



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas.

Escuela de Derecho

**“Actuaciones Arbitrales Frente al Incumplimiento de Cláusulas
Escalonadas en el Juicio Arbitral.”**

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de
Abogada**

Autora: María del Carmen Crespo Alvear

Director: Dr. Antonio Martínez Borrero

Cuenca, Ecuador

2014

DEDICATORIA

A los grandes maestros de mi vida:

Mi familia,

Mi Padre, por ser la persona que guía mi camino,

*Mi Madre, quien con su ejemplo siembra en mí el valor de la responsabilidad
y la verdad,*

Y a quienes que para crecer empezaron a creer.

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, especialmente a mis Padres, por ser los que me impulsan día a día, y de quienes he sacrificado largas horas familiares para concluir con mi formación.

A mis amigos y compañeros universitarios, con quienes compartí una etapa inolvidable; especialmente a Paulina, Daniela, Belén y Wily, por ser las personas sinceras, que con su cariño, consejos y comprensión me han brindado un apoyo incondicional.

A la Universidad del Azuay, y a todos quienes conforman la Facultad de Ciencias Jurídicas, por ser el lugar en donde he tenido la suerte no solo de formarme académicamente, sino de una manera integral, gracias a las experiencias y oportunidades brindadas. A los maestros y maestras, que despertaron en mí la curiosidad no solo de las leyes, sino de la justicia.

De manera especial, agradezco al Dr. Antonio Martínez Borrero, por ser la persona que ha guiado este trabajo, y un verdadero maestro durante toda mi carrera universitaria. Al decano de la Facultad, el Dr. Remigio Auquilla Lucero, por su ejemplo de servicio y dedicación y a los Doctores Sebastián López, Geovanni Sacasari y Andrés Martínez Moscoso, personas que gracias a sus consejos y largas horas de discusión me han permitido ver siempre más allá.

Al Dr. Esteban Segarra Coello, quien me invitó a interesarme por el Arbitraje, y junto a él, a las diferentes personas que han conformado el equipo de arbitraje de la Universidad del Azuay.

A todas las personas que con sus conocimientos han colaborado con este trabajo, especialmente a los Abogados Juan Manuel Marchán, Felipe González Arrieta y al Profesor Roque Caivano.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTOS	ii
ÍNDICE DE CONTENIDOS	iii
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO PRIMERO	4
“NOCIONES BÁSICAS DEL ARBITRAJE”	4
1.1.- EL ARBITRAJE Y SU SITUACIÓN ACTUAL.	4
1.2.- NATURALEZA JURÍDICA	7
1.3.- DIFERENTES TIPOS DE ARBITRAJES	11
1.3.1.- Arbitraje en Derecho o en Equidad	11
1.3.2.- Arbitraje Administrado o Independiente.	12
1.3.3.- Arbitraje Nacional o Internacional.	14
1.4.- EL CONVENIO ARBITRAL	16
CAPITULO SEGUNDO	23
"CLÁUSULA ARBITRAL ESCALONADA"	23
2.1.- DEFINICIÓN Y CONCEPTOS BÁSICOS	23
2.2.- MOTIVOS DE INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS ESCALONADAS.	31
2.3.- POSIBLES ESCALONES A INCLUIR.	35
2.3.1.- Negociación	36
2.3.2.- Mediación	37
2.3.3.- Conciliación	38

2.3.4.- Tiempos de Espera	40
2.4.- LA FASE PREVIA: FACULTATIVA U OBLIGATORIA.	42
 CAPITULO TERCERO.....	44
"NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ETAPAS PREVIAS"	44
3.1.- REQUISITO JURISDICCIONAL	45
3.1.1.- Definición de Jurisdicción y de un Requisito Jurisdiccional.....	45
3.1.2.- Jurisprudencia relacionada con el tema.	49
3.1.3.- Función del Árbitro en el Contexto Ecuatoriano.	56
3.2. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.....	58
3.2.1.- Definición de Requisito de Procedibilidad.....	58
3.2.2.- Jurisprudencia relacionada con el tema.	60
3.2.3.- Contexto Ecuatoriano.....	63
3.3.- ACUERDO SUSTANTIVO.....	64
3.3.1.- Definición de Acuerdo Sustantivo.....	65
3.3.2.- Fallo Jurisprudencia relacionado con el tema.....	66
3.3.3.- Contexto Ecuatoriano.....	67
 CAPITULO CUARTO.....	70
"EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE UN ETAPA PREVIA EN LA CLÁUSULA ESCALONADA".....	70
4.1.- EFECTOS EN EL ARBITRAJE EN RAZÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE UNA ETAPA PREVIA.....	70
4.1.1.- Incompetencia del Tribunal Arbitral.....	71
4.1.2.- Inadmisibilidad de la Demanda.	74
4.1.3.- Incumplimiento contractual.....	77
4.2 IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LAS ETAPAS PREVIAS.	79

CAPITULO V	84
"ANÁLISIS EN EL CAMPO NACIONAL"	84
5.1.- CLÁUSULA ARBITRAL	84
5.2.- ETAPAS PREVIAS	86
5.2.1.- Discusión Directa.....	86
5.2.2.- Mecanismos de Mediación.....	91
5.2.3.- Mecanismos de Arbitraje.	96
 CAPITULO VI	 100
"CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA LA REDACCIÓN DE CLÁUSULAS ESCALONADAS"	100
 BIBLIOGRAFÍA.....	 109
AUTORIDADES.....	109
BIBLIOGRAFÍA DIGITAL, LIBROS Y PÚBLICACIONES WEB.	111
CASOS Y FALLOS JURISPRUDENCIALES	113
CUERPOS NORMATIVOS.....	114

RESUMEN

El presente trabajo tiene como finalidad analizar las etapas previas de una cláusula escalonada para poder determinar cuál es el posible efecto que generaría su incumplimiento dentro de un juicio arbitral.

Para iniciar se realizan ciertas puntualizaciones doctrinarias necesarias relacionadas con el arbitraje, así como un análisis comparado de casos en los que han existido cláusulas escalonadas y cuales han sido las decisiones de los distintos Tribunales Arbitrales.

A lo largo del presente estudio, se toma en consideración diversos cuerpos normativos tanto nacionales como internacionales y para concluir se procede con el estudio de una cláusula escalonada contenida en un contrato de concesión suscrito en el Ecuador.

ABSTRACT

This paper aims to analyze the preliminary stages of a multi-tiered clause to determine the possible effect that its non-compliance would generate within an arbitration lawsuit.

First, some specific doctrinal observations related to arbitration, as well as a comparative analysis of multi-tiered clauses, and which are the decisions of the various Courts of Arbitration are performed.

Various national and international regulatory entities are taken into consideration throughout this study. To conclude, a study of a multi-tiered clause contained in a concession contract signed in Ecuador was performed.




Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

INTRODUCCIÓN

La evolución y la fuerza que ha ganado el arbitraje, a lo largo de la historia, como un método para la solución de controversias se ha vuelto innegable. Esta aseveración no solo a la luz de la costumbre internacional y al uso que se le ha venido dando, sino también debido al reconocimiento que tiene en las diversas legislaciones a nivel mundial.

Es en este contexto que reconociendo la validez e importancia del arbitraje, nos situamos en lo que efectivamente da nacimiento al mismo y lo que muchos autores han denominado como la piedra angular del arbitraje, el Convenio Arbitral.

Al ser el arbitraje esencialmente convencional, producto de la autonomía de la voluntad (en la medida que la ley les faculta a las partes), ellas pueden escoger por ejemplo la sede y el idioma del arbitraje, la forma de designación de los árbitros, el tipo de arbitraje, las normas procedimentales y sustantivas a las que someterán sus controversias, conviniendo de mejor manera lo que se ajuste a sus necesidades. También puede ocurrir que en base a esa autonomía de la voluntad las partes decidan pactar que antes de llegar al arbitraje deberán llevarse a cabo a diversas etapas previas o niveles, siendo éstas generalmente bien una etapa de autocomposición o tiempos de espera.

En la doctrina se conoce a este tipo de cláusulas como “*cláusulas escalonadas o multi-tier clauses*”. Pactar cláusulas con estas características puede resultar conveniente si lo que se busca es mantener buenas relaciones contractuales; sin embargo, ocurre que habitualmente éstas se incluyen durante la firma del contrato, en donde la atmósfera que existe entre las partes es fraterna y de confianza, empero, sucede que las mismas se vuelven operativas cuando se suscita una controversia y es cuando el ambiente cambia.

Es entonces en ese momento cuando una de las partes decide omitir las etapas previas pactadas y procede directamente con el arbitraje,

generando dudas en relación a los efectos que produce la omisión de cumplir con la instancia previa por ellas voluntariamente acordada.

A luz de las diversas consecuencias que se pueden producir a causa del incumplimiento de etapas previas pactadas en la cláusula arbitral, este trabajo busca realizar una investigación de la naturaleza jurídica de las etapas previas, para que en base a la motivación que tuvieron los distintos casos, buscar concordancias en las actuaciones arbitrales. Si bien no se desconoce que cada caso, tiene hechos que condujeron a la toma de diversas decisiones, cabe recalcar que son los árbitros quienes deben resolver acerca de su competencia cuando una de las partes pone en tela de juicio el cumplimiento de la primera etapa y que su decisión debe ser cuidadosamente analizada, ya que de seguir adelante con el arbitraje y dictar el laudo si no existen evidencias de que la etapa previa se ha cumplido, puede perjudicar la validez o la ejecutabilidad del laudo.

**“ACTUACIONES ARBITRALES FRENTE AL INCUMPLIMIENTO DE CLÁUSULAS
ESCALONADAS EN EL JUICIO ARBITRAL.”**

CAPITULO PRIMERO

“NOCIONES BÁSICAS DEL ARBITRAJE”

En este capítulo se examinarán nociones doctrinarias acerca del arbitraje, lo cual permitirá puntualizar ciertas definiciones y conceptos necesarios para el correcto desarrollo del tema central de este trabajo.

Se iniciará con la evolución que ha tenido el arbitraje y su situación actual [1.1], posteriormente se hará referencia a la naturaleza jurídica del arbitraje [1.2], se presentarán diferentes tipos de arbitrajes [1.3] y se concluirá con ciertas precisiones acerca del convenio arbitral [1.4].

1.1.- EL ARBITRAJE Y SU SITUACIÓN ACTUAL.

El arbitraje nace en las antiguas civilizaciones previo a la existencia de jueces, como un mecanismo que utilizaban las personas para resolver sus conflictos, teniendo presente que surge para suplir el procedimiento de autotutela en donde la persona agredida actuaba de manera independiente contra su agresor.

Como acertadamente ha establecido el autor De Castro, el arbitraje “no se trata de algo dado *a priori*, sino de una figura cambiante, resultado del variado entorno social y del juego de intereses de ciertos grupos sociales” (El Arbitraje y la Nueva Lex Mercatoria, 1979: 624)

Las bases jurídicas y doctrinarias en las que se asienta ahora el arbitraje, se encuentran en el Derecho Romano, ya que fue en Roma donde a la institución arbitral se la reconoció en la Ley de las XII Tablas, cuyos postulados disponían que las partes en disputa debían someter sus discrepancias ante

terceros y fue en la época de Justiniano que por primera vez el laudo arbitral adquirió la fuerza de cosa juzgada.

El arbitraje también marcó la época de la Edad Media, en donde sin duda tuvo su mayor difusión, debido a que fue en ese entonces que "la nascente burguesía comercial buscará la solución de sus conflictos en sus gremios y corporaciones, por la seguridad y rapidez que encontrará en la resolución de sus conflictos frente a la arbitrariedad y la lentitud de la justicia que regía". (De Menthon, 1926: 57 y 58)

Es en ese momento cuando las características de agilidad y especialidad sobre la materia, se hacen presentes. Lo que buscaban los comerciantes era que sus conflictos sean resueltos de la manera más rápida posible y sobre todo por personas que conozcan acerca del tráfico mercantil.

Sin embargo, no fue hasta la Revolución Francesa en donde el arbitraje alcanzó su mayor auge llegando a tener un reconocimiento de rango constitucional. La Constitución francesa de esa época definió al arbitraje como "un mecanismo voluntario de resolución de conflictos privados en materia disponible, con árbitros libremente elegidos por las partes, sometiendo el proceso a un control estatal". (Méndez, 2010: 313)

Conforme ha evolucionado el arbitraje, la doctrina lo concibe como todo un sistema de justicia privada, en donde la ley faculta a las personas de optar por dicho procedimiento alternativo para resolver sus conflictos en vez de acudir a los tribunales de justicia. Esta facultad permite que mediante la intervención de un tercero neutral denominado árbitro, se resuelva la controversia a través de un laudo, siendo éste de última instancia donde el único control estatal al que puede someterse la decisión arbitral, es en principio, a la acción de nulidad.

En este sentido Fouchard, Gaillard, & Goldman (1999: 9), consideran al arbitraje como:

El mecanismo a través del cual se entrega a una o más personas —el o los árbitros— la solución de una cuestión o controversia, en la cual, el poder de tales personas deriva de un acuerdo privado y no de las autoridades estatales, y quienes deben proceder a decir el caso sobre la base de ese acuerdo.

En el Ecuador, se encuentran los inicios del “juicio de arbitraje” en el Código de Procedimiento Civil publicado en el Registro Oficial No. 81 del 8 de diciembre de 1960 y en la Ley de Arbitraje Comercial publicada en 1963, que se centraba solamente en operaciones o actos de Comercio. Posterior a ello en 1997, se promulgó la Ley de Arbitraje y Mediación en el Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de ese año, con lo que las mencionadas normas fueron derogadas.

Vale recalcar que acerca del sistema arbitral a nivel Constitucional, se hacía mención desde el año 1929, sin embargo, estaba destinado únicamente para la resolución de conflictos de carácter laboral. Por lo que el arbitraje alcanza su máximo reconocimiento en la Constitución Política del Ecuador de 1998, donde en su artículo 91 establecía que: “se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley”.

A pesar de que la misma fue derogada, la actual Constitución de la República promulgada en el año 2008, continúa con la misma línea de la anterior y en su Artículo 190 dispone lo siguiente:

Artículo 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo

pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado conforme a las condiciones establecidas en la ley¹.

A más de dichos cuerpo normativos, el Ecuador ha suscrito diversos instrumentos internacionales relacionados con la materia que se encuentran incorporadas a su ordenamiento jurídico interno como es la Convención sobre Derecho Internacional Privado de la Habana de 1928 ("Código Sánchez de Bustamante")², la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 ("Convención de Nueva York")³, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 ("Convención de Panamá")⁴, y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979 ("Convención de Montevideo")⁵. Con relación al Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados ("Convención de Washington")⁶, fue denunciado el 2 de julio del 2009.

1.2.- NATURALEZA JURÍDICA.

Explicar la naturaleza jurídica de una institución o en este caso del arbitraje, consiste en determinar a qué categoría jurídica pertenece, siendo lo más común ubicar a las diversas figuras jurídicas dentro del derecho privado, o del derecho público. Cuando el derecho le imprime a esta figura privada (al Arbitraje) una fuerza capaz de acarrear efectos jurídicos, la convierte entonces en una institución de Derecho, por lo que se debería enmarcar en una de las dos corrientes jurídicas más comunes.

¹ Norma Consultada el 10/07/2014.

² Registro Oficial S-1202 de 20 de agosto de 1960.

³ Registro Oficial No. 43 de 29 de diciembre de 1961. El Ecuador ratificó la Convención, acogiendo a la reserva comercial y de reciprocidad de las que trata el artículo I (3) de dicha Convención. En virtud de estas reservas, el Ecuador aplicará la Convención únicamente a laudos dictados en el territorio de otro Estado contratante y solamente cuando ellos se refieran a cuestiones comerciales según la ley ecuatoriana.

⁴ Registro Oficial No. 875 de 14 de febrero de 1992.

⁵ Registro Oficial No. 240 de 11 de mayo de 1982.

⁶ Firmada por el Ecuador el 15 de enero de 1986 y denunciada el 6 de julio del 2009.

Como han mencionado los autores Merchán y Merino, "el planteamiento de la naturaleza jurídica del arbitraje sufre reflejamente de este estado de cosas porque, en esencia, lo que se discute es si pertenece a las concepciones normativas publicistas o por el contrario a las privadas" (Tratado de Derecho Arbitral, 2006: 221). Sin embargo, el problema se suscita, al considerarlo como una categoría jurídica autónoma distinta de sus componentes, generando la interrogante de su verdadera naturaleza jurídica.

El profesor García Máynez expresa que "la doctrina más generalmente aceptada consiste en sostener que el criterio diferencial entre los derechos privado y público no debe buscarse en el índole de los intereses protegidos, sino en una naturaleza de las relaciones que las normas de aquellos establecen". (Introducción al Estudio del Derecho, 1986: 134)

No obstante no se ha encontrado una solución que sea admitida de una manera absoluta, el autor González de Cossío, sostiene que "actualmente empieza a percibirse una tendencia tanto en la doctrina como en la práctica arbitral, que la teoría más aceptada, surge a raíz de sus consecuencias prácticas". (Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje: 1)

Al momento existen cuatro teorías que buscan determinar la naturaleza jurídica del arbitraje, entre ellas se encuentran la teoría jurisdiccional [1.2.1], la teoría contractual [1.2.2], la teoría mixta o híbrida [1.2.3], y la teoría autónoma o sui géneris [1.2.4]. A continuación se desarrollarán los postulados más relevantes de cada una de ellas.

1.2.1.- Teoría Jurisdiccional

Los partidarios de la teoría jurisdiccional, sostienen que tanto el origen y la existencia de la institución arbitral, así como la regulación de los actores principales en la administración de justicia, que son el árbitro y el juez, es similar. Por lo tanto el Estado al ser soberano, tiene la misión de controlar y regular los arbitrajes que tengan lugar dentro del territorio de su jurisdicción, en razón de que la función jurisdiccional "es una función normalmente

ejercida mediante los tribunales nacionales establecidos para dicho propósito". (González de Cossío. 1A: 14).

Esta teoría considera al arbitraje como una institución del Derecho Procesal, en donde equipara al árbitro como un juez y al laudo con una sentencia, por lo que sus seguidores manifiestan que el árbitro ejerce una función jurisdiccional.

1.2.2.- Teoría Contractual

La teoría contractual basa sus postulados en que el origen, la existencia y la regulación del arbitraje dependen solamente a raíz de la existencia de la voluntad de las partes, y por ende todo el procedimiento arbitral está basado en un "conjunto de actos contractuales privados". (Samuel, 1989)

Es también llamada como teoría privatista del arbitraje, y menciona que no hay jurisdicción, sino que lo que existe es un contrato. Si bien esta teoría, engloba el postulado esencial del arbitraje, que es la autonomía de la voluntad, la misma resulta insuficiente cuando se busca explicar por ejemplo, la sujeción obligatoria de lo que manda la ley con relación al procedimiento arbitral ya que en el caso de que el mismo no sea respetado, se puede presentar una acción de nulidad o la fuerza obligatoria que adquiere el laudo al final del proceso.

1.2.3.- Teoría Mixta o Híbrida

La teoría mixta o híbrida, nace frente a los cuestionamientos generados a raíz de las dos teorías previamente anunciadas, ya que por un lado la teoría contractual es criticada al plantear el carácter contractual del laudo arbitral y que los árbitros actuaban como representantes de las partes, a su vez que la postura jurisdiccional se encuentra incompleta debido a que el arbitraje es más que un simple juicio ordinario.

El arbitraje nace a raíz de un contrato (que es el convenio arbitral), éste se desarrolla en un proceso que requiere que los actos de los árbitros sean considerados como actos de carácter jurisdiccional, siendo esta la única forma para que lo resuelto por ellos tenga fuerza definitiva como lo tiene una sentencia ejecutoriada.

Según Sauser-Hall, citado por González de Cossío sostiene que:

El arbitraje no podía apartarse de los sistemas jurídicos, tenía que existir algún derecho que pudiera determinar la validez del sometimiento al arbitraje y la ejecutabilidad del laudo. Reconoció que cada arbitraje tiene su origen en un contrato privado y que los árbitros designados y las reglas para regir el arbitraje dependen en forma primaria del acuerdo de las partes. Por consiguiente, sostenía que existen elementos contractuales y jurisdiccionales en el arbitraje que están interrelacionados en forma insoluble. (Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje: 15)

Por su parte el autor Talero Rueda, considera que el arbitraje es "... un mecanismo sui generis para la resolución de conflictos, dado su carácter privado, su vocación de efectividad y su sujeción a determinadas normas imperativas del Estado..." (Arbitraje Comercial Internacional, 2006)

Quienes concuerdan con esta teoría, consideran que el arbitraje nace de un contrato y que a su vez requiere de elementos jurisdiccionales para su correcto desarrollo y que lo resuelto por el árbitro adquiera fuerza de cosa juzgada.

1.2.4.- Teoría Autónoma

La teoría más reciente, conocida como la teoría autónoma, fue originalmente desarrollada en 1965 por la profesora Rubellin-Devichi, quien sostiene que el arbitraje "se desenvuelve en un régimen emancipado y, por consiguiente, autónomo" (Citada por González de Cossío A1: 16).

Los postulados de esta teoría se enfocan en relación con el uso y a las finalidades que el arbitraje busca lograr, si bien no desconoce los elementos jurisdiccionales y contractuales del arbitraje, cambia el centro de atención de los mismos sobre todo en el arbitraje internacional, enfocándose en el medio legal y empresarial donde son las partes quienes de común acuerdo deciden participar en el procedimiento arbitral.

“Al optar por el arbitraje, lo que se desea es que los árbitros sean imparciales y justos, y que el laudo que eventualmente se emita sea final, obligatorio y de fácil ejecución, pero que no emule necesariamente los sistemas procesales nacionales, los cuales son justamente los que se desean evitar”. (González de Cossío A1: 16)

Sin querer ahondar en un análisis profundo acerca de la naturaleza jurídica del arbitraje, (al no ser ese el tema de estudio), se concluye con este punto recalcando que la manera en cómo es concebido el arbitraje a la luz de cada teoría depende en gran medida del momento histórico en que fueron desarrolladas, así como el uso y la apertura que brindan las diversas legislaciones a este método de resolución de conflictos.

1.3.- DIFERENTES TIPOS DE ARBITRAJES.

Varias son las diferentes clasificaciones en las que se ha buscado enmarcar al arbitraje, sin embargo, se procederá a desarrollar a continuación las distintas clasificaciones que se consideran pertinentes para este trabajo, atendida la forma y las manifestaciones de la institución arbitral.

1.3.1.- Arbitraje en Derecho o en Equidad

Las partes en el convenio arbitral tienen la posibilidad de decidir si el proceso arbitral será en derecho o en equidad. Esta facultad se encuentra regulada en el Art. 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador (en adelante LAM), en donde a falta de pronunciamiento expreso, el fallo deberá ser en equidad,

ex aequo et bono o a conciencia, exceptuando los arbitrajes en los que una de las partes sea el Estado Ecuatoriano, donde obligatoriamente tendrá que llevarse un arbitraje en derecho.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en el proceso 03-AI-2010 determinó que “un arbitraje en equidad permite actuar analizando los hechos, más que la norma jurídica, pues los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender atendiendo los principios universales de la sana crítica y en este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados”. (Acción de incumplimiento interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. contra la República de Colombia, 2011).

