

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL Y LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Dr. Ernesto Salcedo Verduga*

En los últimos diez años, la legislación ecuatoriana sobre arbitraje ha sufrido un profundo cambio. Durante este lapso, la ley de arbitraje y mediación fue creada, modificada y finalmente codificada, adecuando sus reglas, de manera general, a los modernos principios que rigen el sistema.

Por tradición, el Ecuador, apegado muy profundamente al concepto de la soberanía del Estado, ha visto grandes inconvenientes en que éste, o las entidades del sector público que lo conforman, se sometan al arbitraje.

Esta circunstancia se ha hecho evidente en dos frentes: el interno, donde la reticencia y resistencia –empujadas por intereses de diversa índole- ha sido férrea y sostenida; y el externo, donde, a pesar de estar el Ecuador –casi sin excepción- vinculado y adherido a los tratados internacionales más importantes sobre arbitraje o en asuntos donde el arbitraje es considerado como el mecanismo más idóneo para solucionar controversias, se desconocen de manera olímpica estas herramientas bajo el pretexto de la soberanía y la preponderancia de la Constitución Política, sobre los compromisos adquiridos en desarrollo y con observancia de esta, llegando al extremo de incluir en las reformas a la Ley, criterios subjetivos para calificar la internacionalidad del arbitraje, alejándose así de todo principio universalmente establecido sobre el tema. Esto último obedece a una clara falta de política gubernamental sobre el tema o como cuando ocurre con frecuencia, debido al fanatismo o a una total ignorancia.

* Doctor en Jurisprudencia, Especialista en arbitraje, árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Guayaquil; árbitro Internacional de la Convención Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC; Tutor de Arbitraje Internacional del TICAMER (Tribunal de Arbitraje Internacional del MERCOSUR); catedrático de Derecho Procesal y Arbitraje de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Dirección Electrónica: esv@ortegaabogados-ec.com

En este entorno, no resulta extraño encontrar que, antes de la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación (RO. 145 del 4 de septiembre de 1977), no existía en el Ecuador una disposición legal que definiera y regulara el arbitraje internacional, donde fuere parte integrante el Estado o cualquiera de sus entes. Para denominarlo se adoptaban los criterios establecidos por los tratados y convenios internacionales suscritos y ratificados por el país, que exigían la existencia de un elemento extranjero, como por ejemplo, que las partes tuvieran su domicilio o residencia en distintos países o que la parte contraria estuviera vinculada con varios Estados.

Esto no significa que no se llevaran a efecto arbitraje, ni que el sistema no se utilizara o no fuere considerado como una buena opción. Sencillamente, la tendencia imperante era la de favorecer al Estado y generar para él, escenarios de privilegio sin considerar la índole de la controversia y desconociendo que cuando el Estado acude al arbitraje, se coloca en el mismo nivel que los particulares sin comprometer la soberanía ni sus poderes en el caso concreto. Se trataba del Estado o sus entidades y por tanto, tenía pleno derecho a dicho privilegio, con desventaja de los particulares, sin importar nada más y sin consideración de ninguna clase.

Sin embargo, ya sea por la influencia de los compromisos adquiridos a escala internacional, o por la simple necesidad de encontrar una mayor y mejor dinámica interna, los rigurosos principios a que me he referido han cedido en los últimos tiempos de manera bastante significativa. A esto debemos agregar que el Ecuador, desde principios de los años noventa se sumó a los países de América Latina que pusieron en marcha ambiciosos programas de reformas estructurales de carácter económico con el propósito de poner fin a décadas de inestabilidad económica. Dichos programas incluyeron procesos de privatización, desregulación y liberalización del comercio.

