

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Jurisprudencia

**Proceso para el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales
Extranjeras en el Ecuador bajo la Convención de Nueva York**

Claudia Luccia Pernas Pavisic

Abogado Xavier Andrade Cadena, Director de tesis

Tesis de Grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogada.

Quito, Mayo 2013

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

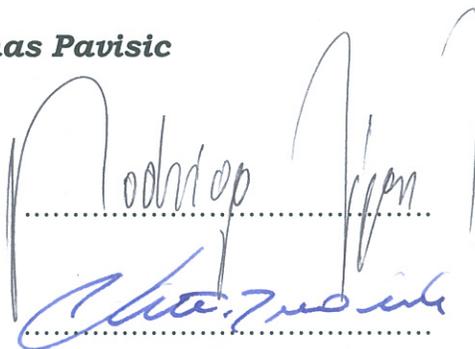
Colegio de Jurisprudencia

HOJA DE APROBACIÓN DE TESIS

“Procedimiento de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros bajo la convención de Nueva York”

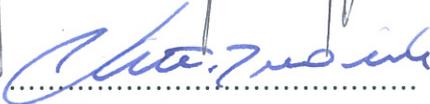
Claudia Pernas Pavisic

Dr. Rodrigo Jijón
Presidente del Tribunal e Informante



.....

Dr. Xavier Andrade Cadena
Director de Tesis



.....

Dr. Jaime Vintimilla
Informante



.....

Dr. Luis Parraguez
Decano del Colegio de Jurisprudencia



.....

Quito, 10 de Mayo de 2013

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACION DE DIRECTOR / TRABAJO ESCRITO TESINA

TESINA/TITULO: PROCEDIMIENTO DE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS BAJO LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK.

ALUMNO: CLAUDIA PERNAS PAVISIC

EVALUACIÓN:

a) Importancia del problema presentado

El objeto de la tesina es relevante, pues, pese a que existe (escasa) bibliografía sobre el tema, la problemática del reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros en el Ecuador sigue siendo vigente y demanda mayor análisis de la comunidad jurídica ecuatoriana

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador

La hipótesis planteada por la estudiante es trascendente. La tesina presenta una propuesta de solución a la problemática que genera la insuficiencia y a la incongruencia de la normativa ecuatoriana que regula el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados

Los materiales utilizados fueron adecuados, actualizados y provienen de las voces con mayor autoridad en la disciplina.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada)

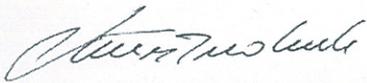
La estudiante hace un breve análisis de la historia, el objeto y la normativa de la Convención de Nueva York, resaltando sus bondades en relación con la normativa que existía antes de su creación. Se repasan las denominadas "condiciones sustantivas" de la Convención, entre las que se encuentran los requisitos para solicitar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero, y los motivos por los cuales dichas acciones podrían ser denegadas por un juez de un país suscriptor.

Posteriormente, se analiza la legislación ecuatoriana aplicable al reconocimiento y a la ejecución de laudos *arbitrales* extranjeros, haciendo una adecuada diferenciación con la ejecución de sentencias *judiciales* extranjeras.

Finalmente, la estudiante presenta una propuesta para mitigar la problemática identificada, que implica la aprobación de una reforma a la Ley de Arbitraje y Mediación.

En general, la investigación se encuentra bien estructurada. Si bien la tesina no representa una novedad en la disciplina del arbitraje, existen elementos interesantes que enriquecieron el trabajo.

Quito, 1 de abril de 2013.



Xavier Andrade Cadena



Faint text below signature

Faint text below signature

Faint text below signature

© DERECHOS DE AUTOR

Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma: 

Nombre: Claudia Luccia Pernas Pavisic

C. I.: 091440583-2

Fecha: Mayo de 2013

*A mis padres Antonio y Natacha, por su
apoyo, amor y sacrificio
A mis hermanos José Antonio y Natalie,
por cuidarme y guiarme en la vida
A mi Nona Paquita, por enseñarme la
importancia de la felicidad*

*Agradecimiento:
A Xavier Andrade Cadena por su gran
conocimiento brindado en la elaboración
de esta tesina
A Natalie Pernas por su ayuda
incondicional*

RESUMEN

La globalización ha creado la necesidad imperiosa de solucionar los conflictos de ámbito internacional mediante el arbitraje. El arbitraje internacional es acogido por ser un proceso sencillo, seguro e imparcial. Sin embargo, para que el arbitraje sea eficaz tiene que existir la seguridad de que las sentencias arbitrales extranjeras sean acogidas en el Estado en donde se pretende su reconocimiento y su posterior ejecución.

El actual procedimiento en el Ecuador presenta diversos problemas derivados especialmente de la falta de normativa y la carencia de armonía que la misma tiene con la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras de 1958. En la presente tesina se plantea una propuesta para el proceso de reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras tomando en consideración la mencionada Convención, el derecho comparado, la doctrina y la jurisprudencia.

ABSTRACT

Globalization has created the important need to solve international conflicts through arbitration. Arbitration is received by a simple, secure and impartial process. Nevertheless, in order for the arbitration to be efficient, the arbitration awards must be recognized and executed.

The current dissertation deals with the several problems that arise due to the lack of regulations in Ecuador for the recognition and enforcement of awards and the contradictions with the New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. Moreover, the purpose of this thesis is to explore and analyze the procedures of recognition and enforcement of an arbitral award that would be harmonic with the New York Convention.

ÍNDICE

INTROUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	3
LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES DE 1958.....	3
1.1 Nacimiento de la Convención de Nueva York.....	3
1.2 Alcance – La obligación del Estado ecuatoriano de ejecutar laudos extranjeros bajo la Convención de Nueva York.....	4
1.2.2 Laudos Extranjeros: Criterio Territorial.....	4
1.3. Interpretación del Art. I de la Convención de Nueva York: Laudos no nacionales o laudos flotantes.....	5
1.3.1 Definición del laudo flotante.....	6
1.3.2 Historia Legislativa del Laudo Flotante.....	7
1.3.3 Laudos flotantes: ¿Bajo el alcance de la Convención de Nueva York?.....	7
1.4 Requisitos de forma impuestos al peticionante para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales bajo la Convención de Nueva York.....	9
1.4.1 Historia Legislativa.....	10
1.4.2 Formalidades del Art. IV de la Convención de Nueva York.....	11
1.5 Características Fundamentales de los motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales	15
1.5.1 La eliminación del <i>double exequatur</i>	15
1.5.2 Limitación al ámbito procesal.....	16
1.5.3 El carácter Taxativo.....	17
1.5.4 Carga de la prueba	18
1.5.5 Interpretación de la convención de Nueva York.....	20
1.5.6 Discreción de la Corte en la aplicación del Art. V de la Convención de Nueva York.....	21

1.6 El principio de derecho más favorable	21
1.7 Conclusión.....	24
CAPÍTULO II.....	25
MOTIVOS PARA DENEGAR EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS BAJO LA CONVENCION DE NUEVA YORK.....	25
2.1 Cuestiones preliminares	25
2.2. Causal primera para denegar el reconocimiento y ejecución del Laudo Arbitral bajo la Convención de Nueva York.....	26
2.2.1 Capacidad de personas naturales bajo la Convención de Nueva York.....	26
2.2.2 Capacidad de personas jurídicas bajo la Convención de Nueva York.....	28
2.2.3 Capacidad del Estado bajo la Convención de Nueva York.....	29
2.3 Causal segunda para denegar el reconocimiento y ejecución del Laudo Arbitral bajo la Convención de Nueva York.....	30
2.3.1 La notificación y asignación del árbitro en el proceso arbitral.....	31
2.3.2 La parte no ha podido hacer valer sus medios de defensa.....	31
2.4. Causal tercera para denegar el reconocimiento y ejecución del Laudo Arbitral bajo la Convención de Nueva York.....	33
2.4.1 El tribunal excede sus límites de mandato.....	34
2.4.2 Casos en donde el tribunal excedió su competencia en algunas cuestiones si y en otras no.....	34
2.5 La cuarta causal contemplada en el Art. V de la Convención.....	38
2.5.1 Cuestiones preliminares.....	38
2.5.2 Autonomía de la voluntad.....	39
2.6. La quinta causal contemplada en el Art. V de la Convención.....	41
2.6.1 sentencia con carácter obligatorio.....	41
2.6.2 Sentencias arbitrales anuladas o suspendidas.....	42
2.6.3 Discreción de la corte para el reconocimiento y ejecución de laudos nulos o suspendidos.....	44

2.6.4 Perspectiva Francesa para el reconocimiento y ejecución de laudos anulados o suspendidos.....	47
2.7 Causal V. (2) (a) contemplada en la Convención de Nueva York de 1958.....	50
2.7.1 Cuestiones arbitrables	51
2.8 Causal V. (2) (b) contemplada en la Convención de Nueva York de 1958.....	52
2.8.1 Concepto y alcance del Orden Público.....	52
2.8.2 Limitación al orden público como causal para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero.....	54
2.9. Conclusión	56

CAPÍTULO III

NORMATIVA NACIONAL: PROCESO DE RECONOCIMIENTO Y DE EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS: PROBLEMÁTICAS SURGIDAS.....	57
---	----

3.1 Vigencia de la convención de Nueva York.....	57
3.2 Reservas hechas por el Ecuador a la Convención de Nueva York.....	58
3.2.1 Reserva de reciprocidad.....	58
3.2.2 Reserva de comercialidad	59
3.3. <i>Exequátur</i> en el Ecuador.....	61
3.3.1 Naturaleza Jurídica.....	61
3.3.2 Proceso de <i>exequátur</i> ecuatoriano y sus falencias.....	62
3.4 La vía de apremio: procedimiento para el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros.....	63
3.4.1 Naturaleza jurídica.....	63
3.4.2 Recurso contra el apremio.....	64
3.4.3 Ejecución de apremio.....	64
3.4.4 Consecuencias negativas de la aplicación de la vía de apremio.....	65
3.5 Proceso de reconocimiento y ejecución bajo el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil.....	65
3.5.1 Normativa.....	66

3.5.2 Problemática de considerar el artículo 414 una posible alternativa de ejecución para laudos.....	67
3.5.3 Superposición de tratados	69
3.6 Jurisprudencia sobre el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero en el Ecuador.....	73
3.7 Conclusión	76
CAPÍTULO IV.....	77
PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE UN LAUDO EXTRANJERO EN EL ECUADOR.....	77
4.1 El proceso.....	77
4.2 Presunción de validez del laudo arbitral extranjero.....	78
4.3 Proceso para el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral extranjera.....	79
4.3.1 Solicitud.....	79
4.3.2 Análisis de oficio para el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero en el Ecuador.....	79
4.3.3 Requisitos formales para el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral extranjera.....	84
4.3.4 Causales para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero en la legislación ecuatoriana.....	88
4.3.5 Órgano competente	93
4.4 Conclusión.....	94
CONCLUSIONES.....	95
BIBLIOGRAFÍA.....	100

INTRODUCCIÓN

“Todo contrato internacional es incompleto y defectuoso si no incluye una cláusula arbitral”¹. El mundo es testigo de cómo el arbitraje viene alcanzando un desarrollo sin precedentes a lo largo y ancho del planeta. De hecho, cada vez son más los países que al momento de aprobar o modificar sus normativas arbitrales, apelan en todo o en parte a la Ley Modelo UNICTRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional.

En la última década del siglo pasado 58 Estados se adhirieron a la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, constituyendo el 42% del los 138 Estados que actualmente son miembros de este instrumento internacional tan fundamental y necesario. No obstante, al momento del reconocimiento y la ejecución, la sentencia arbitral extranjera cae bajo la responsabilidad del ordenamiento jurídico de un determinado Estado, con los riesgos que ello implica.

Toda la seguridad, rapidez y eficacia puede perderse a manos de una legislación que no contemple un camino seguro y sin trabas para el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero. La presente tesina hace un estudio de la Convención y de la legislación ecuatoriana, para poder llegar a una propuesta en donde se establece una concesión en donde la normativa ecuatoriana respete las disposiciones de la Convención, sin violentar los principios fundamentales de derecho ecuatoriano.

Para esta tarea la tesina se divide en cuatro capítulos. El primer capítulo trata sobre las características fundamentales de la Convención, tales como la eliminación del *double exequatur*, el principio de derecho más favorable, la reversión en la carga de la prueba, la limitación al juez del *exequatur* en cuanto a la revisión del fondo del asunto, entre otras. En el segundo capítulo se hace un análisis del artículo V de la Convención,

¹ Bernardo María Cremades. *Estudio sobre arbitraje*. Óp.Cit., p.33.

para denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera, para este propósito se utiliza la doctrina y la jurisprudencia. En el tercer capítulo se hace un estudio de la problemática que constituye el derecho ecuatoriano al momento de proceder al reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero. A su vez, se analizará la problemática de utilizar el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil para el *exequatur* de sentencias arbitrales extranjeras. Finalmente, en el cuarto capítulo se verá una propuesta para un proceso de reconocimiento y de ejecución de laudos extranjeros, tomando como eje las disposiciones de la Convención de Nueva York, la Ley Modelo sobre arbitraje Comercial Internacional elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el derecho interno de otros países.