Los árbitros no dejan de aplicar preceptos jurídicos sino que para formar su criterio pueden tomar como guía principios generales de Derecho, la doctrina, la costumbre, instrumentos internacionales, jurisprudencia, leyes nacionales e internacionales, siempre y cuando de su aplicación se obtenga como resultado una decisión justa y equitativa, siendo el motivo por el cual este tipo de arbitraje también es denominado como “amigable composición”. (Merchán & Medina, 2006: 960)

Por el contrario para el caso del arbitraje basado en derecho, los árbitros tienen que ser obligatoriamente abogados y al momento de emitir su fallo deben remitirse solamente a la Ley, a los principios universales del derecho y a la jurisprudencia.

1.3.2.- Arbitraje Administrado o Independiente

Doctrinariamente se los denomina también como arbitraje institucional y arbitraje Ad-Hoc respectivamente, no obstante, en el Art. 2 de la Ley de Arbitraje y Mediación se faculta a las partes a que opten por un arbitraje administrado o un arbitraje independiente.

La diferencia radica en que el arbitraje administrado se desarrolla con sujeción a una Ley de Arbitraje y a los reglamentos establecidos por el Centro

de Arbitraje al que las partes deciden someterse y el arbitraje es independiente cuando se lo realiza conforme a lo que las partes hubieran pactado con relación al procedimiento, siempre que no sea contrario a la ley.

En el arbitraje administrado la institución u organismo al que se someten las partes apoya al desarrollo del arbitraje, supliendo cualquier vacío que surja del convenio o del procedimiento arbitral, por ejemplo en temas que no se especifiquen en el convenio arbitral, como es el nombramiento de árbitros.

En el arbitraje independiente por otro lado, son las partes quienes pactan previamente como se desarrollará el arbitraje, con la única limitación que se sujeten y no contravengan los lineamientos y principios que manda la ley.

En palabras del profesor Del Águila Ruiz (2005: 237):

“(...) En el arbitraje ad-hoc solamente se presentan las partes con los árbitros, prescindiendo del apoyo de terceros para la organización y administración del arbitraje. No se involucra, por tanto, a ninguna institución arbitral como facilitadora de las partes y árbitros para la resolución de la controversia; siendo, en ese sentido, la administración y organización aludidos de cargo de tales actores”

Otro tipo de arbitraje que también es reconocido a nivel internacional, es el “arbitraje semiorganizado”, cuya expresión se debe a Fouchard. (1979: 823). “Este tipo de Arbitraje está sometido a un reglamento internacional, pero falla el sustento y la asistencia concreta de una institución, como decimos que lo administre”. (Merchán & Medina, 2006: 958)

1.3.3.- Arbitraje Nacional o Internacional

“El arbitraje interno está concebido para resolver conflictos como consecuencia de relaciones jurídicas privadas en las que todos sus elementos se vinculan a un ordenamiento jurídico nacional, teniendo como objetivo sustituir la jurisdicción normalmente competente a un juicio privado”. (Merchán & Medina, 2006: 821).

En este sentido un arbitraje será considerado como un arbitraje nacional aquel que verse sobre relaciones jurídicas en el que las partes, el objeto y el derecho aplicable son exclusivamente nacionales, sin que existan otros elementos de conexión que se encuentren relacionados con un solo territorio.

Por el contrario un arbitraje internacional es aquel en el que al menos uno de sus elementos es considerado como no nacional, trayendo como consecuencia aparejada la compleja operación de determinar qué elementos de conexión deben primar para determinar por ejemplo, la legislación aplicable.

Siguiendo las palabras del profesor Andrade Cadena, “la diferenciación entre arbitraje nacional e internacional es muy importante, ya que se rigen por normas distintas; mientras el primero se rige por la legislación interna de un Estado, el segundo está regulado principalmente por instrumentos internacionales de derecho privado”. (Las Ventajas del Arbitraje Internacional: Una Perspectiva Ecuatoriana, 2005: 134)

Para determinar la internacionalidad del arbitraje, se debe analizar los elementos de conexión que concurren en cada caso, como son la nacionalidad de las partes, el lugar de los negocios, el lugar donde fue firmado el contrato, lugar de cumplimiento de obligaciones, la sede del arbitraje, el lugar donde se ejecutará el laudo, etc.

El hecho de que existan varias alternativas, ha traído como consecuencia que no exista una posición unánime frente a la determinación de cuando un

arbitraje será internacional, empero en la actualidad se pueden identificar dos claras tendencias; "la primera tiene relación con las partes de la disputa, que considera que un arbitraje es internacional cuando su lugar de domicilio, residencia o asiento de sus negocios se encuentran en distintos Estados y la segunda se enfoca en la naturaleza de la disputa, siendo un arbitraje internacional cuando comprende intereses de comercio internacional". (Andrade Cadena, 2005: 134)

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, se recoge la posibilidad de que se desarrollen arbitrajes internacionales, a la luz del Art. 41 de la Ley de Mediación y Arbitraje. La ley asume una posición mixta al adoptar la mayoría de elementos que la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI exige para que un arbitraje se considere internacional.

Algunos elementos comunes a tomarse en consideración entre estos dos cuerpos normativos son el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga relación con un determinado Estado, ambos teniendo presente el domicilio de las partes, así como la teoría francesa al tomar en consideración la naturaleza internacional de la disputa pero sin que se defina lo que abarca una operación de comercio internacional.

Frente a esta situación la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI en la nota explicativa a su artículo 1 determina, sin que ésta sea taxativa, que:

A una operación comercial debe darse una interpretación amplia a la expresión 'comercial' para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (factoring), arrendamiento de bienes

de equipo con opción de compra (leasing), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

Por otro lado, cuando la sede del arbitraje esté localizada fuera del Ecuador, es decir en un país extranjero (independientemente de cualquier otro factor de conexión, como podría ser la nacionalidad o el domicilio de las partes o la materia controvertida), este arbitraje será considerado por la Ley de Arbitraje y Mediación como un arbitraje extranjero, debido a que el laudo se produce fuera del territorio nacional.

1.4.- EL CONVENIO ARBITRAL.

Si bien el arbitraje ha mostrado una notable evolución en diferentes aspectos como es la expansión de materias susceptibles de ser resueltas a través de este método, la posibilidad de solicitar medidas cautelares o la ejecución de laudos extranjeros; y como consecuencia ha generado una mayor autonomía frente al sistema judicial, es en este contexto que reconociendo la validez e importancia que se le ha venido dando al arbitraje, debemos situarnos en lo que efectivamente da nacimiento al mismo y lo que muchos autores han denominado como la piedra angular arbitraje: el Convenio Arbitral.

El arbitraje es esencialmente convencional y por el hecho de ser excepcional respecto de la justicia ordinaria, el mismo necesita para su existencia y eficacia de un convenio arbitral válidamente celebrado entre las partes.

La doctrina ha llevado a entender que la voluntad de someterse a arbitraje puede exteriorizarse a través del convenio arbitral, independientemente que se lo denomine como cláusula compromisoria, compromiso arbitral, pacto arbitral, convenio de arbitraje, acuerdo arbitral, o contrato de arbitraje. Si

bien cada denominación conlleva detalles específicos de su terminología, lo fundamental consiste en enfocarse en el acuerdo de las partes de someter cualquier diferencia o conflicto que pueda surgir entre ellas a la solución de árbitros.

La legislación ecuatoriana superó la discusión acerca del compromiso arbitral, y la cláusula compromisoria, al establecer la autosuficiencia del Convenio Arbitral. De esta manera la Ley de Arbitraje y Mediación en su Art. 5 lo define como "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 contractual⁷".

Vale en este punto establecer que el requisito de constancia por escrito no exige obligatoriamente que conste en un solo documento, sino que puede entenderse del 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. Por lo tanto el requisito de escrituración del convenio arbitral, se trata de un requisito *ad probationem* y no de un requisito *ad solemnitatem*.

Para algunos autores como González de Cossío, "el acuerdo arbitral es un contrato en virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje" (Arbitraje, 2004: 56)

A su vez la profesora Castro Salcedo menciona que "[el arbitraje] nace de un negocio jurídico que como tal, proviene de la libre expresión de la voluntad de las partes vinculadas por el pacto arbitral. Sin embargo por medio del contrato de arbitraje las partes invisten de jurisdicción a personas privadas con el fin de que decidan definitivamente un conflicto que los involucra" (El Contrato de Arbitraje, 2005: 114).

⁷ Norma Consultada el 12/07/2014

De estas dos definiciones, podemos establecer que el convenio arbitral, es un negocio jurídico y como tal tiene que cumplir con los requisitos de existencia y validez que la ley exige para que el mismo pueda producir efectos jurídicos válidos.

En este punto se hace una puntualización importante, ya que en el arbitraje doméstico a más de cumplir con los requisitos de existencia y validez de los contratos, cada legislación exige ciertas condiciones específicas que se deben cumplir, mientras que en el arbitraje internacional se estará a lo que dispongan las Convenciones Internacionales, a la ley elegida por las partes o la ley que determine el Tribunal Arbitral en relación con los diversos elementos de conexión.

Si bien dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano se cuenta con una ley especial que regula esta materia, como norma supletoria las personas deben remitirse en ciertos casos al Código Civil, al Código de Procedimiento Civil, al Código de Comercio, entre otros. Así como también a ciertos convenios internacionales ratificados por el Ecuador que se relacionan con el arbitraje como es la Convención de Nueva York.

Según la legislación ecuatoriana (como en todo contrato), los elementos que el convenio arbitral debe presentar son consentimiento libre de vicio emanado de personas con capacidad legal para obligarse, y referirse a un objeto y causa lícita.

En palabras del profesor Roque Caivano (2008: 33) para que una cláusula arbitral sea válida y ejecutable, debe:

Ser el resultado de un acuerdo de voluntad que claramente disponga el sometimiento a arbitraje, celebrado entre partes que tengan capacidad legal para ellos y sobre materias arbitrables, referido a una relación jurídica determinada y que cumpla con los requisitos de forma exigidos.

Con relación a la capacidad, la ley determina que todas las personas son capaces, excepto a las que la propia ley las declara como incapaces; en el caso que una persona jurídica del sector público deseara someterse a arbitraje, la misma deberá contar con la autorización previa de la Procuraduría General del Estado.

En referencia al consentimiento, siendo este el requisito básico del acuerdo arbitral, la ley exige que la voluntad en todo acto jurídico sea libre y claramente manifiesta. Frente a esto, se recalca que si se presentasen uno de los vicios del consentimiento, no solamente se pudiese estar frente a un caso de nulidad sino de inexistencia del negocio jurídico.

En lo que se refiere al objeto de este contrato, podemos decir que el mismo consiste en el hecho de someterse a arbitraje y abstenerse de acudir a la justicia ordinaria, sin embargo, también lleva aparejada la noción de la arbitrabilidad. La Arbitrabilidad de la disputa es la condición necesaria para que una controversia pueda ser resuelta por árbitros, ya que no toda situación litigiosa puede ser sometida a su resolución.

En el arbitraje internacional, "la determinación del derecho aplicable al convenio arbitral es un momento importante y transcendente, sin embargo, no del todo fácil dada la frecuente existencia de una diversidad de puntos de conexidad, el hecho que el tribunal arbitral no tiene foro, o que la determinación del derecho aplicable deba hacerse de conformidad con alguna norma de conflicto". (González de Cossío, Validez del Acuerdo Arbitral bajo la Convención de Nueva York: Un Ejercicio Conflictual, A3.)

Si bien son las partes quienes determinan la legislación aplicable, se genera una interrogante cuando ellas no han estipulado nada al respecto. Dos criterios se han empleado para tal fin, "el primero consiste en extender al acuerdo arbitral la misma ley aplicable al contrato y el segundo en hacerle aplicable a la ley de la sede del arbitraje". (Caivano, 2008: 32)

El primer criterio ha caído en desuso a consecuencia del principio de separabilidad, en donde se produce la ficción jurídica que la cláusula arbitral es un contrato distinto y separable del que la contiene, mientras que el segundo criterio ha sido recogido por la Convención de Nueva York, al establecer en su Art. V(1)a. que podrá denegarse el reconocimiento de un laudo extranjero si el acuerdo arbitral no era válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia, siendo este evidentemente un criterio territorial que nos remite a la *Lex Fori* o a la *lex arbitrii*.

Como se puede observar al ser el arbitraje esencialmente convencional, producto de la autonomía de la voluntad (en la medida que la ley les ha otorgado a las partes la facultad de acudir a arbitraje), son ellas quienes cumpliendo con los requisitos legales exigidos pueden escoger por ejemplo la sede y el idioma del arbitraje, la forma de designación de los árbitros, el tipo de arbitraje, las normas procedimentales y sustantivas a las que someterán sus controversias, conviniendo de mejor manera lo que se ajuste a sus necesidades.

Empero hay que tener cuidado ya que existen casos en los que por querer construir cláusulas excesivamente detalladas, sobrepasando las condiciones mínimas para vincular a las partes, este hecho puede convertir a una cláusula válida, en una cláusula contradictoria, ambigua, patológica o inejecutable.

El acuerdo arbitral patológico, como lo definió el entonces Secretario General de la Cámara de Comercio Internacional, Frederic Eisemann, "es aquel que resulta ineficaz para establecer el procedimiento arbitral en plenitud de sus efectos." (*La Clause d' Arbitrage Pathologique*, 1974: 129). No obstante, no toda cláusula patológica genera *prima facie* su inejecutabilidad, sino que el Tribunal Arbitral deberá interpretar cual fue la real intención de las partes, para que en base a los principios que rigen esta materia pueda proceder a subsanar la patologías y convertirla en ejecutable.

En la actualidad diversos instrumentos internacionales recogen una serie de principios esenciales en materia de arbitraje internacional, instrumentos que han inspirado a diversas legislaciones internas y la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador no es la excepción.

Los principales principios recogidos dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano son la sustracción de los litigios arbitrales a la jurisdicción de los jueces comunes (Art. 7. LAM), la autonomía de la voluntad de las partes (Art. 1 LAM), la asistencia de los tribunales judiciales internos durante y posterior al desarrollo de la instancia arbitral (Arts. 9 y 32 LAM), la autonomía de las convenciones arbitrales conocido como principio de separabilidad, la facultad del Estado de comprometerse a un procedimiento arbitral, así como el principio *Kompetenz-kompetenz*, mediante el cual solamente es el Tribunal Arbitral quien puede decidir acerca de su competencia y el principio que en caso de existir dudas, se estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje conocido como el principio *favor arbitralis* o *favor arbitri*, (Art. 7 LAM).

Como se puede apreciar el arbitraje es un método de solución de conflictos que durante su desarrollo histórico ha ido construyendo todo un sistema en relación al mismo y que nace a partir de un convenio arbitral. Es solamente mediante este acuerdo que las partes deciden renunciar a la justicia ordinaria para someter sus controversias a una justicia privada, en donde son ellas quienes facultan a los árbitros para que conozcan y resuelvan sus conflictos, obligándose a acatar lo dictado por ellos en el laudo.

El Convenio Arbitral es la base para el correcto desarrollo del proceso arbitral y para que este pueda concluirse de una manera exitosa. Es en esta figura jurídica en donde las partes establecerán las normas y las reglas a las que se someterán para resolver su controversia.

Determinada la importancia, y comprendida la idea de que solamente a partir de un acuerdo arbitral válido, se obtendrá un laudo plenamente ejecutable; se recalca el hecho que si bien la ley determina mínimos

necesarios para la validez de ciertos actos, son las partes quienes en uso de su autonomía de la voluntad pueden establecer ciertas condiciones a futuro o incluir etapas previas antes de acudir al arbitraje, doctrinariamente conocidas como cláusulas escalonadas.

CAPITULO SEGUNDO

“CLÁUSULA ARBITRAL ESCALONADA”

Como se determinó en el capítulo anterior, el arbitraje se cimenta en el convenio arbitral, que no solamente demuestra la voluntad de las partes de someter sus diferencias a la resolución de árbitros, sino que a su vez determina una serie de parámetros indispensables para el correcto desarrollo del proceso arbitral para obtener así un laudo plenamente válido y ejecutable.

A su vez las partes en uso de su autonomía de la voluntad pueden establecer etapas previas al arbitraje, convirtiendo a la cláusula arbitral en una cláusula escalonada, por lo que en este capítulo se abordará primero su definición y conceptos básicos [2.1], los motivos de inclusión de cláusulas escalonadas [2.2], los posibles escalones a incluir [2.3] y se analizará el carácter facultativo u obligatorio de la fase previa. [2.4]

2.1.- DEFINICIÓN Y CONCEPTOS BÁSICOS.

Para poder poner fin a un conflicto, existen generalmente dos vías de hacerlo; la primera mediante la cual las partes buscan un resultado mutuamente satisfactorio, o la segunda intentando cada una hacer prevalecer su pretensión en menoscabo de la otra.

En el primer supuesto, son las propias partes quienes establecen la solución para la controversia existente entre ellas, ya sea de manera particular o utilizando un método alternativo de solución de conflictos autocompositivo; mientras que en el segundo supuesto, una de las partes no desea o no confía en la otra, por lo que busca que la controversia sea resuelta por un tercero, utilizando un método heterocompositivo, como es el arbitraje.

Los sistemas autocompositivos se caracterizan porque son las propias partes quienes de forma voluntaria alcanzan un acuerdo o "transacción", mientras que en los sistemas heterocompositivos, "se caracterizan porque una persona individual (juez o árbitro), o colegiada (tribunal o colegio arbitral), e imparcial, va a resolver el conflicto planteado entre las partes por medio de una resolución con efecto de cosa juzgada (sentencia o laudo)". (San Cristóbal Reales, 2013: 48)

La Corte Constitucional Ecuatoriana recogió la doctrina que coincide en ubicar al arbitraje, junto con los procesos judiciales dentro de la denominación de los métodos "heterocompositivos" de resolución de controversias. Mediante sentencia determinó que "la característica común de ambos es la designación de un ente externo a la disputa, o "tercero imparcial", que resuelva el conflicto y cuya decisión debe ser aceptada por las partes, a diferencia de la "autodefensa", o la "autocomposición", en que de una u otra manera la resolución del conflicto se la hace por una sola de las partes". (Sentencia N.º 169-12-SEP-CC, 2012)

La fuente inmediata de los dos métodos heterocompositivos diferencia al proceso judicial del proceso arbitral en razón de que en el caso de los jueces, la designación tiene como fuente inmediata la norma constitucional y legal, y en el caso de los árbitros la fuente es convencional, pues se encuentra supeditado a un convenio arbitral sujeto a la voluntad de las partes. Sin embargo, la fuente mediata del arbitraje también comparte una fuente constitucional y legal, ya que solamente en base al reconocimiento jurídico que realiza la Constitución Ecuatoriana del arbitraje, es que la ley otorga la facultad a las personas de someter sus controversias a la resolución por este método.

El hecho de que tanto los métodos autocompositivos, cuanto los métodos heterocompositivos busquen dar una solución a una controversia, ha generado que en la práctica se presenten cláusulas de resolución de conflictos que los combinen en diversas formas, generalmente a través de una fórmula escalonada.

De esta manera dentro de un convenio arbitral, puede no solamente incluirse la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sino que previo a ello, se lleven a cabo otras circunstancias en las que las partes puedan resolver sus controversias, como por ejemplo acudir a una mediación, o una negociación.

Los convenios arbitrales escalonados, tema central del presente estudio, comúnmente pueden presentarse en forma de cláusula en un contrato o de manera independiente entre particulares, o incluirse en forma de cláusula en Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs). Los TBIs son suscritos entre Estados, cuyo objeto es la protección de una inversión extranjera que realiza una persona de uno de los Estados signatarios en un Estado diferente al suyo.

Un convenio arbitral con etapas previas se conoce en la doctrina como cláusulas escalonadas o *multi-tier clauses*; el autor Torterola las ha caracterizado por “proveer dos o más instancias escalonadas de solución de diferencias y contienen, generalmente una primera instancia de negociación u otro medio de solución de la controversia con anterioridad a la posibilidad de iniciar un procedimiento arbitral” (Cláusulas Escalonadas en el Arbitraje de Inversión, 2011)”

A manera ilustrativa se hace mención que no solamente se puede incluir una etapa de una manera previa al proceso arbitral, sino de una manera posterior, situación que ha sido desarrollada en Estados Unidos, y es conocida como cláusula inversa. En este tipo de casos, existe un laudo, sin embargo, antes de darlo a conocer, se invita a las partes a realizar un arreglo amistoso de la controversia a través de una mediación.

En relación a este hecho el profesor Brown manifiesta que “si la mediación culmina con un acuerdo, el laudo arbitral nunca será comunicado a las partes; en el caso contrario, éstas son notificadas del laudo que resuelve de manera vinculante sobre las cuestiones que le fueron planteadas”. (Citado por Caivano, 2011)

En el ámbito internacional la utilización de cláusulas escalonadas está permitido y son reconocidas por diversos instrumentos internacionales como:

1. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, en donde dentro de sus cláusulas modelo y propuestas, establece que:

Cláusulas escalonadas

El arbitraje de la CCI se puede utilizar como foro para la determinación final de la controversia después de un intento de solución por otros medios tales como la mediación. Las partes que deseen incluir en sus contratos una cláusula de solución de controversias en diferentes etapas que combine el arbitraje de la CCI con la mediación de la CCI deberán referirse a las cláusulas modelo relativas al Reglamento de Mediación de la CCI.

También son posibles otras combinaciones de servicios. Por ejemplo, se puede utilizar el arbitraje como recurso posterior al peritaje o a los dispute boards. Asimismo, puede que las partes que recurran al arbitraje de la CCI deseen prever el recurso al Centro Internacional de ADR de la CCI para que este proponga un perito si se precisa un dictamen pericial durante el arbitraje. (Reglamento de Arbitraje, 2012: 69)

2. Directrices de la IBA (International Bar Association) para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional, que desarrolla en su capítulo IV las directrices para redacción de cláusulas escalonadas de resolución de controversias e inicia estableciendo que:

Es común que las cláusulas de resolución de controversias en contratos internacionales contemplen la negociación, mediación u otro mecanismo alternativo de resolución de disputas como paso preliminar al arbitraje. Los contratos de construcción, por ejemplo, a veces requieren que las controversias sean sometidas a una junta permanente de resolución de

controversias antes de someter las mismas a arbitraje. Estas cláusulas, conocidas como cláusulas escalonadas o multi-tier, presentan retos específicos de redacción. (International Bar Association, 2010: 33)

3. La Asociación Americana de Arbitraje (*American Arbitration Association*) dentro de su Guía para La Redacción de Cláusulas Internacionales de Solución de Disputas, establece diversas cláusulas modelo, entre ellas la siguiente:

Cláusula Modelo de Negociación-Mediación-Arbitraje:

En caso de cualquier controversia o reclamación que surja de este contrato o que guarde relación con él o con su incumplimiento, las partes deberán consultarse y negociar entre ellas y, reconociendo sus intereses en común, tratarán de alcanzar una solución satisfactoria. Si las partes no llegan a un acuerdo dentro de un periodo de 60 días, cualquiera de las partes podrá, mediante notificación a la otra parte y al Centro Internacional para la Resolución de Disputas, iniciar una mediación, conforme al Reglamento de Mediación Internacional del Centro Internacional para la Resolución de Disputas. Si las partes no logran llegar a un acuerdo dentro de los 60 días siguientes a la notificación de una solicitud de mediación por escrito, cualquier controversia o reclamación que no haya sido resuelta será sometida a arbitraje administrado por el Centro Internacional para la Resolución de Disputas de conformidad con su Reglamento de Arbitraje Internacional (American Arbitration Association: 5)

En el contexto ecuatoriano, la utilización de cláusulas escalonadas está permitida ya que si bien en la Ley de Arbitraje y Mediación no existe un artículo que haga una referencia específica a las mismas, al analizar las normas supletorias establecidas en su artículo 37, nos conducen a realizar dicha afirmación.