Como parte integral de estas nuevas políticas, el Ecuador –al igual que otros países– dio forma y suscribió tratados para la promoción y protección recíproca de inversiones (Tratados Bilaterales de Inversión o TBI). Estos instrumentos así como otros, muy importantes para la incentivación del comercio internacional, como los TLC o Tratados Bilaterales de libre Comercio, tienen como finalidad promover un ambiente favo-

rable para las inversiones extranjeras, tan necesarias para el desarrollo del país. Cualquier inversionista extranjero deberá tener en cuenta la existencia de este tipo de tratados al valorar los riesgos políticos y jurídicos de los posibles negocios que pretenda realizar en la región de América Latina y en particular, en el Ecuador.

Estos tratados incorporan en sus cláusulas un sistema de resolución de conflictos en el cual, luego de un periodo previo de negociación y/o limitada intervención de los tribunales locales, el inversionista puede entablar directamente un procedimiento arbitral en contra del Estado anfitrión. Normalmente este arbitraje se promueve bajo las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), cuando los Estados contratantes son partes en la Convención Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 –Convención de Washington-. En caso contrario, los tratados prevén generalmente como alternativa otro tipo de arbitraje internacional, como el de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) o el arbitraje ad hoc bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). También, en otros casos, algunos tratados permiten que el inversionista escoja acudir a la jurisdicción de los tribunales del lugar donde se realizó la inversión, en lugar de acudir al arbitraje internacional. Estos mecanismos aseguran que el inversionista tenga los medios para hacer exigibles directamente al Estado que ha incumplido sus obligaciones, que éstas sean adecuadamente protegidas o resarcidas, sin necesidad de tener que acudir al Estado donde tenga su propio domicilio.

El estado ecuatoriano que ha aceptado en los TBI acudir al arbitraje internacional respecto a las disputas con inversionistas extranjeros, ha archivado definitivamente para la historia la llamada “Doctrina Calvo”. Esta doctrina establecía que todas las controversias relativas a inversiones en el territorio de un Estado sólo podrían ser resueltas por los órganos judiciales de dicho Estado. Si el Ecuador y los demás países latinoamericanos han aceptado el arbitraje internacional como un mecanismo idóneo para la resolución de controversias con el Estado mismo, no cabe aceptar hoy día, un rechazo a este tipo de mecanismos en relación con las disputas de carácter estrictamente comercial. Peor aún, es totalmente reprochable que en nuestro país, se considere que el arbitraje internacional es un buen sistema cuando el Ecuador gana el litigio y al contrario,

resulta un pésimo mecanismo cuando el Ecuador resulta perdedor en el juicio arbitral. Este absurdo es total y absolutamente contradictorio con los Tratados Internacionales suscritos y reconocidos por el Ecuador en relación al arbitraje internacional. La red de Tratados TBI y TLC que han firmado los países latinoamericanos en los últimos diez años pone en evidencia que el arbitraje resulta el medio más válido y efectivo para fortalecer la seguridad jurídica de la inversión extranjera en dichos países.

Como sea, hoy observamos una tendencia del Estado –en líneas generales– permisiva de la aplicación del arbitraje y pro-acceso a los métodos alternos de resolución de controversias, en asuntos de comercio internacional. Esto, sin desmedro de los poderes del Estado, pero muy posiblemente con un mayor entendimiento del concepto de “soberanía” y con mayor conciencia del rol que desempeña el Estado, cuando, como cualquier particular, contratan o causan daños.

La codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación (Cod. 2006-014. RO. 417 del 14 de diciembre del 2006), ha modificado y modernizado la regulación del arbitraje y la conciliación –mediación–.

Esta normativa establece en su Art. 4º que al arbitraje pueden acudir “las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir”.

Cuando se trata de entidades que pertenecen al sector público y, en lo que al arbitraje nacional se refiere, “además de cumplir con los requisitos que establece esta ley”, se deben cumplir los siguientes requisitos adicionales:

- a) 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, se deberá consultar al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;
- b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;
- c) En el convenio arbitral se debe incluir la forma de selección de los árbitros;
- d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución;

- e) El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral”.

Por su parte, el Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (L. 2001-45. RO. 372 del 19 de julio del 2001), que fue codificada en el 2004 (Cód. 2004-015. RO. 312 del 13 de abril del 2004), establece:

“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”.