CAPÍTULO I

LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK SOBRE EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES DE 1958

1.1 Nacimiento de la Convención de Nueva York

La Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (la Convención) nace de la necesidad de resguardar el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales. La misma Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional tiene como finalidad principal impedir que las sentencias arbitrales sufran discriminación por parte de los países obligados a reconocer y ejecutar las sentencias. Jan Paulsson hace hincapié en el propósito de la Convención de Nueva York estableciendo que su finalidad contiene la simple misión de hacer más fácil el reconocimiento y ejecución de sentencias estableciendo ciertos estándares mínimos.²

² *“In other words, the convention was not intended to fix things that were not broken, nor to prevent individual legal systems, from going further. The question therefore is not whether it is possible for signatories to the convention to enforce foreign awards, even when the convention would not so required, but whether and when it is wise or indeed obligatory in another basis for them to do so”.*

En otras palabras la Convención no se creó para arreglar cosas que no estaban dañadas, o para prevenir sistemas legales individuales de ir más lejos. La pregunta por lo tanto no es si es posible para los estados parte de la Convención de ejecutar los laudos, incluso cuando no ha sido pedido por la convención, pero como y cuando es sabio o de hecho obligatorio en otros estándares para ellos hacerlo. Traducción propia.

Jan Paulsson. “Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulment (Lsa)”. The ICC International Court of Arbitration bulletin vol 9/n 1 (1998), p. 14.

La Convención de Nueva York nace de dos instrumentos: El Protocolo de Cláusulas Arbitrales de 1923 en Ginebra y de la Convención sobre Ejecución de Laudos Arbitrales de 1927 en Ginebra. El interés primordial de la Convención de Nueva York es impedir que las cortes responsables del reconocimiento y ejecución hagan inaplicable la sentencia arbitral por cuestiones peculiares de una corte local, o que el laudo quede estancado en litigaciones por años.

1.2 Alcance – La obligación del Estado ecuatoriano de ejecutar laudos extranjeros bajo la Convención de Nueva York

En la presente sección se abordará el alcance que tiene la Convención de Nueva York y se determinará cuáles son las características o requisitos que un laudo debe tener para que esté contenido en el ámbito de aplicación de la Convención. Adicionalmente, se analizará qué parámetros se toman en consideración para establecer la “extranjería” de un laudo.

1.2.1 Laudos Extranjeros: Criterio Territorial

Para establecer el alcance de la Convención se debe recurrir al artículo I de la misma. En dicho artículo se establece que la Convención es aplicable a laudos “extranjeros”. A su vez, para determinar qué es un laudo extranjero, la Convención utiliza un criterio territorial. Por lo tanto, el artículo I establece lo siguiente:

La presente convención se aplicará al reconocimiento y la 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 (...).³

El criterio principal para determinar la extranjería de un laudo es el lugar donde se lleva a cabo el arbitraje. Como se ve en el articulado antes mencionado, no se toma en consideración la nacionalidad de las partes, tampoco se considera la materia sujeta a

³ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958). Artículo I.

arbitraje ni la ley que se está aplicando al arbitraje para determinar si la sentencia arbitral es extranjera.

Para Albert Van den Berg el territorio es el único criterio que se debe tomar en consideración para determinar la extranjería del laudo.⁴ Para otros autores, de igual manera, el criterio de “extranjero” está constituido por un hecho fáctico de que la sentencia arbitral fue emitida en un país diferente de donde se busca el reconocimiento y ejecución del laudo, y no se toma en consideración la nacionalidad de las partes en el arbitraje. “El ámbito de aplicación de la Convención no depende de la nacionalidad de las partes en el arbitraje. Es aplicado a todos los laudos “extranjeros”, esto quiere decir a todos los laudos hechos en otro país que no sea el país en donde se busca el reconocimiento y la ejecución del”.⁵ En otras palabras, para Van den Berg solo interesa el hecho de que el laudo fue dictado en un país distinto de donde se busca el reconocimiento y la ejecución.

1.3. Interpretación del artículo I de la Convención de Nueva York: Laudos no nacionales o laudos flotantes.

La última parte del artículo I de la convención por su falta de claridad y variadas interpretaciones crea una incertidumbre a nivel mundial. La última parte del articulado primero de la convención estipula lo siguiente: “Se aplicará también a las sentencias arbitrales que *no sean consideradas como sentencia nacionales*”.⁶ El fragmento del artículo antes redactado ha creado varias interpretaciones entre ellas, la posibilidad de que el alcance de la Convención se extienda a “laudos flotantes”.

⁴ The criterion of territoriality is, in fact, the sole criterion for the conventions field of application in regard to the award.

El criterio de territorio es de hecho el único criterio que utiliza la Convención para la aplicación del laudo. Albert Jan Van den Berg. *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a Uniform Judicial Interpretation*. Kluwer Law International and Taxation Publishers, 1981, p. 190.

⁵ Philippe Fouchard, *et al.* “International Commercial Arbitration”. London: Kluwer Law, 1999, p. 967.

“The scope of the convention does not depend on the nationality of the parties of the arbitration. It applies to all ‘foreign’ award, that is to say all award made in a country other than that where enforcement is sought”.

⁶ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958). Artículo I.

En la presente sección se verá en primer lugar la definición del laudo flotante. En segundo lugar, se explicará la historia legislativa de estas sentencias arbitrales. Finalmente, se evaluará las posiciones que existe en la doctrina a favor y en contra del laudo flotante bajo el alcance de la Convención.

1.3.1 Definición del laudo flotante

Para empezar, es importante citar ciertos autores que han definido a los laudos flotantes. Por ejemplo, Van den Berg define a esta especie de sentencias arbitrales la siguiente manera: “En esencia consiste en un laudo que por decisión de las partes, es el resultado de un arbitraje que no esta arraigado a la ley de una nación.”⁷ A su vez, Santos Beldrano define dicho tipo de laudo como:

Es aquel que emana de un arbitraje, que por expresa voluntad de las partes manifestada en el acuerdo arbitral, se desprende de toda regulación normativa nacional, impidiendo cualquier control sobre el, y en que los árbitros deciden libremente en base al propio derecho establecido por las partes para la decisión de la controversia.⁸

A raíz de las definiciones transcritas anteriormente podemos llegar a crear una definición propia. Laudo flotante es aquella sentencia arbitral que por decisión de las partes que se someten a arbitraje, no responde a una legislación en concreto. Este tipo de laudo responde en gran parte a la autonomía de la voluntad en donde las partes tienen la facultad de despegar al laudo de cualquier normativa nacional.

1.3.3 Historia Legislativa del Laudo Flotante

⁷ “Consists in essence of an award resulting from an arbitration which is detached from the ambit of a national arbitration law by means of an agreement of the parties” .traducción propia Philippe Fouchard, *et al. International Commercial Arbitration*. Óp. Cit., p. 29.

⁸ Rubén Santos Beldrano. *Arbitraje Comercial Internacional: tendencias y perspectivas*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1988, p. 44.

La Corte Internacional de Arbitraje fue quien planteó por primera vez en 1953 la idea de que la Convención contemple casos de laudos flotantes.⁹ Sin embargo, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), en aquel momento no estuvo muy a gusto con la idea de aceptar esta variedad de sentencias arbitrales.

El Consejo analizó la posibilidad de que existiría injusticia y abuso de un laudo si el mismo no ha sido controlado por ninguna corte de un país. El comité de ECOSOC no estaba encantado con la idea de un laudo completamente independiente a la ley del Estado (...) esto era para el comité inaceptable pues, no tener ningún control de una legislación nacional podría llevar a injusticias y abusos.¹⁰ Analizando el espíritu del legislador en el ECOSOC parecería que la intención original no fue incluir a los laudos flotantes bajo el de la Convención.

1.3.4 Laudos flotantes: ¿Bajo el alcance de la Convención de Nueva York?

Una vez que se ha visto la definición y la historia legislativa de estos laudos de características peculiares es preciso exponer el debate que se lleva a cabo sobre si los mismos están o no bajo el alcance de la Convención. La doctrina ha presentado argumentos muy sustanciales a favor y en contra de permitir a los laudos flotantes estar cubiertos por la Convención.

Cierta parte de la doctrina establece que el alcance de la Convención de Nueva York es perfectamente aplicable a los laudos flotantes, basándose en que tanto la constitución del tribunal arbitral como el procedimiento arbitral pueden acordarse y sujetarse a lo dispuesto por las partes, sin necesidad de hacer referencia a una determinada legislación nacional.¹¹ Este argumento invoca a la autonomía de la voluntad que tienen las partes procesales para acordar procedimientos y leyes sin necesariamente atarse a la legislación de una nación.

⁹ Albert Jan Van den Berg. *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a Uniform Judicial Interpretation*. Óp Cit., p. 35.

¹⁰ "The ECOSOC comite was not charmed by the conception of an award completely independent of nation law (...) this was according to the Committee, unacceptable of the exclusion of any control by nation might lead to injustice and abuse". Traducción propia.

Ibid.

¹¹ Eduardo Picand Albonico. *Arbitraje Interncional*. Santiago: Editorial Juridica de Chile, 2005, p. 73.

Se argumenta, a su vez, que el artículo V de la Convención prevé que la formación del Tribunal Arbitral y el procedimiento queden librados al acuerdo de las partes sin sujetarlos a ninguna ley estatal. Además, se arguye que el artículo V que contiene la lista taxativa para denegar una sentencia arbitral, no contiene la posibilidad de denegar un laudo flotante entre sus causales.

La contraparte de la doctrina plantea de igual manera argumentos fuertes. Entre ellos, se estipula que el numeral (a) del artículo V de la Convención, establece:

Que las partes en el acuerdo (...) estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes la 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.¹²

Basado en esta causal, parecería que la Convención no prevé la existencia de laudos dictados por tribunales que no tienen asentamiento en ningún Estado. Pues, en el momento de existir una incapacidad por alguna de las partes, si las mismas no han dicho nada, se evoca a la ley del país en donde se haya dictado la sentencia, y por lo mismo necesariamente se necesita hacer referencia a la legislación de un país.

Un argumento similar se presenta bajo el numeral (e) del artículo V de la Convención. Dicho numeral establece: “Que la sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente *del país en que, o conforme a cuya ley*, ha sido dictada la sentencia.”¹³ La implicación que hace el numeral anterior bajo esta corriente es que la sentencia arbitral tiene que estar gobernada por la ley de un país, ya que la suspensión de un laudo puede ser llevada a cabo solo por “una

¹² Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958). Artículo V.

¹³ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958). Artículo V (e).

autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada la sentencia.”¹⁴

A manera de conclusión, parecería que tanto el numeral (e) como el numeral (a) del artículo V traen de cierta manera implícito el requisito de que exista la ley de una nación en casos de que sea necesario recurrir a la misma. Analizando ambas posiciones se puede inclinar a pensar que los laudos flotantes no estarían bajo el alcance de la Convención.

1.4 Requisitos de forma impuestos al peticionario para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales bajo la Convención de Nueva York

En la presente sección se tratará en primer lugar, y con brevedad, la historia legislativa del artículo IV de la Convención. A continuación, se tratarán los requisitos formales impuestos a quien promueve una acción destinada a obtener el *exequátur*. Dichos requisitos están contemplados en el artículo IV de la misma Convención.

1.4.1 Historia Legislativa

El borrador de la Convención del ECOSOC de 1955 contenía requerimientos muy similares a los contenidos en el artículo 4(1) de la Convención de Ginebra. Dichos requisitos del artículo 4 eran bastante exigentes y contrarios a la agilidad del proceso.

En 1958 en una conferencia llevada a cabo en la ciudad de Nueva York, se dio un giro a la visión del artículo IV de la Convención. Un delegado holandés propuso que las condiciones que debía cumplir la parte interesada para la ejecución se convirtieran en causales que debe invocar la parte que desee denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo.¹⁵

¹⁴ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958). Artículo V (e).

¹⁵ Albert Jan Van den Berg. *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation*. Óp. Cit., p. 247.

La propuesta tuvo éxito y el resultado fue favorable, aquellos requisitos que antes eran impuestos a la parte que pretendía hacer valer el laudo se transformaron en causales impuestas a la parte que se oponga al reconocimiento y la ejecución del laudo. “La transformación de la mayoría de las condiciones “positivas” a condiciones “negativas” fue impulsado por el deseo de facilitar en mayor medida las condiciones llevadas a cabo por la parte que busca el reconocimiento y la ejecución de un laudo”.¹⁶ Esta propuesta sin duda alguna favoreció la agilidad en el reconocimiento de los laudos extranjeros. Hoy en día los requisitos establecidos en el artículo IV de la Convención de Nueva York son las únicas condiciones que la parte en busca del reconocimiento y la ejecución debe cumplir, esto simplifica y facilita en gran medida el proceso de *exequátur*.

