



**UNIVERSIDAD DE CUENCA**

**Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales  
Escuela de Derecho**

**“ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: UNA  
PERSPECTIVA LOCAL”**

**Monografía previa a la obtención del**

**Título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República  
del Ecuador y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales**

**Autora: María Gabriela Apolo Cando**

**Director: Dr. Edgar Geovanni Sacasari Aucapiña**

**Cuenca, Ecuador**

**Octubre, 2015**



## RESUMEN

El presente trabajo de investigación se enfoca en el arbitraje como una eficaz alternativa para la resolución de conflictos, especialmente, los que se refieren al comercio internacional.

Para ello, inicia abordando las generalidades, concepto, características y evolución histórica el arbitraje, para brindar una lectura introductoria completa que permita conocer los elementos fundamentales del arbitraje como método alternativo para la resolución de conflictos, especialmente el Convenio Arbitral, siendo este uno de los elementos fundamentales del arbitraje.

Posteriormente, el trabajo se enfoca en el Arbitraje Comercial Internacional, indicando en que consiste, así también cuales son los requisitos para que se considere como arbitraje comercial internacional y finalmente cuales son las ventajas de este sistema frente al de la justicia de los tribunales ordinarios.

A continuación, se dedicó un capítulo al derecho comparado, debido a la importancia que tiene el mismo en el desarrollo de las diferentes ramas e instituciones jurídicas, para lo cual se analizaron los elementos más destacados en lo que se refiere al arbitraje en los siguientes países: Colombia, Chile, España y Alemania. Y por último, se hizo un análisis descriptivo de las instituciones de arbitraje más conocidas a nivel mundial y al nivel regional.

**Palabras Claves:** Arbitraje, Arbitraje Comercial Internacional, Convenio Arbitral, Derecho comparado, Jurisprudencia Arbitral.



## ABSTRACT

The following investigation Project is focused in the Arbitration as an efficient alternative for the resolution of conflicts, especially those referred to the international commerce.

Therefore, it approaches the generalities, concept, characteristics and historic evolution of the arbitration, in order to provide a complete overview that allows the reader to understand the principal elements of the arbitration as an alternative method for the resolution of conflicts, especially about the arbitration agreement, which is one of the most important elements of the arbitration.

Afterwards, the investigation Project is focused in the International Commercial Arbitration, indicating at first, in which it consist, and which are the requirements to consider as International Commercial Arbitration; and finally, which are the advantages of that system compared to the ordinary system to resolve conflicts.

Subsequently, one entire chapter was dedicated to Comparative Law, due to its importance in the development of different juridical institutions, therefore the most important elements – which are referred to arbitration - were analyzed, in the following countries: Colombia, Chile, Spain and Germany. Finally, there is a descriptive analysis of several Arbitration entities worldwide.

**Key words:** Arbitration, International Commercial Arbitration, Arbitration Agreement, Comparative Law, Arbitration Jurisprudence.



## TABLA DE CONTENIDOS

<b>RESUMEN.....</b>	<b>1</b>
<b>ABSTRACT .....</b>	<b>2</b>
<b>LISTA DE ABREVIATURAS .....</b>	<b>9</b>
<b>INTRODUCCION .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTULO I: MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS .....</b>	<b>13</b>
<b>1.1. ARBITRAJE: GENERALIDADES .....</b>	<b>13</b>
1.1.1. Concepto .....	14
1.1.2 Fundamento Constitucional Del Arbitraje En La Legislacion Ecuatoriana ...	16
<b>1.2. CARACTERÍSTICAS .....</b>	<b>16</b>
<b>1.3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....</b>	<b>20</b>
<b>1.4. CLASIFICACIÓN DEL ARBITRAJE .....</b>	<b>25</b>
1.4.1. Naturaleza Del Arbitraje Y Modo De Actuación De Los Árbitros .....	25
1.4.2. El Origen O La Formación Del Arbitraje.....	26
1.4.3. Funcionamiento Del Arbitraje,.....	27
1.4.4. Elementos Integradores De Conexión, .....	28
<b>CAPÍTULO II:EL CONVENIO ARBITRAL .....</b>	<b>29</b>
<b>2.1. CONCEPTO DE CONVENIO ARBITRAL .....</b>	<b>29</b>
2.1.1 Clausula Compromisoria.....	29
2.1.2. Compromiso Arbitral .....	30
<b>2.2. CONTENIDO DEL ACUERDO ARBITRAL.....</b>	<b>32</b>
2.2.1. Contenido Necesario:.....	33
2.2.2. Contenido Facultativo .....	34
<b>2.3. ACUERDO ARBITRAL PATOLOGICO .....</b>	<b>35</b>
<b>2.4. PROCEDIMIENTO ARBITRAL DE ACUERDO A LA LEY DE MEDIACION Y ARBITRAJE.....</b>	<b>36</b>
<b>CAPITULO III: ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL .....</b>	<b>50</b>
<b>3.1. CONCEPTO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.....</b>	<b>51</b>
<b>3.2. REQUISITOS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL .....</b>	<b>52</b>
3.2.1 Arbitralidad.....	53
3.2.2. Mercantilidad .....	54
3.2.3. Internacionalidad.....	54
<b>3.3. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO Y SU RELACION CON EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL .....</b>	<b>56</b>



3.3.1.	El trato justo y equitativo en el Derecho Internacional Consuetudinario	57
3.3.2.	El trato justo y equitativo de acuerdo a la Jurisprudencia Arbitral	59
<b>3.4.</b>	<b>VENTAJAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL</b>	<b>62</b>
3.4.1.	Confidencialidad Y Privacidad	63
3.4.2.	Neutralidad Y Especialización	64
3.4.3.	Elección De La Modalidad Y Sede Del Arbitraje	65
3.4.4.	Elección De La Ley Aplicable Al Proceso Arbitral Y Del Derecho Sustantivo Aplicable Al Fondo Del Asunto	66
3.4.5.	Celeridad Y Economía	68
3.4.6.	Reconocimiento Internacional	68
3.4.7.	Inapelabilidad	69
<b>CAPITULO IV: ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: PRINCIPALES APORTES DEL DERECHO COMPARADO</b>		<b>71</b>
4.1	COLOMBIA	72
4.2	CHILE	75
4.3	ESPAÑA	80
4.4	ALEMANIA	84
4.5	ECUADOR	87
<b>CAPITULO V: INSTITUCIONES ARBITRALES</b>		<b>92</b>
5.1.	CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE DE LA HAYA	92
5.2.	CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL DE PARÍS	93
5.3.	CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)	94
5.4.	CÁMARA DE COMERCIO ECUATORIANA AMERICANA – AMCHAM QUITO	96
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>		<b>98</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>		<b>102</b>



## CLÁUSULA DE DERECHOS DE AUTOR



Universidad de Cuenca  
Clausula de derechos de autor

---

Yo, María Gabriela Apolo Cando, autora de la monografía "ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: UNA PERSPECTIVA LOCAL", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Artículo 5, literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención del título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicaría afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autora.

Cuenca, Octubre 2015.

*María Gabriela Apolo Cando*

María Gabriela Apolo Cando

0105119994



## CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL



Universidad de Cuenca  
Clausula de propiedad intelectual

---

Yo, María Gabriela Apolo Cando, autora de la monografía "ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: UNA PERSPECTIVA LOCAL", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, Octubre 2015.

*María Gabriela Apolo Cando*

María Gabriela Apolo Cando

0105119994



## DEDICATORIA

*Dedico este trabajo a mis padres: Emma y Frenzel, que me enseñaron con su ejemplo que solo el horizonte es el límite para mis sueños; y en cada paso me enseñan a ser una mejor persona. A David, mi hermano, y a todas las personas que me han apoyado a lo largo de este proceso.*





## AGRADECIMIENTOS

*Un agradecimiento especial a mi Director por haberme guiado en este proceso, con dedicación, perseverancia y entusiasmo.*

*A Leo, por su amor y compañía*

*A mis profesores y compañeros, por haber sido parte de esta etapa tan especial de la vida.*



## LISTA DE ABREVIATURAS

<b>LAM</b>	LEY DE MEDIACION Y ARBITRAJE
<b>CRE</b>	CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DE ECUADOR
<b>CPC</b>	CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL
<b>CCE</b>	CODIGO CIVIL ECUATORIANO
<b>CNUDMI</b>	COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL
<b>UNCITRAL</b>	REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA COMISION DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL
<b>CCI</b>	CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL DE PARIS
<b>OECD</b>	ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT
<b>NAFTA</b>	NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT
<b>TLCAN</b>	TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE



## INTRODUCCION

Es conocido por la población en general que el sistema ordinario de justicia en nuestro país tiene grandes dificultades al momento de resolver conflictos, muchos de los cuales han sido o están siendo tratados, sin embargo, uno de los más complejos por su naturaleza, es la saturación de procesos dentro de los tribunales, juzgados y cortes, lo que lleva a una demora en la resolución de conflictos, y genera consecuencias perjudiciales en los usuarios, lo que a su vez se traduce en falta de confianza en el sistema.

Sin embargo, la solución no solo está en la implementación de más juzgados y edificaciones, sino en un cambio de mentalidad sobre lo que significa resolver conflictos sin necesidad de judicializarlos; Y para que esto ocurra, es necesario un cambio de mentalidad que involucra a todos los actores de la sociedad, para de esta manera reconstruir ciertos modelos de lo que significa la resolución de conflictos.

El presente proyecto de investigación titulado, ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: UNA PERSPECTIVA LOCAL, ha sido desarrollado con el objetivo primordial de analizar el arbitraje como método de resolución de conflictos comerciales, a fin de esbozar una perspectiva local sobre el arbitraje comercial internacional, analizar su evolución histórica, generalidades, eficacia, ventajas sobre los procesos de la justicia ordinaria y los principales avances del derecho comparado.

El presente análisis no solo es oportuno sino preciso dadas las transformaciones que está viviendo el país, la sociedad, las universidades, el Derecho y las nuevas generaciones de juristas, que miramos con ojos de optimismo nuevos sistemas frente a los antiguos sistemas que han regido por excelencia dentro del país, debemos formarnos extensivamente sobre estas tendencias de resolución de conflictos.

Para la realización del presente proyecto, se realizó una investigación no experimental, utilizando un método transversal descriptivo, es decir,



recolectando datos de un tiempo y momento determinados para describir variables y analizar su incidencia e interrelación. Además se realizó una investigación longitudinal de tendencia o *trend*, es decir se analizaron cambios a través del tiempo (en variables o sus relaciones).

Adicionalmente, para la investigación se utilizaron los siguientes métodos: Método Histórico, describiendo fenómenos que acontecieron en el pasado basándose en fuentes históricas o documentos; Método hipotético-deductivo, que es un proceso de inducción que remite el problema a una teoría para formular hipótesis y validaras a través del análisis empírico.

En cuanto a la estructura para la presente investigación, la misma inició con las generalidades, concepto, características y evolución histórica el arbitraje, a fin de dar al lector una introducción completa sobre los elementos fundamentales para entender este método alternativo de resolución de conflictos, sin dejar de lado una perspectiva ecuatoriana sobre el arbitraje.

Posteriormente, se hizo un énfasis especial es uno de los elementos fundamentales y más controvertidos dentro el arbitraje, el convenio arbitral, y se esbozó el procedimiento arbitral de acuerdo a la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana.

Una vez que se desarrollados los elementos introductorios del arbitraje, se procedió a desarrollar el concepto, requisitos y ventajas del arbitraje internacional para resolver conflictos especialmente comerciales entre Estados, Estado y sector privado o público, Estado y organizaciones internacionales, etc.

Posteriormente se desarrolló un análisis del derecho comparado entre cuatro países: Colombia, Chile, España y Alemania; los dos primeros por ser de los más influyentes en la región; y los dos últimos, por ser de los dos más influyentes a nivel mundial y con gran desarrollo doctrinario y jurisprudencial. Así mismo se incluye aportes del derecho ecuatoriano al arbitraje.



Y por último se realizó una breve descripción de las instituciones arbitrales más importantes a nivel mundial, regional y local, como son la Corte permanente de Arbitraje de la Haya, la Corte internacional de Arbitraje de la cámara de Comercio Internacional de Paris, el Centro internacional de Arreglo de diferencias relativas a Inversiones (CIADI), y el Centro de mediación y arbitraje de las Cámaras de la producción del Azuay.



## CAPÍTULO I

### MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

#### 1.1. ARBITRAJE: GENERALIDADES

Para entender correctamente al arbitraje, es importante partir de la concepción de que estamos frente a una institución jurídica más que una frente a una construcción únicamente contractual; y, que si bien se activa por la voluntad de las partes involucradas, su existencia perdura y se mantiene por ser una institución requerida por el Derecho y que por lo tanto es un instrumento que busca satisfacer el ideal de justicia.

Al partir desde esta arista, podemos ubicar al arbitraje desde dos puntos de vista: como un instrumento procesal/adjetivo y como un instrumento jurídico para resolver controversias resultantes de relaciones jurídicas.

Si bien es cierto que en un primer momento se podría pensar en el arbitraje como institución que desnaturaliza los principios del derecho, fundamentalmente los que se refieren a la potestad jurisdiccional del Estado y a los “tres momentos jurisdiccionales”, es decir, conocimiento, juzgamiento y ejecución; con un análisis más profundo fácilmente se puede deducir que no es así.

Aunque el juzgamiento involucre intereses colectivos, aquel existe por la presencia de una controversia, la cual, por regla general, es de interés particular y solo produce efectos entre quienes se genera. Es por ello que el Estado no puede desconocer a los interesados las facultades que poseen de disponer libremente de sus derechos y someterlos a jueces que merezcan su amplia confianza. Si una persona, por actos de propia voluntad puede renunciar a un derecho suyo o transigir las disputas que sobre él tenga con un tercero, parece principio natural permitirle que entregue la suerte de su derecho a la decisión de otra persona que le inspire confianza. (Picand, 20)



De esta manera podemos obtener dos conclusiones: la primera es que existen límites sobre las controversias que pueden ser sometidas a arbitraje; y por otro lado que no se está coartando la facultad jurisdiccional del Estado, sino que por el contrario, el Estado de hecho reconoce facultades a los interesados para disponer libremente de ciertos derechos, y adicionalmente es el mismo Estado, el que a través de ciertas instituciones otorga especiales potestades jurisdiccionales a terceros para que diriman controversias susceptibles de ser transigidas.

Y que si bien, a los árbitros se les otorga la facultad de conocer y resolver sobre dichas controversias, en ningún caso pueden ejecutar lo juzgado, ya que como se explicó anteriormente, esta facultad conlleva o involucra también intereses colectivos, por lo que la justicia ordinaria y sus instituciones son los únicos facultados para ejecutar lo juzgado.

### 1.1.1. CONCEPTO

La ley de Arbitraje y Mediación fue publicada en el Registro oficial el día cuatro de septiembre de 1997, de esta manera la legislación ecuatoriana codifica sus disposiciones referentes a la mediación y arbitraje en un cuerpo normativo principal.

El primer artículo de dicha ley se titula: Validez del Sistema Arbitral, sin embargo, lo que hace es darnos una definición de lo significa sistema arbitral, de la siguiente manera:

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

De este concepto, podemos deducir los siguientes elementos:



- Es un MÉTODO: ya que está conformado por etapas y tiene un procedimiento establecido por la ley.
- Las PARTES ACUDEN EN FORMA LIBRE Y VOLUNTARIA: pues su compromiso será el que active el proceso arbitral.
- Someten a un TERCERO las controversias existentes (pasadas, presentes y/o futuras).
- Siempre que se trate de una materia TRANSIGIBLE.
- En cuanto se refiere al procedimiento, las controversias serán resueltas por tribunales que pueden ser administrados (aquellos que son parte de un centro de arbitraje que está autorizado por el Consejo de la Judicatura y que aplica los procedimientos establecidos en la LAM, en los Centros de Arbitraje o en en el COGEP); o con árbitros independientes (en los que se aplicara el procedimiento acordado por las partes).

Sobre los elementos antes descritos, cabe recalcar que los principales de acuerdo a la doctrina internacional y de acuerdo al criterio personal son los siguientes:

- La transigibilidad, ya que no solo cumple con la función de delimitar la actuación del arbitraje como método de solución de conflictos; sino también, cumple con una función legitimadora de dicho sistema y lo enmarca dentro del ámbito legal y constitucional.
- El acuerdo de las partes, ya que en la mayor parte de casos sometidos al arbitraje, este es el motor, motivación o razón de ser, del mismo, con excepción del arbitraje forzoso, en el que la ley establece en qué casos de manera imperativa se debe acudir al arbitraje.

### **Concepto de arbitraje de Eduardo Picand:**

Arbitraje es aquella institución jurídica por medio de la cual dos o más personas acuerdan, sea voluntariamente o por mandato legal, que determinadas controversias que emanen o que pudieran emanar de una





relación jurídica, sean sometidas al conocimiento y juzgamiento de un tercero elegido libremente por ellas. (Picand, 25)

### 1.1.2 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

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

**Artículo.- 169.- CRE.-** *El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.*

**Artículo 190.- CRE.-** *Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.*

## 1.2. CARACTERÍSTICAS

### 1.2.1. Busca resolver conflictos inter-partes

El objetivo principal de las partes al acudir al arbitraje es dirimir o resolver un conflicto, por lo que lógicamente existe entre ellas un conflicto previo, es decir un choque de intereses subjetivos, el mismo que busca ser resuelto a través de un procedimiento expedito y distinto al que se lleva a cabo en los tribunales de justicia ordinarios, para lo que se dota de competencia a un tribunal arbitral.



### 1.2.2. Cuenta con la intervención de un tercero

Esta es una característica fundamental y propia del arbitraje pues, a diferencia de la mediación en la que las partes son las encargadas de llegar a un acuerdo, lo que se conoce como *auto-composición*, en el arbitraje existe una tercera persona llamada árbitro, en quien las partes han depositado su confianza para que al final del proceso arbitral emita una decisión o laudo arbitral el mismo que contendrá la decisión sobre el conflicto, es decir, se aplica una *hetero-composición*, que es la intervención de un tercero ajeno al conflicto e imparcial.

### 1.2.3. Sobre materias transigibles

Esta característica se refiere a la principal limitación que enfrenta el procedimiento arbitral y al mismo tiempo la justificación de la potestad jurisdiccional de los jueces/árbitros. Esta se refiere a que las materias susceptibles de arbitraje son necesariamente aquellas respecto de las cuales las partes pueden disponer libremente conforme a derecho.

Según la doctrina jurídica existen dos formas de identificar a la materia transigible: la genérica y por exclusión.

- Genérica: son los derechos patrimoniales sobre bienes que están en comercio lícito y que pueden ser objeto de convenio. Existen legislaciones como la argentina o peruana que regulan la materia transigible de esta manera.
- Por exclusión: por su parte establece cuáles son las materias que no son sujetas para transigir, las legislaciones que la practican son la colombiana, la chilena y la panameña, entre otras.

Debemos entender a la transigibilidad como sinónimo de disponibilidad. De manera ejemplificativa podemos señalar como materia transigible en nuestra legislación a las siguientes:



- a) Acciones civiles.
- b) Los intereses meramente pecuniarios.
- c) Derechos patrimoniales.
- d) Toda clase o suerte de derechos, cualquiera sea su especie o naturaleza, siempre que no esté prohibida su renuncia.