Como podemos observar, si se incluye el acuerdo arbitral bajo la modalidad de la cláusula compromisoria y, en tanto se refiera a materia transigible de orden contractual y se exprese que la controversia se decida en derecho, el convenio surte todos sus efectos una vez lo firme el representante autorizado de la entidad e incluya la forma de seleccionar a los árbitros. En relación a este último punto la norma es de gran amplitud, dando prelación a las partes para que en eventos de arbitraje institucional se elijan árbitros de fuera de la lista del Centro y en los eventos de arbitraje independiente la falta de acuerdo conduzca a la nominación por parte de este último.

No obstante, para el caso de las entidades que pertenecen al sector público y bajo pena de nulidad, no nos podríamos remitir a los sistemas permitidos en general por el art. 16 de la Ley, sino que habría que indicar expresamente cuál es la fórmula que, en caso de darse una controversia, se debe usar para la selección de los árbitros.

Cuando de compromiso se trata, conforme lo indica la norma, se requiere del dictamen previo y obligatorio, es decir, vinculante, del Procurador para poderlo suscribir.

Ahora bien, cuando se trata de arbitraje internacional, se reafirma la preponderancia de los tratados, convenciones, protocolos y demás instrumentos ratificados por Ecuador y la Ley dispone:

“Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.

Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y las leyes de la República.

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

Los laudos dictados dentro de un procedimiento internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional” (Art. 42 de la LAM).

Como se puede apreciar, a pesar de la aparente apertura a esta clase de arbitraje y el respeto a los tratados, el arbitraje internacional está rodeado de una importante serie de restricciones por cuanto además de suponer la autorización del responsable de cada entidad, esta solo puede darse previo dictamen favorable del Procurador General, salvo que el arbitraje estuviere previsto en tratados o instrumentos internacionales, caso en el cual este dictamen del Procurador no sería necesario.

Es claro que dicho concepto o informe y la respectiva autorización del Procurador solo se podrían dar en la medida en que no estuviera el caso particular en contradicción a lo que la Constitución Política y la ley dispongan al respecto, caso en el cual, aunque se contara –en caso absurdo- con ellas, no sería del caso adelantar el arbitraje. Esto por

cuanto al contravenirse una norma constitucional o legal imperativa, que revisten la connotación de orden público, el laudo respectivo estaría viciado y no se podría ejecutar o, eventualmente, sería anulado.

Para el caso del Estado o las entidades del sector público, la mediación o conciliación se debe llevar a cabo por intermedio del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva, la cual podrá ser delegada por este en otra persona mediante el correspondiente poder (Art. 44).

En el plano del arbitraje internacional, habida cuenta de la plena vigencia de las convenciones de Nueva York y Panamá, no existe problema alguno para que, bajo las consideraciones expuestas en otros países, se dé curso al arbitraje del Estado o de sus entidades.

Para poder comprender mejor la aplicación de las convenciones que se dejan mencionadas, es necesario distinguir entre el arbitraje internacional y el arbitraje extranjero. En el Ecuador el arbitraje es internacional cuando las partes así lo hubieren pactado y siempre y cuando se cumplan cualquiera de los requisitos que exige el artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación. La doctrina llama "extranjero" al arbitraje, cuyo laudo "se profiera por un tribunal cuya sede se encuentra fuera del territorio nacional. El criterio diferenciador es que el laudo extranjero sólo atiende al lugar del arbitraje, que debe haber sido fuera del territorio nacional; en cambio, en el arbitraje internacional hay otros factores de conexión unidos al pacto expreso de las partes"¹. Por tanto, podría presentarse el caso de que el arbitraje fuese extranjero –por ejemplo, se tramita en Colombia- pero se siguiese por la ley ecuatoriana.