1.4.2 Formalidades del artículo IV de la Convención de Nueva York.

En la presente sección se verán las formalidades contempladas en el artículo IV de la Convención. A su vez, se abordarán dos temas. En primer lugar, se verá los requisitos de certificación y autenticación del laudo. En segundo lugar, se analizará el requisito que establece la traducción de la sentencia arbitral al idioma del lugar en donde se pretende hacer efectiva la misma.

1.4.2.1 Certificación y autenticación bajo el artículo IV de la Convención

El artículo IV de la Convención establece los requisitos de certificación y autenticación para el reconocimiento de laudo. De esta manera, el artículo menciona lo siguiente: “Para obtener el reconocimiento y ejecución previstos en el artículo anterior, la parte que pida el reconocimiento y ejecución deberá presentar junto a la demanda:

- a. El original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.

¹⁶ “The transformation of most of the “positive” condition into “negative” conditions was prompted by the desire to ease the condition to be fulfilled by the party seeking enforcement as much as possible”.
Ibid.

- b. El original del acuerdo a que se refiere el artículo II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad.”¹⁷

La primera cuestión para analizar es la diferencia entre la autenticación del laudo original y la certificación de copias. La certificación alude al total del documento acreditando que es copia fiel de otro considerado original. En cuanto a la autenticación de la sentencia arbitral, ello implica la acreditación de la autenticidad de las firmas en el documento.¹⁸

El segundo tema que se aborda en cuanto al artículo IV de la Convención, es que la exigencia de la autenticación es requerida a la copia de la sentencia arbitral, no respecto al acuerdo arbitral cuando se presenta el original. La ausencia de requerimiento de autenticación del original del convenio arbitral se debe a que al mismo no se le exige formas sacramentales para que se lleve a cabo. De hecho, el acuerdo arbitral como se menciona en el artículo II, puede darse hasta: “contenido en un canje de cartas o telegramas.”¹⁹

Dicho de otra manera, la autenticación a que se hace referencia en el artículo IV de la Convención se refiere a la certificación por notario de la autenticidad de las firmas que constan en el laudo. “La autenticación es sinónimo de legalización. Por lo tanto, es la simple comprobación por la autoridad competente de que la firma que aparece en un documento corresponde en verdad al signatario.”²⁰ En definitiva, lo que se quiere evitar es la falsificación de la firma en el laudo.

Ahora bien, como tercera cuestión se trata sobre la ley aplicable a la certificación. Sobre este tema la Convención guarda silencio. Sin embargo, en este punto se

¹⁷ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958). Artículo IV.

¹⁸ Julian D M Lew, *et al. Comparative International Commercial Arbitration*. Holanda: Kluwer Law International, 2009, p. 500.

¹⁹ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958). artículo II.

²⁰ Alberto Raúl Pichot. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Driskill SA: Buenos Aires, p.30.

recomienda que la certificación se adecue a los requisitos exigidos por la ley del país en donde se pretende realizar el reconocimiento y la ejecución del laudo.²¹

El cuarto tema que se analiza es: ¿qué autoridad tiene la facultad de certificar o autenticar el laudo? En la práctica, se ha demostrado una clara tendencia a pedir al funcionario consular o diplomático²² del país en donde se busca el reconocimiento ubicado, en la nación en donde se dictó el laudo. La autoridad competente para la certificación de la copia es en principio competente también para su autenticación, pues algunas Cortes han aceptado la copia certificada por el secretario del respectivo Centro de Arbitraje.

El último punto que se plantea sobre el artículo IV de la Convención hace referencia a la Convención de la Haya de 1961 para suprimir la legalización de los documentos extranjeros. Bajo la Convención de la Haya, artículo III, la única formalidad que se puede pedir a los países miembros es que se apostille²³, en este caso, el acuerdo arbitral y el laudo. El Ecuador ha ratificado la Convención de la Haya en el 2004.²⁴ Por lo mismo, el Ecuador solo podría a los países miembros la Haya que apostille la sentencia arbitral o acuerdo, como proceda su legislación.

1.4.2.2 Traducción del laudo o sentencia arbitral

²¹ Fernando Aguilar. "Convención de Nueva York: Cincuenta Años". Eduardo Zuleta *et al.* (coords) Buenos Aires: 2008, p. 350.

²² For the authentication of the original award it is generally sufficient to have this formality accomplished by a diplomatic or consular agent of the country in which the enforcement is sought located in the country where the award was made.

Para la autenticación del original del laudo en general es suficiente que esta formalidad se lleve a cabo por el diplomático o consular del país en donde se busca el reconocimiento y la ejecución, ubicado en el país en donde el laudo fue dictado.

Albert Van den Berg. *The New York Convention: towards a Uniform Judicial Interpretation*. Óp. Cit., p. 187.

²³ Artículo 3.- La única formalidad que puede exigirse para certificar la veracidad de la firma, la calidad de la persona que la firma y, cuando proceda, la identidad del sello o timbre colocado sobre el documento, es la adición de la apostilla definida en el artículo 4, emitida por la autoridad competente del Estado de donde emana el documento.

Convenio Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros (1961). Artículo III.

²⁴ Ecuador Ratificó la Convención de la Haya el 31 de agosto del 2004. Registro Oficial 410.

El numeral segundo del artículo IV de la Convención trata la traducción del laudo como requisito impuesto a la parte que busca el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral. Dicho artículo establece lo siguiente:

Si ese acuerdo o esa sentencia no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dicho documento, la traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular²⁵.

Ahora bien, a pesar de la exigencia que se transcribió anteriormente, la jurisprudencia se muestra tolerante en aceptar laudos en idiomas que a pesar de no ser el habla oficial del país, la Corte posee entendimiento sobre el mismo. De hecho, por ejemplo, la Corte distrital en Amsterdam, sobre un laudo que había sido entregado en inglés sin la copia traducida, se pronunció de la siguiente manera: "El peticionario ha presentado la copia del laudo arbitral y el acuerdo arbitral debidamente certificado. El laudo y acuerdo antes mencionado se encuentran en inglés, idioma que dominamos lo suficiente como para entender el contenido de aquellos documentos."²⁶

Es importante mencionar que la realidad que se maneja en el Ecuador es otra, por lo que es probable que los jueces ecuatorianos precisen una copia traducida al español de la sentencia arbitral. No obstante, no deja de estar presente la posibilidad de que una corte ecuatoriana acepte el laudo en un idioma extranjero que domine y entienda a la perfección sin pedir que se le entregue la copia traducida. Cabe mencionar que la traducción del documento no es una disposición absolutamente indispensable ya que la misma puede subsanarse a medida que transcurra el proceso.

²⁵ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958). Artículo IV.

²⁶ The Netherlands District Court of Amsterdam.

The petitioner has submitted duly certified copies of the arbitral award and the arbitration agreement. The aforementioned award and agreement are drawn up in English language, which we have mastered sufficiently to acknowledge the contents of those documents.

Corte distrital, Holanda, Amsterdam.

El peticionario ha presentado la copia del laudo arbitral y el acuerdo arbitral debidamente certificado. El laudo y acuerdo antes mencionado se encuentran en Inglés, idioma que dominamos lo suficiente como para entender el contenido de aquellos documento.

Vale la pena mencionar que la traducción de una sentencia arbitral puede resultar fuente de impugnaciones en sí misma si se alega que la traducción excede el laudo o interpreta de forma equivocada el contenido del mismo. Por eso, se precisa la certificación de la traducción para constatar que dicha traducción es válida. Esta certificación se puede llevar a cabo bajo la ley del país en donde se desea reconocer el laudo o bajo la ley del país en donde se emitió. Para Mantilla esta flexibilidad es permitida para facilitar el proceso.²⁷

Para concluir el análisis del artículo IV de la Convención, cabe plantearse la siguiente pregunta: ¿qué tan indispensable es el cumplimiento de este requisito para el reconocimiento y ejecución del laudo? La mayoría de jurisprudencia se ha inclinado a no interpretar tan restrictivamente el artículo IV, sobre todo cuando se trata de formalidades que se pueden ir subsanando a medida que se vaya llevando a cabo el proceso. Una Corte de apelación en Estados Unidos, por ejemplo, rechazó una petición del demandado en donde solicitaba que se desechase la demanda de reconocimiento y ejecución debido a que la otra parte no presentó el original autenticado y la copia certificada, pues, la parte había subsanado este error en el proceso.²⁸

1.5 Características Fundamentales de los motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales

1.5.1 La eliminación del *doblexequátur*

El *doblexequátur* es una figura que se creó a raíz de la Convención de Ginebra sobre ejecución de laudos arbitrales en donde se exigía que una sentencia tenga carácter de final de conformidad con la legislación del Estado en el cual se dictó. Para el acreedor, probar que una sentencia arbitral tiene carácter de “final” en el sentido

²⁷ Fernando Mantilla Serrano. *Ley de Arbitraje – Una perspectiva internacional*. Madrid: Editorial Civitas 2005, p. 90.

²⁸ “A United States court of appeals rejected the motion of the respondent to dismiss the application for enforcement on the ground that the claimant had failed to submit the authenticated original or certified copy of the award since the claimant has cured this failure subsequent to the motion.

estipulado por la Convención de Ginebra significaba obtener una constancia de la autoridad competente en el país según la cual la decisión es final.²⁹

La Convención de Ginebra establecía que no era considerada como “final” aquella sentencia que fuese susceptible de impugnación, apelación o recurso de casación³⁰. De esta manera, la parte que ganó el juicio debía de iniciar dos procesos: uno en el país donde se emitió la sentencia y otro en el país donde se quiere ejecutar la sentencia. Esta medida de *double exequatur*, por su complicación y tiempo que requería originaba que la parte perdedora logre con facilidad la frustración del reconocimiento y de la ejecución de sentencias.

La Convención de Nueva York elimina el término “final” establecido en artículo 1 (d) de la Convención de Ginebra. Dicho término establecía que no se debía reconocer un laudo si el mismo podía seguir siendo apelado en el país de origen. La Convención reemplaza el término “final” por “obligatorio” en el tenor del artículo V.1.e. Por lo tanto, ya no se espera que la sentencia arbitral sea susceptible de apelación, ya que la obligatoriedad de la misma versa sobre la capacidad que tiene el mismo de producir los efectos deseados.

1.5.2 Limitación al ámbito procesal

La Corte ante la cual se presenta el laudo para ser reconocido y ejecutado no debe entrar a juzgar el fondo del asunto. Chocrón establece que esta “no es una instancia más en la que se haya de examinar el fondo del asunto, sino una vía para comprobar que la sentencia arbitral no va contra el orden público y se ajusta a los puntos sometidos a decisión arbitral y a las normas básicas por las que se rige la institución.”³¹ De esta

²⁹ Dyalá Jiménez Figueres. *Las Convenciones Anteriores a la Convención de Nueva York; Discusiones y Problemas*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 2008, p. 103.

³⁰ Christine Port et al. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards, a global commentary on the New York Convention*. Óp.Cit. p. 451.

³¹ Ana María Chocrón Giráldez. *Los Principios Procesales en el Arbitraje*. Barcelona: Editorial Bosch, 2000, p. 211.

manera, pedir la denegación del reconocimiento y la ejecución del laudo no constituye una instancia más para que se revise el fondo.

Más aún, esta prohibición de revisar el fondo de la sentencia responde a un principio internacional de arbitraje comercial, pues una corte local no puede interferir con el laudo arbitral extranjero: "El trabajo de revisión de la corte esta limitado en observar si un laudo contiene alguna causal contenida en el artículo V. Esta revisión no contempla que se evalúe la decisión de la corte de arbitraje".³² Se impone una limitación explícita a la corte del *exequátur* para aceptar y llevar a cabo el proceso de reconocimiento y ejecución.

1.5.3 El carácter Taxativo

El artículo V de la Convención de Nueva York resulta de gran importancia debido a que prevé los supuestos por los cuales se pueden denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos de manera taxativa. En otras palabras, la Convención de Nueva York no deja espacio para que exista ninguna otra causal que las establecidas en el artículo V de la propia Convención.

Como se ha mencionado, la finalidad de la Convención es agilizar y facilitar el reconocimiento y la ejecución de los laudos. De muy poco serviría el artículo V de la Convención si además de los requisitos dados, cada legislación local estableciera a su discreción requisitos adicionales para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos. Como menciona Lew "Al momento en que la Convención establece estándares máximos, los estados contratantes no pueden adoptar una legislación en donde existan más causales para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo."³³

³² "The court's scrutiny of the award is strictly limited to ascertaining whether the award contains things which may give rise to a refusal of enforcement on one of the grounds mentioned in art. V; It does not involve an evaluation by the court of the arbitration findings". traducción propia
Albert Van den Berg. The New York Convention: towards a Uniform Judicial Interpretation. Óp. Cit., p. 271.

