. Además, el árbitro podrá establecer la constitución de garantías u otras condiciones para el otorgamiento de la medida</p>	<p>Contendrá: nombres de las partes, antecedentes, admisibilidad y jurisdicción, análisis del cumplimiento de los requisitos para la admisibilidad de medidas cautelares (aparición del buen derecho, peligro en la demora, consecuencias que pueden derivarse de su adopción o desestimación), fecha y lugar de emisión y firmas del árbitro de emergencia y secretario. En caso de aceptación de la medida, se podrán establecer condiciones para el otorgamiento de esta, incluyendo garantías.</p>	<p>Contendrá: la decisión respecto a la solicitud de la medida y si el árbitro de emergencia es, a <i>priori</i>, competente para conocer de las medidas solicitadas. Se podrá, además, establecer condiciones para el otorgamiento de la medida, incluyendo garantías.</p>
<p>NATURALEZA Y EFECTOS DE LA DECISIÓN</p>	<p>La decisión del árbitro de emergencia tendrá los efectos de una orden procesal. En caso de otorgarse la medida, el tribunal arbitral que conozca sobre el fondo de la controversia podrá revocarla, suspenderla o modificarla, también podrá hacerlo el mismo árbitro de emergencia. Para el cumplimiento de la decisión podrá recurrirse al auxilio de la fuerza pública o autoridades administrativas</p>	<p>El tribunal arbitral podrá modificar, suspender o revocar la decisión del árbitro de emergencia. No se especifica si la decisión tendrá los efectos de una orden procesal, pero dicho efecto se infiere al otorgar al tribunal arbitral la facultad de revocar o modificar la medida. La decisión del árbitro de emergencia es vinculante y el incumplimiento de la medida faculta al tribunal arbitral a decidir sobre las consecuencias que esto acarrea.</p>	<p>La decisión emitida por el árbitro de emergencia no tendrá efectos vinculantes para el tribunal arbitral, por lo tanto, se podrá ratificar, modificar o revocar cualquier decisión tomada por el árbitro de emergencia. La decisión del árbitro de emergencia será vinculante para las partes.</p>
<p>RESPONSABILIDAD DEL ÁRBITRO SOBRE LA DECISIÓN</p>	<p>No se especifica a quién se le atribuye la responsabilidad sobre los daños y perjuicios de la medida (de otorgarse).</p>	<p>La parte que solicite una medida cautelar es la única responsable de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a cualquier parte.</p>	<p>No se especifica a quién se le atribuye la responsabilidad sobre los daños y perjuicios de la medida (de otorgarse).</p>

<p>DEMANDA DE FONDO</p>	<p>Deberá presentarse dentro del plazo de 30 días siguientes a la expedición de las medidas cautelares y su notificación, conforme al artículo 25 del Reglamento de Arbitraje y Resolución de Consejo Asesor del 11 de enero de 2023. Caso contrario, operará caducidad de la medida.</p>	<p>Deberá presentarse dentro de los 15 días siguientes de haberse notificado la decisión del árbitro de emergencia.</p>	<p>Deberá presentarse dentro de los 15 días siguientes de haberse presentado la solicitud de árbitro de emergencia. La demanda de fondo deberá presentarse indistintamente de si el árbitro de emergencia ha emitido o no su decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares.</p>
<p>INHABILIDAD DEL ÁRBITRO DE EMERGENCIA EN EL ARBITRAJE DE FONDO</p>	<p>Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro de emergencia no podrá actuar en el arbitraje posterior relacionado con la controversia.</p>	<p>No existe estipulación específica que impida la intervención del árbitro de emergencia en el arbitraje posterior.</p>	<p>Salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro de emergencia no podrá actuar en el arbitraje posterior relacionado con la controversia.</p>