En el ámbito privado, es decir, en los casos en los que no participe el Estado, siguiendo su máxima jurídica en donde se entiende permitido todo lo que no está prohibido, "*Permisum videtur in omne, quod non prohibitum*" (De la Cuadra: 7) es necesario remitirse al Código Civil.

En su artículo 8 determina que: "A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley⁸", siendo entonces así que sin que en el ámbito privado esté prohibido el pactar etapas previas al arbitraje, se afirma que la utilización de cláusulas escalonadas es viable.

Con relación a los casos en los que el Estado Ecuatoriano participa en arbitrajes, se parte del hecho que esto se encuentra permitido ya que la Constitución Ecuatoriana, en el segundo inciso del artículo 190, determina que:

Art. 190.- 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 ley⁹.

La Ley de Arbitraje y Mediación, en su artículo 4, establece los requisitos que se deben cumplir para que el convenio arbitral que vincule a una entidad pública sea válido, sin embargo, no habla de etapas previas; por lo que para analizar la posibilidad de incluirlas, se necesario realizar una remisión nuevamente a normas supletorias.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, en su artículo pertinente establece que:

⁸ Norma Consultada el 10/08/2014

⁹Segundo inciso, Norma Consultada el 10/08/2014

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

Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado.¹⁰

De la mentada norma, se deduce que la única etapa previa que las entidades del sector público pueden pactar es la mediación, o los diversos mecanismos de resolución de conflicto que en se encuentren recogidos en instrumentos internacionales. Esta interpretación guarda relación con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en donde se menciona que:

Artículo 104.- Métodos alternativos de solución de controversias.- De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.¹¹

De la interpretación de esta norma se sostiene que en materia de contratación pública es posible la inclusión de una cláusula escalonada siempre y cuando la misma, establezca procedimientos de mediación y arbitraje, descartando por ejemplo la posibilidad de establecer un proceso de negociación directa.

¹⁰ Norma consultada el 10/07/2014.

¹¹ Norma consultada el 10/07/2014.

Por otro lado, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, (en adelante denominado COPCI) recoge como mecanismo para la resolución de conflictos lo siguiente:

Art. 27.- Resolución de conflictos.- En los contratos de inversión con inversionistas extranjeros se podrán pactar cláusulas arbitrales para resolver las controversias que se presenten entre el Estado y los inversionistas. Las controversias entre un inversionista extranjero con el Estado ecuatoriano, que se hubieren agotado completamente por la vía administrativa, intentarán solucionarse de manera amistosa, con diálogos directos por un término de 60 días.

Si no se llegase a una solución directa entre las partes deberá existir una instancia obligatoria de mediación dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de inicio formal de las negociaciones directas.

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

Si luego del término de 6 meses de agotada la vía administrativa, las partes no han llegado a un acuerdo amistoso, ni la hubieren sometido a jurisdicción arbitral para la solución de sus conflictos, la controversia se someterá a conocimiento de la justicia ordinaria nacional. No se someterán a arbitraje los asuntos tributarios.¹²

La cláusula de resolución de controversias, que en materia de inversiones, se encuentra vigente dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano prevé una cláusula arbitral, que no solo ampara una etapa previa, sino que establece varias etapas, por lo que suscitado el conflicto para poder acudir a la vía arbitral debe ocurrir lo siguiente:

¹² Norma consultada el 10/07/2014

1. Agotar la vía administrativa.
2. Diálogos Directos.
3. Mediación obligatoria.

A más de incluir tres (3) escalones previos al arbitraje, esta cláusula establece un término fatal, en donde si dentro de los seis (6) meses posteriores a que se agote la vía administrativa no existe un acuerdo o no se somete la controversia a arbitraje, el derecho de presentar una demanda arbitral precluye y deberán sustanciar las controversias ante justicia ordinaria.

Del análisis de las normas previamente citadas, se afirma que en los convenios arbitrales entre particulares o en los que entidades del sector público estén involucradas, es posible la inclusión de etapas previas, sin embargo, esta facultad no queda a discreción de las partes en los casos en que el Estado Ecuatoriano esté presente, ya que en dichos supuestos todas las etapas deben ser incluidas de manera taxativa conforme manda la ley.

Puntualizada la definición del convenio arbitral escalonado, como un convenio mediante el cual las partes deciden someter sus controversias a etapas previas antes de acudir al arbitraje y demostrado su reconocimiento y utilización tanto a nivel internacional cuanto a nivel nacional, se procederá a analizar los motivos por los cuales las personas deciden incluir este tipo de cláusulas.

2.2.- MOTIVOS DE INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS ESCALONADAS.

Llegar a determinar los motivos por los que las partes deciden en primer lugar someter sus posibles controversias a arbitraje, puede ser muy amplio tomando en cuenta el carácter volitivo de esta figura, sin embargo el hecho de incluir una primera etapa de autocomposición antes de llegar al arbitraje resulta interesante.

Al utilizar métodos de autocomposición se toman en cuenta los intereses de todas las partes que se encuentran involucradas en la controversia, mientras que en los procesos de heterocomposición sólo se atiende a los derechos que cada parte invoca, generando que en la mayoría de los casos los intereses no coincidan.

Según el profesor Roque Caivano (2011) la incorporación de una etapa previa de autocomposición puede justificarse por los siguientes motivos:

- (a) Un acuerdo sobre las cuestiones controvertidas es la solución ideal, ya que si el conflicto es una divergencia de intereses, un acuerdo que armonice esos intereses hace desaparecer el conflicto, lo elimina desde su propia raíz;

En relación con este punto, se concuerda con el mentado autor debido a que si se otorga a las partes la posibilidad de alcanzar un acuerdo y ello ocurre, el conflicto desaparece, convirtiendo a la etapa arbitral en innecesaria. El supuesto de que las partes alcancen un acuerdo sí ocurre, sin embargo, esto generalmente se produce cuando ya se ha iniciado un arbitraje previo a que se dicte el laudo, por lo que el proceso arbitral concluye de una manera indirecta mediante una transacción o acuerdo, como ocurrió en el caso *IBM World Trade Corp vs República del Ecuador*.

- (b) Estos métodos buscan un acuerdo –por definición, una solución aceptada por las partes–, mientras en el arbitraje la solución es impuesta por el laudo;

La posibilidad que sean las propias partes quienes establezcan una solución para sus conflictos, genera que la misma se cumpla de una manera voluntaria, mientras que el laudo al ser impuesto, en la mayoría de los casos acarrea la difícil tarea de buscar su ejecución forzada a través de Tribunales de Justicia.

En este punto es oportuno resaltar que en el caso de laudos nacionales, los mismos se ejecutan siguiendo la vía de apremio como lo establece el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación y para el caso de laudos extranjeros, (a pesar de que no exista una normativa clara al respecto) es necesario remitirse a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras y a la LAM.

- (c) La posibilidad de lograr una solución “ganador-ganador” sólo existe en los métodos de autocomposición;

El acuerdo que se consigue mediante estos métodos generalmente se da por medio de compromisos en donde las partes se sienten más satisfechas de alcanzar un resultado que beneficie a ambas y que tenga en cuenta sus necesidades. En este punto cada parte siente que sus intereses se encuentran satisfechos y al no sentir que han perdido algo durante el proceso, el acuerdo se cumple de mejor manera.

- (d) En una negociación la relación entre las partes se preserva mucho más que en un arbitraje;

Dentro del proceso arbitral, es común que el conflicto escale hasta un nivel en donde las partes ya no asisten a las audiencias, sino que solamente lo hacen sus abogados, con el fin de no encontrarse con su contraparte. Concluido el arbitraje, las partes seguramente no tendrán otro vínculo que los relacione a más que un laudo que sancione la conducta de una de ellas, por lo que no se considera lógico que inicien inmediatamente nuevas relaciones contractuales, mientras que seguidamente de la negociación o de una manera paralela, sus vínculos persisten, por lo que la relación se mantiene.

- (e) Los costos y la duración de una negociación –y aun de una mediación– son significativamente menores que los de un arbitraje;

En el Ecuador no solamente que los costos de una mediación son menores que el costo de un arbitraje, sino que existe la posibilidad de mediaciones gratuitas.

- (f) En cualquier método de autocomposición, las partes conservan el poder de decisión (lo que significa que controlan el resultado), mientras que en un arbitraje ese poder está en manos del árbitro;

Como ya se estableció, en los métodos autocompositivos, son las partes quienes llegan a una solución de común acuerdo, mientras que en el arbitraje el tema central es resuelto por un tercero a luz de los hechos del caso y la normativa aplicable, sin que las partes puedan influir de manera directa e imperante en la toma de decisiones.

Siguiendo este postulado algunos autores han considerado que cuando son las partes quienes buscan alcanzar una solución mediante un proceso que les permite retener el control del resultado y evitar los costos de un litigio, ellas tienen más probabilidades de lograr un acuerdo frente a quienes inician un método adversarial.

- (g) Encarado el problema desde el inicio, es posible que se evite una escalada que haga luego inmanejable el conflicto.

Si la controversia es detectada de manera oportuna se puede evitar que el dilema se convierta en problema, el problema en conflicto y el conflicto en un conflicto escalonado, teniendo presente que cada uno de estos niveles requiere mayores esfuerzos para solucionarlos.

Frente a los beneficios que los métodos autocompositivos proporcionan, no resultaría lógico acudir a los métodos heterocompositivos, sin embargo, los mismos se justifican y se vuelven necesarios debido a que es ilusorio creer que

siempre los conflictos serán resueltos por la voluntad de las partes. Considerando que al ser el resultado, de naturaleza netamente voluntaria, esto no garantiza que al final se obtenga una solución.

Es bajo esta consideración, que el incluir una fase posterior de heterocomposición se vuelve inevitable, ya que en el caso que el primer método autocompositivo no logré poner fin a la controversia, el segundo garantiza a las partes la obtención de un resultado definitivo y obligatorio. Es sensato entonces pactar un arbitraje (que implica una confrontación entre las partes) como método subsidiario, en el caso que no se logre resolver el conflicto a través de la etapa previa.

Los particulares no han sido los únicos que han optado por la inclusión de cláusulas escalonadas, sino que también lo han hecho los Estados, como es caso del Ecuador al haber incluido dentro del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones una norma que determina un procedimiento escalonado de resolución de controversias o en diversos Tratados Bilaterales de Inversión, como se estudiará más adelante.

2.3.- POSIBLES ESCALONES A INCLUIR.

A lo largo de la introducción al tema central del presente estudio se ha hecho ya referencia a ciertos escalones o etapas que se pueden incluir de manera previa al arbitraje, siendo para el caso de relaciones contractuales entre particulares, las partes quienes deciden acerca de la conveniencia las mismas, o para el caso en que se encuentren presentes entidades del sector público lo que mande la normativa aplicable.

La Corte Constitucional Colombiana ha manifestado que: "desde una perspectiva liberal se considera que los individuos libres e iguales están en plena capacidad de velar por sus propios intereses, en consecuencia las reglas consentidas por ellos son las mejores para asegurar su propio bienestar" (Sentencia C-186/11, 2011).

Opinión que resulta ser acertada, ya que son las partes quienes conocen de sus necesidades y son ellas quienes en base de su autonomía de la voluntad pueden proteger de mejor manera sus intereses.

A continuación se analizará las etapas previas al arbitraje más comunes que se pueden incluir dentro de una cláusula escalonada, como es la negociación [2.3.1], la mediación [2.3.2], la conciliación [2.3.3], y los tiempos de espera [2.3.4].

2.3.1.- Negociación

La negociación "es un mecanismo no adversarial o no confrontativo, que consiste en un proceso voluntario, usualmente informal, no estructurado, al que las partes recurren para lograr un acuerdo mutuamente aceptable, sin la intervención de un tercero neutral". (Vintimilla, 2002: 18)

Dentro de una negociación o diálogos directos, son las propias partes quienes buscan un acuerdo, sin embargo, este método se caracteriza por la no intervención de una tercera persona. La comunicación entre los sujetos en conflicto se produce de forma directa, ya sea físicamente o mediante cualquier otra forma de comunicación.

Las personas diariamente se encuentran en constantes negociaciones por lo que no se exige un procedimiento formal de negociación, sin embargo, lo que si se requiere al incluir negociaciones o diálogos directos como una etapa previa al arbitraje es que al momento de iniciar con las mismas, exista una notificación acerca de la controversia.

Con relación a la notificación, no se hace alusión a la definición que brinda el Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano en su artículo 73 siendo este: "el acto por el cual se pone en conocimiento de las partes, o de otras personas o funcionarios, en su caso, las sentencias, autos y demás

providencias judiciales, o se hace saber a quién debe cumplir una orden o aceptar un nombramiento, expedidos por el juez ¹³"; ya que las partes se encuentran fuera de un procedimiento judicial y resultaría ilógico acudir a las Cortes para cumplir con este acto.

Por este motivo para el caso de negociaciones, siendo el único fin de la notificación el de dar aviso acerca de la intención de iniciar con las mismas, se encuentra más oportuna la definición que brindan los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales del 2010. En su artículo 1.10, numeral cuarto se establece que: "A los fines de este artículo, la palabra "notificación" incluye toda declaración, demanda, requerimiento o cualquier otro medio empleado para comunicar una intención¹⁴"

2.3.2.- Mediación

De acuerdo a la doctrina norteamericana, la mediación en un sentido amplio "es la intervención en una disputa, de un tercero aceptable, imparcial, y neutral que carece de un poder de decisión para ayudar a las partes en la disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable". (Moore, 1995:44)

En el Ecuador la mediación se encuentra regulada por una ley especial, que es la Ley de Arbitraje y Mediación, que inicia desde el artículo 43 al artículo 59. El artículo 43 define a la mediación como:

Artículo. 43.- Un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediado, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto¹⁵.

Doctrinariamente es también conocida como negociación asistida, sin embargo, si bien este método alternativo de solución de controversias y la

¹³ Norma Consultada el 20/08/2014

¹⁴ Norma Consultada el 20/08/2014

¹⁵ Norma Consultada el 20/08/2014

negociación directa constituyen mecanismos extrajudiciales, su diferencia radica en que en la negociación asistida necesariamente debe intervenir un tercero imparcial, denominado mediador.

El mediador ayuda a que las personas puedan encontrar un punto de armonía en su conflicto, sin embargo, él no tiene ningún poder decisorio con relación a la controversia, reiterando que la mediación “es un procedimiento por el cual un tercero ayuda a dos o más partes a lograr su propia solución”. (Slaikeu, 1996: 30)

En el Ecuador dentro del proceso arbitral, una vez que ha sido contestada la demanda, el director del centro de arbitraje o los árbitros independientes en caso de que se trate de un arbitraje *ad-hoc*, deben notificar a las partes con el día y la hora en que se desarrollará una audiencia de mediación. Esta obligación se encuentra recogida en el artículo 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación, debiendo imperiosamente llevarse a cabo.

2.3.3.- Conciliación

La conciliación es un proceso donde si bien interviene un tercero neutral, que tiene la facultad de sugerir alternativas de solución cuando las partes no logran establecer un acuerdo, esta posible solución solamente es un sugerencia, ya que son las mismas partes quienes retienen el poder de decisión para aceptar o rechazar lo propuesto por el conciliador.

La característica propia de la conciliación, es que “el tercero en la disputa ayuda a las partes a comunicarse y negociar entre ellas y dispone de la facultad otorgada por los interesados, de dar su opinión sobre la solución justa de la disputa y proponer fórmulas conciliatorias”. (Herrera, 2001: 29)

En el Ecuador la Ley de Arbitraje y Mediación, al momento que hace mención a la conciliación, lo hace para dos situaciones distintas. Una de ellas se refiere a la conciliación dentro de un proceso judicial y la otra a una conciliación

extrajudicial. En el artículo 55 se reconoce a la conciliación extrajudicial como “un mecanismo alternativo para la solución de conflictos y para efectos de la aplicación de dicho cuerpo normativo se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos¹⁶”.

En el otro contexto la conciliación, tiene características especiales, ya que en ciertos casos puede considerarse un modo anormal de terminación del proceso judicial, por ejemplo en los procesos laborales, en donde dentro de los veinte (20) días de calificada la demanda el juez convoca a una audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas, y el día de la audiencia preliminar de conciliación el juez procura un acuerdo entre las partes, que de darse el caso, el acuerdo es aprobado inmediatamente en sentencia.

En otros casos es un espacio donde las partes deben ponerse de acuerdo sobre ciertos temas, como es en el trámite de divorcio, ya que en la audiencia de conciliación se deberán resolver asuntos relativos a los hijos menores de edad.

Si bien algunos doctrinarios manifiestan que tanto la conciliación cuanto la mediación coinciden al ser métodos estructuralmente iguales al punto de utilizarlos como sinónimos, otros discrepan con dicha aseveración.

“En el derecho comparado latinoamericano: por citar sólo algunos pocos ejemplos, lo mismo que en algunos países se llama mediación,¹⁷ en otros se llama conciliación;¹⁸ en otros se utilizan ambos términos, sin que aparezca, al menos de manera ostensible, diferencia alguna entre uno y otro;¹⁹ alguna legislación los declara oficialmente sinónimos;²⁰ y alguna otra mantiene el

¹⁶ Norma consultada el 22/11/2014

¹⁷ Argentina, Nicaragua (Ley de Mediación y Arbitraje, N° 540 de 2005); o Paraguay (Ley de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, N° 1879 de 2002).

¹⁸ Colombia (Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Decreto N° 1818/1998); Honduras (Ley de Conciliación y Arbitraje, Decreto N° 161/2000); Perú (Ley de Conciliación, N° 26.872).

¹⁹ Bolivia (Ley de Arbitraje y Conciliación, N° 1770 de 1997); Costa Rica (Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y promoción de la paz social, N° 7727 de 1997).

²⁰ Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador, artículo 55.

criterio diferenciador por la presencia de un funcionario judicial en la conciliación.²¹" (Caivano, 2011)

2.3.4.- Tiempos de Espera

Si bien un tiempo de espera no se puede considerar como un método alternativo de resolución de controversias, es relevante para este trabajo analizarlo, ya que en la mayoría de los Tratados Bilaterales o Multilaterales de Inversión, existen cláusulas que establecen tiempos de espera que las partes deben respetar para poder iniciar un proceso arbitral.

El artículo VI del Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones del 22 de abril de 1997 que había sido suscrito entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América, recogía un tiempo de espera de seis (6) meses, que en su parte pertinente establecía:

2. Cuando surja una controversia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución:

a) Los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia, o

(b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido.

c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.

El párrafo 3(a) de ese mismo artículo establece:

"Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso

²¹ Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador, Decreto Legislativo N° 914 de 2002, artículo 3.

a) o el inciso b) del párrafo 2, y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar por consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio (...)" (El subrayado me corresponde)

El Tribunal Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante CIADI), al momento que conoció el caso *Murphy Exploration and Production Company International vs La República del Ecuador*, con relación al tiempo de espera determinó que:

Para el Tribunal, la exigencia de que transcurra un período de seis meses antes de que el interesado pueda acudir al CIADI tiene por objeto, según el texto del artículo VI citado, permitirle a las partes que, "mediante consultas y negociaciones" procuren resolver las diferencias existentes entre ellas. Algunos autores han llamado, adecuadamente, a ese lapso de tiempo, un periodo de enfriamiento. (2010, párrafo 97)

En base a la misma cláusula en el caso *Burlington Resources Inc vs La República del Ecuador*, el Tribunal Arbitral CIADI estableció:

En segundo lugar, al imponer a los inversores una obligación de expresar sus desacuerdos al menos con una antelación de seis meses a la sumisión a arbitraje de una controversia relativa a una inversión, el Tratado efectivamente le acuerda a los Estados receptores el derecho a ser informados de la controversia al menos seis meses antes de que sea sometida a arbitraje. El propósito de este derecho es conceder al Estado receptor la oportunidad de solucionar la controversia antes de que el inversor someta la controversia a arbitraje. En este caso, la Demandante privó al Estado receptor de esta oportunidad. Ello es suficiente para negar jurisdicción. (2010, párrafo 315)

Del análisis de estos planteamientos, se puede apreciar que el fin de la norma, es otorgarle tiempo a las partes para que negocien, y así puedan llegar a un acuerdo que evite la etapa arbitral, sin embargo, la doctrina los ha llamado "*cooling-off period*", es decir, "un periodo en el que las Partes deberían comprometerse en una negociación de la controversia, pero que la práctica ha tornado en un simple período de espera". (Tortorola, 2011: 292)

Existen otros casos en los que Tribunales Arbitrales se han pronunciado acerca de la importancia de los periodos de espera y el respeto que las partes deben darles; por lo que de manera ilustrativa podemos nombrar el caso *Ethyl Corporation vs. Canadá*, (Caso T.I.c.AN/CNUDMI), decisión sobre jurisdicción del 24 de junio de 1998, así como *Wintershall Ag. vs República Argentina*. (Caso CIADI/ARB/07/7).

2.4.- LA FASE PREVIA: FACULTATIVA U OBLIGATORIA.

Las partes en uso de su autonomía de la voluntad pudieran pactar que la primera etapa de autocomposición sea meramente facultativa, sin embargo, dicho acto carece de sentido ya que las partes, en cualquier momento pueden intentar llegar a un solución negociada, lo hayan o no pactado previamente.

El hecho de que al inicio de las relaciones contractuales entre las partes exista armonía y confianza pudiera llevar a creer que no es necesario pactar una cláusula escalonada de carácter obligatorio, sin embargo, hay que recordar que la misma se vuelve operativa al momento que el ambiente entre las partes cambia y la voluntad seguramente ha variado, siendo así que la única forma de garantizar que exista un espacio de dialogo antes de iniciar un proceso heterocompositivo, es pactar una cláusula con fuerza obligatoria.

Las Cortes Norteamericanas se han inclinado por darle plenos efectos legales a las etapas previas de una cláusula multinivel, sin embargo, la efectividad

de estas cláusulas se ha dado debido a la transcendental importancia de concepto del *definiteness*.