³³ The convention sets maximum standards so that the contracting states cannot adopt legislation which adds grounds for resisting recognition and enforcement

La Convención establece un límite de causales bajo las cuales se puede denegar una sentencia arbitral; Sin embargo, una corte local puede establecer menos requisitos, sin embargo, podría establecer menos requisitos.

Para concluir, es importante mencionar que la necesidad de que las causales del artículo V de la Convención sean taxativas está para fortalecer la Institución del arbitraje, pues, restringe adecuadamente la intervención del Poder Judicial sobre las decisiones adoptadas por los árbitros, asegurando así el respeto de la autoridad de cosa juzgada que adquiere el laudo.³⁴

1.5.4 Carga de la prueba

Uno de los grandes avances que se incorporó en la Convención de Nueva York que no estaban incluidos en la Convención de Ginebra de 1927, es el traslado de la carga de prueba del actor hacia el demandado. Carlos Fernández Rozas, menciona que: “En el Convenio de Ginebra se infería un mecanismo en virtud del cual la prueba de las circunstancias favorables al reconocimiento correspondía a la parte que pretendía la ejecución.”³⁵

Dicha problemática se dejó atrás con el nacimiento de la Convención de Nueva York, pues la misma contempla la presunción de validez de las sentencias arbitrales que hace que la prueba recaiga sobre la parte contra la cual se quiere hacer efectiva la sentencia arbitral.³⁶ Por lo tanto, al ser considerada la sentencia como un acto de veracidad obligatoria se invierte la carga de la prueba. El solicitante, de hecho, debe

Julian D M Lew, *et al. Comparative International Commercial Arbitration*. Óp. Cit p. 706.

³⁴ Tabata Arteta Pinto. *La Interpretación Restrictiva de las Causales del Recurso de Anulación de Laudo Arbitral*. Lima: 2000, p.54.

³⁵ José Carlos, *et al. Curso de Derecho Internacional Privado*. 3ra Edición. Madrid: Editorial Civitas 1996, p. 592.

³⁶ Gilberto Giusti y Marcelo Barradas. “*La Taxatividad de los Supuestos que Obstan el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y la Carga de la Prueba Invertida: Factores que Convierten al artículo V en un Triunfo de la Convención de Nueva York*”. Eduardo Zuleta *et al.* (coords.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 234.

presentar tan solo dos documentos para que se le reconozca y ejecute el laudo: el laudo y el convenio arbitral.

Denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral, constituye una excepción a la regla general, pues el laudo es válido hasta que se demuestre lo contrario. Para la doctrina, esta inversión a la carga de la prueba ha facilitado extremadamente el tránsito internacional de decisiones arbitrales. “El arbitraje internacional pasó a gozar de un prestigio inédito hasta entonces, que resulta justamente de la presunción de validez y efectividad del laudo arbitral extranjero.”³⁷

Es importante mencionar que los artículos 35 y 36 de la Ley Modelo de la UNICTRAL de 1985, conservan la regla de inversión de la carga de la prueba. De esta manera, este principio, se vuelve parte de las leyes domésticas de diversos países, ya que como se sabe la Ley Modelo UNCITRAL ha tenido gran acogida en muchas legislaciones alrededor del mundo.

1.5.5 Interpretación limitada de la Convención de Nueva York

El artículo V de la Convención de Nueva York debe ser interpretado de manera tal que facilite el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales, esto quiere decir de manera limitada y literal. La interpretación debe ser restringida, es decir, sin admitir que por vía de interpretación o analogía se establezcan supuestos adicionales para la interposición de un recurso de anulación de laudo.³⁸

El hecho de que las causales sean interpretadas de manera restrictiva ayuda al respeto del sistema arbitral. Limitando la interpretación de las causales se hará más difícil que se anule un laudo, creando más respeto a todas las de justicia alternativa y, por ende, a la eficacia y eficiencia de los laudos. En este sentido, José María Chillo establece: “El

³⁷ Julio César Rivera. *Arbitraje Comercial Internacional y domestico*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007, p.330.

³⁸ José Merino Merchán y José Chillón Medina. *Tratado de derecho arbitral*. Madrid: Editorial Civitas, 2006, p. 694.

respeto a los laudos se garantiza cuando se restringe el acceso a los mecanismos judiciales orientados a dejarlos sin efectos, limitando las causales para la impugnación al mínimo indispensable para salvaguardar los principios básicos que deben regir al arbitraje (...).”³⁹

El respeto a las sentencias arbitrales debe de nacer de las autoridades del Estado a las que se les pide el reconocimiento y ejecución del laudo. El Estado debe garantizar el respeto a las decisiones arbitrales extranjeras, limitando la interferencia del Poder Judicial y reconociéndole al Arbitraje independencia frente a este.⁴⁰

Fundamentalmente, lo que se trata de evitar mediante la “interpretación restrictiva” de la Convención de Nueva York es que se amplíe el sentido de la norma, buscando evitar que se reconozca y ejecute un laudo extranjero. La interpretación restrictiva va a asegurar una menor interferencia del poder judicial y consecuentemente una mayor independencia de la institución arbitral.

1.5.6 Discreción de la Corte en la aplicación del artículo V de la Convención de Nueva York

El artículo V de la Convención de Nueva York establece lo siguiente: “sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de sentencias (...)” Ese “sólo se podrá”, da cabida a interpretar que aunque la parte se opone al reconocimiento del laudo pruebe que existe alguna de las causales del artículo V, la corte tiene aún cierta discreción para no tomar en consideración dicha causal de inejecución del laudo.

La discrecionalidad de los jueces en la Convención de Nueva York se ve especialmente reflejada en cuanto al reconocimiento y la ejecución de laudos anulados o

³⁹ Bernardo Cremades. *Regulación Nacional del Arbitraje y el Convenio de Nueva York*. Lima: Ediciones Magna, 2008, p. 14.

⁴⁰ Tabata Arteta Pinto. *La interpretación restrictiva de las causales del Recurso de Anulación de Laudo Arbitral*. Óp. Cit., p. 130.

suspendidos. Dicho tema se tratará en la presente tesina en el capítulo 2 sección 2.5.5 sobre “Discreción de la Corte para el reconocimiento y ejecución de laudos nulos o suspendidos.”

1.6 El principio de derecho más favorable

En la presente sección se examinará el principio conocido como “*Favor Arbitrandum*”, verdadero fundamento de la Convención de Nueva York.

El principio de derecho más favorable ha modificado el panorama del Arbitraje Comercial Internacional y ha creado una influencia positiva en las legislaciones locales a favorecer y agilizar el reconocimiento y la ejecución de laudos.

El artículo VII de la Convención de Nueva York establece lo siguiente:

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 pudiera 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.

En el principio de derecho más favorable se establece un mínimo de requisitos que el Estado ejecutor puede evaluar en un laudo extranjero, sin imponer condiciones apreciablemente más elevadas que las establecidas en la Convención. La consecuencia inmediata de esta interpretación es que los Estados podrán aplicar sus leyes siempre que sean más favorables al reconocimiento del acuerdo arbitral.⁴¹ De esta manera, el principio de derecho más favorable es contemplado en la Convención y puede ser invocado por la parte para que el reconocimiento y la ejecución se lleve a cabo de la manera más favorable.

⁴¹ Miguel Virgós. *El Convenio arbitral en el Arbitraje Internacional*. <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1577/documento/art01.pdf?id=2104>. (Acceso 3/01/2013).

El artículo VII de la Convención establece dos acercamientos. En primer lugar, la posibilidad que tienen los Estados de ejecutar los laudos de la manera que les parezca más favorable, basándose en regulaciones internas o en otros tratados. La otra vertiente es la “compability-provision”, esto quiere decir que la Convención de Nueva York no le quita validez a otros tratados existentes sobre arbitraje.⁴² En otras palabras, la Convención de Nueva York “permite” la aplicación de otros tratados que eventualmente pueden ser mas favorables para el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros.

Existen legislaciones que tienen un derecho local aún más favorable que la Convención de Nueva York. Este es el ejemplo de la ley francesa. El artículo 1502 del Nuevo Código de Procedimiento Civil Frances (NCPC)⁴³ contiene un conjunto de normas aplicables al arbitraje internacional, en donde se enumeran las causales por las cuales puede denegarse el reconocimiento o la ejecución de los laudos internacionales. Dentro de estas causales no está prevista la anulación de un laudo en el país de sede del arbitraje como causal de denegación.⁴⁴ La perspectiva francesa para el reconocimiento y ejecución de laudos nulos o suspendidos se tratará a profundidad en el segundo capítulo de la presente tesina.

La pregunta que se plantea en torno al principio de derecho más favorable es: ¿quién puede invocar el principio de derecho más favorable? La Corte Francesa en la mayoría de situaciones aplica sin que la parte lo solicite y de ante mano su propia legislación por considerarla más favorable a las disposiciones de la Convención. Por otro lado, la Corte en Suiza ha establecido reiteradamente que esta petición debe hacerse por una de las partes, de lo contrario se aplica los requisitos mínimos establecidos en la Convención de Nueva York.

⁴² Albert. Van den Berg. *The New York Convention: towards a Uniform Judicial Interpretation*. Óp. Cit., p. 120.

⁴³ Nuevo Código de procedimiento Civil Frances (NCPC). Entra en vigor el 12/5/1981.

⁴⁴ Existen cinco causales para admitir el recurso contra el reconocimiento de un laudo extranjero, estipuladas en el artículo 1502 del Nuevo Código de Procedimientos Civiles Francés: la ausencia, invalidez o vencimiento de un acuerdo arbitral; la constitución impropia del tribunal arbitral; el incumplimiento por parte del árbitro de la misión que le ha sido encargada; la violación al principio del contradictorio; la violación del orden público internacional en caso de ejecución del laudo.

La Convención no se ha pronunciado sobre este tema, dejando por lo tanto, a discreción de cada Corte decidir quien invoca el principio de derecho más favorable. Citando a Port: “Debido a que la Convención no se pronuncia sobre este tema, la ley procesal del país que ejecuta el laudo establece si las partes deben invocar expresamente el principio de derecho más favorable o si la corte de dicho país aplica la ley bajo su propia iniciativa”.⁴⁵ Es justo deducir que si una legislación es más favorable para aquel que busca el reconocimiento, la Corte de un país pueda aplicar su derecho.

Lo que si está claro es que la Convención debe ser respetada y ser vista como una sola. La Convención no permite una búsqueda de legislaciones o tratados que ofrezca un reconocimiento o ejecución más favorable, mezclando tratados y tomando las partes que sean más convenientes para la parte en busca del reconocimiento y la ejecución del laudo extranjero.⁴⁶

1.7 Conclusión

La convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales “Convención de Nueva York” es el instrumento más importante y con mayor trascendencia sobre los 120 países suscriptores en el mundo, entre los cuales se encuentra Ecuador. Las características que posee la Convención han creado un marco jurídico apropiado para que los países miembros no traben el proceso de reconocimiento y ejecución de laudos y agiliten el mismo. Características como la eliminación del *dobles exequátur*, el principio de derecho más favorable, la reversión en la carga de la prueba, la limitación al juez del *exequátur* en cuanto a la revisión del fondo del asunto, entre otras, hacen de la Convención un instrumento idóneo para el arbitraje internacional.

⁴⁵As the convention does not specifically address this issue, the procedural law of the enforcing state governs whether parties must expressly invoke the more favorable law or whether the enforcing court may apply such law on its own initiative. Traducción propia.

Christine Port et al. Recognition and enforcement of foreign arbitral awards, a global commentary on the New York Convention. Óp.Cit. p. 451.

⁴⁶ Esto sólo se puede dar en la Convención Europea de 1961 que se complementa con la Convención de Nueva York, en ciertos casos; sin embargo esto no compete al Ecuador.

CAPÍTULO II

MOTIVOS PARA DENEGAR EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS BAJO LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

2.1 Cuestiones preliminares

Los motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros se encuentran estipulados de manera taxativa en el artículo V de la Convención de Nueva York. El artículo contempla siete causales. Las primeras cinco causales deben ser interpuestas por la parte procesal, mientras que las últimas dos pueden ser invocadas por el juez de oficio.

Albert Jan Van Den Berg explica esta división del artículo V de la Convención:

El primer párrafo del artículo V menciona las bases de rechazo de ejecución, las cuales tienen que ser probadas por el demandado. El segundo párrafo de artículo V, el cual trata la violación de la Orden Público bajo la ley del forum, menciona las bases bajo las cuales la corte podría rechazar la ejecución bajo su propia moción.