Elaboración propia.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BORN, G. *International Commercial Arbitration*, (3), Kluwer Law International (2021).
- CAIVANO, R. *Arbitraje: Su eficiencia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Ed. AD-HOC, 1993.
- CAIVANO, R. “El deber de confidencialidad de los árbitros en el arbitraje comercial desde un enfoque comparativo”. *Lima Arbitration*, N.º 4, 2011.
- CAMPORA, F. y TUPPER, M. *30 años de Desarrollo Institucional del Arbitraje y de la Mediación*, Capítulo VIII, Responsabilidad de los árbitros, 2022.
- CÁRDENAS MEJÍA, J. “El árbitro de emergencia”. *Revista ALARB Asociación Latinoamericana de Arbitraje*. Vol. 3, 2024
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 308-14-EP/20, 19/08/2020.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. *Arbitraje*. Ed. Porrúa México, 2014
- ESCUADERO ÁLVAREZ, H. *et al.* “El arbitraje de emergencia: ¿Una figura aplicable en el sistema arbitral ecuatoriano?” *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 9, 2017.
- FERNÁNDEZ MASIÁ, E. “La irrupción del árbitro de emergencia en el arbitraje comercial internacional”. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9 (1), 2017.
- García Armas y otros c. República Bolivariana de Venezuela, Caso CPA No. 2016-08, Orden Procesal No. 9, 20/06/2018.
- GOLDSTEIN, M. “A Glance into History for the Emergency Arbitrator”. *Fordham International Law Journal*. Vol 40 (3), 2017
- HANESSIAN, G. y DOSMAN, A. “Songs of Innocence and Experience: Ten Years of Emergency Arbitration”. *American Review of International Arbitration (ARIA)*, Vol. 27, 2016.
- ICC Arbitration and ADR Commission Report on Emergency Arbitrator Proceedings (2019).
- Informe sobre Arbitraje de Emergencia. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago Programa Reformas a la Justicia UC, <www.camsantiago.cl>
- J. JARAMILLO TROYA, “La responsabilidad civil de los árbitros en el Ecuador: hacia la regulación de un ámbito no explorado”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016.
- R. JIJÓN LETORT, “La Independencia e Imparcialidad de los Árbitros”. *Iuris Dictio*, Vol. 7(11), 2007.

- A. LARREA, “La regulación por los árbitros del proceso arbitral”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 13, 2022.
- J. LEW *et al.* *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003.
- Ley de Arbitraje y Mediación (1997).
- Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Documento de las Naciones Unidas (1985).
- J. MEYTHALER, J. Y M. RUALES, “¿Quereís revolución? Hacedla primero en vuestras almas (o en vuestros reglamentos). Anotaciones sobre posibles reformas reglamentarias al sistema arbitral ecuatoriano”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 9, 2017.
- D, PARAGUACUTO-MAHÉO Y C. LÉCUYER-THIEFFRY, “Emergency Arbitrator: A New Player In The Field - The French Perspective”. *Fordham International Law Journal*. Vol 40 (3), 2017.
- Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (2021).
- Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2010).
- Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil (2022).
- Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (2010).
- Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Brasil-Canadá.
- Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro Internacional de Resolución de Disputas (2006).
- Reglamento de Arbitraje Local para el Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación AMCHAM Quito (2022).
- Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje de Venezuela (2020)
- Reglamento de Funcionamiento del Centro De Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (2023).
- Reglamento Procesal de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (2023)
- Reglamento y Estatuto de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (2017)
- J. RIVERA, “Medidas precautorias en los procedimientos arbitrales (con especial referencia al Derecho Argentino)”. *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 3, 2006.
- Summary of Changes for the International Dispute Resolution Procedures.

Revista
Ecuatoriana de
Arbitraje

4. Reseña

Reseña del libro “The Technological Competence of Arbitrators: A Comparative and International Legal Study”

BOOK REVIEW “THE TECHNOLOGICAL COMPETENCE OF ARBITRATORS: A COMPARATIVE AND INTERNATIONAL LEGAL STUDY”

*Fabiola Alexandra Villarroel Cuencas**
*Franklin Javier Peñafiel Carrillo***

Recibido/Received: 27/08/2024

Aceptado/Accepted: 02/02/2025

SUMARIO: 1. Introducción. 1.1 Biografía de la autora. 1.2. Contexto ecuatoriano. 1.3. Relevancia de la obra. 2. Principales temas tratados en el Libro. 2.1. La tecnología mejora la productividad jurídica, la eficiencia y minimiza los errores. 2.2. La tecnología proporciona un servicio al cliente mejor y más justo. 2.3. Amenazas y daños derivados del uso de la tecnología en el arbitraje. 2.4. Árbitros y competencia tecnológica. 2.5. Ciberseguridad en el arbitraje. 3. Análisis y crítica. 3.1. Postura de la autora del libro. 3.2. Postura de los autores de la reseña. 4. A manera de conclusión.