Dicho concepto hace referencia a que "a fin de que los primeros escalones de las cláusulas en mención sean obligatorios y ejecutables, es necesario que los mismos estén redactados de forma clara y expresa". (Bernal Gutiérrez, 2012)

Debe existir por lo tanto un factor objetivo o lineamientos claros para poder determinar o no su cumplimiento, tales como "(...) la duración limitada de negociación o mediación, un número específico de sesiones de negociación, participantes específicos en la negociación, o mediación según unas reglas específicas o bajo el auspicio de una institución particular de solución de disputas (...)" (File, 2007: 33) (traducción no oficial)

Otro factor que es tomando en cuenta tanto por Tribunales Arbitrales, cuanto por Cortes Nacionales, es el lenguaje utilizado en la redacción de este tipo de cláusulas. Los términos deben denotar una obligación y no solamente una posibilidad, ya que convertirían a la etapa previa en facultativa.

Hay que tener presente que el hecho de pactar la obligatoriedad de las etapas previas, no garantiza que se llegará a un acuerdo, ya que éste solamente dependerá de la voluntad e intención de las partes, (hecho que no puede ser fácilmente determinado), sin embargo, lo que si se garantiza es un acercamiento de las partes o lapsos de tiempo que eviten demandas arbitrales intempestivas, dependiendo de lo pactado por las partes.

En el caso de que se pacten etapas previas al arbitraje de carácter voluntario no acarrea efectos en el mismo, sin embargo, el incumplimiento de las etapas previas que hayan sido redactadas con un lenguaje imperativo o que de una manera expresa demuestren su obligatoriedad, si acarreará diversos efectos en el arbitraje, mismos que serán desarrollados a continuación dependiendo de la naturaleza jurídica del escalón.

CAPITULO TERCERO

“NATURALEZA JURÍDICA DE LAS ETAPAS PREVIAS”

Como quedó planteado en el capítulo anterior, la utilización de convenios arbitrales escalonados puede resultar conveniente por diversos motivos, como es el evitar el escalamiento del problema o el preservar la relación que existe entre las partes por el hecho de que sus controversias no serán sometidas directamente a un método heterocompositivo, como es el arbitraje, no obstante, como se pudo apreciar este tipo de cláusulas son incluidas durante la firma del contrato, en donde la atmósfera que existe entre las partes es de confianza y lo que se busca en ese momento es iniciar con el objeto del contrato.

Ocurre que este tipo cláusulas se vuelven operativas cuando se suscita una controversia, generando que el ambiente entre las partes cambie y es cuando una de ellas decide omitir las etapas previas pactadas y procede directamente con el arbitraje, por lo que resulta interesante analizar cuál es la naturaleza jurídica y las características de las etapas previas en los convenios multinivel para así en el siguiente capítulo poder determinar los efectos que el incumplimiento de las etapas previas pueden producir en el arbitraje o en el resultado del mismo.

Varios Tribunales Arbitrales Internacionales así como Cortes Nacionales de diversos países se han pronunciado en relación al incumplimiento de las etapas previas de una cláusula escalonada, sin embargo, como se podrá apreciar a continuación las diferentes posturas son fluctuantes llegando en ciertos casos a ser contradictorias.

El análisis empezará por quienes sostienen que las etapas previas de una cláusula escalonada se tratan de un requisito jurisdiccional [3.1], posteriormente por quienes las entienden, como un impedimento procesal o

requisito de procedibilidad [3.2] y finalmente por quienes las comprenden como un acuerdo sustantivo [3.3].

3.1.- REQUISITO JURISDICCIONAL.

Para iniciar con el desarrollo de quienes han considerado que las etapas previas en una cláusula escalonada deben ser entendidas como un requisito jurisdiccional, se analizará la definición de jurisdicción y de un requisito jurisdiccional [3.1.1], jurisprudencia relacionada con el tema [3.1.2] y la función del árbitro en el contexto ecuatoriano [3.1.3].

3.1.1.- Definición de Jurisdicción y de un Requisito Jurisdiccional

Según Devis Echandía (1984: 76) la jurisdicción se entiende como:

[...] La soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente para la realización o garantía del derecho objetivo y de la libertad y de la dignidad humanas, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos, o para investigar y sancionar los delitos e ilícitos de toda clase o adoptar medidas de seguridad ante ellos, mediante la aplicación de la ley a casos concretos de acuerdo con determinados procedimientos y mediante decisiones obligatorias.

Jurisdicción es entonces la potestad que tiene el Estado para que a través de sus órganos jurisdiccionales se juzgue y se haga ejecutar lo juzgado en relación a las disposiciones que el ordenamiento jurídico prevé, sin embargo, el ordenamiento jurídico de un país no solo establece normas de comportamiento, sino que también mediante normas procedimentales reconoce por ejemplo una jurisdicción voluntaria, contenciosa, ordinaria, prorrogada, preventiva, privativa, especial, legal y convencional.

La mayoría de Estados reconocen la jurisdicción arbitral mediante la cual personas particulares, pueden resolver una controversia al existir un convenio

arbitral, y es en este sentido que la doctrina ha afirmado que “[el arbitraje] nace de un negocio jurídico que como tal, proviene de la libre expresión de la voluntad de las partes vinculadas por el pacto arbitral. Sin embargo por medio del contrato de arbitraje las partes invisten de jurisdicción a personas privadas con el fin de que decidan definitivamente un conflicto que los involucra”. (Castro Salcedo, 2005: 114)

A su vez en relación con la jurisdicción arbitral, el catedrático Caivano (2006: 157) manifiesta que:

Es correcto afirmar que la sujeción de las partes a la jurisdicción del Poder Judicial es un elemento natural en cualquier contrato, desde que existe sin necesidad de pacto; pero la jurisdicción arbitral, aunque sea una excepción a ello, lo es sólo en el sentido de requerir una declaración de voluntad (...).

Comprendida la posibilidad de que los árbitros ejerzan una potestad jurisdiccional como es el administrar justicia, es necesario aclarar que dicha potestad no se la puede ejercer de una manera inmediata por el simple hecho de existir un convenio arbitral, sino que los árbitros, en base del principio *Kompetenz – Kompetenz*, son quienes deciden acerca de su competencia, y se declararán competentes solamente en el caso de que confirmen que la cláusula arbitral es válida, eficaz y ejecutable.

Todos los planteamientos relacionados con la jurisdicción y competencia de los árbitros deben ser puestos en conocimiento del Tribunal Arbitral, para que de existir objeciones de jurisdicción sean resueltas de una manera previa al análisis del fondo de la controversia, por lo que de esta manera “una objeción jurisdiccional, que impugna la competencia de un tribunal arbitral, consiste en plantear que ese tribunal no puede conocer del caso por carecer de competencia” (Caivano, 2011).

En otras palabras las objeciones a la jurisdicción de un Tribunal Arbitral se refieren a que éste no tiene competencia para resolver el caso, ya sea por causas:

Ratione personae: en donde una de las partes no ha prestado su consentimiento inequívoco para someter sus controversias a arbitraje o no tenía la capacidad para hacerlo; considerando que el acuerdo arbitral al ser un contrato vincula solamente a las partes en razón del principio *res inter alios acta*.

No obstante, el Tribunal Arbitral de una manera excepcional podrá extender los efectos de un convenio arbitral válido a una parte no signataria cuando del análisis de los hechos del caso "(i) se pueda inferir de manera inequívoca el consentimiento de la parte no signataria con respecto del negocio jurídico; y que, (ii) si el no extender los efectos del convenio arbitral a la parte no signataria dé como resultado una vulneración al principio de buena fe." (García Larriva, 2011)

Ratione materiae: en donde las partes solo podrán someter a arbitraje controversias que la ley determine como arbitrables, siendo en el caso ecuatoriano solo asuntos susceptibles de transacción, excluyendo materias como el estado civil de las personas, el derecho de alimentos, sobre la acción penal, sobre litigios ya terminados, o derechos de contenido personal.

En este orden de ideas, el profesor Salcedo Verduga (2007: 71), expone que:

La determinación de los límites de la Controversia que se somete al procedimiento arbitral, con expresión de todas sus circunstancias, permite que las partes puedan especificar el alcance de las potestades conferidas a los árbitros y, en consecuencia, señalar los límites objetivos del contenido del laudo, derivándose del incumplimiento de tales un vicio en el fallo arbitral (incongruencia) susceptible eventualmente de producir nulidad.

Ratione temporis: en donde la controversia ha surgido de una manera previa a la existencia de la cláusula arbitral y se espera que el conflicto se decida mediante arbitraje, sin que las partes hayan consentido que controversias previas sean resueltas de esa manera o cuando por ejemplo, una de las partes busca sustentar su posición en una cláusula de resolución de controversias contenida en un TBI que entró en vigor después de suscitado el conflicto.

Un ejemplo de esta objeción a la jurisdicción del Tribunal Arbitral, fue la planteada el 3 de Agosto de 2010 en el caso CIADI No. ARB/09/12 *Pac Rim Cayman LLC vs. República de El Salvador*.

En este caso el Estado alego que bajo el Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (CAFTA) el reclamo no era admisible debido a la falta de competencia *ratione temporis* de conformidad con el Artículo 10.1.3 del mencionado tratado respecto del cual el acto o hecho ocurrido se había producido con anterioridad a la entrada en vigencia del CAFTA. (*Pac Rim Cayman LLC vs. República de El Salvador*, 2010)

De lo que se puede observar, las objeciones de jurisdicción se presentan para precautelar en primera instancia la existencia de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, voluntad que debe ser otorgada por una persona capaz, así como para que la cuestión materia del arbitraje sea realmente considerada como arbitrable bajo la ley aplicable y que la resolución de los hechos que suscitan la controversia se encuentre amparado bajo una cláusula arbitral.

Estas consideraciones, y las exigencias para la validez de la cláusula arbitral deben ser tomadas en consideración por los árbitros al momento de decidir acerca de su competencia, ya que en el caso de que no estén presentes y los árbitros decidan continuar con el procedimiento arbitral, la ejecución del

laudo puede verse frustrada ya sea mediante un proceso de anulación o dentro de un proceso de ejecución del laudo.

Para el tema que nos ocupa, se analizará a continuación a la luz de la jurisprudencia existente, si el incumplimiento de las etapas previas debe entenderse o no como una objeción a la jurisdicción del Tribunal Arbitral.

3.1.2.- Jurisprudencia relacionada con el tema

Existe ya jurisprudencia en donde Tribunales Arbitrales se pronunciado acerca del tema para resolver casos en los que una etapa previa no se había cumplido, sin embargo, la jurisprudencia no es concordante.

En el caso *Murphy Exploration and Production Company International contra la República de Ecuador*, el Tribunal Arbitral CIADI en el laudo sobre jurisdicción no se declaró competente por existir dentro del TBI entre la República de Ecuador y Estados Unidos de América una cláusula escalonada que no se cumplió, decisión contraria a lo resuelto en el caso *Ronald S. Lauder vs República Checa* en donde el Tribunal Arbitral determinó que los seis (6) meses de espera que se establecía en el artículo VI(3)(a) del TBI entre Estados Unidos y la República Checa no eran una objeción jurisdiccional.

Casos en los que el incumplimiento de una etapa previa se consideró como una objeción jurisdiccional.

Como ya se manifestó en el párrafo previo en el caso *Murphy Exploration and Production Company International contra la República de Ecuador*, el Tribunal Arbitral no se declaró competente. Dentro del TBI entre la República de Ecuador y Estados Unidos de América, la cláusula de resolución de controversias era la siguiente:

2. Cuando surja una controversia en materia de inversión, las partes en la diferencia procurarán primero resolverla mediante consultas y negociaciones. Si la diferencia no se soluciona amigablemente, la

sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías, para su resolución:

- a) Los tribunales judiciales o administrativos de la Parte que sea parte en la diferencia, o
- (b) A cualquier procedimiento de solución de diferencias aplicable y previamente convenido.
- c) Conforme a lo dispuesto en el párrafo 3 de este Artículo.

El párrafo 3(a) de ese mismo artículo establece:

Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2, y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad o el nacional interesado podrá optar por consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio (...)

Del párrafo 109 del laudo acerca de jurisdicción del presente caso, se establece que la demandante presentó su solicitud de registro ante el CIADI el día lunes 3 de marzo de 2008, siendo este el primer día hábil después del aviso que le dio a la República del Ecuador de que tenía un reclamo. Este hecho puso en evidencia que no existió la posibilidad de que las partes dispusieran de un período de tiempo durante el cual pudieran tratar de llegar a un acuerdo amistoso para resolver sus diferencias.

A juicio del Tribunal Arbitral, la obligación de negociar era una obligación de medio, y no de resultado, por lo que nadie está obligado a llegar a un acuerdo pero sí a intentarlo, y antes de concluir que si las negociaciones serían exitosas o no, lo primero que deben hacer las partes es iniciarlas.

Dentro de las reflexiones que realiza el Tribunal Arbitral, se procede a transcribir los párrafos más relevantes:

154. [...] No se trata de una simple formalidad, que permite presentar un arbitraje aunque no se haya cumplido con la espera de los seis meses, y si la otra parte lo objeta, retirarlo y volverlo a presentar. Es algo mucho más serio: un mecanismo esencial, consagrado en muchos tratados bilaterales de inversión, que obliga a las partes a hacer un genuino esfuerzo de negociación de buena fe, antes de acudir a la vía arbitral.

155. Por supuesto que este Tribunal no ignora que si ambas partes se aferran obstinadamente a sus posiciones, las posibilidades de que una negociación resulte exitosa podrían ser nulas. Sin embargo, es sabido que ha habido muchísimos casos en los que partes con puntos de vista aparentemente irreconciliables en un inicio, lograron llegar a soluciones amistosas. Para saber si ello es posible, hay que intentarlo. Evidentemente, la forma en que Murphy International procedió en este asunto impidió siquiera que Ecuador y ella iniciaran las negociaciones a las que las obliga el TBI.

156. Por las razones expuestas, el Tribunal rechaza el argumento de la Demandante de que el período de espera de seis meses exigido por el artículo VI (3)(a) no constituye un requisito jurisdiccional.

157. Con fundamento en lo expresado anteriormente, el Tribunal llega a la conclusión de que Murphy International incumplió las exigencias del artículo VI del Tratado Bilateral de Inversiones celebrado por la República del Ecuador y los Estados Unidos de América; que esa omisión constituye un grave incumplimiento y que debido a ese incumplimiento, este Tribunal carece de competencia para conocer de este proceso.

El Tribunal Arbitral, consideró que el incumplimiento de los tiempos de espera debe considerarse como objeciones jurisdiccionales a la luz de la buena fe conforme al sentido corriente que hay que atribuirle a los términos de un tratado internacional. Un tratado Internacional se interpreta conforme a lo que establece la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en

su artículo 31, por lo que no era posible ignorar la existencia de las normas contenidas en el artículo VI del TBI en relación con la obligación que tenían las partes de intentar negociaciones para resolver sus diferencias y a la imposibilidad de acudir al CIADI, antes de que haya transcurrido un período de seis (6) meses.

El Tribunal Arbitral determinó en el párrafo 149 que la exigencia a las partes de procurar intentar resolver su controversia, mediante consultas y negociaciones, durante un período de seis (6) meses, se trataba de un requisito fundamental que debía cumplirse obligatoriamente por parte de la Demandante, antes de presentar un arbitraje conforme a las normas del CIADI.

Y finalmente en el párrafo 151, el Tribunal Arbitral, analiza cual es el fin de la norma y establece que el propósito de un plazo de seis (6) meses para negociaciones, debe ser entendido a luz del preámbulo del TBI, en el cual se establece que durante el “periodo de enfriamiento” las partes busquen resolver sus controversias de manera amigablemente, evitando así acudir a un proceso arbitral o judicial, el cual generalmente dificulta las relaciones comerciales futuras.

El Tribunal Arbitral de una manera expresa establece que:

No se trata pues de una intrascendente exigencia procesal sino de una pieza clave del engranaje consagrado en el TBI y en muchos otros tratados similares, que tiene el propósito de que las partes traten de resolver armoniosamente las disputas que pudieran presentarse, con motivo de la inversión hecha por una persona o sociedad de una Parte Contratante en el territorio de otro Estado.

En este caso el Tribunal Arbitral, en su parte relevante decidió acoger por mayoría, la excepción a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones interpuesta por la República del Ecuador, fundamentándose en la inobservancia por parte de la demandante en relación con el plazo de seis (6) meses de consultas y negociaciones que establece el artículo VI del Tratado Bilateral de Inversiones celebrado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América, el 27 de agosto de 1993. Declaró así que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones no tiene jurisdicción para tramitar ese asunto y que el Tribunal Arbitral carece de competencia para resolverlo.

Otro caso en los que se consideró al incumplimiento de las etapas previas de una cláusula escalonada como objeción de jurisdicción fue en el Caso *Burlington Resources Inc vs. La República del Ecuador*, No. ARB/08/5 acerca de jurisdicción.

En el párrafo 252 se expresó lo siguiente (2010) :

De conformidad con el Artículo VI del TBI, un inversor puede someter una controversia a arbitraje CIADI solo si, *inter alia*, se satisfacen acumulativamente las siguientes tres condiciones:

- (i) hay una controversia,
- (ii) el inversor provee una notificación de la controversia manifestando una o más alegaciones de violación del Tratado, y
- (iii) seis meses han transcurrido desde la fecha en la que surgió la controversia, esto es, desde la fecha en la que se alegó una violación del Tratado

Del análisis de los hechos del caso con relación al bloque 24, el Tribunal Arbitral en el párrafo 315 concluye que:

Al imponer a los inversores una obligación de expresar sus desacuerdos al menos con una antelación de seis meses a la sumisión a arbitraje de una controversia relativa a una inversión, el Tratado efectivamente le acuerda a los Estados receptores el derecho a ser informados de la controversia al menos seis meses antes de que sea sometida a arbitraje. El propósito de este derecho es conceder al Estado receptor la oportunidad de solucionar la controversia antes de que el inversor someta la controversia a arbitraje. En este caso, la Demandante privó al Estado receptor de esta oportunidad. Ello es suficiente para negar jurisdicción.

Es bajo esta reflexión que antes del registro de la solicitud de arbitraje, no existía una controversia suficientemente expresada en términos jurídicos entre las partes con relación a la obligación de la demanda de proporcionar protección y seguridades plenas en el Bloque 24, lo que trajo como consecuencia que la demandante no cumpla con las condiciones de aceptación de la oferta de arbitraje CIADI que establece el Artículo VI(3)(a) del Tratado, por lo que su reclamo fue en consecuencia inadmisible.

Otro caso en el que un Tribunal Arbitral determinó que las etapas previas deben ser consideradas como un requisito jurisdiccional, fue en el caso *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. vs. La Republica de Argentina*, No. ARB/01/3, en su laudo de jurisdicción, en donde en el párrafo 88 se manifestó lo siguiente:

El Tribunal desea señalar a este respecto, que aunque, la conclusión no es alcanzada porque el período de negociación de seis meses podría ser un procedimiento y no un requisito jurisdiccional como se ha argumentado por los demandantes y confirmada por otros tribunales. Tal requisito es a la vista del Tribunal en gran medida uno jurisdiccional. El hecho de no cumplir con ese requisito resultaría en una determinación de falta de jurisdicción [...]. (Traducción no oficial) (2004)

De estos tres casos los Tribunales Arbitrales, han considerado que el cumplimiento de las etapas previas constituye una condición necesaria para que un árbitro pueda ejercer una potestad jurisdiccional, por lo que sin que esa condición se cumpla no nace el derecho para poder activar la vía arbitral.

Caso en el que el incumplimiento de una etapa previa no se consideró como una objeción jurisdiccional.

En el caso *Ronald S. Lauder vs República Checa*, que se desarrolló bajo la Ley Modelo UNCITRAL, el Tribunal Arbitral determinó que los seis (6) meses de espera que se establecían en el artículo VI (3) (a) del TBI entre Estados Unidos y la República Checa no eran una objeción jurisdiccional, sino más bien un requisito procedimental, y es así que en el párrafo 187 determinó lo siguiente:

Sin embargo, el Tribunal Arbitral considera que este requerimiento de un periodo de espera de seis meses del artículo VI (3) (a) del Tratado no es un requisito jurisdiccional, es decir, un límite a la autoridad del Tribunal Arbitral para decidir sobre el fondo de la controversia, pero si una norma procesal que debe ser satisfecha por la Demandante (*Ethyl Corp. v. Canadá*, CNUDMI 24 de junio 1998, 38 I.L.M. 708 (1999), párrafos 74-88). (Traducción no oficial)

A su vez el Tribunal Arbitral para poder tomar su decisión consideró lo planteado en el párrafo 190, en razón de que insistir en que los procedimientos de arbitraje no puedan iniciarse hasta seis (6) meses después de la notificación con relación a las circunstancias de ese caso, consistía en un enfoque innecesario, y excesivamente formalista que no servía para proteger los intereses legítimos de las partes.

Si bien en este caso, el Tribunal Arbitral, de una manera determinante establece que el requisito de una etapa previa, no se considera como una

objeción jurisdiccional, sino procedimental, lo que no define es qué ocurriría si la demandante incumple con esa obligación, ya que de acuerdo a las normas de interpretación de los tratados no sería lógico que aunque se considere como una regla procesal que deba ser satisfecha por una de las partes, su incumplimiento no produzca consecuencia alguna.

3.1.3.- Función del Árbitro en el Contexto Ecuatoriano

Analizado lo que se entiende como un requisito de jurisdicción, y como ha sido concebido en arbitrajes internacionales, se considera relevante determinar si la función que cumplen los árbitros en un arbitraje nacional es o no una función jurisdiccional, por lo que se debe analizarla a la luz de la normativa ecuatoriana.

El artículo 190 de la Constitución Ecuatoriana, reconoce al arbitraje, como un método alternativo para la solución de conflictos, y el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 7 referente a los principios de legalidad, jurisdicción y competencia, establece que: “(...) Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley²²”.

El artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación en concordancia con la Constitución menciona que “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.²³”

En el artículo 32 de la LAM, con relación a la ejecución de los laudos ordena que “(...) Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte

²² Norma Consultada el 30/08/2014

²³ Norma Consultada el 30/08/2014

excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo.²⁴”

El artículo 1 del Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano inicia estableciendo que: “La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes.”

De manera seguida el artículo 2 dispone que: “El poder de administrar justicia es independiente; no puede ejercerse sino por las personas designadas de acuerdo con la ley” y el artículo 3 determina que: “La jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria, prorrogada, preventiva, privativa, legal y convencional”. Y menciona que: “La jurisdicción convencional es la que nace de la convención de las partes, en los casos permitidos por la ley”.

En virtud de las normas citada, podemos apreciar que la posibilidad de que personas particulares, en este caso los árbitros, puedan administrar justicia en el Ecuador se da en razón de:

1. La Constitución reconoce al arbitraje como un método de solución de controversias válido.
2. El Código Orgánico de la Función, establece que los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales.
3. La Ley de Arbitraje y Mediación, indica que ciertas controversias sean resueltas por árbitros.
4. El Código de Procedimiento de Civil determina lo que se entiende por jurisdicción, que ésta solamente puede ser ejercida por personas designadas de acuerdo con la ley y reconoce la jurisdicción convencional para los casos permitidos por la ley.