Así también podríamos ejemplificar las materias no transigibles:

- a) Los delitos de acción pública, sean de instancia pública o de instancia particular, pues atentarian al bien común y al orden público. Sin embargo, las indemnizaciones surgidas por delitos penales de acción privada si podrían.
- b) El estado civil de las personas, pero sí se podría transigir sobre las consecuencias derivadas de esa calidad, como por ejemplo los efectos de la sociedad conyugal.
- c) Las cosas que están fuera del comercio, el Código de Comercio y demás leyes concordantes establecen que, lo que esta fuera de comercio no puede ser susceptible de transacción.
- d) Los derechos sucesorios, respecto a la renuncia a una sucesión futura, disposición de una sucesión futura y la institución de un heredero. Así también la sucesión de una persona viviente, es decir, no se puede transar respecto de la sucesión de una persona que todavía se encuentra viva, además existen grados dentro de la sucesión, esto es legítimas, cuarta de mejoras y de libre disposición.
- e) La obligación de prestar alimentos, sin embargo si se podría transigir sobre el valor a pagarse por alimentos, más no sobre el derecho de reconocerlos o no.
- f) Los derechos irrenunciables de los trabajadores, ya que hay expresa prohibición legal sobre los derechos de los trabajadores.
- g) Derechos ajenos o de terceros, solo se puede disponer de un bien o derecho, cuando se tenga dominio sobre él o la respectiva autorización del propietario, es decir si existe una representación válida siempre y cuando sea materia transigible.



- h) Bienes nacionales, el Código Civil establece en su artículo 604 como bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la Nación toda, el mismo artículo cita ejemplos como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, los nevados perpetuos y las zonas de territorio situadas a más de 4.500 metros de altura sobre el nivel del mar.
- i) Las obligaciones tributarias, los impuestos no son susceptibles de mediar, ya que es una obligatoriedad impuesta por el Estado, con su potestad *imperium*.
- j) El derecho, las leyes, reglamentos y en general todo tipo de norma, no son susceptibles de transacción, ya que estas son emanadas por autoridad competente y de cumplimiento general, no para casos específicos, tampoco se puede mediar su publicación o derogación por atentar al orden público.
- k) Otros que las leyes especiales determinen para cada caso, los cuales prohíban la transigibilidad.

#### **1.2.4. Normalmente se activa por medio de un acuerdo previo**

Esta característica esta en tono con la Teoría Contractualista del arbitraje, la misma que si bien reconoce la importancia de la jurisdicción, es decir que el arbitraje se activa porque la ley así lo permite, indica que un tercero no podría decidir sobre la causa si las partes no acordaran previamente resolver el conflicto a través del arbitraje.

Es decir, existe un acuerdo previo entre las partes, el elemento de la voluntad es parte de la esencia del arbitraje y su fundamento legitimador.

Sin embargo, existen ciertos casos en los que la misma ley reconoce que los conflictos que surjan, deberán ser resueltos mediante arbitraje. Esta forma de arbitraje forzoso está contemplado en ciertas legislaciones como la chilena, argentina y ecuatoriana, por ejemplo en el caso de conflictos laborales colectivos, en los que se conforma un tribunal arbitral con dos representantes



del empleador, dos del trabajador y un representante del Ministerio de Relaciones Laborales

### **1.2.5. La constitución del Tribunal Arbitral se realiza de manera privada**

Una de las características de los árbitros, es que son transitorios, no son permanentes. Por lo tanto, es indispensable que se constituya el tribunal arbitral para que se pueda llevar a cabo la relación procesal, lo que se denomina como *receptum arbitrii*. Y dicho tribunal solamente producirá efectos vinculantes respecto a la cuestión y a las partes que han motivado su nacimiento, es decir, administran justicia ocasionalmente porque las partes les dan jurisdicción.

## **1.3. EVOLUCIÓN HISTÓRICA**

Como la mayoría de instituciones jurídicas, el arbitraje ha sufrido un gran desarrollo con el paso del tiempo.

Existen varios autores como Bullard, quien indica que el arbitraje no fue invención de los abogados, y menos aún de los procesalistas, sino de los mercaderes, ya que si dos comerciantes tenían una disputa acudían al gremio, a la Cámara de Comercio, y le pedían que resolviera su conflicto. La Cámara designaba a otros comerciantes para que, en aplicación de los usos y costumbres comerciales, resolviera el caso. Era un proceso informal, flexible, orientado a un tratamiento justo y equitativo a las partes.

### **1.3.1. En El Derecho Romano**

A partir del sistema judicial romano se puede distinguir un sistema de arbitraje. De esta manera, en el sistema formulario, ambas partes podían elegir el objeto del proceso, el objeto del debate y la persona del Juez. Los laudos que se emitían podían ser apelados.

Paralelamente al sistema formulario, en Roma existía un sistema de arbitraje privado, que podía ser de dos maneras:



- a) *Compromisso facto*: cuando las partes acuerdan someter el conflicto a una tercera persona que no es la autoridad competente. Un aspecto relevante, es que existía una clausula penal (pena pecuniaria) en caso de incumplimiento de una de las partes.
- b) *Receptum arbitrii*: cuando el árbitro se obliga respecto de las partes que lo han designado.

### 1.3.2. En La Edad Media

Es en esta época en la que el arbitraje realmente adquiere un desarrollo profundo, convirtiéndose en el instrumento por excelencia para la resolución de conflictos. Debido a las falencias de las entidades públicas de aquella época, los burgueses, mercaderes y artesanos preferían acudir ante sus gremios para la resolución de conflictos, a través de un proceso más rápido, efectivo y con menos injerencia de distintos poderes que tornaban corrupta y poco efectiva la administración ordinaria de justicia.

Con la consolidación del feudalismo, los reyes y señores feudales adquirieron facultades de árbitros. En la edad media se hizo la distinción entre avenidores y amigables componedores, los primeros fallaban en derecho y los segundos de acuerdo a su sana critica.

### 1.3.3. En La Modernidad

Es en la modernidad, el arbitraje se torna a un segundo plano, ya que con las monarquías absolutas, el poder soberano del Rey le permitía incluso administrar justicia, por lo que el arbitraje se vuelve secundario.

Con la Revolución Francesa (1789), y en vista de la ineficiencia de las entidades públicas para la administración ordinaria de justicia, se vuelven los ojos al arbitraje como una alternativa rápida y eficaz y que además estaba a tono con los principios de la Revolución francesa (libertad, igualdad y fraternidad).



El primer antecedente del Arbitraje internacional está en Estados Unidos, con la firma del Tratado de Jay de 1794, para resolver los conflictos entre Estados Unidos e Inglaterra y el primer caso celebre resuelto fue el Caso Alabama en 1872.

### **1.3.4. En El Derecho Actual: Legislación Comparada**

#### **1.3.4.1. FRANCIA**

Historicamente, el ordenamiento jurídico francés ha sido uno de los precursores del arbitraje como institución jurídica, de esta manera en el año 2011, emitió una nueva Ley que busca derogar los textos de 1980 y 1981 y que busca mejorar la eficacia del sistema arbitral. Cabe recordar, así mismo que Francia es el hogar de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), uno de las mayores y más importantes centros establecidos de arbitraje internacional.

La doctrina francesa hace un amplio análisis y distinción entre cláusula compromisoria y compromiso, y determina cuáles son los requisitos para que la cláusula compromisoria sea válida, como por ejemplo, tiene que estipularse por escrito, debe designar al árbitro o árbitros o la forma de designarlos.

Algunas de las principales características de la Ley de Arbitraje francesa se detallan a continuación:

- Autonomía del acuerdo arbitral, independiente del contrato en el que se halle contenido, de acuerdo al artículo 1447 del Código de Procedimiento Civil francés.
- Eliminación de requisitos formales en el acuerdo arbitral, por ejemplo, permite un acuerdo arbitral oral. Sin embargo, cabe recalcar que para su reconocimiento y ejecución a nivel mundial es importante mantener ciertas formalidades, es así que la Convención de New York, que determina el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales a nivel internacional, requiere que el acuerdo este por escrito.



- Confidencialidad, que si bien es expresa para el arbitraje doméstico, no se pronuncia sobre el Arbitraje Internacional.
- La posibilidad de la intervención de las Cortes de justicia ordinaria en el proceso arbitral, especialmente para la instauración de medidas cautelares y en general para la asistencia del proceso arbitral.
- Sera posible apelar al laudo siempre y cuando las partes no hubieran renunciado a este recurso

#### 1.3.4.2. ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos el desarrollo del arbitraje ha tenido mucha fuerza, incluso llegando a ser un sistema paralelo a la justicia ordinaria. Ya en 1925, la legislación federal le otorgó plena validez a las cláusulas arbitrales, gran parte de la doctrina norteamericana sigue la tendencia de la teoría contractual del arbitraje. En la legislación norteamericana encontramos principalmente lo siguiente:

- 1.- La Ley Federal de Arbitraje (Federal Arbitration Act o FAA).
- 2.- La Ley de Uniformización Arbitral (Uniform Arbitration Act o UAA) (con implicación en la regulación de los Estados).
- 3.- Las cláusulas de los Reglamentos de Arbitraje Comercial de la Asociación Americana de Arbitraje, AAA, (American Arbitration Association's Commercial Arbitration Rules).
- 4.- Las cláusulas del Convenio de Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (de 10 de junio de 1958)

En el año 2000, se dictó la *Uniform Arbitration Act*, la misma que regula todos los aspectos más relevantes sobre el arbitraje y reemplaza a leyes más antiguas, armonizando la Ley Federal con las políticas de EEUU sobre los métodos alternativos de solución de conflictos. Además esta ley contempla otras alternativas fuera de la justicia ordinaria que tienen el mismo objetivo del arbitraje, es decir, descongestionar la justicia ordinaria y resolver los conflictos





de manera más rápida y eficaz. Así encontramos el *mini trial*, *neutral listener*, *el adjudicator* y *el summary jury trial*.

#### 1.3.4.3. ITALIA

Se han hecho varios esfuerzos de codificación de las disposiciones referentes al arbitraje, por ejemplo la *Arbitration Law* (1994). Algunos de los cambios más recientes vienen dados por las reformas al Código de Procedimiento Civil italiano en 2006, el mismo que provocó una importante modificación en el sistema arbitral.

El ordenamiento jurídico italiano prevé tres diferentes tipos de arbitraje: el arbitraje ritual o que sigue un rito (*rituale*), se utiliza para lograr los efectos equivalentes a la jurisdicción ordinaria; el arbitraje libre (*irrituale*), se procede de acuerdo a lo que las partes hayan pactado, así también, sus efectos están limitados al acuerdo de las partes; y el arbitraje internacional.

Las diferencias principales son las siguientes:

- En donde se encuentra regulado cada uno, el arbitraje *rituale* se regula específicamente en el Código de Procedimiento Civil; *irrituale*, en lo que las partes hayan pactado; y el Internacional en convenciones internacionales y las reglas del Derecho Internacional Privado.
- El arbitraje ritual mantiene una estructura y características propias, por ello también se conoce como juicio privado; mientras que el arbitraje *irrituale*, es una convención entre las partes en el amplio sentido, ya que son las partes las llamadas a establecer las reglas que se seguirán o atribuyen a los árbitros la tarea de resolver la controversia de acuerdo a lo que ellos consideren pertinente, y comprometiéndose a asumir lo decidido por los árbitros como si fuera expresión de su propia voluntad.

#### 1.3.4.4. LATINOAMERICA

Tiene sus raíces en la legislación española y francesa. Hubo varios esfuerzos para armonizar las reglas arbitrales en Latinoamérica, por ejemplo en Buenos



Aires se llevó a cabo la primera Conferencia Interamericana de Arbitraje Comercial (1967), a la que siguieron las celebradas en San José de Costa Rica, Rio de Janeiro, México, Panamá.

Actualmente, la gran mayoría de los Estados han suscrito diversos tratados internacionales, entre los de mayor renombre esta la Convención de Panamá de 1975 y la Convención de New York de 1958. Adicionalmente, la mayoría de legislaciones contempla una regulación adecuada del arbitraje tanto en sus Códigos de Procedimiento Civil, así también, como en sus leyes especializadas.

#### **1.4. CLASIFICACIÓN DEL ARBITRAJE**

Existe una diversidad de criterios sobre el Arbitraje y una diversidad de circunstancias en las que dicho sistema funciona, sin embargo su esencia es la misma. Por ello hay que entender que las diferentes clasificaciones en realidad son variantes de un mismo método, pero con características propias:

##### **1.4.1. De acuerdo a la NATURALEZA DEL ARBITRAJE Y AL MODO DE ACTUACIÓN DE LOS ÁRBITROS, puede ser:**

- **Arbitraje en Derecho:** Los árbitros deben actuar con sujeción a la ley, principios universales del derecho, jurisprudencia y doctrina. Por ello, en este tipo de arbitraje, los árbitros deben necesariamente ser abogados (referencia Artículo 3 LAM). En su actuación están obligados a someterse a la ley sustancial y adjetiva, de acuerdo a las disposiciones señaladas en la LAM, o al procedimiento establecido en el centro de arbitraje, y sin perjuicio de lo determinado en el convenio arbitral y de la aplicación de las normas supletorias que la misma ley invoque. En este tipo de arbitraje, la libertad de actuación del Tribunal se enmarca dentro de las normas imperativas de derecho.



- **Arbitraje en equidad:** en esta clase de arbitraje los árbitros deben fallar según su leal saber y entender, de acuerdo a los principios de la sana crítica. Permite la resolución de controversias de una manera más flexible. “La libertad de actuación de los árbitros se da en un doble sentido: respecto al procedimiento y en relación al sustento del laudo”. (Caivano, 73)

Cabe recordar que en este tipo de arbitraje, los árbitros no tienen la obligación de motivar sus laudos.

Sin embargo, en ningún momento se debe considerar que fallar en equidad significa resolver un litigio de manera arbitraria, pues por un lado serán las partes las que indiquen cuales son las normas que se deben seguir al momento de conocer, sustanciar y resolver el conflicto; por otro lado, se debe respetar las reglas de debido proceso; y por último, todo fallo arbitral debe fundarse en las pruebas legal y oportunamente agregadas al proceso, y por supuesto, esto también incluye a los laudos en equidad.

#### 1.4.2. Según el ORIGEN O LA FORMACIÓN del arbitraje, puede ser:

- **Arbitraje Voluntario:** cuando las partes lo constituyen libremente, eligiendo de la misma manera a los árbitros. Emanan del principio de autonomía de la voluntad de las partes para acudir a un método alternativo de solución de conflictos.
- **Arbitraje Forzoso:** se constituye por mandato expreso de la ley, es decir, asuntos que por su naturaleza deben ser resueltos por un tribunal arbitral y por un tribunal ordinario.

El legislador no constituye el arbitraje como tal, sino que ordena imperativamente su constitución, por tal razón dicha institución no nace solo porque el legislador lo ordene, sino que la voluntad de las partes es el instrumento indispensable que utiliza el legislador para someter a arbitraje determinadas materias y,



consecuentemente, la única manera como este puede nacer a la vida del derecho. Todo acto jurídico requiere necesariamente para su nacimiento la voluntad humana. (Picand, 54)

#### 1.4.3. De acuerdo al FUNCIONAMIENTO del arbitraje, puede ser:

- **Arbitraje Ad-Hoc o independiente:** en este tipo de arbitraje las partes constituyen directamente el tribunal para decidir sobre una determinada cuestión litigiosa, y una vez resuelta el tribunal se disuelve, es decir, el tribunal se conforma de acuerdo a lo que pacten las partes involucradas. Así mismo son las partes las que se ponen de acuerdo todos los aspectos de funcionamiento y operación del tribunal arbitral, y en general, respecto de las reglas sobre las cuales se desarrollara el arbitraje.
- **Arbitraje administrado o institucional:** al contrario del arbitraje Ad-Hoc, existe una entidad especializada que administra y organiza el trámite, y presta servicios para que la controversia sea resuelta. Esta entidad funciona como intermediaria entre las partes y los árbitros. Los centros de arbitraje tienen un reglamento propio al cual los contendientes se someten y que normalmente desarrolla las reglas relativas a la forma de designar árbitros, el idioma, las normas procedimentales aplicables, el plazo de duración, las causales de recusación de los árbitros, entre otras.

**Artículo 2 LAM:** *El Arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un centro de Arbitraje.*

La principal ventaja del arbitraje administrado es la seguridad del procedimiento, la certeza de la imparcialidad del árbitro, existencia de reglas claras y el respaldo del laudo final.



**1.4.4. De acuerdo a los ELEMENTOS INTEGRADORES DE CONEXIÓN,**  
puede ser:

- **Arbitraje nacional:** cuando los elementos de conexión son o pudieren ser regulados inmediata e íntegramente por el mismo ordenamiento jurídico.
- **Arbitraje internacional:** “cuando los puntos de conexión pudieren ocasionar un roce entre dos o más ordenamientos jurídicos frente a una misma relación sujeta al arbitraje”. (Picand, 51)

El arbitraje internacional encuentra su fundamento en una razón imperativa, y es que, esta es una de las pocas instituciones que puede guardar imparcialidad frente a la resolución de conflictos, especialmente los de naturaleza comercial.

**Artículo 41.-Arbitraje Internacional.- LAM.-** 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;
- 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) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad.



## CAPÍTULO II EL CONVENIO ARBITRAL

### 2.1. CONCEPTO DE CONVENIO ARBITRAL

En el capítulo I, al momento de definir el arbitraje como una institución jurídica, se estableció que uno de los elementos esenciales del arbitraje para que opere como método de resolución de conflictos es la voluntad de las partes que expresamente acuerden llevar sus conflictos, pasados, presentes o futuros a un tribunal arbitral en vez de a un tribunal de justicia ordinaria. Pues bien, dicho acuerdo de voluntades se plasma a través de un Convenio Arbitral o Acuerdo Arbitral.

**Artículo 5.- LAM.-** *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.*

Es importante aclarar que puede realizarse en un solo acto o en dos momentos diferenciados, en este caso estaríamos frente a una “cláusula compromisoria” y en el segundo caso frente al “compromiso arbitral”.

#### 2.1.1 CLAUSULA COMPROMISORIA

Es aquella en que las partes hacen un acuerdo antes que el conflicto surja y su objetivo es:

Expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje controversias futuras que puedan suscitarse por el contrato en el que la cláusula está inserta, sin más especificaciones que sobre el organismo arbitral, a veces las reglas del procedimiento y las la misma sede del arbitraje, y aun el idioma que se empleara. (Briseño, 27)



Es decir, las partes acuerdan mediante la cláusula compromisoria, que en caso de existir conflictos o controversias futuras fruto de una relación jurídica las mismas serán sometidas ante un tribunal arbitral para su resolución.

Si bien se considera que la cláusula compromisoria actúa como un acuerdo previo, este sí produce efectos en el campo civil y en el campo procesal:

- **Ámbito Civil:** ya que genera obligaciones para las partes, específicamente la de designar a los árbitros.
- **Ámbito Procesal:** ya que con su conformación, integra una verdadera incompetencia para la justicia ordinaria.