RESUMEN: La obra *The Technological Competence of Arbitrators* de Katia Fach analiza la importancia actual de la competencia tecnológica en el arbitraje. Destaca sus beneficios en términos de eficiencia y servicio, pero también subraya los riesgos éticos y de ciberseguridad. Tanto Fach como los autores de esta reseña concuerdan en la necesidad de marcos regulatorios internacionales que integren y regulen las tecnologías, asegurando procesos arbitrales efectivos, éticos y adaptados a un entorno digital.

PALABRAS CLAVE: *Arbitraje, Tecnología, Competencia Tecnológica, Regulación.*

* Estudiante de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Correo electrónico: f.alexandra1@hotmail.com

** Egresado de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador. Correo electrónico: franklin_penafiel_carrillo@hotmail.com

ABSTRACT: The book “The Technological Competence of Arbitrators” by Katia Fach examines the importance of technological competence in contemporary arbitration. It highlights its benefits in terms of efficiency and service, but also emphasizes the ethical risks and cybersecurity concerns. Both Fach and the authors of this review agree on the need for international regulatory frameworks that integrate and regulate technologies, ensuring effective, ethical arbitration proceedings suited to a digital environment.

KEYWORDS: *Arbitration, Technology, Technological Competence, Regulation.*

1. INTRODUCCIÓN

1.1. BIOGRAFÍA DE LA AUTORA

Katia Fach (“**Autora**”) es una destacada académica y profesional en el campo del Derecho Internacional. Obtuvo su doctorado *cum laude* en Derecho en la Universidad de Zaragoza, y cuenta con una maestría con especialización en arbitraje internacional, métodos alternativos de solución de disputas y comercio internacional por la Universidad de Fordham, en Nueva York¹.

Es profesora titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Zaragoza, España, en la que ha trabajado desde 1999². Asimismo, ha participado como ponente en eventos de numerosas universidades europeas y latinoamericanas³.

En el ámbito del arbitraje, Katia Fach se ha destacado como árbitro, además de haber participado como experta en litigios comerciales internacionales. Igualmente, ha contribuido significativamente a la literatura jurídica, con la publicación de numerosos libros y textos académicos, entre los que destaca *The Technological Competence of Arbitrators* (“**Libro**”)⁴.

1 Centro Español De Mediación, *Katia Fach*, <<https://cemediacion.es/en/mediators/katia-fach>> (11/11/2024).

2 Universidad a Distancia de Madrid, *Katia Fach Gómez*, <<https://www.udima.es/es/profesor/katia-fach-gomez.html>> (11/11/2024).

3 Centro Español de Mediación, *Katia Fach*, <<https://cemediacion.es/en/mediators/katia-fach>> (11/11/2024).

4 Centro Español de Mediación, *Katia Fach*, <<https://cemediacion.es/en/mediators/katia-fach>> (11/11/2024).

1.2. CONTEXTO ECUATORIANO

El arbitraje en Ecuador ha evolucionado desde un enfoque tradicional y conservador hacia una mayor adopción de tecnologías modernas. Antes de la pandemia de COVID-19, la mayoría de los procedimientos arbitrales se realizaban de forma presencial, pero en los últimos años se ha observado un cambio progresivo hacia una era digital. Aunque las audiencias virtuales ya existían antes de la pandemia, fue durante y después de esta crisis sanitaria cuando se produjo un incremento exponencial en la implementación de este sistema.

Paralelamente, comenzaron a ganar popularidad términos como *legaltech* y *e-justice*, que promovían la integración de las tecnologías de la información y las comunicaciones (“TIC”) en la administración de justicia⁵. En el ámbito académico, sistemas extranjeros como el español se presentaban como referentes debido al avanzado uso de herramientas como la automatización de procesos, el *big data*, la inteligencia artificial y el *e-discovery*. Estas tecnologías habrían sido particularmente útiles no solo para el arbitraje, sino también para mejorar el sistema de justicia ordinaria en Ecuador. Sin embargo, en la práctica ecuatoriana, los avances tecnológicos se limitaron principalmente a la implementación de audiencias virtuales y expedientes digitales.