El Convenio de Nueva York de 1958, regula el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros, no se refiere a los laudos internacionales. Los laudos arbitrales extranjeros, por sí mismos, carecen de fuerza ejecutiva en el Ecuador. Para que tengan eficacia ejecutiva en nuestro país se hace necesario que sean reconocidos u homologados por un órgano jurisdiccional del Ecuador. Esta homologación, efectuada a través de un procedimiento de exequátur, mediante una resolución

¹ Marco Gerardo Monroy Cabra: *Arbitraje Comercial Nacional e Internacional*. 2da. Edición. Legis, p. 254.

estimatoria en juicio ordinario, permitirá que el laudo arbitral extranjero adquiriera fuerza ejecutiva en nuestro país.

El exequátur de laudos extranjeros, como acabamos de decir, se rige en el Ecuador por el Convenio de Nueva York sin perjuicio de lo dispuesto en otros tratados internacionales más favorables a su concesión. Se exceptúa de este régimen la ejecución de laudos dictados en arbitrajes amparados por el Convenio de Washington de 1965 sobre Arreglos de Diferencias Relativas Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, que creó el CIADI (Centro Internacional para el Arreglo de Controversias relacionadas con las Inversiones). Según este convenio, los laudos que se dicten dentro del ámbito de su aplicación son obligatorios y vinculantes para las partes y se ejecutan sin necesidad de homologación.

El régimen del exequátur –de conformidad con el convenio de Nueva York– se aplica exclusivamente a los laudos extranjeros y no necesariamente a los laudos expedidos en un arbitraje internacional. El art. 1.1 del Convenio dispone que “la presente Convención se aplicará al reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas”.

No obstante lo anterior, el Convenio mantiene también un criterio más amplio (no basado en un estricto criterio territorial) para determinar cuándo existe un arbitraje sometido a su normativa. Así, según el mismo art. 1.1, el Convenio se aplica también “a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en que se pide su reconocimiento y ejecución”.

La explicación a esta disposición tiene su origen en la existencia de algunos países –Alemania por ejemplo– que consideran un laudo nacional o extranjero sin acudir al principio de la territorialidad (es decir considerando el Estado en que se dictó), sino más bien, aplicando la ley que regula el procedimiento de arbitraje (la *lex arbitri* del país donde se pide el reconocimiento y ejecución del laudo)².

² España, por ejemplo, no formuló tal reserva, por lo que el segundo criterio de la Convención de NY le sería aparentemente aplicable. Sin embargo, el mismo queda

Ecuador suscribió el Convenio de Nueva York acogiendo al principio de reciprocidad, al declarar que aplicará la Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante únicamente, y sólo cuando tales sentencias se hayan pronunciado sobre litigios surgidos de relaciones jurídicas consideradas comerciales por el derecho ecuatoriano. Al acogerse a esta reserva, la aplicación del Convenio al reconocimiento y ejecución a las sentencias arbitrales extranjeras, es restringida en el Ecuador.

En efecto, el Convenio será de aplicación a la homologación, en primer lugar, de sentencias arbitrales pronunciadas más allá de las fronteras ecuatorianas, por Estados que hayan suscrito el Convenio; y, en segundo lugar, de resoluciones arbitrales dictadas en arbitrajes pactados a fin de resolver litigios derivados exclusivamente de relaciones jurídicas de índole comercial.

En consecuencia, según el Convenio de Nueva York, el laudo dictado en un procedimiento arbitral desarrollado en el Ecuador será considerado nacional, aunque el arbitraje sea internacional, y laudo extranjero el que tenga lugar fuera del Ecuador, y solo a estos últimos y con la reserva mencionada, se aplicará el régimen del Convenio sobre su reconocimiento y ejecución en el Ecuador.

El reconocimiento u homologación se realiza mediante un procedimiento llamado de exequátur³, cuyo alcance ha sido precisado por la jurisprudencia nacional:

“El juez exhortado debe proceder a homologar o conceder el exequátur a la sentencia extranjera cuya ejecución se solicita, o sea a calificar que dicha sentencia esté conforme al derecho público ecuatoriano, a las leyes nacionales y a los tratados internacionales, en caso de haberlos, tanto en el fondo como en la forma. O, en caso contrario, a no admitir su ejecución”. (R.O. No. 378, 27 de julio de 2001, pág. 30).

excluido por la adopción del criterio de territorialidad del art. 1.1. de la Ley de Arbitraje de España (Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje).

