

UNIVERSIDAD ANDINA “SIMÓN BOLÍVAR”

Sede Ecuador

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA

Mención: **DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO**

“EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL:

una perspectiva latinoamericana y ecuatoriana”

Dr. Hugo Sánchez Mena

2005

Al presentar esta tesis como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la universidad.

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

Hugo Ernesto Sánchez Mena

Quito, octubre 31 del 2005

UNIVERSIDAD ANDINA “SIMÓN BOLÍVAR”

Sede Ecuador

ÁREA DE DERECHO

PROGRAMA DE MAESTRÍA

Mención: **DERECHO INTERNACIONAL ECONÓMICO**

“EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL:

una perspectiva latinoamericana y ecuatoriana”

Hugo Sánchez Mena

Tutor: Dr. Gustavo Jalkh Rôbens

Quito, 2005

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	05
CAPÍTULO PRIMERO	
DESARROLLO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL	
1. Gérmenes y evolución del Arbitraje interno e internacional	07
Breve fundamentación histórica y contemporánea	07
1.2. El Arbitraje y la Nueva Lex Mercatoria	12
1.3. Procesos de integración, solución de controversias y arbitraje	14
1.3.1. Sistema de solución de controversias en la OMC	15
1.3.2. Solución de controversias en la Unión Europea	16
1.3.3. Solución de controversias en la Comunidad Andina	17
1.3.4. Solución de controversias en el MERCOSUR	18
1.3.5. Solución de controversias en el NAFTA	19
1.4. Sistematización de los tratados de arbitraje regionales	19
1.4.1. Primeras convenciones en Sudamérica	20
1.4.2. Primeras convenciones en Europa	20
1.4.3. Convenciones auspiciadas por la ONU	20
1.4.4. Codificación auspiciada por el BIRF	21
1.4.5. Codificaciones auspiciadas por la OEA	21
1.5. Legislación arbitral latinoamericana	21
2. Proyección internacional del arbitraje comercial	24
2.1. El arbitraje en las relaciones económicas internacionales	24
2.2. Orden público y arbitrabilidad	28
3. Perspectivas del Arbitraje en el Ecuador	31
3.1. Antecedentes normativos y de experiencia arbitral	31
3.2. Normas de arbitraje en el marco jurídico ecuatoriano	34
3.3. Particularidades del Arbitraje en el LAM	34
3.4. ¿Cuándo un arbitraje es internacional?	36
CAPÍTULO SEGUNDO	
ESPECIFICIDADES DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL INTERNACIONAL	
1. El Convenio Arbitral: autonomía y efectos jurídicos	42
Elementos básicos del Convenio Arbitral	43
1.1.1. Capacidad	43
1.1.2. Consentimiento	44
1.1.3. Objeto lícito del convenio arbitral	46
Autonomía del Convenio Arbitral	48
Efectos jurídicos del Acuerdo Arbitral	50
1.3.1. Efecto Positivo	50
1.3.2. Efecto Negativo	52
1.3.3. Cláusulas patológicas	53
1.3.4. Renuncia al Acuerdo Arbitral	55
2. Procedimiento e instituciones arbitrales internacionales	57
¿Cuándo inicia propiamente el proceso arbitral?	57
2.1.1. Nombramiento de los árbitros	58
2.1.2. Reglas de procedimiento	58
2.1.3. Arbitraje múltiple	60
Etapa Cognitiva	60
2.2.1. La demanda	60
2.2.2. Contestación a la demanda	61
2.2.3. Demandas adicionales y reconventionales	62
2.2.4. Plazos para la interposición	62
2.2.5. Falta de contestación a la demanda	62
2.2.6. El Acta de Misión	63
2.2.7. Determinación de la sede	63

2.2.8. Representación de las partes	64
2.2.9. Comunicaciones y notificaciones.	65
2.2.10. El idioma	66
2.2.11. Desarrollo de las audiencias	66
2.2.12. Los testigos	67
2.2.13. Expertos y peritos	67
2.2.14. Medidas cautelares	68
2.2.15. La prueba	68
Etapa decisoria: el laudo arbitral	69
El procedimiento arbitral en el escenario comercial internacional	72
2.4.1. Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional	72
2.4.2. Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional – París CCI	75
2.4.3. Corte Internacional de Arbitraje de Londres – LCIA	78
2.4.4. American Arbitration Association – AAA	78
2.4.5. Centro Internacional para la Resolución de Disputas de Contratos Inversión	79
2.4.6. Arbitraje Europeo	81
3. Expectativas del arbitraje internacional en Latinoamérica y Ecuador	81
Implicaciones del exequátur	82
3.1.1. La sentencia extranjera debe ser definitiva	83
3.1.2. La sentencia extranjera debe provenir de tribunal competente	83
3.1.3. Garantía de defensa en juicio	83
3.1.4. Orden Público	84
3.1.5. Inmunidad de jurisdicción	84
3.1.6. Inmunidad de jurisdicción de las Organizaciones internacionales	85
3.1.7. Inmunidad de ejecución	85
El procedimiento de exequátur en las convenciones de Nueva York, Panamá y MERCOSUR	86
Experiencias Latinoamericana en materia de arbitraje internacional	88
Experiencias legislativas y jurisprudenciales	88
Experiencias de arbitraje internacional en la región	90
Caso argentino	91
Caso ecuatoriano	92
Conclusiones	93
Bibliografía	97
Anexos	
01. Normas de Arbitraje en el marco jurídico ecuatoriano	
02. Fallos de Casación	
03. Principales instituciones internacionales de arbitraje	
04. Abreviaturas más utilizadas en el comercio internacional	
05. Casos “Aguas del Aconquija “ SA, Argentina	
06. Caso Occidental: Arbitraje internacional e IVA petrolero – Ecuador	
07. Controversia limítrofe Ecuador-Perú (pretensiones arbitrales)	

ABSTRACT

La presente tesis tiene como objetivo identificar y analizar las bondades y dificultades del *arbitraje comercial internacional* en momentos en los que el Ecuador requiere de medios de solución de conflictos que sean aceptados por la comunidad de negocios internacionales. La dolarización exige normas jurídicas claras y mecanismos de solución de controversias que brinden seguridad jurídica a los comerciantes e inversionistas. Dentro de este escenario, el arbitraje, por las consideraciones contenidas en este trabajo, se presenta como el mecanismo de resolución de disputas internacionales más idóneo con el que contamos hoy en día.

Destacamos que en Latinoamérica y en el Ecuador el arbitraje internacional permanece aún inexplorado, tanto en la doctrina como en la praxis. ¿El motivo? Parece ser por la negativa que históricamente Latinoamérica ha guardado ante la institución arbitral, reflejada en algunos casos en una incongruente legislación nacional; y, desconfianza injustificada de las cortes judiciales. Pero, hoy por hoy, el contexto latinoamericano ha cambiado significativamente. Observamos que la práctica del arbitraje nacional e internacional se va aplicándolo de manera notable, registrando un incremento en los casos que involucran a partes latinoamericanas. Por ejemplo, en el año 2002 cerca del 11% de los casos administrados por la CCI tienen relación con partes latinoamericanas, en contraste con el 3% registrado en 1993.¹

Esta tesis se formula en base a una estructura de 2 capítulos: El capítulo primero trata sobre el desarrollo del arbitraje internacional desde sus orígenes, se hace una breve fundamentación histórica, se puntualiza el arbitraje y la nueva *lex Mercatoria*, los procesos de integración, una rápida sistematización de los tratados regionales de arbitraje, se analizan las relaciones económicas internacionales, el orden público y la arbitrabilidad, concluyendo con una visión de la perspectiva arbitral en el Ecuador. En el capítulo segundo analizamos las especificidades del proceso arbitral internacional, examinando la autonomía y los efectos jurídicos del convenio arbitral, su procedimiento e instituciones o centros de arbitraje internacionales, culminando con un análisis de las actuales expectativas del arbitraje internacional en Latinoamérica y el Ecuador. Constan 7 anexos que complementan lo aseverado.

¹ . www.iccaarbitration.org

INTRODUCCIÓN

El Arbitraje es hoy en día, uno de los métodos alternativos para la solución de controversias más utilizado por los actores del comercio internacional². Sin embargo, en general en los países latinoamericanos, aún este método apenas empieza a emplearse, por lo que todavía es largo el camino que queda por recorrer para lograr su amplia difusión y su completa aceptación, como ya sucede en otros países del primer mundo.³ El arbitraje comercial internacional es considerado un método moderno, flexible, rápido y especializado para solucionar los desacuerdos en el ámbito comercial.

La pregunta central entorno a la cual se desarrolla la tesis es: ¿Cuáles son las perspectivas del Arbitraje Internacional en los escenarios comerciales latinoamericano y ecuatoriano?

Nos planteamos dos objetivos básicos:

1. Identificar y analizar el origen, desarrollo y aplicación del arbitraje en el contexto internacional, en Latinoamérica y Ecuador.
2. Examinar comparativamente las especificidades del procedimiento arbitral en las instituciones de arbitraje internacional.

Tratadistas ecuatorianos y latinoamericanos nutren sustancialmente la doctrina arbitral interna e internacional del presente trabajo: Ernesto Salcedo, Lenin Navarro (ecuatorianos), Julio Benneti, Marco Monroy, Ana Botero y Raúl Correa (colombianos), Oswaldo Marzoratti, Roque Caivano, Carlos Esplugues (argentinos), Jorge Silva (mexicano), Rubén Santos (uruguayo), Patricio Aylwin (chileno), entre otros, son el sustento doctrinal básico de la presente tesis.⁴

En los países latinoamericanos el arbitraje aún se lo mira con cierta desconfianza. Por tanto, esta tesis pretende contribuir al impulso que el escenario latinoamericano y en particular el ecuatoriano requieren, mediante la utilización oportuna de este método eficaz para la solución de controversias en el campo de los negocios internacionales.

² . SANTOS Rubén, Arbitraje Comercial internacional, pág. xi.

³ . En los países de la UE, por ejemplo.

⁴ . A más de las fuentes y referencias bibliográficas que constan al final de la tesis.

La importante participación de empresarios ecuatorianos en mercados extranjeros y la cada vez más habitual cooperación con empresarios de otros países familiarizan al comerciante nacional y a sus asesores jurídicos en un procedimiento de solución de conflictos idóneo, denominado ARBITRAJE, que implica una tendencia más adaptada al mundo de los negocios.

La presente investigación tiene como fuentes básicas las Normas Jurídicas referentes al arbitraje comercial internacional y la Ley ecuatoriana de Arbitraje y Mediación. Se analizan un número importante de Tratados, Protocolos y Convenciones, tanto a nivel mundial, regional como subregional. El desarrollo de la nueva *lex mercatoria*, a través de los usos y prácticas comerciales de los fallos arbitrales y de la aceptación de ciertos principios generales, van conformando un entramado jurídico el cual adquiere cada vez mayor incidencia sobre el derecho positivo de los Estados.

La tesis consta de 2 partes o capítulos. El capítulo primero trata sobre el desarrollo del arbitraje internacional desde sus orígenes, se hace una breve fundamentación histórica, se puntualiza la relación arbitraje y nueva *lex Mercatoria*, los procesos de integración, una rápida sistematización de los tratados regionales de arbitraje, se analizan las relaciones económicas internacionales, el orden público y la arbitrabilidad, concluyendo con una visión de la perspectiva arbitral en el Ecuador. En la segunda parte o capítulo segundo analizamos las especificidades del proceso arbitral internacional, examinando la autonomía y los efectos jurídicos del convenio arbitral, su procedimiento e instituciones o centros de arbitraje internacionales, culminando con un análisis de las actuales expectativas del arbitraje internacional en Latinoamérica y el Ecuador. Contiene también 7 anexos que complementan lo aseverado: Normas sobre Arbitraje en el marco jurídico ecuatoriano; Fallos de casación; Principales instituciones internacionales de Arbitraje; Abreviaturas más utilizadas en el comercio internacional; Caso argentino “Aguas del Aconquija SA”; Caso Occidental: Arbitraje internacional e IVA petrolero – Ecuador; y, Caso Problema limítrofe Ecuador-Perú.

1. GÉRMINES Y EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE INTERNO E INTERNACIONAL

Empecemos aseverando con Marzorati⁵ que el Arbitraje es una institución antigua, el punto histórico más importante afirma, es el Digesto de Justiniano, entre otras características ya posee, la obligatoriedad del laudo arbitral. Es decir, el arbitraje ha existido siempre; ¿será porque los seres humanos han estado siempre en conflicto?; y, muchas veces han elegido voluntariamente a un tercero para que les “ayuden” a dirimir de manera imparcial sus desavenencias. Dentro de este orden de ideas, varios autores sostienen que el arbitraje es virtualmente anterior a la justicia ordinaria.⁶

1.1. BREVE FUNDAMENTACIÓN HISTÓRICA y CONTEMPORÁNEA

Los pleitos en los orígenes de la sociedad humana se remediaban a mano propia; dominaba el precepto de la venganza privada, “ojo por ojo, diente por diente”, la ley de Talión. Al pasar el tiempo, poco a poco se empieza a renunciar al “*derecho de decidir las disputas con mano propia*” y se las somete, para su resolución a terceras personas, que se elegía de entre las “más importantes” del grupo humano.

*“Demóstenes en Atenas, de acuerdo con el historiador Solón, muchos años antes de Cristo, ya expidió leyes sobre arbitraje en las que concedía al laudo un carácter definitivo, es decir, no apelable. Los historiadores Tucídides y Plutarco afirman que se sometían al arbitraje de una ciudad neutral, aquellos asuntos de importancia que surgían entre las ciudades-estados”.*⁷

Con el desarrollo paulatino del derecho y la organización del Estado, parecería que el arbitraje logra un modo casi necesario, concordando con el surgimiento de la jurisdicción estatal.

A decir de Salcedo⁸, en Roma, el arbitraje fue un medio privilegiado de establecer el derecho. En realidad, la justicia romana tiene siempre una fuerte base consensual; el pleito es un problema que atañe fundamentalmente a las partes; por consiguiente, debe ser resuelto privadamente. Uno de los aportes más importantes del Derecho Romano a la civilización fue

⁵ . MARZORATI Oswaldo, *Derecho de los negocios internacionales*, Tomo 2, 3ra. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003, pág. 335 y siguientes.

⁶ . BELLÓN Gómez, *"Apuntes de procedimientos judiciales y práctica forense"*, Madrid, 1941, pág. 302. Citado por José Roca Martínez, *"Arbitraje e Instituciones Arbitrales"* ob. cit. pág. 18. En Salcedo Ernesto, *Arbitraje Justicia Alternativa*, p.21.

⁷ . SALCEDO Ernesto, *Arbitraje Justicia Alternativa*, Efecto Grafico, Guayaquil, 2001 p. 23.

⁸ . Ibidem.

haber instituido la función de administrar justicia en una persona diferente a la del gobernante.⁹

Los primeros cristianos para evitar la Justicia romana, sometían sus controversias a sus propios obispos. La generalización de esta práctica da origen a los tribunales eclesiásticos, que fueron reconocidos oficialmente en tiempos de Constantino.

En la Edad Media la justicia tiene un marcado carácter arbitral:

*“Los burgueses, artesanos y comerciantes buscan justicia en sus gremios y corporaciones, en los grandes señores o en el rey o sus delegados. Los “señores” se hacen justicia por sí mismos o someten sus litigios a otros de ellos y al rey en calidad de árbitro. A medida que los poderes reales se robustecen, tiende el arbitraje a ser sometido al propio rey o a practicarse con su autorización, y aun a ser substituido por la justicia pública. En los siglos XIII y XIV subsiste al lado de las jurisdicciones estatales, ya en pleno desarrollo, como una práctica enteramente privada y de uso muy frecuente.”*¹⁰.

La burguesía encuentra en el arbitraje la forma de resolución ideal para dirimir con seguridad y rapidez, especialmente sus conflictos comerciales entre gremios y corporaciones. Aunque, el “laudo” o sentencia arbitral no podía ejecutarse por sí mismo, sino que se obtiene su ejecución a través de una cláusula penal. A fines de la Edad Media comienza a practicarse el procedimiento de la homologación ante el juez, quien provee a la sentencia arbitral de la fórmula de ejecución.¹¹

Posteriormente en Francia, antes de la Revolución, encontramos el Edicto de Francisco II, agosto de 1560, confirmado por la ordenanza de Moulins, que imponía el arbitraje forzoso en las diferencias entre mercaderes, las demandas de partición entre parientes próximos y las cuentas de tutela y administración. En esos casos se preveía que debían ser resueltas sumariamente, por tres o más personas, elegidas por las partes, o en caso de no hacerlo, elegidas por el juez.¹²

Entre los varios principios de la Revolución se reconoce al Arbitraje como el medio más razonable de terminar los litigios entre los ciudadanos.¹³ La Convención Nacional reafirma estos

⁹ . Según Cerón Coral (cita en Salcedo, p. 25) se dieron en Roma siete clases de árbitros:

1. Arbiter compromissarius: escogido por los interesados. Las partes le señalaban la pena a imponer.
2. Arbiter juratus: escogido por los interesados; pero el árbitro señalaba la pena y debía acatarse obligatoriamente.
3. Arbiter ex nudo pacto: escogido por los interesados, quienes tenían libertad para acoger o rechazar el fallo.
4. Arbiter sententia: escogido por el pretor, él hacía las tasaciones y las cuentas.
5. Arbiter in causis bonae fidei: escogido por el pretor, juzgaba las acciones “bonae fidei”.
6. Arbiter in contractibus: escogido por los interesados, dirimía errores y corregía los contratos.
7. Judex pedaneus: escogido por el pretor.

¹⁰ . AYLWIN Azócar Patricio, op. cit., pág. 71, en Salcedo, op. cit. p. 25.

¹¹ Así, en esta época ya se consolida el aspecto jurisdiccional del arbitraje, distinguiendo entre “avenidores” que resuelven en derecho, y “arbitradores” que actúan como amigables componedores. Salcedo, p. 26.

¹² . FELDSTEIN Sara y LEONARDI Hebe, *El arbitraje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pág. 41, en Salcedo p. 26.

¹³ . Lo eleva a principio constitucional según el cual "el derecho de los ciudadanos para terminar definitivamente sus litigios por la vía de arbitraje, no puede sufrir restricción alguna por actos del poder legislativo"

principios. En Francia se registró el primer caso de Juntas de Conciliación, llamadas Colegios de Árbitros, hacia el año 1806, formadas por hombres de gran rectitud que aconsejaban a las partes para resolver sus conflictos. Posteriormente, estas entidades se organizaron con la intervención de un Delegado del Emperador que las presidía, dándose la intervención estatal. La Ley del 27 de diciembre de 1892 contempla un proceso de conciliación y arbitraje voluntario para resolver los conflictos colectivos de trabajo.¹⁴

El arbitraje en la época actual¹⁵, es una institución que se presenta como un mecanismo de reacción contra las deficiencias e ineficacias de la administración de Justicia del Estado, no con el propósito de convertirse en auxiliar de la Función Judicial, sino para sustituir al Poder Judicial en los campos y actividades, donde definitivamente el sistema formal y estatal no funciona. El arbitraje readquiera actualmente importancia sobre todo en el mundo de los negocios internacionales; ahí donde no hay un Estado que centralice la función jurisdiccional, es posible que las partes retomen el camino de una administración consensual de justicia. En las legislaciones modernas, el arbitraje está sujeto a determinadas limitaciones del poder público. Este puede prohibir, ignorar, ordenar o condicionar el arbitraje. El problema medular reside en las diferentes doctrinas en cuanto a las facultades jurisdiccionales del árbitro. Se destacan las razones por las cuales se recurre al arbitraje: la búsqueda de la rapidez y economía en la solución de un litigio, la aplicación del derecho establecido por el Estado que ha investido a los árbitros de la potestad de administrar justicia, mediante laudos.

Así mismo, el desarrollo de la *nueva Lex mercatoria*, es decir, de un conjunto de normas aplicables exclusivamente a los comerciantes, ha reforzado la vigencia del sistema arbitral internacional. Se dice que los comerciantes han preferido sus costumbres propias y un sistema jurídico que reconozca sus normas consuetudinarias. Es más, el arbitraje ha devenido en

¹⁴ . CERÓN Coral Jaime, op. cit., pág. 23, en Salcedo, p. 26.

¹⁵ . SALCEDO Ernesto, *Arbitraje Justicia Alternativa*, Efecto Grafico, Guayaquil, 2001, pág. 26-27.

obligatorio, a partir del reconocimiento de la *lex mercatoria* en las Convenciones o Tratados Internacionales.¹⁶

Aunque, según varios autores, Latinoamérica tradicionalmente no han simpatizado mucho con el arbitraje; en general los abogados de la región aún lo rechazan o tienen recelo de su eficacia, alentando suspicacias sobre las ventajas y privilegios que podría reportar sobretudo a los estados o particulares extranjeros, por presiones internacionales, estatales o de empresas transnacionales.¹⁷

Así mismo, la determinación de la ley aplicable a la arbitrabilidad en una cuestión determinada, en el derecho internacional es bastante discutida en la doctrina internacional.¹⁸

Sin embargo, sí existe una importante corriente de juristas y expertos en el tema, que son favorables a incorporar el SISTEMA ARBITRAL en las prácticas de solución de controversias en el Ecuador y en Latinoamérica, no de otro modo han sido suscritas entre otras, la Convención sobre reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros de Nueva York, 1958, ratificada por el Ecuador y varios países a nivel mundial; la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial de Panamá de 1975 y la Convención Interamericana sobre Validez Extraterritorial de Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo (1979); entre otros.¹⁹

A nivel sudamericano, dignos de resaltar son el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, Buenos Aires, 23/7/98, así como el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial entre el MERCOSUR, Bolivia y Chile. Protocolo de Brasilia para la solución de controversias (1901), en 1998 se aprueba su reglamento, Ouro Preto, 1994, así como el mecanismo de consultas.²⁰

A continuación exponemos las principales dudas que el arbitraje ha despertado en la doctrina.

¹⁶ . ZAMORA Sánchez, Pedro, "El árbitrate comercial internacional en México", Artículo publicado en el libro "El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español", pág. 430. Citado por Salcedo, op. cit. pág. 27.

¹⁷ . PIAGGI Ana, *Evolución reciente del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001, pág. 82.

¹⁸ . HANOTIAU Bernard, *What law governs the issue of arbitrability*, "Arbitraje Internacional", Vol. 12, n° 4, pág. 391. Citado en Marzorati, op. cit. pág. 336.

¹⁹ . Más adelante explicaremos en detalle cada uno de los Convenios sobre arbitraje que han sido suscritos por el Ecuador y los demás países americanos.

²⁰ . En febrero del 2002 los presidentes y ministros del Mercosur firmaron el Protocolo de Olivos, aún no ratificado, pero que establece un Tribunal Permanente de Revisión, para garantizar la correcta interpretación de las normas del MERCOSUR de una manera consistente y sistemática, permitiendo a los Estados parte recurrir al Mercosur o a la OMC.

El sentido común nos sugiere que, cuando se presenta un conflicto de intereses debemos resolverlos acudiendo a una tercera persona imparcial, llamado “Juez”; es decir, recurrir a la Jurisdicción del Estado parecería ser el único camino. Sin embargo, en la práctica no siempre es así, ya que un sinnúmero de conflictos escapan y se resuelven al margen de la Función Judicial.

En efecto, por ejemplo los conflictos mercantiles, y más específicamente de comercio internacional, se evita que sea dirimidos ante la justicia estatal, prefiriendo un proceso arbitral privado; donde las partes no sólo escogen el juzgador, sino también los procedimientos aplicables y hasta el modo cómo debe ejecutarse la decisión, el laudo o sentencia arbitral.

La práctica de someter las diferencias y controversias a jueces arbitrales tiene orígenes muy antiguos, existen cuerpos de legislación antiquísimos que ya se refieren al arbitraje. Especialmente, los pueblos “civilizados” que se dedicaban al comercio, lo practicaban. Esta facultad o derecho de las partes, consideramos, no está en el tapete de la discusión; son variadas las motivaciones que legitiman el derecho de renunciar a la jurisdicción estatal; y, más bien, someterse voluntariamente a un PROCEDIMIENTO ARBITRAL, privado.

“El principal fundamento del arbitraje radica en la facultad que tienen las partes de someter sus diferendos a una persona que inspire confianza. Esta facultad de renunciar a derechos subjetivos privados, admisible dentro de ciertos límites, es el principal fundamento del arbitraje, así como el deseo de obtener resultados más rápidos y menos onerosos que en otros procedimientos.”²¹

Las opiniones son heterogéneas, en cuanto a la ventaja o no de recurrir a un proceso arbitral. Para unos el arbitraje presenta innegables ventajas respecto del proceso jurídico público. Briseño SIERRA sostiene que el arbitraje tiene ventajas como la oralidad, la intermediación y la secuencia lógica de las actuaciones. En el arbitraje se ha conservado con fidelidad la audiencia para la exposición verbal libre y sin formulismos anticuados.

Otros autores, no lo descalifican, pero le encuentran objeciones. Cremades por ejemplo, sostiene que *“el arbitraje no es ninguna panacea y que tiene su talón de Aquiles”*. Afirma que es simplemente una técnica que se utiliza para resolver conflictos, que adolece de muchos defectos, pero que está generalmente aceptado, aunque con dificultad en Latinoamérica.²²

²¹ . MARZORATI Oswaldo, op. cit., pág. 339.

²² . CREMADES, op. cit., págs. 5 y 6. En Marzorati, p. 339. Por la especificidad del tema de Tesis, no lo profundizamos.

Santos²³ a pesar de considerarlo eficaz, asevera que adolece de inconvenientes, alguno de ellos de carácter congénito: *El árbitro está facultado para juzgar. Pero no está habilitado para ejecutar lo juzgado*. Tiene la capacidad de JURISDICTIO, de decir el derecho, pero carece del IMPERIUM, del poder ejercer mecanismos de coacción y de ordenar directamente el uso de la fuerza pública. Este recurso sigue siendo un monopolio del Estado, afirma.

En la práctica arbitral, estas carencias pueden causar perjuicios sustanciales si no son tenidos en cuenta al momento de pactarlo. Pese a todo, el desarrollo del arbitraje comercial internacional como método de solución de controversias está ganando poco a poco muchas adhesiones tanto a nivel nacional como internacional; es más, existen varias clases de arbitraje.

1.2. EL ARBITRAJE Y LA NUEVA LEX MERCATORIA

En unos casos, la insuficiencia de las fuentes jurídicas internas y en otros, la necesidad de una reglamentación internacional, son elementos consustanciales del Derecho del Comercio Internacional, que hacen necesario recurrir a la Lex Mercatoria:

*Hoy día se observa el incremento de las fuentes internacionales, tanto desde la perspectiva de los tratados, como de la costumbre internacional. Esta segunda dimensión se opera tanto en el ámbito de la UNCITRAL, como de la Cámara de Comercio Internacional de París”.*²⁴

En la actualidad se habla de una NUEVA LEX MERCATORIA, un ordenamiento jurídico que, pese a los profundos cambios experimentados en la estructura de la sociedad internacional desde la Edad Media hasta nuestros días, posee ciertos elementos comunes con el Derecho Mercantil. En esta línea cabe destacar dos de sus fuentes, una sociológica y otra jurídica, como nos explica Fernández Rozas:

En términos sociológicos, el nuevo Derecho del comercio internacional ha surgido en la práctica de los comerciantes pertenecientes a distintos Estados, con diferentes sistemas políticos, económicos y sociales, así como con distintos niveles de desarrollo; de manera que han participado y participan las empresas de los países de economía de mercado, como las empresas de comercio exterior de estados, que aún mantienen un sistema de economía planificada.

²³. SANTOS BELANDRO Rubén, *Seis Lecciones sobre el arbitraje privado interno e internacional*, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2002, pág. 24.

²⁴. FERNÁNDEZ ROZAS José, *Rasgos característicos del Comercio internacional*, s/md, pág. 5

En términos jurídicos, el derecho común de los comerciantes de la Edad Media se basaba fundamentalmente en la práctica y usos universalmente aceptados por el vínculo jurídico entre los participantes en el comercio internacional. La *lex mercatoria* se caracteriza porque sus fuentes son de carácter internacional. “Legislación internacional”, constituida por un amplio número de tratados internacionales, que pretende crear un "Derecho uniforme del Comercio Internacional" que incluye materias como: compraventa mercantil internacional, pagos internacionales, transporte, derechos de propiedad Intelectual e industrial, entre otros. Existe una práctica de los comerciantes generadora de "normas comunes". Pero luego, son los Estados, por el cauce de un tratado internacional, quienes las recogen y formulan, incorporándolas a su orden jurídico interno.

Las fuentes de la nueva *lex mercatoria* están integradas por lo que genéricamente se califica de "usos y costumbres del comercio internacional", comprenden entre otros los **INCOTERMS**²⁵ adoptados por la Cámara de Comercio Internacional de París.

*“La lex mercatoria está aún muy lejos de completar su ciclo histórico hasta el total retorno a la posición universalista del medioevo, necesitando de su plasmación en fuentes de origen, eso sí, preferentemente internacional. Su aplicación práctica, sobre todo en el arreglo de controversias a través del arbitraje, está poniendo de relieve una cierta crisis de la noción, como se puso de manifiesto en la redacción en el seno de la UNCITRAL de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en junio de 1985.”*²⁶

El desarrollo del arbitraje en los negocios internacionales requiere de la aplicación oportuna de usos, terminologías –INCONTERMS- y costumbres instituidos por la práctica comercial internacional; sustituyendo inclusive las leyes nacionales, no prevalecen las leyes de Ecuador o de Colombia, de Argentina o de los Estados Unidos, para las relaciones contractuales mercantiles; se aplican normas y principios aceptados y reconocidos por los comerciantes internacionales.

Tengamos en cuenta inclusive que, este conjunto de normas y principios tiene su origen 300 años antes Cristo en las leyes marítimas de Rodas. El comercio marítimo ya exigía entonces regulaciones de aceptación general, a las que se les daría el nombre de "Lex Mercatoria". En la actualidad, existe un regreso necesario a los orígenes de ese “IUS MERCATORUM” a través del cual, los agentes económicos, imponiendo sus propias normas, autónomas y de aceptación general,

²⁵ . INCOTERM, Términos del Comercio Internacional Uniformes, elaborados por la CCI de París en 1936 con varias versiones, la última en el año 2000.

²⁶ . FERNÁNDEZ ROZAS, op. cit., pág. 9.

buscan fórmulas más adecuadas a la realidad de las transacciones mercantiles modernas, con el propósito de resolver sus controversias sin aplicar las leyes de sus propios Estados. Esos agentes económicos, con tales reglas propias, han creado de esta manera, a nivel internacional, lo que se conoce como la “*nueva lex mercatoria*”²⁷.

La “*nueva lex mercatoria*” funciona como un ordenamiento autónomo; es una creación conciente de los propios comerciantes que tienen interés en que las ofertas y demandas comerciales internacionales fluyan ágilmente, procurando evitar situaciones conflictivas con las legislaciones nacionales.²⁸

*“Esto ha Dado como consecuencia un importante desarrollo de una jurisdicción transnacional o “anacional” que encuentra en el ARBITRAJE su instrumento más idóneo, ya que los árbitros aplican cada vez con más énfasis los usos y costumbres creados por la comunidad de comercio internacional que garantizan una mayor efectividad y aseguramiento de los laudos arbitrales.”*²⁹

Fruto de estos esfuerzos es el fortalecimiento del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, tanto en la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral, como en la organización, procedimiento y designación de la ley aplicable al fondo del asunto. De esta manera resulta evidente, la íntima conexión entre el ARBITRAJE como método preferente para la solución de conflictos internacionales; y, la “*LEX MERCATORIA*” como ordenamiento adecuado a las necesidades de los negocios mercantiles en estos días.³⁰

Por tanto, desde el punto de vista de sus defensores, la *lex mercatoria* constituye: “*Un orden jurídico distinto y desprendido de los ordenamientos nacional e internacional y cuyo contenido está conformado por principios específicamente diseñados para y por los operadores del comercio internacional*”.³¹

1.3. PROCESOS DE INTEGRACIÓN, SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS Y ARBITRAJE

Actualmente a nivel mundial existen muchos procesos de integración económica, conformados por países que anhelan elaborar bloques comerciales de mayor amplitud, a fin de poder intervenir con mayor poder en el mercado internacional. En este acápite trataremos sólo los

²⁷ . SALCEDO Ernesto, op. cit. pág. 181.