A lo largo de este capítulo se analizará el artículo V de la Convención de Nueva York, haciendo referencia a la doctrina y jurisprudencia para lograr comprender el contenido de este complejo pero importante articulado de la Convención. Se empezará por aquellas causales que deben ser probadas por la parte interesada ante la autoridad competente del país en donde se pide el reconocimiento y la ejecución de dicha sentencia

arbitral. Se concluirá con las últimas dos causales del artículo V de la Convención las cuales pueden ser invocadas por el juez de *exequátur* de oficio.

2.2. Primera Causal para denegar el reconocimiento y ejecución del Laudo Arbitral bajo la Convención de Nueva York

Que las parte en el acuerdo (...) estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia.⁴⁷

La Convención de Nueva York exige que las partes contratantes del acuerdo arbitral tengan capacidad para celebrar el acuerdo arbitral, en virtud de la ley que les sea aplicable.⁴⁸ La presente sección se dividirá en tres partes. Primero, se tratará sobre el requisito de capacidad en las personas naturales. En segundo lugar, la capacidad en las personas físicas o sociedades. Por último, se analizará la capacidad en los Estados y organismos estatales.

2.2.1 Capacidad de personas naturales bajo la Convención de Nueva York.

La incapacidad para denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo nace en la Convención de Ginebra de 1927 y el verdadero sentido de incapacidad versaba sobre la inadecuada representación de una de las partes durante el proceso arbitral y no como un defecto que afectará la ejecución.⁴⁹

⁴⁷ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958). Artículo V.

⁴⁸ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958). Artículo V.

⁴⁹ Aunque se cumplan las condiciones previstas en el artículo 1 el reconocimiento y ejecución de laudo será rechazado si el juez considera: b. que la parte contra la cual se invoca el laudo no haya sido notificada del proceso arbitral con tiempo suficiente para hacer valer sus derechos o que, siendo incapaz, no haya sido debidamente representada. Convención de Ginebra de 1927 sobre ejecución de sentencias arbitrales.

En la Convención de Nueva York no existe una definición de incapacidad. Sin embargo, se puede entender que el concepto de capacidad que legisla la Convención concierne a la esfera contractual y particularmente a la posibilidad de celebrar validamente un acuerdo arbitral. Efectivamente Suárez afirma: “Hay una noción básica de capacidad que parece suficientemente aceptada (...) concierne a la posibilidad legal de que una persona sea parte de una relación jurídica obligatoria por su propia voluntad y en su propio nombre e interés”.⁵⁰ Por consiguiente la capacidad que la Convención busca establecer es aquella en donde la parte esta facultada para ejercitar sus derechos y contraer obligaciones.

Dicho de otra manera, el momento de presentar a un juez ecuatoriano la causal primera del artículo V de la Convención de Nueva York, se debe tomar en consideración el artículo pertinente en donde se establece la capacidad legal de una persona. El artículo 1461⁵¹ del Código Civil ecuatoriano establece que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que sea legalmente capaz. A su vez, el artículo 1463 del Código Civil establece que: “son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito”.⁵² Se debe notar que, en principio, serían los estipulados en artículo 1463 antes redactado los incapaces a los que se refiere la causal primera del artículo V de la Convención.

2.2.2 Capacidad de personas jurídicas bajo la Convención de Nueva York

La capacidad en las personas jurídicas se rige para gran parte de las legislaciones por el estatuto de la persona jurídica y el derecho del lugar de su constitución.⁵³ En la legislación ecuatoriana la persona jurídica es un incapaz relativo, en la medida de que sólo puede dar o hacer aquello que su estatuto le permite dar o hacer. La incapacidad

⁵⁰ Ignacio Suárez Anzorena. La defensa de incapacidad en la Convención de Nueva York. Eduardo Zuleta *et al.* (coords.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 398.

⁵¹ Son Absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordos mudos que no puedan darse a entender por escrito.

Código Civil. artículo 1463. Registro Oficial No. 46 de 12 de julio de 2005.

⁵² Código Civil. artículo 146. Registro Oficial No. 46 de 12 de julio de 2005.

⁵³ Alan Redfern, *et al.* *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Óp. Cit., p. 238.

relativa de la persona jurídica versa sobre la necesidad que la misma tiene de no poder actuar sin representación. Hay que hacer notar, que el derecho de ejercicio del representante de la persona jurídica esta limitado por la ley y los estatutos de la persona jurídica que representan. Para concretar, la incapacidad relativa de la persona jurídica impone el que por ella obre su representante legal.

La posibilidad de denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo por falta de capacidad trae consigo una problemática. La persona jurídica, cuando se ve perjudicada por un contrato, puede eventualmente plantear que realizó una operación que excede sus facultades (una operación *ultra vires*), estableciendo, por lo tanto, que la sociedad no tenía la capacidad para someterse al acuerdo arbitral. Sin embargo, se ha visto en varios casos, en donde para excluir esta posibilidad los Estados adoptan normas jurídicas específicas por las cuales se restringe o elimina el principio de los actos *ultra vires*.⁵⁴ Un ejemplo de esto es la primera directiva sobre Derecho Societario de la Unión Europea,⁵⁵ en la que, se protege a las personas que contratan de buena fe con personas jurídicas.

2.2.3 Capacidad del Estado bajo la Convención de Nueva York

Muchas legislaciones contienen ciertas restricciones para que la nación o sus entidades participen en un acuerdo arbitral. Estas restricciones afectan la capacidad del mismo para someterse a un acuerdo arbitral. Pues, no es lo mismo el país actuando dentro de sus propias fronteras que el Estado como una agente más de comercio internacional.⁵⁶

⁵⁴ En el mundo jurídico, dicha terminología ha sido empleada para hacer referencia a los actos de entes públicos o privados que sobrepasan el mandato de la ley y, bajo esa premisa, se consideran nulos los actos de las entidades públicas o privadas que exceden los límites legalmente impuestos.

Norbert Bernsdorff. *Actos y decisiones que exceden las competencias de una organización internacional: ¿Nulidad o anulabilidad?*. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2001/pr/pr19.pdf>. (Acceso 5/01/2013).

⁵⁵ Ej. Dentro de la Unión Europea, la primera directiva sobre derecho societario (1968) Diario Oficial de la Unión Europea n. L65/7.

⁵⁶ Julio César Rivera. *Arbitraje Comercial Internacional y doméstico. Óp Cit.*, p.114.

A pesar de que el Estado o entidades estatales pueden involucrarse en el comercio internacional, existen restricciones a la capacidad de obrar de un Estado. En el caso de Ecuador, existe una clara limitación o condición para que la nación ecuatoriana o personas jurídicas públicas se sometan a arbitraje. En el inciso segundo y tercero del artículo 42 de La Ley de Arbitraje y mediación se establece:

Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y leyes de la República. Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.⁵⁷

En otras palabras, antes de que el Ecuador celebre un acuerdo arbitral debe existir una autorización por parte del Procurador General del Estado. Así mismo, una vez que ha existido un acuerdo favorable del Ecuador para someterse a arbitraje el Estado o entidad estatal no podrá invocar su propio derecho para frustrar un acuerdo suscrito voluntariamente.⁵⁸ Sobre este tema la Corte de Apelaciones de Suecia estableció lo siguiente:

Durante los últimos años se ha tornado aún más habitual que los Estados y organismos estatales sean partes contratantes de acuerdos de índole comercial. Cuando dichos acuerdos contemplan el arbitraje, es *per se* sorprendente que posteriormente una de las partes contratantes se niegue a participar en el arbitraje o a respetar un laudo debidamente pronunciado. Cuando está involucrada una parte estatal, es por ende lógico interpretar que dicha parte, al aceptar la cláusula compromisoria, se comprometió a no obstaculizar el proceso arbitral o sus consecuencias mediante la invocación de su inmunidad.⁵⁹

Finalmente, cabe mencionar que ciertos autores, como Paulsson, consideran que las restricciones que impone un Estado a su propia capacidad no deben considerarse como cuestiones de capacidad sino como cuestiones de arbitrabilidad. Esto se debe a que se trata de autolimitaciones de la nación en donde él mismo está facultado para renunciar

⁵⁷ Artículo 42 Ley de Arbitraje y Mediación Ecuador.

⁵⁸ Alan Redfern, *et al. Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Óp Cit., p. 239.

⁵⁹ Tribunal de Apelaciones, Estocolmo, 19 de junio de 1980 (1981) *International Legal Materials* 893.

a esta limitación. El tema de la arbitrabilidad será tratado en la sección 2.6 de la presente tesina.

2.3 Segunda Causal para denegar el reconocimiento y ejecución del Laudo Arbitral bajo la Convención de Nueva York

La causal segunda está compuesta de dos partes fundamentales: la primera es la debida notificación y asignación del árbitro en el proceso arbitral y la segunda es el principio del debido proceso.

Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del arbitro o del procedimiento arbitral o no ha podido, por cualquier otra razón hacer valer sus medios de defensa.⁶⁰

2.3.1 La notificación y asignación del árbitro en el proceso arbitral.

La falta de notificación de la designación del árbitro en el procedimiento arbitral es una causal para negar el reconocimiento y la ejecución de un laudo. En el caso de los árbitros, las partes tienen el derecho de conocer quienes van a hacer los árbitros en el proceso y constatar que están ante árbitros imparciales e independientes.

Dicho de otra manera, el conocer la designación de los jueces es la única medida que tienen las partes para saber que se va a llevar a cabo un juicio justo. Suárez Anzorena lo explica de la siguiente manera: "Pues, el conocimiento de quienes van a ser árbitros permite a las partes conocer las circunstancias personales que afectan a tales árbitros, lo

⁶⁰ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958). Artículo V.

que en su caso, puede dar lugar a una recusación.”⁶¹ La imparcialidad e independencia de los jueces es indispensable para que se lleve a cabo el proceso arbitral de una manera satisfactoria.⁶²

En cuanto a la notificación, la doctrina coincide en que no existe ningún requisito formal con carácter general. “Las notificaciones en arbitraje no necesitan hacerse por conductos oficiales (...) vale cualquier medio de notificación (notarial, postal, telegráfico, electrónico, etc)”.⁶³ No obstante, así no se requiera formalidades sustanciales, la notificación debe llevarse a cabo la parte por cualquier medio que sea debe de estar informada de la demanda que se ha producido en su contra.

2.3.2 La parte no ha podido hacer valer sus medios de defensa.

La última parte de la causal segunda del artículo V de la Convención de Nueva York añade “no ha podido (la parte), por cualquier otra razón hacer valer sus medios de defensa”. La imposibilidad de hacer valer sus medios de defensa constituye una violación del debido proceso. Los árbitros deben asegurarse que en el trascurso del procedimiento arbitral las garantías del debido proceso no fueron violadas.

En el texto de Fouchard, Gailard y Goldman sobre arbitraje internacional se establece que el principio del debido proceso se aplica en todos los aspectos del arbitraje internacional, mencionando tres elementos que deben estar contemplados en el principio de debido proceso: En el primer elemento se establece que el principio del debido proceso está altamente ligado con el principio de trato equitativo en donde cada parte debe tener la misma oportunidad de defender su caso. El segundo punto contiene la posibilidad que debe tener la parte para emitir evidencias en un tiempo razonable. El último elemento establece que sólo se podrá considerar una violación del debido proceso cuando la parte oportunamente proteste dicha violación.

⁶¹ José Antonio Caínzos Fernández. *La indebida notificación de la designación del árbitro o del procedimiento arbitral*. Eduardo Zuleta et al. (coords.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p 440.

⁶² Enrique Vescovi. *Teoría general del proceso*. 2. da ed. Bogota: Editorial Temis, 2006, p. 127.

⁶³ Miguel Virgós Soriano. *Del exequatur*. Madrid: Tecnos, 2006, p. 668.

Sobre esto, Julio César Rivera menciona que el principio de debido proceso recae en la satisfacción de los principios de *audiencia, contradicción y defensa*.⁶⁴ Añadiendo a su vez que la existencia de una violación al debido proceso debe ser manifestada cuando se ha concluido la etapa probatoria y de alegatos:

En la práctica, cuando se termina la etapa probatoria y de alegatos, los árbitros suelen dictar una providencia con la que se clausuran el procedimiento y en la que incluyen una manifestación en el sentido de que el consentimiento de la misma importa que las partes no tienen objeciones que hacer *al modo que se ha llevado el procedimiento*.⁶⁵

Para Cremades, la violación al debido proceso debe estar cuidadosamente cautelado por los tribunales arbitrales. El autor afirma lo siguiente: “En prácticamente todos los casos en que se ha aplicado pueden observarse defectos atribuibles al Tribunal Arbitral que no prestó debida atención al desarrollo de etapas esenciales del proceso”.⁶⁶ Con respecto a esto, se entiende que la responsabilidad de resguardar el proceso recae ante los árbitros, los mismos tienen que cautelar especialmente el derecho a la defensa, contradicción y audiencia.