Varios autores como Katherine Becerra⁶, Mercedes Illera⁷ o Gina Prado⁸, sostienen que existe una clara necesidad de reformar la manera en la que se enseña el derecho. En la academia, se ha promovido la idea de utilizar inteligencias artificiales (“IA”) como asistentes de abogados y jueces, e incluso se ha llegado a plantear la posibilidad de que estas tecnologías asuman el rol de jueces en el futuro. En este sentido, obras como la que se comenta en este artículo cobran particular relevancia en la realidad ecuatoriana, pues contribuyen a la discusión de aspectos trascendentales para la práctica actual y futura del derecho y, por consiguiente, del arbitraje.

5 M. SACOTO, *et al.*, “E-justicia en Ecuador: inclusión de las TIC en la administración de justicia”, *FORO: Revista de Derecho*, No. 36, 2021, p. 93.

6 K. BECERRA, “El uso de los entornos personales de aprendizaje (PLE) en los cursos de introducción al derecho”, *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, Vol. 4, No. 1, 2017, p. 233 - 234.

7 M. ILLERA, “Relación de la teoría y la práctica en la enseñanza del derecho”, *Revista Espacios*, Vol. 38, No. 45, 2017, p 3 - 4.

8 G. PRADO, “La moral y la ética: piedra angular en la enseñanza del derecho”, *Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, Vol. 32, No. 13, 2016, p. 387.

1.3. RELEVANCIA DE LA OBRA

El libro *The Technological Competence of Arbitrators* de Katia Fach es un estudio comparativo y legal que se centra en la importancia de la competencia tecnológica de los árbitros en el contexto actual de la resolución de conflictos.

Este libro destaca cómo la tecnología ha transformado la práctica legal y la resolución de conflictos. La pandemia de COVID-19 marcó un punto de inflexión que aceleró la adopción de tecnologías, como las audiencias virtuales y otros medios digitales, subrayando la necesidad de que los árbitros sean competentes tecnológicamente.

Con el contexto expuesto, los temas que el libro aborda son de gran interés, por ejemplo, la innovación en el arbitraje, la productividad y eficiencia tecnológica, la ciberseguridad, y la humanización o deshumanización del sistema arbitral. Estos aspectos resultan cruciales para entender la evolución y las necesidades actuales del arbitraje en un mundo cada vez más digitalizado.

Del análisis del libro, se extraen cinco preguntas fundamentales que guían esta reseña:

- (i) ¿Qué es la competencia tecnológica en el mundo del arbitraje actual?
- (ii) ¿Por qué es relevante la competencia tecnológica en el arbitraje desde un punto de vista legal y financiero?
- (iii) ¿Quién tiene que ser tecnológicamente competente en el arbitraje?
- (iv) ¿Dónde está regulada la competencia tecnológica de los árbitros?
- (v) ¿Cuándo necesitan ser tecnológicamente competentes los árbitros?

A través de estas preguntas, se realiza un análisis exhaustivo y profundo sobre la competencia tecnológica en el arbitraje, abordando no solo los beneficios, sino también los desafíos y riesgos que implica.

2. PRINCIPALES TEMAS TRATADOS EN EL LIBRO

2.1. LA TECNOLOGÍA MEJORA LA PRODUCTIVIDAD JURÍDICA, LA EFICIENCIA Y MINIMIZA LOS ERRORES

El uso de las nuevas tecnologías ha mejorado mucho la productividad en el trabajo. Los avances tecnológicos han ido reemplazando el trabajo manual, como pasó en la Revolución Industrial. El libro expone cómo la tecnología puede usarse para tareas administrativas, lo que hace que la información se gestione más rápido y mejor. Así, los abogados y árbitros pueden dedicar más tiempo a pensar y analizar los casos, en vez de emplear su tiempo en el “papeleo”⁹.

La tecnología también ayuda a que el trabajo legal sea más eficiente. Diversos estudios han comparado la inteligencia artificial con los humanos en la revisión de documentos. Los resultados obtenidos demuestran que la IA es más rápida y precisa. El libro hace referencia a un estudio del 2018, en el cual se expuso que una plataforma de IA, en 26 segundos, identificó riesgos en contratos con una precisión del 94%, mientras que abogados experimentados, en 92 minutos, solo alcanzaron el 85%¹⁰.

Otro beneficio es que la tecnología facilita el servicio al cliente. Ahora, con las herramientas digitales, los clientes pueden acceder a la información legal más fácilmente. Incluso hay *chatbots* que pueden responder preguntas legales básicas, lo que hace que la justicia sea más accesible para todos.