²⁸ . Contribuyen significativamente los Convenios Internacionales y de los Tratados multilaterales suscritos sobre el arbitraje, como fuentes de Derecho Internacional aplicables a la institución arbitral.

²⁹ . Idem, p. 182.

³⁰ . Ibidem.

³¹ . FELDESTEIN DE CÁRDENAS Sara, *Contratos internacionales*, pág. 168.

más conocidos y cercanos al Ecuador, ojalá los más importantes; aquéllos que tienen de alguna manera mayor relación con nuestra política económica y comercial.

- 1.Sistema de solución de controversias en la OMC
- 2.Sistema de solución de controversias en la Unión Europea
- 3.Sistema de solución de controversias en la Comunidad Andina
- 4.Sistema de solución de controversias en el MERCOSUR
- 5.Sistema de solución de controversias en el NAFTA

1.3.1. SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA OMC³²

En la OMC la solución de controversias es administrada por una institución especial denominada *Órgano de Solución de Diferencias – OSD*. No es un tribunal o centro de Arbitraje. Este régimen está contenido en el **Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias**, que figura como Anexo 2 del Acta Final en que se incorporan los resultados de dichas negociaciones, y que fue suscrita en Marrakech el 15 de abril de 1994. El sistema de solución de controversias de la OMC está integrado por diversas etapas, las mismas que se deben cumplir dentro de unos plazos que deben observarse obligatoriamente. Estas etapas son:³³

1. Consultas: Las consultas se dan cuando se presentan medidas que contravienen cualquier acuerdo celebrado entre los Estados Miembros de la OMC, es decir, cuando surge alguna controversia.³⁴

2. Buenos oficios, conciliación y mediación: El Entendimiento también proporciona alternativas al procedimiento formal. Estas alternativas para que los Estados Miembros de la OMC puedan resolver sus controversias antes de establecer un panel, consiste en acudir a terceros países no involucrados en la diferencia, para que éstos ofrezcan sus buenos oficios, conciliación o mediación, incluso se establece que el Director General de la OMC pueda ofrecer esos servicios

³² . OMC: Organización Mundial del Comercio.

³³ . ZELADA Castedo, Alberto, Solución de Controversias en el Derecho Internacional Económico y en el Derecho de la Integración Económica Regional, Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre, 1996, p.11.

³⁴ . El Estado Miembro demandante deberá informar al OSD sobre el inicio y el estado de las consultas. La información es por escrito, exponiendo las razones de las consultas, el fundamento legal de las mismas y la identificación de las medidas en cuestión. Las consultas deberán ser confidenciales y los acuerdos a que se arriben no deberán perjudicar los derechos de los Estados Miembros.

en un esfuerzo para que los Estados Miembros zanjen sus diferencias. Al igual que con las consultas, se establece un término, en este caso de 60 días, para que las partes encuentren una solución, dicho plazo puede ser ampliado por acuerdo de las partes.

3. Establecimiento de un panel: El establecimiento del panel, es una de las bondades introducidas por la Ronda Uruguay. Con el sistema derogado la constitución de un grupo especial podía postergarse y retrasarse. El Entendimiento le confiere el derecho al Estado Miembro afectado a obtener la constitución de un panel que solucione la controversia surgida.³⁵

El informe final decide si la controversia es consecuencia de una medida contraria a los objetivos o normas de la OMC. Si se determina que se han conculcado los objetivos o normas de la OMC, se dispondrán acciones conducentes a reparar el daño y a eliminar la medida causante del mismo.³⁶

Si alguna de las partes apela el informe final, éste será elevado al Órgano de Apelación, el mismo que está integrado por siete personas, las que se limitarán a analizar la manera en que se interpretaron las normas de la OMC por parte del panel.

Las conclusiones ya sean del panel o del Órgano de Apelación se publican, luego el OSD se encarga de vigilar su aplicación. La parte afectada podrá solicitar autorización al OSD para aplicar medidas de represalia en contra de la otra parte, cuando no se ha eliminado la medida que provocó la controversia o cuando no se considera satisfecha luego de la compensación a su favor.³⁷

1.3.2. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA UNIÓN EUROPEA³⁸

En el Tratado de Maastricht, que entró a regir en 1993, no hay un tratamiento sistemático del arbitraje, como anota José Díez Clavero:

"... sino referencias aisladas al mismo, como medio por el que optan las instituciones comunitarios, a los Estados miembros en el marco de éstas (normalmente, el Consejo de las Comunidades Europeas),

³⁵ El número de integrantes del panel es de tres, pero las partes pueden solicitar que sean cinco. La nominación y selección de los miembros debe realizarse rápidamente, el Secretario dispondrá de una nómina de personas que cubran las cualidades, las partes finalmente seleccionan a los integrantes.

³⁶ . Una vez recibido el informe por la OSD, éste lo aplicará 60 días después de su circulación entre los Estados Miembros de la OMC -al menos que alguna parte apele o la OSD decida por unanimidad de sus miembros no aplicarlo-, y recomendará que la parte demandada modifique su conducta y la armonice con las normas y objetivos de la OMC.

³⁷ Las medidas de retorsión son de tres tipos: represalia paralela, represalia en sectores cruzados y represalia en acuerdos cruzados. La parte afectada puede recurrir al arbitraje en tomo a las medidas de retorsión si es que considera que éstas no obedecen la normativa de la OMC.

³⁸ . Actualmente en la UE son 25 países miembros; y, en espera varios otros.

en casos concretos, de cara a la resolución o conocimiento de determinadas materias o diferencias, mediante el establecimiento de instituciones arbitrales especializadas”³⁹

El artículo 7° (4) del Tratado de Maastricht prevé la constitución de un órgano de arbitraje en el período transitorio del mercado común, a petición de un Estado miembro, para controlar el cumplimiento de los objetivos que en cada etapa de integración deben alcanzar los Estados miembros. En el artículo 18 de este tratado se establece un comité de arbitraje que conocerá de la concesión de licencias de EURATOM, esto es, la comunidad relativa a los asuntos de energía atómica. Los recursos que se interpongan contra las decisiones de este comité de arbitraje serán de competencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. En los tratados constitutivos se señala que el mismo tribunal conocerá de las controversias originadas en contratos de derecho público o de derecho privado celebrados por las comunidades, en los que se haya pactado compromiso.

En suma, en el derecho comunitario europeo hay referencias aisladas sobre el arbitraje, se echa de menos un tratamiento sistemático e integral de la materia. Con todo, allí donde se pactare un acuerdo arbitral con fundamento en una de las anteriores normas comunitarias, habrá que entender que el laudo gozaría en principio de las mismas notas que se predicen de lo sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.⁴⁰

1.3.3. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA COMUNIDAD ANDINA⁴¹

La Comisión de la Comunidad Andina aprueba mediante la Decisión 472 de septiembre de 1999, la Codificación del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; y el Consejo de Ministros de Relaciones Exteriores de la CAN, mediante la Decisión 500 de junio del 2000, aprobó el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el cual entra en vigencia el 28 de julio de 2001. El Tribunal tiene por sede la ciudad de Quito; está integrado por cinco magistrados, ciudadanos nacionales de cada uno de los Países Miembros de la CAN. El Tribunal que interpreta y aplica el ordenamiento comunitario andino, actúa como instancia única y sus sentencias tienen fuerza obligatoria, autoridad de cosa juzgada, y se aplican directamente en la CAN sin necesidad de homologación o exequátur, al día siguiente de su notificación.

³⁹ . DÍEZ CLAVERO José (1995), *"El arbitraje en el Tratado de Maastricht y el Nuevo Acuerdo General de Comercio"*. En: *"El arbitraje en los conflictos económicos internacionales"*. Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, p. 11.

⁴⁰ . BOTERO Ana y CORREA Raúl, op. cit. pág. 159.

⁴¹ . La Comunidad Andina está integrado por Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela.

El sistema se aplica en el territorio de los Países Miembros; ellos tienen capacidad para accionar ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, empleando los distintos mecanismos procesales regulados en su Tratado y Estatuto, los Países Miembros, los órganos o instituciones que forman parte del Sistema Andino de Integración (SAI) y bajo determinadas condiciones los particulares, sean éstos personas naturales o jurídicas. Los mecanismos de solución de controversias de acceso al Tribunal Andino de Justicia son: la acción de nulidad, la acción de incumplimiento, la interpretación prejudicial, el recurso por omisión, la jurisdicción laboral y el ARBITRAJE.⁴²

El Tribunal Andino de Justicia es competente para dirimir mediante arbitraje las controversias que se susciten por la aplicación o interpretación de contratos, convenios o acuerdos, suscritos entre órganos e instituciones del SAI o entre éstos y terceros, cuando las partes así lo acuerden.

Resulta “sui generis” que un órgano jurisdiccional de la naturaleza del Tribunal Andino posea competencias privatistas y consensuales como son las arbitrales. Aunque sus autoridades han abordado con seriedad el tema, dicha competencia aún no ha sido reglamentada.⁴³

1.3.4. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL MERCADO COMÚN DEL SUR - MERCOSUR⁴⁴

El sistema de solución de controversias en el MERCOSUR, está regulado en el Protocolo de Brasilia suscrito el 17 de diciembre de 1991. El Protocolo de Brasilia tuvo como antecedente el Acuerdo de Libre Comercio entre Canadá, México y Estados Unidos, el NAFTA⁴⁵.

El Grupo del Mercado Común - GMC y la Secretaría Administrativa del MERCOSUR - SAM, son los órganos administradores del sistema. Intervienen nombrando árbitros o grupos de expertos, cuando surgen controversias entre Estados Partes o cuando se interponen reclamos por particulares.

⁴² . ZELADA Alberto, op. cit. p. 18.

⁴³ . Tangarife recuerda que en la II Jornada de Reflexión sobre Arbitraje en la Comunidad Andina, los asistentes llegaron a algunas conclusiones, con el fin de establecer el arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias en la Comunidad Andina. TANGARIFE, Marcel, *Derecho de integración en la Comunidad Andina*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2002, págs. 311-312.

⁴⁴ . El MERCOSUR a diferencia de la CAN, no ha creado órganos supranacionales a los que los Estados Miembros les hayan cedido competencias ya sean jurisdiccionales o de otra índole.

⁴⁵ . NAFTA, es el acrónimo en inglés del North American Free Trade Agreement, en español es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

Controversias entre Estados: Cuando surgen controversias entre Estados, se dispone que los Estados Partes procurarán resolverlas mediante negociaciones directas. Los Estados en conflicto deberán comunicar al GMC, a través de la SAM, sobre las negociaciones efectuadas para buscar la solución. Las negociaciones directas no podrán exceder de 15 días, salvo que las partes acuerden una prórroga. Si durante las negociaciones directas no se arriba a un acuerdo, o si se solucionase parcialmente, cualquiera de los Estados Partes en la controversia podrá someterla a consideración del GMC, el que deberá formular una recomendación al respecto, asesorado si lo considera necesario por expertos, tras haber dado oportunidad a las partes de exponer sus argumentos.

Reclamos de particulares: Este procedimiento se aplica a los reclamos planteados por personas físicas o jurídicas, como consecuencia de la sanción o aplicación por cualquiera de los Estados Partes de medidas legales o administrativas de efecto restrictivo, discriminatorio o de competencia desleal, que contravengan el Tratado de Asunción o cualesquiera normas cuya trasgresión esté dentro del ámbito de aplicación.

1.3.5. SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN EL NAFTA⁴⁶

Canadá, Estados Unidos de América y México conforman un bloque de integración económica, mediante el Tratado *de Libre Comercio TLC*, NAFTA, suscrito en diciembre de 1992. El art. 2022 del Tratado formula el deseo de que cada Estado Parte promueva y facilite el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos para la solución de las controversias comerciales internacionales entre los particulares de dicha zona de libre comercio.

1.4. SISTEMATIZACIÓN DE LOS TRATADOS DE ARBITRAJE REGIONALES

Dentro del ámbito arbitral existe un número sumamente extenso de Tratados, Protocolos y Convenciones, tanto a nivel mundial, regional como subregional. A fin proceder de una forma sistemática, resumimos la siguiente clasificación ad hoc de los tratados regionales⁴⁷:

1. Primeras Convenciones en Sudamérica
2. Primeras Convenciones en Europa
3. Convenciones auspiciadas por la ONU

⁴⁶ . NAFTA: North American Free Trade Agreement.

⁴⁷ . SANTOS Rubén, *Arbitraje Comercial Internacional*, Oxford University press, Uruguay, 2000, p. 128 y ss.

4. Convenciones auspiciadas por el BIRF
5. Convenciones auspiciadas por la OEA

1.4.1. PRIMERAS CONVENCIONES EN SUDAMÉRICA

A nivel subregional, el tema arbitral se inicia con el *Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889*, es el primer texto supranacional de carácter multilateral. En él se regula la eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales colocándolos a la par de las sentencias judiciales estatales. Es ratificado por Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. Cincuenta años más tarde se realiza un nuevo Congreso Sudamericano en el cual se aprueba un nuevo *Tratado de Derecho Procesal Internacional*, en 1940; actualmente vincula a Argentina, Paraguay y Uruguay. En la región americana se aprueba el Código Sánchez de Bustamante en 1928, ratificado por 15 países, incluido el Ecuador.

1.4.2. PRIMERAS CONVENCIONES EN EUROPA

A comienzos del siglo 20 se suscriben dos tratados: El *Protocolo relativo a las cláusulas de arbitraje en materia comercial*, suscrito en Ginebra el 24 de setiembre de 1923 y la *Convención Internacional para la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras* suscrita también en Ginebra el 26 de setiembre de 1927. **Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional**, Ginebra, 21 de abril de 1961.

1.4.3. CONVENCIONES AUSPICIADAS POR LA ONU

La primera es la *Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras*, suscrita en Nueva York el 10 de junio de 1958, por 134 países, incluido el Ecuador. Su contenido se aplica también al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales provenientes de países no ratificantes. Al tratarse de una Convención con efectos *erga omnes*, sus normas desplazan a los Códigos Procesales en lo relacionado con el reconocimiento y ejecución de los laudos. **Ley Modelo** de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional - **CNUDMI**⁴⁸, sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada el 21 de junio de

⁴⁸ . Siglas en inglés UNCITRAL.

1985. **Reglamento de Arbitraje**, Nueva York, 1976. **Reglamento de Conciliación**, 1980. **Notas sobre la Organización del proceso arbitral**, 1996.

1.4.4. CODIFICACIÓN AUSPICIADA POR EL BIRF⁴⁹

El BIRF promulga la *Convención sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados*, más conocida como CIADI⁵⁰, suscrita en Washington, Estados Unidos de América, el 18 de marzo de 1965, convención resistida por varios países latinoamericanos.⁵¹

1.4.5. CODIFICACIONES AUSPICIADAS POR LA OEA

La labor emprendida por las Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho Internacional Privado - CIDIP, auspiciadas por la Organización de los Estados Americanos - OEA, ha sido muy proficua al haberse materializado en varias Convenciones⁵². La CIDIP I, reunida en Panamá en 1975, titulada *Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional*; la segunda, *Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros*, suscrita durante la CIDIP II, celebrada en Montevideo en 1979. Existen otras reglas relacionadas con estas dos, que favorecen el funcionamiento del proceso arbitral, como la referida a Exhortos y Cartas Rogatorias de 1975 y su Protocolo Adicional de 1979, y la de Medidas Cautelares.

1. 5. LEGISLACIÓN ARBITRAL LATINOAMERICANA⁵³

Las fuentes internas e internacionales sobre arbitraje se encuentran en los ordenamientos jurídicos de cada país. Las legislaciones en general; y, de un modo particular las latinoamericanas, durante esta última década, revelan una rápida evolución, marcadas por varias reformas, ¿quizá para hacer más atractivo el ARBITRAJE?.

Según Santos Belandro, la metodología utilizada ha cambiado, las reglas de conflicto que en el pasado eran determinantes, véase al respecto los tratados de Montevideo de 1889, van

⁴⁹ . BIRF: *Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento*.

⁵⁰ . Siglas en Inglés ICSID International Centre Settlement on Investment Disputes

⁵¹ . Es una Convención que se refiere a las INVERSIONES internacionales, no precisamente al comercio.

⁵² . Hasta la fecha son 6 las convenciones del CIDIP, realizadas en varios países.

⁵³ . Sistematización tomada de SANTOS BELANDRO Rubén, *Seis Lecciones sobre el Arbitraje Privado*, Pág. 42 y siguientes. Es una síntesis ex profeso realizada por el autor.

perdiendo terreno en beneficio de normas sustantivas, cada vez más abundantes y que cubren los distintos campos. En el pasado el juicio arbitral formaba parte de los Códigos Procesales⁵⁴, era un juicio más dentro de un conjunto de procedimientos.

En la actualidad los Estados tienden a dar al ARBITRAJE una mayor autonomía, y para ello se ha recurrido a LEYES ESPECIALES en el ámbito interno; y, a las CONVENCIONES, TRATADOS y PROTOCOLOS en el campo internacional. Ya no se buscan reformas puntuales, limitadas a ciertos aspectos, sino que se desea llegar a una reforma profunda, sustancial e integral.⁵⁵

Respecto al arbitraje internacional, algunas legislaciones, como el Código General del Proceso de Uruguay y el Código Procesal Civil y Comercial de Argentina, hacen referencia al reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros. Las disposiciones legales más recientes aluden, en cambio, tanto al arbitraje interno como al internacional (ley brasileña), comprendiendo además la conciliación y la mediación (ley peruana).

Argentina.- La materia arbitral se halla incorporada al *Código del Proceso Civil y Comercial*. Su actualización ha sido realizada a través de la Ley N° 22.434. **Bolivia.**- *Ley de arbitraje y conciliación como medios alternativos de solución de controversias*, mediante la Ley N° 1.770 del 10 de marzo de 1997. Consta de 98 artículos divididos en 5 Títulos. **Brasil.**- Ley N° 9.307, 23 de setiembre de 1996, sobre Arbitraje. Se trata de una moderna normativa compuesta de 44 artículos divididos en 7 capítulos.

Colombia.- Posee varias normas que regulan el Arbitraje: Decreto N° 2.279 (55 artículos), de 1989, regula el arbitramento, expresión usual en Colombia para referirse al arbitraje. Ley 23 de 1991: Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los despachos judiciales. Ley 315 de 1996, mediante la cual regula el Arbitraje Internacional. Ley 446 (132 artículos) de 1998, sobre los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Decreto-Ley 1818 (232 artículos) de 1998, Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. **Chile.** Conserva la regulación del arbitraje dentro de los moldes tradicionales del *Código Procesal Civil y*

⁵⁴ . Como constaba en nuestro CPC hasta 1997, derogándolo la nueva Ley de Arbitraje y Mediación.

⁵⁵ . Se busca de concebirlo como un sistema, "SISTEMA ARBITRAL", art. 1 LAM

del *Código de Organización de los Tribunales*. El primero de ellos contiene el Título VIII, que en 17 artículos se dedica a la reglamentación del juicio arbitral seguido ante árbitros en derecho y ante arbitradores.

Ecuador.- *Ley de Arbitraje y Mediación*, Registro Oficial 145, 4-IX-97; (65 artículos). Última reforma mediante Ley n° 2005-48 - Registro Oficial 532, 25-II-2005). Mediante esta Ley se deroga la Ley de Arbitraje Comercial dictada mediante Decreto Supremo No. 735 de 23 de octubre de 1963 y publicada en el Registro Oficial No. 90 de 28 de octubre de 1963. Derógase la Sección XXX del Título II del Libro II del Código de Procedimiento Civil. Derógase la Sección XV del Título I de la Ley Orgánica de la Función Judicial. Derógase el artículo 21 de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Derógase en el artículo 1505 del Código Civil, la frase: "Así la promesa de someterse en el Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas, es nula por vicio del objeto".⁵⁶

México.- El *Código de Comercio* de México es reformado en 40 artículos, para adaptarlo a la nueva realidad arbitral. Las disposiciones referidas se aplican tanto al arbitraje interno como al internacional, salvo que en este último caso exista un Tratado que obligue al país. **Panamá.**- Decreto Ley No. 5 el 8 de julio de 1999, *Reglamento del arbitraje, conciliación y mediación*. 64 artículos. **Paraguay.**- Reglamenta el arbitraje dentro del *Código Procesal Civil*. El Libro V se extiende en 61 artículos distribuidos en 10 Títulos.

Perú.- *Ley General de Arbitraje de 1996*. Consta de 131 artículos. 11 disposiciones complementarias y 3 disposiciones modificativas, distribuidas en dos secciones, una para el arbitraje nacional y otra para el internacional. **Uruguay.**- Contenidas en el *Código General del Proceso* que regula exclusivamente al arbitraje interno. Son 35 artículos ubicados bajo el Título VIII y distribuidos en 6 capítulos. **Venezuela.**- *Ley de Ley de Arbitraje Comercial*, N° 36.430 de 1998, 50 artículos.

⁵⁶. Derogatoria fundamental para el análisis del "Problema del orden público y de la arbitrabilidad", que lo desarrollamos en el punto 4.2 de la presente Tesis.

2. PROYECCIÓN INTERNACIONAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL

Las relaciones comerciales del mundo actual han adquirido hoy una nueva perspectiva para sus negociaciones internacionales y la solución de sus desavenencias de origen mercantil. En verdad, este fenómeno se siente cada día más intensamente en el área mercantil, ante el surgimiento de nuevas formas de contratación internacional entre personas naturales y empresas transnacionales, el *joint venture*, *el leasing*, *el franchising*, por ejemplo.

2.1. EL ARBITRAJE EN LAS RELACIONES ECONÓMICAS INTERNACIONALES

Ante el apogeo de la contratación internacional en el área de los negocios y del comercio internacional en particular, aparecen en forma paralela los conflictos jurídicos derivados de tales relaciones mercantiles, lo que al mismo tiempo, provoca la búsqueda de nuevas fórmulas que sean rápidas, eficaces y razonablemente económicas para resolver las controversias que cada vez con mayor frecuencia se presentan en el campo de los negocios internacionales, para evitar el tener que acudir al engorroso, lento y costoso proceso ante la justicia estatal.⁵⁷

Dentro de este particular contexto, el ARBITRAJE INTERNACIONAL se muestra como una alternativa ágil y dinámica para la resolución de dichas controversias.

En efecto, los órganos del Poder Judicial de los diversos países, incluido el Ecuador, tienen serias dificultades para solucionar de modo adecuado las desavenencias surgidas de las relaciones económicas internacionales. Sobre todo cuando se trata de transacciones y operaciones que van desde la transformación de tecnología, el uso y explotación de patentes y marcas, hasta los problemas derivados de las inversiones o préstamos que se solicitan o se invierten en países extranjeros, propiedad intelectual, dumping, competencia desleal, contratos petroleros, cuestiones de tan disímiles proporciones que superan ampliamente la eficacia y el conocimiento técnico de un juez de jurisdicción ordinaria.⁵⁸

De ahí que el ARBITRAJE permite bajo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que éstas fijen libremente una institución o Centro de Arbitraje que administre el mismo,

⁵⁷ . SALCEDO Ernesto, op. cit. pág. 165.

⁵⁸ . MONTOYA Ulises, *El arbitraje comercial*, editorial cultural Cuzco SA, Lima 1988. En Salcedo, p. 166.

elijan el procedimiento aplicable para la solución del litigio, y el logro de los objetivos del derecho, a través de un LAUDO. Por ejemplo, entre otros, éste es el motivo por el cual las Naciones Unidas hayan promulgado la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial⁵⁹ con carácter internacional, para facilitar las relaciones comerciales entre las naciones.⁶⁰

*“El auge del intercambio comercial y el desarrollo de las comunicaciones, productos del siglo XX, traen como consecuencia un incremento de los negocios mercantiles internacionales, así como nuevas formas de contratación. Estas circunstancias determinan que los comerciantes requieran en mayor medida que antes, medios que sean rápidos, justos, técnicos y económicos, para resolver los conflictos que se presenten en sus relaciones contractuales, lo que permite al arbitraje recobrar actualidad al reunir gran parte de los requisitos mencionados. Se observa en consecuencia, una mayor preocupación en las leyes nacionales para regular esta Institución y posibilitar su aplicación”*⁶¹

Así, queda claro que sobre el tema los representantes estatales han suscrito y ratificado⁶² varios convenios internacionales que regulan el sistema arbitral dentro del área de las negociaciones internacionales.⁶³ Históricamente, entre los convenios internacionales más reconocidos constan los Protocolos de Ginebra de 1923 y de 1927, ambos celebrados durante la existencia de la antigua Liga de las Naciones⁶⁴, y más tarde el Convenio de las Naciones Unidas aprobado en Nueva York en 1958, conocido como Convenio de Nueva York; y, el de la Organización de los Estados Americanos de 1975, suscrito en Panamá y denominado Convenio Panamá.

Además, el arbitraje internacional ha sido regulado por la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, el Reglamento de Arbitraje de la Comisión Económica para Europa de 1966; la Convención de Panamá; el Reglamento de Arbitraje de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial; el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y las reglas uniformes aprobadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL). Asimismo a nivel americano, reiteramos al citar los tratados de Derecho Procesal de Montevideo de 1889 y 1940; el Código Sánchez de Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado de 1928; el estatuto de la

⁵⁹ . Ley Modelo UNCITRAL (en Inglés) o CNUDMI (en español).

⁶⁰ . ZAMORA Pedro, *El arbitraje comercial en México*, artículo publicado en el libro “El arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español”, p. 428. Citado en Salcedo, p. 166.

⁶¹ . MONTOYA Alberti, Ulises. *“El arbitraje comercial” Editorial Cultural*, Cuzco SA, Lima, Perú, 1988, pág. 9

⁶² . En otros casos los Estados se han adherido.

⁶³ . Instrumentos jurídicos que forman parte del ordenamiento arbitral internacional de cada país.

⁶⁴ . También conocida como Sociedad de Naciones.

Corporación Andina de Fomento, art. 45; la Convención del Banco Mundial para el arreglo de controversias sobre inversiones entre estados y nacionales de otros estados de 1965 y algunos otros instrumentos internacionales⁶⁵. El Ecuador, así como los demás Estados americanos ha suscrito y ratificado estas convenciones.

A nivel internacional se han establecido varios organismos, entre los más importantes, la Cámara de Comercio Internacional con sede en París⁶⁶, a nivel mundial; y, a nivel regional la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC.⁶⁷

*La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC y “sus Reglas de Procedimiento fueron adoptadas por la Organización de Estados Americanos (OEA), en el mes de enero de 1975, al celebrarse en la ciudad de Panamá la I Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado. La Convención sobre Arbitraje Mercantil Internacional, prácticamente reproduce los términos de la Convención de las Naciones Unidas de 1958, para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros. En el art. 3° de la Convención Interamericana se designa a la CIAC como el órgano administrador del arbitraje cuando las partes no hayan designado un árbitro en particular, y se señalan las Reglas de Procedimiento de la misma, para el caso de que las partes tampoco hubieran establecido las normas pertinentes. Este señalamiento único en el derecho internacional privado, permite que todos los países que han suscrito la Convención se acojan al procedimiento de la CIAC y a su propia nómina de árbitros en los casos de contiendas mercantiles en que las partes no hayan previsto ni el procedimiento ni el árbitro”*⁶⁸

Según varios autores, en la práctica internacional predomina el sometimiento de las partes al arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional CCI de París. Pero, también desde 1968 viene tomando gran importancia el procedimiento que contiene el Reglamento de uso facultativo para el arbitraje comercial internacional de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC, recomendado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional⁶⁹, generalmente llamadas las reglas de procedimiento de la UNCITRAL.

El Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras suscrito en Nueva York el 10 de junio de 1958, es ratificado por el Ecuador el 30 de noviembre de 1961 (R.O. No. 43 del 29 de diciembre de 1961); la Convención Interamericana sobre arbitraje comercial suscrita en Panamá, en enero de 1975 (R.O. 875 de 14 de febrero de 1992); y, la

⁶⁵ . Monroy Cobra, Marco, *El arbitraje internacional y el derecho colombiano*, Artículo publicado en el libro “El arbitraje en el derecho latinoamericano y español”, págs. 240-241

⁶⁶ . Nos referimos en detalle en el capítulo II, 2.4.

⁶⁷ . La CIAC está estructurada a base de un Consejo Directivo y Secciones creadas en cada uno de los distintos países que ha logrado aglutinar, convirtiéndolo en Centros de Arbitraje locales para resolver las controversias que en ellos surjan.

⁶⁸ . Briseño Sierra, Humberto, “El Arbitraje Comercial”, pág. 19.

⁶⁹ . El primero de diciembre de 1976, la Asamblea General de las Naciones Unidas, acordó recomendar el uso facultativo del Reglamento de Arbitraje aprobado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en la reunión de su Comité Plenario del 23 de abril del mismo año.

Convención de Montevideo de 1979, que trata sobre la extraterritorialidad de las Sentencias y Laudos Arbitrales (D. 853: R.O. No. 240 del 11 de mayo de 1982).⁷⁰

El arbitraje internacional, efectivamente es un mecanismo extrajudicial y alternativo de resolución de conflictos contractuales, pactado por las partes, en el que está presente al menos un elemento que rebasa las fronteras de un país, y que consiste en la definición de la controversia por uno o varios árbitros que profieren una sentencia denominada laudo.⁷¹

Marco Monroy define el arbitraje como,

*"un método de resolver extrajudicialmente las controversias que puedan ocurrir, o que hayan surgido entre dos o más partes, mediante la actuación de una o varias personas, los cuales derivan sus poderes del acuerdo de las partes, así como del reconocimiento que la ley hace de su función"*⁷²

En el ámbito interno e internacional, regularmente el arbitraje no tiene una naturaleza jurisdiccional, sino privada o contractual, pues las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, libremente eligen este mecanismo alternativo de resolución de conflictos. En el derecho ecuatoriano o interno pueden someterse al arbitraje las personas naturales o jurídicas que tengan **capacidad para transigir**, cumpliendo con los requisitos que establece la LAM.⁷³

El arbitraje en Colombia, por disposición constitucional es jurisdiccional⁷⁴; y, así lo reitera la jurisprudencia colombiana. El mero pacto arbitral, mientras no se acuda al arbitramento, permanece en el campo del derecho privado, como un acuerdo entre las partes. Pero una vez constituido el tribunal arbitral, el arbitraje cambia de naturaleza Jurídica, se desdobra y se convierte en un mecanismo jurisdiccional.⁷⁵

Las partes recurren al arbitraje internacional por la necesidad de encontrar mecanismos de solución de conflictos en un orden jurídico abierto que carece de un poder centralizado y soberano para administrar justicia. La globalización ha hecho que los negocios internacionales se multipliquen y en esos negocios se presentan conflictos que es necesario resolver de una forma civilizada. Así mismo, la neutralidad, la flexibilidad, la confidencialidad, la eficacia y sobre todo

⁷⁰ . SALCEDO Ernesto, ob. Cit., pág. 167.

⁷¹ . BOTERO Ana y CORREA Raúl, *Arbitraje Internacional*, 2da edición, Cámara de Comercio de Bogotá, 2004, pág. 19.

⁷² . MONROY CABRA Marco, *Arbitraje Comercial nacional e internacional*, 2da edición, Legis, Bogotá, 1998, pág. 23.

⁷³ . Confr. Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

⁷⁴ . Art. 116 de la Constitución Colombiana.

⁷⁵ . BOTERO Ana y CORREA Raúl, op. cit., pág. 20.

la rapidez son factores que propician el auge del arbitraje internacional. El comercio electrónico y el acaecimiento de los sucesos en tiempo real contribuyen cada día más a la ampliación de la aplicación del arbitraje.