En definitiva, lo que la causal segunda trasmite es que el debido proceso esta amparada bajo esta causal. Los jueces deben cautelar a través del proceso que no se presente ninguna irregularidad que pueda constituir una violación a este principio procesal. A su vez, la parte debe oportunamente pronunciarse si la misma a sufrido algún tipo de violación al debido proceso.

2.4. Tercera Causal para denegar el reconocimiento y ejecución del Laudo Arbitral bajo la Convención de Nueva York.

La tercera causal del artículo V de la Convención se tratará en dos partes. En la primera parte los casos en donde el tribunal arbitral excedió los límites de su mandato, es

⁶⁴ Julio César Rivera. *Arbitraje Comercial Internacional y domestico. Óp. Cit.*, p.702.

⁶⁵ Julio César Rivera. *Arbitraje Comercial Internacional y domestico. Óp. Cit.*, p.703.

⁶⁶ Bernardo Cremades. *Regulación nacional del arbitraje y el Convenio de Nueva York. Óp Cit.*, p. 14.

decir, actuó *extra petita*, resolviendo una controversia que no se había sometido a su arbitrio. La segunda parte de esta sección se refiere a aquellos casos en donde el tribunal excedió su competencia, en ciertos aspectos, al momento de emitir el laudo.

Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras.⁶⁷

2.4.1 El tribunal excede sus límites de mandato

Para empezar, es importante establecer que el numeral tercero del artículo V de la Convención no contempla el supuesto en donde el tribunal no tiene competencia en absoluto por falta de validez del acuerdo arbitral. La causal tercera se refiere a casos en donde si bien el acuerdo arbitral es válido, el juez ha emitido decisiones que no están contempladas en el acuerdo arbitral. “A pesar de las reglas de arbitraje que ciertos temas están dentro del espectro de acuerdo de arbitraje o preguntas interrogantes emitidas a él, si esta comprobado que él ha excedido su autoridad, la ejecución podría ser rehusada bajo artículo V (1) (C)”.⁶⁸ Para la mayoría de doctrina, como se ve en la cita anterior, la causal tercera del artículo V se habilita cuando el juez se pronunció sobre alguna cuestión no contenida en el acuerdo arbitral.

Cuando el tribunal excede sus límites de mandato, quiere decir que no hay una congruencia entre el acuerdo arbitral y el laudo. Esto significa que un árbitro falla sobre materia que no ha sido estipulada en el acuerdo arbitral. Si en una sentencia arbitral un

⁶⁷ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958). Artículo V.

⁶⁸ “Regardless of the arbitration’s ruling that certain matters fall within the scope of the arbitration agreement or concern questions submitted to him, if it is proven that he has exceeded his authority, enforcement may be refused under artículo V (1) (C)”. Traducción propia.

Albert Van den Berg. *The New York Convention: towards a Uniform Judicial Interpretation*. Óp. Cit., p.312.

árbitro se pronuncia sobre temas no acordados en el acuerdo, se está violando la libertad que poseen las partes para establecer aquellos temas que van a ser materia de litigio.

2.4.2 Casos en donde el tribunal excedió su competencia en algunas cuestiones si y en otras no

En la presente sección se abordaran ciertos temas tratados por la doctrina, en donde parecería que el juez puede pronunciarse sobre temas que no han sido abordados en el acuerdo arbitral por las partes. Lo que se planteará a través de esta sección es una diversidad de casos en donde el juez excede sus límites del mandato y su tratamiento en la doctrina.

2.4.2.1 Primer caso: El acuerdo arbitral y las cuestiones accesorias.

Un caso planteado por la doctrina trata sobre las cuestiones accesorias, subsidiarias o incidentales del acuerdo arbitral; dicha defensa está sustentada bajo dos argumentos. El primer argumento concierne el principio de derecho que establece que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. El segundo argumento versa sobre la economía procesal, pues iría en contra de este principio si la parte interesada tuviera que plantear otra demanda ante un tribunal judicial o negociar un nuevo acuerdo arbitral con la contraparte para tratar las cuestiones accesorias.⁶⁹ De esta manera, bajo los argumentos antes mencionados existe una tendencia a dar libertad al juez para que en casos en donde hay temas accesorios, subsidiarios o incidentales se pronuncie al momento de emitir el laudo.

2.4.2.2 Segundo caso: Separación Jurídica del texto del laudo

En este caso el tribunal excedió su competencia en algún aspecto; sin embargo, en otras materias actuó bajo su competencia. De esta manera, lo que se dictó de acuerdo con

⁶⁹ José Antonio Caínzos Fernández. *La indebida notificación de la designación del árbitro o del procedimiento arbitral*. Eduardo Zuleta et al. (coords.). Óp. Cit., p. 474.

la competencia del juez es absolutamente válido pero aquellas partes que discrepan con lo establecido en el acuerdo arbitral no son válidas. Lo que se intenta hacer es una separación jurídica del texto identificando las secciones de la sentencia arbitral en las que se resuelven materiales sometido a arbitraje para salvar aquellas secciones y ordenar su ejecución.⁷⁰

Sin embargo, esta separación solo se puede hacer en aquellos casos en que el texto sea lo suficientemente claro para poder crear una separación del contenido. En consecuencia, aquella parte del laudo que es congruente con el acuerdo arbitral se le debe facilitar el reconocimiento y la ejecución y aquella parte del laudo que no es congruente con lo que las partes han establecido en el acuerdo arbitral debe rechazarse.

2.4.2.3 El laudo se refiere a una diferencia prevista en el pacto arbitral pero no incluida en las pretensiones del actor

La mayor parte de la doctrina se inclina a aceptar que el juez puede pronunciarse en aquellos casos en donde una diferencia no se estipula en las pretensiones de la demanda pero sí se encuentran en el acuerdo arbitral. Sobre esto, la doctrina ha proporcionado tres argumentos que se verán a continuación.

En primer lugar, el artículo V de la Convención de Nueva York dentro de sus causales para la denegación de laudo no prevé como una causal la incongruencia entre la petición y el acuerdo arbitral.⁷¹ De hecho, el artículo V contiene una lista taxativas de causales en donde no da cabida a una interpretación análoga o a incluir más causales. Evidentemente, si la intención de la Convención es denegar aquellas cuestiones que a pesar de estar contenidas en el acuerdo arbitral no son parte de las pretensiones de la parte, esta hipótesis hubiese estado contenida en el artículo V de la Convención.

⁷⁰ Redfern, *et al. Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Óp. Cit., p. 615.

⁷¹ Bernardo Cremades. *Regulación nacional del arbitraje y el Convenio de Nueva York*. Óp. Cit., p. 68.

EL segundo argumento establece que el árbitro es juez de su propia competencia, siendo él quien debe establecer si el acuerdo arbitral comprende o no las pretensiones implícitas o no expresas por la partes.⁷² En consecuencia, es el propio árbitro quien debe resolver los conflictos derivados del convenio arbitral. Pues, el principio de “Competencia-Competencia” establece que el árbitro está facultado para revisar su propia competencia. Esta potestad se entiende desde una perspectiva positiva como la manifestación o prolongación del convenio arbitral y sus defectos.⁷³ Por consiguiente, el juez decidiendo sobre su propia competencia puede establecer si el acuerdo arbitral comprende o no las pretensiones que no han sido propuestas por la parte.

El tercer y último análisis sostenido por Antonio Aljure Salame menciona que el tema de la congruencia entre el pacto arbitral y las pretensiones son cuestiones que se toman en consideración durante el proceso arbitral⁷⁴. De tal manera que el juez de reconocimiento no tiene competencia para analizar cuestiones que tuvieron que ser analizadas oportunamente en el proceso arbitral.

2.4.2.4. El acuerdo arbitral no incluye materia litigiosa pero las partes la incluyeron con posterioridad.

En esta hipótesis, el convocante presenta su demanda e incluye temas que no estaban en el acuerdo arbitral. Consecuentemente, el convocante los contesta de fondo, sin objetar la competencia del árbitro sobre esta materia. Sobre lo mismo, la doctrina sostiene que el juez de *exequátur* guiándose en el principio de buena fe, la doctrina del *estoppel* y a la de los actos propios no debería hacer valer la causal tercera del artículo V.

⁷² Antonio Aljure Salame El literal C) del artículo V de la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958. Eduardo Zuleta *et al.* (coords.). Buenos Aires; Abeledo Perrotto, 2008, p. 474.

⁷³ María Fernanda Vásquez Palma. *Comprensión del Principio “Competencia competencia” y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral.* http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-80722010000200006&script=sci_arttext (Acceso 3/1/2013).

⁷⁴ Antonio Aljure Salame. El literal C) del artículo V de la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958. *Óp. Cit.*, p. 474.

En otras palabras, sus actuaciones en el proceso y al momento de contestar en la demanda cuestiones que no eran parte del acuerdo arbitral está tácitamente incluyendo estas materias en el litigio. Por lo mismo, no se puede en la etapa de *exequátur* invocar la causal tercera del artículo V de la Convención si no fueron planteados oportunamente en el proceso arbitral.

2.5 Cuarta causal contemplada en el artículo V de la Convención

En la presente sección se analizará la causal cuarta del artículo V de la Convención de Nueva York. Se dividirá en dos secciones. En la primera se analizará el cambio realizado a la causal cuarta con respecto a la Convención de Ginebra de 1927. En segundo y último lugar se hará un análisis de la importancia de la autonomía de la voluntad en la presente causal.

Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje.⁷⁵

2.5.1 Cuestiones preliminares

En la Convención de Ginebra de 1927, a diferencia de la Convención de Nueva York, la causal cuarta se debía tomar en consideración simultáneamente dos factores. El primer factor es la voluntad de las partes en el acuerdo arbitral. El segundo elemento es la ley del país en donde se llevaba a cabo el arbitraje. De hecho, la Convención de Ginebra establecía lo siguiente: "Que la constitución del tribunal arbitral y el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes y a la ley del país en donde el arbitraje se llevaba a cabo".⁷⁶ En otras palabras, se debía de tomar en consideración los dos presupuestos simultáneamente tanto la voluntad de las partes en el acuerdo arbitral como la ley del país en donde se llevaba a cabo el arbitraje.

⁷⁵ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958). Artículo V.

⁷⁶ Convención de Ginebra de 1927 sobre la Ejecución de Sentencias Arbitrales.

Lo que se quiso lograr con la Convención de Nueva York es reducir la intervención de ley del país en donde se llevaba a cabo el arbitraje⁷⁷. Por lo tanto, esta Convención solo precisa que exista uno de los dos presupuestos: que haya vulnerado la voluntad de las partes establecidos en el acuerdo arbitral o que se haya quebrantado la ley del país en donde se lleva a cabo el arbitraje.

2.5.2 Autonomía de la voluntad

Parte fundamental de la causal cuarta de la Convención es la protección a la autonomía de la voluntad; piedra angular en el arbitraje: “la autonomía de la voluntad de las partes constituye el centro neurálgico del arbitraje internacional, presupuesto de su nacimiento y generador de su evolución”.⁷⁸ De esta manera, es importante que la autonomía de la voluntad en el arbitraje sea resguardada.

La primacía de la autonomía de la voluntad implica que las partes tienen la potestad de conformar el tribunal arbitral y acordar la aplicación de determinadas reglas. Por lo tanto, si la constitución del tribunal o el proceso no se ha llevado a cabo según la voluntad de las partes, las mismas pueden invocar la causal IV del artículo V de la Convención.

2.5.2.1 Doctrina de los actos propios

Gustavo Parodi plantea el supuesto en donde las partes no han objetado la constitución del proceso o del tribunal, dejando que el juicio siga con normalidad. No obstante, al momento del reconocimiento y la ejecución, la parte invoca el inciso cuarto del artículo V de la Convención de Nueva York, alegando que el tribunal y el procedimiento no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes.

⁷⁷ Albert Van den Berg. *The New York Convention: towards a Uniform Judicial Interpretation*. Óp. Cit., p. 120.

⁷⁸ Gustavo Parodi. *artículo V.1.D; El procedimiento arbitral: acuerdo de las partes V. Lex fori. ¿Puede el juez de reconocimiento pronunciarse sobre la validez del procedimiento regido por una ley diferente de la suya*. Eduardo Zuleta et al. (coords.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. p. 510.

Gustavo Parodi sobre lo mismo menciona; “Conforme a esta doctrina, no es permitido a una parte interponer objeciones o reclamos después del acaecimiento de alegadas irregularidades con respecto a las cuales dicha parte no presentó ninguna objeción oportuna (...)”.⁷⁹ La parte tuvo la oportunidad de objetar alguna irregularidad que se presentó en contra de su voluntad durante el procedimiento arbitral. Ahora bien, si la parte no objetó implícitamente está aceptando las condiciones que se llevaron a cabo en el acuerdo arbitral.