³ Entiéndase por exequátur “el acto de un órgano jurisdiccional, dictado en un proceso seguido a instancia de parte, por el que se autoriza que una sentencia extranjera produzca efectos en determinado ordenamiento como acto jurisdiccional”. Julio D. González Campos: “Curso de derecho internacional privado”, Vol. II, Oviedo, 1983, pág. 330.

Mientras que la Convención de Nueva York dice que un laudo será extranjero cuando proviene de un país distinto a aquel en que se pide el exequátur y cuando siendo proferido en un Estado, las autoridades nacionales del mismo no lo consideran como laudo nacional (art. I), la Convención de Panamá de 1975 sobre arbitraje comercial internacional, ratificada por Ecuador, se ocupa del arbitraje comercial internacional y dentro de su normativa no existe una definición sobre laudo extranjero.

Estas dos Convenciones tratan de igual manera las causales para denegar el exequátur, la carga de la prueba en dicho proceso y el hecho de que tales causales son las únicas que tienen la virtud de enervar una solicitud de exequátur. Hasta allí llegan las similitudes. Sin embargo, en otros aspectos del arbitraje tienen tratamientos distintos o, simplemente, algunos de los temas regulados en una no tienen manifestación en la otra.

La Convención de Nueva York tiene vocación universal pues, además de ser aprobada bajo los auspicios de la ONU, está abierta a la firma de todos sus miembros. La Convención de Panamá, por su parte, está abierta a la firma de los Estados miembros de la OEA y a la adhesión de cualquier otro Estado. No obstante, difícilmente un país no americano quiera adherirse a este instrumento, cuando existe la opción de participar en la Convención de Nueva York. De hecho, hasta el día de hoy, solo Estados americanos son partes en la Convención de Panamá.

La Convención de NY se refiere a diferencias contractuales o no, mientras que la de Panamá trata solamente de los asuntos con carácter mercantil.

Mientras que la de NY admite reserva de reciprocidad y de comercialidad, la de Panamá no las considera específicamente. Sin embargo, su texto permite reservas.

Hay otros temas que están regulados en una convención sin ser tratados en la otra. Así, la de Panamá trata la nacionalidad de los árbitros y la norma aplicable al procedimiento en caso de silencio de las partes, es el Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial CIAC.

Ahora bien, ¿cuál de las dos convenciones resulta en el Ecuador más favorable para el reconocimiento y ejecución de un laudo dictado en el extranjero?

El art. VII, numeral 1ª de la Convención de NY, establece: “Las disposiciones de la presente convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes, ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudieran tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque”.

Este artículo consagra la máxima eficacia posible para lograr el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales y la Convención de NY no debe ser un obstáculo para tal fin.

Este principio de máxima eficacia permite que, para lograr el reconocimiento y ejecución de un laudo, se apliquen las normas más favorables de la convención de NY junto con las más favorables del otro tratado. Esto significa que, la convención de Panamá puede primar sobre la de NY en la medida en que sea más favorable. Además, una y otra pueden aplicarse a un mismo caso para lograr la máxima eficacia en cuanto al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales.

Para concluir, hemos podido apreciar, en el movimiento de reforma y actualización de la ley de arbitraje y mediación, que existe un franco ánimo de involucrar al Estado y las entidades públicas en la utilización del arbitraje. A pesar de que no existe unanimidad de criterio al respecto, se destaca la tendencia del Estado ecuatoriano proclive a la utilización del sistema arbitral tanto a nivel nacional como a nivel internacional, en este último aspecto bajo el espíritu de las convenciones de NY y de Panamá.

Es de desear que se consolide y extienda el arbitraje y no madure negativamente, sino que crezca y se imponga como herramienta que a todos conviene y, en particular a los intereses del mismo Estado.