Realmente, donde el arbitraje cumple un papel fundamental en la solución de conflictos es en el comercio internacional. A decir de Marzorati, se debe a que es un *método de resolver disputas menos formal y más comercial*, ya que permite resolverlas dentro de los confines del tipo de comercio de que se trate. Una vez convencidas las partes, generalmente comprador y vendedor, de la utilidad del arbitraje como recurso para solucionar sus eventuales conflictos, prevén evitar riesgos de bloqueo en la designación del tribunal arbitral, deciden sobre el desarrollo del procedimiento o en el sometimiento del laudo ya dictado al exequátur.⁷⁶

2.2. ORDEN PÚBLICO Y ARBITRABILIDAD

Empecemos estableciendo que el orden público⁷⁷, es un tema con el que los tribunales están acostumbrados a lidiar diariamente, constituye un impedimento al comienzo y en la etapa de ejecución de un laudo arbitral. Al comienzo, porque el tribunal debe determinar por -razones de orden público-, si una controversia es susceptible de ser arbitrada o no; ya sea por haber sido cuestionada la validez del compromiso arbitral o de la cláusula compromisoria, en virtud de la cual las partes deciden someter un diferendo al arbitraje o, por el contrario, al final del arbitraje como una defensa al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.⁷⁸

Reconocido el arbitraje como un procedimiento voluntario, basado en la autonomía de la voluntad, las partes eligen una solución arbitral y limitan, por tanto, el alcance del arbitraje; salvo cuando fuese obligatorio, como el caso de los reclamos ante el Tribunal arbitral Irán-Estados Unidos o en los casos de arbitraje obligatorio entre los ex-países que formaban el COMECON en Europa del Este.

Así, en el arbitraje, la regla es que las partes fijan la jurisdicción de los árbitros, y el límite de la autonomía de la voluntad es también un límite de la jurisdicción de los árbitros, fijada por la

⁷⁶ . MARZORATI Oswaldo, op. cit., pág. 347.

⁷⁷ . "Order public" según Marzorati en el contexto del arbitraje internacional.

⁷⁸ . MARZORATI Oswaldo, op. cit. pág. 347.

noción de orden público. El orden público internacional, Marzorati entiende como principio de reserva que evita la aplicación de una ley extranjera cuando ésta infringe las convicciones básicas y valores de una comunidad, los principios de moral y buenas costumbres sobre los que se asientan principios de justicia que se consideran sacrosantos.⁷⁹

Recordemos que, este concepto de orden público es también relativo, porque varía en cada sociedad y jurisdicción. Lo que se considera orden público en un Estado difiere de otro, ya que éste puede tener estándares religiosos, culturales o sociales diferentes y que afectan su estructura legal. Los valores y estándares de una comunidad no son estables, varían con el tiempo y así también el orden público que deriva de él, y al mismo tiempo se identifica y caracterizan esos valores y estándares; por ejemplo el divorcio vincular en algunos países.⁸⁰

Este fenómeno se desarrolla en el derecho comercial y económico. Con la adhesión a la Convención de Nueva York, el Convenio de Viena sobre tratados, con la adopción de la Convención de Viena sobre Compraventa Comercial, los estados han restringido el concepto de orden público internacional y marcan una tendencia a reducir el efecto del orden público como límite de la arbitrabilidad o como valla para la ejecución de un laudo extranjero.

Por ejemplo, en Ecuador no son susceptibles de arbitraje los asuntos tributarios; en Francia no se podían arbitrar cuestiones de derecho laboral, porque el orden público lo prohibía. Sin embargo, en 1993 KIRRY recuerda que un tribunal de Grenoble, en un contrato internacional convalidó una cláusula arbitral que amparaba una obligación laboral (dar empleo a un gerente) sobre la base de que era válida en un contrato internacional individual de trabajo.⁸¹

Así, por ejemplo, la acepción de orden público internacional argentino, permite la aplicación de una ley extranjera que regula una institución de derecho privado. Distinto es el caso de la aplicación local de una ley pública extranjera: la doctrina tradicional la rechazaba *per se*. Sin

⁷⁹ . Ídem, pág. 348.

⁸⁰ . El divorcio vincular era, si se leen los numerosos fallos locales e internacionales, un principio de orden público, en cuanto no sólo prohibía la posibilidad de contraer un nuevo matrimonio, sino que al integrar el orden público internacional argentino, como principio de reserva, evitaba como un frontón la aplicación de la ley extranjera y fulminaba los segundos y múltiples matrimonios del reincidente para sí y su posteridad, con la discriminación de sus hijos. Al eliminar la prohibición del segundo matrimonio, permitiendo el divorcio vincular, la República Argentina, por ejemplo, desterró ese concepto de su orden público internacional. No así Irlanda, que lo mantiene.

⁸¹ . KIRRY, Arbitrability. Trends in Europe, "Arbitration internacional", vol. 12, n° 4, p.388. Cita en Marzorati, pág. 349.

embargo, el Tribunal Federal suizo, que tenía la posición de rechazo absoluto, la cambió por un criterio más elástico, en caso de que debiera aplicarse por Tratado o cuando la ley pública extranjera "apoyara" la aplicación en Suiza de leyes privadas y protegieran intereses privados:

*“ En lo que atañe a la **arbitrabilidad**, hay un problema todavía no totalmente resuelto: el arbitraje es una instancia excepcional surgida de la voluntad de las partes, a la que las leyes le atribuyen la capacidad de darse una justicia propia, pero esa facultad sólo se ejerce sobre las cuestiones en que las leyes estatales lo permiten.”*⁸²

Marzorati continúa sosteniendo que la teoría clásica afirma que es imposible que los ciudadanos arbitren temas en que el orden público está comprometido. Los temas de familia que hacen a la estructura de la sociedad, el derecho penal en general, el poder impositivo, las leyes de defensa de una sociedad, no pueden quedar en manos de un árbitro privado. Tampoco éste puede decidir sobre delitos, ni si un impuesto puede o no ser recaudado por el fisco.

Estos temas se proyectan en el arbitraje internacional y es conveniente repasar, a la luz de una concepción más restringida del orden público, cuál es el estado de la cuestión de lo que se conoce como arbitrabilidad de un asunto, en el derecho internacional, y en los últimos años ha existido una tendencia a ampliar el número de cuestiones arbitrables.

En principio, *cada Estado es dueño de establecer cuáles temas son arbitrables y cuáles no lo son*. Una primera distinción señala que los temas en que esté interesado el orden público internacional del Estado afectado no son arbitrables. Pero lo que constituye orden público a los fines de la arbitrabilidad presenta una interpretación amplia y una restringida.⁸³

*“Existe una interpretación que dice que si los árbitros deben aplicar normas de orden público o interpretarlas, la cuestión no es arbitrable; ello reduce las posibilidades del arbitraje. En cambio, la tendencia actual distingue entre la naturaleza de orden público de ciertos temas y la naturaleza de orden público de ciertas normas de derecho. La tendencia -según KIRRY⁸⁴- parece ser la declinación del rol del orden público como criterio para decidir la arbitrabilidad”.*⁸⁵

Según Marzorati, una reseña de los países europeos nos permitirá una mejor comprensión del tema. Por ejemplo en Francia, el Código Civil disponía que las materias de orden público no podían ser sometidas a arbitraje. La disposición se mantuvo hasta los años sesenta en materia de arbitraje local y diez años más tarde en materia de arbitraje internacional. Pero recién luego de los

⁸² . MARZORATI, p. 349.

⁸³ . Idem, p. 350 y siguientes.

⁸⁴ . KIRRY, op. cit., pág. 374.

⁸⁵ . Marzorati, p. 350.

casos "Ganz" (1991) y "Labinal" (1993), los tribunales franceses establecieron en materia de arbitraje internacional la frontera entre orden público y arbitrabilidad.

En Italia todo es arbitrable menos la materia que constituye el *diritti indisponibili*. Sin embargo, en 1991, un tribunal de Bolonia estableció que es posible arbitrar esas cuestiones, siempre que la cláusula contractual no los afecte o los renuncie. Antes de ese laudo, el hecho de que la cuestión a arbitrar contuviera un tema de *diritti indisponibili* inhibía al tribunal arbitral a considerar dicho tema, a pesar de que el laudo pudiera decidirse por cualquier otra razón; por lo tanto, la circunstancia de que un contrato verse sobre *diritti indisponibili* es susceptible de ser arbitrada, en tanto el laudo no afecte a dichos derechos.

Para los suizos sólo son arbitrables los temas con valor pecuniario, mientras que en otros países sólo son arbitrables aquellas cuestiones que las partes pueden libremente disponer.

En definitiva, los países europeos tratan de definir la arbitrabilidad conforme a su ley nacional para despejar la incertidumbre de qué ley es aplicable. Por otra parte, otras nuevas áreas de arbitrabilidad presentan problemas complejos, tales como las disputas sobre contratos de empleo y sobre normas de protección del consumidor.

3. PERSPECTIVAS DEL ARBITRAJE EN EL ECUADOR

3.1. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y DE EXPERIENCIA ARBITRAL

Como en la mayor parte de estados, el arbitraje en nuestro país también tiene su historia, se remonta a épocas de la Colonia. Ya en la antigua Legislación Española, fundamento forzoso de la Legislación Ecuatoriana, encontramos algunas particularidades de interés, como el caso de las Leyes Procesales del "Fuero Juzgo" de los años 689 -701, cuya traducción española data del 4 de abril de 1241 durante el reinado de Fernando III.⁸⁶ En esta compilación la Ley XIII establece que:

*"...sólo pueden ser jueces los nombrados por el Rey, los designados por otro juez, y los que nombren las partes de común acuerdo"*⁸⁷. Con la invasión árabe a España, aunque subsistió la aplicación del "Fuero Juzgo", las constantes guerras provocaron que su aplicación se apartara de la práctica,

⁸⁶ . PALLARES Portillo Eduardo, *Historia del Derecho Procesal Civil Mexicano*, México, Edit. UNAM, 1967. pág. 50. Citado en Salcedo op. cit. pág. 28.

⁸⁷ . Idem, pág. 51.

dando origen a las "hazañas y albedríos"; las primeras eran las sentencias dictadas por el Rey o por jueces que este había nombrado, y las segundas "las dictadas por árbitros o componedores"⁸⁸.

Asevera Pallares, en 1265 se publicaron las Leyes de "Las Siete Partidas", las que van a tener una importancia decisiva en el Derecho Español de la época y de manera especial en el Derecho Colonial. En el Título Cuarto de estas Leyes, Leyes 22 a 35, donde se establecen las reglas para la actuación de los "jueces avenidores" y de los árbitros arbitradores como en ellas se les identifica. Los primeros fallaban con estricta sujeción a derecho, mientras que los segundos dirimían la controversia ciñéndose a su leal saber y entender.⁸⁹

Tanto la conciliación y como el arbitraje aparecen regulados en nuestro sistema jurídico, en el Período pre-independiente cuando la Gran Colombia pertenecía al imperio español, en la Constitución Política de la Monarquía Española, promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, que en su Capítulo II, desarrolla "De la Administración de Justicia en lo Civil", y establece en el artículo 280:

"No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes". El artículo 281, dice: "La sentencia que dieren los árbitros, se ejecutará si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado al derecho de apelar".⁹⁰

Según Salcedo, la prenombrada Constitución de 1812, contempla el instituto arbitral, no como instrumento para evitar el proceso, sino como fórmula de arreglo de las controversias por una vía distinta de la jurisdiccional, fijando los primeros atisbos de lo que sería posteriormente el proceso arbitral al contener elementos tales como; la voluntad de los interesados, la elección de los árbitros y la aceptación de su decisión, dentro del derecho privado.⁹¹ La Constitución establecía la conciliación previa al proceso y como obligatoria antes de promoverlo a fin de evitar litigios innecesarios y que ya en la época eran prolongados. En la conciliación ya se daban algunas garantías propias del proceso, como la audiencia bilateral de las partes, el informe o dictamen de dos asociados, la resolución-providencia que tenía fuerza entre los interesados, y que en su caso daba por terminado el pleito, en caso de haberse iniciado. La constituyente española de 1812 se

⁸⁸ . Idem, pág. 57.

⁸⁹ . Ley de Arbitraje y Mediación, art. 3, inciso 2º: "Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender...."

⁹⁰ . CHACÓN CORADO Mauro, *La conciliación y el Arbitraje como instrumentos para la solución de Conflictos en Guatemala*, Artículo publicado en el libro "El Arbitraje en el Derecho Latinoamericano y Español, págs. 331 -332, en Salcedo pág. 29.

⁹¹ . Idem.

preocupó, pues por regular formas de arreglo auto compositivas que fueron aplicadas en todas las Colonias Americanas.

Queremos resaltar que en el Ecuador, ya como República independiente, el Arbitraje está presente, concretamente como medio para resolver el problema limítrofe con el Perú. Una amplia explicación y más detalles históricos los podemos leer en el Anexo n° 07.

Con la promulgación del Código de Procedimiento Civil, R.O. No. 81 del 8 de diciembre de 1960, el Ecuador cuenta con normas sobre arbitraje.⁹² Incluye la Sección No 33^a, Título II, Libro II, que se denominaba: "*Juicio por Arbitraje*".

Estas normas estuvieron vigentes hasta el 4 de septiembre de 1997, fecha en que entra en vigor la actual *Ley de Arbitraje y Mediación*. Sus disposiciones finales expresamente derogan la Sección XXX del Título II del Libro II del Código de Procedimiento Civil, referente al arbitraje.⁹³

Además de las normas sobre arbitraje incluidas en el Código de Procedimiento Civil, estuvo también vigente la Ley de Arbitraje Comercial dictada mediante Decreto Supremo No. 735 de 23 de octubre de 1963 y publicada en el R.O. No. 90 de 28 de octubre del mismo año. Esta Ley de Arbitraje y su Reglamento de aplicación, contenían normas mucho más acordes con una administración de justicia ágil y consecuentemente, más adecuadas para resolver las controversias de carácter exclusivamente mercantil que eran sometidas a los tribunales de arbitraje designados por las Cámaras de Comercio. La referida Ley de Arbitraje Comercial fue también objeto de derogatoria por la referida LAM.⁹⁴

Hoy día, las Cámaras de la producción del país, organizadas como Centros de Arbitraje y Mediación, están en capacidad a resolver los asuntos sometidos a sus propios tribunales de arbitraje, aplicando la LAM; y, sus propios reglamentos.

"Para facilitar la aplicación de la presente Ley, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro, podrán organizar centros de arbitraje, mismos que podrán funcionar previo registro en la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador. La comprobación de la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente

⁹² . Derogó el viejo Código de Enjuiciamiento Civil promulgado el 16 de enero de 1917 y que estaba en vigencia desde el 1 de agosto de 1918.

⁹³ . Contenia disposiciones nada prácticas, excesivamente formalistas, tanto en lo que dice relación con los requisitos que debía contener el compromiso arbitral o cláusula compromisoria, como en el procedimiento mismo.

⁹⁴ .SALCEDO, op. cit, p. 32.

Ley y su reglamento, por parte de un centro de arbitraje dará lugar a la cancelación del registro y su prohibición de funcionamiento.” LAM, art. 39.

3.2. NORMAS DE ARBITRAJE EN EL MARCO JURÍDICO ECUATORIANO

El Estado ecuatoriano en la última década en el tema ARBITRAJE se ha puesto a tono dentro del concierto internacional en cuanto a su ordenamiento jurídico. En su oportunidad ha suscrito y ratificado los fundamentales Convenios arbitrales, aparte de promulgar la Ley de Arbitraje y Mediación ha introducido normas arbitrales específicas, empezando por la Constitución, en varias leyes, reglamentos y estatutos. (Confrontar anexo n° 02).

Como podemos apreciar, tanto la normativa transcrita en referido anexo, como la **Ley de arbitraje y mediación** impulsan y desarrollan el arbitraje administrado, excepcionalmente el arbitraje independiente, concediendo facultades a las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro, a fin de puedan organizar Centros de Arbitraje, los mismos que pueden funcionar previo registro en la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador, de conformidad con la Ley.

3.3. PARTICULARIDADES DEL ARBITRAJE EN LA LAM

Nuestro marco jurídico a tono con la globalización, ha ido asimilando una realidad tangible y visible, la internacionalización del Derecho, es así que como acabamos de revisar en el punto anterior, un muestreo de las disposiciones legales que taxativamente disponen la práctica arbitral en los diferentes ámbitos conflictivos de la sociedad, el ARBITRAJE a nivel interno se va volviendo de a poco algo familiar; y, a nivel internacional el interés entre los abogados ecuatorianos es aún expectante, sin dejar de considerarlo de trascendental importancia en las relaciones económicas y comerciales Ecuador – países del mundo.

La Ley de Arbitraje y Mediación vigente empieza su redacción en forma expresa especificando que se trata de un **SISTEMA ARBITRAL**, es decir, el arbitraje no es una norma más y aislada, sino que es parte de un ordenamiento jurídico integral, que pretende ser un mecanismo alternativo eficaz de solución de conflictos, controversias, desavenencias o diferencias entre las partes.

Conceptúa el arbitraje como un mecanismo de solución de controversias, presentes o futuras, susceptibles de *transacción*. A saber, está destinado a resolver una controversia o desavenencia existente o futura, capaz de transar.⁹⁵ El árbitro es un tercero imparcial destinado a resolver la controversia existente, designado por voluntad de las partes.

*“Dentro de los distintos medios de composición de los conflictos (autodefensa, auto composición y heterocomposición) el arbitraje se incluye entre las fórmulas heterocompositivas, ya que la solución la proporciona un tercero que impone su decisión a las partes”.*⁹⁶

El sistema arbitral tiene su fuente en la voluntad de las partes. Es la característica básica. Si bien, la autonomía de la voluntad y el principio de libre contratación están hoy día atenuados por el legislador, es la voluntad de las partes la que inspira la institución arbitral. Mucho se ha escrito y se escribe sobre la libre voluntad de los contendientes para escoger a los árbitros. Como afirma René David, *“el árbitro era escogido intuitus personae, en razón de la confianza que las partes tenían en él o de la autoridad que podía tener sobre las partes”*. En la actualidad, aunque se ha establecido el *“arbitraje institucionalizado”*, siempre se conservan algunas características personales en la selección del árbitro.⁹⁷

*“Sustraer la controversia del ámbito de la competencia judicial. El arbitraje tiene un origen contractual dado que supone la existencia de un convenio entre las partes para sustraer la controversia que las divide a la competencia de los tribunales ordinarios y someterla a la decisión de un tribunal arbitral”*⁹⁸.

El laudo es definitivo e inapelable dispone la Ley y ratifica Salcedo⁹⁹. El proceso arbitral concluye con una decisión denominada laudo, que pone fin al conflicto planteado de una manera definitiva e inapelable. En efecto, por un lado el laudo resuelve con carácter definitivo las controversias sometidas al arbitraje y, por otro, dicha decisión, tomada en un proceso de única instancia, no admite el recurso de apelación, por lo que se torna irrevocable y no puede ser revisado en vía jurisdiccional. Lo cual no es obstáculo para promover su declaratoria de nulidad cuando concorra alguna de las causales previstas en nuestra Ley:

“Art. 31.- (Reformado por Art. 3 de la Ley 2005-48, RO.532, 25-II-2005).- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:

⁹⁵ . Art. 1, LAM

⁹⁶ . ROCA MARTÍNEZ José, Arbitraje e Instituciones Arbitrales, pág. 27.

⁹⁷ . SALCEDO, op. cit. Pág. 36.

⁹⁸ . Idem, pág. 37.

⁹⁹ . Idem p. 37.

- a) *No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;*
- b) *No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;*
- c) *Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;*
- d) *El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado, o*
- e) *Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el Tribunal Arbitral...”*

El art. 30 de nuestra Ley de Arbitraje establece que 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 presentación.

Concluye el prenombrado artículo disponiendo expresamente que los laudos arbitrales no son susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la LAM. Por lo que, una vez que el laudo es firme, vincula jurídicamente a las partes arbitrales, porque adquiere el efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada.¹⁰⁰

En suma, el arbitraje según nuestra legislación es un método de solución de controversias, que tiene como fuente originaria la libre voluntad de las partes interesadas en no acudir ante los tribunales de justicia, sino que acuden ante un Centro arbitral para obtener un LAUDO inapelable y obligatorio, similar a una sentencia judicial ejecutoriada, LAM, art. 32.¹⁰¹

3.4. ¿CUÁNDO UN ARBITRAJE ES INTERNACIONAL?

Identificar la diferenciación entre arbitraje nacional e internacional es fundamental, puesto que se rigen por normas distintas; el arbitraje nacional se rige específicamente por la legislación interna de un Estado; el internacional se regula fundamentalmente por instrumentos de carácter

¹⁰⁰ . Podrá obtenerse su ejecución forzosa del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio.

¹⁰¹ . LAM, Art. 32.- “Ejecutoriada el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato.

Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada2.

internacional, suscritos, ratificados o adheridos por los estados. Ampliamente la doctrina ha discutido sobre la internacionalidad del arbitraje y sobre la definición misma del término "internacional".¹⁰²

Los tratadistas tienen diversos pareceres sobre el tema: nacionalidad de las partes, nacionalidad de los árbitros, lugar de los negocios, lugar donde fue firmado el contrato, lugar de cumplimiento de las obligaciones, lugar del arbitraje, lugar donde se ejecuta el laudo, ley aplicable o lugar donde interviene una institución de arbitraje; en la práctica se observa que no se adopta una posición única.

Sin embargo, hoy por hoy se pueden identificar dos tendencias. 1. Tiene relación con las partes de la desavenencia, que considera que un arbitraje es internacional cuando su lugar de **domicilio, residencia o establecimiento de sus negocios** se ubican en distintos Estados; y, 2. Se orienta a la **naturaleza de la controversia**. Se trata de un ARBITRAJE INTERNACIONAL cuando existen intereses inherentes de comercio transnacionales.

Esta primera tendencia la han asumido varias legislaciones nacionales e instrumentos arbitrales internacionales. Con esta orientación concuerda Monroy¹⁰³ y la doctrina en general, porque abarca las relaciones y negocios tan comunes entre compañías matrices y subsidiarias ubicadas en diferentes estados.¹⁰⁴

“El segundo criterio se considera contemporáneo y, en cierto sentido, más liberal, pues considera que un arbitraje es internacional cuando la disputa comprende transacciones comerciales internacionales. Así, el artículo 1492 del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés establece que “un arbitraje es internacional cuando éste comprende los intereses del comercio internacional”.¹⁰⁵ Ésta ha sido también la posición de la CCI¹⁰⁶, que considera que “la función de la Corte consiste en proveer a la solución mediante arbitraje de las controversias de carácter internacional, surgidas en el ámbito de los negocios”.¹⁰⁷

La Ley Modelo de la CNUDMI, art. 1, admite una orientación ecléctica, considera tanto el establecimiento de los negocios de las partes, como la naturaleza de la controversia:

“1) La presente ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado internacional multilateral o bilateral vigente en este Estado... 3) Un arbitraje es

¹⁰². ANDRADE Xavier, “La ventajas del arbitraje internacional: una perspectiva ecuatoriana”, Quito, enero 2004, págs. 4-8.

¹⁰³. MONROY Cabra Marco, *Arbitraje Comercial Nacional e Internacional*, 2ª ed.; Bogotá: Legis Editores S.A., 1998, p. 33.

¹⁰⁴. Esta tendencia no toma en cuenta la nacionalidad de las partes, sino únicamente su lugar de domicilio o asiento de negocios.

¹⁰⁵. Decreto Ley No. 81-500 del 12 de Mayo de 1981.

¹⁰⁶. CCI, Cámara de Comercio Internacional de París.

¹⁰⁷. Art. 1 del Reglamento de Arbitraje de la CCI. Cita en Andrade Xavier, doc. cit. p. 5.

internacional si: a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos...i. el lugar del arbitrajeii. el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial ...”

Observamos que para la citada Ley Modelo, un arbitraje es internacional cuando éste excede las fronteras de un Estado, ya porque las partes al momento de la celebración del contrato tuvieron establecimientos o residencia habitual en estados diferentes o porque la sede del arbitraje o del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones excede los límites nacionales.

Nuestra LAM, asume una posición mixta. Adopta elementos importantes de la Ley Modelo y de la teoría francesa de la internacionalidad de la transacción:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; o,

b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,

c) (Sustituido por el Art. 4 de la Ley 2005-48, R.O. 532, 25-II-2005) Cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad.” LAM, art. 41.

Instituye tres tipos de requisitos para calificar a un arbitraje de internacional:

1. Que las partes deben pactar en su convenio arbitral que el arbitraje será de naturaleza internacional.¹⁰⁸ Los literales b y c son requisitos de carácter objetivo. Consideramos que no es necesario que se cumplan los tres requisitos, pues la concurrencia de uno de ellos, indistintamente, es suficiente.
2. Comprende dos escenarios, el del lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones y el del lugar en el cual el objeto del litigio tenga relación con un determinado Estado, ambos relacionados con el domicilio de las partes y la naturaleza internacional de la controversia.

¹⁰⁸ . No es necesaria esta estipulación, la mera adopción de reglamentos u otro conjunto de normas sobre arbitraje internacional se interpreta como la voluntad positiva de las partes de que el arbitraje sea internacional.

3. El tercer requisito establece que cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional, que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad

Si un arbitraje se realiza bajo el amparo de las Convenciones de Nueva York o de Panamá, se limitaría a asuntos comerciales, ya que el Ecuador ratificó la primera con la denominada "reserva comercial"¹⁰⁹ y porque la segunda se refiere únicamente a asuntos comerciales.

El punto de preocupación y análisis por parte de juristas sobretodo ecuatorianos está en la última reforma al literal c. del mencionado artículo, donde expresamente dispone "...que no lesione los intereses nacionales o de la colectividad", añadido que se lo considera limita sustancialmente el desarrollo del arbitraje comercial internacional desde la perspectiva ecuatoriana, porque abre una amplia puerta para que los jueces a la hora de hacer ejecutar los laudos, puedan "subjektivamente" argumentar que ***"lesiona los intereses nacionales o de la colectividad"***

El artículo 42 de la LAM dispone que el arbitraje internacional queda regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador. Establece además que toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.

Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y Leyes de la República. Se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.

¹⁰⁹ . RO 43 de 29 de diciembre de 1961. El Ecuador ratifica la Convención de Nueva York, acogiéndose a la RESERVA COMERCIAL y de reciprocidad de las que trata el art. I (3). En virtud de estas reservas, el Ecuador aplicará esta Convención únicamente a laudos dictados en el territorio de otro Estado contratante, pero sólo cuando se refieran a cuestiones comerciales.

Establece expresamente que los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.¹¹⁰

El inciso final de artículo 29 del Reglamento sustitutivo de la ley de Promoción y Garantía de Inversiones establece que de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, los laudos dictados dentro de procedimientos de arbitraje internacional tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento arbitral nacional y, en consecuencia, tendrán el efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, aunque hayan sido dictados contra el Estado o cualquier institución del Estado, según lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley de Modernización del Estado. El contrato de inversión incluirá el expreso reconocimiento de los indicados derechos del inversionista y de la empresa receptora, al amparo de las disposiciones del artículo 39 de la Ley de Modernización del Estado.

El artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Estado, sobre la materia dispone que los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, *previa la suscripción del respectivo convenio*.

Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requieren además la ***autorización de la Procuraduría General del Estado***.

¹¹⁰ . LAM, 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 presentación.

LAM, Art. 32.- Ejecutoriado el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato.

Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada.

Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo.

El art. 71 de la ley boliviana, tomado de la Ley Modelo de la CNUMI, especifica que,

"... a los efectos de la presente ley un arbitraje será de carácter internacional en los siguientes casos:

- 1. Cuando al momento de celebrar el convenio arbitral, las partes tengan sus establecimientos en Estados diferentes.*
- 2. Cuando el lugar de cumplimiento una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el objeto de la controversia tenga una relación más estrecha, se encuentre fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos."*
- 3. Cuando las partes hubieren convenido expresamente que la materia arbitrable está relacionada con más de un Estado"*

Para los efectos de determinar el carácter internacional de un arbitraje, cuando una de las partes tenga más de un establecimiento para el ejercicio de sus actividades principales, se considerará aquel que guarde relación con el convenio arbitral. Cuando una parte no tenga ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual, determina la Ley.

El art. 91 de la ley peruana reitera estos conceptos y agrega en el literal a) especificando que un arbitraje es internacional, si el lugar del arbitraje estuviere situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus domicilios y se han determinado conforme al convenio arbitral. La ley colombiana traslada la regulación del arbitraje internacional a lo que dispongan los "Tratados, Convenciones, Protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por Colombia, respecto de los cuales se haya cumplido la totalidad de los requisitos exigidos para su vigencia" (artículo 4).

Panamá utiliza una redacción un tanto confusa en el artículo 5 de su Ley:

"El arbitraje comercial internacional es de conformidad con el presente Decreto Ley, cuando el objeto o negocio jurídico contenga elementos de extranjería o de conexión suficientemente significativos que lo caractericen como tal o bien que conforme a la regla de conflicto del foro lo califiquen como internacional".

El Acuerdo del MERCOSUR en el capítulo de definiciones, dispone que arbitraje internacional es aquel *"medio privado para la solución de controversias relativas a contratos comerciales internacionales entre particulares, personas físicas o jurídicas"*.

1. CONVENIO ARBITRAL: AUTONOMÍA Y EFECTOS JURÍDICOS

Sostenemos que el ARBITRAJE propiamente comienza con la redacción y suscripción del CONVENIO ARBITRAL o con la existencia de una cláusula arbitral dentro del contrato. Este convenio o esta cláusula se convierten en la columna vertebral del arbitraje, son la pieza clave en el desarrollo y procedimiento posteriores. En esta base se fundamentarán las partes para poder exigir su realización. Asimismo, los árbitros no podrán apartarse de ella para resolver las controversias planteadas.¹¹¹

Destacamos con Marzorati que en materia de arbitraje comercial internacional, las partes gozan de amplia libertad para elaborar el convenio arbitral, sin necesidad de atarse a ciertos formalismos. La diferencia entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, queda en la práctica desprovista de la significación que tiene en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano, así como también los requisitos que fijan algunas legislaciones en cuanto a las formas que deben respetarse para dar validez a la cláusula compromisoria o al convenio arbitral.

El artículo 5 de nuestra LAM conceptúa el Convenio arbitral de la siguiente forma:

“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”.

Importa examinar la capacidad para comprometerse en arbitraje que deben tener las partes, porque podría afectar la existencia misma de la cláusula compromisoria. Una cláusula mal redactada o redactada por una persona incapaz, por ejemplo, podría ser impugnada por no válida y, por ende, los árbitros podrían ser tachados de incompetentes.¹¹²

Surgen interrogantes como, ¿qué pasa si el contrato en el cual figura una cláusula compromisoria, es nulo?; ¿qué ley se aplica para interpretar la cláusula arbitral?; si es la misma del contrato, ¿quién lo decide?.

¹¹¹ . MARZORATI, op. cit. p. 365.

¹¹² . Idem, pág. 366.

En este punto, nuestra LAM es muy específica y determinante, “*La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral*”¹¹³; y el artículo 6 dispone que se entenderá que existe un Convenio Arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al Arbitraje.

En este acápite pretendemos explicar los elementos básicos del convenio arbitral; su autonomía y sus efectos jurídicos.

1.1. ELEMENTOS BÁSICOS DEL CONVENIO ARBITRAL¹¹⁴

La doctrina concuerda que los elementos básicos del convenio arbitral son tres: capacidad, consentimiento y objeto lícito.

1.1.1. CAPACIDAD

La facultad y el derecho a celebrar un acuerdo de arbitraje se encuentra íntimamente vinculado con la capacidad de los sujetos para TRANSIGIR. En el derecho interno está determinado por la legislación de cada país. Constituye un principio de aceptación universal.