Sobre la validez y existencia de la cláusula compromisoria mucho se ha discutido a nivel doctrinario, sin embargo, el criterio de los autores que desconocían la validez de la cláusula compromisoria, actualmente no tienen mayor cabida, ya que se ha determinado que si la cláusula compromisoria como tal cumple con los requisitos que la ley prescribe para la existencia y validez de los actos jurídicos, es plenamente válida como fuente generadora de compromisos y obligaciones.

Frente a la cláusula compromisoria, el Código de Procedimiento de Japón, complementado por la *Arbitration Law de 1999* del mismo país, establece que “El acuerdo para someter una controversia futura a arbitraje no será válido, salvo que se refiera a una relación jurídica específica y a una disputa referente a ella.”

### **2.1.2. COMPROMISO ARBITRAL (Convenio arbitral):**

El compromiso arbitral opera cuando las controversias o conflictos ya se han suscitado, y frente a estas, las partes acuerdan que serán resueltas a través de un tribunal arbitral. Por ello, el compromiso arbitral es un contrato de mucha más complejidad en el que se van a detallar en primer lugar cual es el conflicto que existe entre las partes, quienes son las partes intervinientes en la relación jurídica e interesadas en la resolución de conflicto, quien o quienes actuarán



como árbitro o en su defecto, la forma que se utilizará para designarlos, cuáles serán las reglas de procedimiento que se seguirán, si el arbitraje será en equidad o en derecho, y en general todas las características y especificaciones que existirán en el procedimiento arbitral.

Cabe aclarar, que esta distinción es meramente doctrinaria y explicativa, sin embargo ambos actos, tienden a la misma finalidad, y siguen la tendencia – doctrinaria también – de considerar a la cláusula compromisoria como un contrato preliminar o también denominado contrato de promesa que servirá para asegurar la celebración de un contrato posterior denominado compromiso arbitral. Y ya que la diferenciación es únicamente doctrinaria, nada impide que en la práctica se realice el acuerdo arbitral mediante un solo y único acto.

Por último, al ser el convenio arbitral un acuerdo de voluntades que además genera obligaciones entre las partes, este tiene que cumplir con requisitos generales de existencia y validez como analizamos previamente:

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

Para el autor Dr. Ernesto Salcedo, el convenio arbitral es un acto contractual que expresa la voluntad de las partes de conferir una jurisdicción especial a particulares denominados árbitros para que resuelvan en derecho o en equidad las controversias litigiosas susceptibles de transacción, presentes o futuras, excluyéndolas de la intervención de los órganos jurisdiccionales del estado. (Salcedo, 103)

De acuerdo a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil Internacional CNUDMI, el convenio arbitral es “El acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o





ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.”

## 2.2. CONTENIDO DEL ACUERDO ARBITRAL

En su aspecto formal, cabe destacar que el Acuerdo Arbitral puede estar contenido dentro de un contrato principal y ser una cláusula más del mismo, o puede ser un contrato independiente.

Este acuerdo independiente debe necesariamente constar por escrito, es decir, puede resultar de cualquier medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes para someterse a arbitraje. Por lo tanto, la exigencia de que conste por escrito es que posteriormente conste como prueba de la voluntad que se ha expresado.

**Artículo 6.-LAM.-** *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.*

**Continuación artículo 5 LAM.-** *El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje.*

*La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral.*

*No obstante haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje,*



*en este caso, conjuntamente solicitarán al Juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y, de hallarse pendiente un recurso, deberán, además, desistir de él.*

#### *Otras formas de someterse al arbitraje*

En ciertas legislaciones, y tomando en cuenta las exigencias mundiales y avances tecnológicos han flexibilizado los requisitos del acuerdo arbitral, como por ejemplo la Ley de Arbitraje de España, indica en su artículo 93, que:

“Se considera cumplido este requisitos cuando el convenio arbitral conste y sea accesible para su ulterior consulta en documento electrónico, óptico o de otro tipo.”

## CONTENIDO

Podemos dividir el contenido del acuerdo arbitral en requisitos que obligatoriamente debe tener para tener validez y eficacia y requisitos facultativos que puede o no tener pero que de ellos no depende su existencia o validez como acto jurídico.

### **2.2.1. CONTENIDO NECESARIO:**

#### **- Voluntad de las partes para someterse al arbitraje:**

Esta voluntad debe ser expresa y no dejar duda de su intención inequívoca, adicionalmente debe constar por escrito de modo que pueda comprobarse su contenido. Y lógicamente este consentimiento no debe adolecer de vicios, fuerza o dolo. Caso contrario, esto acarrearía la nulidad en el acuerdo, ya que no reúne los requisitos mínimos que debe contener.

#### **- Determinación inequívoca de la relación jurídica, contractual o no contractual:**



Al igual que la legislación chilena, la LAM ecuatoriana exige en el inciso segundo del Artículo 5, que se determine la controversia que van a someter a la decisión arbitral.

La ley pretende dos objetivos: el primero de ellos es evitar que puedan someterse a arbitraje cuestiones que surjan de relaciones jurídicas que por su naturaleza están excluidas del ámbito de la ley, es decir, asuntos no susceptibles de transacción. El segundo objetivo es evitar la total y absoluta indeterminación de asunto litigioso que se somete a juicio arbitral. (Salcedo, 119)

Un objetivo adicional es que de esta manera se limita también la actuación de los árbitros.

Aunque cabe distinguir que el mismo artículo 5, determina que si es válido establecer para relaciones jurídicas futuras.

## 2.2.2. CONTENIDO FACULTATIVO

Facultativamente el acuerdo arbitral PUEDE contener:

- a) Si el arbitraje será en equidad o en derecho, si las partes no establecen expresamente que el arbitraje es en derecho entonces se entiende que será en equidad.
- b) Árbitros principales y alternos, número de integrantes del tribunal (uno o tres) y el procedimiento a seguir.
- c) Si la administración del arbitraje estará regida por las reglas de algún centro de arbitraje o no.
- d) De acuerdo al artículo 9 de la LAM, también se podrá pedir medidas cautelares encaminadas a garantizar el cumplimiento de obligaciones referentes a la obligación.
- e) Los demás acuerdos lícitos que las partes crean convenientes. (Salcedo, 120)



### 2.3. ACUERDO ARBITRAL PATOLOGICO

Se denominan convenios arbitrales patológicos – o cláusulas patológicas, a aquellos que por defectuosos, imperfectos, ambiguos, contradictorios o incompletos, obstaculizan el normal desarrollo del arbitraje al no delimitar claramente su alcance o por incluir cuestiones sumamente completas que presentan una altísima probabilidad de ocasionar serios problemas durante el desarrollo del proceso del arbitraje. (Salcedo, 121)

Cuando existe un acuerdo arbitral patológico, el árbitro deberá declararse incompetente para conocer la causa, pues las partes no han hecho un acuerdo valido para someter la controversia al procedimiento arbitral para su resolución.

La LAM no hace referencia a los acuerdos arbitrales patológicos, sin embargo, los casos más frecuentes de acuerdos arbitrales patológicos son los siguientes:

- **Convenio arbitral inexistente:** puede ser cuando fácticamente el acuerdo es inexistente o más ampliamente cuando ha incumplido con alguno de los elementos de existencia y validez que establece la ley para los actos jurídicos (Artículo 1461 CCE). Ejemplo: que se haya otorgado sin el consentimiento (libre de vicios, fuerza y dolo) de una de las partes.
- **Convenio arbitral nulo:** a diferencia del anterior caso, el acuerdo si existe, si nació a la vida jurídica, pero por concurrir en él ciertos vicios o defectos el mismo se vuelve nulo o de cumplimiento ineficaz. Ejemplo: se pretender realizar el arbitraje sobre una materia no transigible.
- **Concurrencia de jurisdicciones:** cuando además de someterse al arbitraje, las partes acuden a la justicia ordinaria.
- **Defectuosa designación del centro de arbitraje:** cuando se designa como institución que lleve a cabo el procedimiento arbitral a una que no tiene la autoridad para hacerlo. Ejemplo: si las partes se someten al Reglamento de Arbitraje de la Curia del Arzobispado de Guayaquil.



- **Inclusión en el acuerdo de condiciones imposibles de cumplir,** porque son material o jurídicamente imposibles”. (Salcedo, 122)

Para evitar estos inconvenientes, UNCITRAL, presenta el siguiente molde de cláusula compromisoria:

“Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato, su incumplimiento; resolución o nulidad se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL, tal como se encuentra en vigor.”

EL CENTRO DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE GUAYAQUIL, tiene el siguiente modelo de cláusula compromisoria:

“Toda controversia, discrepancia, diferencia o reclamación derivada de este contrato o que guarde relación con este, o con su cumplimiento y ejecución, será resuelta definitivamente en (Derecho o Equidad), en el laudo inapelable, por un Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil, que se integrara y funcionara de acuerdo con la Ley de Arbitraje y Mediación vigente en Ecuador, y el reglamento para el funcionamiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de dicha Cámara. La sede será Guayaquil, y el español el idioma del proceso.”

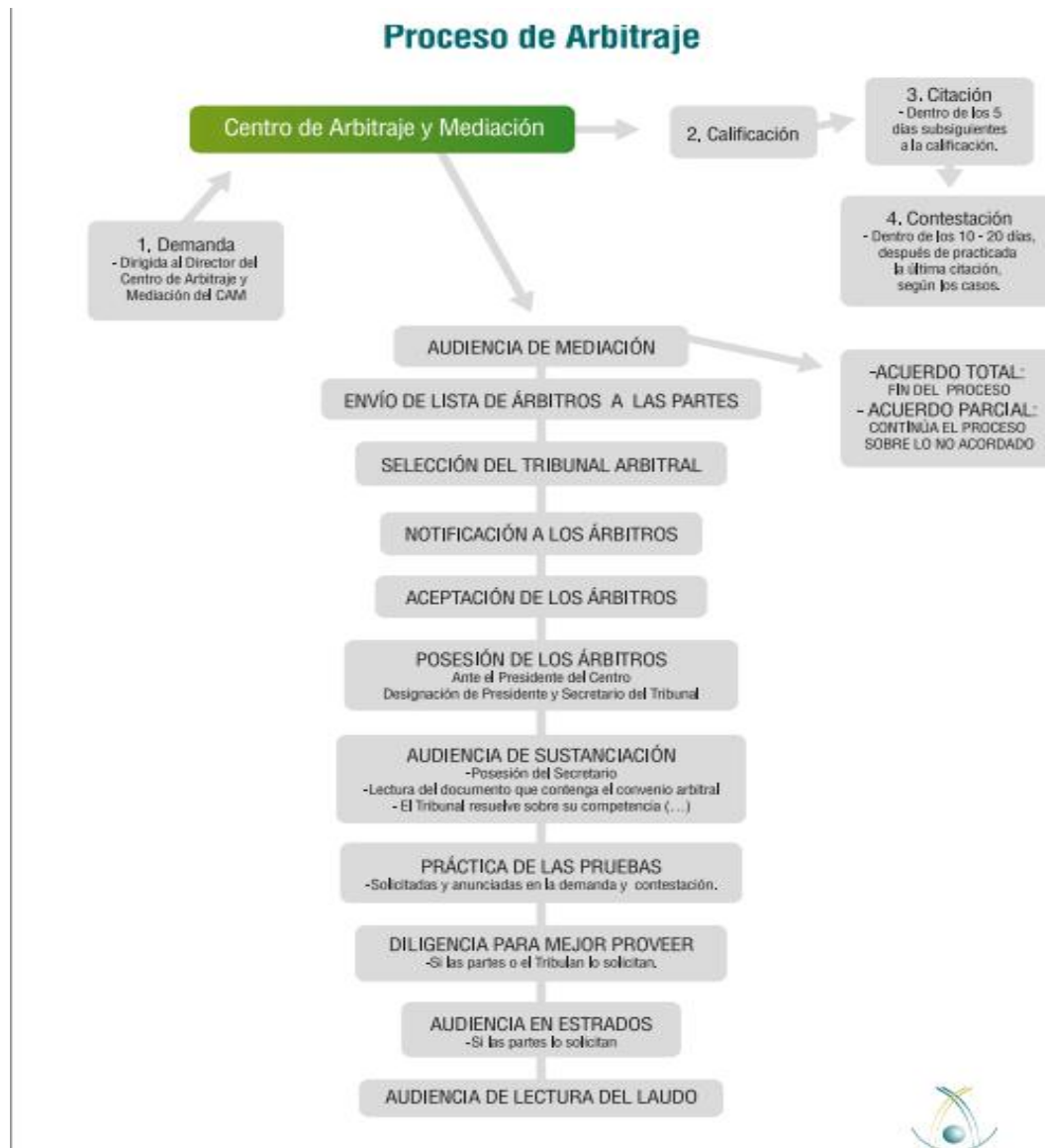
#### **2.4. PROCEDIMIENTO ARBITRAL DE ACUERDO A LA LEY DE MEDIACION Y ARBITRAJE**

La LAM, se ha encargado de establecer con claridad cuál es el procedimiento a seguir cuando estamos frente al arbitraje, y lo hace desde el artículo 10 hasta aproximadamente el artículo 25.

Cabe recordar, que una de las razones esenciales porque las partes acuden a un órgano diferente a la justicia ordinaria, es para que el procedimiento sea más expedito y efectivo, sin las recurrentes dilaciones que son parte de los procesos que se ventilan en la justicia ordinaria.

A continuación, se detallan los pasos del procedimiento arbitral en un diagrama provisto por el Centro de Mediación y Arbitraje de las Cámaras de Producción del Azuay:

### DIAGRAMA DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL



**Figura 1:** Diagrama del procedimiento arbitral, (Cortesía del Centro de Mediación y Arbitraje de las Cámaras de la Producción de Azuay).



1. **Presentación de la demanda** (artículo 10 LAM):

**Artículo 10.-** *La demanda se presentará ante el director del centro de arbitraje correspondiente o ante el árbitro o árbitros independientes que se hubieren establecido en el convenio. La demanda contendrá:*

1. *La designación del centro o del árbitro ante quien se la propone.*
2. *La identificación del actor y la del demandado.*
3. *Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión.*
4. *La cosa, cantidad o hecho que se exige.*
5. *La determinación de la cuantía.*
6. *La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor.*
7. *Los demás requisitos que la ley exija para cada caso. Se deberán, además, cumplir los requisitos señalados en el artículo 68 del Código de Procedimiento Civil.*

*A la demanda se acompañará necesariamente el instrumento en que conste el respectivo convenio arbitral o copia auténtica de éste.*

*Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la demanda.*<sup>1</sup>

El director del centro de arbitraje es el responsable de admitir la demanda a trámite llevar a cabo el procedimiento hasta que el Tribunal Arbitral este constituido, es decir, le corresponde: calificar la demanda, realizar la

---

<sup>1</sup> **Artículo 68.CPC-** A la demanda se debe acompañar: 1. El poder para intervenir en el juicio, cuando se actúe por medio de apoderado; 2. La prueba de representación del actor si se tratare de persona natural incapaz; 3. La prueba de la representación de la persona jurídica, si ésta figurare como actora; 4. Los documentos y las pruebas de carácter preparatorio que se pretendiere hacer valer en el juicio y que se encontraren en poder del actor; y, 5. Los demás documentos exigidos por la ley para cada caso.



citación, calificar la contestación a la demanda. Sin embargo, el Director no tiene facultades jurisdiccionales para decidir sobre si admite o no el fondo del asunto a tratarse, sino lo que hace es meramente decidir cuestiones administrativas y en ningún caso puede interferir con las decisiones de los árbitros, especialmente las que versan sobre la competencia, excepciones mal planteadas, nulidades, etc.

En el caso de la demanda, fácilmente podemos identificar una diferencia con una demanda en la justicia ordinaria, ya que en el arbitraje, a la demanda se adjuntan las pruebas que van a ser parte del proceso, por lo que el proceso tiende a ser más transparente. Esta especificación es de tal importancia que el COGEP asume esta particularidad y desde que entró en vigencia dispone que en la demanda también se indique las pruebas que se harán valer en el proceso.

## **2. Citación y contestación a la demanda:**

**Artículo 11.-** *Presentada la demanda, el director del centro de arbitraje, o si fuere el caso, el árbitro o árbitros independientes previa su posesión conforme lo establecido en el artículo 17, calificarán la demanda y mandarán a citar a la otra parte, debiendo practicarse la diligencia de citación dentro de los cinco días subsiguientes, concediéndole el término de diez días para que conteste con los mismos requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil para la contestación de la demanda. Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias, que justifiquen lo aducido en la contestación.*

*El silencio se considerará como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. Si al actor le fuere imposible determinar el domicilio del demandado, la citación se hará mediante dos publicaciones en un diario de amplia circulación en el lugar en donde se sigue el arbitraje y en el domicilio del demandado. Si el demandado no compareciere en el término de diez (10) días después de la última publicación, este hecho se tendrá como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. La imposibilidad de determinación*





*del domicilio del demandado deberá justificarse con arreglo a las normas del Código de Procedimiento Civil.*

En el sistema arbitral, así como en el sistema ordinario, la citación es parte fundamental del procedimiento pues permite que las partes hagan efectivo su derecho a la defensa, al debido proceso, pues le permite conocer el contenido de la demanda y hacerse presente a lo largo de proceso para formular sus pretensiones que generalmente son extintivas, modificatorias o impeditivas.

Adicionalmente, el incumplimiento de la citación posibilita que se nulite el arbitraje, de acuerdo al artículo 31 numeral a) de la LAM.

**Artículo 12.-** *Si el demandado tuviere su domicilio fuera del lugar de arbitraje, se le concederá un término extraordinario para que conteste la demanda, el que no podrá exceder del doble del ordinario. 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.*

*En este caso se concederá al actor el término de diez días para que conteste la reconvenición.*

*A la reconvenición y su contestación se deberá adjuntar las pruebas y solicitar las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en éstas.*

Cabe aclarar que en la contestación, el demandado está facultado para reconvenir, tal como lo haría en un proceso ordinario, únicamente sobre la misma materia del arbitraje siempre y cuando su pretensión sea de aquellas que, conforme el convenio arbitral, pueda someterse al arbitraje. En este caso, el actor tendrá diez (10) días para contestar la reconvenición.

### **3. Audiencia de mediación:**

**Artículo 15.-** *Una vez contestada o no la demanda o la reconvenición, el director del centro de arbitraje o el árbitro o árbitros independientes notificarán a las partes, señalando día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación a fin de procurar un avenimiento de las partes. En la audiencia*



*podrán intervenir las partes, sus apoderados o representantes y podrán concurrir con sus abogados defensores. Esta audiencia se efectuará con la intervención de un mediador designado por el director del centro de arbitraje o el tribunal independiente, quien escuchará las exposiciones de los interesados, conocerá los documentos que exhibieren y tratará que lleguen a un acuerdo que ponga término a la controversia, lo cual constará en un acta que contendrá exclusivamente lo convenido por las partes y no los incidentes, deliberaciones o propuestas realizadas en la audiencia. El acta en la que conste la mediación total o parcial de la controversia tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez ordinario acepte excepción alguna ni sea necesario iniciar un nuevo juicio. Si concurriere una sola de las partes será escuchada y se anotará la ausencia de la otra, a la que se declarará en rebeldía, lo que será tomado en cuenta para la condena en costas.*

Con el objetivo de brindar una resolución que ponga fin al litigio, el primer paso es una Audiencia de mediación, a la que pueden acudir las partes o sus abogados o representantes. De esta audiencia se sentara un acta en la que constara todo lo que llevado a cabo en la audiencia, incluyendo la comparecencia o no de ambas partes.