2.5.2.2 Autonomía de la voluntad y su concordancia con el debido proceso

Si bien es cierto que se debe respetar la autonomía de la voluntad, la misma no puede irse en contra de este principio. En otras palabras, el proceso y la composición del tribunal establecidos por las partes deben de estar de acuerdo con el debido proceso.

Un ejemplo de ello es cuando solo una parte nombra los árbitros para el proceso arbitral. A pesar de la importancia de la autonomía de las partes, no se debe descuidar el principio del debido proceso, “La composición del Tribunal de arbitraje y el procedimiento de arbitraje están todavía sujetos a los requerimientos fundamentales del debido proceso”.⁸⁰ Dicho de otra manera, las partes tienen derecho de ejercer autonomía de la voluntad, siempre y cuando la misma no atropelle en algún aspecto al principio del debido proceso.

2.6. La quinta causal contemplada en el artículo V de la Convención

El análisis de la presente sección se dividirá de la siguiente manera: En primer lugar se tratará de aquellas sentencias que carecen de carácter obligatorio para que sean

⁷⁹ Gustavo Parodi. *artículo V.1.D; El procedimiento arbitral: acuerdo de las partes V. Lex fori. ¿Puede el juez de reconocimiento pronunciarse sobre la validez del procedimiento regido por una ley diferente de la suya.* Óp. Cit., p. 510.

⁸⁰ “(...) *the composition of the arbitrial Tribunal and the arbitrial procedure are still subject to the fundamental requirements of due process*”. Traducción Propia.

Albert Van den Berg. *The New York Convention: towards a Uniform Judicial Interpretation.* Óp. Cit., p. 324.

reconocidas y ejecutadas en el lugar en donde se pretende. En segundo lugar, se verá aquellas sentencias que han sido anuladas conforme a la ley del país en donde se dictó la sentencia arbitral. Por último, se verá el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales anuladas o suspendidas bajo la perspectiva de la doctrina francesa.

Que la sentencia no es aun obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia.⁸¹

2.6.1 sentencia con carácter obligatorio

En la Convención de Ginebra de 1927 el término “obligatorio” no existía, por el contrario, se utilizaba el término “definitivo”.⁸² La palabra “definitivo” desencadenó cierta problemática y fue la raíz del *doble exequátur*. Pues, los jueces del lugar del primer *exequátur* estaban habilitados para hacer la declaración de si el laudo era o no definitivo. Por lo mismo, el término “obligatorio” se utilizó para poner fin a esta problemática.

Esencialmente, el cambio se dio ya que la “obligatoriedad” del laudo no se refiere a que una sentencia arbitral sea final sino que la misma sea obligatoria. La obligatoriedad del laudo versa sobre la capacidad que tiene la propia sentencia arbitral para producir los efectos deseados.

2.6.2 Sentencias arbitrales anuladas o suspendidas

Para empezar, se debe mencionar que los laudos anulados o suspendidos, como regla general, no pueden ser ejecutados en otros países. Van den Berg señala: “The rule is that if an award has been annulled – “set aside” or “vacated” in the country of origin

⁸¹ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958). Artículo V.

⁸² Redfern, *et al. Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Óp. Cit., p. 618.

(usually the place of arbitration), it cannot be enforced in other countries.⁸³ Partiendo de esto, se explicará a través de esta sección diferentes hipótesis en torno a los laudos anulados o suspendidos.

Paulsson, hace una distinción entre estándares de anulación locales y estándares de anulación internacional “Local Standard Annulment (LSA) vs. International Standards Annulment (ISA)”.⁸⁴ Para este autor, las únicas anulaciones que deben ser consideradas son aquellas que cumplen estándares internacionales. Paulsson, explica por lo tanto: “En la mayoría de de los laudos que se anulan la sentencia se funda en causas que son uniformes en la practica de la comunidad internacional; por ejemplo, que el laudo es contrario al orden público del lugar de arbitraje”.⁸⁵ Estas causas para adquirir su carácter de universal deben ser aceptadas por diversas legislaciones de países.

Finalmente, cabe mencionar que la doctrina en su mayoría coincide que una vez que se denegó el *exequátur* por ser un laudo anulado o suspendido, la parte no puede buscar otras jurisdicciones para hacer valer el laudo. “La parte no puede buscar alrededor del mundo para encontrar una corte flexible en algún lugar donde estén dispuestos a ejecutar dicho laudo”.⁸⁶ Pues, la idea es crear armonía entre las Cortes mundiales de arbitraje y bajo esto sería contradictorio que se le permita a la parte buscar Cortes que contradigan un pronunciamiento previo de una Corte de *exequátur*.

⁸³ La regla es que si un laudo ha sido anulado “puesto de lado” u olvidado en el país de origen (usualmente en el lugar de arbitraje), no puede ser ejecutado en otros países. Traducción propia. Albert Jan Van Den Berg. *New York Convention: Refusals of Enforcement*. http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125877992500/2007_icc_bulletin_aj_van_den_berg_denials_of_enforcement.pdf. (Acceso 10/8/2012).

⁸⁴ Albert Jan Van Den Berg. *New York Convention: Refusals of Enforcement*. http://www.arbitration-icca.org/media/0/12125877992500/2007_icc_bulletin_aj_van_den_berg_denials_of_enforcement.pdf. (Acceso 10/8/2012).

⁸⁵ José María Abascal. *Anulación de Laudos y sus efectos*. Eduardo Zuleta *et al.* (coords.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p.524.

⁸⁶ “The party cannot shop around the world in order to find a flexible court somewhere which is willing to enforce such award. Traducción propia”. Jan Paulsson. “Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulment (Lsa)”. The ICC International Court of Arbitration bulletin vol 9/n 1 (1998), p. 80. Idid.

2.6.2.1 Causas uniformes para la anulación de una sentencia arbitral extranjera.

En 1985 se adoptó la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (LMA)⁸⁷ de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI). La misma tuvo una gran importancia para la armonización de las leyes locales sobre principios y aspectos importantes de arbitraje internacional. Ahora bien, en el párrafo segundo del artículo 34 de la LMA se establece una lista restrictiva de causas que permiten anular un laudo.⁸⁸ Las causales del artículo 34 de la LMA son esencialmente las mismas que las causales del artículo V de la Convención para el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros. De esta manera, se entiende que son estas causales las válidas para anular o suspender una sentencia arbitral.

José María Abascal hace dos precisiones en cuanto a la importancia de la LMA sobre este tema: 1. Mientras que la Convención de Nueva York se aplica exclusivamente a laudos extranjeros, las disposiciones de la LMA en cuanto a causas de nulidad, reconocimiento y ejecución se aplican a los laudos, con independencia del

⁸⁷ Resolución 40/72 (11/12/1985) de la Asamblea General.

⁸⁸ 1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los párrafos 2) y 3) del presente artículo.

2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando:

a) la parte que interpone la petición pruebe:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo

7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o

ii) que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o

b) el tribunal compruebe:

i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado.

lugar en el cual se hayan emitido. 2. La corte judicial competente para resolver sobre la nulidad de un laudo es la del lugar de arbitraje.⁸⁹

La doctrina afirma que la tendencia internacional es favorecer la validez de los laudos internacionales. Por lo mismo, lo idóneo sería encasillar las causales por las cuales se puede anular el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales nulas o suspendidas. Paralelamente, estas causales deberían ser aceptadas y reconocidas internacionalmente.

2.6.3 Discreción de la corte para el reconocimiento y ejecución de laudos nulos o suspendidos

Se ha establecido que los árbitros tienen cierta discreción bajo la Convención de Nueva York. La frase “sólo se podrá”, en el artículo V de la Convención, sirve para advertir que los jueces gozan de discreción, aunque limitada, para decidir si deniegan o no de un laudo extranjero. Para Jan Paulsson, el permiso del artículo V es suficiente para que un juez reconozca un laudo que ha sido previamente anulado pero no sobre estándares internacionales de nulidad, como se vio anteriormente.⁹⁰

Autores como Gary Born⁹¹, Hans Smit,⁹² entre otros, opinan que la Convención de Nueva York permite, mas no obliga, a aplicar la discrecionalidad cuando el laudo ha sido anulado en el lugar de origen. Varios argumentos giran a favor de afirmar que el juez tiene discrecionalidad para obrar. Por ejemplo, David Arias establece que el artículo VI⁹³ de la Convención de Nueva York, le concede al juez de *exequatur* la

⁸⁹ José María Abascal. *Anulación de Laudos y sus efectos*. óp, Cit., p.526.

⁹⁰ Jan Paulsson, “*Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it matters*”. En: *International and Comparative Law Quarterly*, 1983, Vol. 32, p. 60.

⁹¹ Gary B. Born, “*International Commercial Arbitration in the United States*”. Nueva York: Wolters Kluwer, 2009, p. 649.

⁹² Hans Smit, “*Proper choice of law and the Lex Mercatoria Arbitralis*”. Thomas E. Carbonneau (ed.). 1998, p. 105.

⁹³ Si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo V, párrafo 1 e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías.

potestad de aplazar la decisión del laudo. Así, si no existiría esta discrecionalidad no tuviera una razón de ser el artículo VI para aplazar una decisión. Por ende, el juez de *exequátur* debe evaluar al laudo sin rechazar *a priori* la posibilidad de ejecutarlo.⁹⁴

Por otro lado, para Van de Berg, el juez no tiene ese poder discrecional pues este autor explica: “no tendría sentido si fuese facultativo, en parte porque contiene disposiciones cuya violación iría en contra del espíritu del arbitraje internacional.”⁹⁵ Para la parte de la doctrina apoyada por Van den Berg un laudo que ha sido anulado es inexistente y de esa manera sería difícil que se pueda considerar válido en otro Estado.⁹⁶

Siguiendo la misma línea de pensamiento se encuentra Fouchard, Gaillard y Goldman que establecen que una vez que se anula el laudo pierde la protección de la Convención.⁹⁷ “Cuando la convención dicta laudos, necesariamente se refiere a laudos válidos, y no suspendidos”.⁹⁸ Para estos autores el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral está exclusivamente dirigido a aquellos laudos que no han sido ni anulados ni suspendidos por la Corte Arbitral que lo emitió. A su vez, un sector de la doctrina española contempla: “Reconocer es “dejar valer”. Si un laudo se anula en ese país, ‘deja de valer’ también para los demás países desaparece de la vida jurídica”.⁹⁹

Estas dos posiciones encontradas parecerían sustentarse en una diferente interpretación del texto de la Convención de Nueva York. Pues, como hemos visto

Es probable que el momento en que se presente un laudo anulado para que el mismo sea reconocido y ejecutado la corte tiene el derecho de aplazar la decisión si lo considera apropiado.

⁹⁴ David Arias. *La Anulación en la Sede y la Anulación del Laudo por la Autoridad cuya Lex Fori se Aplicó*. Eduardo Zuleta *et al.* (coords.). Buenos Aires; Abeledo Perrot, 2008, p.526.

⁹⁵ Albert Jan van den Berg, “*New York Convention of 1958: Consolidated Commentary, Cases reported in Volumes XIII*”. http://www.arbitration-icca.org/publications/ny_convention_commentary_cases.html. (Acceso 11/10/2013).

⁹⁶ Albert. Van den Berg. *The New York Convention: towards a Uniform Judicial Interpretation*. Óp. Cit., p. 120.

⁹⁷ Philippe Fouchard, *et al. International Commercial Arbitration*. Óp. Cit., p. 137.

⁹⁸ “*When the convention speaks of awards, it necessarily refers to valid awards, not vacated in their respective home jurisdictions*”. Traducción propia.

Philipp Wahl “Enforcement of foreign arbitral award Set Aside in their country of origin. The Chromalloy case Revisited”, *Journal of international arbitration*, 1999, nro. 4, p. 137.

⁹⁹ Miguel Virgós Soriano. “*Arbitraje Internacional y Convenio de Nueva York de 1958*” <http://www.uria.com/es/abogados/mvi?iniciales=mvi&seccion=publicaciones>. (Acceso 2/1/2013).

existen argumentos de los dos lados de la doctrina tanto para sustentar el poder discrecional de los jueces como para denegarlo al momento de reconocer y ejecutar un laudo anulado o suspendido.

2.6.4 Perspectiva Francesa para el reconocimiento y ejecución de laudos anulados o suspendido

La doctrina considera vanguardista a la posición de las cortes francesas en cuanto al tema de reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales anulados o suspendidos. Las cortes francesas están preparadas para ejecutar laudos anulados en el país del arbitraje siempre y cuando estos cumplan con la ley nacional francesa de arbitraje internacional.¹⁰⁰ Esto se debe a que las cortes francesas defienden la postura de la autonomía del arbitraje internacional frente al derecho local nacional: “En su opinión, los laudos hechos en el exterior no tienen patria. Cuando un laudo del exterior llega a Francia, es otorgado asilo por “ser integrado en el orden legal francés”.¹⁰¹ Para la legislación interna de Francia el laudo extranjero no está arraigado a ninguna legislación local.