Por ejemplo, asevera Santos, la legislación argentina recoge esta exigencia en su artículo 738. El art. 775 del Código paraguayo reitera la misma exigencia: “*sólo las personas que pueden transigir, están facultadas para someterse a la decisión arbitral*”. En el Uruguay, el Código General del Proceso reproduce la misma exigencia en el art. 476, “*no pueden someterse a proceso arbitral las cuestiones respecto a las cuales está prohibida la transacción*”. Bolivia regula el punto en el art. 4° al referirse al “*ejercicio de su libre arbitrio sobre derechos disponibles*”. Vocabulario también recogido por el primer artículo de la ley brasileña: “*las personas capaces de contratar podrán valerse del arbitraje para dirimir los litigios relativos a derechos patrimoniales disponibles*”. El art. 1° de la ley colombiana: “*podrán someterse a arbitramento las controversias susceptibles de transacción que surjan entre personas capaces de transigir*”. Panamá (art. 2.1); Venezuela (art.3) y Ecuador, art. 4,1: “*Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir*”...

En el campo de las relaciones privadas internacionales los sujetos adquieren su capacidad,

¹¹³ . LAM, art. 5, inciso 3°.

¹¹⁴ . SANTOS Rubén, Seis Lecciones sobre arbitraje privado, págs. 67- 72.

para determinarla se recurre al método del conflicto de leyes.

*“De conformidad con los tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y de 1940, la capacidad de las personas físicas se regula por la ley del domicilio. El art. 7 del Acuerdo del MERCOSUR, establece una regulación conflictual uniforme en la región: "la capacidad de las partes de la convención arbitral se regirá por el derecho de sus respectivos domicilios".*¹¹⁵

La existencia y la capacidad de las personas jurídicas se regulan por la ley del lugar de la constitución de la entidad. Ésta es la solución dada por el *Tratado de Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1889, por la *Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de de sociedades mercantiles* suscrita en Montevideo en 1979; y, por la *Convención interamericana sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas de derecho internacional* de 1984, suscrita en La Paz, Bolivia. El *Tratado de Derecho Civil Internacional* de Montevideo de 1940.

1.1.2. CONSENTIMIENTO

Dentro del acuerdo arbitral el consentimiento se traduce en la voluntad común de las partes para someter la regulación de sus controversias ante árbitros. So pena de nulidad el consentimiento debe encontrarse exento de todo vicio de error, fuerza o dolo.

Sociedades y sucursales

Si una entidad es una sucursal de la casa matriz ubicada en el extranjero, el acuerdo arbitral suscrito por la primera comprometerá a la segunda, por cuanto estamos ante una misma persona jurídica. Es la solución aportada por los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940, el apéndice del Código Civil, y las Convenciones de la C.I.D.I.P. de 1979 sobre sociedades mercantiles; y, de 1984 sobre personas jurídicas.

La filial se halla dotada de una personalidad jurídica propia distinta de la matriz, lo que existe es una dependencia que puede llegar a ser: económica, tecnológica y de personal. Algunos piensan que al formar un grupo societario el acuerdo arbitral suscrito por una las filiales debe alcanzar a todas, pero es un punto aún muy discutido.¹¹⁶

Estados y organismos públicos

En relación a los estados y demás organismos públicos, muchas veces surge la interrogante

¹¹⁵ . Idem, p. 67.

¹¹⁶ . Idem, p. 69.

si obliga al estado un acuerdo firmado por un organismo estatal dependiente, o a la inversa, si lo contenido por el Estado compromete a todos los organismos de naturaleza estatal. La respuesta sería dada, en primer término, afirmando que si los organismos públicos no tienen una personalidad propia, lógicamente obligarán al Estado, pues éste es el que en realidad, se ha comprometido.

El art. 42 de la ley ecuatoriana aclara que,

"Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la misma autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes".

Acuerdo entre personas ausentes

Para Santos, esta situación está prevista para el arbitraje internacional en el Acuerdo del MERCOSUR, el art. 4 dispone que la convención arbitral realizada entre ausentes podrá instrumentarse por intercambio de cartas o telegramas con recepción confirmada. Las comunicaciones realizadas por telefax o correo electrónico o medio equivalente, deberán ser confirmadas mediante documento original, sin perjuicio de lo establecido en el numeral 5.4 del propio cuerpo normativo. La convención arbitral realizada entre ausentes se perfecciona en el momento y en el Estado en el que se recibe la aceptación por el medio elegido.

Representación legal, contractual u orgánica

Una persona física o moral puede actuar directamente en la celebración del acuerdo de arbitraje o puede hacerlo por intermedio de uno o más representantes. La persona puede actuar directamente si es mayor de edad y capaz; si no lo es, se verá asistida por un representante legal.

La representación contractual exige que la persona física o jurídica actúe por medio del otorgamiento de un poder. Pero, ¿cómo determinar la regularidad de dicho poder?. Hay que recurrir a la Convención Interamericana sobre *régimen legal de los poderes para ser utilizados en el extranjero*, suscrita en Panamá en el año 1975. En cuanto a la forma, la Convención mencionada somete a los poderes de la ley del lugar de su celebración, salvo que el poderdante decida regirla por la ley del lugar del ejercicio o cumplimiento del poder.

Si este lugar adopta una formalidad que es de observancia obligatoria, como por ejemplo el otorgamiento de una escritura pública, y ésta es una institución desconocida en el lugar del otorgamiento del poder, la Convención sustituye la norma imperativa por una solución material directa la del art. 7. En cuanto al fondo o al contenido del poder, éste se regirá por la ley del lugar donde dicho poder se habrá de ejercer.

De conformidad con lo dispuesto por los Tratados de Montevideo y las Convenciones Interamericanas ya citadas, la representación orgánica se ajustará a lo que determinen los estatutos de la sociedad redactados conforme a la ley del lugar de su constitución. La Ley N° 16.060 de sociedades comerciales regula una situación más específica en el art. 195: "*los administradores o representantes de sociedades constituidas en el extranjero contraerán las mismas responsabilidades que los administradores de las sociedades constituidas en el país, según el tipo*".

Alcance del consentimiento

La determinación del alcance exacto del arbitraje supone no sólo que nos preguntemos por las personas involucradas, sino también acerca de la materia o asunto que será resuelto por la vía arbitral. Los árbitros sólo podrán resolver aquellos litigios que las partes han convenido.

La convención de arbitraje es una convención de investidura, por medio del cual se enviste a los árbitros de un poder plenamente jurisdiccional a través de un contrato. Una de las consecuencias de ese acto fundador, entre otros, es la incompetencia de la jurisdicción estatal.¹¹⁷

Nuestra Ley arbitral, art. 6, dispone que se entenderá que existe un Convenio Arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la *voluntad de las partes* de someterse al Arbitraje.

1.1.3. OBJETO LÍCITO DEL CONVENIO ARBITRAL

Obviamente el objeto del acuerdo arbitral debe ser lícito y suficientemente determinado. Debe tratarse de un litigio sobre el cual sea permitido transigir; y, que involucre a un diferendo nacido o por nacer de una determinada relación jurídica, contractual o no. La posibilidad de

¹¹⁷. Idem, p.71.

arbitrar las dos clases de relaciones ha sido reconocida tanto por la Convención de Nueva York en el art. II, como en la Convención Interamericana de Panamá de 1975.¹¹⁸

La Convención de Nueva York de 1958 otorga validez a los acuerdos arbitrales, ya sea que formen parte de un contrato, o que se convengan con posterioridad, en forma independiente. El compromiso arbitral, que es el convenio en virtud del cual las partes someten a arbitraje un conflicto ya suscitado, queda comprendido también en el concepto de acuerdo arbitral¹¹⁹. En cuanto a su forma, el acuerdo arbitral debe constar por escrito, firmado por las partes o por canje de cartas o telegramas¹²⁰. Hay que considerar que el intercambio de comunicaciones puede también efectuarse por télex, por fax o por medios electrónicos.

Los jueces estatales están obligados a remitir las partes al arbitraje, cuando una de ellas invoque que existe un acuerdo arbitral válido¹²¹, norma que no ha sido incluida en la Convención de Panamá. La validez del acuerdo arbitral está regulada también en la Convención de Panamá (art. 1), similar a la de la Convención de Nueva York (art. II). Hay que tener en cuenta que el acuerdo de arbitraje no debe haber sido obtenido en forma abusiva (art. 4), limitación que aparece también en los Acuerdos de arbitraje del MERCOSUR (art. 4).

Tengamos en cuenta que la sola circunstancia de que el acuerdo arbitral integre un contrato con cláusulas predispuestas no significa que el acuerdo sea abusivo. Las condiciones generales de contratación tampoco implican automáticamente que los acuerdos incluidos en ellas sean abusivos. Los contratos con parte débil, por ejemplo transporte, seguros, consumidor, laborales, no están excluidos en forma expresa del ámbito de aplicación ni regulados en forma especial en los Acuerdos de Arbitraje.¹²²

Esplugues Mota sostiene que, si la materia es susceptible de ser sometida a arbitraje, de acuerdo con la ley del Estado sede del arbitraje, ya que el tema no ha sido unificado en el

¹¹⁸ . Idem, p. 73.

¹¹⁹ . Art. II,2. de la Convención de Nueva York.

¹²⁰ . Idem.

¹²¹ . Art. II,3 Convención de Nueva York.

¹²² . El Acuerdo sobre transporte multimodal de 1994 prohíbe las cláusulas compromisorias y sólo permite los acuerdos arbitrales celebrados con posterioridad a que ocurra el hecho que da lugar a la controversia; los Acuerdos sobre jurisdicción en materia de contrato de transporte internacional de carga (Dec. CMC 11/2002 y 12/2002), contienen una prohibición semejante. Acuerdo sobre transporte multimodal de 1994, Anexo II. art- II.

MERCOSUR, en los contratos con parte débil, podría discutirse la existencia misma del consentimiento y considerarse que no existe acuerdo arbitral. Los acuerdos arbitrales incluidos en contratos de adhesión, en ciertas circunstancias, podrían ser considerados nulos por aplicación del artículo 4.¹²³

1.2. AUTONOMÍA DEL CONVENIO ARBITRAL

La autonomía del acuerdo arbitral significa que éste no queda sujeto necesariamente a la ley que rige el contrato y que la nulidad del contrato no implica necesariamente la nulidad del convenio arbitral. El principio, aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, ha sido recogido por la Ley Modelo de UNCITRAL, artículo 16.1; y, en los Acuerdos del MERCOSUR, que disponen en su art. 5: "*La convención arbitral es autónoma respecto del contrato base. La inexistencia o invalidez de éste no implica la nulidad de la convención arbitral*".¹²⁴

El principio de la autonomía está muy vinculado con el principio "competence competence"¹²⁵ o "competencia de la competencia", en virtud del cual los árbitros son competentes para resolver sobre las objeciones a su propia competencia, entre ellas las cuestiones sobre la validez del acuerdo arbitral, porque la invalidez del acuerdo arbitral implicaría la falta de competencia del tribunal arbitral. La facultad de los árbitros para juzgar sobre su propia competencia está receptada en los Acuerdos del MERCOSUR, artículos 8 y 18.¹²⁶

Es decir, el reconocimiento de la autonomía del acuerdo o convenio arbitral es un principio material o sustantivo ampliamente reconocido en el campo del arbitraje. Ello significa que si el contrato principal es nulo, ineficaz e incluso inexistente, no arrastra necesariamente en su invalidez, ineficacia o inexistencia al convenio de arbitraje.

No hay duda que si existe una cláusula compromisoria inserta en un contrato principal viciado por la incapacidad de una de las partes, indudablemente que la cláusula compromisoria celebrada, también caerá. Pero no siempre se habrá de dar de este modo. La razón del

¹²³ . ESPLUGUES Carlos y HARGAIN Daniel, coordinadores, *Derecho del Comercio Internacional*, editorial Reus, Buenos Aires, 2005, págs.732-736.

¹²⁴ . SANTOS Rubén, Seis lecciones sobre arbitraje privado, p. 73.

¹²⁵ . En la literatura internacional: "Kompetenz-Kompetenz".

¹²⁶ . ESPLUGUES, op. cit. pág. 737-738.

reconocimiento de la autonomía del convenio de arbitraje reside en la diferente función que cumple respecto del contrato principal, que es la de resolver todos los litigios que aparezcan en este último.

Nuestra LAM, art. 5,3 expresamente establece que, *“la nulidad del contrato no afecta la vigencia del convenio arbitral”*.

El art.11 de la ley boliviana consagra también este principio material estableciendo que: *“Todo convenio arbitral que forme parte de un contrato principal se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo”*. Dentro de la misma tendencia, el art. 8° de la ley brasileña sostiene que: *“La cláusula compromisoria es autónoma en relación con el contrato principal en la que estuviere inserta, de tal suerte que la nulidad del uno no implicará necesariamente la nulidad de la cláusula compromisoria”*. A este efecto dice la ley Venezolana que el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo, no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje¹²⁷

Asimismo la ley peruana, aunque utiliza otra terminología, habla de separabilidad del convenio arbitral en el art. 14:

“La inexistencia, rescisión, resolución, nulidad o anulabilidad total o parcial de un contrato y otro acto no jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste. En consecuencia, los árbitros podrán decidir libremente sobre las controversias sometidas a su pronunciamiento, las que podrán versar, inclusive, sobre la inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral”.

El art. 16 del la Ley Modelo de la CNUDMI señala que el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. Concluye disponiendo que la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo, no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

¹²⁷ . Ley venezolana art. 7.

Las leyes argentina, colombiana, mexicana y uruguaya, referidas al arbitraje interno, no han tomado posición sobre el tema hasta el momento. De todos modos el principio de la autonomía está hoy sólidamente establecido y forma parte de los principios generales del arbitraje, cualquiera que fuere la sede o el procedimiento aplicable.

Merece especial atención la ley panameña en el artículo 43.2 por su especificidad: *"Si el arbitraje es comercial internacional de conformidad con el presente Decreto Ley, o cuando se presenten de manera general, elementos de extranjería que determinen su internacionalización, regirán las siguientes disposiciones: 3. la ley aplicable al convenio arbitral, en lo que afecte a la validez y los efectos, será la expresamente designada por las partes, por sí o a través del reglamento de una institución de arbitraje; en su defecto, la ley del lugar donde ha de dictarse el laudo arbitral. Si éste no estuviere determinado, se aplicará la ley del lugar de celebración del convenio arbitral cuando éste constase expresamente, en su defecto, la ley panameña"*.

La Convención de Panamá, al remitir al Reglamento de Procedimiento de la C.I.A.C. en todo lo no previsto por las partes, que recoge el principio de la autonomía del acuerdo de arbitraje en el art. 21.1, lo está aceptando por vía oblicua. La Convención de Nueva York no realiza una referencia directa sobre la cuestión. El Acuerdo del Mercosur comparte la posición mayoritaria al sostener en el art. 5° que la convención arbitral es autónoma respecto del contrato base. La inexistencia o invalidez de éste no implica la nulidad de la convención arbitral.

Se dice que el arbitraje es el medio apto para sustraerse de la aplicación de los órdenes jurídicos de los Estados. En el arbitraje interno la cuestión no puede plantearse por cuanto el acuerdo arbitral deberá someterse a las disposiciones imperativas existentes y la autonomía de las partes sólo podrá funcionar en el sector que le corresponda al derecho facultativo.¹²⁸

1.3. EFECTOS JURÍDICOS DEL CONVENIO ARBITRAL ¹²⁹

La suscripción de un convenio arbitral es vinculante para las partes. La existencia de un acuerdo de arbitraje válido produce un doble efecto jurídico: uno positivo y otro negativo, sostiene Santos Belandro.

1.3.1. EFECTO POSITIVO

El efecto positivo se sustenta en el hecho de que el acuerdo obliga a las partes a cumplirlo, por lo que su principal consecuencia consiste en diferir obligadamente el litigio al tribunal arbitral.

¹²⁸ . SANTOS Rubén, op. cit. p. 75.

¹²⁹ . SANTOS BELANDRO Rubén, *Seis lecciones sobre arbitraje privado*, pág. 85 y siguientes.

Esta consecuencia no es algo particular al arbitraje, responde a la aplicación pura y simple de la fuerza obligatoria de las convenciones, al reconocimiento del principio “*pacta sunt servanda*”.

El Convenio de Panamá establece en el art. 11 que los efectos del convenio arbitral son sustantivos y procesales. El efecto sustantivo obliga a las partes a cumplir lo pactado y a formalizar la constitución del tribunal arbitral, colaborando con sus mejores esfuerzos para el desarrollo y finalización del procedimiento arbitral. Se trata de una obligación que habrá de ejecutarse *in natura*. Es difícil que pueda dar lugar a daños y perjuicios, porque no se sabría cómo evaluar el hecho de que en lugar de acceder al tribunal arbitral se haya accedido a un tribunal judicial.

Todas las legislaciones prevén mecanismos para asegurar el cumplimiento del acuerdo de arbitraje, con la finalidad de vencer la resistencia de aquella parte que luego de haberlo aceptado no participa del arbitraje o pretende obstaculizarlo de alguna manera.

En la actualidad, la renuencia de una de las partes ya no permite bloquear el desarrollo del arbitraje, porque normalmente se abre la posibilidad de recurrir a las autoridades judiciales, como autoridades de apoyo. Como hemos visto, esta obligación de cumplir lo pactado se extiende incluso a los Estados. Si éstos se han comprometido mediante un acuerdo a solucionar determinados litigios, luego que se presentan no se podrá argumentar que se posee un privilegio o inmunidad de jurisdicción.¹³⁰

Santos en su citada obra menciona un segundo efecto positivo: el de otorgarle competencia a los tribunales arbitrales para resolver la contienda. El art. 475 del Código General del Proceso uruguayo expresa lo siguiente: “la cláusula compromisoria supone la renuncia a hacer valer ante la jurisdicción ordinaria, las pretensiones referidas en dichas cláusulas, las que se someten a decisión de los árbitros”.

El art. 7 de la LAM textualmente dispone: “*El Convenio Arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria*”. Y continúa estableciendo que, cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los

¹³⁰ . Idem, p. 85.

jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días.¹³¹

1.3.2. EFECTO NEGATIVO¹³²

El otorgamiento de un acuerdo inhibe la actuación de las jurisdicciones estatales respecto de aquellas cuestiones sometidas a arbitraje. No todas las legislaciones desapoderan de la misma manera a los jueces estatales. Hay diferencias de grado importantes. Para algunos órdenes jurídicos, los jueces se deben declarar incompetentes; en otros se lo ha planteado como un principio general, aunque los tribunales pueden llegar a apartarse del mismo si se dan ciertas circunstancias.

De acuerdo con la ley de Panamá, artículo 11:

"El efecto procesal consiste en la declinación de la competencia, por parte del tribunal de la jurisdicción ordinaria a favor de la Jurisdicción pactada y la inmediata remisión del expediente al tribunal arbitral" y luego expresa que *"en todo caso, si se plantease procedimiento ante un tribunal por esa causa, las actuaciones arbitrales proseguirán hasta su terminación"*. Y en forma también perentoria Venezuela, art. 5, inc. final, establece que *"el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria"*

En la normativa internacional el referido efecto ha sido consagrado en el art. II.3 de la Convención de Nueva York. La Convención de Panamá nada dice en cuanto a este efecto negativo del acuerdo arbitral, pero puede sostenerse razonablemente que se encuentra implícitamente acogido, en la medida que el art. 1º le otorga plena eficacia al acuerdo de arbitraje, lo que naturalmente impedirá la actuación de los jueces estatales sobre los mismos asuntos. En tal caso, los jueces estatales deberán aguardar a que culmine el procedimiento privado para ejercer los controles que le otorga la ley.

No obstante, existe una posibilidad de que los jueces puedan adelantar su intervención, sin esperar a que se dicte el laudo.

¹³¹ . Reforma: Segundo inciso agregado por el Art. 1 de la Ley 2005-48, R.O. 532, 25-II-2005

¹³² . Santos, op. cit. p. 86-87.

*"El tribunal de uno de los Estados Parte al que se someta un litigio respecto del cual las partes han celebrado un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a la instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable".*¹³³

Estos tres motivos: nulidad, ineficacia o inaplicabilidad, tan importantes como vías para adelantar la intervención judicial de modo que puedan resolver el litigio de manera directa, lamentablemente no han sido definidos por la mencionada Convención. Por lo tanto, su interpretación será dada por cada derecho nacional, lo que evidentemente perjudica la posibilidad de obtener una interpretación uniforme.

Hagamos una aproximación conceptual:

1. Acuerdo nulo: Un acuerdo será nulo cuando el consentimiento haya sido obtenido mediante falsedad, engaño, fraude, incapacidad de una de las partes. La Convención tampoco señala a qué clase de nulidad hace alusión, si a la nulidad absoluta o a la relativa. Consideramos que se refiere a las dos.

Nuestra LAM en el artículo 31 dispone que cualquiera de las partes puede intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral; pero nada dispone acerca de la nulidad de un acuerdo arbitral.¹³⁴

2. Acuerdo ineficaz: La ineficacia ocurre cuando el acuerdo de arbitraje no puede producir efectos por ningún motivo. Puede suceder por la muerte o incapacidad de los árbitros, por el vencimiento del plazo acordado para laudo, por la existencia de una sentencia judicial o arbitral anterior sobre la misma controversia o desavenencia.

3. Acuerdo inaplicable: En este caso se entra en el terreno de las **cláusulas patológicas** que generalmente se deben a su mala redacción o a la existencia de impresiones contradictorias, vagas o ambiguas.

1.3.3. CLÁUSULAS PATOLÓGICAS

Las cláusulas patológicas, para Rubén Santos¹³⁵, son aquellas cláusulas que presentan vicios susceptibles de obstaculizar el desarrollo armonioso del arbitraje. Estas cláusulas pueden

¹³³ . Convención de Nueva York de 1958, art. II,3.

¹³⁴ . Artículo reformado por Art. 3 de la Ley 2005-48, RO.532, 25-II-2005.

¹³⁵ . SANTOS Rubén, *Seis lecciones sobre arbitraje privado*, págs. 94-95.

perjudicar enormemente al arbitraje, sobretodo si son exhibidas por un litigante de mala fe que desea retardar el funcionamiento de la Justicia arbitral.

Los convenios arbitrales pueden llegar a ser patológicos por varios motivos:

- a. Existencia cláusulas ambiguas.
- b. Existencia de cláusulas contradictorias.
- c. Designación indeterminada de una institución arbitral
- d. Cláusula blanca.
- e. Cláusula por referencia

a. Existencia de cláusulas ambiguas: cuando la redacción de la cláusula es poco clara, oscura, dudosa, confusa o muy vaga, puede dar lugar a ambigüedad.

b. Existencia de cláusulas contradictorias: cuando su redacción es inconexa o incoherente, por ejemplo, puede ser el caso de las cláusulas combinadas que se presentan cuando en una cláusula las partes aceptan una sumisión al arbitraje y en otra a la justicia común.

Según Santos, a primera vista parecería que existiera una contradicción, pero habrá que distinguir las siguientes situaciones:

1. Que una parte se reserve el derecho de opción, en cuyo caso habrá que atenerse a lo que ella decida y examinar si esta facultad no ataca al Orden público.
2. Dar primacía al arbitraje. Inferir que la justicia estatal ha sido mencionada sólo para solucionar los inconvenientes que se puedan presentar en la vía arbitral.
3. Cuando la contradicción es insuperable, la cláusula es nula.

c. Designación indeterminada de una institución arbitral: si la alusión es imprecisa o incierta sobre el Centro que dirimirá el arbitraje. Por ejemplo, “lo arbitrará uno de los centros de la ciudad”.

d. Cláusula blanca: es aquella en la que se menciona simplemente que las controversias se dirimirán mediante el arbitraje. Sin especificar ningún detalle más.

e. Cláusulas por referencia: puede suceder cuando las partes realizan continuamente negocios más o menos homogéneos entre si, pueden en la redacción hacer una referencia genérica a lo pactado en contratos anteriores que incluyen una cláusula arbitral.

La pregunta es si será suficiente el reenvío realizado por los contratantes para obligar a respetar el acuerdo arbitral celebrado en el contrato referido. Hay textos que subordinan la validez del acuerdo a la existencia de un acuerdo escrito, ¿la simple referencia hecha por escrito será suficiente? Todo dependerá del intérprete, si considera que es suficiente una referencia general ello bastará.¹³⁶

1.3.4. RENUNCIA AL ACUERDO ARBITRAL

En la práctica, también puede ocurrir una renuncia al acuerdo arbitral, previamente pactado; puede ser expresa o tácita. Esta última se da cuando una de las partes se presenta ante un juez estatal y la otra contesta sobre el fondo, sin oponer la excepción de incompetencia, argumentado la existencia de un convenio arbitral.¹³⁷

Artículo 15 de la ley peruana: *"Las partes pueden renunciar al arbitraje mediante convenio expreso. Se entiende que existe renuncia tácita cuando se hubiera interpuesto por una de las partes y el demandado no invoca la excepción arbitral dentro de los plazos previstos para cada proceso"*. La ley ecuatoriana (reformada en febrero del 2005) destina todo el artículo 8 para regular la renuncia al acuerdo arbitral:

"Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, al contestar la demanda, la excepción de existencia del convenio arbitral. En el evento de haber sido propuesta esta excepción, el órgano judicial respectivo deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriada el auto dictado por el Juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales".¹³⁸

El art. II.1 de la Convención de Nueva York de 1958 reconoce esta consecuencia natural del acuerdo cuando establece que *"El tribunal ... remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz e inaplicable"*.

Por lo tanto, continúa Santos, en el contexto del Tratado se puede formular una primera conclusión, el efecto negativo no procede de oficio o dicho de otra manera, el juez por sí mismo no puede desechar conocer del asunto aun cuando sepa que existe un convenio arbitral, por ejemplo, por la lectura del contrato principal que él haga, donde se ha insertado una cláusula

¹³⁶ . Idem, p. 95.

¹³⁷ . Idem, págs. 88-89.

¹³⁸ . LAM, art. 8.- (Sustituido por el Art. 2 de la Ley 2005-48, R.O. 532, 25-II-2005).

compromisoria. Su obligación de abstención recién aparece cuando una de las partes manifiesta su intención de hacer valer el pacto. Si ninguno de los contrayentes alega la existencia del mismo, se entenderá que ha sido tácitamente renunciado.

La producción de este efecto no excluye definitivamente a las autoridades judiciales estatales del examen del acuerdo, pero hay que respetar una regla de prioridad, entendida en un sentido cronológico y no jerárquico. No se abandona totalmente a los árbitros el examen del pacto, los jueces tendrán oportunidad de examinarlo luego en las instancias de anulación del laudo o en el momento de la interposición de una excepción al *exequátur* de un laudo extranjero.

De este modo la ley boliviana en el art. 9,I dispone así: *"En las controversias que se resuelvan con sujeción a la presente ley, sólo tendrá competencia el tribunal arbitral correspondiente. Ningún otro tribunal o instancia podrá intervenir, salvo que sea para cumplir tareas de auxilio judicial"*. La ley colombiana art. 24 establece: *"Si del asunto objeto de arbitraje estuviere conociendo la justicia ordinaria, el tribunal solicitará al respectivo despacho judicial, copia del expediente. Al aceptar su propia competencia, el tribunal informará enviando las copias correspondientes; y, en cuanto lo exija el alcance del pacto arbitral, el juez procederá a disponer la suspensión. El proceso judicial se reanudará si la actuación de la justicia arbitral no concluye con laudo ejecutoriado, Para este efecto, el presidente del tribunal comunicará al despacho respectivo el resultado de la actuación"*.

El Código de Comercio de México, art. 1427 dispone que el acuerdo arbitral produce las excepciones de incompetencia y litispendencia, si encontrándose vigente se promueve el negocio ante el tribunal ordinario. La ley uruguaya, art. 475, expresa en cuanto al alcance de la cláusula compromisoria sería que la cláusula compromisoria supone la renuncia a hacer valer ante la jurisdicción ordinaria las pretensiones referidas en dichas cláusulas, las que se someten a la decisión de los árbitros"

El art. 5° de la Ley Modelo de la CNUDMI confirma lo expuesto: *"En los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga"*.

Acuerdo arbitral durante la tramitación de un juicio

La ley peruana, art. 7, regula la celebración de un convenio arbitral durante un proceso judicial, si las partes formalizan voluntariamente un convenio arbitral sobre todas o parte de las pretensiones controvertidas en aquél, deben presentar al juez un escrito conjunto con firmas legalizadas por el Auxiliar Jurisdiccional, adjuntando copia del convenio arbitral. A la vista de tal

documentación, el juez dispondrá el archivo del proceso o la continuación del mismo respecto de las materias que las partes declaren no haber sometido a arbitraje.¹³⁹

LAM, art. 5, inciso final dispone que *“no obstante haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes pueden recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al Juez competente el archivo de la causa...”*

2. PROCEDIMIENTO E INSTITUCIONES ARBITRALES INTERNACIONALES

2.1. ¿CUÁNDO INICIA PROPIAMENTE EL PROCESO ARBITRAL?

El arbitraje comienza por iniciativa de una de las partes mediante la formalización de una demanda. Generalmente es una institución la que recibe la demanda y corre vista a la otra parte para que conteste. Cada reglamento institucional fija los requisitos que deberá contener la demanda y su contestación, debe contener suficientes elementos para identificar el reclamo y la nominación de los árbitros.

Por ejemplo, en las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París –CCI, se prevé la firma de un "Acta de misión" que pretende recoger claramente las pretensiones de las partes y las cuestiones que someten a arbitraje. Se suscribe luego de la presentación de la demanda, el pago de las tasas de actuación, contestación de demanda y reconveniciones. Si una de las partes se rehúsa a firmarla, la Corte está habilitada para pronunciarse sobre aquello.

Todas las reglas de organismos occidentales de arbitraje otorgan a las partes libertad absoluta en la elección del idioma, que bien puede ser más de uno. En ausencia de tal elección, un criterio primordial para determinar la lengua aplicable, tanto por los árbitros como por la institución arbitral, será utilizar la lengua usada por las partes en el contrato subyacente o en la cláusula de arbitraje. Por ejemplo, las reglas rusas, Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria, parecen ofrecer menor libertad en este punto, ya que aunque permiten redactar los escritos en inglés, siempre que el contrato subyacente esté en ese idioma, el idioma a ser usado en las audiencias será el ruso, a menos que se hubiere acordado otra cosa. En otros casos, como las

¹³⁹ . Santos, p. 92.

reglas de la Comisión de Arbitraje de Comercio Exterior (Fetac), el idioma oficial para todos los documentos, escritos y audiencias es el chino¹⁴⁰

2.1.1. NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS

La experticia arbitral internacional sostiene que el nombramiento del o los árbitros es uno de los puntos importantes en la elaboración del convenio arbitral. Marzorati asevera que el arbitraje vale lo que valen sus árbitros. El principio general es que las partes deciden acerca del número de ellos. Si no hay acuerdo se debe atener al reglamento de la institución que se haya elegido para llevar adelante el arbitraje. Algunas reglamentos prefieren tres árbitros; otros, uno. En el artículo 8, 2 de las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional, el tribunal permanente decide, a falta de acuerdo entre las partes, si se debe nombrar uno o tres árbitros.

Para la elección del árbitro, el principio general en todos los organismos occidentales, prima la libertad de elección. Si las partes no ejercieran esa facultad o no se pusieran de acuerdo, la institución de arbitraje realiza el nombramiento confiando el asunto a un árbitro independiente e imparcial.

Una vez designado el lugar de arbitraje, elegido el idioma, designados los árbitros y conformado el tribunal arbitral, se empezará con la etapa del proceso en que las partes intercambian escritos, aportan con las pruebas necesarias para probar la razón de sus posturas. Previo a ello, debe existir un procedimiento que debe haber sido señalado por las partes directamente o por el propio tribunal.¹⁴¹

2.1.2. REGLAS DE PROCEDIMIENTO

El desarrollo del procedimiento arbitral varía de conformidad al reglamento que se haya elegido. Aunque los reglamentos usados habitualmente muestran diferencias, puede decirse que existen algunos principios básicos a ser observados por todo tribunal arbitral, según Marzorati:

1. Debe darse un trato no discriminatorio a las partes;
2. Debe existir la oportunidad de presentar documentos y argumentar en favor de su caso en cualquier estado del proceso;

¹⁴⁰ . MARZORATI Oswaldo, op. cit., pág. 368 – 373.