#### **4. Designación de árbitros y constitución del Tribunal (artículo 16 y 17 LAM):**

Si no se ha logrado un acuerdo en la Audiencia de mediación, se nombrarán los árbitros que actuarán en el proceso arbitral. Para esto, el Director del centro enviará a las partes una lista de árbitros para que de común acuerdo designen a tres árbitros y un alterno, y si no se pusieren de acuerdo en los árbitros, éstos se designaran mediante sorteo. En caso que se tratara de un arbitraje independiente en el acuerdo arbitral se designara quienes actuarán como árbitros.



Una vez designados, los árbitros tendrán tres días para aceptar o negar el cargo, el silencio en este caso, significa la negativa. Si han aceptado, el Director los llamara a tomar posesión ante el Presidente del centro de arbitraje. Y en caso del arbitraje independiente la posesión se hará frente a un notario público.

Las causas de recusación de los árbitros, son las contenidas en el Código de Procedimiento Civil, para los jueces. <sup>2</sup>

### **5. Audiencia de sustanciación (artículo 22 LAM):**

**Artículo 22.-LAM.-** *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, reconvenición,*

---

<sup>2</sup> **Artículo 856.-C.P.C.-** *Un juez, sea de tribunal o de juzgado, puede ser recusado por cualquiera de las partes, y debe separarse del conocimiento de la causa, por alguno de los motivos siguientes:*

1. *Ser cónyuge o conviviente en unión de hecho o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad de alguna de las partes, o de su representante legal, o de su mandatario, o de su abogado defensor;*
2. *Ser acreedor, deudor o garante de alguna de las partes, salvo cuando lo fuere de las entidades del sector público, de las instituciones del sistema financiero, o cooperativas. Habrá lugar a la excusa o recusación establecida en este número sólo cuando conste el crédito por documento público o por documento privado reconocido o inscrito, con fecha anterior al juicio;*
3. *Tener él o su cónyuge, o sus parientes dentro de los grados expresados en el número 1, juicio con alguna de las partes o haberlo tenido dentro de los dos años precedentes, si el juicio hubiese sido civil, y de los cinco, si hubiese sido penal; No serán motivos de excusa ni de recusación la demanda civil o la querrela que no sean anteriores al juicio;*
4. *Tener interés personal en la causa por tratarse de sus negocios, o de su cónyuge, o de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad;*
5. *Ser asignatario, donatario, empleador, o socio de alguna de las partes;*
6. *Haber fallado en otra instancia y en el mismo juicio la cuestión que se ventila u otra conexa con ella;*
7. *Haber intervenido en el juicio, como parte, representante legal, apoderado, defensor, agente del ministerio público, perito o testigo;*
8. *Haber sido penado, multado o condenado en costas en la causa que conocía, en caso de que la sanción le hubiese impuesto otro juez o tribunal;*
9. *Haber dado opinión o consejo sobre el juicio que conste por escrito; y,*
10. *No sustanciar el proceso en el triple del tiempo señalado por la ley.*



*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.*

La audiencia de sustanciación inicia con la lectura del convenio arbitral y el mismo tribunal deberá resolver sobre su competencia, en base al principio *Kompetenz-Kompetenz*.

En 1955, un fallo emitido por un Tribunal Superior en la República Federal de Alemania contempla el principio “Kompetenz-Kompetenz”. En éste se determinó que debía atribuírseles a los árbitros la facultad de determinar el alcance del acuerdo arbitral como la competencia y autoridad hacia el mismo.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: UNCITRAL adoptó oficialmente el principio “Kompetenz-Kompetenz”, estableciendo al respecto en el artículo 21, numeral 1 de su Reglamento de arbitraje, lo siguiente: “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado. (Olivos,62)

La competencia de los árbitros está limitada por el contenido del convenio arbitral y por la exigencia legal de que la materia sometida a su conocimiento sea transigible.

Al momento de determinar su competencia o no, el Tribunal debe examinar ciertos aspectos como: existencia legal del convenio arbitral, en el fondo y la forma, que se haya determinado en el convenio la cuestión que sobre la que se va a decidir, que esta sea transigible, y además comprobará la capacidad legal de las partes para acudir al sistema arbitral.



Posteriormente, si el Tribunal se declara competente para conocer el proceso, ordenara que se practiquen las pruebas y diligencias solicitadas por las partes en la demanda, contestación, reconvencción, siempre que estas fueran pertinentes. Los árbitros, en miras a cumplir principios de eficiencia y economía procesal, pueden desestimar ciertas pruebas que consideren intrascendentes con el objeto probatorio. Así también, el Tribunal tiene la facultad de disponer la práctica de pruebas de oficio, recurriendo a las “diligencias para mejor proveer” de acuerdo al artículo 23 de la LAM.

Cabe destacar un error que comete la LAM, en la Audiencia de Sustanciación. Al inicio de la Audiencia el Tribunal decide sobre su competencia para conocer la causa, sin embargo no se permite la intervención de las partes en este momento para argumentar y alegar sobre la competencia o incompetencia del Tribunal, por lo que su intervención a pesar de versar sobre esta misma cuestión está reservada al final de la Audiencia, lo que puede llevar a dilaciones innecesarias y falta de concentración de actos en el momento oportuno.

## **6. Audiencia de Estrados (artículo 24 LAM):**

**Artículo 24.-LAM.-** *Una vez practicadas las diligencias probatorias el tribunal señalará día y hora para que las partes presenten sus alegatos en audiencia en estrados si es que lo solicitan.*

En la Audiencia de estrados las partes presentaran sus alegatos, es decir, realizan una argumentación en derecho en base a las pruebas aportadas y practicadas, legislación vigente y los hechos ocurridos, para indicar a los árbitros, cual es la decisión – que a su criterio- deben seguir.



## 7. Audiencia de lectura del laudo (artículo 29LAM):

**Artículo 29.-LAM.-** *Las partes conocerán del laudo en audiencia, para el efecto el tribunal señalará día y hora en la cual se dará lectura del laudo y entregará copia a cada una de las partes.*

Desde que el Tribunal se ha declarado competente, es decir, desde la Audiencia de sustanciación, tiene un término máximo de 150 días para la expedición del laudo, dicho término puede prorrogarse por un término igual por petición de las partes o disposición del mismo Tribunal.

Los laudos emitidos por los Tribunales son inapelables, pero si son susceptibles de ser aclarados o ampliados a petición de partes antes que se ejecutorie. (Artículo 30 LAM)

## 8. Ejecución del laudo arbitral (artículo 32 LAM):

**Artículo 32.-LAM.-** *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.*

Cabe recordar, que los árbitros no tienen la facultad para ejecutar lo resuelto en arbitraje, sin embargo, las partes pueden acudir a la justicia ordinaria para este último paso y seguir la vía de apremio del mismo modo que se haría con una sentencia de última instancia.



## Otras formas de terminación del proceso arbitral:

### 1. Desistimiento:

“Es un acto procesal del demandante que consiste en una declaración expresa de voluntad por la que hace conocer su deseo de no sostener o continuar la instancia arbitral iniciada o el recurso interpuesto por él.” (Salcedo, 247)

### 2. Abandono:

Es una separación tacita de las partes que se verifica por falta de impulso procesal durante un tiempo establecido por la ley. Sin embargo, en el proceso arbitral, a diferencia del proceso ordinario, el impulso de la causa está a cargo de los árbitros y no de las partes, en consecuencia en el arbitraje no opera el abandono.

### 3. Allanamiento:

Allanamiento es el acto procesal del demandado por el que manifiesta de manera expresa su voluntad de no oponerse a las pretensiones del actor, manifestando su conformidad con las mismas, provocando la terminación del proceso con la expedición de un laudo no contradictorio que aceptara las pretensiones del demandante, con efectos de cosa juzgada.” (Salcedo, 250)

## 2.5. ARBITRAJE FAST TRACK

Teniendo en cuenta que las partes pueden acordar el procedimiento arbitral, y en vista de que el principal objetivo del arbitraje es una resolución expedita de conflictos, se crea el Arbitraje *Fast Track* que permite la dirimir la controversia en el menor tiempo posible.

Este tipo de arbitraje fue inicialmente concebido por diferentes entidades de arbitraje a nivel mundial, como por ejemplo la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI



El tratadista Benjamin Davis, define al arbitraje de la siguiente manera: “El termino Arbitraje *Fast Track* se usa para referirse a un arbitraje que ha sido iniciado en base a un tipo específico de clausula arbitral, que define que disputas pueden ser presentadas para el procedimiento de *Fast Track*, y los límites temporales dentro de los que se resolverá. Estas disputas potenciales a las que se refiere, son consideradas por las partes para tener una resolución acelerada”

Requisitos para considerarse el *Fast Track*:

- Debe constar previamente una clausula arbitral mediante la cual las partes acuerden
- Establecer las reglas que se seguirán en el proceso

Al respecto, algunos comentaristas consideran que las reglas institucionales del proceso *Fast Track* deben tener un conjunto de reglas especiales; mientras otros creen que deben ser propuestos procesos suplementarios adicionales de las reglas arbitrales. Sin embargo, hay quienes prefieren crear sus propias cláusulas *Fast Track* y fijar sus plazos o términos.

En cuanto a sus principales ventajas, la celeridad es uno de los beneficios más importantes, en especial, cuando la necesidad de obtener una decisión en el menor tiempo posible es de capital importancia. Y debido a su celeridad, también se reducen los costos del mismo. Sin embargo, hay casos en los que no es precisamente recomendable, por ejemplo cuando se trata de materias técnicas en los que los peritajes y extensas argumentaciones son de fundamental importancia para llegar a una resolución justa y apropiada.

En cuanto a sus principales dificultades, son las siguientes:

- La dificultad de encontrar árbitros experimentados y dispuestos a trabajar con periodos de tiempo limitados.
- El riesgo de obtener una decisión insatisfactoria debido a la presión al tener poco tiempo.
- El riesgo de no poder cumplir con el plazo establecido.





Al respecto también existen tratadistas, como Alan Redfern, que consideran que el árbitro siempre debe tener en consideración el orden público y que éste es una restricción a la autonomía de la voluntad de las partes, y que ciertos principios tales como el debido proceso deben siempre ser tomados en cuenta y jamás ser sacrificados por la voluntad de las partes.

Para llevar a cabo un Arbitraje *Fast Track*, es necesario tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1. **La competencia de las partes.**- Cada parte debe asegurarse de que la otra tiene la capacidad de enfrentar un proceso *Fast Track*, y ambas partes deben tener el mismo compromiso e interés en resolver la controversia de manera acelerada.
2. **Ausencia de impedimentos legales.**- Antes de entrar al proceso *Fast Track*, las partes deben estar legitimadas y deben asegurarse de que la legislación vigente del lugar del arbitraje permita este tipo de arbitraje.
3. **Cláusula arbitral debidamente redactada.**- La cláusula arbitral debe ser clara, para evitar confusiones y poder probar que las partes están sometidas a arbitraje.
4. **Naturaleza del contrato.**- Las partes deben analizar la naturaleza del contrato y ver si la controversia puede ser resuelta en un proceso acelerado. En la cláusula deben quedar expuestas qué tipo de controversias pueden ser llevadas a arbitraje.
5. **Límites de tiempo razonables.**- Es fundamental establecer los límites de tiempo, especificando cuando comienzan y cuando terminan.

Al respecto de los límites de tiempo, no podemos olvidar el marco constitucional ecuatoriano. Tener el tiempo necesario para preparar la debida defensa es un derecho constitucional y debe ser acatado bajo cualquier circunstancia.

Así señala el artículo 76 de la Constitución Ecuatoriana:



*"Artículo 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:*

*Numeral 7: El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:      b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa."*

Modelo de clausula arbitral de *CPR International Institute for Conflict Prevention & Resolution* (Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos):

"Cualquier disputa que resulte de este contrato, incluyendo su incumplimiento, terminación o validez, deberán ser resueltos de a través del Arbitraje de acuerdo con las Reglas de Arbitraje Fast Track del Instituto Internacional para la Prevención y Resolución de Conflictos. El arbitraje se regirá por la Ley Federal de arbitraje, 9 U. S. C. §§ 1 y siguientes y la ejecución del laudo dictado por el árbitro(s) puede ser presentado ante cualquier tribunal con jurisdicción para conocerlo. El lugar del arbitraje será (ciudad, estado)."

A manera de conclusión sobre el procedimiento arbitral Fast Track, cabe recalcar que es muy común al momento de solución de conflictos especialmente comerciales, que por su naturaleza, requieren un proceso sumario y efectivo. Y, si se consideran principios fundamentales del debido proceso, es una herramienta sumamente efectiva al momento de la resolución de conflictos.



### CAPITULO III

#### ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

El profesor Chillón Medina, indica lo siguiente:

Más que una preferencia por una jurisdicción estatal, más que un rechazo de la justicia de los tribunales judiciales, el Arbitraje constituye hoy en día la única jurisdicción viable para solventar los litigios que derivan del comercio internacional; o dicho de otra manera, el arbitraje es el instrumento normal de la administración de justicia en las relaciones económicas internacionales. Más que una alternativa, el arbitraje internacional es una necesidad. Más que un rechazo a la justicia estatal, es una afirmación. Es el deseo patente de las particulares de utilizar una justicia diferente a la justicia administrada por tribunales judiciales, por tribunales nacionales. Este carácter diferencial constituye el punto de partida, la piedra angular del Derecho del arbitraje internacional. (Picand, 215)

El Arbitraje comercial internacional fue creado y ha evolucionado rápidamente debido a gran demanda mundial, y a los cambios económicos, políticos, sociales, culturales y tecnológicos que marcan a la población mundial actual, así como sus necesidades.

La globalización, el tránsito constante de conocimiento, tecnología, productos, ha marcado un inicio de era para el comercio mundial, y por esta razón es que se han perfeccionado procedimientos como el arbitral que responde a las necesidades de seguridad, rapidez, eficacia, imparcialidad, flexibilidad que exigen los tiempos actuales, especialmente cuando se refiere al comercio internacional, por ello ambas situaciones jurídicas están íntimamente relacionadas.

Es importante tomar en cuenta que las relaciones en la que convergen elementos internacionales, son por excelencia, complejas, ya que hay que



determinar por ejemplo cual sería la ley aplicable, cuál será la sede en la que se sustanciara el proceso, etc.

Por ello cabe indicar que el arbitraje internacional es una verdad insoslayable no solo desde un punto de vista jurídico, sino también desde un punto de vista económico-cultural, ya que es un instrumento que satisface las necesidades de los sujetos que se ven envueltos en las controversias con connotación internacional.

### **3.1. CONCEPTO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**

En términos generales, podemos indicar que Arbitraje Internacional:

Es aquel que excede el marco de un Estado, sea en razón de que las partes al tiempo de la celebración del acuerdo tuvieran sus establecimientos o residencia habitual en estados diferentes, sea que la sede del arbitraje o del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones excede los límites de un Estado. (Caivano, 313)

Para determinar cuando estamos frente a Arbitraje Internacional, debemos considerar los siguientes criterios:

- Diferencia de nacionalidad, domicilio o residencia de las partes o envío de mercaderías de un país a otro con base a una negociación internacional previa.
- Prestación de servicios de empresas extranjeras en lugares diferentes a los de su nacionalidad de origen o domicilio.
- Transferencia de tecnología entre empresas de diferente nacionalidad

En todos estos casos, siempre y cuando previamente se haya celebrado un acuerdo o pacto para resolver las disputas que surjan en sede arbitral.

Al estar frente al Arbitraje Internacional, se debe recurrir al Derecho Internacional Privado para establecer diferentes situaciones, como por ejemplo la ley aplicable para determinar la capacidad de las partes, arbitralidad de la materia, nulidad o invalidez del acuerdo arbitral, procedimiento a seguir o para



resolver el fondo de la controversia, así también como la legislación que se aplicara al reconocimiento y ejecución del laudo extranjero.

La LAM vigente en Ecuador, indica que:

**Artículo 41.- LAM.-** *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;*
- 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) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad.*

### **3.2. REQUISITOS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**

Eduardo Picand Albonico, indica a partir del análisis de los requisitos y elementos que conforman al derecho comercial internacional, que este puede definirse como:

Aquel que las partes acuerdan con el objeto de dirimir las controversias que emanan o pudieran emanar de relaciones jurídicas mercantiles en las que el lugar de los establecimientos de las partes, el lugar del cumplimiento sustancial de las obligaciones o de la relación más estrecha del litigio se encuentra vinculado con más de un Estado.  
(Picand, 94)

De esta definición, se desprende que los requisitos – desde un punto de vista general- para que un arbitraje se considere internacional son los siguientes:



### 3.2.1 ARBITRALIDAD

Es decir, si la materia que esta por someterse al arbitraje es susceptible de ser transigida, ya que una limitación impuesta – mediante un criterio mundial- es que toda materia que se lleve a sede arbitral sea transigible, ya que la violación de este precepto causaría la nulidad del laudo arbitral además de impedir la ejecutabilidad del laudo en un país determinado.

La arbitralidad tiene una estrecha relación con el orden público interno pero también con el internacional. Por ello, la arbitralidad no solamente es una condición de validez del arbitraje sino también es un presupuesto básico de la relación jurídica procesal que nace entre las partes y el árbitro.

De lo antes expuesto, resulta evidente que es de trascendental importancia saber qué ley rige el compromiso, ya que “si el objeto de este estuviera en contraposición con los preceptos legales aplicables conforme al Derecho Internacional Privado vigente, dicho acuerdo arbitral adolecería de nulidad por vicios en su objeto” (Picand, 86)

Al respecto, existe también importante jurisprudencia por ejemplo en 1966 se sometió a arbitraje una controversia derivada de la validez de un contrato *Know how* celebrado entre una empresa francesa y una empresa italiana, contrato que tenía cláusulas de exclusividad de distribución.

Durante el proceso arbitral, la empresa italiana alego la nulidad del contrato en base al Artículo 85 del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, el mismo que establece que “serán incompatibles con el mercado común y quedaran prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las practicas concertadas que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, transigir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.”



Es decir, estaba alegando que el contenido del acuerdo entre las partes violentaba el ordenamiento jurídico, sin embargo en este caso el Árbitro encargado de la decisión de la causa rechazó este argumento, en vista de que a su entender no se estaba violentando el orden público comunitario.

### **3.2.2. MERCANTILIDAD**

En primer lugar es importante delimitar que se debe entender por Mercantilidad, ya que a lo largo de esta investigación se ha sostenido que este ha sido uno de los factores que ha impulsado el desarrollo vertiginoso del arbitraje internacional.

Por ello, los diferentes Tratados y Convenios internacionales, lo tratan desde diferentes ópticas, como por ejemplo los tratados bilaterales contemplan relaciones de cooperación y asistencia en materia jurídica tanto en el campo civil como mercantil. O en el caso de la Convención Europea de Arbitraje Comercial Internacional de 1961 que se refieren expresamente a materias comerciales.

De manera general, podemos decir que la relación jurídica versa sobre una materia comercial o mercantil, si de los efectos de la relación jurídica que se sujeta a arbitraje nacen prestaciones que impongan actos de comercio a alguna de las partes, conforme a la ley aplicable de acuerdo al Derecho Internacional Privado.