²⁴ Norma Consultada el 30/08/2014

Si bien los árbitros ejercen una función jurisdiccional convencional por el hecho de que las partes acuerden que sus conflictos sean resueltos a través de arbitraje, es la ley que en forma mediata les atribuye la facultad de juzgar, reservándose el derecho de hacer ejecutar lo juzgado solamente a tribunales locales, como se aprecia del artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

3.2. REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD.

Para iniciar con el desarrollo acerca de que una etapa previa en una cláusula escalonada deba ser entendida como un requisito de procedibilidad, partiremos por su definición [3.2.1] jurisprudencia relacionada con el tema [3.2.2], y una breve referencia en el contexto ecuatoriano [3.2.3]

3.2.1.- Definición de Requisito de Procedibilidad

“El objeto de un proceso, y específicamente de un proceso civil, es una decisión sobre la fundamentación de la pretensión hecha valer.” (Leible, 1998: 158) Para que el proceso pueda iniciarse de una manera correcta y se pueda llegar a una decisión acerca del fondo deben concurrir ciertas circunstancias, denominadas presupuestos procesales.

Leible en este sentido entiende que “los presupuestos procesales no son presupuestos del proceso, sino que conducen a que no pueda deliberarse y decidirse el asunto si faltan. (Proceso Civil Alemán, 1998). Por lo tanto, esto trae como consecuencia que la demanda sea rechazada por inadmisibile, y debe ser analizada de oficio por el juzgador.

Dentro de un proceso, para determinados casos se exige que concurren ciertas condiciones para que pueda iniciarse una investigación previa o en el supuesto que ya haya iniciado, pueda legalmente continuar; a estas condiciones se los conoce como requisitos de procedibilidad.

En el Ecuador la ley exige ciertos requisitos de procedibilidad para determinados trámites, como es en el caso del divorcio donde junto con la demanda, se deberán adjuntar las partidas de nacimientos de los hijos habidos durante el matrimonio y la partida de matrimonio, ya que sin esos documentos no le permitiría al juez cerciorarse del vínculo matrimonial y de la filiación; o en el trámite de guardas y fijación de sellos para que el mismo proceda se debe adjuntar la partida de defunción del causante.

En el caso Colombiano, por ejemplo, el legislador ha buscado darle mayor relevancia a la conciliación, por lo que la ha establecido como un requisito de procedibilidad para ciertos procesos. En Colombia debe cumplirse con ella para acudir a la jurisdicción ordinaria, ya que caso contrario si ésta no se cumple, la demanda es inadmisibile y el juez debe devolver a las partes a la fase de conciliación prejudicial.

Algunos autores como Ruede y Hadenfeldt refiriéndose a la experiencia suiza, quienes han sido citados por Rafael Bernal, consideran que:

En lo que a las cláusulas escalonadas respecta, el primer “escalón” es un requisito previo a un procedimiento arbitral. En consecuencia, mientras el primer nivel no se haya cumplido, el -Tribunal Arbitral tendría que inadmitir la demanda en la medida en que se asimila a un requisito de procedibilidad. Sin embargo, esta posición es enfática en afirmar que los tribunales no pueden pronunciarse de oficio sobre esta cuestión, sino solo sobre la base de la objeción por una de las partes. (Las Cláusulas Escalonadas o Multinivel, su Aproximación en Colombia., 2012)

Esta posición asimila a los escalones previos a un requisito de procedibilidad, en el contexto civil ecuatoriano, si un requisito de procedibilidad no se cumple al presentar la demanda, el juez de oficio debe analizarlo y devolverlo a las partes para que este sea cumplido. Es cierto, que un Tribunal Arbitral debe pronunciarse acerca de su competencia en el caso de que esta sea objetada, sin embargo, los árbitros deben cerciorarse de oficio que ciertos requisitos sean cumplidos en razón de que el laudo pueda ser efectivamente ejecutado.

Si se considera a las etapas previas como un requisito de procedibilidad, deberían entonces los árbitros analizar el cumplimiento de las mismas al momento de su declaratoria de competencia, sin embargo, si una de las partes no objeta la competencia del Tribunal Arbitral, se entiende que desea continuar con el proceso y renuncia tácitamente a su derecho a objetar.

Bajo estas consideraciones se procederá a analizar cómo se ha pronunciado cierto grupo de Tribunales Arbitrales y Cortes Nacionales de otros países en razón del tema.

3.2.2.- Jurisprudencia Relacionada con el Tema

La posición que considera a las etapas previas de una cláusula escalonada como un requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda es defendida por la jurisprudencia alemana ya que se establece que “los efectos del incumplimiento de los escalones iniciales, afectan la admisibilidad de la demanda, lo que obliga al Tribunal Arbitral a suspender el trámite hasta que las partes cumplan con dichos escalones”. (Bernal Gutiérrez, 2012)

Dos casos alemanes que ilustran esta posición han sido citados por Alexander Jolles, en donde se ha manifestado lo siguiente: (Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement, 2006)

En el caso VIII ZR 344/97 del 18 de noviembre de 1998, el Tribunal Federal Supremo Alemán (*Bundesgerichtshof*) en primer lugar consideró que bajo el Derecho alemán era válida una cláusula que establecía que las controversias que surgieran de un contrato debían ser resueltas mediante negociaciones previas, antes de iniciar un procedimiento judicial y en segundo lugar que cualquier reclamo que presente la otra parte ante los tribunales sería inadmisibles si el trámite de negociación no se hubiere agotado, sostuvo que si las partes acordaron una cláusula de solución obligatoria, ambas partes estaban obligadas a cooperar en la realización de las negociaciones para una solución, por lo que el recurso interpuesto ante los Tribunales de una

manera previa a la finalización del procedimiento de solución acordada, resultó inadmitido. (Traducción no oficial) (Bundesgerichtshof, 1999)

En el caso de 1984 en una providencia emitida por el mismo Tribunal, las partes habían acordado que en caso de litigio entre las partes, en primer lugar debían presentarse sus controversias ante organizaciones locales profesionales para poder llevar a cabo una conciliación antes de iniciar un litigio. El demandante no lo hizo y argumentó que la reunión de conciliación fue un ejercicio inútil, debido a que el demandado no había manifestado su voluntad de resolver el asunto por medio de negociaciones previas. El Tribunal sostuvo que tales cláusulas de conciliación previa son válidas y deben ser respetadas por las partes y por los mismos Tribunales, por lo que mientras una parte invocara la cláusula de conciliación previa y tuviera un interés legítimo en la conciliación, los Tribunales tendrían que inadmitir la demanda por no haberse llevado a cabo la conciliación (*unzulässig*), más no rechazarla de plano (*unbegründet*). (Traducción no oficial) (Bundesgerichtshof, 1984)

Otro caso interesante es el suscitado en Inglaterra. Si bien en ese país las promesas de negociar (*agreements to agree*), no eran consideradas como obligatoriamente ejecutables, esta posición cambió a raíz del caso *Cable & Wireless Plc. v. IBM United Kingdom Ltd.* en donde la Corte Comercial interpretó que la cláusula era obligatoria y debía ser ejecutada, siempre que los acuerdos sean lo suficientemente claros en relación a las obligaciones de las partes. (Cable & Wireless PLC v IBM United Kingdom Limited, 2002)

Las cláusulas relevantes que la Corte tuvo en consideración son las siguientes:

La cláusula 40 establecía un procedimiento de resolución de disputas escalonado, que requería que la disputa sea manejada a través de varios niveles, y establecía lo siguiente:

Ninguna parte puede iniciar acción legal alguna hasta que el proceso [de controversia escalada] se haya completado, a menos que la parte o la parte

local tenga causa razonable para así hacerlo y evitar daños a su negocio o para proteger o preservar cualquier derecho de acción que pueda tener.
(Traducción no oficial)

Y en la cláusula 41 se estableció que:

Las Partes intentarán de buena fe resolver cualquier disputa o reclamo que surja de o esté relacionada con este Acuerdo o de cualquier Contrato de Servicios Locales de inmediato a través de negociaciones entre los respectivos ejecutivos de las Partes que tienen la autoridad para resolver el mismo conforme a la cláusula 40.

Si el asunto no se resuelve a través de la negociación, las partes intentarán de buena fe resolver la disputa o reclamación a través de un procedimiento de la Resolución Alternativa de Disputas (ADR) recomendado a las Partes por el Centro para la Resolución de Disputas (...). (Traducción no oficial)

En este caso la Corte consideró, que no se trataba de una mera promesa de negociar, sino que era una cláusula que definía un método específico de resolución de conflictos, susceptible de ser ejecutado, por lo que si en una cláusula las partes se comprometen a seguir un método alternativo de resolución de disputas, ésta es similar a una cláusula arbitral y genera un efecto negativo en relación a las Cortes Nacionales, ocasionando que el acuerdo pueda hacerse cumplir mediante la suspensión del procedimiento judicial iniciado en contravención a ella.

Esta posición supone que el Tribunal Arbitral no pierde su jurisdicción por no haberse cumplido la etapa previa, sino que debe suspenderse el procedimiento arbitral hasta que se cumplan los niveles anteriores para poder continuar con el arbitraje. Lo que se busca con la suspensión es dar plena efectividad procedimental a lo pactado en razón del principio de buena fe y el principio *pacta sunt servanda* ya que caso contrario no tuviera sentido incluir etapas previas si de igual manera se va a poder iniciar directamente un procedimiento arbitral o acudir a las Cortes locales.

3.2.3.- Contexto Ecuatoriano

En el caso ecuatoriano, la Ley de Arbitraje y Mediación, no define lo que es una demanda arbitral, por lo que debemos remitirnos al artículo 66 del Código de Procedimiento Civil en donde se establece que: "Demanda es el acto en que el demandante deduce su acción o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo.²⁵" Consecuentemente una demanda arbitral, es el acto mediante el cual una de las partes somete su pretensión a la resolución de árbitros.

Con relación a la demanda arbitral, el artículo 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación, determina que ésta se presentará ante el director del centro de arbitraje correspondiente o ante el árbitro o árbitros independientes que se hubieren establecido en el convenio, y debe contener lo siguiente:

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; y,
7. Los demás requisitos que la Ley exija para cada caso.

A la demanda arbitral se deberá acompañar el instrumento en que conste el respectivo convenio arbitral o copia auténtica de éste, se adjuntarán las pruebas, se solicitará la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la demanda y no se podrá demandar en un mismo libelo a dos

²⁵ Norma consultada el 20/08/2014

o más personas, cuando sus derechos o acciones sean diversos o tengan diverso origen.

Si bien la ley denomina demanda arbitral al primer documento que se presenta al Centro de Arbitraje o a los árbitros independientes, ésta en primera instancia es una solicitud de arbitraje, debido a que si bien es calificada por el Director del Centro de Arbitraje, o si fuere el caso el árbitro o árbitros independientes en los casos de arbitrajes *Ad-Hoc*, no se debe confundir con la calificación de la demanda que realiza un juez, en donde, es él quien al calificarla de clara y completa continúa con el proceso o en su defecto manda a completarla de ser necesario.

El proceso arbitral, consta de dos fases, una que es la fase administrativa, prearbitral o no jurisdiccional y la fase arbitral o jurisdiccional, este hecho debe ser tomado en consideración ya que el Director del Centro o los árbitros independientes, no pueden pronunciarse acerca del contenido de la demanda, sino que lo único que deberán comprobar es que se cumpla con los requisitos de forma contenidos en el artículo 10.

Para que los árbitros se pronuncien acerca de una cláusula escalonada que no ha sido cumplida debe seguirse con el procedimiento arbitral hasta la audiencia de sustanciación, en donde en base al principio *Kompetenz-Kompetenz* se pronuncien acerca de su competencia.

3.3.- ACUERDO SUSTANTIVO.

El acuerdo arbitral puede estar contenido en forma de cláusula arbitral en un contrato o en un documento separado, sin embargo, indistintamente de la forma que adopte, es considerado como un contrato. Este el argumento en que sustenta esta teoría, ya que el convenio arbitral puede tener un carácter no solamente procedimental, sino que también pueden incluirse acuerdos sustantivos.

Con esta puntualización se iniciará analizando la definición de acuerdo sustantivo [3.3.1], posteriormente se presentará un fallo jurisprudencial relacionado con el tema [3.3.2] y se concluirá con un breve análisis en el contexto ecuatoriano [3.3.3].

3.3.1.- Definición de Acuerdo Sustantivo

El maestro Savigny define al contrato como “el concierto de dos o más personas sobre una declaración de voluntad común, destinada a regir sus relaciones jurídicas” (Cabanellas, 2005). En este sentido el contrato es el acuerdo de voluntades mediante el cual dos o más partes crean, modifican o extinguen obligaciones.

El contrato es la máxima expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, y es bajo el axioma del derecho privado que todo lo que no está prohibido se entiende permitido, que cobra mayor fuerza.

La jurisprudencia se ha referido al origen de la figura (de la autonomía de la voluntad privada) y ha señalado que se trata de un postulado formulado por la doctrina civilista francesa a mediados de los Siglos XVIII y XIX. Ha sido definida como “[El] poder otorgado por el Estado a los particulares para crear, dentro de los límites legales, normas jurídicas para la autorregulación de sus intereses” (Ferri, 1957: 8)

En palabras del profesor González de Cossío “el acuerdo arbitral es un contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje” (Gonzalez de Cossío, 2004: 56)

Al ser un contrato, debe cumplir con las exigencias necesarias para todo negocio jurídico, diferenciándose de los demás contratos en relación con el objeto, ya que no crea derechos y obligaciones sino que asigna una jurisdicción especial y temporal a quienes actuaran como árbitros. Sin embargo, puede suceder como ya se expresó en capítulos anteriores, que

las partes en uso de su autonomía de la voluntad decidan pactar no solo el someterse a un proceso arbitral, sino que pacten etapas previas que de manera implícita o explícita generan una obligación de hacer y no hacer.

Generan una obligación de hacer al momento de pactar por ejemplo, negociaciones directas, y a su vez se genera una obligación de no hacer, que es la de no presentar una solicitud de arbitraje sin que las etapas previas se cumplan. Empero quienes apoyan esta teoría, sostienen que en el caso de que se decida presentar la solicitud de arbitraje, la misma es viable.

El Tribunal Arbitral deberá declararse competente de encontrarse frente a una cláusula arbitral válida, eficaz y ejecutable; para que de manera posterior analice lo solicitado por las partes, pudiendo la parte demandada ejercer su derecho a la reconvención por el incumplimiento de las etapas previas por la contraparte.

Los partidarios de esta línea “entienden [por ejemplo] el fracaso de la mediación como un incumplimiento del contrato con las consecuencias previstas en el Derecho contractual (daños y perjuicios, por ejemplo), sin efectos adversos sobre la admisibilidad de la demanda arbitral” (Bernal Gutiérrez, 2012).

Se ha tomado en consideración que los requisitos de admisibilidad de acción son una cuestión de derecho público que se encuentra desarrollada por el derecho procesal, cuyo fin es el garantizar el correcto desarrollo de un litigio y el respecto a las garantías del debido proceso consagradas en Constituciones nacionales y Tratados Internacionales, siendo materias en las cuales los particulares no pueden disponer. Por lo tanto se ha enmarcado a las etapas previas como acuerdos sustantivos estipulados en base de la autonomía de la voluntad de las partes.

3.3.2.- Fallo Jurisprudencial Relacionado con el Tema

La sentencia del Tribunal de Casación de Zürich de fecha 15 de marzo de 1999, citada en ASA Bulletin, Kluwer International 2002, Vol. 20 estableció que

“La obligación de mediar era una obligación sustantiva pero que no prevenía el inicio de un procedimiento arbitral.” (Traducción no oficial)

Es en base a esta sentencia que “algunos consideran que se trata de una cuestión de naturaleza sustancial y, por lo tanto, el incumplimiento da lugar a daños y perjuicios, como cualquier otro incumplimiento contractual, aunque sin afectar la admisibilidad de la demanda”. (Caivano, 2011)

La posición es clara al determinar que el incumplimiento de las etapas no afecta a la admisibilidad de la demanda, sin embargo, al ser una obligación sustantiva genera un derecho a recibir una indemnización en relación a la responsabilidad contractual adquirida.

3.3.3.- Contexto Ecuatoriano

A nivel del ordenamiento jurídico ecuatoriano, es necesario remitirse a la Ley de Arbitraje y Mediación y al Código Civil para los casos en lo que se vean involucrados particulares.

Según la ley que rige la materia, el convenio arbitral necesariamente deberá manifestar de manera inequívoca la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, la cual deberá constar por escrito y determinar la relación jurídica, contractual o no contractual de donde puede surgir o ha surgido la controversia. En arbitrajes con el Estado de conformidad con el artículo 4 de la LAM se deberá cumplir con los siguientes requisitos adicionales:

1. Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;
2. La relación jurídica al cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;
3. En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,

4. El convenio arbitral, por medio del cual la Institución del sector público renuncia la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha Institución.

El convenio, a su vez debe cumplir con los requisitos que exige el Código Civil para la validez de todo negocio jurídico, como son que la persona tenga capacidad para contratar, el consentimiento haya sido otorgado libre de vicio y el objeto y la cusa sean lícitos.

Con relación al contenido facultativo, un acuerdo arbitral podrá contener la decisión de las partes si los árbitros resolverán la controversia en derecho o en equidad, (en caso de ausencia se decidirá en equidad) y en arbitrajes en donde esté presente el sector público deberá decidirse conforme a derecho; determinar si el arbitraje será Ad-Hoc o institucional; establecer las reglas de procedimiento a seguir; así como todo acuerdo lícito que las partes consideren convenientes, siempre que dicho pacto sea de una naturaleza transigible.

En arbitrajes entre personas particulares con relación a los acuerdos lícitos, en concordancia con el artículo 8 del Código Civil, los acuerdos que establezcan etapas multinivel para llegar al arbitraje son plenamente válidos. En este contexto pudiera entenderse a las etapas previas como un acuerdo sustantivo, sin embargo, es justamente en este caso que la interrogante de qué es lo que ocurría frente a su incumplimiento solicita su mayor atención.

Como se determinó al iniciar con este capítulo las diferentes posiciones que han surgido en relación con las etapas previas llegan a ser tan cambiantes como contradictorias. La posición que se adopte en relación con una u otra postura, ya sea que se entienda a las etapas previas como un requisito jurisdiccional, como un requisito de procedibilidad o como un acuerdo sustantivo, no solamente dependerá del sistema jurídico en el que se las aplique y de los planteamientos doctrinarios y fallos jurisprudenciales existentes, sino que de manera preponderante se deberá tomar en cuenta

los hechos de cada caso, para que a la luz de estos, pueda entender el Tribunal Arbitral o los jueces la función real de las mismas.

CAPITULO CUARTO

“EFECTOS DEL INCUMPLIMIENTO DE UN ETAPA PREVIA EN LA CLÁUSULA ESCALONADA”

Como se ha podido apreciar en los capítulos precedentes, en primera instancia el hecho de pactar una cláusula en la que se acuerda resolver una controversia por medio de un proceso arbitral, demuestra la voluntad de las partes de acudir al arbitraje, generando un efecto positivo por el que las partes están obligadas a someter sus controversias a juicio de árbitros y cumplir con la decisión emitida en el laudo y un efecto negativo de no acudir a las Cortes Locales, al punto que a petición de una de las partes, los jueces deben remitirlas al arbitraje.

“Se ha afirmado con razón que el acuerdo de arbitraje es un acto jurídicamente complejo que se configura inicialmente como un contrato, pero con la finalidad de producir efectos procesales.” (Fernández Rozas & Iriberry, 211: 746)

Teniendo esto presente, son claros entonces los efectos que el pactar una cláusula arbitral ocasiona, sin embargo, en este capítulo se analizarán los efectos que se generan en el arbitraje en razón del incumplimiento de una etapa previa de una cláusula escalonada [4.1] y la imposibilidad de cumplimiento de las etapas previas [4.2].

4.1.- EFECTOS EN EL ARBITRAJE EN RAZÓN DEL INCUMPLIMIENTO DE UNA ETAPA PREVIA.

Al considerar que el incumplimiento no puede producir actos ni efectos jurídicos válidos, se analizarán las consecuencias que se generan a raíz del

incumplimiento de las etapas previas pactadas en una cláusula arbitral en razón de la naturaleza jurídica que se considere al escalón.

Es importante tener presente que para que el incumplimiento de las etapas previas sea relevante, una de las partes debe exigir mediante excepción u objeción que dicha etapa debió haberse llevado a cabo, ya que caso contrario, existe una aceptación o desistimiento tácito de la misma y el arbitraje debe continuar.

Bajo esta aclaración se iniciará con el estudio de las etapas previas como un requisito jurisdiccional que ocasiona la incompetencia del Tribunal Arbitral [4.1.1], se continuará con el análisis de un requisito de procedibilidad que acarrea la inadmisibilidad de la demanda [4.1.2] y se finalizará con el estudio de un acuerdo sustantivo, por lo que produce un incumplimiento contractual [4.1.3].

4.1.1.- Incompetencia del Tribunal Arbitral

Los árbitros ejercen la facultad jurisdiccional de administrar justicia en virtud de una fuente convencional inmediata reflejada en una cláusula arbitral y de manera mediata en razón de una fuente legal, que reconoce al arbitraje como un método alternativo de solución de controversias.

Previo a que se dé inicio con la sustanciación acerca del fondo de la controversia, los árbitros deben velar por su competencia y son ellos quienes tienen en primera instancia la facultad de determinarla en el caso de que exista una cláusula arbitral.

Esta facultad se encuentra recogida de manera directa en el Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana, así como en el Art. 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas adoptadas en el 2006, en el Art. 18 del reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), en el Art. 41 del Convenio, Reglamento y Reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a

Inversiones (CIADI) y de manera indirecta en el Art. III de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras, al ser una obligación del juez el remitir a las partes a arbitraje frente a la existencia de un acuerdo arbitral, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz, o inaplicable.

En virtud de esta facultad desarrollada bajo el principio *Kompetenz-kompetenz*, se establece una regla de prioridad temporal mediante la cual son los árbitros quienes deben pronunciarse en principio acerca de su propia competencia, sin embargo, se debe tener presente que de manera definitiva son las Cortes Nacionales, en el proceso de anulación del laudo o en el proceso de ejecución de una sentencia extranjera, quienes están facultadas para reexaminar la jurisdicción del Tribunal Arbitral, cuando una causal que se relacione con la validez de la cláusula arbitral es presentada.

“Por lo tanto el hecho que un tribunal pueda determinar su propia jurisdicción no le otorga una facultad exclusiva para hacerlo. Una corte de ejecución que no se encuentra en la sede del arbitraje tiene la facultad de reexaminar la jurisdicción del tribunal.” (Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, 2013: 91)

Quienes han entendido a la naturaleza jurídica de las etapas previas como un requisito de jurisdicción, ocasiona que si el escalón previo no se cumple, los árbitros no puedan declararse competentes; en razón de que “una objeción jurisdiccional, que impugna la competencia de un tribunal arbitral, consiste en plantear que ese tribunal no puede conocer del caso por carecer de competencia” (Caivano, 2011).