¹⁴¹ . Idem, p. 369.

3. Libre acceso a la documentación proveída al tribunal;
4. Libertad para solicitar la realización de audiencias; y,
5. Facultad del tribunal para determinar la admisibilidad de toda evidencia presentada ante él.

Marzorati sostiene que además de estos principios básicos, una de las cuestiones esenciales es, si las partes pueden o no determinar el procedimiento arbitral, y si a falta de tal determinación, el tribunal arbitral podrá establecer a su propia discreción las reglas de procedimiento o si, por el contrario, los árbitros deberán acudir a la legislación aplicable en el lugar de arbitraje.

Por ejemplo, en el derecho inglés es común que los tribunales interpreten que se aplican las reglas procesales de la *lex fori*¹⁴², es decir, las normas procesales del lugar donde el arbitraje se desarrollará, para sustanciar cualquier problema de procedimiento, tanto en un arbitraje ad hoc como, en ausencia de disposición en contrario, en un arbitraje institucional.

Por lo tanto, la ley aplicable al fondo de la cuestión arbitral será la pactada por las partes o, en su defecto, la que determinen los árbitros, incluso la *lex mercatoria*, pero las cuestiones de procedimiento podrán sustanciarse por la ley del lugar donde el tribunal funciona.

Si bien es verdad que al arbitraje institucional importa el seguimiento de un proceso, ello no implica que ciertos aspectos normados por dichas reglas, como, por ejemplo, el período probatorio, deban ser realizados de acuerdo a algún procedimiento. Así las reglas podrán establecer que se realicen audiencias para escuchar a las partes, pero no dirán nada acerca de cómo deben desarrollarse, la forma de preguntar, el número de personas, si todos los testigos pueden presenciar las audiencias o no, si se pueden realizar careos o no. Por ejemplo, en el derecho anglosajón, sí se podrá llevar adelante el *discovery*¹⁴³. Por ello, las partes pueden elegir las normas que reglamentarán el procedimiento del arbitraje, amén de las reglas generales que prevén las distintas instituciones, o pactar la legislación adjetiva de la *lex fori*.¹⁴⁴

¹⁴² . LEX FORI, ley del fuero, del tribunal.

¹⁴³ . Descubrimiento.

¹⁴⁴ . Idem, p. 371.

2.1.3. ARBITRAJE MÚLTIPLE

Un problema no menor, y del que según Marzorati¹⁴⁵ no tiene solución satisfactoria, es el caso del arbitraje múltiple, en el que en lugar de dos partes enfrentadas hay al menos tres.

El arbitraje múltiple ha sido definido por la CCI como un arbitraje que involucra una disputa entre más de dos partes con intereses opuestos¹⁴⁶. Esto ocurre en los *joint ventures* o en consorcios de construcción con cláusula compromisoria. Si una de las partes de un acuerdo de tal tipo demanda a las dos restantes, conforme a una cláusula estándar, tipo CCI, ocurre que, según dichas normas, la parte elige su árbitro bajo una fórmula de arbitraje que al contemplar un tribunal de tres, tiene en mira un actor y un demandado, con lo que obliga a los restantes codemandados, que tienen intereses distintos, a nombrar un árbitro común, lo cual constituye un procedimiento restrictivo del derecho, que asiste a cada parte a proponer su propio árbitro.

Marzorati considera que deben haber dos requisitos básicos para realizar un arbitraje múltiple:

1. Todas las partes deben haber consentido un procedimiento de arbitraje múltiple; y,
2. Todas las partes deben tener igual influencia sobre la constitución de un tribunal arbitral que deba laudar sobre un arbitraje múltiple.

Porque en el compromiso arbitral no está implícito el consentimiento de las partes para que un tercero elija al árbitro, nos parece un exceso de la forma sobre el fondo que no otorga legitimidad a tal procedimiento.

2.2. ETAPA COGNOSCITIVA¹⁴⁷

2.2.1. La demanda

Como queda dicho, el procedimiento arbitral comienza con la demanda de una de las partes, a través de la cual se plantea su deseo de recurrir a la vía arbitral para resolver determinada

¹⁴⁵ MARZORATI Oswaldo, op. cit., pág. 371.

¹⁴⁶ . ICC final report on multi-party arbitration, "6 ICC International Court Arbitration Bulletin",/95, p 28.

¹⁴⁷ . SANTOS Rubén, *Seis lecciones sobre arbitraje privado*, págs. 129-147.

contienda. De igual modo, Jorge Silva¹⁴⁸ afirma que el proceso arbitral se inicia al momento de presentarse la demanda. Panamá comparte esta posición en el art. 21 al señalar que el juicio comienza cuando una parte hace el requerimiento de acudir al arbitraje. En el arbitraje administrado la demanda es recibida por el centro permanente de arbitraje y no por la contraparte. Si bien la demanda se presenta ante una autoridad, no debemos confundirnos pues, en realidad, ella está dirigida al otro litigante.

Si realizamos con Rubén Santos un estudio comparado de las legislaciones que hemos venido analizando hasta el momento, podemos ver que en ellas no existe uniformidad acerca de cuándo se inicia el procedimiento arbitral propiamente. Por ejemplo, el art. 742 del Código argentino señala que la demanda se presentará ante el juez quien convocará a audiencia. El art. 43 de la ley boliviana afirma que el juicio comenzará cuando se notifique a las partes la aceptación del último árbitro. El art.19 de la ley brasileña cuando el último árbitro acepte la designación. La ley paraguaya dice, de acuerdo a lo convenido, según el art. 786. El art. 110 de la ley peruana cuando el demandado haya recibido el requerimiento de arbitraje. El art.10 de la ley ecuatoriana dispone que la demanda se presente ante el director del centro de arbitraje.

2.2.2. Contestación a la demanda

Como en el procedimiento judicial, a la demanda le sigue la contestación, la que podrá verse ampliada con una demanda reconvenional, que puede tender a la compensación. En el caso del arbitraje administrado no es posible que el tribunal arbitral cuente desde el primer momento con la demanda y la contestación, porque los árbitros aún no han asumido sus funciones.

Debemos tener en cuenta que el tribunal arbitral no está constituido por adelantado, esperando que surja un litigio, como ocurre en la justicia estatal. Será la autoridad administradora del centro permanente de arbitraje la que formará un expediente, el que será entregado al tribunal arbitral una vez constituido.¹⁴⁹

¹⁴⁸ . SILVA Jorge, *Arbitraje Comercial Internacional en México*, México, 1994, pág. 187.

¹⁴⁹ . Estos procedimientos varían de Centro a Centro, cada uno se rige por su Reglamento. En el punto 2.4 de este segundo capítulo especificamos.

2.2.3. Demandas adicionales y reconventionales

En la práctica, las demandas adicionales sólo se podrán atender y resolver si son el accesorio natural e indispensable de la demanda principal. Igual ocurrirá con la recepción de las demandas reconventionales. El art. 22 de la ley peruana permite la reconvencción, igual que la ley ecuatoriana:

“Al contestar la demanda, el demandado podrá reconvenir exclusivamente sobre la misma materia del arbitraje siempre y cuando su pretensión pueda, conforme al convenio arbitral, someterse al arbitraje.”¹⁵⁰

2.2.4. Plazos para la interposición

El momento en que la demanda debe ponerse de manifiesto queda a la entera voluntad de las partes. Éstas pueden esperar a que el litigio se resuelva sin recurrir a la vía arbitral, pero si se tiene el convencimiento de que ello no es posible, basta con que cualquiera de los litigantes lo decida para iniciar. Lo que sí hay es un plazo para responder, marcado por los propios interesados, o por el reglamento del Centro.¹⁵¹

El procedimiento arbitral es de litis abierta, el demandado puede pedir que se amplíe el plazo para contestar o el actor para ampliar la demanda interpuesta. Este aspecto es muy valioso en el arbitraje internacional, debido a la distancia en que se encuentran los contendientes.

2.2.5. Falta de contestación a la demanda

Santos continúa sosteniendo que la ausencia de respuesta por parte del demandado no significa, ni que este último se allane a las pretensiones del actor, ni tampoco que el arbitraje quede paralizado. El proceso seguirá con el objetivo de ventilar todos los aspectos que han sido reclamados, bastando que se respete el principio del contradictorio y los derechos de la legítima defensa.

La ley boliviana en el art. 45 señala que el tribunal continuará las actuaciones aún cuando la parte demandada no presente su contestación. La ley brasileña dice que la rebeldía de la parte no impedirá que sea dictada la sentencia arbitral, art. 22.3.

¹⁵⁰ . LAM, art. 12, inc.2°.

¹⁵¹ . Idem, pág. 131.

Según la ley panameña, art.19: *"La mera inactividad o rebeldía de alguna de ellas, o las actuaciones judiciales, en su caso, acerca de la validez del convenio o de la incompetencia del tribunal arbitral o cualquier otra actuación relacionada con la controversia objeto de arbitraje, no impedirá el seguimiento de las actuaciones arbitrales hasta dictar el laudo"*. Ley ecuatoriana, art. 11, inc. 2º: *"El silencio se considerará como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda"*

2.2.6. El Acta de Misión

El Acta de Misión¹⁵² consiste en un documento suscrito por las partes y por los árbitros, por los sujetos involucrados en el proceso. Tiene por finalidad dejar plasmado en un escrito independiente, cuáles son las pretensiones de las partes, cuáles son los puntos litigiosos sobre los que habrán de pronunciarse los árbitros; establecen las principales líneas que regularán el procedimiento arbitral, determinación del lugar y algunas otras reglas que se habrán de respetar.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el Acta de Misión valdrá como compromiso arbitral si está firmada por las partes. Puede modificar, ampliando o restringiendo, lo dispuesto en el Convenio Arbitral. Si vale como compromiso arbitral, los derechos internos lo han rodeado de exigencias formales, algunas de ellas rigurosamente imperativas.

El art.22 de LAM establece la necesidad de realizar una audiencia de sustanciación: *"Una vez constituido el tribunal se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará al Secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia (...) Si las partes se encontraren presentes en la audiencia podrán precisar las pretensiones y los hechos en las que ésta se fundamenta"*.

2.2.7. Determinación de la Sede

La determinación de la sede del tribunal arbitral tiene mucha importancia ya que permitirá identificar la autoridad estatal de apoyo competente, y cuál será la receptora de la demanda de nulidad del laudo arbitral. En principio, la designación de la sede es realizada por las propias partes interesadas. De no hacerlo directamente, pueden haber instaurado un mecanismo para fijarla: el Reglamento de procedimiento de arbitraje seleccionado, o que lo decida el propio tribunal arbitral.

La elección de la sede no significa que el tribunal deba quedar atado a realizar todas las diligencias procesales en dicho lugar. Ello no es así, el tribunal podrá recabar pruebas, examinar documentos, tomar declaraciones de testigos en cualquier lado. La fijación del lugar de la sede es

¹⁵² . Documento característico de la Corte de la CCI de París. www.iccarbitration.org

necesaria para comunicar a los contendientes dónde tendrán que presentar sus escritos, y para el dictamen del laudo final. En ese sentido disponen las legislaciones de Panamá (art.20), Venezuela (art.9) y de Ecuador:

“De no constar en el convenio, las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje, y de no llegarse a un acuerdo podrá optarse por el lugar de los efectos del acto o contrato materia del arbitraje o el del domicilio del demandante a elección de éste, en caso de no existir Tribunal de arbitraje en uno de los referidos lugares, deberá acudir al de la localidad más próxima.” LAM art. 35,1.

2.2.8. Representación de las partes

Las partes no están obligadas a actuar directamente en el proceso, pueden nombrar representantes y ser aceptados por el tribunal arbitral. Deben tener la calidad de mandatarios con una procuración especial y escrita. Se necesita poder especial para renunciar a un derecho, desistir, transigir, comprometer, prolongar un plazo, estipulado en el acuerdo de arbitraje o recusar a un árbitro. El apoderado representa a las partes, firma las conclusiones y las memorias, asiste a las medidas de instrucción. Deberá actuar dentro de los límites de un poder para actuar en juicio. Los abogados no gozan del monopolio de la representación en materia arbitral.

El art. 38 de la ley boliviana dispone: *"Las partes actuarán directamente o a través de sus representantes. Igualmente, podrán obtener la asistencia y patrocinio de abogados o ejercer la defensa de sus intereses por si mismas"*. La ley brasileña, art. 21.3, plantea el caso expresando que las partes podrán actuar por intermedio de un abogado, respetando siempre la facultad de designar a quien lo represente o asista en el procedimiento arbitral. Ecuador y Colombia son uno de los pocos países que exigen la presencia de abogado en el arbitraje en derecho. El art. 26 de la ley colombiana dice que *"cuando se trate de arbitramento en derecho, las partes deberán comparecer al proceso arbitral por medio de abogado titulado..."* El art. 3, inc. 3º de la ley ecuatoriana dispone: *"Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados"*.

En Chile, respecto del arbitraje internacional, la exigencia es que el arbitraje en derecho debe ser acompañado del asesoramiento de un abogado chileno, debido a que la calidad de abogado se encuentra restringida a los nacionales.¹⁵³

¹⁵³ . Eyzaguirre Echeverría señala que afortunadamente el problema no tiene mayor importancia, porque en el comercio internacional Chile se ha volcado hacia el arbitraje en equidad, donde las reglas exoneran de esta obligación.

La ley peruana, art. 35, expresa que todos los escritos deben estar firmados por la parte que los presenta. No se requerirá firma de abogado. Si hubiera abogado designado, éste podrá firmar directamente los escritos de mero trámite. El art. 294 del Código General del Proceso de Uruguay decreta que *"en todo procedimiento de conciliación en sede judicial o administrativa, mediación o arbitraje, cada parte deberá estar asistida por abogado desde el comienzo hasta su culminación"*.

2.2.9. Comunicaciones y notificaciones

Santos asegura que las primeras disposiciones de todo Reglamento de Procedimiento hacen alusión a la forma en que se habrán de realizar las comunicaciones. Esto es importante para que el procedimiento de arbitraje se encuentre a salvo de cualquier duda acerca de la falla de respeto de las reglas del contradictorio y del derecho de las partes a defenderse.

Los derechos internos han trasladado a las partes la facultad de especificar las reglas que regirán las comunicaciones que se habrán de realizar durante todo el proceso. Si ellas no lo hacen, la determinación será llevada a cabo por el propio tribunal arbitral. Se precisará la dirección de las partes, los modos de comunicación, si es por correo público o privado, simple o certificado, fax, telegrama o correo electrónico.

En los nuevos Reglamentos de Procedimiento de los centros arbitrales, por ejemplo, el de la Cámara de Comercio de Quito, art. 46, se indica que:

"Las citaciones o notificaciones se las realizará en las direcciones domiciliarias señaladas en el expediente por las partes, en el horario que va desde la 8.00 hasta las 20hoo horas y conforme a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación, para lo cual las partes o quien reciba deberán dejar constancia de la recepción en la copia del original que se les entrega, donde deberá constar el nombre y la firma de la persona que recibe la citación o notificación, la fecha y la hora de entrega (...) el acto de citar podrá realizarse válidamente por un funcionario o por un comisionado de la Cámara de Comercio de Quito, pudiendo ser comisionada una Cámara de Comercio del Ecuador o fuera del Ecuador".

La ley boliviana declara válidas las notificaciones por correo, telex, fax u otro medio escrito (art. 8.1). La ley brasileña especifica que, *"no habiendo acuerdo sobre la forma de organizar el arbitraje, la parte interesada manifestará a la otra parte su intención de dar comienzo al arbitraje por vía postal o por cualquier otro medio de comunicación..."*

El Acuerdo del MERCOSUR dispone que *"las comunicaciones y notificaciones...se considerarán debidamente realizadas, cuando han sido entregadas personalmente al destinatario, o se hayan recibido por carta certificada, telegrama colacionado o medio equivalente dirigido a su domicilio declarado"*.

2.2.10. El idioma

Por razones obvias, en el caso del arbitraje internacional, es de suma importancia la determinación del idioma o de los idiomas en el que se expresarán las partes, los árbitros y demás personas vinculadas con el procedimiento. Las partes tienen que sentir que sus pretensiones han sido genuinamente interpretadas por el tribunal, y para ello debe seleccionarse el o los idiomas en los que depondrán.

El Ecuador establece que los procedimientos arbitrales se seguirán en castellano, para el arbitraje interno. En caso de existir documentos en otros idiomas se presentarán traducidos de conformidad con la ley (art.36). De acuerdo al art. 20 de la ley panameña el idioma será el convenido por las partes o el designado de conformidad con el reglamento de procedimiento aplicables y, en su defecto, el que determine el tribunal arbitral. El idioma será siempre el español cuando ambas partes sean panameñas. Venezuela, art.10, en cambio, acepta la libertad en la elección del o de los idiomas,

“Las partes podrán acordar libremente el o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas que hayan de emplearse”.

2.2.11. Desarrollo de las audiencias

Las audiencias se llevan a cabo en forma oral. Existe libertad en la forma de administrar las pruebas, tanto documental como testimonial. El tribunal resuelve a través de debates orales, lo que no excluye la posibilidad de un intercambio de conclusiones y de memorias escritas. El presidente regula el orden de las audiencias y dirige los debates, fija día, hora y lugar de las mismas, según la conveniencia propia, de las partes y de los terceros. Las partes pueden comparecer personalmente o por intermedio de mandatarios. Las audiencias en general tienen lugar a puerta cerrada.

El tribunal arbitral puede solicitar una investigación, la opinión de un experto, la inspección de determinados lugares, la comparecencia personal de las partes, el juramento a título decisorio o supletorio, dirigir exhortos o cartas rogatorias a una autoridad judicial para que tome medidas que el tribunal no pueda adoptar.

El art. 22 de la LAM dispone que una vez constituido el Tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el Secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y *el Tribunal resolverá sobre su propia competencia*.

“Si el Tribunal se declara competente ordenará que se practiquen en el término que el Tribunal señale las diligencias probatorias solicitadas en la demanda, contestación, reconvención, modificación y contestación a ésta, siempre que fueren pertinentes, actuaciones que deberán cumplirse durante el término señalado por el Tribunal Arbitral.

*Si las partes se encontraren presentes en la audiencia podrán precisar las pretensiones y los hechos en las que ésta se fundamenta”.*¹⁵⁴

2.2.12. Testigos

Algunos países permiten que las partes puedan deponer testigos, otros prohíben esta posibilidad. Los testigos son presentados por las partes, las que remitirán previamente la lista correspondiente y el tenor bajo el cual depondrán. Algunos países no permiten que los testigos juren ante los árbitros, porque éstos son personas privadas, otros sí lo admiten.

*“El tribunal competente podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o las partes y para examinar cosas, lugares, evidencias o documentos.”*¹⁵⁵

2.2.13. Expertos y peritos

El tribunal puede ordenar la actuación de un experto, quien debe ser independiente de los litigantes, porque puede llegar a ser recusado. El informe que produzcan será trasladado a cada parte para su conocimiento. Se le tiene que haber indicado con precisión lo que se desea de él, el objeto de la pericia, con la finalidad de que su informe no sea observado con posterioridad.

Ley argentina, Título III, art. 773 dispone que la pericia arbitral procederá cuando las leyes establezcan ese procedimiento con el nombre de juicio de árbitros, arbitradores, peritos o peritos árbitros, para que resuelvan exclusivamente cuestiones de hecho concretadas expresamente. La ley colombiana, en el art. 46, regula el arbitramento técnico y dispone que habrá lugar a arbitramento técnico cuando las partes convengan someter a la decisión de expertos en una ciencia o arte las controversias susceptibles de transacción que entre ellas se susciten. La ley peruana, art. 115, en cuanto al arbitraje internacional, salvo pacto en contrario de las partes, el tribunal arbitral

¹⁵⁴ . LAM, art. 22, inc. 2 y 3.

¹⁵⁵ . LAM, art. 35, inc. 2..

podrá nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas y podrá solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente.¹⁵⁶

Ley Modelo de la CNUDMI, art. 26,1 dispone:

“Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral: a) podrá nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral; b) podrá solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos”.

2.2.14. Medidas cautelares

Las medidas cautelares tienen una finalidad conservatoria de determinados bienes o capitales, para evitar su fuga o enajenación, una de las partes puede solicitar al árbitro dicte una medida cautelar, por ejemplo el embargo de los bienes materia del proceso.

*“Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo”.*¹⁵⁷

La Ley Modelo, art. 17, dispone que “salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto al objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas”.

2.2.15. Las pruebas¹⁵⁸

La sustanciación de las pruebas pretende conducir a la verdad material de los hechos. En la presentación de testigos, documentos, en el desarrollo de peritajes, inspecciones oculares, audiencias directas con las partes, los árbitros van llegando a una solución basada en una convicción íntima. Básicamente cada parte debe presentar la evidencia que soporte sus razones. Es un punto discutido si el tribunal puede exigir a una parte la entrega de documentos u otra evidencia que tenga en su poder, más allá de lo entregado voluntariamente por ella.

¹⁵⁶ . SANTOS, op. cit. p. 139.

¹⁵⁷ . LAM, ART. 9,1.

¹⁵⁸ . MARZORATI Oswaldo, op. cit., p. 373.

Las reglas de arbitraje de la CNUDMI se inclinan por una respuesta afirmativa; otras normas la deniegan o guardan silencio con respecto a este punto. Pero, todas las reglas concuerdan en que el peso de la evidencia aportada estará determinado por una apreciación soberana de los árbitros de acuerdo a sus íntimas convicciones.

Así, la negativa de una de las partes a entregar material o documentos que se encuentran en su poder, podrá ser mentado por el árbitro como una pauta en desfavor de dicha parte. Asimismo, todas las reglas de carácter internacional establecen que las audiencias deben celebrarse en privado, a menos que las partes pacten otra cosa. Los árbitros pueden preguntar y solicitar explicaciones a los testigos, en algunas reglas esta facultad está expresamente mencionada, en otras surge implícitamente.

Como analizamos supra, en ciertas reglas, salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal puede nombrar peritos de oficio. En caso de rebeldía, el arbitraje continúa sin considerarla como la admisión de lo alegado por el demandante. Deben probarse los dichos del demandante. Claro que en caso de no proveer prueba documental, el tribunal podrá laudar en base a los documentos aportados. Las reglas rusas no reflejan en su contenido este importante principio internacional del arbitraje, aunque tampoco le estaría permitido al tribunal expedir un laudo estando en rebeldía una de las partes.

2.3. ETAPA DECISORIA: EL LAUDO ARBITRAL

Una vez que la prueba ha sido producida y estudiada, llegamos al momento en que los árbitros deben decidir en base a las evidencias que se han reunido y a la opinión personal que se han formado. En primer lugar, hay que puntualizar que el tribunal decide el fondo del litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes, es decir, por la ley aplicable. Todas las reglas occidentales reconocen y respetan la elección de la ley aplicable hecha por las partes, pero en su defecto, ¿qué ley se deberá aplicar?, ¿la elegirá el árbitro o se aplicará la que

indiquen las reglas de conflicto del lugar de arbitraje? ¿O directamente se aplicará la ley del lugar del arbitraje?.¹⁵⁹

“Una corriente doctrinaria opina que el árbitro debe poder elegir libre y autónomamente las normas de conflicto del derecho que considere aplicable. Así queda reflejado en las reglas de la Comisión Interamericana de Arbitraje y en la ley Modelo de la CNUDMI.”¹⁶⁰

Asimismo, bajo las reglas de arbitraje occidentales los árbitros pueden decidir según su leal saber o entender, *“ex aequo et bono”*, o como amigables componedores, sólo si así fueron autorizados por las partes.

Se acepta generalmente que los árbitros decidan con arreglo a las estipulaciones del contrato, teniendo en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso; por ejemplo, la ley modelo y las reglas de la Cámara de Comercio Internacional.¹⁶¹

Por ejemplo, como regla general en caso de tratarse de un contrato de compraventa internacional de mercaderías, se aplicará la ley del lugar donde desarrolla sus negocios el vendedor al tiempo de celebrarse el contrato. Si el contrato es negociado y concluido en el lugar donde desarrolla sus negocios el comprador, o si el contrato expresamente establece que el vendedor se obliga a entregar la mercadería en el domicilio del comprador, entonces se aplicará la ley del lugar donde el comprador desarrolla sus negocios al tiempo de la conclusión del contrato. Las únicas excepciones son los contratos de *joint venture* y los contratos que tienen por objeto la explotación de recursos nacionales.

La mayoría de las reglas requieren que se arribe a una decisión mayoritaria. Sin embargo, las reglas de la Cámara Internacional de Comercio no requieren una solución mayoritaria. Se ha previsto que si no se arriba a una decisión mayoritaria, el presidente del tribunal arbitral decide.

Se considera que es una acertada solución, ya que evita la embarazosa situación de que en ciertos casos, cuando el presidente es forzado a avalar los puntos de vista extremos de uno de los

¹⁵⁹ . Marzorati sugiere ver el estudio comparativo sobre la ley aplicable en UNCITRAL-ICC-AAA-ICSID y WIPO, en SMIT-PECHOTA, A chart comparing international commercial arbitration rules.

¹⁶⁰ . MARZORATI, p. 374.

¹⁶¹ . Marzorati afirma que un aspecto interesante es si los árbitros pueden aplicar la *lex Mercatoria* para decidir un caso. Así lo decidió un Tribunal austriaco en "Paball Ticarett Sirketi v. Sociedad Anónima Norsolor", siguiendo las aguas de expansión del arbitraje delineado por la Suprema Corte estadounidense en "Mitsubishi v. Soler". Como vimos, la *lex mercatoria* no es una ley, pero si un conjunto de principios aceptados por muchas naciones, basadas en el uso y la costumbre, como fuente material para gobernar un contrato, en ausencia de una ley pactada.

árbitros, o apoyar los puntos de vista igualmente extremos del otro árbitro, específicamente en los asuntos referidos a la valuación de los daños. De esta manera el presidente, al decidir, no deberá obligatoriamente adoptar los puntos de vista de una de las partes.

Así, si un árbitro se niega a tomar parte de las deliberaciones o se retira, los restantes árbitros pueden proceder y dictar el laudo. En algunas reglas esta facultad no se halla expresamente reflejada.

El laudo contendrá, aparte de otros elementos, las razones en que está basado. Pero no todas las reglas disponen un período dentro del cual debe dictarse el laudo. Las reglas de la Cámara de Comercio Internacional, por ejemplo, establecen un período máximo de seis meses contados desde la firma del acta de misión. Las reglas de la Asociación Americana de Arbitraje establecen un plazo de treinta días desde que se cierran las audiencias. Estos plazos pueden ser ampliados. Si las partes llegan a un acuerdo antes, el laudo se dictará igual y contendrá lo acordado por ellas.

Asimismo, algunas reglas dan facultades a los tribunales arbitrales de interpretar el laudo y realizarles correcciones de tipo material cuando se hayan deslizado errores.

*“Por último, cabe destacar que todas las reglas internacionales autorizan al tribunal o a la institución arbitral, a requerir depósitos para cubrir los gastos y las costas, retribución de los árbitros. Para calcular los honorarios de los árbitros algunas reglas toman como parámetro la cuantía del arbitraje o el tiempo utilizado por éstos para decidir el pleito”.*¹⁶²

Las costas son pagadas por la parte vencida y, llegado el caso, de acuerdo al éxito que cada parte tuvo en sus reclamos. Los honorarios de los abogados intervinientes son soportados por cada parte, aunque algunas reglas establecen que son a cargo de la parte vencida, o bien establecen una compensación en favor de la parte ganadora para hacer frente a los honorarios de sus abogados. Otras reglas sólo permiten dicha compensación cuando una de las partes haya actuado de mala fe o haya causado demoras injustificadas.¹⁶³

¹⁶² . Idem, p. 375.

¹⁶³ . Idem, p. 375-376.

2.4. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN EL ESCENARIO COMERCIAL INTERNACIONAL¹⁶⁴

Es importante destacar que las distintas leyes nacionales de arbitraje difieren en aspectos materiales. Algunos países han adoptado últimamente una actitud liberal hacia el arbitraje internacional. Así, la Corte Suprema de Justicia estadounidense opinó, en el conocido caso "Mitsubishi", que hasta un asunto referente a la ley "antitrust" podía ser válidamente sometido a arbitraje.¹⁶⁵

Asimismo la ley francesa reformada en 1981 estipula que el laudo arbitral será reconocido en Francia, si su existencia es aprobada por la parte y si tal reconocimiento no es manifiestamente contrario al orden público internacional.

No ha sido fácil encontrar un procedimiento de arbitraje comercial internacional que concentre una amplia aceptación. Quizá los más importantes son estas instituciones:

1. Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional – CNUDMI / UNCITRAL¹⁶⁶
2. Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París - CCI
3. Corte Internacional de Arbitraje de Londres – CIAL
4. American Arbitration Association – AAA
5. Centro Internacional para la Resolución de Disputas de contratos de Inversión – CIADI / ICSID¹⁶⁷
6. Arbitraje Europeo

2.4.1. COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL – CNUDMI / UNCITRAL¹⁶⁸

Aunque la Comisión no cuenta con una estructura propia para llevar adelante un arbitraje, que debe ventilarse ante cualquier tribunal institucional o ad hoc, ha propiciado una gran cantidad de medidas que contribuyeron notablemente a la unificación de las leyes de arbitraje nacionales.

¹⁶⁴ . ANEXO n° 03: Listado de las principales Instituciones de Arbitraje Internacional.

¹⁶⁵ . Mitsubishi Motor Corporation v. Soler Chrysler Plymouth Inc. Sc of the US”, jul 2, 1985, “Yearbook of Comercial Arbitration”, 1996, p. 555 a 556, en Marzorati, p. 376.

¹⁶⁶ . United Nations Commission Internacional Trade Law.

¹⁶⁷ . ICSID = International Centre for Settlement of Investment Disputes.

¹⁶⁸ . Idem, p. 376-377.

Reglas de arbitraje

Fueron adoptadas por la CNUDMI en 1976 y su uso ha sido recomendado por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Han resultado muy populares. Son casi indispensables en los arbitrajes ad hoc y muchas instituciones arbitrales permiten a las partes utilizar estas reglas con preferencia a las propias, o referirse a ellas con el objeto de llenar cualquier laguna en sus propias reglas.¹⁶⁹

Las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas no tienen fuerza de ley en ningún país. Pero son adoptadas expresamente por las partes contratantes. Su principal característica es que el arbitraje no recae sobre cuestiones que las partes no pueden someter a arbitraje o que por cualquier otra razón un árbitro no puede resolver. Si no fue elegida ninguna autoridad de nombramiento por las partes o si la elegida se niega a actuar o fracasa en nombrar un árbitro dentro de los sesenta días de recibido el requerimiento de una de las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al secretario general de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, que designe una autoridad de nombramiento.

A menos que las partes hayan acordado el lugar del arbitraje, éste es determinado por el tribunal arbitral. Además, el art. 21 prevé que el tribunal decidirá las objeciones sobre su falta de jurisdicción y la existencia o validez del contrato del cual la cláusula de arbitraje forma parte; como causa de esta previsión, la cláusula arbitral es tratada como independiente de otras cláusulas del contrato, y una eventual nulidad del contrato no acarreará *ípso facto* la invalidez de la cláusula arbitral.

La mayoría de cámaras nacionales de comercio e instituciones de arbitraje están de acuerdo en actuar como autoridad de nombramiento bajo las reglas de arbitraje de la CNUDMI.

Reglas de conciliación

Por las diferencias prácticas existentes entre conciliación y arbitraje, la CNUDMI ha preparado y adoptado en 1980 las reglas de conciliación, que fueron recomendadas por la

¹⁶⁹ . MARZORATI Oswaldo, op. cit., pág. 376.

Asamblea General de las Naciones Unidas el 4 de diciembre del mismo año. Estas reglas se aplican sólo si las partes las adoptan expresamente.

Una conciliación comienza cuando una parte la propone y la otra acepta. Puede haber hasta tres conciliadores. Si las partes no llegan a un acuerdo sobre quién será el conciliador, podrán delegar su elección a una institución, pero a diferencia de las reglas de arbitraje, no hay procedimiento obligatorio de elección del conciliador. Éste podrá hacer una propuesta de arreglo que las partes aceptarán o no.