### **3.2.3. INTERNACIONALIDAD**

La internacionalidad vendría a ser el elemento trascendental en el Arbitraje comercial internacional, pues bajo este criterio se determinara la aplicación de una ley nacional o una ley extranjera. En el caso que se considere como arbitraje comercial internacional, se deberá recurrir al Derecho Internacional Privado para determinar con precisión cual es la ley aplicable a la controversia.

Sin embargo, hay más de un criterio para saber cuándo estamos frente a un arbitraje internacional, a continuación se describen los principales:



### **3.2.3.1. Nacionalidad del laudo**

Es uno de los criterios que ha tenido más acogida tanto en la doctrina como en el derecho moderno, debido a la sencillez de su identificación y relación con un territorio determinado. Bajo este criterio, se supone que la nacionalidad de la sentencia es aquella del país en que se dicta el laudo, incluso cuando los demás actos procesales arbitrales hayan sido sujetos al imperio de la ley de un país distinto donde se pronunció el fallo. Este criterio es acogido por el Convenio de Ginebra de 1927.

El profesor Ramiro Brotons, señala que las ventajas de este criterio con la objetividad, uniformidad y la seguridad, y que su sentido práctico es innegable; sin embargo, podría ser objetado desde un punto de vista teórico, ya que excluye a los laudos extranjeros pronunciados en el foro con arreglo a una ley distinta de la del foro y en cambio incluye – por exceso- a los laudos dictados en el territorio de otro Estado conforme a la ley del foro.

### **3.2.3.2. Nacionalidad de las partes**

Es el sistema seguido por el protocolo de Ginebra de 1923, cuando el acuerdo arbitral ha sido celebrado entre partes sujetas a la jurisdicción de Estados contratantes. Se critica mucho este criterio pues sería muy difícil determinar la nacionalidad del laudo cuando las partes son nacionales de diversos estados. (Picand, 90)

### **3.2.3.3. Domicilio o residencia de las partes**

Este es un criterio adoptado por la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, que en su Artículo 1, establece:

“Este tratado tendrá aplicación respecto de las convenciones de arbitraje concluidas para el arreglo de los litigios originados o que se originaren en operaciones de comercio internacional entre personas físicas o morales que, en el momento de la conclusión de la convención, tengan su residencia habitual o su sede en el territorio de diferentes Estados contratantes.”





Sin embargo, este criterio también ha sido objeto de críticas, por considerarlo demasiado, de tal manera que podría llevar a confusiones sobre su aplicación. Eduardo Picand, menciona un ejemplo en su tratado de Derecho Comercial Internacional, y dice que sería posible que se dé un arbitraje entre empresas alemanas domiciliadas en Francia, que estén sujetas a la ley alemana, y que la sentencia arbitral sea dictada en territorio francés, pero que no solo por esta circunstancia se le deba considerar de nacionalidad francesa.

#### **3.2.3.4. Criterio del Derecho aplicable al procedimiento**

Este criterio es adoptado por legislaciones como la alemana y la belga. Generalmente adoptan este criterio quienes tienen una visión contractualista del arbitraje, ya que conforme a esta posición la nacionalidad de la sentencia no se determina por el lugar en que fue dictada, sino por el lugar en que ha sido elaborada por los Tribunales y de acuerdo sus reglas procesales, sin embargo usualmente estos dos factores coinciden; Sin embargo, también pueden haber casos en los que dichos factores no coincidan y en este caso se preferirá la nacionalidad del Estado en el que se elaboró el laudo arbitral.

#### **3.2.3.5. Nacionalidad de los árbitros**

Este complejo criterio puede entenderse en dos sentidos: nacionalidad de los árbitros en arbitraje institucional o ad hoc o la nacionalidad de la institución permanente de arbitraje. Sin embargo, este criterio tiene muy poca aceptación debido a su compleja aplicación práctica.

Actualmente, la tendencia es combinar los factores y criterios para lograr una aplicación más extensiva de las normas, sin olvidar que “el carácter internacional del arbitraje debe ser determinado en función de la realidad económica del proceso en el cual se desarrolla” (Paillas, 79)

### **3.3. TRATO JUSTO Y EQUITATIVO Y SU RELACION CON EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**

No existe un único concepto de lo que significa el trato justo y equitativo, sin embargo han existido varios esfuerzos para delimitar lo que comprende. La



OECD (*Organisation for Economic Co-operation and Development*) lo define de la siguiente manera:

“La expresión trato justo y equitativo, que integra comúnmente lo mas importantes acuerdos bilaterales, indica un estándar de trato debido, establecido en el derecho internacional, que todo Estado debe garantizar a la propiedad de los ciudadanos extranjeros. El estándar exige que la protección a los extranjeros, asumida bajo la presente convención, debe ser generalmente la misma que cada parte otorga a sus propios nacionales pero, siendo establecido por el derecho internacional, el estándar puede ser más exigente en aquellos casos en que las normas de derecho interno de los estados o las prácticas administrativas de estos, otorguen una menor protección que la exigida por el derecho internacional. El estándar requiere conformidad en relación con el estándar mínimo que forma parte del derecho internacional consuetudinario.”

De esta definición, podemos destacar dos elementos principales: el primero es que el trato justo y equitativo tiene una íntima relación con el derecho internacional consuetudinario, debido a su naturaleza; y el segundo es que el trato justo y equitativo está presente en numerosos acuerdos bilaterales lo que lo convierte en una piedra angular del derecho internacional y por lo tanto del arbitraje internacional.

### **3.3.1. El trato justo y equitativo en el Derecho Internacional Consuetudinario**

El derecho consuetudinario se refiere a ciertas prácticas o costumbres que adscribe un Estado, con la convicción que dichas prácticas son legalmente obligatorias. Sin embargo, cabe recalcar que para que sea parte del derecho internacional consuetudinario, dicha práctica o costumbre no necesariamente debe estar admitida por todos los estados, sino por la mayoría de estos.

Un estándar mínimo internacional es una norma de derecho internacional consuetudinario que dispone un trato de pleno respeto, de acuerdo a un conjunto de principios mínimos los cuales lo estados,



deben someter sus acciones cuando se trata de inversionistas extranjeros y/o su propiedad, respetando además su propia legislación y costumbre interna. (Olivos, 20)

Para los inversionistas extranjeros, dicho estándar mínimo va a ser fundamental en las negociaciones previas, en el desarrollo del contrato o convenio y también en el caso de la resolución de controversias que podrían surgir de aquella relación, es por esto que en el marco de relaciones comerciales entre Estados se han desarrollado numerosos Acuerdos de Protección y Promoción de Inversiones, que tienen como uno de sus objetivos plasmar el derecho consuetudinario en disposiciones concretas y certeras, con el fin de que su aplicación sea más sencilla.

Uno de estos ejemplos, es la Convención sobre Protección de la Inversión Extranjera de la OECD, que indica que el concepto de trato justo y equitativo tuvo su origen en el “principio establecido del derecho internacional, que obliga a todo Estado a proteger y respetar la propiedad de los nacionales de terceros estados.”

Así también la Declaración de 1979 de la Oficina de Asuntos Extranjeros de la Republica de Suiza, que indica:

“... uno se refiere al principio clásico de los derechos de personas según los cuales un Estado debe otorgar a los extranjeros y a sus bienes que se encuentran en el territorio, el beneficio del “estándar mínimo internacional”, esto significa que se les otorga un conjunto mínimo de derechos personales, procesales y económicos.”

Un tercer ejemplo es el *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) o en español TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte), que es un tratado entre Canadá, Estados Unidos y México que entro en vigor el 1 de enero de 1994 y establece una zona de libre comercio

El Artículo 1105 del NAFTA, indica que:



1. Cada una de las partes otorgará a las inversiones de los inversionistas de una parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto por el párrafo anterior, cada parte otorgará a los inversionistas de otra parte y a las inversiones de inversionistas de otra parte, cuyas inversiones sufran pérdidas en su territorio debidas a conflictos armados o contiendas civiles, trato no discriminatorio respecto de cualquier medida que adopte o mantenga en relación con estas pérdidas.

### **3.3.2. El trato justo y equitativo de acuerdo a la Jurisprudencia Arbitral**

Solo mediante la jurisprudencia se ha podido determinar un contenido de lo que significa un trato justo y equitativo, y se ha determinado en base a sus elementos constitutivos, los mismos que serán explicados en base a jurisprudencia:

#### **a) OBLIGACIÓN DE VIGILANCIA Y PROTECCIÓN**

Se refiere a la obligación de ejercer debida diligencia, al momento de definir un acto u omisión del Estado contrario.

Caso Azurix Corp vs. La Republica Argentina, el Tribunal hizo una notable asociación entre los principios de trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas, señalando que:

“... no se trata tan solo de seguridad física; desde el punto de vista del inversor no es menor la importancia de la estabilidad, la que confiere un entorno de inversión seguro;... cuando los términos “protección y seguridad” vienen calificados por “plenas” sin ningún otro adjetivo estos términos abarcan, en su significado ordinario de esa norma más allá de la seguridad física.”

Resolviendo que la Republica Argentina no cumplió con un trato justo y equitativo al inversionista contenido en el Tratado de promoción y protección de inversiones de 1991.



#### b) PRINCIPIO DE BUENA FE

Sobre este principio el CIADI, indica que:

“El Estado receptor actuará de manera no contradictoria, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o preexistentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial, y que utilizará los instrumentos legales con la función típicamente previsible de tales instrumentos y nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación”.

En el caso Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. contra los Estados Mexicanos, el Tribunal Arbitral determinó que la garantía de tratamiento justo y equitativo es una expresión y parte constitutiva del principio de buena fe reconocido por el derecho internacional.

#### c) PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA

Este es un concepto relativamente nuevo, que ha sido pulido mediante laudos recientes.

Caso Maffezini (Argentina) vs. El Reino de España, sobre una transferencia de fondos del reclamante que no fue autorizada por una entidad española, y tales acciones representan un incumplimiento por parte de España de su obligación de proteger la inversión, y que según el Acuerdo Bilateral sobre Inversiones Argentina-España.

Adicionalmente, “la falta de transparencia con la que se llevó a cabo esta operación crediticia es incompatible con el compromiso de España de garantizar al inversor un tratamiento justo y equitativo, y que por lo tanto declaró el demandante tiene derecho a su indemnización”. (Olivos, 37)

#### d) DEBIDO PROCESO

En su sentido más amplio, la denegación de justicia o del debido proceso, comprende todo tipo de conductas ilícitas de parte de los estados en



relación con los extranjeros, incluyendo acciones u omisiones. En su sentido más restringido se refiere a la negación por parte del Estado el acceso al extranjero a sus tribunales o el fracaso de estos para pronunciar una sentencia. (Olivos, 38)

Caso *Waste Management vs. Estados Unidos Mexicanos*, la compañía estadounidense demandó a México por el incumplimiento de los Artículos 1105 y 1110 del NAFTA. El Tribunal rechazo de manera unánime la demanda de *Waste Management Inc* contra el Estado Mexicano y dispuso:

“El nivel mínimo de trato justo y equitativo es quebrantado por una conducta atribuible al Estado y es perjudicial para la demandante si dicha conducta es arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrasia, y discriminatoria si la demandante es objeto de prejuicios raciales o regionales o si involucra ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales o una falta total de transparencia e imparcialidad en un proceso administrativo. Al aplicar este criterio es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que el demandante se base en forma razonable.”

Cabe resaltar la importancia del debido proceso en el Derecho Internacional, tanto así que es considerado como uno de los pilares fundamentales del Derecho Internacional, imponiendo – de cierta manera- a los diferentes estados la obligación de incorporar este principio a sus ordenamientos jurídicos y convertirlo en uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

#### e) OTROS ELEMENTOS

Además de los anteriormente señalados, la jurisprudencia ha esgrimido otros principios.

Por ejemplo, es el caso *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos*, que describe el trato justo y equitativo de la siguiente manera:



“Este estándar exige a las partes contratantes del Acuerdo brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión”

El inversionista extranjero “cuenta con que el Estado receptor de la inversión conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que este puede conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no solo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las practicas o directivas administrativas.”

#### **3.4. VENTAJAS DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL**

El profesor Rene Morel indica que:

El Arbitraje Internacional significa una forma especial de hacer justicia, asegurando una solución rápida y flexible, en donde la equidad interviene, reduciendo las dificultades que produce un litigio entre comerciantes de distintos países: determinación de un tribunal competente, necesidad de someterse una de las partes a jueces extranjeros, dificultades para cumplir las sentencias de un país en el otro, diferencias de legislación, de moneda, etc... (Picand, 207-208)

Debido a las enormes ventajas que presenta el Arbitraje Internacional se ha constituido como el instrumento principal y al que más recurren las partes, para resolver conflictos mercantiles internacionales, evitando los conflictos más frecuentes de la justicia ordinaria, eludiendo jurídicamente el formalismo procesal y actuando con rapidez, eficacia y transparencia.

A continuación se detallan las principales ventajas del Arbitraje comercial al momento de conocer, resolver y sustanciar conflictos mercantiles internacionales:



### 3.4.1. CONFIDENCIALIDAD Y PRIVACIDAD

La privacidad se refiere a la decisión que toman las partes para que el proceso arbitral no sea compartido con terceros a menos que se acuerde expresamente lo contrario, en base a que el arbitraje es un contrato para resolver conflictos inter partes que no convoca a terceros.

Es importante recalcar que las partes no sólo desean mantener en secreto cierta información estratégica, sino que, fundamentalmente, buscan preservar su imagen y posición en el mercado

Por su parte, la confidencialidad tiene la finalidad de dar protección a los bienes jurídicos que se someten a arbitraje de acuerdo a la naturaleza misma de la materia arbitrable, como sucede por ejemplo con asuntos relacionados a la propiedad intelectual o a la tecnología.

Adicionalmente, la privacidad y la confidencialidad otorgan a las partes un adecuado ambiente para resolver sus controversias, a diferencia de las audiencias públicas en los procedimientos judiciales, la privacidad arbitral contribuye a conducir el caso en un espacio impermeable, donde las partes están libres de factores externos que, incluso, las pueden llevarlas a cometer equivocaciones o, en el caso de los árbitros, ser objeto de presión sobre los mismos. Igualmente, podría decirse, en relación a los testigos, que podrían verse influenciados por el público.

Esta característica del arbitraje que puede ser entendida desde dos puntos de vista:

- Material: referente a los documentos y antecedentes que proporcionan las partes y los que son elaborados por el Tribunal.
- Personal: referente a la obligación de las partes y del árbitro de no divulgar la información a la que tienen acceso.

Sin embargo, es importante establecer que la privacidad y la confidencialidad no son ilimitadas, y estos límites han sido construidos en base a diferentes laudos arbitrales.





### Caso de USA contra Panhandle E. Corp.:

El gobierno federal solicitó a Panhandle (una empresa establecida en los Estados Unidos) la entrega de ciertos documentos presentados en un arbitraje administrado por la Cámara de Comercio Internacional, llevado a cabo en Ginebra entre una subsidiaria de Panhandle y Sonatrach, la compañía de petróleos estatal de Argelia. Panhandle se opuso, sosteniendo que el arbitraje era confidencial por naturaleza, y que la entrega de la información frustraría la expectativa de las partes. La Corte sostuvo que no existía ninguna confidencialidad inherente y que, si las partes querían, la podían pactar expresamente. Agregó también que las reglas de la Cámara no establecían ninguna obligación al respecto. En tal sentido, respaldó el pedido del gobierno para que fuese entregada la referida documentación. (Chavez, 239,240)

El profesor Julian Lew afirma que la privacidad es bienvenida siempre que las partes así lo deseen, pero que para ello debe haber una clara intención de ambas en el sentido de que en efecto así lo han querido.

Respecto a la confidencialidad, han existido duras críticas, uno de los casos más representativos fue el caso australiano *Esso/BHP5*, en el cual dos empresas de servicios públicos habían contratado con *Esso* el suministro de gas natural, el contrato tenía una cláusula de reajustabilidad del precio por el suministro y una cláusula compromisoria en caso que las partes no se pusieran de acuerdo con el precio final. De esta manera se recurrió al arbitraje en 1992 cuando los suministrantes buscaban un incremento de precios, por lo que durante el proceso arbitral el Ministro de Energía y Minas quiso exhibir toda la información dada a conocer hasta ese entonces por los suministrantes, frente a lo que la *High Court* resolvió que en razón del interés público el Ministro podía divulgar toda la información pertinente, pues en definitiva quienes iban a soportar el precio en cuestión son los usuarios y no las partes.

### 3.4.2. NEUTRALIDAD Y ESPECIALIZACIÓN



Especialmente al referirse a conflictos entre partes de diferentes estados, la neutralidad en la entidad llamada a dirimir el conflicto, es de trascendental importancia para las partes intervinientes, y por lo tanto una de las exigencias más importantes al recurrir a una instancia de arbitraje internacional.

Es claro que los tribunales de la justicia ordinaria también están llamados y obligados a cumplir con esta garantía básica del debido proceso, sin embargo, y – especialmente al referirse a controversias cuando uno de los intervinientes pertenece a un estado distinto, o cuando están en juego intereses estatales de gran magnitud- dicha garantía puede estar limitada por factores externos como por ejemplo la injerencia de la opinión pública al momento de resolver la controversia, presión por intereses del estado, presión de las demás instituciones pertenecientes al sector público, etc.

Por ello, uno de los objetivos primordiales del arbitraje internacional es eliminar dichas inseguridades, garantizando que el trato será el mismo para ambas partes.

Es así que la Neutralidad, dentro del proceso arbitral, empieza cuando las partes de común acuerdo eligen cual será la entidad que resolverá las controversias que surjan de su relación jurídica, lo más común es que se elija a un centro de arbitraje que goce de reconocimiento público y notorio, lo cual asegurará imparcialidad al momento de conocer y resolver la causa. En menor proporción se eligen árbitros independientes, sin embargo el principio rector es el mismo en ambos casos.

Y está íntimamente ligado con el principio de especialización, ya que al tener la posibilidad de elegir una entidad que resuelva controversias, se buscará una que cuente con la trayectoria y el conocimiento necesarios que respalden la decisión final y con la cual las partes se sientan plenamente confidentes.

### **3.4.3. ELECCIÓN DE LA MODALIDAD Y SEDE DEL ARBITRAJE**

En cuanto a la modalidad, esta ventaja tiene una estrecha relación con el principio de especialización. La modalidad del arbitraje que se elija puede ser:



ad hoc y el arbitraje institucional. Y la decisión que tomen las partes al respecto será en base a la materia o a la naturaleza de la controversia que se va a resolver. En la mayoría de casos que se trate de arbitraje internacional se resolverá mediante arbitraje internacional, de modo que se lleve a cabo con reglas claras, preestablecidas que brinden seguridad a las partes involucradas.

De igual manera, las partes son las encargadas de determinar cuál será la sede del arbitraje, lo que está estrechamente relacionado con el principio de neutralidad y la relación que dicha entidad tenga con las partes y con los Tribunales estatales.

#### **3.4.4. ELECCIÓN DE LA LEY APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL Y DEL DERECHO SUSTANTIVO APLICABLE AL FONDO DEL ASUNTO**

Además de ser una de las características de definen al arbitraje también es una de sus principales ventajas, debido a que otorga gran flexibilidad al procedimiento arbitral, diferente a lo que ocurre en un proceso ordinario.