Sin embargo, debe tenerse presente que los requisitos de jurisdicción solo pueden ser los determinados por la ley ya que al tratarse de normas de procedimiento, es decir normas de orden público regulatorio, las partes no pueden pactar ni disponer acerca de ellas por medio de acuerdos particulares, como sería para este caso, el imponer un requisito adicional en relación con la competencia del tribunal arbitral por medio de una cláusula arbitral.

El orden público regulatorio "se trata de disposiciones que aplican a una materia que el Estado ha considerado que merece ser regida de cierta manera, y su observancia es obligatoria". (González del Cossío, A2)

De esta forma las exigencias que establece la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador con relación a los requisitos jurisdiccionales en arbitrajes nacionales e internacionales o las exigencias de la *lex arbitri* en un arbitraje internacional, primero deben ser cumplidas de manera obligatoria y segundo no pueden ser modificadas por acuerdos particulares, por lo que si los árbitros se encuentran en presencia de una cláusula arbitral válida, su competencia no se vería afectada.

Esto ocurre también con lo establecido en un Tratado Bilateral de Inversiones o en otras leyes como establece el COPCI, empero en estos casos a pesar de estar en presencia de una cláusula arbitral válida, el hecho de contar con etapas previas, éstas generan efectos distintos en el arbitraje.

En el primer caso, al ser un tratado internacional, que en el contexto ecuatoriano pasa a formar parte de su legislación interna ubicándose por debajo de la Constitución del Ecuador pero sobre las leyes vigentes, como determina su artículo 425; y en el supuesto de existir un método de solución de controversias que establezca el cumplimiento de etapas previas, como eran por ejemplo, los periodos de espera en el TBI entre Ecuador y Estados Unidos; las partes debían cumplir con esos escalones de manera obligatoria, por lo que caso contrario los tribunales arbitrales verían afectada su competencia y no se declararían competentes.

En el segundo caso, en relación a lo que establece por ejemplo, el COPCI para la resolución de conflictos en su artículo 27, (si bien hasta el momento no han existido arbitrajes en base a dicho artículo), es la ley la que ordena que para poder acudir a la vía arbitral en temas afines a inversiones, se debe agotar la vía administrativa, posteriormente entablar diálogos directos y por último realizar una mediación obligatoria, por lo que su incumplimiento, al ser

una orden legal, ocasiona que la competencia del tribunal arbitral se vea directamente afectada.

Por lo tanto, excluyendo estos dos últimos supuestos en los cuales una etapa previa se considera como un requisito de jurisdicción por mandato legal o por la existencia de un tratado internacional, generando así su incumplimiento la incompetencia del Tribunal Arbitral, en los demás casos en los que las partes pacten etapas previas (hecho que es permitido) no pudiese entenderse en el contexto ecuatoriano al cumplimiento de dichos escalones como requisitos de jurisdicción ya que personas particulares no pueden disponer de normas de procedimiento ni tampoco de sus efectos.

4.1.2.- Inadmisibilidad de la Demanda

Quienes deciden acerca de la admisibilidad de la demanda arbitral son los árbitros; si bien en el Ecuador en razón del Art. 10 de la Ley de Arbitraje y Mediación, la “demanda” en un arbitraje administrado se presenta ante el director del centro de arbitraje o ante el árbitro o árbitros independientes en un arbitraje ad-hoc, y son ellos quienes de acuerdo al Art. 11 de la LAM deben calificarla para poder proceder con la citación al demandado, ellos no pueden ni deben pronunciarse sobre el fondo o el contenido de la demanda ya que eso solo le compete al Tribunal Arbitral en razón del Art. 22 del mentado cuerpo normativo.

De esta forma son los árbitros quienes deberán decidir acerca de las consecuencias de no haber cumplido con las etapas previas pactadas. Una parte de la doctrina que entiende a las etapas previas de una cláusula escalonada como un requisito de procedibilidad, considera que el tribunal arbitral no pierde su jurisdicción por no haberse cumplido la etapa previa, sino que el procedimiento debe suspenderse hasta que se cumpla con el escalón.

Se trata de una objeción distinta a una objeción jurisdiccional, ya que como sostiene el profesor Paulsson es una objeción que “cuestiona la admisibilidad

de la demanda; es la que se presenta cuando el demandado plantea que el tribunal no debe (o no debe ahora) conocer del caso". (Caivano, 2011)

Por lo tanto esta objeción, no cuestiona la competencia tribunal arbitral, sino únicamente se refiere al hecho que los árbitros pueden no admitir la demanda en ese momento, y es así que el Art. 13 referente a recursos de procedimientos arbitrales o judiciales de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Conciliación establece lo siguiente:

Artículo 13.- Cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta. (El subrayado me corresponde)

A la luz de este artículo, por ejemplo, el tribunal arbitral es el que está facultado para ordenar el cumplimiento de un acuerdo conciliatorio que no se ha llevado a cabo, reconociendo que los árbitros son competentes para ello. De no ser así, la consecuencia frente a la cual se verían las partes al no haberse cumplido con las etapas previas, sería el acudir de manera obligatoria a la jurisdicción ordinaria, debido a que la etapa arbitral no podría ser "activada", hecho que precisamente las partes buscaban evitar.

En el supuesto que una mediación haya sido pactada como una etapa previa, y no se haya cumplido, en el caso ecuatoriano la misma es subsanada ya que posterior a que la demanda sea contestada, en virtud del artículo 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el director del centro de arbitraje o el árbitro o árbitros independientes notifican a las partes, señalando día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación a fin de procurar un

avenimiento de las partes y señalando como se designará mediador. Además determina que si solo una de las partes concurre, se la escuchará y se anotará la ausencia de la otra, a quien se la declarará en rebeldía, y será tomado en cuenta para la condena en costas.

En el caso de que tiempos de espera hayan sido pactados en contratos entre particulares y no se encuentren en un TBI, la decisión dependerá de las circunstancias de caso, ya que el tribunal arbitral deberá analizar qué tan factible y conveniente es suspender el procedimiento arbitral, en razón de que dicho periodo se cumpla, y no resulte solamente una táctica dilatoria de la parte que se opone al arbitraje.

Autores, como Gary Born sostiene que "incluso cuando un acuerdo establece arbitraje solo después de un largo proceso de otros mecanismos de solución de controversias, éste sigue siendo un acuerdo de arbitraje. El Arbitraje posterior no es, por así decirlo, no al arbitraje". (Traducción no oficial) (International Commercial Arbitration, 2009: 241)

Está claro entonces que para quienes consideran a una etapa previa como un requisito de procedibilidad, no acatar los escalones, no afecta la jurisdicción del tribunal arbitral, pero al existir un incumplimiento éste ocasiona que mientras no sea subsanado no se pueda obtener una resolución sobre el fondo de la controversia.

Quienes se han inclinado por esta última posición, han considerado que "es la que mejor se compadece con la intención común de las partes, y con sus intereses: en caso de dar por finalizado el procedimiento arbitral, sobrevendrán luego –en caso de fracasar las negociaciones– varios problemas." (Caivano, 2011)

Entre algunos problemas, surgen las interrogantes de que ocurriría por ejemplo con los árbitros que ya han sido posesionados, o si podría modificarse la demanda que ya ha sido presentada; por lo que es preferible que mientras

las etapas previas, como la negociación o la conciliación se lleven a cabo, el procedimiento arbitral sea suspendido. De esta forma se da un efecto útil a lo pactado sin que se menoscaben derechos de las partes, para que en el supuesto de no existir acuerdo, el procedimiento arbitral pueda continuar sin problemas ante las personas que lo conocieron previamente y la ejecución del laudo no se vea afectada.

Caso contrario es lo que puede ocurrir con relación a los tiempos de espera, ya que si bien la etapa previa genera una expectativa en las partes de no recibir demandas arbitrales inesperadas, un derecho de toda persona es el poder acceder a la justicia y obtener de ella una respuesta oportuna, por lo que los árbitros se verían obligados a ponderar un pacto particular frente a una obligación de todo administrador de justicia.

4.1.3.- Incumplimiento contractual

Una tercera posición de la doctrina considera que el incumplimiento de una etapa previa no afecta ni la jurisdicción del tribunal arbitral, ni tampoco afecta a la admisibilidad de la demanda, sino que el hecho de pactar una etapa previa debe ser considerado como un acuerdo sustantivo, que frente a su incumplimiento da lugar a una indemnización, como todo incumplimiento contractual.

“Hay quien considera que la obligación de negociar debe considerarse como una obligación puramente sustantiva, sin trascendencia procesal alguna, por lo que su incumplimiento ha de resolverse -al igual que el de cualquier otra obligación material- en una mera indemnización de daños” (López de Argumedo Piñeiro, 2010: 116).

El convenio arbitral, es un contrato, en donde si bien las partes no determinan todos sus efectos y no prevén todos los supuestos que pueden ocurrir, la ley se encarga de regularlos. A nivel del ordenamiento jurídico ecuatoriano, el incumplimiento contractual se encuentra regulado por las normas del Código Civil y en el artículo pertinente establece lo siguiente:

Art. 1505.- En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios.²⁶

La condición resolutoria puede incluirse en los contratos bilaterales de una manera expresa o en su defecto ésta se encuentra presente de una manera tácita en ese tipo de contratos. En razón de ella se reconoce la posibilidad de exigir el cumplimiento del contrato o que se lo deje sin efecto, más una indemnización en relación a los perjuicios que el incumplimiento ha ocasionado.

Para poder una de las partes exigir lo que conlleva la condición resolutoria, esta parte debe haber cumplido con sus obligaciones, es decir que no se encuentre en mora, como dispone el artículo 1568 del Código Civil:

Art. 1568.- En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.²⁷

De esta forma solamente quien ha cumplido con la obligación contraída, puede acudir a los jueces para solicitar la resolución del contrato con la respectiva indemnización o en su defecto podrá solicitar el cumplimiento forzado de la obligación no cumplida.

Las dos posibilidades que cabrían con relación al incumplimiento de una etapa previa, a la luz de la condición resolutoria tácita, generan un sin número de dudas; por un lado es acaso que la orden de cumplimiento forzoso puede darse en los casos que el resultado depende solamente de la voluntad de las partes o con relación a la resolución del contrato, esto conlleva la interrogante de si dicho acto resolvería totalmente la cláusula

²⁶ Norma Consultada el 01/10/2014

²⁷ Norma Consultada el 01/10/2014

arbitral (acabando con el arbitraje) debiendo la parte interesada solicitar una indemnización hacerlo mediante un juicio ordinario, sin que pueda dejarse de mencionar una segunda pregunta que se presenta en este supuesto, y es en razón de qué va el juez a basarse para poder cuantificar los daños por no haber negociado.

4.2.- IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LAS ETAPAS PREVIAS.

Si bien los pactos deben ser respetados y están llamados a ser cumplidos, existen casos en los que esto no ocurre, como cuando las partes de manera expresa por mutuo disenso o por medio de sus actos, por mutuo disenso tácito dejan sin efecto un acuerdo. Esto también ocurre cuando las partes de manera expresa modifican una cláusula escalonada, estableciendo solamente la vía arbitral para solucionar sus controversias o cuando no manifiestan oposición de continuar con el arbitraje a pesar de que una etapa previa no se ha cumplido.

No obstante, también existen ciertos casos, en los que a pesar de la oposición de una de las partes, no necesariamente el incumplimiento de una etapa previa influye en el proceso arbitral. En dichos supuestos la falta de cumplimiento de un escalón no genera ninguna consecuencia y esto se debe a que el cumplimiento de las etapas previas no es viable o resulta ser fútil o inútil.

En el primer caso, cuando el cumplimiento de las etapas previas no es viable, se debe a que el escalón es indeterminado, contradictorio o no se encuentra bien definido. Un ejemplo común ocurre cuando no se establecen tiempos concretos en los que desarrollará cada etapa o cuando no se incluye nada acerca de cómo se deberá cumplir con el proceso de conciliación o como se designará el mediador. Frente a una cláusula escalonada de este tipo, mal pueden las partes dar cumplimiento a una etapa previa que genera dudas acerca de su desarrollo y no tienen una persona a quien recurrir para aclararla, a excepción de un árbitro en el proceso heterocompositivo.

Con relación a la futilidad de cumplir con las etapas previas, este argumento es presentado cuando entre las partes el ambiente resulta ser tan hostil o el conflicto se encuentra tan escalado, que el hecho de llevar adelante las etapas previas pactadas, resultaría infructuoso y solo retrasaría más el poder solucionar el problema.

En el caso *Ethyl Corporation vs. El Gobierno de Canadá*, en la decisión sobre jurisdicción del 24 de junio de 1998, Canadá quien fue el demandado, manifestó que la demandante no había respetado el periodo de espera de seis (6) meses desde que tuvieron lugar los actos que motivaban la reclamación, establecido en el Art. 1120 en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). El Tribunal Arbitral en el párrafo 84 determinó que:

El Tribunal no tiene razones para creer que las “consultas o negociaciones” que de conformidad con el art. 1118, en la que Canadá afirma que el periodo de seis meses establecido en el art. 1120 debían llevarse a cabo, sea posible. Es argumentado, por lo tanto que no tendría sentido la suspensión del derecho de proceder del demandante. Esta regla se equiparaba a la exigencia internacional de agotamiento de los recursos, que se tiene en cuenta cuando se demuestra que, de hecho, no había remedio disponible y cualquier intento de agotamiento habría sido inútil. (Traducción no oficial) (1998)

El Tribunal Arbitral luego de considerar las circunstancias específicas del caso, resolvió que los mentados artículos no debían dar lugar a dudas acerca de la competencia del Tribunal y decidieron continuar.

Generalmente en la práctica arbitral ocurre que “una de las partes alega que obligar a las partes a someterse a lo establecido en los escalones iniciales de una cláusula multinivel sería fútil, puesto que una solución al problema no se lograría y lo único que se haría sería alargar injustificadamente la resolución del conflicto” (Bernal Gutiérrez, 2012)

Este es el argumento esgrimido normalmente por la parte que decide iniciar con el arbitraje, en razón de que considera que el hecho de buscar una solución de manera conjunta con la contraparte no es posible.

Con relación a la futilidad de cumplimiento de las etapas previas en una cláusula escalonada contenida en un TBI, el Profesor Schreuer, ha manifestado lo siguiente:

El criterio decisivo para hacer caso omiso de los tiempos de espera en los casos en los que los demandantes no habían cumplido con ellos era evidente la inutilidad (futilidad) de cualquier negociación. En cada uno de los casos en los que los tribunales afirmaron su jurisdicción a pesar del incumplimiento de la obligación de buscar una solución negociada durante un período determinado de tiempo, también expresaron su convicción de que las consultas entre las partes no podrían haber alcanzado el resultado deseado. No habría ningún sentido exigir negociaciones si de estas no era probable que se conduzca a una solución. (Traducción no oficial) (Schreuer, 2004)

Si bien la teoría de la futilidad, permite que el procedimiento arbitral no se vea truncado por una posible táctica dilatoria de la parte que se opone al arbitraje, no en todos los casos los árbitros han aceptado este argumento, ya que como se expresó en el capítulo anterior, algunos tribunales arbitrales, como el que conoció acerca del caso *Murphy vs Ecuador*, determinó que para poder sostener que una negociación resulte infructuosa, primero hay que intentarlo.

Al momento en que una parte alega que el cumplimiento de las etapas previas resultaba fútil y por el contrario, la contraparte exige que las etapas previas debían ser respetadas, la decisión que deben tomar los árbitros no resulta ser fácil ni sencilla. Por un lado están en la obligación de administrar justicia evitando tácticas dilatorias y por otro, deben estar seguros que su decisión no limite derechos de las partes, debiendo de esta forma analizar de una manera detallada los hechos de cada caso.

A consecuencia de esta difícil tarea, en el caso *Halsey vs. Milton Keynes General NHS Trust* del año 2004 en donde la Señora Lilian Halsey demandó a la compañía después de la muerte de su marido, la Corte Comercial de Inglaterra desarrolló unos parámetros que deben ser considerados en cada caso para poder determinar si resulta necesario el obligar o no a las partes el someterse a los procedimientos establecidos en los escalones previos al arbitraje o al litigio y dichos lineamientos fueron los siguientes:

La naturaleza de la disputa, los méritos del caso, la extensión en la cual otros métodos de resolución se han intentado, el hecho de que los costos de los MASC serían desproporcionalmente altos, el hecho de que cualquier demora en llevar a cabo esos MASC hubiera sido perjudicial, y el hecho de que el MASC tenga una posibilidad razonable de éxito . (Bernal Gutiérrez, 2012)

Si bien dichos parámetros no son de obligatorio cumplimiento ni una fuente directa en el derecho ecuatoriano, los mismos pueden servir para la difícil tarea que deben realizar los árbitros al analizar el incumplimiento de una etapa previa en razón de la futilidad o de su falta de viabilidad.

Dentro de la práctica arbitral internacional, la jurisprudencia como la doctrina han demostrado que si bien hay casos en los que exigir el cumplimiento de las etapas previas pactadas resulta ser fútil por el hecho de que el conflicto se encuentra tan enconado que es evidente que el forzar su cumplimiento solo retardaría el procedimiento arbitral, existen otros casos en los que la demandante simplemente no respetó las etapas previas y el Tribunal Arbitral, es quien dependiendo de la naturaleza jurídica que le otorgue al escalón, establecerá los efectos que dicho incumplimiento ocasiona.

Vale recalcar que de la posición que adopten los árbitros frente al incumplimiento de las etapas previas, ya sea que decidan continuar con el

procedimiento arbitral por considerar que el cumplimiento de las etapas previas no era viable o resultaba fútil; o en su defecto que ocasionen su falta de competencia, la inadmisibilidad de la demanda en ese momento o una indemnización por un incumplimiento contractual, su decisión no solo influirá en el arbitraje, sino que en última instancia le corresponderá pronunciarse al respecto al juez de la sede del arbitraje al anular o denegar la ejecución del laudo o al juez de reconocimiento de una sentencia arbitral extranjera al conceder o no el *exequatur*.

CAPITULO V

“ANÁLISIS EN EL CAMPO NACIONAL”

En el presente capítulo se procederá a analizar la cláusula arbitral contenida en el contrato de concesión de uso del puerto comercial internacional de carga de Manta [5.1] así como un análisis de sus diferentes etapas previas. [5.2]

5.1.- CLÁUSULA ARBITRAL.

El 17 de noviembre del 2006, se firmó el contrato de concesión para el uso del puerto comercial internacional de carga de Manta entre la empresa pública “Autoridad Portuaria de Manta” (APM) representada por Patricio Padilla Mera, en su calidad de Gerente General y Representante Legal de la entidad, y, por otra parte la compañía legalmente constituida en Ecuador “Terminales Internacionales de Ecuador” S.A (TIDE), representada en ese acto por el Señor Paul Jonathan Gallie, en su calidad de Gerente General y Representante Legal.

En el capítulo VXI del contrato, se estipuló cómo se resolverían las controversias que se suscitaren, los aspectos procedimentales, así como los principios generales que se aplicarían para llegar a un acuerdo durante la conciliación.

Las partes de manera expresa declararon que se someten al mecanismo de resolución de controversias contemplado en ese capítulo del contrato, lo que implica *prima facie* la renuncia a la jurisdicción legal de los jueces y tribunales de la función jurisdiccional del Ecuador (sea en vía ordinaria o sea en vía contencioso-administrativa) y solamente en el caso de que la *litis* no fuere solucionada, serían ellos los órganos judiciales competentes para conocer y resolver de las controversias derivadas de los contratos de concesión.

En la cláusula 102.1, se estableció lo siguiente:

102.1 Salvo disposición en contrario consignada en el contrato de concesión, las controversias serán tratadas a través de los siguientes procesos secuenciales, y en ese orden: 1) Discusión directa de las partes; 2) Mediación; y 3) Arbitraje.

De la precedente estipulación, surge la obligación de someter la resolución de controversias en un orden determinado y de una manera secuencial. En lo que respecta a la interpretación de los contratos, se debe iniciar por buscar cual fue la real voluntad de las partes que se plasmó en el acuerdo. Para este caso en concreto resulta evidente que lo que ellas deseaban era que sus controversias sean resueltas por mecanismos de autocomposición y en caso de no obtener una solución, proceder con un arbitraje.

Si bien la voluntad de las partes es clara, (sin que sea necesario acudir a una interpretación literal de los términos), se considera pertinente e importante profundizar en el término secuencial. Según la Real Academia Española, secuencial “es lo relativo a la secuencia” y el origen de la palabra secuencia proviene de dos palabras latinas, la una *sequentia*, que significa continuación; y la otra de *sequi*, cuyo significado es seguir (Real Academia Española, 2014).

Según la profesora Rodríguez Mesa, al analizar el sistema tradicional de la teoría del delito, citando al doctrinario Muñoz Conde quien lo define como “un sistema categorial, clasificatorio y secuencial en el que, peldaño a peldaño se van elaborando, a partir del concepto básico de acción, los diferentes elementos esenciales comunes a todas las formas de aparición del delito”. (Rodríguez Mesa, 2005: 2)

Si bien la materia del presente análisis no se encuentra en el ámbito penal, el concepto desarrollado de la palabra secuencial en esa área, ayuda a

ejemplificar su utilización y se refiere a como “peldaño a peldaño se va elaborando algo”.

Para el presente caso de estudio, la inclusión de dicho término en la cláusula de resolución de controversias, demuestra las etapas que deben cumplirse para poder seguir o continuar con los diferentes escalones antes de llegar a una etapa arbitral.

En este sentido, de suscitarse una controversia entre las partes, primero deberán someterla a una discusión directa, posteriormente a una mediación y en el supuesto de que la misma persista, continuar con un procedimiento arbitral.

5.2.- ETAPAS PREVIAS.

A continuación se procederá a realizar un análisis de las etapas previas estipuladas en la cláusula escalonada, iniciando por la instancia de discusión directa [5.2.1], se continuará con los mecanismos de mediación [5.2.2] y se concluirá con el mecanismo de arbitraje [5.2.3]

5.2.1.- Discusión Directa

Con relación al primer escalón, es decir a la discusión directa, se la regula desde la cláusula contractual 103.1 hasta la cláusula 103.9, en las que se manifiesta lo siguiente:

103.1 Las partes acuerdan que, en el evento de existir alguna controversia que provenga de la interpretación o aplicación del CONTRATO de CONCESIÓN, según lo indicado precedentemente, promoverán la instancia de discusión directa a los fines de resolver el conflicto. Quedan omitidas de esta instancia, aquellas cuestiones consignadas en el citado contrato, que directamente deben promoverse a partir de la etapa de Mediación. (El subrayado me corresponde.)

Dentro de esta cláusula se establece que se promoverá "la instancia de discusión directa". El primer término que se utiliza es la palabra "instancia". Esta palabra en el ámbito ecuatoriano está íntimamente relacionada con el derecho procesal, y se la utiliza para referirse a los diferentes grados o etapas jurisdiccionales.