Durante el proceso de conciliación, las partes se comprometen a no iniciar ningún otro requerimiento con respecto a esa disputa, excepto aquellas medidas necesarias para preservar los derechos de cada parte. Las reglas no prevén qué pasaría si la conciliación fracasa, pero las partes pueden establecer que en este caso la disputa se someterá a arbitraje.¹⁷⁰

Ley modelo de arbitraje comercial internacional

Por la gran divergencia existente entre las diferentes leyes nacionales de arbitraje, la CENUDMI prepara y adopta en 1985 esta LEY MODELO. La Asamblea General de las Naciones Unidas recomienda su aplicación el 11 de diciembre de 1985, es decir, que todos los Estados deberían considerar la ley modelo en vista de las necesidades del comercio internacional.

A esta fecha, los países están poco a poco adaptando sus legislaciones nacionales a este modelo; sin embargo la uniformidad del procedimiento arbitral para que sea alcanzada, pensamos que aún es un ideal para el futuro. Aun cuando la adopte un país como legislación propia, la ley modelo en sí misma no tiene efecto legal directo en la jurisdicción nacional y no parece conveniente aceptarla íntegramente, sino en lo que le resulte ventajoso.¹⁷¹

La Ley Modelo puede ser nacionalizada, es decir, adoptada por los mecanismos pertinentes en cada jurisdicción nacional, de acuerdo a sus propias especificidades.

¹⁷⁰ . De cualquier modo, la parte perjudicada es libre de llevar el caso a la justicia. La persona que ha actuado como conciliador no actuará como árbitro si después la cuestión es sometida a arbitraje, pero se entiende que esta regla puede ser dejada de lado por acuerdo de ambas partes.

¹⁷¹ . GRIGERA NAÓN, *La ley modelo sobre arbitraje comercial internacional y el derecho argentino*, LL, 1989-A-1021.

2.4.2. CORTE DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL PARÍS- CCI

A decir de Marzorati¹⁷², ésta es una de las más importantes instituciones internacionales para arbitrar. Es ampliamente utilizada y goza de la confianza y el respeto de los hombres y mujeres de negocios de todo el mundo.

Desde la creación de la Corte Internacional de Arbitraje en 1923, el arbitraje de la CCI se ha visto constantemente enriquecido por la experiencia adquirida a través del examen de más de trece mil casos que, hoy en día, involucran anualmente a partes y árbitros originarios de más de 100 países en un contexto jurídico, económico, cultural y lingüístico de gran diversidad.¹⁷³

El Reglamento de Arbitraje de la CCI, vigente a partir del 1o. de enero de 1998 constituye la primera revisión importante del Reglamento en los últimos 20 años y es fruto de un intenso proceso consultivo a nivel mundial. Las modificaciones realizadas tienen como fin disminuir retrasos y ambigüedades y llenar ciertas lagunas tomando en cuenta la evolución en la práctica del arbitraje. Sin embargo, las características fundamentales del sistema de arbitraje de la CCI, principalmente su universalidad y flexibilidad, así como el papel que juega la Corte Internacional de Arbitraje en la administración de los procesos arbitrales, no han sido alteradas.

Durante el proceso, todo arbitraje CCI es confiado a un tribunal arbitral responsable del examen del fondo del asunto y de dictar un laudo definitivo. Cada año, arbitrajes de la CCI son conducidos en numerosos países, en muchos de los idiomas más importantes y con árbitros provenientes de todo el mundo. El trabajo de dichos tribunales arbitrales está supervisado por la Corte Internacional de Arbitraje, que se reúne cada semana. Compuesta en la actualidad por miembros de más de 80 países, la función de la Corte es organizar y supervisar los arbitrajes que se lleven a cabo bajo el Reglamento de Arbitraje de la CCI.

La Corte está siempre atenta a los cambios en el derecho y práctica del arbitraje en el mundo y en permanente labor de adaptación de sus métodos de trabajo para así responder de mejor manera a las necesidades de las partes y de los árbitros. Para la gestión cotidiana de los casos en

¹⁷² . MARZORATI, op. cit. págs. 378- 380.

¹⁷³ . www.iccarbitration.org

diversos idiomas, la Corte Internacional de Arbitraje dispone de una Secretaría cuya sede se encuentra en la Cámara de Comercio Internacional en París.¹⁷⁴

La Corte de Arbitraje no es una institución gubernamental, forma parte de la Cámara de Comercio Internacional, que es una institución privada con asiento en París. Las reglas de la Corte de Arbitraje de la CCI estuvieron en vigencia desde el 1° de junio de 1975, con las reformas de 1988. La publicación n° 291 de la CCI contenía las reglas de 1975; fue reemplazada por la n° 447 que contiene las reglas vigentes desde el 1° de enero de 1989. Las actuales Reglas de Arbitraje de la CCI están vigentes desde el 1 de enero de 1998.¹⁷⁵ El arbitraje está abierto a cualquiera, sea o no miembro de la institución. Además, las partes pueden optar por la conciliación.

Hay una comisión administrativa para conciliaciones y para cada disputa se constituye un comité de tres miembros. La Corte de Arbitraje no resuelve disputas por sí misma, pero cuando las partes no logran acuerdo en la designación de los árbitros, la Corte elige un comité nacional de cuya lista de personas competentes y apropiadas se escoge un candidato.

El árbitro único o el presidente del tribunal arbitral son elegidos por pertenecer a países de los cuales las partes no son ciudadanos. El arbitraje se inicia a pedido expreso a la Secretaría de la Corte de Arbitraje a través del comité nacional de quien lo solicita o bien directamente a las oficinas centrales; la fecha en que el pedido es recibido por la secretaría es considerada como la fecha de comienzo del proceso arbitral.

Las reglas de arbitraje de la CCI proveen un reglamento que intenta ser autosuficiente en el sentido de cubrir todos los aspectos del arbitraje sin necesidad de ningún recurso o sistema municipal de leyes ni otra ayuda judicial. Las tres principales características del arbitraje de la Cámara son:

1. Antes de comenzar, el árbitro preparará un "acta de misión" y, si es posible, hará que las partes la firmen.

¹⁷⁴ . Idem.

¹⁷⁵ . The current (actual) Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce came into effect on 1 January 1998. They include the costs scales effective as of 1 July 2003. www.iccarbitration.org

2. Antes de que el árbitro firme el laudo, someterá su proyecto a la aprobación de la Corte de Arbitraje.

3. Los costos del arbitraje serán cubiertos por un depósito que las partes normalmente tienen que pagar a la Corte por adelantado y por partes iguales.¹⁷⁶

El objeto del “Acata de Misión”, para Marzorati, es determinar con certeza los puntos en disputa ante el árbitro. El examen o escrutinio del proyecto de laudo para la Corte de Arbitraje tiene como objeto asegurar que su ejecución sea posible en el país donde será pedida. La Corte podrá ordenar modificaciones de forma, respetando la libertad de decisión del árbitro, y también llamar su atención sobre puntos de fondo.

El arbitraje es normalmente de derecho, pero las partes pueden convenir y pedir que sea *ex aequo et bono* o de equidad. En algunos temas, como en reaseguros, se puede pactar que el convenio debe ser interpretado como un “compromiso honorable”. Ello no quiere decir que el árbitro ignore la ley, sino que al interpretar el contrato debe dejar de lado ciertos formulismos o tecnicismos legales.

Si bien el Reglamento de Arbitraje de la CCI ha sido especialmente diseñado para arbitrajes en un contexto internacional, puede también ser utilizado para casos que no sean internacionales.

Recuerda a las partes la conveniencia de indicar, en la cláusula de arbitraje, el derecho aplicable al contrato, el número de árbitros, la sede y el idioma del arbitraje. El Reglamento de Arbitraje de la CCI no limita la libertad de las partes de elegir el derecho aplicable, la sede del arbitraje y el idioma del proceso arbitral. Los usuarios no deben olvidar que ciertos sistemas jurídicos exigen que la cláusula de arbitraje sea expresamente aceptada por las partes o estipulada de acuerdo con formalidades particulares.

La CCI recomienda a todas las partes que deseen recurrir al arbitraje de la CCI, que incluyan la siguiente cláusula modelo en sus contratos:¹⁷⁷

“Todas las desavenencias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento.”

¹⁷⁶ . Idem, p. 379.

¹⁷⁷ . www.iccarbitratio.org

El proceso arbitral administrado por la CCI responde a las complejas exigencias que en la actualidad tienen los inversionistas para solucionar las disputas que se presentan en la ejecución de los diversos contratos. Este procedimiento otorga a las partes una garantía de rapidez, eficiencia e imparcialidad para la solución de todos los conflictos.¹⁷⁸

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LONDRES – LCIA

Ésta es una organización tripartita, apoyada por la Cámara de Comercio de Londres, la Corporación Ciudad de Londres y el Instituto de Árbitros¹⁷⁹, y es administrada por este último. Tiene su sede en el Centro Internacional de Arbitraje, en Londres, y sus reglas son conocidas como LCIA. Esta Corte ha preparado muchos paneles de árbitros que contienen los nombres de muchas prominentes personalidades internacionales. Este tribunal tiene una sólida reputación, particularmente en temas marítimos. También entrega una tabla de honorarios por arbitraje, con costos razonables, sostiene Marzorati.¹⁸⁰

2.4.4. AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION - AAA¹⁸¹

En los Estados Unidos, un gran número de arbitrajes comerciales se rigen por el acta de arbitraje de este país, *United States Arbitration Act*, que se aplica a todas las transacciones comerciales interestatales y extranjeras, o causas de almirantazgo, y que predomina sobre las leyes locales en la materia. El acta a que nos referimos es la ley arbitral estadounidense de 1925, con sus reformas. Como complemento existe el Acta de Arbitraje Uniforme, *Uniform Arbitration Act*, que con algunas variaciones, fue adoptada por cuarenta y seis jurisdicciones estadounidenses en 1984.

La más importante de las instituciones de arbitraje de los Estados Unidos es la Asociación Americana de Arbitraje, *American Arbitration Association*, AAA, que tiene su sede en Nueva York. Ha publicado varios conjuntos de reglas de arbitrajes. En las transacciones de comercio internacional son importantes las reglas de arbitraje comercial, *Commercial Arbitration Rules*,

¹⁷⁸ . MARCHÁN Juan Manuel, *El procedimiento Arbitral administrado por la Corte Internacional de Arbitraje*, ponencia sustentada en la UASB, noviembre 2003, p. 16.

¹⁷⁹ . Chartered Institute of Arbitrator.

¹⁸⁰ . MARZORATI Oswaldo, op. cit. pág. 381.

¹⁸¹ . Idem, págs. 381-382.

completadas por los procedimientos complementarios para el arbitraje comercial internacional, *Supplementary Procedures for International Commercial Arbitration*.

Las reglas de arbitraje comercial provistas por la Asociación Americana de Arbitraje, AAA, establecen un panel nacional de árbitros. Las reglas, además, adoptan la llamada "lista de procedimiento" por si las partes no han elegido un árbitro o no han acordado otro método para elegirlo; en este procedimiento la institución somete simultáneamente a consideración de cada parte una lista idéntica de personas elegidas del panel, y las partes pueden tachar nombres o indicar un orden de preferencia, la institución, entonces, invita a las personas aprobadas en ambas listas, de acuerdo al orden de preferencia, para que actúen como árbitros.

La Asociación Americana de Arbitraje tiene también publicadas por separado reglas para procedimientos bajo las de arbitraje de la UNCITRAL, si las partes deciden llevar a cabo el arbitraje bajo esas reglas.

2.4.5. CENTRO INTERNACIONAL PARA LA RESOLUCIÓN DE DISPUTAS DE CONTRATOS DE INVERSIÓN – CIADI - ICSID¹⁸²

En 1965 fue celebrada la Convención para la Solución de Disputas de Inversión entre Estados y Ciudadanos de otros Estados, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of other Status*, en Washington.

Esta Convención, que durante muchos años contó con escasas ratificaciones, fue creciendo en adhesiones con motivo de los numerosos tratados de protección y estímulo que se han firmado en todo el mundo, así como en su momento se firmaron los tratados de comercio y amistad. No cabe duda de que el soslayamiento de la Doctrina Calvo¹⁸³ en Latinoamérica ha permitido el crecimiento del Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje del Banco Mundial.

En 1988 había sido ratificada por ochenta y nueve países, entre ellos los Estados Unidos, Gran Bretaña, Francia, Alemania, casi todos los países latino americanos, incluido el Ecuador, Registro Oficial 386, 3-III-86. Esta Convención fue apoyada por el Banco Mundial, funciona bajo su jurisdicción, establece la formación de un centro internacional para la solución de disputas

¹⁸² CIADI – ICSID: The international Centre for settlement of investment disputes.

¹⁸³ . Doctrina Calvo (argentino), basada en dos principios: 1. Soberanía del Estado; y 2. Igualdad entre nacionales y extranjeros.

de inversión en la oficina principal del Banco, en Washington. Esta oficina pone facilidades al alcance de Estados contratantes e inversores extranjeros que sean ciudadanos de otros Estados contratantes, y que tengan acceso a una base voluntaria para la solución de disputas entre ellos de acuerdo con las reglas establecidas en la Convención.

El método de solución de controversias puede ser conciliación o arbitraje; o conciliación seguida de arbitraje, en caso de que los esfuerzos de conciliación fracasen. La iniciativa de tal procedimiento podría provenir del Estado, así como también del inversor. El Centro no actúa por sí mismo como conciliador o árbitro, pero mantiene paneles de personas especialmente calificadas de donde los conciliadores o árbitros pueden ser seleccionados por las partes, y provee las facilidades necesarias para la conducción del proceso. Una vez que el Estado y el inversor extranjero han acordado usar las facilidades que otorga el Centro, se les requiere que lleven a cabo su acuerdo, dando debida consideración a las recomendaciones del conciliador, en su caso, las partes se obligan a acatar el laudo arbitral.

Es más, todos los Estados contratantes, sean o no partes de la disputa, son llamados a reconocer los laudos arbitrales emitidos de acuerdo con la convención como obligatorios y a ejecutar las obligaciones pecuniarias impuestas por él.

El Centro ha publicado cuatro tipos de reglas, regulaciones administrativas y financieras, las reglas de la institución, las reglas de arbitraje y las reglas de conciliación. Éstas, junto a la Convención, fueron reunidas bajo el título: Documentos Básicos del Centro Internacional para la Solución de Disputas de Inversiones - *ICSID Basic Documents*, que son frecuentemente consultados en los países, por prestadores de servicios públicos o de interés general, particularmente, si los esfuerzos conciliatorios con las empresas privatizadas y las renegociaciones con las empresas concesionarias, mayormente de capital extranjero, no culminan en acuerdos mutuamente satisfactorios. Son más de treinta los procesos conciliatorios iniciados por inversores extranjeros ante el Centro.¹⁸⁴

¹⁸⁴ . Síntesis tomada de Marzorati, op. cit. págs. 382 – 388.

2.4.6. ARBITRAJE EUROPEO¹⁸⁵

La *European Convention on International Commercial Arbitration* fue firmada el 21 de abril de 1961 en Ginebra, y entró en vigencia el 7 de enero de 1964. La convención fue apoyada por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas. Esta Convención procura superar dificultades en el arbitraje comercial entre países de diferente orden económico; prevé que las partes serán libres de someter su disputa a una institución permanente de arbitraje o a un tribunal arbitral ad hoc y provee reglas cuando éstas no pueden acordar la composición del tribunal o una no coopera con la otra en tales preparativos. Se constituye un "Comité especial" de tres miembros: uno designado por la Cámara de Comercio Internacional, otro por los países donde no existe comité nacional de la Cámara de Comercio Internacional.

Disposiciones de la Convención dignas de destacar son que ciudadanos extranjeros pueden ser designados como árbitros, los árbitros podrán actuar como amigables componedores si las partes lo deciden, ello es posible, bajo la ley aplicable al arbitraje, que personas jurídicas de derecho público, tales como corporaciones de comercio exterior de países de economía planificada, tengan el derecho de celebrar acuerdos arbitrales válidos.

La Comisión Europea de las Naciones Unidas ha apoyado las Reglas de Arbitraje Europeo de la Comisión Económica Europea, *Economic Commission for Europe's Arbitration Rules*, 1966, que pueden ser adoptadas por las partes en un contrato. Como la Convención de 1961, tienen por objeto asistir a las partes en la constitución de tribunales cuando hay dificultades o el demandado no coopera. Las partes designan ciertas autoridades de elección que, en principio, son cámaras de comercio nacionales, concluye Marzorati.

3. EXPECTATIVAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN LATINOAMÉRICA Y ECUADOR

Según varios autores, el reconocimiento y ejecución de las sentencias y laudos extranjeros es uno de los temas más difíciles del derecho internacional privado. Durante mucho tiempo se

¹⁸⁵ . Idem, p. 388.

dificultó el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras. Los países han tratado de sortear el problema adhiriendo a convenciones internacionales o dictando disposiciones internas.

Existen normas regionales en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias y de laudos extranjeros en los siguientes códigos y tratados:

- a. Derecho Procesal Internacional de Montevideo, de 1889;
- b. Derecho Procesal Internacional de Montevideo, de 1940;
- c. Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Extranjeros de Montevideo, de 1979 (vigente entre Argentina, Colombia, Ecuador, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela; y modificada en Montevideo en 1989).
- d. Convención de Nueva York, de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros, y
- e. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá 1975.
- f. Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, Montevideo, 1979.

IMPLICACIONES DEL EXEQUÁTUR

EXEQUÁTUR, proviene del latín, significa “*cúmplase o sígase hasta el fin*”. El Exequátur es un proceso judicial, un proceso de conocimiento y no de ejecución. Se trata de comprobar a través de él, si un laudo extranjero reúne o no los requisitos a fin de que pueda quedar expedita la vía de la ejecución. De este modo se distingue del proceso arbitral que culminó con el dictamen del laudo. En el proceso se dirimió el conflicto; en el trámite de exequátur se examina su regularidad formal, material y procesal.¹⁸⁶

Los requisitos que se enuncian seguidamente fundamentan esta figura jurídica, tanto para la sentencia judicial como para la arbitral, ya que en nuestro país el exequátur convierte la sentencia extranjera en una sentencia nacional y permite su ejecución en este territorio.

¹⁸⁶ . SANTOS BELANDRO Rubén, Seis lecciones sobre arbitraje privado, pág. 198.

El procedimiento de exequátur es un proceso de conocimiento, que no revisa la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso, sólo si se ha respetado el principio de defensa en juicio, si no se conculcan reglas de orden público y otras formalidades¹⁸⁷.

Los requisitos que determinan la aplicación del exequátur señalamos con Marzorati¹⁸⁸ los siguientes:

1. La sentencia extranjera debe ser definitiva;
2. La sentencia extranjera debe provenir de un tribunal competente;
3. Garantía de defensa en juicio;
4. Orden público;
5. Inmunidad de jurisdicción; y,
6. Inmunidad de jurisdicción de los organismos internacionales.
7. Inmunidad de ejecución

3.1.1. LA SENTENCIA EXTRANJERA DEBE SER DEFINITIVA

Quiere decir que debe tener el efecto de la cosa juzgada. Idéntica solución exigen los tratados de Montevideo de 1940, 1979 y 1989. Pero, ¿Se trata de cosa juzgada material o cosa juzgada formal? La doctrina parece dividida. En todo caso, debe ser cosa juzgada en el país donde se dictó la sentencia y no en el que debe surtir efectos; lo contrario implicaría revisar la sustancia del asunto, lo cual está particularmente prohibido.

3.1.2. LA SENTENCIA EXTRANJERA DEBE PROVENIR DE TRIBUNAL COMPETENTE

La jurisdicción internacional y ecuatoriana así lo exigen, ninguna sentencia que infrinja ese ámbito será reconocida o validada en la República. La Convención de Bruselas sobre Materias Comerciales trata de que haya un solo juez competente, en principio el del domicilio del demandado. A esa competencia general se le agrega la especial, en razón del cumplimiento de un contrato, o una competencia adicional debido a reclamos que involucren seguros o cuestiones de protección al consumidor.

¹⁸⁷ . MARZORATI, op. cit., p. 394.

¹⁸⁸ . Idem, págs. 395-411.

No basta que el tribunal extranjero se haya declarado competente, sino que, de acuerdo con las normas nacionales de jurisdicción internacional, el tribunal extranjero resulte competente.

3.1.3. GARANTÍA DE DEFENSA EN JUICIO

La citación personal requerida es un principio general del derecho de defensa. Este procedimiento que se utiliza frecuentemente consiste en notificar mediante abogado, por ejemplo, a un residente ecuatoriano de una demanda en el extranjero, darle copias de ella y del término para contestarla, notificarlo acerca de una audiencia y más autos o resoluciones.

3.1.4. ORDEN PÚBLICO

¿Se trata de los principios de orden público internacional o de orden público local?. Los tratados de Montevideo de 1889, 1940 y 1989 se refieren a leyes de orden público del país de cumplimiento, lo que deja abierto un problema de calificación respecto de si ese orden público es interno o internacional del Estado donde se solicita el cumplimiento.

El Tratado de Montevideo de 1979 dispone en su art. 2º, inc. h, que no se pueden reconocer laudos o sentencias extranjeras manifiestamente contrarios a los principios o a las leyes de orden público del Estado. Sobre el mismo tema, la Convención de Nueva York, vigente en nuestro país, en su art. V, 2, b se limita a denegar el reconocimiento o ejecución de la sentencia si comprueba que serian contrarios al orden público de ese país. Es dable verificar la diferencia entre ambas convenciones y, como ya observamos, pensamos que ambas son conceptualmente incompatibles.

Pero, en cualquier caso, en la sentencia extranjera no puede revisarse el fondo del asunto, ni la ley de conflicto que utilizó, ni cómo resolvió las cuestiones previas, ni las normas materiales que aplicó.

3.1.5. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

Es un atributo de todo Estado extranjero que, basándose en el principio *par in parem non habet imperium*, impide que otro Estado ejerza jurisdicción sobre los actos que realice en ejercicio de su potestad soberana o sobre los bienes de los cuales es titular y utiliza en el ejercicio de dicha potestad.

En el siglo XX, luego de la Primera Guerra Mundial coexistieron la inmunidad absoluta, práctica predominante de los Estados; y, la restringida, que les reconocía inmunidad para con sus actos soberanos o de derecho público (*iure imperii*), pero no en cuanto a sus actos comerciales o de derecho privado (*iure gestionis*), es decir, aquellos actos que pueden ser realizados por una persona física o jurídica que no comprometen la autonomía, soberanía o poder estatal y que por tanto no requieren un resguardo jurídico específico. Esta última posición ha reemplazado en forma progresiva la teoría de la inmunidad absoluta de los Estados, en los últimos años.

3.1.6. INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Esta inmunidad se funda en la teoría funcional, la cual establece que las organizaciones internacionales gozan de privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos y sus fines, y proveer a sus miembros el ejercicio independiente de sus funciones. El art. 105 de la Carta de las Naciones Unidas receipta este fundamento. La teoría de la extraterritorialidad y la teoría representativa como razón de ser de la inmunidad de las Organizaciones Internacionales se descarta de plano, ya que éstas no tienen jurisdicción territorial, y tampoco el atributo de soberanía que poseen los Estados, pues sus competencias son asignadas por los Estados miembros de ellas en los tratados constitutivos de las mismas. Reconocer inmunidad de jurisdicción a las OI implica reconocerles personalidad jurídica en el ámbito internacional.

Se reconoce internacionalmente, a partir de la Carta de las Naciones Unidas, que la inmunidad de jurisdicción es amplia y se extiende a toda forma de proceso jurídico. Sin embargo, difiere la inmunidad reconocida a ellas de aquella reconocida a los Estados, atento el hecho tático de que las OI carecen de soberanía, no pudiendo entonces ejecutar actos *iure imperi*.

3.1.7. INMUNIDAD DE EJECUCIÓN

La renuncia a la inmunidad de jurisdicción no extraña renuncia a la inmunidad de ejecución, que debe ser expresa. No existe un procedimiento específico para ejecutar bienes de un Estado extranjero que haya sido sancionado por un tribunal ecuatoriano, por ejemplo. Por otra parte, siendo la sentencia contra el Estado ecuatoriano, en principio, declarativa, el mismo trato

correspondería por principio de derecho de gentes otorgar a los Estados extranjeros en nuestro país.

Así, la inmunidad de ejecución no es asimilable a la inmunidad de jurisdicción. A tal punto que la renuncia a esta última no implica ni conlleva una renuncia a aquélla, requiriéndose que la renuncia a la inmunidad de ejecución sea expresa, clara e inequívoca. Esto se debe principalmente a los atributos sobre los que recae este privilegio y que pretende salvaguardar: la igualdad y la soberanía de los Estados.

Parecería que la inmunidad de ejecución es más absoluta que la inmunidad de jurisdicción, pues un Estado puede ser condenado, pero no puede ser obligado a cumplir la condena. Muchos Estados no reconocen la ejecución forzada contra un Estado extranjero; además entre la turbación de las relaciones exteriores y el perjuicio de un particular que aun obteniendo una condena a su favor no obtiene el resarcimiento que le corresponde, es preferible esto último.

Por todos estos motivos, la teoría de la inmunidad de ejecución relativa fue abriéndose paso muy lentamente en la comunidad internacional en reemplazo de la teoría absoluta. El fundamento de la teoría relativa de inmunidad de ejecución a los fines jurídicos y de derecho internacional, yace en la naturaleza comercial de un acto o relación contractual y la conexión entre un acto o relación comercial y determinado foro, unido al efecto directo que la obligación o su incumplimiento producen en dicho foro, concluye Marzorati.

3.2. EL PROCEDIMIENTO DEL EXEQUÁTUR EN LAS CONVENCIONES DE NUEVA YORK, PANAMÁ Y MERCOSUR

Para proceder, el primer requisito es que la cuestión sea arbitrable. En nuestro sistema arbitral, art. 1, no pueden comprometerse en árbitros aquellas materias que no pueden ser objeto de *transacción*.¹⁸⁹

Si el arbitraje se desarrolla en el extranjero, pero se lauda en el Ecuador, ¿cuál es la "nacionalidad" del laudo?, sabiendo que el laudo debe ser ejecutado como uno nacional, y por lo tanto, exento del juicio de exequátur. La respuesta está en el art. 32, inc. 3° de nuestra ley que

¹⁸⁹ . En otras legislaciones, como la argentina por ejemplo, no pueden comprometerse en árbitros las cuestiones que estén fuera del comercio, las cuestiones de familia o aquellas cuya renuncia no esté prohibida por las leyes.

expresamente dispone que los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo.

La Convención de Nueva York en el art. III, señala expresamente que,

"... Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o ejecución de las sentencias arbitrales nacionales".

La Convención de Panamá, art. 4, consagra tratamiento similar con los laudos nacionales:

"... Su ejecución o reconocimiento podrá exigirse en la misma forma que la de las sentencias dictadas por tribunales ordinarios nacionales o extranjeros, según las leyes procesales del país donde se ejecuten, y lo que establezcan al respecto los Tratados internacionales".

Las dos mencionadas Convenciones mencionan las causales permitidas para oponerse al reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero. Disponen que sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia a instancia de la parte contra la cual es invocada, sí ésta prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a. que las partes en el acuerdo a que se refiere el art. 5.1¹⁹⁰, estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiese indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia: o b. que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón hacer valer sus medios de defensa.¹⁹¹

Santos continúa aseverando que, también se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pida el reconocimiento y la ejecución comprueba:

"a. que según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje: o

¹⁹⁰ . Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá 1975.

¹⁹¹ . SANTOS Rubén, op. cit. p. 203.

b. que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público de ese país".¹⁹²

El Acuerdo del MERCOSUR, no tiene un procedimiento específico y propio¹⁹³. El art. 23 simplemente se remite a otras Convenciones ya aprobadas por los Estados Parte del Tratado de Asunción. Dispone que para la ejecución del laudo o sentencia arbitral extranjera se aplicarán, en lo pertinente, dice, las disposiciones de la *Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial internacional* de Panamá de 1975.

3.3. EXPERIENCIA LATINOAMERICANA EN MATERIA DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

A lo largo del presente trabajo hemos analizado el contexto jurídico y doctrinario del arbitraje internacional en los países latinoamericanos y ecuatoriano; y, en este punto nos referiremos de una forma más concreta a las experiencias en materia de de arbitraje comercial internacional. A nivel regional, hasta finales del siglo XX, doctrinariamente el Estado estaba omnipresente en toda actividad económica de los países latinoamericanos y había una reticencia a ceder "soberanía" jurisdiccional en los conflictos que involucraban al Estado-nación, influenciados por la denominada "Doctrina Calvo".¹⁹⁴

El arbitraje interno e internacional está íntimamente ligado al comercio, el desarrollo económico y sobretodo las relaciones de negocios se han visto reflejados en la legislación, la jurisprudencia y la práctica del arbitraje en la región. La tendencia de estos cambios se ha dirigido, en última instancia, a satisfacer los estándares internacionalmente aceptados en materia de resolución de conflictos.

¹⁹² . Convención de Nueva York, 1859, art. V, 2.

¹⁹³ . Idem, p. 204.

¹⁹⁴ . La doctrina Calvo (jurista y diplomático argentino del siglo XIX) se vio plasmada en legislaciones y tratados, en los cuales se obligaba al inversionista extranjero a renunciar a la protección diplomática y a someter cualquier disputa en la que fuera parte un Estado ante los tribunales de ese mismo Estado. La doctrina Calvo, basada en los principios de soberanía del Estado y de igualdad entre nacionales y extranjeros, estuvo vigente en los países de la región en mayor o menor grado hasta los años ochenta. Por ejemplo las prohibiciones constitucionales a los extranjeros a acogerse a la protección diplomática, por ejemplo, el artículo 14 de la Constitución Política de Ecuador de 1998. Ver también las Constituciones de Bolivia, México y Venezuela.

En estos últimos años, es importante mencionar la inclusión del arbitraje como mecanismo efectivo para la resolución de disputas en los tratados de libre comercio, en los tratados de integración regional y los acuerdos bilaterales de protección de inversión extranjera.¹⁹⁵

3.3.1. EXPERIENCIAS LEGISLATIVAS Y JURISPRUDENCIALES

Si bien el derecho a dirimir las controversias por medio de arbitraje está reconocido en las leyes de los Estados latinoamericanos, en algunos casos incluso en la Constitución¹⁹⁶, existe una reacción natural por parte de los jueces de proteger el sistema judicial estatal, interpretando el poder de intervenir en los procesos arbitrales de una manera amplia y a veces hasta excesiva.

Es así como se ha evidenciado un desarrollo más lento o menos uniforme en la jurisprudencia, que en la legislación. Nos referiremos solamente a algunos casos más recientes en la región:

1. Vale la pena mencionar el caso de Panamá, donde la Corte Suprema declaró, en 2001, inconstitucional la disposición de la ley de arbitraje que otorga a los árbitros el poder de decidir sobre su propia competencia, pero en el 2004 se realizó una reforma constitucional, dentro de la cual se solucionó el problema.
2. En Argentina, en abril de este año un juez federal impuso a una de las partes en un arbitraje CCI abstenerse de participar en él hasta tanto un juez estatal dictara la sentencia final sobre la interpretación de la cláusula arbitral. Si la parte no cumple con la orden, el juez ordenó la imposición de una multa de USD 7 millones incrementada por USD 1 millón por cada día de demora. Dicho fallo se dictó en seguimiento a una medida cautelar tomada en septiembre de 2004, mediante la cual se obliga a las partes a suspender toda actividad en el procedimiento CCI bajo pena de persecución penal.
3. El caso COPEL en Brasil, donde el Tribunal del Estado de Paraná confirmó una sentencia proferida por un juez inferior en el sentido de ordenar a las partes a suspender un arbitraje CCI

¹⁹⁵. JIMÉNEZ Dyalá, *Perspectiva de la ICC sobre el Arbitraje Internacional en América Latina*, Ponencia presentada en Quito, 9 de septiembre del 2005. Directora para América Latina, Servicio de Resolución de Controversias de la ICC.