Las partes pueden decidir si acogen el reglamento de la institución arbitral, o si se tratare de un arbitraje libre, las partes tendrán que determinar de común acuerdo cada una de las normas procedimentales.

El Artículo 19 de la ley Modelo de la UNCITRAL, señala que las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus acciones.

La ley de Arbitraje y mediación vigente en Ecuador, señala lo siguiente en referencia al procedimiento aplicable:

**Artículo 40.- LAM.-** Todo centro de arbitraje tendrá su propio reglamento que deberá regular al menos, los siguientes asuntos:

a) *La manera de formular las listas de árbitros, secretarios y mediadores, las que tendrán una vigencia no superior a dos años, los requisitos que deben reunir las personas que las integren, y las causas de exclusión de ellas;*



- b) Tarifas de honorarios para árbitros, secretarios y mediadores y la forma de pago de éstas;
- c) Tarifas para gastos administrativos y la forma de pago de éstas;
- d) Forma de designar al director del centro, sus funciones y facultades;  
y,
- e) Código de ética para los árbitros, secretarios y mediadores.

Y sobre el procedimiento en el caso del arbitraje internacional:

**Artículo 42.- LAM.-** *El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador. 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. Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional 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. 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.*

Por otro lado, en lo referente al derecho sustantivo aplicable al fondo del asunto, también las partes pueden decidir sobre el mismo, es decir, acordar cual será la ley que regule sus pretensiones.



El Artículo 17 del Reglamento de arbitraje del CCI dispone que las partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el tribunal arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia.

### **3.4.5. CELERIDAD Y ECONOMÍA**

Esta es una característica del arbitraje que se aplica en cada una de sus connotaciones, sin embargo, en el campo mercantil tiene una importancia aun mayor debido a las necesidades del mundo mercantil, en la que cada uno de los procedimientos debe estar de acuerdo a las necesidades de las partes involucradas. Para los comerciantes es fundamental que haya un procedimiento rápido que permita solucionar el conflicto y evitar mayores pérdidas por dilaciones procesales, esfuerzo, honorarios a pagar.

Por lo tanto si existe celeridad en la resolución de controversias que surjan entre las partes entonces también existirá un ahorro, de tiempo, dinero y esfuerzo, no solo para las partes sino para el sistema en general.

### **3.4.6. RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL**

Cuando se trata de reconocimiento internacional de una decisión, aquellas tomadas por tribunales arbitrales tienen una gran ventaja frente a las decisiones que han sido tomadas por los tribunales ordinarios de justicia.

De conformidad con el Código Sánchez de Bustamante y la Convención de Montevideo de 1979, la parte interesada en la ejecución de una sentencia en un determinado país, debe obtener primero un pronunciamiento del juez del país de origen que certifique la ejecutoriedad y estado de cosa juzgada de la causa.<sup>32</sup> Es decir, el interesado debe obtener dos exequátur, uno de las cortes del país donde se dictó la sentencia y otro del juez del país donde se la pretende ejecutar, previo el cumplimiento de varios requisitos establecidos en las convenciones y legislación interna de los países involucrados. (Andrade, 11)



Por su parte, el Arbitraje cuenta con un sistema global para facilitar la ejecución de laudos extranjeros, como por ejemplo La Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958 (Convención de Nueva York) de la cual son suscriptores más de 120 países, es el principal instrumento sobre el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros a nivel mundial, y que tiene un objetivo primordial: facilitar el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

### 3.4.7. INAPELABILIDAD

*Artículo 30.- LAM.- 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 ejecutoríe, 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. Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley.*

Sin embargo, no debemos considerar que la actuación de los árbitros no está regulada de forma alguna, ya que la misma LAM establece cuáles son las causales para declarar a un laudo arbitral nulo. De la misma manera, las diferentes legislaciones internas y en general los tratados internacionales determinan cuáles serán las causales para considerar que un laudo emitido en un país distinto no pueda ser ejecutado

Cabe mencionar que de conformidad con las Convenciones de Nueva York y Panamá, un laudo que ha sido anulado por las cortes del país de origen no puede ser ejecutado en otro lugar. Por lo tanto, si un laudo dictado en el Ecuador es anulado por sus cortes, éste no podrá ser ejecutado en otro país. (Andrade, 15)



De esta rápida síntesis, podemos evidenciar que las ventajas que esgrime el arbitraje como método alternativo de solución de conflictos son variadas y de mayúscula importancia; sin embargo de las antes detalladas, de acuerdo a diversos doctrinarios, existen muchas más ventajas como por ejemplo la idoneidad de los árbitros, ahorro de recursos para el Estado, neutralidad, elección del derecho sustantivo aplicable al fondo del asunto, mayor factibilidad para la solución de conflictos, entre otros.



## CAPITULO IV

### ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: PRINCIPALES APORTES DEL DERECHO COMPARADO

El derecho comparado es de formación relativamente nueva, pues aparece a partir del primer congreso internacional de legislación comparada que se desarrolló en París en los años 1900, y a partir del discurso del comparatista Lambert se da inicio a esta nueva tendencia con referencia al derecho comparado.

El objetivo del derecho comparado es confrontar los ordenamientos e instituciones jurídicas que existen en el mundo, analizar las diferencias y semejanzas en su estructura y las causas de estas relaciones, con el fin de promover y asegurar el progreso del derecho en sus diferentes ramas.

A través de su desarrollo ha adquirido el nombre de legislación comparada o ciencia comparada del derecho, por la doctrina alemana; teoría general comparada del derecho, por la doctrina inglesa. Y tiene estrecha relación con otras ramas como la filosofía del derecho, ya que actúa con el conjunto de los sistemas jurídicos de los diversos estados y tiempos.

Siendo el arbitraje una institución relativamente nueva en comparación con otras del derecho, es fundamental su estudio en relación con otras legislaciones, ya que como veíamos en capítulos anteriores, la razón de la evolución del arbitraje se da en base a necesidades que surgen entre diferentes grupos poblacionales, especialmente comerciantes.

Para el análisis se han elegido los siguientes países: Colombia, Chile, España y Alemania. Debido a que países como Chile y España han tenido una fuerte influencia para la formación y el desarrollo de legislación ecuatoriana; Por otro lado, Colombia y Chile son dos de los países con mayor desarrollo jurisprudencial y doctrinario sobre el arbitraje comercial en la región; y por último, Alemania ha sido uno de los precursores del arbitraje a nivel mundial,





inclusive desarrollando principios fundamentales como por ejemplo el principio de *Kompetenz Kompetenz*.

Debido a su extensión, para el presente análisis, se han destacado las características propias de cada legislación, y circunstancias que identifican a cada país.

#### 4.1 COLOMBIA

En Colombia existe el Estatuto de Arbitraje nacional e internacional, que fue publicado en el año 2012, y es el encargado de regular todo lo concerniente al Arbitraje. Sin embargo ciertas disposiciones también están contenidas en el Código de Procedimiento Civil y en el Código de Comercio, que fue reformado en 1971.

En Colombia, el arbitraje internacional es más frecuentemente usado para materias públicas. Y las instituciones permanentes encargadas del arbitraje son las Cámaras de Comercio.

En la ley antes mencionada se regula toda la materia de la cláusula compromisoria y el arbitramiento, adicionalmente se introdujo un recurso extraordinario, pero limitado, contra el laudo, ante el Tribunal Superior del Distrito donde se desarrolló el arbitramento, el mismo que ha servido para restablecer la confianza en la institución.

Además terminó con el sistema en que cada parte designa uno de los árbitros principales y luego estos designen un tercero, lo que ocurre ahora es que hay un tercero que lo designa, por regla general una Cámara de Comercio o entidades gremiales, o en caso que no se haya previsto, se puede recurrir al Juez de lo Civil del circuito de su domicilio para que nombre al tercer arbitro; este sistema de designación, ha mejorado la eficacia y la confianza en el arbitraje.

En cuanto a las maneras para someterse al arbitraje, existen dos:



1. Antes que se presente el litigio, mediante una clausula compromisoria, para la que hay que cumplir con ciertos requisitos como: que las partes sean capaces de transigir, que el asunto sea susceptible de transacción y que se pacte por escritura pública o por documento privado autentico.
2. Mediante un compromiso después que el litigio haya surgido, sea que todavía no se haya iniciado proceso ante Juez Civil o que se encuentre en curso, caso en el que se produce una falta de competencia para dicho Juez.

En cuanto a los árbitros:

Los árbitros deben ser ciudadanos colombianos que gocen con plenitud de sus derechos civiles y abogados en ejercicio, excepto si se trata de arbitraje en conciencia (se equipara al arbitraje en equidad). Sobre los impedimentos, las causas serán las mismas que para los jueces. En caso de recusación, les corresponde a los otros dos árbitros decidir, pero en caso de no ponerse de acuerdo se remitirá al Juez del circuito del lugar para que decida.

En cuanto al procedimiento arbitral, las principales novedades son las siguientes:

- La primera actuación luego de haberse constituido el Tribunal y haberse nombrado presidente y secretario es la designación de los gastos y honorarios, que cada parte consignara dentro de los diez días siguientes en manos del presidente del tribunal.
- Una vez instalada la Audiencia, y luego que el Tribunal haya decidido sobre su competencia, se podrá solicitar que se extiendan las cuestiones para la decisión del Tribunal, siempre y cuando estas sean de la competencia del tribunal y si el arbitraje ha comenzado por una clausula compromisoria; por el contrario si ha comenzado mediante un compromiso, no se pueden ampliar las cuestiones sometidas al conocimiento del Tribunal.



- El Tribunal si podrá decretar de oficio todas las pruebas que estime convenientes para esclarecer y verificar los hechos, con iguales facultades que los jueces civiles.
- El Tribunal no está facultado para decretar medidas cautelares (embargo, secuestro, prohibición de enajenar), sin embargo, la abundante doctrina colombiana al respecto apunta a señalar que si se les debe dotar a los árbitros de la potestad para imponer medidas cautelares, en ciertos casos.
- El Tribunal no tiene jurisdicción para la ejecución del laudo en ningún caso.

En cuanto a los recursos que se puede interponer frente a los laudos arbitrales:

1. Recurso de anulación:

Dicho recurso otorga protección a las partes contra vicios procesales que afectan gravemente al derecho constitucional de defensa, contra aquellas que afectan el principio de congruencia y por contener el laudo errores aritméticos o disposiciones contradictorias. No otorga competencia para revisar el aspecto sustancial del laudo ni para revisar el aspecto probatorio.

2. Recurso de revisión del laudo:

Es el mismo recurso extraordinario de revisión contra sentencias ejecutoriadas de jueces y tribunales civiles. Busca proteger a las partes contra el dolo o fraude procesales, tanto de testigos como de peritos o terceros o de los árbitros, hechos que constituyen delitos y que, por tanto, deben ser probados con sentencia penal condenatoria.

Con respecto a los laudos arbitrales dictados en el exterior:

En Colombia existe igual ejecutabilidad de los laudos dictados en otros países. No hay tratamiento diferencial alguno.



“Exequatur, es el requisito que deben llenar las sentencias dictadas en un país y otras providencias que revistan tal carácter, inclusive laudos arbitrales, para tener cumplimiento en otro.” (Echandía, 91)

Es un proceso declarativo, ya que busca que se reconozca el valor de dicha sentencia o laudo extranjero, por lo tanto es una condición o formalidad para su cumplimiento, pero no un acto constitutivo de su eficacia o valor que lo tiene por sí misma. El trámite del exequatur, se puede hacer por la vía administrativa, ante autoridades de esta rama o por la vía judicial, en la que se puede solicitar directamente al Juez que conoce la demanda o el proceso en el que se va a incorporar la sentencia extranjera o se puede exigir un trámite previo, generalmente ante el más alto tribunal nacional, cuya decisión es obligatoria para todos los funcionarios del país. En Colombia ha regido el último sistema.

#### **4.2 CHILE**

“La legislación que rige el arbitraje en Chile remonta sus orígenes a fines del siglo XIX, más precisamente, a la Ley Orgánica de Tribunales del año 1875. Desde entonces, el arbitraje se ha convertido en un exitoso método de resolución de conflictos y se ha ganado el reconocimiento del mundo jurídico chileno<sup>179</sup>. En el año 2004, la Ley 19.971 incorporó al derecho chileno la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre el arbitraje comercial internacional. Con ello fue creado un sistema dualista, en el cual cada una de las dimensiones del arbitraje cuenta con una regulación propia.” (MEREMINSKAYA, 97)

La importancia que le otorga el ordenamiento jurídico chileno al arbitraje, es sobre todo cuando se refiere a litigios entre comerciantes, cabe mencionar que desde 1968 existe la Comisión Chilena de Arbitraje Comercial.

Podríamos decir sobre la historia del arbitraje en Chile, que se remonta o tiene sus inicios con la Constitución de 1822, que buscando objetivos análogos, establece a los Jueces de Paz.



Así también, se regularon los llamados Juicios prácticos, que eran aquellos procedimientos que requerían conocimientos técnicos y especializados, por lo que las partes disponían una o más personas para fallar el negocio y cuya sentencia sería inapelable.

En cuanto a la clasificación del arbitraje, este puede ser: voluntario, forzoso y prohibido. Por lo tanto las fuentes del arbitraje son: la voluntad de las partes o en algunos casos la ley, cuando hay una disposición legal que lo impone, como ocurre en el caso de los seguros, disposición realizada por la Superintendencia de Compañías de Seguros, Sociedades anónimas y Bolsas de Comercio, que le da a la persona del Superintendente la calidad de árbitro respecto de ciertos conflictos.

Sobre la eficacia y validez de la cláusula arbitral:

Durante mucho tiempo se discutió la validez de la misma en relación al artículo 234 del Código Orgánico de Tribunales que señala las menciones que debe contener el nombramiento de árbitro para que sea válido, que entre ellas exige la designación del nombre y apellidos del árbitro nombrado.

Sin embargo, en 1919 la Corte Suprema declaró la validez de la cláusula compromisoria, fundamentándose en las siguientes razones:

- Es una cláusula válida porque no va en contra del derecho chileno, la moral o las buenas costumbres. Es una jurisdicción reconocida y permitida por la ley.
- No se trata de una promesa de contrato sino de un contrato plenamente válido y lícito
- Los requisitos del artículo 234, no se refieren a la cláusula compromisoria, sino al pacto mismo, o sea, solo rige para el nombramiento del árbitro, que nada impide el acto posterior
- El artículo 222 del mismo cuerpo normativo no distingue entre los árbitros nombrados por las partes y los árbitros que las partes se comprometen a nombrar por cláusula compromisoria.



En lo referente a los elementos de esencia, naturaleza y accidentales de la cláusula arbitral:

Son elementos de la esencia del pacto: la individualización de las partes, la determinación del asunto en que deberá recaer el arbitraje y, por supuesto, la estipulación de recurrir a la jurisdicción arbitral.

En cuanto al segundo elemento, es decir, la determinación clara y precisa del asunto sometido a arbitraje sería prácticamente imposible al celebrarse entre las partes un contrato, pues en ese momento no saben las dudas o dificultades que tendrían con motivo de la ejecución o cumplimiento de sus estipulaciones. Por eso se ha estimado como válida y eficaz la estipulación cuando, por lo menos accede a un acto o contrato determinado.

Por otro lado, son elementos de la naturaleza aquellos que le pertenecen sin una cláusula especial, como por ejemplo que los árbitros tendrán la cualidad de árbitros en derecho, cuando se haya determinado que el arbitraje será conforme derecho.

Así también, son elementos accidentales aquellos que ni esencial ni naturalmente le pertenecen y que se agregan por medio de cláusulas especiales.

Sobre las cualidades y condiciones que debe reunir un árbitro, se ha discutido la eficacia de aquellos pactos de arbitraje referidos a determinada función o cargo, por ejemplo cuando se somete al arbitraje de un Presidente u otra autoridad.

Al respecto la Corte Suprema, dictó una sentencia en el caso de la Compañía de Navegación de Chile vs. Kupfer Hnos, la cual fue muy criticada. La cláusula que motivo el conflicto era la siguiente:

“Cualquier dificultad que se produzca con motivo de la mala interpretación o ejecución de dicho contrato, será resuelta en calidad de arbitrador por el Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago, quien conocerá y fallará los asuntos que se sometan a su arbitraje sin forma de juicio y en única instancia;



a la falta de este señor, por un miembro de la misma Cámara nombrado por su Presidente con las mismas atribuciones.”

Frente a esto, la Corte de apelaciones de Santiago, declaró que dicha cláusula no suponía la designación de árbitro, pero que era plenamente válida como promesa de celebrar el contrato de nombramiento de compromiso determinado; sin embargo, la Corte Suprema como Tribunal de Casación que si adolecía de nulidad, tomando en cuenta las facultades que dicha cláusula concedía al compromisario y, además, las circunstancias de que se le autorizara para fallar sin fórmula de juicio y sin ulterior recurso.

Por su parte, los elementos esenciales del compromiso son:

- Individualización de las partes: para conocer a las personas que quedan sometidas a la jurisdicción arbitral
- Sometimiento a la justicia arbitral: es el factor en virtud del cual las partes constituyen el arbitraje
- Determinación del Tribunal (designación del árbitro): este debe personificarse en el acto de compromiso, lo que diferencia a este acto jurídico de la cláusula arbitral.
- Determinación del asunto litigioso: tiene por objeto precisar la competencia del Tribunal arbitral, y por lo tanto su jurisdicción solo se limita a las materias sujetas a compromiso.

Respecto a esto la Corte de Valdivia, declaró que la “designación de un Juez árbitro con la condición de <sin ulterior recurso> es perfectamente admisible, y constituye por este solo hecho al juez en carácter de arbitrador, cuya esencia consiste no solo en el hecho de prescindir del derecho de tramitación y sin más norma que su prudencia y equidad para fallar, sino también la inapelabilidad de la sentencia que pronuncie, cuando las partes en el instrumento en que constituyen el compromiso no hubieren expresado que se reservan los recursos legales ante árbitros del mismo carácter y no designaren las personas que han de servir tales cargos”



Sin embargo, la Corte Suprema revocó esta sentencia, estableciendo que son cosas distintas la cláusula de amigable componedor (en caso de Ecuador, se refiere a los árbitros en equidad) y la renuncia de recursos contra los árbitros de derecho.

Sobre el arbitraje forzoso indica que:

Según Aylwin, El principal objeto del arbitraje forzoso es evitar a los jueces el trabajo de organizar ciertos pleitos largos y complicados y llenos de pequeños incidentes. Cabe mencionar, que Chile es uno de los países en los que el arbitraje forzoso tiene una mayor aplicación, por ejemplo en las siguientes causas:

- La liquidación de una sociedad conyugal o una sociedad colectiva o comandita civil y la de las comunidades.
- La partición de bienes
- Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y demás juicios sobre cuentas.
- Las diferencias que existieren entre los socios de una sociedad anónima, sociedad colectiva o en comandita comercial o entre los socios de una de participación.
- Los demás que determinen las leyes.

Sobre la ejecución de la sentencia arbitral:

El artículo 635 del Código de Procedimiento Civil, indica que: “Para la ejecución de la sentencia definitiva se podrá acudir al árbitro que la dictó, si no está vencido el plazo por el que fue nombrado, o al Tribunal ordinario correspondiente, a elección del que pide su cumplimiento. Tratándose de otra clase de resoluciones corresponde al árbitro ordenar su ejecución”.