Sin embargo, se evidencian varios riesgos. La IA puede tener sesgos o cometer errores si no está bien programada y esto podría afectar la imparcialidad de un proceso. También existe el riesgo de que la información confidencial sea robada o se filtre. Ante ello, es importante que los árbitros sepan cómo funciona la tecnología y cómo usarla de forma segura y responsable.

9 K. FACH, *The Technological Competence of Arbitrators*, Springer Nature Switzerland AG, 2023, p. 39.

10 K. FACH, N.9, p. 40.

2.2. LA TECNOLOGÍA PROPORCIONA UN SERVICIO AL CLIENTE MEJOR Y MÁS JUSTO

En un mundo en constante cambio, donde las inteligencias artificiales y las nuevas tecnologías dominan el mercado global, se requiere una continua evolución y adaptación. Esto no resulta indistinto al ejercicio judicial, pues “quienes se adaptan sobreviven”. En este contexto, abogados y árbitros deben incorporar el uso de nuevas tecnologías en su práctica diaria. Estas herramientas, como se ha mencionado, mejoran significativamente la eficiencia y la productividad, además de ofrecer un mejor servicio al cliente. Entre los beneficios destacan un aumento en la transparencia, una mayor accesibilidad a la información -abogado cliente- e incluso la posibilidad de brindar asesoría legal ininterrumpida mediante *chatbots* y asistentes virtuales.

Fach argumenta que las herramientas digitales pueden ayudar a cerrar la brecha de acceso a la justicia, especialmente para aquellos que viven en zonas rurales o que tienen dificultades para acceder a servicios legales tradicionales¹¹.

2.3. AMENAZAS Y DAÑOS DERIVADOS DEL USO DE LA TECNOLOGÍA EN EL ARBITRAJE

Como es lógico, el uso de nuevas tecnologías e IA en el arbitraje también tiene sus riesgos. El libro advierte sobre posibles problemas en la recopilación y análisis de la información, así como en la seguridad de los sistemas informáticos¹².

Uno de los mayores riesgos es el sesgo en la IA pues, si no está bien programada, puede interpretar la información de forma incorrecta o incompleta, lo que podría afectar la imparcialidad del proceso. Imaginemos una IA que solo ha sido entrenada con casos de un tipo específico de banco. Si se le presenta un caso que involucra a una cooperativa, podría no ser capaz de analizarlo correctamente debido a su sesgo. O, por ejemplo, si un sistema de IA se utiliza para analizar grandes cantidades de documentos en un caso de arbitraje, y entre esos documentos se encuentran ensayos que exponen a grupos sociales como violentos, podría dar como resultado que su análisis tenga connotaciones negativas sobre ese grupo social, lo que podría conducir a una decisión injusta.

11 K. FACH, N.9, p. 31.

12 K. FACH, N.9, p. 36.

Otro riesgo es la falta de transparencia. Si no sabemos cómo funciona la IA o cómo llega a sus conclusiones, puede ser difícil confiar en sus resultados. Esto es especialmente importante en el arbitraje, donde la confianza en el proceso es fundamental. Por ejemplo, si una IA se utiliza para analizar las pruebas de un caso, y no se puede entender cómo ha llegado a sus conclusiones, sería difícil para el tribunal incorporar este análisis en la decisión final; además, en caso de hacerlo, sería difícil para las partes aceptar dicha decisión.

Adicionalmente, siempre existe el riesgo de ciberataques. Los hackers pueden intentar robar información confidencial o ‘secuestrar’ todo el expediente de un caso de alta trascendencia a cambio de un rescate (*ransomware*). Por eso, es importante que los árbitros tomen medidas para proteger la información, como usar contraseñas seguras, implementar sistemas de ciberseguridad y cifrar las comunicaciones.

Fach argumenta que es importante ser conscientes de estos riesgos y tomar medidas para mitigarlos. Los árbitros deben estar capacitados en el uso de la tecnología y deben asegurarse de que se están utilizando las herramientas adecuadas de forma responsable¹³.

2.4. ÁRBITROS Y COMPETENCIA TECNOLÓGICA

En el libro de Katia Fach señala que la falta de regulación sobre la competencia tecnológica de los árbitros es un problema¹⁴. Aunque muchos árbitros ya usan herramientas digitales, no hay leyes que los obliguen a tener conocimientos en áreas como *e-discovery*, *big data* o ciberseguridad. Esto puede ser un problema ya que la falta de habilidades tecnológicas podría afectar la eficiencia y la transparencia del arbitraje.