En la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, no existe una definición de instancia, por lo que al remitirnos al Código de Procedimiento Civil, en el libro segundo del enjuiciamiento civil, dentro de las disposiciones preliminares, se establece lo siguiente:

Artículo. 58.- INSTANCIA es la prosecución del juicio, desde que se propone la demanda hasta que el juez la decide o eleva los autos al superior, por consulta o concesión de recurso. Ante el superior, la instancia empieza con la recepción del proceso, y termina con la devolución al inferior, para la ejecución del fallo ejecutoriado²⁸.

Otra acepción de la palabra instancia, es la utilizada para referirse al "documento que se presenta ante la Administración pública solicitando cualquier tipo de petición que origina la incoación de un expediente administrativo" (Enciclopedia Jurídica, 2014). Esta definición no podría ser utilizada ya que de la redacción total de la cláusula, no se limita a un documento que ponga fin al conflicto.

Si bien en la presente cláusula la palabra instancia no es utilizada conforme a la definición del Código de Procedimiento Civil, (ya que no se está dentro de ningún juicio ni frente a una demanda que se presente ante un juez), en lo que sí existe similitud es con la relación de grados y etapas previas, que para el caso de una cláusula escalona es aplicable.

²⁸ Norma Consultada el 14/12/2014

Como se estableció en el segundo capítulo de este trabajo, una negociación directa, consiste en el método por el cual las partes sin la intervención de un tercero buscan llegar a un acuerdo que resuelva un conflicto, sin embargo, en la presente cláusula se utiliza el término "discusión." Según la Real Academia Española, discutir es "contender y alegar razones contra el parecer de alguien." (Real Academia Española, 2014)

Una discusión se presenta en razón de que existen opiniones que resultan ser contrarias entre sí sobre un tema determinado. Sin embargo, si las partes deseaban que el primer escalón para resolver controversias sea una discusión directa, no puede ese término referirse solamente al intercambio de propuestas que respalden sus posiciones; sino busca ir más allá deseando que del resultado de esa discusión se alcance un acuerdo que ponga fin a la controversia.

A su vez se incluye la palabra "directa", que elimina la presencia de un tercero o un intermediario en el desarrollo del intercambio de opiniones. Siendo por estas razones que las palabras "discusión" y "negociación" se deben entender como sinónimos.

Es preciso recalcar que la redacción ha sido realizada en singular, por lo que la primera exigencia de esta etapa previa, es que se realice "la instancia de discusión directa", (sin que sea limitativo a que se desarrollen más de 3 reuniones que conforman una instancia como se explicará a continuación) pero en caso de fracasar, cualquiera de las partes se encuentra facultada para poder exigir el desarrollo de la siguiente etapa.

103.2 La fase de discusión directa constituye una instancia formal, que cualquiera de las partes puede instar invocando esta cláusula, mediante comunicación fehaciente dirigida a la parte restante, dentro de los diez (10) días de conocido o notificado el hecho que le agravia. La comunicación deberá consignar con absoluta claridad el o los puntos o temas en debate, y las posiciones enfrentadas que esgrimen respectivamente ambas partes, incluso de hecho. No será

posible por esta vía acumular cuestiones de diferente naturaleza, aunque todas ellas resulten igualmente conflictivas o gravosas para el promotor del procedimiento. (El subrayado me corresponde.)

En esta cláusula nuevamente se utiliza la palabra instancia, y se incluye el término "formal". Lo formal de esta etapa, se produce en virtud de que la propia cláusula y las siguientes, establecen las exigencias que deben concurrir para que la etapa de discusión directa pueda iniciar. Las exigencias establecidas son:

1. Existencia de un hecho que agravia.
2. Una comunicación fehaciente dirigida de una de las partes a la otra, en la que se la informa del hecho gravoso, dentro de los diez (10) días de que este es conocido o notificado.
3. La comunicación debe especificar claramente los puntos a debatir y las posición de la parte frente al hecho. Conforme a la cláusula 103.3, en ésta comunicación se consignarán el o los derechos que le amparan a la parte que presenta la comunicación, y la pretensión concreta a la que aspira.
4. La parte requerida dentro de los diez (10) días de recibida la comunicación se encuentra en la obligación de fijar su posición, siguiendo punto por punto, la agenda consignada por su contendor. (cláusula 103.4)
5. Con la presentación y la contestación de la comunicación, queda trabada la discusión directa. (cláusula 103.5)
6. Dentro de los tres (3) días de trabada la discusión directa, el concedente fija la fecha y lugar para que se desarrollaren por lo menos tres (3) reuniones, que serán llevadas a cabo por los representantes de las partes, quienes podrán ser acompañados por asesores internos o externos. (cláusula 103.5)

7. En las reuniones se deberá apuntar a conciliar las posiciones enfrentadas, buscando fórmulas de entendimiento, y no tendiendo a reproducir los argumentos y posiciones ya vertidas. (cláusula 103.5)
8. Con relación al debate de la discusión directa, las partes deberán ceñirse a los elementos que obren de expedientes administrativos públicos y/o con los argumentos de hecho y de derecho que se esgriman, recíprocamente. (cláusula 103.3)
9. Dentro de esta etapa no se abrirá a prueba; sólo se recibirá o considerará el mérito del material en poder de las partes, que fuera aportado en ocasión de la presentación inicial y de su contestación, respectivamente (cláusula 103.3)
10. De la última reunión, o reunión conclusiva, se elaborará un Acta que firmarán las partes, donde se consignarán los acuerdos parciales o totales, o alternatively, el mantenimiento de las posiciones iniciales, según resulte. (cláusula 103.7)
11. Si alguna de las partes no concurre a una o más de las reuniones, el procedimiento seguirá adelante, incluso en el supuesto de ausencia a la reunión conclusiva. Como conclusión de dicho evento se deberá firmar el Acta mencionada, de lo que se dejará constancia notarial y se enviará copia a la parte voluntariamente ausente. (cláusula 103.8)

En caso de acuerdos totales la instancia de discusión directa concluye o en el caso de acuerdos parciales conducentes a mejorar la situación inicial, las partes acordarán su debida instrumentación contractual. En el supuesto que no se logre conformar la agenda, o no existan acuerdos en las tres (3) reuniones establecidas, esta instancia se considerará como agotada y cualquiera de las partes podrá solicitar que se continúe con la siguiente etapa.

5.2.2.- Mecanismos de Mediación

Con relación al segundo escalón, es decir a la mediación, se la regula desde la cláusula contractual 104.1 hasta la cláusula 104.2, en las que se manifiesta lo siguiente:

104.1 Fracasada la instancia de discusión directa se intentará la resolución de la controversia por el mecanismo de Mediación o Conciliación, en el que se aplicarán las normas procesales de la Ley de Mediación y Arbitraje del Ecuador (Ley N° 000, en RO N° 145 del 4 de septiembre de 1997) y el reglamento específico del Centro Internacional de Mediación y Arbitraje denominado CIADI (ICSID, World Bank) con las siguientes salvedades. (El subrayado me corresponde.)

Previo a analizar las salvedades que se establecen en el contrato con relación a esta etapa, la cláusula 104.1 es clara al determinar que en el caso de que la controversia no sea resuelta mediante una discusión directa, se intentará la resolución de la controversia por el mecanismo ahí establecido.

En la cláusula se refiere a mediación o conciliación, sin embargo, en el capítulo segundo del presente trabajo se estableció la diferencia entre mediación y conciliación. Al haber utilizado la conjunción disyuntiva "o", se abriría la posibilidad a que las partes opten por cualquiera de estos dos métodos autocompositivos, generando así un conflicto en el desarrollo de esta etapa.

El optar por el método de conciliación y que la otra parte exija una mediación o viceversa, se produce incertidumbre frente a cuál sería el método idóneo para llevar adelante esta etapa. Pero no solo eso, ya que a su vez este hecho puede ser utilizado como una defensa relacionada con el consentimiento prestado o a una táctica dilatoria del proceso.

Para poder dilucidar la posible confusión, debemos continuar con la lectura de la cláusula que determina que las normas procesales serán la Ley de

Mediación y Arbitraje del Ecuador y el reglamento específico del Centro Internacional de Mediación y Arbitraje (CIADI).

En el primer cuerpo normativo, el término conciliación, es utilizado cuatro (4) veces. En los artículos 47 y 56 se hace referencia a juntas de conciliación, mientras que en el artículo 55, se establece que para efectos de la aplicación de esa Ley se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos.

Con relación al reglamento específico del Centro Internacional de Mediación y Arbitraje denominado CIADI (ICSID, World Bank) es necesario puntualizar ciertos aspectos. En el mundo no existe un Centro Internacional de Mediación y Arbitraje que responda bajo el nombre CIADI, su denominación correcta es Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones que se establece por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

Si bien el Ecuador ratificó el Convenio CIADI y luego lo denunció, en el momento de la firma del contrato analizado, el Convenio se encontraba vigente. Para el estudio del presente caso, se continuará con el análisis de las disposiciones que se consideren pertinentes.

En relación con las disposiciones del Convenio CIADI, el Centro proporciona servicios de conciliación y arbitraje en materia de inversión entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes. El Convenio fue completado mediante el Reglamento y las Reglas adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro. Por lo tanto dentro de la normativa que se relaciona con el Centro, se encuentran las siguientes:

- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.
- Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento acerca del Convenio sobre Arreglo

de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados.

- Reglamento Administrativo y Financiero.
- Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje (Reglas de Iniciación).
- Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación (Reglas de Conciliación).
- Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje).

En la cláusula contractual se establece "el reglamento específico", sin embargo, el único reglamento que es utilizado por el Centro, bajo esa denominación es el Reglamento Administrativo y Financiero. Ese reglamento al no ser aplicable para este caso, se entendería que las partes se referían a las reglas procesales que maneja el Centro, sin embargo, esa decisión sería sin duda un punto de discusión.

Dentro de las salvedades que se detallan en el contrato, se encuentran las siguientes:

1. Dentro de los quince (15) días de finalizada la instancia de discusión directa, cualquiera de las partes comunicará a la otra su voluntad de recurrir a la fase previa de Conciliación (o Mediación) designando mediador a un profesional universitario especializado en la materia objeto de la disputa, aportando los antecedentes del experto designado, que podrá ser nacional o extranjero. (cláusula 104.1.1)

2. Recibida la comunicación, la otra parte confirmará la designación efectuada o designará de su parte, un segundo Mediador de similares características, en un plazo de cinco (5) días hábiles, a partir de la notificación. (cláusula 104.1.4)
3. Los expertos designados, en su caso, deberán proceder, a partir del día siguiente al de notificado el nuevo nombramiento, a mantener conversaciones a fin de aunar criterios. Si aún se mantuviera el diferendo en un plazo de quince (15) días hábiles, ambos profesionales procederán a designar de consuno a un tercero, quién actuará con voto dirimente dentro de los quince (15) días siguientes a su nominación.(cláusula 104.1.5)
4. Si no hubiera acuerdo entre los mediadores designados para la elección del tercero, éste será designado, a petición conjunta de ambas partes, por el Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito. (cláusula 104.1.6)
5. Los honorarios de los expertos designados por cada parte serán solventados por ellas, en tanto los del Mediador único o el Mediador tercero serán satisfechos por mitades por las partes, quienes estarán obligadas a depositar en forma adelantada la suma que indiquen los mediadores o el Mediador único. (cláusula 104.1.8)
6. La materia en disputa estará circunscripta al o los puntos de debate planteados en la fase inicial de discusión directa, no siendo factible introducir nuevos asuntos litigiosos. (cláusula 104.1.3)
7. Si la mediación fuere instada como consecuencia de la aplicación de una sanción, la mediación solo podrá ser instada previo depósito de la multa que le hubiere sido impuesta (Art. 106 del RLM), bajo apercibimiento de caducidad de la instancia. (cláusula 104.1.2)

8. En caso de actuar un solo Mediador, éste propondrá a las partes su criterio de mediación en el plazo de quince (15) días, y estas deberán aceptarlo o no, en el plazo máximo de diez (10) días más, recurriéndose en caso contrario a la instancia de Arbitraje. (cláusula 104.1.7)
9. Si alguna o ambas partes no aceptasen el criterio propuesto por los mediadores o en su defecto por el mediador dirimente, en el plazo máximo de diez (10) días, deberán acudir a la instancia de Arbitraje. Las partes podrán, de común acuerdo, prorrogar el plazo de decisión del mediador. (cláusula 104.1.5)

En las salvedades descritas se habla solamente de mediadores y no de conciliadores, pero en las cláusulas 104.1.5 y 104.1.7 se establece que se deberá acudir a la instancia de arbitraje, cuando las partes o una de ellas no acepte el criterio propuesto por el mediador o los mediadores. Estas disposiciones desvirtúan la esencia de una mediación, en donde son las partes quienes de común acuerdo arriban a una solución, por lo que quien estaría actuando es en realidad un conciliador.

En la cláusula 103.1 así como en la cláusula 104.2 se establece que cuando la controversia deba desarrollarse en primer lugar en la instancia de Mediación, (por así indicarlo el contrato de concesión sin que sea necesaria una instancia de discusión directa), se considerará concluida la fase previa con la última decisión administrativa notificada. Al instar la Mediación, y al responderla, las partes tendrán un plazo de diez (10) días cada una, comenzando por el agraviado, para presentar una memoria que exprese los puntos de debate y sus respectivas posiciones.

Como se puede observar en esta etapa existen varias ambigüedades relacionadas con los mecanismos autocompositivos, con las reglas a las que las partes deben someterse y sobre la verdadera función del mediador o conciliador. Si bien se dice mediador, al momento en que él participa en la construcción de una solución se desvirtúa su actividad convirtiéndolo en un conciliador.

A pesar de las dificultades que se podría presentar en esta etapa, lo que está claro es que en el caso de no existir una solución para la controversia se procederá con la siguiente etapa de la cláusula escalonada, que es la etapa arbitral.

5.2.3.- Mecanismos de Arbitraje

Con relación al tercer escalón, es decir al arbitraje, se lo regula desde la cláusula contractual 105 hasta la cláusula 105.12, en las que se manifiesta lo siguiente:

105.1 Las controversias que no se hubieren conciliado en la instancia de Mediación, podrán someterse a la de Arbitraje y estará sujeto a la Ley de Mediación y Arbitraje, y a las normas procesales del Centro de Mediación y Arbitraje antes mencionado, con las siguientes salvedades: (El subrayado me corresponde.)

Previo a realizar un análisis de las salvedades, en la cláusula transcrita se habla de una controversia que no ha sido conciliada en la instancia de mediación, terminología que no facilita a la interpretación de las cláusulas previas. Empero para la presente etapa es necesario que la controversia persista y que una de las partes busque el someter su resolución a arbitraje.

En la cláusula se utiliza la palabra "podrán someterse", la cual representa un carácter facultativo de someter la controversia a arbitraje, sin embargo, lo que se faculta a las partes es sobre la decisión de si se continua con el proceso de solución de controversias o si decide desistir de su pretensión.

El arbitraje estará sujeto a la Ley de Arbitraje y Mediación, (pero no se menciona de que país) y a las normas procesales del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito. Las salvedades que las partes han acordado para el proceso son las siguientes:

1. El Arbitraje podrá ser instado por cualquiera de las partes, dentro de los cinco (5) días de finalizada la etapa anterior sin que se hubiera arribado a ningún acuerdo conciliatorio (cláusula 105.2)
2. La parte que inicie el Arbitraje deberá notificar a la otra parte su intención de someter algún asunto a dicha instancia, comunicando asimismo el nombre del Árbitro designado, y adjuntando una constancia de aceptación del cargo por el mismo por escrito. (cláusula 105.5)
3. Dentro de los 10 (diez) días siguientes contados a partir de la fecha de recibida la notificación del arbitraje, la otra parte comunicará a la primera, el nombre del Árbitro designado por la misma, junto con una constancia de aceptación del cargo por escrito. En caso de que esta segunda parte no designara Arbitro, el mismo será designado por el Centro de Arbitraje que actúa en el caso. (cláusula 105.6)
4. Dentro de los 10 (diez) días siguientes contados a partir de la fecha de realizada la notificación prevista en el numeral anterior, los árbitros designados por ambas partes elegirán al tercer árbitro. Si así no lo hicieran, el tercer Árbitro será designado por el Centro de Arbitraje que actúa y presidirá el Tribunal Arbitral. (cláusula 105.7)
5. Los árbitros podrán ser nacionales o extranjeros, deberán ser expertos versados en el objeto del diferendo y no podrán tener relación contractual, de asesoría, comercial ni de dependencia con ninguna de las partes. (cláusula 105.11)
6. El tercer Árbitro deberá ser un especialista en derecho o en la rama de la técnica sobre la que se trata la controversia, de reconocido prestigio internacional y con amplia experiencia en relación con el asunto que se disputa. (cláusula 105.11)

7. El compromiso arbitral se otorgará dentro de los 20 (veinte) días siguientes de la notificación mencionada en el párrafo anterior. (cláusula 105.8)
8. El Arbitraje será de derecho, aplicándose exclusivamente el derecho ecuatoriano, y prioritariamente el derecho del contrato de concesión. (cláusula 105.3)
9. El número de Árbitros será de tres, la sede del arbitraje será en Panamá y el idioma en el que se desarrollará será el castellano. (cláusula 105.4)
10. Los árbitros decidirán por mayoría, en base al derecho; esto es, no fallarán por equidad. Podrán recabar, en forma personal o colegiada, asesoramientos especializados. (cláusula 105.9)
11. El fallo del Tribunal Arbitral no será susceptible de ulterior recurso; será definitivo e inapelable, pudiendo ser ejecutado ante la justicia ordinaria. (cláusula 105.10)
12. Las costas y costos del procedimiento correrán a cargo de la parte que promueva el procedimiento arbitral en caso de que la decisión arbitral fuere contraria a su interés. En caso contrario, se sufragarán a partes iguales entre ambas partes implicadas. (cláusula 105.12)

En el supuesto que la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador sea la que se aplique para este caso, las partes se encontraban facultadas para realizar las salvedades incluidas en el contrato. Ellas voluntariamente han decidido que la sede del arbitraje será Panamá, sin embargo, no han especificado que Centro de Arbitraje será el encargo de administrar el desarrollo del proceso arbitral, por lo que el arbitraje sería un arbitraje independiente.

En el caso de no existir acuerdo para el nombramiento de un tercer árbitro, se menciona que será designado por el Centro de Arbitraje que actúa, sin embargo, de todos los artículos referentes al arbitraje no se menciona ningún Centro específico. En el desarrollo de la segunda etapa, se menciona al

Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, por lo que en esta etapa se pudiera hacer referencia a ese Centro (siendo seguramente otro punto de debate).

Para concluir con el estudio del presente capítulo se resalta que los problemas que pudieran surgir entre las partes no solo pueden ocurrir durante las relaciones contractuales, sino también durante el proceso de solución de controversias debido a la confusa redacción de las estipulaciones contractuales analizadas.

Como el título lo indica, al aplicar mecanismos de solución de controversias se espera llegar a una solución de un conflicto y que no surjan más problemas, sin embargo, en este caso no parece ser esto posible. La etapa que mayores ambigüedades presenta es evidentemente la segunda etapa, en donde a pesar de que se busque dar un efecto útil y viable a sus cláusulas, las mismas resultan ser confusas. Con relación a las otras etapas, durante su desarrollo también pudiesen presentarse ciertos problemas, se espera que sean subsanados de una manera más simple.

Sin embargo, si bien se ha puntualizado en ciertos puntos que pudiesen truncar el desarrollo de una de las etapas a causa de la redacción de las cláusulas; es importante recalcar, que lo que realmente ocurra durante un proceso autocompositivo o heterocompositivo dependerá en última instancia de la voluntad y los actos de las partes.

CAPITULO VI

“CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES PARA LA REDACCIÓN DE CLÁUSULAS ESCALONADAS”

Del análisis del presente trabajo se presentan las siguientes conclusiones y recomendaciones a tenerse en cuenta al momento de redactar y estipular cláusulas escalonadas:

- 1. La inclusión de etapas previas a un proceso arbitral es posible, sin embargo, el tipo de escalón depende de la participación o no del Estado Ecuatoriano.**

Si bien la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador no realiza mención alguna acerca de cláusulas escalonadas o etapas previas, al realizar ciertas remisiones a otros cuerpos normativos, se concluye que sí es posible su inclusión. Del análisis de las normas citadas en el presente trabajo, se afirma que en los convenios arbitrales entre particulares o en los que entidades del sector público estén involucradas, es posible la inclusión de etapas previas, sin embargo, esta facultad no queda a discreción de las partes en los casos en que el Estado Ecuatoriano este presente.

En procesos en los que una entidad del sector público participe, solo podrán incluirse las etapas previas que la ley permita, o para el tema de inversiones deberán seguirse obligatoriamente todas las etapas conforme manda la ley que regula la materia.

2. La combinación de métodos de resolución de conflictos autocompositivos y heterocompositivos es necesaria si lo que se busca es alcanzar una solución efectiva.

Son varios los beneficios de los métodos autocompositivos. El principal de ellos consiste en que si son las propias partes quienes de común acuerdo establecen una solución para su controversia, el acuerdo tiene más probabilidades de ser cumplido de manera voluntaria. No obstante, al ser el resultado de naturaleza netamente voluntaria, esto no garantiza que al final se cumpla.

Bajo esta consideración, el incluir una fase posterior con un método heterocompositivo se vuelve inevitable. En el caso que el primer método autocompositivo no logre poner fin a la controversia, el segundo garantiza a las partes la obtención de un resultado definitivo y obligatorio.

3. Los métodos autocompositivos más utilizados como etapa previa son la negociación, la mediación y la conciliación, sin embargo, en algunos Tratados Bilaterales de Inversión también se reconoce a tiempos de espera como un escalón que debe ser respetado previo al inicio de un etapa arbitral.

Las cláusulas escalonadas son utilizadas y el tipo de escalón o de etapa previa depende de la naturaleza del contrato. La negociación, la mediación y la conciliación, son métodos autocompositivos, cada uno con características propias, mediante los cuales se puede llegar a soluciones que pongan fin a un conflicto y evitar así continuar con la etapa arbitral.

Los tiempos de espera pueden incluirse tanto en Tratados Bilaterales de Inversión como en contratos comerciales o administrativos, con la salvedad de que su naturaleza es distinta. Si bien los tiempos de espera por si solos no ponen fin a una controversia, los que se han establecido en Tratados

Bilaterales de Inversión tienen como fin otorgarle tiempo a las partes para negociar y que así puedan llegar a un acuerdo que evite la etapa arbitral.

La doctrina los ha llamado "*cooling-off period*", ya que en la práctica se ha desvirtuando su verdadero sentido; las partes en vez de comprometerse en una negociación acerca de la controversia, han tornado a este tiempo en simples períodos de espera hasta poder activar la vía arbitral. De continuar así, sin que los tiempos de espera puedan cumplir con su función y en realidad resulten contraproducentes para las partes, es necesario reflexionar más acerca de su inclusión al momento de pactar la cláusula arbitral ya que si lo único que hacen es dilatar el inicio del arbitraje, su "cumplimiento" solo incrementaría costos y gastos innecesarios.