Sin embargo, si se requiere procedimiento de apremio necesariamente se debe recurrir a la justicia ordinaria para la ejecución de lo resuelto.

Sobre los recursos que se pueden interponer:





“Contra una sentencia se pueden interponer los recursos de apelación y casación ante el tribunal que habría conocido de ellos si se hubieran interpuesto en juicio ordinario, a menos que las partes siendo mayores de edad y libres administradores de sus bienes, hayan renunciado a dichos recursos, o los hayan sometido también a arbitraje en el instrumento del compromiso o en un pacto posterior.”

A pesar de que las partes hayan renunciado a todos los recursos, la jurisprudencia ha resuelto que procede el recurso de casación, en la forma por las causas de ultra petita y de incompetencia.

Sobre las reglas que debe tomar en cuenta la Corte Suprema para otorgar el exequatur:

Estas reglas están consideradas en los artículos 242 al 245 del Código de Procedimiento Civil y pueden resumirse de la siguiente manera:

- En primer lugar debe atenderse a lo dicho en los Tratados Internacionales
- A falta de tratados se aplica el principio de reciprocidad
- Si no se puede aplicar lo anterior, las resoluciones extranjeras tendrán en Chile la misma fuerza que si se hubieran dictado por tribunales chilenos con tal que reúnan las circunstancias y requisitos señalados por el legislador.

#### **4.3 ESPAÑA**

El Derecho español reconoce plenamente la dualidad de los sistemas de justicia, el ordinario y el arbitral. Tanto así que existe el Club Español del Arbitraje (el “CEA” o el “Club”) que es una asociación española sin ánimo de lucro dedicada a promover el recurso al arbitraje como método de resolución de conflictos, así como a desarrollar el arbitraje en lengua española y portuguesa o con componente iberoamericano. Se constituyó en 2005 por un grupo de profesionales especialistas en arbitraje internacional.



El Club, presidido por José Antonio Caínzos y David Arias, reúne a más de **800 socios de 37 países**, todos ellos expertos en arbitraje, que han contribuido a la consolidación de una comunidad arbitral internacional en lengua española y portuguesa.

Sobre la práctica del arbitraje:

La legislación española tiene un régimen jurídico bastante diferenciado para cuando se trata de arbitraje en derecho y arbitraje en equidad. Siendo la principal diferencia que el arbitraje en equidad carece de formas procedimentales.

Adicionalmente el arbitraje en derecho permite que su laudo sea impugnado en casación como cualquier otra sentencia, por infracción de la ley o quebrantamiento de la forma; en cambio, el arbitraje en equidad solamente admite el recurso de nulidad ante el Tribunal Supremo y por causas muy excepcionales y justificadas.

Sobre el acuerdo preliminar de arbitraje o clausula arbitral:

Este no necesitará contener ni la designación de los terceros que hayan de figurar como árbitros, ni la del tema controvertido que se someterá a su decisión, pero será preciso por lo menos indicar la relación jurídica singular a que ha de referirse el arbitraje sin que sea válida la renuncia general a la acción judicial en la relación con todos los derecho de una persona.

Por otro lado, la legislación española anteriormente exigía una formalización del compromiso, como resultado de la jurisprudencia, la misma que puede hacerse en dos vías:

- Notarial: cuando existe la voluntad de ambas partes para materializar el compromiso.
- Judicial: esta se da como una petición al Juez ante la negativa de una de las partes a hacerlo de forma voluntaria o en el caso que lo hiciera de modo inaceptable, de acuerdo a jurisprudencia del Tribunal Supremo.



El juez competente para intervenir es el de primera instancia del lugar donde el compromiso hubiera de ser contraído.

Sin embargo, actualmente la formalización tiene un significado totalmente distinto, ya que versa únicamente sobre la designación de los árbitros, es decir, ocurre cuando hay la negativa a la designación de árbitros por parte de uno de los contratantes.

Sobre el procedimiento arbitral:

Una de las principales especificidades es que cualquier clase de pruebas podrán ser practicadas en el arbitraje, incluso por iniciativa de los propios árbitros. Sin embargo, los árbitros recurrirán al Juez de Primera Instancia del lugar donde se desarrolla el arbitraje para las pruebas que no puedan practicar por sí mismos.

En el caso del arbitraje en equidad, el procedimiento no tendrá que someterse a formas legales ni ajustarse a derecho en cuanto al fondo. No obstante, los árbitros deberán dar a las partes la oportunidad adecuada para ser oídas y para presentar las pruebas que estimen necesarias, dirimiendo después el conflicto según su saber y entender.

Sobre el laudo arbitral:

Los árbitros, al elaborar el laudo arbitral, están sujetos a lo estipulado en el compromiso, que es reflejo de la voluntad de las partes. Dicha limitación ha sido analizada por Tribunal Supremo, que en variadas sentencias por como ejemplo la del 20 de junio de 1955 y la del 14 de noviembre de 1956, ha declarado que el deber de los árbitros es ceñirse estrictamente al compromiso.

Sin embargo, en sentido contrario se pronuncia en la sentencia del 9 de diciembre de 1961, permitiendo cierto margen de libertad a los árbitros, indicando que aquellos deben resolver el compromiso más que tan solo literalmente, sino atendiendo al espíritu de lo que se pretendió estipular. Así también en la sentencia del 24 de marzo de 1972 el Tribunal Supremo admitió incluso la interpretación de los contratos por parte de los árbitros.



Una vez que el laudo este firme, podrá obtenerse la ejecución del acuerdo ante el Juez de Primera Instancia del lugar donde se ha seguido el arbitraje, y esta ejecución se llevará a cabo del modo que la ley procesal establece para las sentencias.

Sobre los recursos que pueden interponerse:

Contra el fallo que se dicte en un arbitraje de derecho, procederá el recurso de casación por infracción de la ley o quebrantamiento de la forma. Dicho recurso deberá fundamentarse en alguno de los siguientes motivos:

- Haber sido dictado el laudo fuera del plazo señalado en el compromiso
- Haber resuelto puntos no sometidos a la decisión arbitral
- Haber sido objeto del arbitraje materias no transigibles como las relativas a derechos políticos u honoríficos, exenciones y privilegios personales, filiación, paternidad, interdicción, y demás sobre el estado civil y condición de las personas o aquellas otras en las que con arreglo a las leyes deba intervenir el Estado.

Sobre los laudos dictados en equidad, cabe contra estos el recurso de nulidad. Por otro lado, es plenamente válida la estipulación en el compromiso arbitral de una clausula indemnizatoria por la aquella parte que no se conforme con el laudo arbitral y formule contra aquel un recurso de nulidad o cualquier otro, deba abonar una cantidad por concepto de indemnización a la otra parte por la demora a que haya dado lugar el simple planteamiento del recurso en el caso de que no se dé lugar al mismo.

Sobre el Arbitraje Comercial Internacional:

La regulación del arbitraje comercial internacional se encuentra recogida en los diferentes tratados bilaterales y plurilaterales suscritos por España, fundamentalmente en el protocolo relativo a cláusulas de arbitraje en Ginebra en 1923, el Convenio para la ejecución de sentencias extranjeras en Ginebra en 1927, el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional en Ginebra en 1961 y la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras suscrito en New York en 1958.



### Sobre la ejecución de laudos arbitrales extranjeros:

Las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros tienen en España la fuerza que establezcan los tratados respectivos. Si no hubiere tratados especiales con la nación en que se hayan pronunciado tendrán la misma fuerza que en ella se diere a las ejecutoriadas dictadas en España. En cambio sí procediere de un país en que por jurisprudencia no se dé cumplimiento a las dictadas por los tribunales españoles no tendrá fuerza en España.

Si no estuviere en ninguno de los tres casos antes indicados, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las siguientes circunstancias:

- Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal
- Que no hubiera sido emitida en rebeldía
- Que la obligación para cuyo cumplimiento sea lícita en España
- Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica y los que las leyes españolas requieran para que haga fe en España.

Sin embargo, hay una excepción, que prohíbe la aplicación de ley extranjera cuando resulte contraria al orden público, es decir, el reconocimiento o ejecución de un laudo extranjero no podrá realizarse cuando el mismo sea contrario al orden público o a los principios del derecho público español.

#### **4.4 ALEMANIA**

Haciendo por un análisis histórico, en 1975 la República Federal Alemana regula el Arbitraje en la ley procesal civil, cuyo reglamento sobre arbitraje se expidió por el Consejo de Ministros en 1975, estos cuerpos legales dan prioridad a las convenciones internacionales como la de Moscú de 1972.

Por su parte la República Democrática Alemana, suscribió las convenciones de New York de 1958, la de Ginebra de 1961, la de Washington de 1965, la de Moscú de 1962, así también como variados tratados bilaterales.



El principio fundamental del Arbitraje en Alemania es la oralidad y la simplicidad, aceptando de esta manera la libertad contractual y reduciendo al mínimo el formulismo y la intervención del Estado.

En cuanto al campo de aplicación del Arbitraje es casi todo el sector civil y comercial, salvo las excepciones consideradas de utilidad o de orden público.

En lo que se refiere a la cláusula compromisoria:

No es necesario que el acuerdo se haga por escrito ni tiene una forma especial, a menos que se trate de comerciantes, y puede referirse a litigios presentes o futuros. También cabe el acuerdo implícito si el demandado comparece ante los árbitros sin objeción.

La Suprema Corte estableció en 1970 que en vista de que Alemania había suscrito las Convenciones de New York y Europa de 1961, que exigen que el acuerdo se haga por escrito, sin embargo, esta última convención tiene una salvedad de que esta formalidad no se cumpla en ciertos Estados, y al ser una previsión más reciente deberá prevalecer sobre la anterior y el acuerdo entre comerciantes es válido aunque no se haga por escrito.

En febrero de 1976, la misma Corte consideró que la aplicación de las reglas nacionales para la ejecución del laudo extranjero deberían aplicarse según el artículo VII párrafo 1 de la Convención de New York, por ser las más favorables y que la condición de que el acuerdo se formule por escrito, se cumplía con la cláusula incluida en las condiciones generales del contrato de compraventa. (Briseño, 135)

Se excluyen el arbitraje aquellos litigios que tienen una regulación especial como por ejemplo los litigios sobre marcas y patentes que se llevan a una oficina administrativa.

Sobre los árbitros y el procedimiento arbitral:

La legislación alemana dispone que toda persona puede ser árbitro, sin distinción de sexo, nacionalidad o edad, y no hay disposición legal sobre el



número, pero si se acuerda que serán dos árbitros, generalmente se designa un tercero que colaborara con estos.

Los árbitros son los llamados para determinar el procedimiento y obedecen la voluntad de las partes dentro de lo razonable, ya que el laudo generalmente se dicta en equidad. Sin embargo, se proveen ciertas directrices como la fijación del debate mediante intercambio de documentos, una audiencia que no es forzosa y salvo la exclusión del examen cruzado, los demás medios de evidencia se presentan ante uno de los miembros del Tribunal designado para el conocimiento de la causa.

El arbitraje puede sustanciarse en cualquier parte con el consentimiento del presidente de la Corte.

Los Tribunales ordinarios no pueden nuevamente juzgar el fondo del litigio y tampoco pueden intervenir en el curso del arbitraje, ni para conocer las dudas del contrato principal o del acuerdo arbitral que es potestad exclusiva de los árbitros.

Sobre el laudo arbitral:

Los laudos deben contener una motivación y deben darse por escrito, se convierten en ejecutables después de su depósito en el Tribunal, la ejecución se hace por vía de ordenanza y es apelable.

El laudo es susceptible de nulidad en casos determinados que se refieran a la regularidad del procedimiento sin entrar al mérito de la sentencia.

Sobre el arbitraje internacional:

Si bien el arbitraje domestico ha perdido protagonismo, el arbitraje internacional ha crecido considerablemente, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Exterior, es la institución encargada de administrar este tipo de arbitraje. Junto con las Cámaras de Comercio Exterior de Checoslovaquia y de Polonia, ha constituido una institución arbitral especializada permanente en Gdynia.

Sobre el laudo extranjero:



Alemania ha ratificado todas las convenciones internacionales, aparte de que el derecho común concede pleno reconocimiento a las sentencias extranjeras sin exigir reciprocidad.

Aunque la ley alemana no dispone sobre la anulación de las sentencias extranjeras, queda la facultad de los tribunales de juzgar si pueden o no ser ejecutadas, considerando los requisitos como el de que sean laudos validos según la ley de procedimiento aplicado o si su reconocimiento fue contrario al orden público, o si existe impugnación pendiente por resolver.

Sobre el exequatur:

En ausencia de derecho de fondo, los árbitros determinaran la ley aplicable y su laudo debidamente notificado a las partes, podrá ser ejecutado después de expedirse el exequatur por la Corte de Berlín, el cual se concede casi automáticamente, a menos que se estime necesaria una Audiencia en que podrá rehusarse la ejecución.

Contra el exequatur y su negativa cabe una impugnación, de la misma manera que es atacable el laudo de acuerdo con las disposiciones de la tercera regulación suplementaria del código de procedimientos civiles.

#### **4.5 ECUADOR**

El Ecuador cuenta con un marco legal moderno y apropiado en materia de arbitraje internacional que brinda seguridad jurídica a las partes de arbitrajes relacionados con nuestro país. El Ecuador ha suscrito las convenciones más importantes sobre la materia: la Convención de Nueva York de 1958 y la Convención de Panamá de 1975, lo cual nos permite estar dentro del sistema de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros que rige los negocios actuales en todo el mundo. (Andrade, 18)

Así mismo, la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, que es el instrumento normativo que contiene las disposiciones relacionadas al tema, es un





instrumento conciso, coherente, neutral, que facilita que los procesos alternativos de solución de conflictos se desarrollen de la mejor manera.

De acuerdo al Criterio del profesor Xavier Andrade Cadena, uno de los principales méritos de la LAM es haber dejado de lado la desconfianza que existía antes de esta ley sobre la jurisdicción de tribunales extranjeros en asuntos relacionados con el país.

Otra elementos interesante sobre la Ley de Arbitraje y Mediación, es que ha eliminado una figura que tenía una amplia tradición en el derecho arbitral ecuatoriano, es decir, el contrato de compromiso, que se refería al contrato preliminar de arbitraje o llamado también pacto o cláusula compromisoria. En su lugar ha dispuesto una nueva figura: el convenio arbitral.

“Esta unificación constituye una de las reivindicaciones más sentidas por la doctrina, pues pretende dar los mismos efectos jurídicos al contrato de compromiso y a la cláusula compromisoria, a través del convenio arbitral”. (Salcedo, 66)

A continuación se resume brevemente uno de los principales casos de arbitraje internacional en la que participó el Ecuador:

**M.C.I. Power Group L.C. Y New Turbine Inc. (Demandantes) Vs. República Del Ecuador (Demandada)**

**Caso Ciadi No. Arb/03/6**

**1. Hechos relevantes**

Las Demandantes, M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc., son compañías establecidas en los Estados Unidos de América, que invocan ser las propietarias y tener el control de Seacoast, compañía establecida en 1992 bajo las leyes del Estado de Texas.

En el contexto de una crisis energética sufrida por Ecuador durante 1995, el 7 de noviembre de 1995, el INECEL firmó con Seacoast un contrato de suministro de electricidad por un plazo de seis meses (Contrato Seacoast).



Seacoast debía proveer la instalación y operación de dos plantas de generación de energía eléctrica en Santa Elena y en Santo Domingo (Ecuador), y vender esa energía a INECEL.

Después de firmar el Contrato Seacoast, y a los efectos de su ejecución, los titulares de Seacoast decidieron entrar en un “joint venture” con otras tres compañías constituidas en los Estados Unidos. En el “joint venture” se incorporaron las Demandantes en el presente procedimiento arbitral, M.C.I. Power Group, LC (en adelante MCI) y New Turbine Inc., conjuntamente con Old Dominion Electric Cooperative (en adelante ODEC).

A principios de 1996 surgieron divergencias entre las partes en cuanto a la implementación del Contrato Seacoast respecto a la fecha de su iniciación, a la duración del Contrato, al pago de la energía bajo la modalidad de “Take or Pay”, a los reembolsos del costo del combustible y a la imposición de multas y penalidades. El 12 de abril de 1996 Seacoast suspendió la operación de las dos plantas y la entrega de energía alegando la falta de pago de las facturas liquidadas de acuerdo a los términos del Contrato Seacoast.

El 26 de mayo de 1996 INECEL dio por terminado el Contrato Seacoast alegando el cumplimiento del término pactado de seis meses. En junio de 1996, al retirarse del “joint venture” el inversor original, Seacoast y Ecuapower quedaron bajo el control conjunto de MCI, ESI y ODEC. El 12 de julio de 1996 las acciones de Seacoast relativas a la generación de energía fueron transferidas a Ecuapower.

El 31 de julio de 1996 Seacoast presentó una demanda contra INECEL en el Tribunal Administrativo del Distrito de Quito reclamando aproximadamente 25 millones de dólares por daños por incumplimiento de contrato. El 16 de diciembre de 1996 las participaciones del “joint venture” de MCI, ESI 49 y ODEC en Ecuapower fueron vendidas a un tercero, la Anglo Energy Company.

El 24 de enero de 1997 INECEL y Ecuapower firmaron un contrato para la provisión de energía eléctrica por tres años. 209. El 7 de abril de 1997 se



realizó la primera reunión de la Comisión de Liquidación prevista en el Contrato Seacoast.

El 8 de febrero de 1999 la Superintendencia de Compañías del Ecuador por Nota Res. No. 99.1.2.1.00372 notifica a Seacoast la revocatoria de su permiso de operación. El 31 de marzo de 1999 se dieron por terminadas las reuniones de la Comisión de Liquidación. El 21 de octubre de 1999 el Juez Civil de Pichincha decidió la nulidad de la demanda presentada por Seacoast contra INECEL.

## 2. Derecho aplicable

Para las Demandantes, el derecho aplicable en el presente caso es el derecho internacional. Sostienen que existe en el TBI un acuerdo implícito sobre la aplicación del derecho internacional y por lo tanto debe observarse la primera parte del Artículo 42(1) del Convenio CIADI. Continúan alegando que, en la eventualidad de que el Tribunal considere que no existe tal acuerdo, de todas maneras, por imperio de la segunda parte del Artículo 42(1) del Convenio, debe aplicarse el derecho internacional.

*Artículo 42(1) del Convenio CIADI: El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo las normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.*

Ecuador, por su parte, alega que el derecho aplicable a las controversias planteadas por las Demandantes es exclusivamente el derecho interno ecuatoriano en razón de que es el derecho acordado por las partes frente a alegaciones de incumplimientos del Contrato.