¹⁹⁶. Por ejemplo en Ecuador, artículo 191 de la Constitución: Art. 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional (...) Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

mientras se resolvía la cuestión de la validez de la cláusula arbitral. La sede del arbitraje era París. Fallo del 26 de junio de 2003.

Pero, también hay casos positivos:

1. En México, la Corte Suprema reconoció el poder del árbitro para decidir cuestiones procesales (en un arbitraje doméstico, Telmex y Megacable, 30 de junio del 2004). En otro caso, donde un tribunal se negó a revisar un laudo internacional (2002).
2. En Uruguay, se reconoció un laudo extranjero por no haberse probado que el orden público internacional se violó (VAO Techmashexport, 2004);
3. En Chile, la Corte Suprema confirmó las decisiones de dos cortes inferiores al interpretar en favor de referir un caso a arbitraje en Londres cuando la cláusula así lo establecía (British Car y Rover Exports, 13 de septiembre de 2004).

Argentina es un caso particular, tras algunos años de jurisprudencia favorable para el arbitraje internacional, se teme que llegue una ola de decisiones judiciales negativas para el arbitraje comercial internacional, manifiesta Dyalá Jiménez¹⁹⁷. Como es conocido, Argentina actúa como demandada en una gran cantidad de casos CIADI¹⁹⁸, relacionados con la crisis del 2001. Está por verse en qué medida la Corte Suprema de la Nación va a mostrarse dispuesta a revisar los laudos que se relacionen con normas constitucionales.

3.3.2. EXPERIENCIAS DE ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LA REGIÓN

Previamente, es importante enumerar algunos fenómenos de la práctica del arbitraje en nuestra región y cómo constituyen las bases para un arbitraje cada vez más internacional y moderno. Algunos ejemplos son: la transición de un concepto de coárbitro como segundo abogado de la parte a un coárbitro independiente y neutral; el practicar audiencias orales; el utilizar un "discovery" limitado para evacuar la prueba; el permitir que los peritos sean nombrados por las partes; el redactar los escritos en estilos más sintéticos e incluyendo más hechos que derecho. Otro elemento de la realidad del arbitraje en la región es que se ven cada vez más abogados y árbitros latinoamericanos en la constelación de practicantes; de hecho, los estudios jurídicos de la región

¹⁹⁷ . Directora para América Latina, Servicio de Resolución de Controversias de la ICC.

¹⁹⁸ . CIADI, Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias sobre Inversiones. ICSID en inglés.

empiezan a contar con abogados especialistas en la materia y comienzan a jugar un papel más activo en los casos.

Vemos también que los Estados o las empresas estatales de la región han decidido participar activamente en los casos cuando son demandados, mientras que hace algunos años actuaban en rebeldía.

Según informes de la CCI, nuestra región, junto con Asia, ha sido el área de mayor crecimiento en los últimos años. Ello se mide de tres maneras: número de partes, número de ciudades como sedes de arbitraje internacional y nombramiento de árbitros.

1. El número de partes provenientes de América Latina y el Caribe permanece en 192, igual que en el 2003. El año 2004 esta cifra representó un 11,4% de todas las partes, mientras que en el 2003 representaba un 12,1%. México, Argentina y Brasil constituyen las nacionalidades más frecuentes en arbitrajes CCI, casi la mitad de las partes latinoamericanas.

2. El número de ciudades latinoamericanas escogidas como sede del arbitraje ha casi doblado en el 2004, constituyendo un 8,3% de las sedes de arbitraje en el mundo. Argentina, México y Brasil, en ese orden, constituyen las sedes más comunes para esos casos.

3. En relación con la confirmación o el nombramiento de árbitros de la región, un 9,9% de los nombramientos provienen de la región, Argentina, México y Brasil, mientras que en el 2003 era un 9%.

Lo importante de notar aquí es la relación entre el número de partes, por un lado y, por el otro, el número de las sedes y los árbitros. Entre menos diferencia haya entre esas cifras, hay un mayor desarrollo en el arbitraje; pareciera que vamos en esa dirección, concluye Dyalá Jiménez.

La CCI crea una dirección regional en Chile en abril del 2004, con el fin de dar a conocer aun más el sistema de arbitraje de la Corte y contribuir al desarrollo del arbitraje comercial internacional latinoamericano.

En suma, los esfuerzos en materia de arbitraje comercial internacional en América Latina están dirigidos a consolidar el arbitraje como mecanismo idóneo para la solución de controversias comerciales y a participar activamente en pos de esta meta. Se busca reafirmar la autonomía, la

despolitización y la internacionalización del arbitraje, además de una mayor y más sofisticada o más profesional participación de abogados y árbitros de la región. El mayor reto reside en los jueces, quienes en definitiva le dan forma al arbitraje y, de esa manera, influyen en el desarrollo económico de la región.

3.3.3. CASO ARGENTINO

En Argentina, el caso más relevante de los decididos hasta la fecha por el ICSID¹⁹⁹ es, sin duda, el de la Compañía Aguas del Aconquija SA, que involucra a esta sociedad y a su contratante francesa, Compagnie Générale des Eaux (CGE), que luego vendió su parte a Vivendi Universal. La actora dedujo una acción arbitral ante el Centro Internacional para la Solución de Disputas de Inversiones contra la República Argentina por una inversión en la provincia de Tucumán, donde a la reclamante le había sido adjudicada la concesión del sistema de provisión de agua corriente. Detalles en extenso confrontar en Anexo n° 05.

3.3.4. CASO ECUATORIANO – “OXY”

Ecuador en julio del 2004 fue notificado con el laudo del Tribunal Arbitral de Londres, que falló a favor de la petrolera y que dictaminó que el Estado ecuatoriano debía pagarle 75 millones de dólares americanos por concepto de devolución del Impuesto del Valor Agregado (IVA), más impuestos y liquidación del costo del Tribunal externo. Detalles en extenso consultar en Anexo n° 06.

¹⁹⁹ . ICSID: Internacional Centre Settlement investment Disputes. CIADI en español.

CONCLUSIONES

Al finalizar el estudio acerca del tema: “Arbitraje Comercial Internacional desde una perspectiva latinoamericana y ecuatoriana”, arribamos a las siguientes conclusiones:

1. La pregunta central entorno a la cual se desarrolla la tesis es: ¿Cuáles son las perspectivas del Arbitraje Internacional en los escenarios comerciales latinoamericano y ecuatoriano? Observamos que en la última década los países latinoamericanos han promovido economías de libre mercado y están impulsando la inversión extranjera; lo que implica que sus países garanticen seguridad en sus estructuras económicas y legales, reglas de juego claras y estables para la solución de controversias. Sin embargo, aún se observa, poca familiaridad con los procedimientos arbitrales, existe riesgo de que los tribunales de justicia se inclinen hacia la parte nacional o transnacional, corrupción de los jueces y retardos injustificados en la administración de justicia.
2. Cuando surge una controversia comercial internacional, es decir entre partes de distintos países, éstas tienen la legítima aspiración de que su asunto se resuelva de forma neutral, en igualdad de condiciones y con las mismas oportunidades procesales y reglas de juego claras. Observamos que los protagonistas del comercio internacional están optando por resolver sus controversias mediante el arbitraje. Las partes son libres de escoger el lugar del arbitraje, la jurisdicción del tribunal, las reglas sustantivas y adjetivas aplicables y el idioma del proceso, según mejor les convenga a sus intereses.²⁰⁰
3. El reconocimiento internacional de los laudos arbitrales es esencial en el Arbitraje. En Ecuador, los laudos extranjeros son ejecutables, en forma similar que las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales.²⁰¹ Sin embargo, los tribunales estatales son generalmente celosos de su jurisdicción y por ello la ejecución de sentencias es denegada en algunos países,

²⁰⁰ . Nos fundamentamos en el **principio de neutralidad** del Arbitraje internacional, presente en nuestra Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 42, inc. 2°.

²⁰¹ LAM art. 42, inc. 5°.

por falta de jurisdicción del tribunal extranjero. Aunque existen convenciones internacionales sobre la materia, el procedimiento sigue siendo difícil.²⁰²

El arbitraje cuenta con el marco jurídico apropiado para la ejecución de laudos arbitrales en el extranjero. La Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958 (Convención de Nueva York) es el instrumento más representativo sobre la materia, tanto por su extensión como por su efectividad. Con más de 130 países suscriptores en el mundo entero,²⁰³ entre ellos el Ecuador.²⁰⁴

La legislación ecuatoriana respalda la ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Las Convenciones suscritas por el Ecuador sobre la materia forman parte de su ordenamiento jurídico interno, al tenor de lo dispuesto por el artículo 163 de la Constitución Política ecuatoriana.²⁰⁵

En la justicia ordinaria las sentencias judiciales pueden ser recurridas e impugnadas por medios ordinarios y extraordinarios, en el arbitraje las decisiones son inapelables. El arbitraje por naturaleza es de única instancia, las decisiones adoptadas por los árbitros son definitivas, irrevocables y obligatorias para las partes. En el contexto internacional, la mayoría de legislaciones latinoamericanas acogen el principio de inapelabilidad de fallos arbitrales. Es más, una corte judicial no puede entrar a reconsiderar el fondo de la causa juzgada por los árbitros. Los laudos expedidos en el Ecuador son impugnables únicamente mediante la acción de nulidad, cuando uno o varios de los motivos taxativamente establecidos en el artículo 31 de la LAM concurren en la decisión del árbitro.

4. Otra de las características básicas del arbitraje es la libertad que tienen las partes de escoger a los "jueces" que resolverán su controversia, en contraste con lo que ocurre en la justicia ordinaria donde éstos son designados por el Estado.

²⁰² . Convenciones firmadas y ratificadas por el Ecuador son la Convención de Derecho Internacional Privado de la Habana de 1928 (Código Sánchez de Bustamante) y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de Montevideo de 1979.

²⁰³ . <http://www.uncitral.org/sp-index.htm>

²⁰⁴ . Esta Convención establece la presunción de validez y veracidad de todo convenio y laudo arbitrales y obliga a las cortes de los países firmantes a reconocerlos y aplicarlos, salvo la concurrencia de las limitadas y exhaustivas circunstancias del artículo V de dicha Convención.

²⁰⁵ . "Las normas contenidas en los tratados y convenios internacionales, una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía".

Las negociaciones internacionales son complejas, los contratos incorporan temas y términos técnicos, mecanismos financieros y surten efectos en varios estados y bajo distintos sistemas jurídicos, inclusive. En el ámbito internacional existe el consenso de que los árbitros son más competentes que los jueces para resolver disputas internacionales.

5. La confidencialidad del arbitraje permite que las partes de un proceso mantengan sus diferencias en secreto y salvaguarden su imagen, con la seguridad de que sus secretos industriales, información confidencial, registros corporativos, planes de inversión y demás información importante para su negocio no serán difundidos o descubiertos a sus competidores y terceros. Adicionalmente, la confidencialidad es también beneficiosa para la pronta resolución de los conflictos.
6. El arbitraje es de instancia única. Los laudos arbitrales son definitivos, irrevocables e inapelables, lo cual permite a las partes contar con una decisión rápida y definitiva sobre sus disputas.
7. La flexibilidad del arbitraje faculta a las partes estructurar el proceso de acuerdo a sus necesidades y circunstancias específicas de la disputa. Las partes pueden elaborar itinerarios para audiencias, diligencias probatorias y demás actos procesales, cuándo y dónde más les convenga.
8. Se ha demostrado que la celeridad de los procesos arbitrales contribuye a crear un ambiente propicio para que las partes lleguen más fácilmente a acuerdos; contrario al ambiente que existe en las cortes judiciales donde los enredos y lentitud de los trámites generan un ambiente desfavorable.
9. En el Ecuador, nuestra Ley promueve la pronta solución de controversias, limitando la intervención de las partes y estableciendo plazos para la emisión del laudo. Así, los artículos 10 y 11 establecen que las partes deberán adjuntar a la demanda arbitral, contestación a la demanda, reconvencción, modificación o contestación a éstas, todas las pruebas pertinentes y solicitarán la práctica de las diligencias probatorias que sustenten sus aseveraciones. El

tribunal arbitral en la audiencia de sustanciación deberá ordenar la práctica de las diligencias probatorias dentro del término que considere conveniente.²⁰⁶

10. En el caso de Latinoamérica, si analizamos objetivamente los problemas de todo tipo que adolecen nuestros sistemas judiciales, no debería costarnos mucho aceptar que el arbitraje es el vehículo más rápido y finalmente más económico para resolver controversias comerciales internacionales.²⁰⁷

hsm.

²⁰⁶ . LAM, art. 22.

²⁰⁷ . En el Seminario sobre Arbitraje Internacional realizado en Quito el 9 de septiembre del 2005, organizado por la CCI, casi todos los profesionales asistentes en un sondeo de opinión realizado en el evento, consideran que el arbitraje es efectivamente más costoso que la justicia ordinaria, pero decían que el alto costo se justifica por el reconocimiento internacional del laudo, confidencialidad del proceso, experiencia de los árbitros. No todos, pero algunos remarcaban, por la posibilidad de litigar en un foro internacional neutral.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVARADO Velloso Adolfo, *El arbitraje solución eficiente de conflictos de intereses*, 1986.
- ALVARADO GARAICOA Teodoro, *Sinopsis del Derecho Territorial Ecuatoriano*, editorial Cervantes, Guayaquil, 1952.
- ANDRADE Cadena Xavier, *Las ventajas del arbitraje internacional: Una perspectiva ecuatoriana*, Artículo, Quito, enero/2004.
- AYLWIN Azocar Patricio, *El juicio arbitral*, Santiago, editorial Jurídica de Chile, Colección de Estudios Jurídicos y Sociales, 1958.
- BELLÓN Gómez, *Apuntes de procedimientos judiciales y práctica forense*, Madrid, 1941.
- BENNETI Salgar Julio, *El arbitraje en el Derecho Colombiano*, Editorial Temis, Bogotá, 1994.
- BOTERO Ana y CORREA Raúl, *Arbitraje Internacional*, 2da edic, Cámara de Comercio de Bogotá, 2004.
- BOND Stephen, *Cómo redactar una cláusula compromisoria*, Artículo escrito en el Suplemento Especial del Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI: “El arbitraje comercial internacional”.
- CAIVANO Roque, *Arbitraje*, 2ª ed, Buenos Aires, Ad-hoc, 2000.
- CALAMANDREI Piero, *Instituciones Derecho Procesal Civil*, tom II, editorial Egea, Buenos Aires, 1986.
- CARNELUTTI Francesco, *Instituciones del proceso civil*, tomo I, Editorial Egea, Buenos Aires, 1973.
- CASTRO Prieto, *Una nueva regulación del arbitraje*, Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal, Madrid, 1964.
- CERÓN Coral Jaime, *Arbitraje Laboral*, Biblioteca Jurídica Dike, Edición 1989.
- la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2001.
- CHIOVENDA José, *Principios del Derecho Procesal Civil*, tomo I, editorial Reus, Madrid, 1977.
- CHOGRÓN GIRALDEZ Ana, *Principios procesales en el arbitraje*, Librería Bosch, Barcelona, 2000.
- COURTURE Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Ed. Desalma, Buenos Aires, 1974.
- CREAMDES Bernardo, *Enforcement of arbitration agreement in Latin America*, London, Kluwer.
- DÍEZ CLAVERO José, *El arbitraje en el Tratado de Maastricht y el Nuevo Acuerdo General de Comercio*, 1995, en “El arbitraje en los conflictos económicos internacionales”. Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá.
- DOMINGUEZ Cortés, Prólogo a *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Coordinador Lorca Navarrete, Madrid. 1991.
- ESPLUGUES Carlos y HARGAIN Daniel, coordinadores, *Derecho del Comercio Internacional*, editorial Reus, Buenos Aires, 2005,
- EYZAGUIRRE Rafael, *El arbitraje comercial en la legislación chilena y su reglamentación internacional*, Chile, 1981.
- FARÍAS Mata, Luis Enrique, *Importancia de la Regulación de la Propiedad Intelectual por el Derecho Comunitario Andino*, en la Revista Iurís Dictio, Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, año II, N° 4, Quito, 2001.
- FELDSTEIN Sara y LEONARDI Hebe, *El arbitraje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

- FERNÁNDEZ ROZAS José, *Rasgos característicos del Comercio internacional*, s/md.
- GIL Echeverry Jorge, *Curso Práctico de Arbitraje*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1993.
- GOZAÍNI Oswaldo, *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, Ediciones Desalma, Buenos Aires, 1995.
- GUASP Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil española*, Aguilar, Madrid, 1950.
- JIMÉNEZ Dyalá, *Perspectiva de la ICC sobre el Arbitraje Internacional en América Latina*, Ponencia presentada en Quito, 9 de septiembre del 2005. Directora para América Latina, Servicio de Resolución de Controversias de la ICC.
- MARCHÁN Juan Manuel, *El procedimiento arbitral administrado por la Corte Internacional de Arbitraje, Ponencia sustentada en la UASB, noviembre del 2003*.
- MARTÍNEZ Vásquez de Castro Luis, *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*, Monografías Civitas, 2da. Edición, Madrid, 1991.
- MARZORATI Oswaldo, *Derecho de los negocios internacionales*, Tomo 2, 3ra. Edición, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2003.
- MONTOYA Alberti Ulises, *El Arbitraje Comercial*, Cultural Cuzco SA, Lima, 1988.
- MORELLO Augusto, *Contrato y proceso, aperturas*, Edit. Platense-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990.
- MONROY CABRA Marco, *Arbitraje Comercial nacional e internacional*, 2da edic., Legis, Bogotá, 1998.
- NAVARRO Moreno Lenin, *Compraventa internacional y conflicto de leyes*, Tomo I, Quito, 2003.
- PALLARES Eduardo, *Historia del Derecho Procesal Civil Mexicano*, México, Edit. UNAM, 1967.
- PIAGGI Ana, *Evolución reciente del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2001.
- RAMOS MÉNDEZ Francisco, *Arbitraje y litigios transfronterizos*, Atelier, Barcelona, 2005.
- ROCA MARTÍNEZ José, *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*, Barcelona, 1992.
- SALCEDO Ernesto, *Arbitraje Justicia Alternativa*, Efecto Gráfico, Guayaquil, 2001.
- SANTOS B. Rubén, *Arbitraje Comercial internacional*, Oxford university press, Uruguay, 2000.
- SANTOS BELANDRO Rubén, *Seis Lecciones sobre el arbitraje privado interno e internacional*, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2002.
- SENDRA Gimeno, *Derecho Procesal*, Tomo I, volúmenes 1 y 2, 5ta. Edición, Valencia, 1990.
- SILVA Jorge, *Arbitraje Comercial Internacional en México*, México, 1994
- TANGARIFE, Marcel, *Derecho de integración en la Comunidad Andina*, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín, 2002.
- VESCOVI E, *Arbitraje Mercantil*, Intervención y trabajo en el Séptimo Congreso Mejjicano de Derecho Procesal, Bogotá, 1984.
- ZELADA Castedo Alberto, *Solución de Controversias en el Derecho Internacional Económico y en el Derecho de la Integración Económica Regional*, Universidad Andina Simón Bolívar, Sucre, 1996.
- NORMAS JURÍDICAS**
1. Código Bustamante, La Habana, 1928.
 2. Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 1958.
 3. Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá, 1975.

4. Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros, Montevideo, 1979.
5. Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), 1996.
6. Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, Bs. Aires, 1998.
7. Convención sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre estados y nacionales de otros estados, del BIRF, CIADI, ICSID., Washington, 1965.
8. Reglamento de Arbitraje de la CNUDM, UNCITRAL, Nueva York, 1976.
6. Convenio del Tribunal Andino de Justicia, Función Arbitral, Cochabamba, 2001.
9. Ley UNCITRAL – CENUDMI
10. Constitución Política del Ecuador.
11. Ley ecuatoriana de Arbitraje y Mediación, 1997.

Diario El Comercio, septiembre 11 del 2005

<http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/pdfdocuments/rules/rulesarbspanish.pdf>.

<http://www.Icia-arbitration.com/arb/es.htm#ad>

<http://www.uncitral.org/sp-index.htm>

<http://www.oas.org>

www.iccarbitration.org

ANEXO n° 01
NORMAS DE ARBITRAJE EN EL MARCO JURÍDICO ECUATORIANO

CONSTITUCIÓN POLÍTICA:

Art.13. Los conflictos colectivos de trabajo serán sometidos a tribunales de conciliación y ARBITRAJE¹, integrados por los empleadores y trabajadores, presididos por un funcionario del trabajo. Estos tribunales serán los únicos competentes para la calificación, tramitación y resolución de los conflictos.

Art. 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.

De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

Se reconocerán el ARBITRAJE, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

Art. 11.- Del ARBITRAJE y la mediación.- Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de ARBITRAJE de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio.

LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

Art. 63.- Controversias.- Las controversias que se suscitaren en relación a los procesos contemplados en esta Ley, se resolverán en juicio verbal sumario, en primera instancia ante el Presidente de la Corte Superior del respectivo Distrito, y en segunda y definitiva instancia, ante una Sala de la Corte Superior de Justicia correspondiente determinada mediante sorteo. Los asuntos que versaren sobre materia comercial podrán resolverse a través de ARBITRAJE NACIONAL O INTERNACIONAL, según se establezca en el respectivo contrato y de acuerdo con las leyes vigentes.

ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA F. EJECUTIVA

Numeral 2. Los convenios y tratados internacionales podrán sustituir los recursos de apelación o reposición, en supuestos o ámbitos determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos tales como la conciliación, mediación o ARBITRAJE, en los términos de dichos convenios y tratados internacionales y la Ley de Arbitraje y Mediación.

REGLAMENTO SUSTITUTIVO DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO

Art. 74.-..... inc. 5.- Las bases de licitación y el contrato establecerán en cada caso, una cláusula de ARBITRAJE para resolver sobre la materia y para regular la indemnización correspondiente. La indemnización por daño emergente o lucro cesante no podrá ser superior al monto equivalente proporcional al tiempo que haya transcurrido de la nueva concesión, respecto del tiempo total del contrato de concesión.

Art. 77.-..... inc. 3.- En las concesiones de obra pública, sin excepción, la estructura tarifaria contendrá los precios máximos autorizados a cobrar y un sistema de reajuste, al valor real, para todo el período de la concesión. Este deberá ser un factor determinante en toda adjudicación. Las tarifas podrán ser revisadas para adecuarlas por variaciones de costos que no puedan ser controlados directamente por el concesionario y para compensar los efectos de modificación en

¹ . La escritura en mayúsculas de ARBITRAJE es nuestra.

las condiciones generales del contrato por actos de autoridad. A falta de acuerdo se someterá al sistema de ARBITRAJE que deberá contener cada base y contrato de concesión de obra pública. Art. 79.-..... Inc. 2.- En el contrato de concesión se establecerá la forma y plazo en que el concesionario podrá solicitar al concedente la revisión del sistema tarifario y de un sistema de reajuste por causa sobreviniente ocasionada en un acto de autoridad. Si no hay acuerdo sobre las compensaciones, se resolverá por la vía del ARBITRAJE.

REGLAMENTO DE CONCESIONES DEL SECTOR VIAL

Art. 41.- Solución de controversias.-..... Quienes ejerzan las funciones de gerentes de proyectos por parte de los entes concedentes, deberán tener como responsabilidad el prever el surgimiento de conflictos a través del desempeño de su cargo, y el tratar de solucionarlos, una vez que se hayan producido.

Entre los métodos alternativos podrá establecerse mediación, conformación de comisiones de conciliación, intervención de amigables componedores, y finalmente el ARBITRAJE.

Art. 42.- ARBITRAJE.- Los contratos de concesión deberán contener una cláusula compromisoria en que las partes se sometan al procedimiento ARBITRAL, de conformidad a la ley de la materia, para los casos en los que no se haya podido llegar a un acuerdo. Salvo aspectos eminentemente técnicos o financieros, en que se podrán establecer arbitrajes en equidad, las cuestiones de fondo deberán someterse a resoluciones en derecho. En todo caso, deberán ser tres árbitros que las partes escogerán de las listas respectivas del Centro de Arbitraje y Mediación que se determine en el contrato.

LEY DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Art. 108.- De la competencia y el procedimiento.- De existir dificultades no solventadas dentro del proceso de ejecución tanto con el contratista, como con el contratante o de ambas partes, o de común acuerdo, podrán utilizar los procesos de ARBITRAJE y mediación que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula establecida en el contrato.

Art. 109.- De la única instancia.- De surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y ARBITRAJE; y, decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

REGLAMENTO ORGÁNICO FUNCIONAL DEL MIN DE BIENESTAR SOCIAL

Art.- (Agregado por el Art. 1 del Acdo. 2709, R.O. 350, 19-VI-2001).- Son funciones del Departamento de organizaciones de Participación Popular:

b) Proporcionar el asesoramiento legal que requieran las organizaciones de participación popular sobre su constitución y funcionamiento, así como sobre la aplicación de la Ley de ARBITRAJE y Mediación, para la solución de los conflictos de carácter institucional;

LEY DE RÉGIMEN DEL SECTOR ELÉCTRICO

*Art. 21.- Controversias.- Toda controversia que se suscite entre: generadores, el transmisor, distribuidores, consumidores, el Centro Nacional de Control de Energía, con motivo del suministro de energía eléctrica o de los servicios públicos de transmisión y distribución de electricidad podrá ser sometida al procedimiento de **ARBITRAJE** de conformidad con la Ley o ser sometidos al conocimiento y resolución del Director Ejecutivo del CONELEC. Las resoluciones que éste adopte podrán ser apeladas ante el CONELEC. Esta resolución podrá ser impugnada ante los jueces competentes.*

De conformidad con la Constitución Política de la República, la Ley y las convenciones internacionales vigentes, en los contratos de concesión las partes podrán acordar que sus controversias sean resueltas de manera definitiva por el mecanismo del ARBITRAJE, nacional o internacional. Si las partes decidieren someter la controversia al arbitraje no podrán recurrir sobre el mismo tema a los tribunales jurisdiccionales.

LEY DE HIDROCARBUROS

Art. 10.- (Sustituido por el Art. 34 del Decreto Ley 2000-I, R.O. 144-S, 18-VIII-2000).- ... Las controversias que se deriven de los contratos regidos por esta ley podrán ser resueltas mediante la aplicación de sistemas de mediación y ARBITRAJE de conformidad con lo establecido en la ley y en el convenio arbitral correspondiente.

REGLAMENTO DEL SISTEMA DE LICITACIÓN

Art. 10.- Jurisdicción.- Las relaciones entre el Estado y los asociados se regirán por las leyes nacionales y las diferencias que surjan durante su ejecución, de acuerdo con lo que se señale en los documentos de licitación y el contrato, se podrán someter al ARBITRAJE en derecho conforme a las leyes pertinentes o bien a los tribunales y órganos de justicia, conforme lo dispone el artículo 10 de la Ley de Hidrocarburos.

REGLAMENTO PARA LA CELEBRACIÓN DE CONVENIOS DE ALIANZA ESTRATÉGICA CON EMPRESAS PETROLERAS

Art. 8.- Las controversias que surgieren en la ejecución de los contratos derivados de convenios de Alianza Estratégica, serán resueltas mediante la aplicación de sistemas de ARBITRAJE o cualquier otro mecanismo alternativo para la solución de diferencias, conforme lo previsto en el respectivo acuerdo.

LEY DE TURISMO

Art. 47.- En caso de no resolverse los conflictos mediante la acción directa del Centro de Protección al Turista, el interesado podrá acceder a los centros de Mediación y ARBITRAJE que celebre convenios con el Ministerio de Turismo, para con sujeción en la Ley de Arbitraje y Mediación, intervenir en esta materia; o podrá acudir a la justicia ordinaria.

LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Art. 374.- Toda controversia en materia de propiedad intelectual, podrá someterse a ARBITRAJE o mediación, de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997.

Para tal efecto el IEPI está autorizado a suscribir el respectivo convenio ARBITRAL sin necesidad de consultar al Procurador General del Estado.

LEY ORGÁNICA DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Art. 43.- Cláusulas Prohibidas.- Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que:

4. Impongan la utilización obligatoria de un ARBITRAJE o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento;

8. Impliquen renuncia por parte del consumidor, de los derechos procesales consagrados en esta Ley, sin perjuicio de los casos especiales previstos en el Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio, Ley de Arbitraje y Mediación y demás leyes conexas; y,

LEY DE COMERCIO ELECTRÓNICO, FIRMAS ELECTRÓNICAS Y MENSAJES DE DATOS

Art. 47.- Jurisdicción.- En caso de controversias las partes se someterán a la jurisdicción estipulada en el contrato; a falta de ésta, se sujetarán a las normas previstas por el Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano y esta ley, siempre que no se trate de un contrato sometido a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, en cuyo caso se determinará como domicilio el del consumidor o usuario.

Cuando las partes pacten someter las controversias a un procedimiento arbitral, en la formalización del convenio de arbitraje como en su aplicación, podrán emplearse medios telemáticos y electrónicos, siempre que ello no sea incompatible con las normas reguladoras del arbitraje.

REGLAMENTO DE LA ACTIVIDAD PORTUARIA DEL ECUADOR

Art. 3.- Jurisdicción de los tribunales.- Todas las actividades portuarias que se realicen en el Ecuador estarán sometidas a la ley y los tribunales ecuatorianos. Los contratos con personas jurídicas extranjeras deberán contener una cláusula explícita en este sentido y en el de renunciar a la vía diplomática para la resolución de conflictos.

Sin perjuicio de lo anterior y de las competencias de regulación del CNMMP que se establecen en el presente reglamento, se podrán establecer, en los contratos que la administración celebre con personas privadas, cláusulas en las que se recurra a los mecanismos privados habituales para la resolución de conflictos, especialmente el ARBITRAJE, como instancia para la resolución de diferendos de cualquier tipo entre las partes contratantes, cuando éstos no hayan podido ser resueltos por la negociación bipartita entre ambas.

REGLAMENTO PARA EL SERVICIO DE LA TELEFONÍA MOVIL CELULAR

Art. 17.- Transacción.- Las partes, de común acuerdo, podrán celebrar convenios transaccionales para precaver o solucionar litigios de carácter técnico o recurrir al ARBITRAJE en los términos de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Art. 20.- Controversias.- En las controversias derivadas de los contratos de concesión celebrados con la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones, las partes procurarán solucionarlas en la fase administrativa, en forma amigable y transaccional, de acuerdo a las normas de este Reglamento; y, en la fase jurisdiccional se someterán a los jueces competentes de la ciudad de Quito. Si las partes así lo acuerdan, podrán recurrir al ARBITRAJE en los términos de la Ley de Arbitraje y Mediación; en este caso el fallo de los árbitros causará ejecutoria.

REGLAMENTO Y NORMA TÉCNICA PARA LOS SISTEMAS TRONCALIZADOS

Art. 46.- Transacción y Arbitraje.- El CONATEL podrá celebrar convenios transaccionales o recurrir al procedimiento ARBITRAL, para solucionar o terminar litigios de carácter técnico, económico o legal, derivados de las concesiones o autorizaciones concedidas.

LEY DE CÁMARAS DE COMERCIO

Art. 18.- Las Cámaras de Comercio podrán solicitar al Departamento de Cambios del Banco Central del Ecuador, previo informe documentado de la Comisión de Reclamos y ARBITRAJE de la Cámara respectiva, cierre el despacho de los comerciantes que hubieren faltado a la seriedad en los negocios o incurrido en dolo o engaño en las transacciones comerciales, en la observancia de los contratos, y, en general, en el cumplimiento de sus obligaciones.

ANEXO n° 02**FALLOS DE CASACIÓN**

FALLO DE CASACIÓN: 7-II-94 (Exp. No. 6-94, R.O. 424, 20-IV-94)

"QUINTO.- Tanto en la interpretación legal o auténtica y en la doctrinal como el Art. 16 de la Constitución, la palabra extraña ha sido utilizada en relación con país extranjero y que es, además, el que le da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. La prohibición de la norma constitucional contenida en el Art. 16 cuya vigencia es materia de control por esta Sala, no alcanza por lo tanto al ARBITRAJE... un sistema de solución de conflictos que es ampliamente aceptado por nuestro país como es el arbitraje. El ARBITRAJE es reiteradamente reconocido por leyes y convenios internacionales de los que el Ecuador es parte."