4. Existen fallos de diversos Tribunales Arbitrales Internacionales así como Cortes Nacionales de otros países que se han pronunciado acerca de las etapas previas de una cláusula escalonada, sin embargo, las diferentes posturas son fluctuantes llegando en ciertos casos a ser contradictorias.

A lo largo del presente estudio se ha hecho mención de varios casos que permitieron realizar un análisis práctico de las etapas previas en una cláusula escalonada, sin embargo, como se puede apreciar no existe una postura uniforme.

Si bien con las decisiones que toman los Tribunales Arbitrales, así como las actuaciones de las Cortes Nacionales, se busca ir formando jurisprudencia que permita generar líneas claras de actuación, a nivel internacional en el tema analizado eso no ha sido todavía posible.

Entre varios de los factores que inciden en este hecho, considero que una de las causas son las particularidades que cada caso presenta. En todo análisis que se haga acerca del incumplimiento de una etapa previa, de manera preponderante se deben tomar en consideración los hechos del caso en

cuestión, para que a la luz de éstos, pueda entender el Tribunal Arbitral o los jueces la función real de las etapas previas.

5. Las etapas previas de una cláusula escalonada han sido consideradas como un requisito jurisdiccional, como un requisito de procedibilidad y como un acuerdo sustantivo. El efecto que produce el incumplimiento de la etapa previa dependerá de la naturaleza jurídica que se le atribuya al escalón.

Con relación a los requisitos jurisdiccionales, se puede mencionar que los mismos nacen de la ley y que las partes no pueden disponer de ellos. En este sentido, si bien las partes pueden pactar etapas previas al arbitraje, lo pactado no puede entenderse como un requisito de jurisdicción ya que esta facultad en el contexto ecuatoriano solo le compete al Poder Legislativo.

En el Ecuador si el incumpliendo se produce en razón de una estipulación contractual entre particulares plasmada en un convenio arbitral, este no afecta a la competencia del Tribunal Arbitral ante quien se presenta el caso. Sin embargo, si el incumpliendo de una etapa previa es de una norma legal, como por ejemplo de la cláusula que establece el COPCI, dicho incumplimiento si afectaría la jurisdicción del Tribunal Arbitral.

Con relación a los requisitos de procedibilidad, algunos Tribunales Arbitrales Internacionales han afirmado que una etapa previa al arbitraje debe ser entendida como un requisito de procedibilidad, por lo que su incumplimiento generaría que la demanda arbitral no sea admitida en ese momento, siempre y cuando exista una objeción de las partes.

En el contexto ecuatoriano el cumplimiento de las etapas previas pactadas por particulares debe ser considerado como un requisito de procedibilidad, ya que si bien en principio se deben cumplir, ellas no atacan la jurisdicción o la competencia del tribunal arbitral. En ningún momento se discute acerca de la validez de la cláusula o si se debe acudir o no a un arbitraje; la discusión

al momento de analizar la naturaleza jurídica de estos requisitos es si la demanda se encuentra lista para llegar a los árbitros.

Por lo tanto, si bien los árbitros deben cerciorarse del cumplimiento de ciertos requisitos antes de declararse competentes para que el laudo pueda ser efectivamente ejecutado, el cumplimiento de las etapas previas pactadas entre particulares no es el caso. Sostengo esta postura, ya que si las partes de manera voluntaria deciden continuar con el proceso arbitral, sin que se exija el desarrollo de los escalones previos, los árbitros no deben impedirlo.

Por el contrario, si una de las partes exige que se debe cumplir con lo pactado en la cláusula escalonada, el Tribunal Arbitral no pierde su jurisdicción por no haberse cumplido la etapa previa, sino que debe suspenderse el procedimiento arbitral de manera provisional hasta que se cumplan los niveles anteriores para así continuar con el arbitraje.

Si se llegase a un acuerdo los árbitros cesarían en sus funciones (*functus officio*), o las partes pudiesen solicitarle al tribunal arbitral que dicte un laudo en el cual se plasme el acuerdo. Una de las ventajas de plasmar el acuerdo en un laudo, es que en caso de un incumplimiento futuro su ejecución será mucho más sencilla y además se podrá solicitar su reconocimiento y ejecución en cualquier país que haya ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958.

Con relación a quienes han considerado a las etapas previas como acuerdos sustantivos, su posición si bien resulta interesante, al momento de analizar los efectos del incumplimiento contractual o de cuantificar el monto indemnizatorio el daño, es cuando esta teoría presenta sus reparos como se explicó oportunamente en su análisis.

6. Es importante que la redacción de las etapas previas sea de forma clara y expresa, ya que cuando los escalones no se encuentran bien definidos, su cumplimiento se vería frustrado.

Un factor que es tomando en cuenta tanto por Tribunales Arbitrales, cuanto por Cortes Nacionales, es el lenguaje utilizado en la redacción de las cláusulas escalonadas. Para que el cumplimiento de las etapas previas sea exigible es necesario que los términos utilizados denoten una obligación y no solamente una posibilidad, ya que de no ser así convierten a la etapa previa en facultativa.

En la cláusula escalonada, se debe especificar ciertos aspectos necesarios para el correcto desarrollo de cada etapa. Por ejemplo, si se pacta una mediación previa al arbitraje, se deberá mencionar quien será el mediador y en donde se desarrollará la mediación, ya que caso contrario es poco probable que las partes al momento que existe un conflicto entre ellas puedan llegar a un acuerdo acerca de ese tema y el desarrollo de la etapa no sería viable. En el caso ecuatoriano, una mediación debe llevarse a cabo de manera obligatoria previo al inicio del arbitraje, por lo que si ésta no se ha cumplido como etapa previa, la misma sería subsanada, sin embargo, esto no ocurre con otras etapas previas.

Es posible acceder a la etapa arbitral, sin cumplir con los escalones previos cuando los mismos no se encuentran bien definidos o son indeterminados, no obstante, es importante recalcar que la decisión final con relación al incumplimiento de los escalones previos le corresponde al Tribunal Arbitral y, en última instancia, al juez de la sede que podría anular el laudo o denegar su reconocimiento o ejecución, si determina que el cumplimiento del escalón era obligatorio.

7. Cuando el cumplimiento de una etapa previa resulta fútil, se puede continuar con la etapa arbitral, sin embargo, resulta complejo que los juzgadores comprueben este hecho.

Cuando resulta infructuoso exigir el desarrollo de las etapas previas pactadas y su fiel cumplimiento solo retrasaría el poder solucionar el problema, se alega que existió futilidad. Este es un argumento generalmente utilizado por la parte que decide iniciar el arbitraje sin que se cumplan las etapas previas.

Lo anterior obedece a que hay casos en los cuales el cumplimiento de los escalones previos no tendría ninguna utilidad real, por ejemplo, cuando la falta de voluntad de las partes de llegar a un acuerdo es clara. Esto se pudiese evidenciar cuando al existir varios escalones previos, el resultado del cumplimiento de alguno de ellos ha sido un fracaso.

No obstante, al momento en que una parte alega que el cumplimiento de las etapas previas resultaba fútil y por el contrario, la contraparte exige que las etapas previas debieron ser respetadas, la decisión que les incumbe tomar los árbitros no resulta ser fácil. Por un lado ellos se encuentran en la obligación de administrar justicia evitando tácticas dilatorias y por otro, ellos deben estar seguros que su decisión no limite derechos de las partes, debiendo de esta manera analizar de una manera detalla los hechos de cada caso para tomar una decisión.

8. Si bien en un primer momento son los árbitros, a quienes le compete pronunciarse acerca de su propia competencia y son quienes deciden acerca de las consecuencias que el incumplimiento de las etapas previas produce, son también los jueces quienes en un momento posterior deben pronunciarse.

En virtud de la facultad desarrollada bajo el principio *Kompetenz-kompetenz*, se establece una regla de prioridad temporal mediante la cual son los árbitros a quienes les compete pronunciarse en principio acerca de su propia

competencia, sin embargo, se debe tener presente que de manera definitiva son las Cortes Nacionales, en el proceso de anulación o en el proceso de reconocimiento o ejecución del laudo, quienes están facultadas para reexaminar la jurisdicción del Tribunal Arbitral, cuando una causal que se relacione con la validez de la cláusula arbitral es presentada.

El efecto potencial que tenga el incumplimiento de los escalones previos en la ejecución del laudo, dependerá de la teoría que adopte el juez de la sede en el proceso de anulación, como de la teoría que adopte el juez del lugar para el reconocimiento o ejecución del laudo. En el contexto ecuatoriano la anulación del laudo no podría solicitarse a causa del incumplimiento de una etapa previa, ya que el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece de manera taxativa las causales de anulación y una causal de esta naturaleza, no está contemplada.

Si el juez considerase a la etapa previa como un requisito jurisdiccional podría denegar el reconocimiento y ejecución del laudo por falta de jurisdicción del tribunal arbitral. Por el contrario, si el juez considera al cumplimiento de las etapas previas como un requisito de procedibilidad, en caso de encontrar que el incumplimiento estaba justificado, el laudo y su reconocimiento deberían ejecutarse, no obstante, si no lo considera justificado podría denegar su reconocimiento y ejecución por determinar que el arbitraje no se llevó de acuerdo con la cláusula arbitral o que los árbitros excedieron su poder. Y si el juez considerase al cumplimiento de las etapas previas como un acuerdo sustantivo, la ejecución de laudo no se debería ver afectado.

9. Recomendando que las controversias sean resueltas por métodos alternativos de resolución de conflictos, y que se utilicen cláusulas escalonadas que combinen métodos autocompositivos y

heterocompositivos, siempre que las partes conozcan a cabalidad acerca de ellas y las cláusulas sean bien redactas.

Para finalizar, recomiendo la utilización de cláusulas escalonadas siempre y cuando las partes conozcan de una manera fehaciente lo que éstas representan. Si las partes desde el momento en que firman el contrato o acuerdo de someterse a una cláusula escalonada, no desean someter sus conflictos bajo la resolución de métodos autocompositivos, suscitado el problema seguramente tampoco lo van a hacer. Con una cláusula multinivel se evita llegar directamente a métodos confrontativos como es el arbitraje, en el cual seguramente no todas las partes quedarán satisfechas con el resultado, pero que resulta necesario en un último momento.

Es importante que los abogados al momento de asesorar a las partes, pongan en conocimiento de sus clientes las ventajas que conllevan resolver sus conflictos mediante métodos autocompositivos, así como es responsabilidad de los abogados el redactar bien las cláusulas para que estas puedan ser efectivas.

Una cláusula escalonada que establezca tiempos concretos y procedimientos claros, es un instrumento de gran utilidad para resolver controversias, caso contrario solamente generará mayores problemas y extensas discusiones al momento de aplicarla.

BIBLIOGRAFÍA

AUTORIDADES

- Andrade Cadena, X. (2005). Las Ventajas del Arbitraje Internacional: Una Perspectiva Ecuatoriana. *Revista de Derecho Comparado*, 131-156.
- Bernal Gutiérrez, R. (2012). Las Cláusulas Escalonadas o Multinivel, su Aproximación en Colombia. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 169-203.
- Born, G. (2009). *International Commercial Arbitration*. Holanda: Kluwer Law International.
- Cabanellas, G. (2005). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Caivano, R. J. (2008). *La Cláusula Arbitral, evolución histórica y comparada*. Bogotá: Universida del Rosario.
- Caivano, R. J. (2011). Las cláusulas 'escalonadas' de resolución de conflictos (negociación, mediación o conciliación previas al arbitraje). En C. A. Soto Coaguila, *Tratado de Derecho Arbitral* (págs. 65 - 94). Bogotá: Instituto Peruano de Arbitraje, Editorial Ibañez y Pontificia Universidad Javeriana.
- Caivano, R. (2013). La Renuncia a los Recursos. En E. Gaillard, & D. Fernández Arroyo, *Cuestiones Clases de Arbitraje Intenacional* (págs. 133 - 140). Bogotá: CEDEP.
- Castro Salcedo, M. (2005). *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis.
- Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial. (2013). *Guía del ICCA para la Interpretación de la Convención de Nueva York de 1985. Manual para Jueces*.
- De Castro, F. (1979). El Arbitraje y la Nueva Lex Mercatoria. *Anuario de Derecho Civil, Tomo XXXII*, 619-725.
- De Menthon, F. (1926). *Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire*. París: Editions Spes.
- Del Águila Ruiz, P. (2005). "Arbitraje Institucional o Arbitraje Ad-Hoc ¿He ahí el dilema?". En *Revista Peruana de Arbitraje, N° 2*. (págs. 231-263). Lima: Grijley.

- Devis Echandía, H. (1984). *Teoría General del Proceso* (Vol. I). Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Eisemann, F. (1974). *La Clause d' Arbitrage Pathologique*. Torino: Unione Tipografico.
- Fernández Rozas, J. C., & Iriberry, E. A. (211). Validez y eficacia del convenio arbitral internacional. En C. A. Soto Coaguila, *Tratado de derecho Arbitral* (págs. 745-786). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez: Instituto Peruano de Arbitraje.
- Ferri, L. (1957). La autonomía privada. En L. Ferri, *Revista de Derecho Privado* (págs. 4-235). Madrid.
- Fouchard, P. (1979). *Le Règlement d'arbitrage de la CNUDMI*. CLunet.
- Fouchard, P., Gaillard, E., & Goldman, B. (1999). *International Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International.
- García Larriva, H. (2011). Partes No Signatarias del Convenio Arbitral: Entre la Realidad Económica y la Ficción Jurídica. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 65-110.
- García Máynez, E. (1986). *Introducción al Estudio del Derecho* (Trigesimo Octava ed.). México D.F: Porrúa.
- Gonzalez de Cossío, F. (2004). *Arbitraje*. México: Porrúa.
- Herrera, S. (2001). *La mediación en México*. México: Fundap colección derecho, administración y política.
- Instituto Ecuatoriano de Arbitraje. (2012). *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Cevallos.
- Instituto Ecuatoriano de Arbitraje. (2013). *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Quito: Ecuador.
- Jiménez Figueres, D. (2003). Multi-Tiered Dispute Resolution Clauses in ICC Arbitration. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 14(1), 71-88.
- Jolles, A. (2006). Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement. *Arbitration Journal of The Chartered Institute of Arbitration*, 329 - 338.
- Leible, S. (1998). *Proceso Civil Alemán*. Medellín: Fundación Konrad Adenauer, Biblioteca Jurídica Dike.
- López de Argumedo Piñeiro, Á. (2010). El pacto de negociar con anterioridad a la iniciación del arbitraje (multi-step dispute resolution clauses). *Ponencias del Cuarto Congreso Internacional de Arbitraje*, 107- 133.
- Méndez, H. (2010). "El arbitraje ¿Contrato o proceso?". *Revista de Derecho Procesal: Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos.*, 313.

- Merchán, J. F., & Medina, J. M. (2006). *Tratado de Derecho Arbitral* (Tercera ed.). Navarra: Civitas.
- Moore, C. (1995). *El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Granica S.A.
- Reisman, W. M., Craig, W. L., Park, W., & Paulsson, J. (1997). *International Commercial Arbitration*. New York: The Foundation Press, Inc.
- Salcedo Verduga, E. (2007). *El Arbitraje. La Justicia Alternativa*. Guayaquil: Distrilib.
- Samuel, A. (1989). *Jurisdictional Problems in International Commercial: A study of Belgian, Dutch, English, French, Swedish, Swiss, U.S. and West German Law*. Zurich: l' Institut Suisse de Droit Comparé.
- San Cristóbal Reales, S. (2013). Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI (2013)/ ISSN: 1133-3677, 39-62.
- Schreuer, C. (2004). Travelling the BIT Route - Of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road. *The Journal of World Investment and Trade*, 231-254.
- Slaikeu, C. (1996). *Para que la sangre no llegue al río. Una guía práctica para resolver conflictos*. Buenos Aires: Granica S.A.
- Talero Rueda, S. (2006). *Arbitraje Comercial Internacional*. Colombia: Temis.
- Torterola, I. (2011). Cláusulas Escalonadas en el Arbitraje de Inversión. En C. A. Soto Coaguila, *Tratado de Derecho Arbitral* (págs. 287-295). Bogota: Pontificia Universidad Javeriana de Bogota; Instituto Peruano de Arbitraje; Grupo Editorial Ibañez.
- Vintimilla, J. (2002). *Los métodos alternativos del manejo de conflictos y la justicia comunitaria*. Centro sobre Derecho y Sociedad - CIDES.

BIBLIOGRAFÍA DIGITAL, LIBROS Y PÚBLICACIONES WEB.

- American Arbitration Association. (s.a.). Guía para La Redacción de Cláusulas Internacionales de Solución de Disputas. Obtenido de https://www.adr.org/aaa/ShowPDF?doc=ADRSTG_014213
- Caivano J, R. (2006). Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario. (R. d. Arbitraje, Ed.) Lima Arbitration N.1, 121-162. Obtenido de http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf
- De la Cuadra, T. (s.a.). El Principio de Legalidad en la Actuación de las Administraciones Públicas. Obtenido de <http://ocw.uc3m.es/derecho->

[administrativo/instituciones-basicas-del-derecho-administrativo/lecciones-1/Leccion3.pdf](#)

- Enciclopedia Jurídica. (2014). Instancia. Obtenido de: [http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/instancia/instancia.htm](#)
- File, J. (2007). United States: multi-step dispute resolution clauses. Obtenido de Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP: [www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/File_Jason_IBAMediation_July07.pdf](#)
- González de Cossío, F. A1 (s.a.). Sobre la Naturaleza Jurídica del Arbitraje. Obtenido de González De Cossío Abogados, S.C: [http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JDC A%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf](#)
- Gonzáles del Cossío, F. A2 (s.a.). Lo Lúdico del Orden Público. Obtenido de González De Cossío Abogados, S.C: [http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/LO%20LUDICO%20DEL%20ORDEN%20PUBLICO.pdf](#)
- González de Cossío, F. A3 (s.a.). Validez del Acuerdo Arbitral bajo la Convención de Nueva York: Un Ejercicio Conflictual. Obtenido de Instituto Mexicano de Arbitraje: [http://www.imarbitraje.org.mx/publicaciones/Validez%20del%20Acuerdo%20Arbitral.pdf](#)
- Diccionario de la Lengua Española. (2012). Discutir. Obtenido de Real Academia Española: [http://lema.rae.es/drae/?val=discutir](#)
- Diccionario de la Lengua Española. (2012). Secuencia. Obtenido de Real Academia Española: [http://lema.rae.es/drae/?val=secuencias](#)
- Polanco, R. (2014). Is there a life for Latin American countries after denouncing the ICSID. Obtenido de Transnational Dispute Management: [http://www.wti.org/fileadmin/user_upload/wti.org/people/Researcher/tv11-1-article14_Is_there_a_life_after_ICSID_denunciation.pdf](#)
- Rodríguez Mesa, M. J. (2005). Estructura y Categoría del Delito. Obtenido de Repositorio de Objetos de Docencia e Investigación de la Universidad de Cádiz:

<http://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/15085/teoria%20del%20conflicto.pdf?sequence=1>

- Universidad Rey Juan Carlos. (2011). Métodos alternativos de solución de conflictos. Herramientas de paz y modernización de justicia. adrid: DYKINSON, S.L. Obtenido de:
<https://books.google.com.ec/books?id=P6WvqoT7V1MC&printsec=frontcover&dq=M%C3%A9todos+alternativos+de+soluci%C3%B3n+de+conflictos:+perspectiva+multidisciplinar+...&hl=es&sa=X&ei=BMSRVMaOL460sATohoLoDg&ved=0CB0Q6AEwAA#v=onepage&q=M%C3%A9todos%20alternativos%20de%20soluci%C3%B3n%20de%20conflictos%3A%20perspectiva%20multidisciplinar%20...&f=false>

CASOS Y FALLOS JURISPRUDENCIALES

- Acción de incumplimiento interpuesta por la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. contra la República de Colombia, Proceso 03-AI-2010 (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. 26 de Agosto de 2011).
- Bundesgerichtshof. (1999). Decision BGH. *Neue Juristische Wochenschrift* (Heft 9), 647–648.
- Bundesgerichtshof. (1984). *Neue Juristische Wochenschrift*, (Heft 12), 669–670.
- Burlington Resources Inc vs La República del Ecuador, No. ARB/08/5 (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. 2 de junio de 2010).
- Halsey vs. Milton Keynes General NHS Trust. EWCA 3006 Civ. 576 (Corte de Comercial de Inglaterra. 2004)
- Cable & Wireless PLC v IBM United Kingdom Limited, 668/2002 (Corte Comercial. 11 de octubre de 2002).
- Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P vs. La Republica de Argentina. Decisión sobre Jurisdicción., No. ARB/01/3 (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. 14 de enero de 2004)

- Ethyl Corporation vs. el Gobierno de Canadá, NAFTA/UNCITRAL (24 de Junio de 1998).
- IBM World Trade Corp vs República del Ecuador. No. ARB/02/10.
- Murphy Exploration and Production Company International vs La República del Ecuador, No. ARB/08/4 (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. 15 de diciembre de 2010).
- Pac Rim Cayman LLC vs. República de El Salvador, No. ARB/09/12 (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. 3 de Agosto de 2010).
- Sentencia C-186/11 (Corte Constitucional de Colombia 2011).
- Sentencia N.º 169-12-SEP-CC, N.º 1568-10-EP (Corte Constitucional Ecuatoriana (periodo de transición). 26 de abril de 2012).

CUERPOS NORMATIVOS

- Constitución del Ecuador (2008) Registro Oficial No. 449, de 20 de octubre de 2008.
- Constitución del Ecuador (1998) Registro Oficial No. 278, de 18 de marzo de 1998.
- Código de Procedimiento Civil del Ecuador. Última Codificación: Registro Oficial No. S58, de 12 de julio de 2005
- Código Civil del Ecuador. Última Codificación: Registro Oficial No. S46, de 24 de junio de 2005
- Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones del Ecuador. Registro Oficial No. S351, de 29 de diciembre de 2010.
- Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador. Registro Oficial No. S544, de 9 de marzo de 2009.
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Registro Oficial No. 134, de 28 de julio de 2003.
- Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Registro Oficial No. 43, de 29 de diciembre de 1961.

- Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Registro Oficial No. 875, de 14 de febrero de 1992.
- Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Registro Oficial No. 240, de 11 de mayo de 1982.
- Convención sobre Derecho Internacional Privado de la Habana. Registro Oficial No. S1202, de 20 de agosto de 1960.
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. (1966)
- Contrato de Concesión de Uso del Puerto Comercial Internacional de Carga de Manta. (2006)
- Directrices de la IBA (International Bar Association) para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional. (2010)
- Guía para la Redacción de Cláusulas Internacionales de Solución de Disputas, de la Asociación Americana de Arbitraje (*American Arbitration Association*)
- Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, (CNUDMI-1985), con enmiendas adoptadas en 2006.
- Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador (1997) Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1997.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado del Ecuador. Registro Oficial No. 312, de 13 de Abril del 2004.
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador. Registro Oficial No. 395, de 4 de agosto de 2008.
- Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI- 2012).
- Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC - 2002)
- Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (2010).
- Tratado Bilateral de Promoción y Protección de Inversiones (1997) suscrito entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América.