## 3. Decisión

El Tribunal decide:

- Acoger la excepción principal de la Demandada sobre la competencia del Tribunal relativa a la irretroactividad del TBI y rechazar las demás



excepciones a la competencia del Tribunal y en consecuencia establecer su competencia para entender de todas aquellas violaciones al TBI alegadas por las Demandantes como imputables a la Demandada por actos y omisiones posteriores a la entrada en vigor del TBI;

- Rechazar los reclamos de las Demandantes sobre los que el Tribunal previamente decidió que tenía competencia, por entender que no se probó la violación de los estándares de trato justo y equitativo, incluyendo la obligación de actuar de buena fe, ni los estándares del trato no-discriminatorio o no arbitrario exigidos por el TBI a Ecuador en su condición de Estado Parte.
- Rechazar el reclamo de las Demandantes relativo a la expropiación de sus derechos sobre la inversión como consecuencia de la revocación del permiso de Seacoast para operar en Ecuador.
- Tomar nota formalmente de las afirmaciones de los abogados de la Demandada relativas al derecho de las Demandantes de accionar judicialmente ante los tribunales ecuatorianos para dirimir las controversias existentes sobre los incumplimientos contractuales alegados por estas.
- Cada parte pagará por partes iguales las costas y gastos incurridos en el procedimiento de arbitraje incluyendo competencia y fondo.
- Cada parte se hará cargo de sus propias costas y gastos de representación incurridos en el procedimiento de arbitraje sobre competencia y fondo.



## CAPITULO V

### INSTITUCIONES ARBITRALES

#### 5.1. CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE DE LA HAYA

“La Corte Permanente de Arbitraje (CPA) es la institución más antigua que existe en el mundo en el campo de la solución de controversias internacionales. Tuvo su origen en la Primera Conferencia de la Paz de La Haya celebrada en 1899, y actualizada en 1907.” (Picand, 183)

Se reunió por iniciativa del Zar Nicolás II, y supuso el comienzo de una tercera fase en la historia moderna del arbitraje internacional. El principal logro de aquella conferencia fue la creación de la Corte Permanente de La Haya.

Sin embargo cabe recordar que “la Corte permanente de La Haya, no es una corte ni es permanente. Es una lista de personas escogidas para ejercer funciones arbitrales” (Bendava, 309) No es un tribunal fijo ni estable. No está en funcionamiento de manera continuada como la Corte Internacional de Justicia que tiene la sede en el mismo palacio.

Su principal misión es facilitar el recurso inmediato al arbitraje (Artículo 41). Su sede está en La Haya (Holanda) en el Palacio de la Paz. Integra el Sistema de Naciones Unidas, en la actualidad 115 Estados se adhirieron a algunas de las dos Convenciones fundantes, los Estados del Mercosur son todos miembros de la Institución.

En sus inicios el campo de acción de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya se centraba en la resolución únicamente entre Estados, sin embargo, con el famoso caso entre *Radio Corporation y America (RCA) vs. La Republica China*, se fue modificando y acepto también casos entre estados y partes no estatales como organizaciones internacionales, organismos públicos y entidades privadas. Claro que dicha evolución se fue dando a lo largo de los años y no de manera instantánea.



Su estructura está integrada por la Secretaria General, el Consejo Administrativo y la Oficina Internacional (*International Bureau*).

- La Secretaria General es un órgano estable de la institución y preside la Oficina Internacional. Informa anualmente al Consejo de Administrativo las actividades de la Corte y la ejecución del presupuesto.
- El Consejo Administrativo está presidido por el Ministro de Relaciones Exteriores de Holanda e integrado por los diplomáticos acreditados en Los Países Bajos integrantes de institución. El Consejo, en consulta con la Secretaría General, establece la política de la organización, supervisa su administración, presupuesto y gastos.
- La Oficina Internacional (*International Bureau*) está integrada por un cuerpo con experiencia en cuestiones legales y administrativas. Está presidido por el Secretario General. La principal función del órgano es brindar servicios de registro y soporte administrativo a la Corte Permanente de Arbitraje.

La Corte maneja cuatro métodos de resolución de controversias: la investigación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Existe una sede regional, establecida en 2001, ubicada en la Universidad para la Paz afiliada a las Naciones Unidas, en San José de Costa Rica.

## **5.2. CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL DE PARÍS**

Para facilitar el comercio a nivel global y poder unificar a todos los actores del comercio, en 1923 se creó la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de comercio Internacional de Paris, a propósito de la celebración del Tratado Atlantic City (1919).

Actualmente la CCI es una de las principales entidades para la resolución de controversias especialmente en el ámbito comercial. Debido a su amplia trayectoria goza de prestigio mundial, habiendo resuelto más de 12.000 casos



desde su creación, además cuenta con más de 170 países y se compone por miembros procedentes de 76 estados.

Orgánicamente, la CCI se conforma por un Consejo y un Comité Directivo, la Secretaría, la Corte de Arbitraje, las Comisiones Técnicas y los Comités Nacionales.

Para la resolución de controversias, se regirá por la aplicación del Reglamento de Arbitraje y del Reglamento de Conciliación de la Cámara de Comercio Internacional. En este sentido, es importante diferenciar exclusivamente a la Corte de arbitraje, que es solamente uno de los componentes de la entidad y cuya misión es asegurar la correcta aplicación del reglamento de arbitraje. La Corte se compone con más de 30 juristas provenientes de 20 países

Dicha Corte se compone por un Presidente, los Vicepresidentes, los miembros y los miembros suplentes. El presidente es elegido por el Consejo de la CCI en base a la recomendación del Comité ejecutivo, los vicepresidentes son elegidos por el Consejo de la CCI de entre los miembros y los miembros de la corte son nombrados por el Consejo de la CCI con la propuesta de los comités nacionales.

La función principal de la secretaría es la administración de los casos sometidos a la Corte, se compone por un Secretario General, un Secretario General Adjunto, un Consejero General y siete equipos de trabajo dirigidos cada uno por un consejero, que normalmente manejan 150 casos cada uno.

Adicionalmente la Secretaría tiene un sistema de información actualizada en cuatro lenguas distintas sobre las labores que realiza.

### **5.3. CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES (CIADI)**

Uno de los principales logros de la Convención de Washington de 1965 fue la creación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a inversiones (CIADI), la misma que tenía el objetivo principal de concentrar las



diferencias relativas a inversiones mediante un procedimiento de conciliación y arbitraje para resolver los conflictos surgidos en dichas relaciones comerciales.

**Artículo 1ero del CIADI:** “El Centro tendrá por objeto facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre **Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje** de acuerdo a las disposiciones de este Convenio”.

Siguiendo los lineamientos de las características del Arbitraje, para que las partes puedan someterse al CIADI es necesario que expresamente indiquen su voluntad de someterse a dicho centro.

La misma convención se encarga de establecer a que se refiere con “nacionales de otro Estado contratante” y en su artículo 25 indica que:

- a) Toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación y arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el párrafo 3ero del artículo 28 o en el párrafo 3ero del artículo 36, la nacionalidad de un Estado contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte de la diferencia;
- b) Toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado contratante distinto del Estado parte de la diferencia y las partes jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este convenio, por estar sometidas a control extranjero.

De estos numerales del artículo 25 se desprende que es un requisito que las partes, sean personas naturales o jurídicas deben tener una nacionalidad distinta de la del Estado receptor.





Orgánicamente está compuesta de un Consejo Administrativo y un secretariado, el Consejo administrativo deberá reunirse al menos una vez al año y sus miembros tendrán derecho a voto en cada tema de decisión, y entre sus principales funciones se encuentra adoptar las reglas de procedimiento para iniciar la conciliación y el arbitraje y las reglas propiamente aplicables en la conciliación y el arbitraje, adoptar reglamentos administrativos y financieros.

Por su parte el Secretariado se constituye por un Secretario General, Secretarios Generales Adjuntos y el personal del centro. El Secretario General será el representante legal del centro.

Por otro lado el centro tendrá una lista de conciliadores y de Árbitros, quienes serán designados por cada Estado contratante.

Una de las principales características del CIADI es su sencillez y economía, lo que está en sintonía con el cumplimiento de los principios universales del Arbitraje.

#### **5.4. CÁMARA DE COMERCIO ECUATORIANA AMERICANA – AMCHAM QUITO**

La Cámara de Comercio Ecuatoriano Americana - AMCHAM QUITO es una organización gremial orientada a fomentar los flujos comerciales entre Ecuador y Estados Unidos con miras a contribuir al desarrollo sustentable y al mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos de Ecuador y Estados Unidos por igual.

Busca trabajar cerca de todos sus socios a fin de apoyarlos en sus actividades de negocios, potenciando su productividad, mejorando la calidad de la información, brindando una serie de herramientas de capacitación y para la solución de conflictos que incidan en los niveles de competitividad que permitan un sostenido crecimiento empresarial.

[\(http://www.amchamec.org/\)](http://www.amchamec.org/)



Su objetivo primordial es impulsar el progreso económico sustentable del país mediante la promoción del intercambio comercial con EEUU y otros países; construir políticas públicas entre Ecuador y EEUU; brindar servicios que promuevan el libre comercio, la inversión y el desarrollo de nuevos negocios con EEUU en beneficio del país.

El AMCHAM-Quito, se compone de: el CAM Centro de Arbitraje y Mediación y el CEDEM Corporación de Estudios para el Desarrollo Empresarial.

El Centro de Resolución de Conflictos y/o Centro de Arbitraje y Mediación tiene como finalidad prestar los servicios de Arbitraje y Mediación, como herramientas útiles y rápidas para arreglar diferencias o conflictos legales en el sector empresarial.

Cuenta con expertos en diferentes de áreas, conocedores del idioma inglés, que ayudan tanto a los socios como a los no socios de la CCEA a resolver de una manera inmediata y eficaz las controversias existentes.

El Centro ofrece servicios complementarios como Negociación (negociadores que asesoran a las empresas en momentos claves), Peritajes y Eventos de Capacitación en formas de resolución de conflictos y temas legales.

Además, el centro tiene convenios de cooperación con la *American Arbitration Association (AAA)*, el Centro de Arbitraje y Mediación de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) con el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá y es la sección asociada en Quito de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC).



## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Una vez concluido el presente proyecto de investigación se han alcanzado las siguientes conclusiones:

1. Podemos ubicar al arbitraje desde dos puntos de vista: como un instrumento procesal/adjetivo y como un instrumento jurídico para resolver controversias resultantes de relaciones jurídicas. Ambas perspectivas son totalmente válidas y responden a tendencias doctrinarias que han sido formuladas con el fin de dar un marco conceptual al arbitraje.
2. Existen límites sobre las controversias que pueden ser sometidas y estas se sitúan sobre el principio de transigibilidad de los derechos que pueden ser sometidos a arbitraje, dicho principio ha sido descrito de manera más particular por cada Estado, sin embargo en su generalidad mantiene cierta similitud.
3. El arbitraje no está coartando la facultad jurisdiccional del Estado, sino que por el contrario, el Estado es el que reconoce ciertas facultades a los interesados para disponer libremente de ciertos derechos, y a través de ciertas instituciones otorga especiales potestades jurisdiccionales a terceros para que diriman controversias susceptibles de ser transigidas.
4. La legislación ecuatoriana reconoce constitucionalmente al arbitraje como uno de los métodos alternativos de solución de conflictos, por lo que el arbitraje se encuentra dentro del marco legal y constitucional; además, responde a ciertos principios constitucionales como son la celeridad y la economía procesal.
5. El COGEP contiene diversas disposiciones sobre el arbitraje, en lo principal se refiere a:
  - Reconocimiento, homologación, ejecución y efectos probatorios laudos arbitrales dictados en el extranjero (artículos 102- 106). Lo que tiene



- relación con la Disposición Derogatoria tercera que indica que será suprimido el último inciso del artículo 42 de la LAM, que indica 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.”
- Reconoce al laudo arbitral como un título de ejecución, brindándole todas las ventajas que significa aquello en materia de ejecución (artículo 363).
  - El COGEP establece como excepción previa, en toda clase de procesos, la existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación (artículo 153)
6. El elemento clave para activar el arbitraje es el acuerdo previo entre las partes, es decir, la voluntad de ambos contratantes de someter sus controversias al arbitraje, lo que es parte de su esencia y además es su fundamento legitimador. Sin embargo, la ley reconoce ciertos casos en que los conflictos que surjan, deberán ser resueltos mediante arbitraje, conocido como arbitraje forzoso, está contemplado en ciertas legislaciones como la chilena, argentina y ecuatoriana.
7. El acuerdo de las partes para someterse a arbitraje se materializa mediante un convenio arbitral, sin embargo este puede realizarse en un solo acto o en dos momentos diferenciados, en el primer caso estaríamos frente a una “cláusula compromisoria” y en el segundo caso “compromiso arbitral”. La principal diferencia es que en el primero, las partes acuerdan mediante la cláusula compromisoria que en caso de existir conflictos o controversias futuras fruto de una relación jurídica las mismas serán sometidas ante un tribunal arbitral para su resolución; en cambio, el compromiso arbitral opera cuando las controversias o conflictos ya se han suscitado, y frente a estas, las partes acuerdan que serán resueltas a través de un tribunal arbitral.



8. Al recurrir al arbitraje internacional, no se desconoce las ramas tradicionales del derecho, al contrario, se debe recurrir al Derecho Internacional Privado para establecer diferentes situaciones, como por ejemplo la ley aplicable para determinar la capacidad de las partes, arbitralidad de la materia, nulidad o invalidez del acuerdo arbitral, procedimiento a seguir o para resolver el fondo de la controversia, así también como la legislación que se aplicara al reconocimiento y ejecución del laudo extranjero.
9. El arbitraje internacional es una verdad insoslayable no solo desde un punto de vista jurídico, sino también desde un punto de vista económico-cultural, ya que es un instrumento que satisface las necesidades de los sujetos que se ven envueltos en las controversias con connotación internacional
10. Para que determinar que se considera como arbitraje internacional, existen varias tendencias y doctrinas, sin embargo, los elementos fundamentales que se reúnen son los siguientes: arbitralidad, Mercantilidad e internacionalidad, que puede estar dada por la nacionalidad del laudo, la nacionalidad de las partes, la nacionalidad del árbitro, el domicilio o residencia de las partes o el procedimiento a seguir.
11. El arbitraje comercial internacional es un instrumento que brinda diversas ventajas para quienes deciden someterse a él, entre las principales se encuentran la confidencialidad y privacidad, que permiten a las partes discutir sus controversias sin la publicidad que implica la justicia ordinaria; la seguridad, garantizada por la neutralidad y especialidad del Tribunal que las partes previamente elijan; la elección de la modalidad del arbitraje, de acuerdo a la naturaleza de la materia que se vaya a discutir; y por supuesto, la celeridad que supone recurrir a un método alternativo de solución de conflictos.



12. Siendo el arbitraje una institución relativamente nueva en comparación con otras del derecho, es fundamental su estudio en relación con otras legislaciones, ya que, la razón de la evolución del arbitraje se da en base a necesidades que surgen entre diferentes grupos poblacionales, especialmente comerciantes. Para el análisis que se llevó a cabo en la presente investigación se eligieron cuatro países que han tenido un fuerte desarrollo en lo que se refiere a arbitraje comercial: Colombia, Chile, España y Alemania.

Finalmente, y a modo de una profunda reflexión personal, confío que el que arbitraje no es una forma de retirar la potestad jurisdiccional del Estado y trasladarlo hacia otra entidad, sino es, parte de un cambio de mentalidad que exige que los diferentes actores de la sociedad busquen diferentes formas para solucionar sus conflictos de una manera pacífica, efectiva y que les brinde seguridad, sin necesidad de judicializar cada conflicto que tengan. Dentro de este marco, cada uno de los esfuerzos, como son la mediación, el arbitraje, los jueces de paz, juegan un rol fundamental para lograr una sociedad más justa, menos burocratizada, con más confianza en cada uno de los actores que la conforman.

A partir de las conclusiones antes expuestas, se desprenden las siguientes recomendaciones:

La primera y fundamental es para la academia, docentes y estudiantes, ya que en los tiempos actuales debe asumir su rol protagónico y concebir al derecho en todos sus ámbitos, dedicar gran parte de su esfuerzo al desarrollo e investigación, que es la única forma en que se puede innovar, participar y aportar en la ciencia jurídica.

La segunda para los demás actores de la sociedad e individuos en general, que son parte fundamental de la construcción de una sociedad en la que haya lugar para métodos de resolución de conflictos más amigables, sencillos y direccionados hacia una verdadera realización de justicia.



## BIBLIOGRAFIA

- Picand Albonico, Eduard. *Arbitraje Comercial Internacional*. Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Briseño Sierra, Humberto. *El Arbitraje Comercial*. México, Limusna Noriega Editores, 1999.
- Alvarado, Malamud, Marotta et al. *El arbitraje Comercial in Iberoamérica*. Madrid: Instituto de Cooperación Iberoamericana y el Consejo Superior de Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación de España. Madrid 1999.
- Salcedo, Ernesto. *El Arbitraje: la Justicia alternativa*. Ecuador, Editorial Jurídica Miguez Mosquera, 2001.
- Caivano, Roque. *Arbitraje: Arbitramento comercial*. Colombia: Editorial Universidad del Rosario, 2003
- Davis Encendía, Hernando. *Teoría General del Proceso*. Editorial Universidad. Buenos Aires, 1984.
- De La Cerda Olivos, Cristóbal. *Trato justo y equitativo en materia de inversión extranjera*. Tesis. Universidad de Chile, 2007.
- Bendava, Santiago. *Derecho Internacional Público*. Chile, Editorial Jurídica Conosur., 1999.
- Andrade Cadena, Xavier. *Las ventajas del Arbitraje internacional: una perspectiva ecuatoriana*. Revista Derecho Comparado Rubinzal – Culzoni. Buenos Aires, 2005. 131-156



- Davis, Benjamin. *International Fast Track Commercial Arbitration*, *COMPARATIVE LAW YEARBOOK OF INTERNATIONAL BUSINESS*. United States, 2010
- Chávez Bardales, Enrique. *Nuevas perspectivas sobre la privacidad y confidencialidad en el Arbitraje Comercial Internacional*. Perú, Lima Arbitration, 2008.
- Paillas, Enrique. *El arbitraje nacional e internacional privado*, Editorial Lexis Nexis, 2003.
- Yannaca, Catherine. Fair and Equitable Treatment Standard in International Law, Organization for Economic Co-operation and Development. [www.oecd.org](http://www.oecd.org) .Web. 22 Septiembre 2015.
- Other CPR Model Clauses. <http://www.cpradr.org/>. CPR. Web. 31 Agosto de 2015.
- TECMED S.A. Técnicas Medioambientales vs. The United Mexican States, ICSID, case No. ARB (AF)/00/2 [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org). 12 Septiembre 2015.
- AZURIX Corp. C. República Argentina caso No. ARB/01/12. [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org). 30 de Agosto de 2015.
- Acuerdo Bilateral sobre Inversiones Argentina – España. [www.unctad.org](http://www.unctad.org). 31 Agosto de 2015.
- WASTE Managment, Inc contra los Estados Unidos Mexicanos (caso ARB (AF)/98/2). [www.worldbanck.org](http://www.worldbanck.org). 15 de Septiembre de 2015.
- Asamblea Nacional Constituyente. 2008 *Constitución de la República del Ecuador*, Montecristi Ecuador.





- Corporación De Estudios Y Publicaciones. 2003 (ultima codificación).  
*Ley de Arbitraje y Mediación*, Ecuador: Editorial Talleres de la Corporación del Estudios y Publicaciones.
  
- Corporación De Estudios Y Publicaciones. 2005 (ultima codificación).  
*Código de Procedimiento Civil*. Ecuador: Editorial Talleres de la Corporación del Estudios y Publicaciones.
  
- Proyecto de Ley Modelo de la CNUDMI, resolución 40/72 del 11 de diciembre de 1985.