Fach argumenta que los árbitros deberían tener la obligación de mantenerse actualizados sobre los avances tecnológicos relevantes para su trabajo¹⁵. Esto podría incluir habilidades más sencillas como la adecuada capacidad de usar plataformas de videoconferencia, hasta asuntos de software de gestión de documentos y herramientas de análisis de datos.

13 K. FACH, N.9, p. 38

14 K. FACH, N.9, p. 85-86.

15 K. FACH, N.9, p. 79.

Si bien los textos procesales y éticos actuales otorgan amplios poderes a los árbitros, omiten referencias explícitas a la competencia tecnológica. Por ello, se sugiere que los organismos internacionales como la CNUDMI creen normas o guías que establezcan estándares de competencia tecnológica. Esto ayudaría a asegurar que todos los árbitros tengan las habilidades necesarias para llevar a cabo arbitrajes de forma justa y eficiente en un mundo cada vez más digital.

2.5. CIBERSEGURIDAD EN EL ARBITRAJE

Previo a comenzar con el desarrollo de este apartado, es necesario comprender qué es la ciberseguridad. Este término se define como “la habilidad de proteger o defender el uso del ciberespacio de ciberataques, con el fin de evitar el acceso, uso, alteración, modificación, extracción o destrucción no autorizada de la información almacenada electrónicamente”¹⁶.

Como se ha visto, el arbitraje cada día migra hacia un mundo digitalizado. Es por esta razón que tanto los centros de arbitraje como los árbitros deben ser conscientes sobre los riesgos cibernéticos, con el fin de garantizar estándares de seguridad necesarios para salvaguardar la confianza en el sistema arbitral.

No obstante, mantener un buen nivel de ciberseguridad no es tan sencillo como podría parecer. Solo desde el punto de vista económico, implica invertir en *software*, *hardware*, en la infraestructura tecnológica y en la capacitación del personal que la maneje. Los centros de arbitraje están invirtiendo recursos para tener un servicio más seguro, pero esto puede aumentar los costos del proceso arbitral.

Es importante agregar que la ciberseguridad va más allá de la tecnología. También se trata de educar a las personas y crear una cultura de seguridad. Por ejemplo, se deben implementar políticas de contraseñas seguras, hacer copias de seguridad de la información y tener cuidado con los correos electrónicos o enlaces sospechosos. También es importante contar con un plan de emergencia en caso de ataque cibernético, para poder actuar rápido y minimizar los daños.

16 TELMEX, *¿Qué es la Ciberseguridad?*, <<https://resources.scitum.com.mx/wp-content/uploads/2018/02/WP-QUE-ES-LA-CIBERSEGURIDAD-resources.pdf>> (11/11/2024), p.9.

3. ANÁLISIS Y CRÍTICA

3.1. POSTURA DE LA AUTORA

Para Fach, el futuro del arbitraje se enmarca en la necesidad imperativa de que los árbitros adquieran competencia tecnológica para garantizar nuevos estándares de calidad y seguridad. A su vez, está consciente de la importancia de la integración de nuevas tecnologías, aun cuando estas presentan desafíos como la necesidad de inversión económica o la regulación ética y jurídica¹⁷.

Queda en evidencia que la competencia tecnológica debería ser considerada parte integral de la práctica arbitral. Ante esto, se plantean ciertas recomendaciones para los centros de arbitraje y los mismos árbitros, como es la formación continua y la colaboración con expertos en tecnología.

3.2. POSTURA DE LOS AUTORES

Sin duda, la competencia tecnológica es fundamental para los procesos arbitrales contemporáneos. Como se ha evidenciado, tanto la academia como la práctica arbitral han demostrado que es necesario dar un paso adelante en la adopción de avances tecnológicos para garantizar que el arbitraje mantenga su relevancia y eficacia en un mundo cada vez más tecnológicamente conectado.

A lo largo de la historia, el arbitraje ha demostrado ser un mecanismo esencial para la resolución de conflictos, consolidándose como el estándar internacional para solucionar controversias comerciales y de inversión. Por esta razón, debe ser capaz de adaptarse a las exigencias de un entorno en constante cambio. La tecnología es una herramienta que hace del arbitraje un proceso más eficiente y seguro.