FALLO DE CASACIÓN: 2-X-2003, (Res. 207-2003, R.O. 259, 26-I-2004)

"VISTOS (03-2003) Una vez tramitada la causa, el Tribunal de ARBITRAJE dictó el LAUDO el 12 de octubre del 2000 (fs. 2134 a 2138), con un voto salvado (fs. 2139 a 2143). El 14 de noviembre del 2000 (fs. 2144 a 2149), el señor Gerente y representante legal de la Autoridad Portuaria de Guayaquil interpuso recurso de nulidad contra el mencionado laudo. Correspondió conocer de ese recurso de nulidad a la Sexta Sala de la H. Corte Superior de Justicia de Guayaquil, la cual el 7 de junio del 2001 (fs. 18 del cuaderno de segunda instancia) resolvió rechazar el recurso de nulidad interpuesto por el representante de Autoridad Portuaria de Guayaquil. Contra esa resolución, el señor Gerente de Autoridad Portuaria de Guayaquil interpuso recurso de casación (fs. 23 a 37), y denegado éste, interpuso recurso de hecho el cual ha sido enviado a conocimiento de la Corte Suprema de Justicia. Por el sorteo de ley (fs. 1 del cuaderno de casación), correspondió conocer este recurso a la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, la cual con los antecedentes expuestos, considera: PRIMERO.- Esta Sala está de acuerdo con el criterio emitido por la Sexta Sala de la Corte Superior de Justicia de Guayaquil de 21 de enero del 2002, en el sentido de que la acción de nulidad del laudo arbitral se constituye en un recurso incidental respecto del arbitraje al que se sometieron las partes (conforme consta de la cláusula cuadragésima primera del contrato de concesión de ocupación y uso de bienes públicos, del dominio público para la prestación de servicios portuarios con inversión en nuevas infraestructuras y equipamiento del terminal granelero y multipropósito), razón por la cual rechazó el recurso de casación por falta de procedencia (fs. 38 del cuaderno de segunda instancia). SEGUNDO.- Respecto de la procedencia del recurso de casación propuesto sobre un auto que resuelve la solicitud de nulidad de un laudo arbitral, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, dentro del expediente No. 217-2001 que siguió La Ganga RCA Cía. Ltda., contra Colonial de Seguros y Reaseguros S.A., entre otros criterios sostiene que: "...la Corte Suprema de Justicia como Tribunal de Casación, no tiene competencia para conocer vía casación la acción de nulidad de un laudo arbitral, acción de nulidad que tiene como antecedente la vigencia de un laudo arbitral acordado por las partes...". "...En consecuencia, sería ilógico creer que las partes habiéndose sometido voluntariamente a una decisión arbitral, excluyendo por sí la vía jurisdiccional, ahora se quieran someter a esta vía para anular precisamente una secuela de un acto voluntario que no admite recurso alguno, cuya efectividad de dicho laudo proviene del compromiso de las partes de acatarlo, que no es un proceso o juicio al tenor del Art. 61 del Código de Procedimiento Civil, por tanto la decisión carece de las características propias de una sentencia judicial, que es al que alude el Art. 2 (r) de la Ley de Casación (R.O. No. 192: 18.05.93 y No. 08.04.97)...". En consecuencia de lo expuesto, la Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, declara inadmisibles el recurso de hecho y por ende el de casación interpuesto por Autoridad Portuaria de Guayaquil."

ANEXOS N° 03**PRINCIPALES INSTITUCIONES INTERNACIONALES DE ARBITRAJE**

1. La Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (The ICC Court of Arbitration);
2. La Corte Internacional de Arbitraje de Londres (The London Court of International Arbitration);
3. La Asociación Americana de Arbitraje (American Arbitration Association);
4. La Ley modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (Uncitral Model Law);
5. La Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (Arbitration Court at the USSR Chamber of Commerce and Industry);
6. La Comisión de Arbitraje Marítimo de la Cámara de Comercio e Industria de la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (The Maritime Arbitration Commission at USSR the Chamber of Commerce and Industry);
7. La Comisión China de Arbitraje en Economía y Comercio Internacional (The China International Economic and Trade Arbitration Commission);
8. La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. CIAC.
9. Centro Internacional para la Resolución de Disputas de contratos de inversión – CIADI
10. Arbitraje Europeo, Convención de arbitraje comercial internacional (European Convention on Internantional Commercial Arbitration)
11. Centro de Arbitraje para la solución de controversias en materia de propiedad intelectual de la OMPI.

ANEXO N° 04

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

AAA.....	American Arbitration Association
AAC.....	Arancel Aduanero Común.
ADPIC	Acuerdo sobre Aspectos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.
AEC.....	Arancel Externo Común.
ALADI	Asociación Latinoamericana de Integración.
ALALC.....	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio.
ALCA.....	Área de Libre Comercio de las Américas.
AWB	Air Way Bill (conocimiento o carta de porte aéreo)
BICE	Banco de Inversiones y Comercio Exterior.
B/L.....	Bill of Lading (conocimiento de embarque).
BM.....	Banco Mundial
BIRF.....	Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
CCI.....	Cámara de Comercio Internacional de París
CEE.....	Comunidad Económica Europea.
CIADI.....	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.
CIAC.....	Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.
CIAL.....	Corte Internacional de Arbitraje de Londres
CIDIP.....	Comisión Interamericana de Derecho Internacional Privado.
CNUDMI/UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.
COTIF	Convenio Internacional relativo a los Transportes internacionales por Ferrocarril.
DTM.....	Documento de Transporte Multimodal.
DUA.....	Documento Único Aduanero.
DUI	Documento Único de Importación/Exportación.
FBL.....	Forwarders Bill of Lading.
FMI	Fondo Monetario Internacional.
GATT.....	General Agreement on Trade and Tariffs.
ICSID.....	International centre Settlement Investment Disputes
IATA	International Air Transport Association.
IDI.....	Institute de Droit International.
ISDA	International Swaps and Derivatives Association.
IVA	Impuesto sobre el Valor Agregado.
LAM :.....	Ley de Arbitraje y Mediación – Ecuador
MERCOSUR.....	Mercado Común del Sur
MIGA.....	Multilateral Investment Guarantee Agency.
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
OEA.....	Organización de Estados Americanos.
OIC	Organización Internacional del Comercio.
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMC	Organización Mundial del Comercio.
OMPI.....	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.
OSD.....	Órgano de Solución de Diferencias de la OMC.
OTIF	Organización Intergubernamental Transportes Internacionales por Ferrocarril.
OTM	Operador del Transporte Multimodal.
PYMES.....	Pequeñas y Medianas Empresas.
SWIFT.....	Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication.
TCE.....	Tratado de la Comunidad Europea.
TJCE.....	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
TJUE.....	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte - NAFTA
TRIP'S	Acuerdo ADPIC
TIBs	Tratados Bilaterales de Promoción y Protección recíproca de Inversiones
UNCITRAL	United Nations Commission International Trade Law. - CNUDMI
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo.
UE	Unión Europea.
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado.

ANEXO n° 05

CASO “AGUAS DEL ACONQUIJA SA”, Argentina

En Argentina, el caso más relevante de los decididos hasta la fecha por el ICSID² es, sin duda, el de la Compañía Aguas del Aconquija SA, que involucra a esta sociedad y a su contratante francesa, Compagnie Générale des Eaux (CGE), que luego vendió su parte a Vivendi Universal. La actora dedujo una acción arbitral ante el Centro Internacional para la Solución de Disputas de Inversiones contra la República Argentina por una inversión en la provincia de Tucumán, donde a la reclamante le había sido adjudicada la concesión del sistema de provisión de agua corriente. El reclamo se fundó en la violación de los arts. 3° y 5° del BIT³ por la República Argentina (a pesar de que *ésta no* era parte del contrato de concesión, ya que éste era provincial), puesto que el Estado federal responde internacionalmente por las acciones u omisiones ilegítimas de sus subdivisiones políticas.

El Tratado entre Francia y la República Argentina disponía que si surgía una controversia entre el inversor y la República Argentina que no se podía resolver durante un período conciliatorio de seis meses, el inversor tenía derecho de someterla a la jurisdicción nacional de la República Argentina o a arbitraje bajo las reglas de la Convención de Washington de 1965, que fuera ratificada por la República Argentina, conforme a las reglas de arbitraje, que llamaremos también de ICSID, o ante un tribunal ad hoc de acuerdo con las reglas de arbitraje del CNUDMI.

La disputa se centró en un primer momento en la jurisdicción, ya que el contrato de concesión entre el reclamante CGE y la provincia de Tucumán disponía en su art. 16, 4, que toda disputa o diferendo en cuanto a su interpretación o ejecución debía ser sometida a la jurisdicción exclusiva de los tribunales en lo contencioso administrativo de Tucumán. La disputa entre las partes surgió de cómo se debían armonizar las disposiciones del Tratado entre Francia y Argentina frente a lo dispuesto en materia de jurisdicción en el contrato de concesión y las reglas de la ICSID, para luego disponer de los méritos de la demanda contra la República Argentina, en la que la CGE reclamaba más de trescientos millones de dólares.

Dado que la Argentina afirmó no haberse sometido a la jurisdicción de la ICSID y en razón de la íntima relación entre el tema de la Jurisdicción y los méritos del planteo de fondo, el tribunal arbitral resolvió unir ambos temas y con ese motivo decidió que tenía Jurisdicción sobre el reclamo de la actora afirmando que ni el Tratado con Francia, ni las reglas de la ICSID, ni el contrato de concesión que proveía la jurisdicción exclusiva de los tribunales de Tucumán, ya que la pretensión se basaba en un reclamo correspondiente a la violación de principios contenidos en un tratado internacional.

Es interesante destacar que la CGE no alegó que la República Argentina había interferido en el desarrollo de la inversión de la CGE en Tucumán, sino que la República Argentina no había evitado que la provincia de Tucumán tomase ciertas acciones bajo el contrato de concesión perjudiciales para la reclamante e indirectamente la República Argentina había infringido los derechos de la reclamante bajo el Tratado con Francia.

La CGE había previamente cuestionado ciertas acciones de la provincia relacionadas con el contrato de concesión ante alegados incumplimientos de la provincia, pero nunca había llevado el reclamo ante los tribunales en lo contencioso-administrativo provinciales, por entender que la reclamación judicial habría perjudicado sus derechos bajo el Tratado.

La conclusión del Tribunal es que tal planteo era equivocado y que la naturaleza de los reclamos de CGE hacía imposible distinguir violaciones de derechos acordados en el Tratado con Francia, tales como el trato injusto o inequitativo al inversor, que correspondía al tribunal decidir, de

² . ICSID: International Centre Settlement Investment Disputes. CIADI en español.

³ . BITs o TBIs: Tratados Bilaterales de promoción y protección recíproca de Inversiones.

incumplimientos del contrato de concesión provincial, que le estaba vedado conocer porque las partes se habían sometido anticipadamente a la jurisdicción de los tribunales en lo contencioso-administrativo de Tucumán.

El resultado fue que la CGE ganó el planteo de Jurisdicción y perdió el planteo respecto a la indemnización, ya que su demanda fue rechazada. Contra esa decisión la CGE o, más bien, Vivendi dedujo el recurso de nulidad o de anulación del laudo arbitral en los términos del art. 52,I,d, de las reglas del ICSID: 1. serio apartamiento de una regla fundamental del procedimiento; 2. manifiesto exceso de poder del tribunal (sección 52. I, b); y, 3. incumplimiento de fundar el fallo (sección 52. I, e).

De acuerdo con las reglas de procedimiento de la ICSID se designó un Comité ad hoc para considerar el pedido de anulación que, en ningún caso, puede constituir una apelación. A su vez, la República Argentina volvió a efectuar su planteo de falta de jurisdicción del tribunal.

A riesgo de ser fatigoso resulta interesante destacar los fundamentos del decisorio que lleva fecha 5 de julio de 2002, a saber: el planteo de Argentina fue rechazado por el Comité, que entendió que el consentimiento al arbitraje bajo el art. 26 de la Convención de Washington involucra el consentimiento, con exclusión de cualquier otro remedio y que no obstante que el Tratado permite a cada país limitar su consentimiento requiriendo como condición previa al arbitraje "el agotamiento de recursos administrativos o judiciales nacionales", Argentina no lo hizo ni efectuó tal condición previa al acordar el art. 8° del Tratado con Francia.

En segundo lugar, el Comité afirmó que no cabe distinguir entre tribunales locales o federales, desde el punto de vista del derecho internacional. A los efectos del Tratado, todos los tribunales de una de las partes son nacionales. Tampoco distinguió entre causales bajo el Tratado u otras emergentes del contrato de concesión, bastando que el inversor reclamase o plantearse una controversia relacionada con una inversión bajo el art. 8°,1, y no necesariamente se limitase a reclamar una violación de derechos bajo el tratado mismo.

La conclusión del tribunal, citando el caso "Lanco", es que "habiendo las partes expresado su consentimiento al arbitraje de la ICSID bajo el Tratado con Francia, no tenían que agotar los remedios judiciales locales y cualquier otro tribunal que tuviera que decidir el tema, debiera declinar su jurisdicción, ya que la oferta que la Argentina efectuó es irrevocable y no puede ser retraceada por el pacto de jurisdicción exclusiva local".

Con ese fundamento, el tribunal decidió considerar los restantes planteos y luego de afirmar que tenía jurisdicción sobre el reclamo, resolvió:

1. Que el rechazo del planteo de CGE contra Argentina por razones ajenas al contrato de concesión provincial, que llamó cuestiones federales, fue bien rechazado en el laudo en cuanto a la forma y al fondo, agregando que tal decisión constituía *res iudicata*.
2. Dispuso anular parcialmente el laudo en cuanto el tribunal arbitral se negó a analizar el planteo de indemnización de Vivendi por causas atribuibles a la provincia de Tucumán que surgían del contrato de concesión, pues el tribunal incurrió en un manifiesto exceso de poder al declinar resolver en el procedimiento arbitral el tema planteado por la reclamante, en favor de la competencia de la Justicia tucumana, cuando el Tratado lo habilitaba a considerar la petición de la adora.
3. No consideró el tercer planteo de Vivendi (que el tribunal arbitral no había fundado las razones de su decisión), ya que consideró que el tribunal arbitral las había dado respecto de las cuestiones federales y que, al rechazar la demanda por razones de forma y no de fondo, no había perjudicado en nada a la reclamante.
4. Dispuso que las costas causídicas se pagasen por mitades, y como se vencieron recíprocamente, nada ordenó en cuanto a las costas de cada parte, excepto que cada una pagase lo ya incurrido.

La decisión dejó en claro que no se abría juicio sobre el mérito del planteo resarcitorio de Vivendi, por lo cual, al no existir cosa juzgada, la reclamante podrá efectuar en adelante un nuevo planteo, presumiblemente arbitral, sobre ese punto, conforme al art. 55 de las reglas del CIADI.

En cuanto a la anulación del fallo por manifiesto exceso de poder del tribunal al declinar de hecho su potestad de juzgarlo, constituye un nuevo *leading case* en la jurisprudencia del ICSID-CIADI, ya que al considerar el Comité ad hoc que no obstante la cláusula de jurisdicción exclusiva (16, 4, contrato de concesión), el tribunal debió haber considerado si existió un incumplimiento de los estándares de fondo que establece el Tratado con Francia, más allá de si tales hechos constituían simultáneamente incumplimientos o no del contrato de concesión, el Comité dejó de lado la decisión del tribunal arbitral respecto de la imposibilidad de distinguir qué acciones de la provincia eran parte del ejercicio de una autoridad soberana y cuáles constituían el ejercicio de una facultad contractual.

El Comité ad hoc no dijo que ese hecho era falso o incorrecto, sino que el fundamento de la imposibilidad perjudicaba seriamente a CGE Vivendi y constituirá un exceso de poder, porque la caracterización de un acto del Estado dañoso bajo el derecho internacional está gobernado por el derecho internacional, con independencia de que el derecho local pueda disponer lo contrario.

El debate no se ha agotado desde un punto de vista académico, aunque la anulación parece inmovible y habrá que tener en cuenta este raciocinio opinable, no del todo feliz, en sucesivos pronunciamientos, ya que en los hechos el Comité ad hoc ha minimizado los efectos de la sumisión expresa y posterior del inversor a un tribunal nacional o provincial, privilegiando la instancia arbitral del Tratado, mientras que la decisión anulada privilegiaba el litigio en jurisdicción argentina en lo atinente a causales bajo el contrato de concesión. Así, la República Argentina, ganadora en la decisión arbitral, ha visto enervada su victoria por la decisión del Comité ad hoc.

Resulta claro que los tratados consagran la instancia arbitral internacional, con el consentimiento previo del país, confiando la elección de esa vía al inversor, pero también resulta claro que quienes formularon los tratados o los copiaron no tuvieron en cuenta la circunstancia de la sumisión posterior del inversor a través de su subsidiaria, a la Jurisdicción local y tampoco previeron los efectos que tal sumisión provoca en la arquitectura de los tratados. La jurisprudencia, por el momento, parece decisiva en cuanto a que si la causal invocada es de violación del Tratado, aunque la conducta esté enmarcada en el contrato de concesión, su juzgamiento corresponde a la instancia arbitral.

ANEXO 06

CASO OCCIDENTAL: ARBITRAJE INTERNACIONAL E IVA PETROLERO Ecuador

Ecuador en julio del 2004 fue notificado con el laudo del Tribunal Arbitral de Londres, que falló a favor de la petrolera y que dictaminó que el Estado ecuatoriano debía pagarle 75 millones de dólares americanos por concepto de devolución del Impuesto del Valor Agregado (IVA), más impuestos y liquidación del costo del Tribunal externo; cuyo texto también señala que tanto el Estado ecuatoriano como la petrolera estadounidense Occidental –Oxy-, pueden negociar un mecanismo de desembolso que sea satisfactorio para las partes. El reclamo de la compañía se sustenta en el hecho de que los exportadores tienen derecho a reclamar la devolución del IVA, pagado por la adquisición de insumos que se incorporen a los productos que se exporten.

A la fecha hubo muchos pronunciamientos en defensa de la petrolera como a favor del Estado ecuatoriano, mediante argumentos jurídicos, de entre varios, transcribimos uno, el del diputado Luis Fernando Torres pronunciado en el Congreso Nacional a finales del mismo mes de julio del 2004, que en la parte pertinente, manifiesta: ¿El laudo arbitral es o no un hecho consumado? ¿Podía el Ecuador negarse a que la demanda planteada por Occidental sea o no tramitada en el Tribunal Arbitral Internacional? ¿Cuánto se va a pagar? ¿Cómo se puede detener o impedir la ejecución del laudo? ¿De qué va a servir la interpretación del artículo 69 literal a), de la Ley de Régimen Tributario Interno? Legisladores, son preguntas de fondo sobre las cuales quisiera hacer conocer mi parecer. De lo que conozco y por la información que cuento, el Ecuador no debía expresamente o tácitamente decir si se sometía o no al árbitro internacional, porque cuando se firmó y entró a regir en el país, el Tratado que protege las inversiones entre Estados Unidos y Ecuador, allí de modo expreso se consagró que el trámite, cuando se produzcan conflictos o problemas, puede de modo unilateral ser llevado al tribunal arbitral internacional. El momento que la Occidental le demandó al Ecuador, si el Ecuador no comparecía ante ese tribunal, podía ser juzgado en rebeldía. Pero curiosamente el Ecuador no solamente que contestó la demanda, sino que nominó a uno de los tres árbitros. Este arbitraje es diferente al arbitraje que normalmente conocemos. El arbitraje tradicional supone que las partes se pongan de acuerdo en ir a un arbitraje. En el caso que nos ocupa no, señor Presidente, de modo unilateral aquel que demanda le somete en este caso al Estado ecuatoriano al árbitro internacional. Debo decir que no hay solamente un tratado en que el Estado ecuatoriano se somete de este modo a litigar ante árbitros internacionales. No solamente es el tratado con los Estados Unidos. Existen cerca de 15 tratados, con España y otros países más. Por consiguiente el tema es de fondo, ¿podía o no el Ecuador negarse a contestar la demanda planteada por Occidental ante el tribunal internacional o someterse al árbitro internacional? No. Pero luego viene la otra pregunta. Con el laudo en virtud del cual se condena al Ecuador a pagar 75 millones de dólares a la empresa Occidental, ¿qué podemos hacer? ¿Estamos o no frente a un hecho consumado? El señor Procurador General del Estado, encargado, cuando acudió a la Comisión de Asuntos Constitucionales, en una interesantísima intervención, anunció las posibilidades que tenía el Estado ecuatoriano para evitar la ejecución del laudo arbitral. Si nosotros leemos atentamente el Tratado de inversiones recíprocas entre Estados Unidos y Ecuador, vigente desde 1997, con un valor superior inclusive a una ley, llegamos a la conclusión que según ese tratado, los laudos arbitrales que dicten árbitros al amparo de ese Tratado, no son apelables, no son anulables. Si a ello sumamos el hecho de que el Ecuador aceptó someterse a las reglas de arbitraje originadas en la Naciones Unidas (UNCITRAL) también encontraremos que según esas reglas los laudos de esta naturaleza no son ni apelables ni anulables. Frente a esto, la gran pregunta jurídica es ¿qué hacemos? El señor Procurador General del Estado encargado anunció que una vía podría ser el que recurramos a una corte inglesa al amparo de leyes inglesas. También anunció el Procurador General del Estado encargado, que se podría recurrir a la Convención sobre Aplicación de Sentencias y laudos Arbitrales de 1961. Pero me pregunto hoy y le pregunto al doctor Borja, Procurador del Estado, si podemos o no jurídicamente ensayar esas alternativas, cuál es la recomendación hecha por el abogado contratado por el Ecuador en Nueva York, ¿Qué dice este abogado? Si las reglas de la UNCITRAL nos han cerrado la vía para apelar o anular, si el tratado entre Estados Unidos y Ecuador expresamente prohíbe que se apele o se anule el laudo ¿es posible

que podamos recurrir a las cortes inglesas bajo el amparo de la legislación inglesa, podemos utilizar la convención de 1961 para apelar o nulitar el laudo? Esa es la interrogante de fondo. No nos olvidemos que si fracasamos en términos jurídicos, hablo en la apelación o demanda de nulidad por esas dos vías, correrá el tiempo y el Ecuador tendrá luego que pagar a la Occidental con un interés del 4%, según lo que establece el laudo arbitral. Por ello es de trascendental importancia que hoy el Procurador, nos advierta y nos diga qué posibilidades de éxito tenemos si demandamos la nulidad o apelamos el laudo bajo el amparo de la legislación inglesa o bajo el amparo de la Convención de 1961. Diputado Sánchez, es un error leer como usted ha leído el artículo 14 de la Constitución. No puedo en mi condición de Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales aceptar la interpretación hecha por el diputado Sánchez, del artículo 14 de la Constitución. ¿Qué dice este artículo?⁴ Qué en los contratos celebrados por el Ecuador con empresas privadas en el Ecuador, no podrá el Ecuador someterse a jurisdicción extraña, a menos que lo permita un convenio internacional. Si hay un convenio internacional el Ecuador puede someterse a jurisdicción extraña, si existe un tratado de por medio el Ecuador puede someterse a un arbitraje internacional. Que el árbitro no pueda conocer temas tributarios es otra cosa, o que no tenga competencia y jurisdicción para resolver asuntos tributarios. Pero el artículo 14 no cierra la puerta para que en virtud de convenios internacionales el Ecuador litigue ante jurisdicciones extrañas. Hábilmente la Occidental no le demandó al Ecuador por el IVA petrolero sino por trato discriminatorio. Señor Presidente, la Directora del SRI, ha señalado en su exposición los problemas para calcular la devolución del IVA. Pero existe un asunto de fondo. Hace pocos días la Directora del SRI admitió que de los 75 millones de dólares que el Tribunal Arbitral le condenó al Ecuador pagarle a la Occidental, el Ecuador sí debía pagarle 49 millones de dólares. Por consiguiente, la disputa sería, según versión de la Directora del SRI, por 16 millones de dólares, no por 75 millones de dólares. Quisiera saber, si la Directora del SRI mantiene esta posición y admite que 49 millones de dólares sí le debe pagar, y solamente se debe discutir por 16 millones de dólares. Y, por último, ayer abordamos la posible interpretación del artículo 69 literal a) de la Ley de Régimen Tributario Interno⁵. Yo me opuse a la interpretación, porque esa interpretación le hace un daño terrible al país, supone reconocer que desde hoy en adelante no deberá devolverse el IVA. Las normas tributarias interpretativas no tienen efecto retroactivo, pero significa reconocer que sí debía devolverse en el pasado, y más aún de aprobarse la ley interpretativa tal como la envió el Presidente de la República y tal como han presentado algunos diputados, supondría, al excluir de la categoría de exportador aquel que se dedica a la actividad petrolera, una discriminación sobre la cual el Ecuador podría ser penalizado. Además, esa interpretación no va a bloquear la devolución del IVA que hoy se reclama en varios tribunales ecuatorianos. Quiero preguntarle también a la Directora del SRI, si los artículos 55 y 65 de la Ley de Régimen Tributario Interno reconocen el Crédito tributario a todos los exportadores, tal como lo dijo la Corte Suprema de Justicia en un caso que conoció. ¿Cómo se puede pensar solamente en la interpretación del artículo 69-A y dejar vivos, intactos los dos artículos, el 65 y el 55, que reconocen el crédito Tributario a todo tipo de exportadores?

La Procuraduría General del Estado ecuatoriano, mediante abogados externos planteó la nulidad del laudo arbitral ante la “Corte de la Reina” en Londres, la petrolera pidió la inhibición del conocimiento de la acción de nulidad propuesta, argumentando incompetencia; pero se conoce que con fecha 8 de septiembre del 2005, la Corte ratifica su competencia para conocer la apelación hecha por el Ecuador; con lo que se espera detener el pago de los 75 millones de dólares a la compañía Occidental.⁶

⁴ Art. 14.- Los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales.

⁵ Art. 69A.- (Agregado por el Art. 37 de la Ley 99-24, R.O. 181-S, 30-IV-99).- IVA pagado en actividades de exportación.- Las personas naturales y las sociedades que hubiesen pagado el impuesto al valor agregado en las adquisiciones locales o importaciones de bienes, empleados en la fabricación de bienes que se exporten, tienen derecho a que ese impuesto les sea reintegrado sin intereses en un tiempo no mayor a noventa (90) días, a través de la emisión de la respectiva nota de crédito, cheque u otro medio de pago. Se reconocerán intereses si vencido el término antes indicado no se hubiesen reembolsado el IVA reclamado. El Servicio de Rentas Internas deberá devolver lo pagado contra la presentación formal de la declaración del representante legal del sujeto pasivo que deberá acompañar las copias certificadas de las facturas en las que conste el IVA pagado.

⁶ . Diario El Comercio, septiembre 11 del 2005.

ANEXO Nº 07 CONTROVERSIA LIMÍTROFE Ecuador – Perú ⁷

El 15 de julio de 1887 el señor Emilio Bonifaz, Ministro Plenipotenciario del Perú en Quito, expresó al Ministro de Relaciones Exteriores del Ecuador: *"Como un acto de simple formalidad, y sólo con el fin de que conste por escrito lo que está enteramente acordado de palabra propongo, pues, a V.E., cumpliendo las instrucciones de mi Gobierno, el arreglo de límites entre el Perú y el Ecuador, por decisión arbitral"*⁸

El pedido a que se refería el Ministro Bonifaz, fue cristalizado mediante el Convenio que se suscribió, luego, entre los señores Emilio Bonifaz en representación del Perú, y Don Modesto Espinoza por el Ecuador, con fecha 1 de agosto de 1887 en Quito, mediante el cual, con el propósito de poner término a las cuestiones de límites territoriales pendientes entre ambos países, decidieron someterse a la decisión arbitral del Rey de España.

El Convenio, en su artículo I, establecía: *"Los Gobiernos del Ecuador y el Perú someten dichas cuestiones a Su Majestad el Rey de España, para que las decida como Árbitro de Derecho, de una manera definitiva e inapelable"*⁹

En 1894, el Gobierno de Colombia solicitó que su país fuera admitido en calidad de condómino en el Amazonas, mediante un arreglo tripartito con el Ecuador y el Perú. En la Conferencia Tripartita celebrada para el efecto en Lima, se estableció la conveniencia de adoptar un arbitraje de equidad en atención a la dificultad de verificar los títulos posesorios o de límites de acuerdo con la realidad territorial. Ecuador se negó a aprobar la referida Convención tripartita.

En 1910, cuando se esperaba la decisión final del Rey de España, el Perú se anticipó en decir que no aceptaría el fallo arbitral si éste no convenía a sus intereses. Esta actitud amenazadora obligó al Rey de España a inhibirse de continuar interviniendo como árbitro en el litigio territorial.¹⁰

Rememorando, después de la agresión peruana de 1941, el Ecuador accedió a suscribir el Protocolo de Río de Janeiro de 1912 en el que se determinó la línea divisoria a lo largo de la frontera entre ambos países. Posteriormente se constituyeron las Comisiones Delimitadoras respectivas y, los dos países confirieron poderes al Capitán de Navío Braz Díaz de Aguiar para que resolviera, en calidad de árbitro, los desacuerdos que pudieran presentarse en la demarcación fronteriza correspondiente a la sección oriental. A través del estudio delimitatorio se estableció una discrepancia en la línea de frontera del sector oriental de Lagartococha-Güepi, que motivó la apelación de ambos países ante el Árbitro designado. Este expidió su laudo con fecha 14 de julio de 1945, poniendo término definitivo al problema en el sector Lagartococha-Güepi.

Sin embargo, con posterioridad, el Perú apeló el referido laudo, alegando la irregularidad de la línea en el sector Lagartococha y pidiendo que se reviera el fallo pronunciado. En oposición a la tradición

⁷ . SALCEDO Ernesto, op. cit. págs. 30-31.

⁸ . ALVARADO GARAICOA Teodoro, *Sinopsis del Derecho Territorial Ecuatoriano*. Editorial Cervantes, Guayaquil, 1952, pág. 207. En Salcedo, p. 29.

⁹ . Idem, pág. 208.

¹⁰ . Idem, pág. 224.

jurídica universal, el árbitro acoge la pretensión peruana y, con fecha 13 de enero de 1947 modifica su laudo, emitiendo un segundo fallo en el que se excede en sus funciones, en contra de los intereses del Ecuador.¹¹

Al final, a través de negociaciones directas y al más alto nivel, los Presidentes Jamil Mahuad, de Ecuador y Alberto Fujimori, de Perú, suscriben el 26 de octubre de 1998, en Brasilia, un tratado de paz, mediante el cual se soluciona el centenario diferendo territorial que mantenían ambos países.¹² El Acuerdo de paz se logró luego de que los mandatarios decidieron solicitar la intervención en calidad de árbitros a los países garantes del Protocolo de Río de Janeiro de 1942. Los Congresos de los dos países se comprometieron a respetar el fallo definitivo. El Congreso ecuatoriano, para tal efecto, dictó una Resolución obligándose a respetar la decisión de los garantes *"en el entendimiento de que (los garantes) deberán revisar con arreglo al **derecho y la equidad**, todos los instrumentos hasta esa fecha suscritos por los gobiernos de Ecuador y Perú..."*

¹¹ . Idem, págs. 375-377; en Salcedo 30 y siguientes.

¹² . Al finalizar su período presidencial Rodrigo Borja invocó el Arbitraje Papal, no prosperó.

Agradezco,

A la Universidad Andina Simón Bolívar por su excelente aval académico.

Al Dr. Gustavo Jalkh Robens por su sabiduría, que la sabe comunicar.

Al Dr. José Vicente Troya por su valioso apoyo bibliográfico.

A Ely, mi zafiro, por su inteligente apoyo, sin condiciones.

A Mireya, Jenny y Anita Cornelia, razón de mi vivir.

A María Isabel, por ser una madre íntegra.

Gracias a todos quienes se alegran de mi triunfo.

Hugo.