17 K. FACH, N.9, p. 1-3.

4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

La tecnología ha revolucionado el arbitraje, facilitando procesos como la gestión documental, las audiencias virtuales y el análisis de datos mediante inteligencia artificial. Estas herramientas han demostrado mejorar la productividad y minimizar errores. Dado que integrar nuevas tecnologías puede plantear nuevos riesgos y desafíos, es importante subrayar la necesidad de invertir en infraestructura tecnológica y capacitación.

Tanto la Autora del Libro como los autores de la reseña concluyen que es sumamente importante comprender que la competencia tecnológica forma parte de la esencia misma de la ética y la práctica profesional de los árbitros, abogados y jueces. Sin lugar a duda el libro es un llamado a la acción para que el arbitraje evolucione junto con los avances tecnológicos, esto consolida su relevancia en un mundo cada vez más impulsado por la tecnología.

Es importante rescatar las respuestas a las preguntas contenidas en la introducción de la presente reseña:

¿Qué es la competencia tecnológica en el mundo del arbitraje actual?

La competencia tecnológica en el arbitraje actual implica que los árbitros tengan la capacidad de comprender y utilizar las tecnologías digitales.

¿Por qué es relevante la competencia tecnológica en el arbitraje desde un punto de vista legal y financiero?

La tecnología puede ayudar a agilizar los procedimientos, reducir los costos y mejorar la precisión en la toma de decisiones.

¿Quién tiene que ser tecnológicamente competente en el arbitraje?

Idealmente, todos los actores involucrados en el proceso arbitral deberían tener un nivel adecuado de competencia tecnológica. Sin embargo, es especialmente importante para los árbitros, ya que ellos tienen la responsabilidad de dirigir el proceso y garantizar su eficiencia e integridad.

¿Dónde está regulada la competencia tecnológica de los árbitros?

Actualmente, no existe una regulación específica y obligatoria. No obstante, está implícita en el deber general de diligencia y competencia que se espera de los árbitros. Además, algunas instituciones arbitrales han incluido referencias a la tecnología en sus reglamentos, donde se destaca la importancia de su uso.

¿Cuándo necesitan ser tecnológicamente competentes los árbitros?

Los árbitros necesitan ser tecnológicamente competentes en todas las etapas del proceso arbitral. Esto incluye desde la etapa de selección y nombramiento, hasta la etapa de deliberación y redacción del laudo.

5. BIBLIOGRAFÍA

- Centro Español de Mediación, *Katia Fach*, <<https://cemediacion.es/en/mediators/katia-fach>> (11/11/2024).
- G, PRADO. “La moral y la ética: piedra angular en la enseñanza del derecho”, *Revista de Ciencias Humanas y Sociales*, Vol. 13, 2016.
- K, FACH. *The Technological Competence of Arbitrators*, Springer Nature Switzerland AG, 2023.
- K. BECERRA. “El uso de los entornos personales de aprendizaje (PLE) en los cursos de introducción al derecho”, *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, Vol. 4, No. 1, 2017.
- M, ILLERA. “Relación de la teoría y la práctica en la enseñanza del derecho”, *Revista Espacios*, Vol. 38, No. 45, 2017.
- M, SACOTO, *et al.* “E-justicia en Ecuador: inclusión de las TIC en la administración de justicia”, *FORO: Revista de Derecho*, Vol. 36, 2021.
- TELMEX, ¿*Qué es la Ciberseguridad?*, <<https://resources.scitum.com.mx/wp-content/uploads/2018/02/WP-QUE-ES-LA-CIBERSEGURIDAD-resources.pdf>> (11/11/24).
- Universidad A Distancia de Madrid, *Katia Fach Gómez*, <<https://www.udima.es/es/profesor/katia-fach-gomez.html>> (11/11/2024).

Con el auspicio de:



PBP Pérez
Bustamante
& Ponce

**Coronel
& Pérez**

 **ROBALINO**

 **GALLEGOS VALAREZO & NEIRA**
global

CABEZAS WRAY & ALBÁN
ABOGADOS

**CORRAL
ROSALÉS**

R&Co.
RODRÍGUEZ AND COMPANY

DURINI & GUERRERO
ABOGADOS

F
FALCONI PUIG
ABOGADOS

 **LEXVALOR**
ABOGADOS

**ECIJA
GPA**