A su vez, el artículo 1502 del Nuevo Código de procedimiento Civil Francés (NCPC)¹⁰² contiene un conjunto de disposiciones aplicables al arbitraje internacional en donde se enumeran las causales por las cuales puede denegarse el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales internacionales. Dentro de estas causales no está

¹⁰⁰David Arias. *La Anulación en la Sede y la Anulación del Laudo por la Autoridad cuya Lex Fori se Aplicó*. Eduardo Zuleta et al. (coords.). Óp., Cit, 2008, p.526.

¹⁰¹ “In their opinion, awards made abroad have no homeland. When an award from abroad arrives in France, it is granted asylum by “being integrated into the French legal order.” Traducción propia. Albert Jan Van Den Berg. “Enforcement of annulled award”. *International Court of Arbitration Bulletin* vol. 9 No. 2 (1998) p. 16.

¹⁰² Nuevo Código de procedimiento Civil Frances (NCPC). Entra en vigor el 12/5/1981.

prevista la anulación de un laudo anulado en el país de sede del arbitraje como causal de denegación.¹⁰³

Se debe mencionar que la postura que se establece en el Convenio de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, del cual Francia también es Estado contratante es diferente. Pues el artículo IX establece que:

La anulación de un laudo por parte de las cortes de un país de la sede del arbitraje sólo tiene validez fuera de dicho país cuando tal anulación esté fundamentado en uno de los cuatro supuestos, ampliamente aceptados internacionalmente, expresados en el referido artículo.¹⁰⁴

Por lo tanto, a diferencia de lo que se ve en el Código de Procedimiento Francés, en el Convenio de Ginebra por ciertas causales se acepta que no se reconozca y ejecute un laudo que ha sido anulado. Hay que hacer notar que la doctrina de Paulsson sobre estándares universales para no reconocer laudos anulados o suspendidos es aplicada de igual manera en el Convenio de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961.

Finalmente, cabe mencionar que la jurisprudencia francesa ha sido consistente en reconocer y ejecutar laudos que han sido anulados. La primera decisión de la Corte de Casación, en donde reconoció un laudo denegado en su país de origen, fue el caso "Norsol" del 9/10/1984. La corte en su momento estableció lo siguiente:

Considerando que, de acuerdo con el artículo VII de la Convención de Nueva York, la Convención no priva a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera 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, el juez no podrá rehusarse a

¹⁰³ Existen cinco causales para admitir el recurso contra el reconocimiento de un laudo extranjero, estipuladas en el artículo 1502 del Nuevo Código de Procedimientos Civiles Francés: la ausencia, invalidez o vencimiento de un acuerdo arbitral; la constitución impropia del tribunal arbitral; el incumplimiento por parte del árbitro de la misión que le ha sido encargada; la violación al principio del contradictorio; la violación del orden público internacional en caso de ejecución del laudo.

¹⁰⁴ Dyalá Jiménez Figueres. *Renuncia al recurso de anulación contra el laudo: Alcance y análisis comparativo*. <http://www.djarbitraje.com/pdf/RENUNCIA%20AL%20RECURSO%20DE%20ANULACION%20CONTRA%20EL%20LAUDO.PDF>. (Acceso 12/11/2012).

ejecutar el laudo en cuanto su propio sistema legal nacional lo permita y, en virtud de artículo 12 del nuevo Código de Procedimiento Civil deberá, incluso de oficio, investigar el asunto si fuera el caso.¹⁰⁵

La decisión tomada en “Norsol” fue confirmada en 1993 por la Corte de Casación en el caso “Polish Ocean Line”. En este caso, la Corte de Apelación de París y la Corte de Casación estableció que no puede denegar una sentencia arbitral anulada o suspendida. Debido a que a pesar de que este supuesto está contemplado en la Convención, su normativa interna no se adecua a esto, ofreciendo al beneficiario de este laudo un procedimiento más favorable. A continuación un extracto de dicha sentencia:

El artículo VII de la Convención de Nueva York de 1958, de la cual tanto Francia como Polonia son partes, no priva a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudieran tener de hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque. En consecuencia, una corte francesa no puede negar una solicitud para ejecutar un laudo arbitral que haya sido anulado o suspendido por una autoridad competente en el país en el cual el laudo fue emitido, si las razones para oponerse a la ejecución, aunque estén mencionadas en el artículo V (1) (e) de la Convención de Nueva York de 1958, no se encuentran dentro de las señaladas en el artículo 1502 del NCPC; la Corte de Apelación estaba en lo correcto al decidir que la acción de anulación en Polonia y la decisión de las cortes polacas de suspender la ejecución no pueden justificar una denegación del laudo en Francia.¹⁰⁶

En el caso “Hilmarton”, un caso bastante controversial, la Corte de Apelación Francesa mantuvo la decisión de conceder el *exequatur*, a pesar de que el laudo había sido anulado por una Corte suiza. La corte de Casación francesa en 1994 pronunció lo siguiente:

Además, la decisión de la Corte inferior sostuvo correctamente que, al aplicar el Artículo VII de la Convención de Nueva York de 1958, OTV (compañía demandada por Hilmarton) podía confiar en quedar amparado por la legislación francesa relativa al arbitraje comercial internacional en lo concerniente al reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales internacionales emitidos en el extranjero, y especialmente por el Artículo 1502 del NCPC Francés, que no menciona el supuesto al que se refiere el

¹⁰⁵ Corte de Casación 9/10/1984. Traducción tomada del yearbook com, Arb. XI, 1986, p.489.

¹⁰⁶ Corte de Casación, 10/3/1993, Yearbook Com. Arb-n. XIX, 1994, p. 663; Rev. ARB., 1993, p. 255, citado por Hascher, Dominique, JDI, 1993, p.360, y Khan, Philippe. Versión Original en Francés.

Artículo V de la Convención de 1958 dentro de las causales para negar el reconocimiento y la ejecución.¹⁰⁷

En definitiva, la doctrina francesa al momento de reconocer y ejecutar un laudo anulado se ha mantenido consecuente. Numerosos autores y en especial los franceses han explicado las decisiones de “Norsol”, “Polish ocean line” y “Hilmarton” haciendo referencia al hecho de que los laudos internacionales deben considerarse parte de un “ordenamiento legal arbitral” autónomo.¹⁰⁸ De esta manera, la decisión de un juez de anular un laudo puede tener validez sólo en el marco de la legislación doméstica relevante.

2.7 Causal V (2) (a) contemplada en la Convención de Nueva York

La presente sección tratará la causal (2) (A) de la Convención. Se verá primeramente qué cuestiones son arbitrables según la doctrina. Paralelamente, se analizará qué materias son inarbitrables en el Ecuador. Dicha causal establece lo siguiente: “Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje (...)”.¹⁰⁹

2.7.1 Cuestiones arbitrables

Hay controversias que pueden resolverse por arbitraje y otras controversias que quedan relegadas exclusivamente al dominio de los Tribunales de Justicia nacionales.¹¹⁰ “Cuando un asunto se considera no sujeto de arbitraje, usualmente refleja un interés específico del país ejecutante en que considera que ciertas disputas tienen que ser tratadas solamente en las cortes nacionales”.¹¹¹

¹⁰⁷ Corte de Apelación de París, 19/12/1991, “OVT v. Hilmarton”, Rev.Arb., 1993, p.301. Traducción del Yearbook Com. Arb.n. XX, 1995, p.665. Versión original en francés.

¹⁰⁸ Emmanuel Gaillard. *Legal Theory of International Arbitration*. Boston: Martinus nijhoff Publisher: 2010, p. 76.

¹⁰⁹ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958). Artículo V.

¹¹⁰ Redfern, *et al.* Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional. Óp. Cit., p. 226.

¹¹¹ “When a matter considered to be non-arbitral, this usually reflects a specific interest of the enforcing country that particular issues are to be decided only by domestic court”. Traducción Propia.

Para cierta parte de la doctrina, en principio, toda controversia es susceptible de ser resuelta por un tribunal arbitral privado.¹¹² Sin embargo, esta regla contiene una excepción: cada Estado tiene la potestad de decidir que cuestiones políticas, económicas o sociales pueden resolverse o no mediante arbitraje.

La arbitrabilidad en muchos casos es confundida con el orden público. Martín Hunter considera que “el hecho que con un arreglo a un determinado derecho cierta controversia sea o no arbitrable es, en definitiva, un tema de orden público”.¹¹³ Un ejemplo claro se encuentra en el Código Civil francés, artículo 2060¹¹⁴ el cual prohíbe el arbitraje en todas las materias concernientes el derecho público. Se ve por lo tanto, que la legislación francesa trata la arbitrabilidad y el orden público como un solo tema sin hacer diferenciación alguna. Por el contrario, otra parte de la doctrina explica que la arbitrabilidad sigue siendo una causal independiente en el artículo V (2) de la Convención y no es necesariamente parte del orden público contenido en el artículo V (2) (b).¹¹⁵

En definitiva, es importante mencionar que la inarbitrabilidad como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo ha sido interpretada de manera restrictiva y de hecho han existido pocos casos de inarbitrabilidad. Los límites de la arbitrabilidad es un tema delicado para definir. Pues, como se ha visto está altamente ligado con el tema de orden público. Adicionalmente, la arbitrabilidad es una materia que depende exclusivamente de la legislación de cada país, siendo por lo mismo

Fernando Rivera Silva. *El arbitraje Mexicano*. Tesis Doctoral. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2001, p. 73.

¹¹² Id., p. 228.

¹¹³ Fernando Rivera Silva. *El arbitraje Mexicano*. Tesis Doctoral. Universidad Nacional Autónoma de México. Óp, Cit., p. 73.

¹¹⁴ “No podrán comprometer en las cuestiones de Estado y de capacidad de las personas, en los asuntos relativos al divorcio o a la separación o sobre las controversias que versen sobre los establecimientos públicos y mas genéricamente en aquellas materias que interesen al orden público.”
Código Civil Francés. Artículo 2060. 3 de Octubre del 2009.

¹¹⁵ Henri Álvarez. *Artículo V (2) (A) de la Convención de Nueva York. La arbitrabilidad como criterio para negar el reconocimiento y ejecución*. Eduardo Zuleta et al. (coords.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p.597.

imposible definir causales universales de inarbitrabilidad. La arbitrabilidad en Ecuador será analizada en el capítulo cuarto de la presente tesina.

2.8 Causal V. (2) (b) contemplada en la Convención de Nueva York de 1958

La causal (2) (b) de la Convención trata el tema del orden público. En la presente sección se verá qué alcance tiene este concepto y de qué manera lo ha definido la doctrina. Se determinará si cualquier violación del orden público es suficiente para invocar la siguiente causal: “Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país”.¹¹⁶

2.8.1 Concepto y alcance del Orden Público

El orden público según Monroy Cabra “sugiere un conjunto de normas tendientes a salvaguardar la seguridad, la estabilidad, la paz, la salubridad, y en general, el interés comunitario y el bien común”.¹¹⁷ Lo que se quiere lograr con el orden público es evitar que al momento de aplicar una ley extranjera perjudique al país donde se quiere aplicar.

Goldschmidt explica que hay dos vertientes en cuanto al orden público. Pues, por un lado, la necesidad de diversas comunidades que aplican sus respectivos derechos y la responsabilidad de los países de aplicar el derecho extranjero.¹¹⁸ Estas son dos vertientes que se contraponen constantemente en el derecho internacional de arbitraje y ambas son de gran importancia tanto la necesidad de un país de resguardar el orden público como la necesidad de ser recíproco y honrar la responsabilidad que tienen bajo la Convención de reconocer y ejecutar los laudos extranjeros.

En Ecuador, el Tribunal Andino de Justicia definió el orden público de la siguiente manera: “El "orden público" debe ser concebido como el conjunto de principios

¹¹⁶ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958). Artículo V.

¹¹⁷ Gerardo Monroy Cabra. *Tratado de derecho internacional privado*. Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 241.

¹¹⁸ Jan Paulsson. *El orden público como criterio para denegar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales*. Eduardo Zuleta et al. (coords.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p.625.

jurídicos, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada.”¹¹⁹ Se entiende por esta definición que el orden público es un concepto amplio e indeterminado, pues, es utópico pensar que se puede llegar a una misma definición de lo que son los principios jurídicos, económicos, políticos y morales, más aún si esto depende de una época determinada.

2.8.2 Limitación al orden público como causal para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral extranjero

Como se ha visto a través de esta sección, el concepto de orden público es bastante indeterminado y depende de la legislación local de cada país. Sin embargo, es peligroso e incierto dejar al orden público tanta amplitud en su concepto y se debe por lo mismo plantear la siguiente pregunta: ¿Cualquier tipo de violación al orden público es suficiente para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo bajo la Convención de Nueva York?

Paulsson hace un análisis del orden público, estableciendo que existen dos hipótesis en esta causal para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero: “Que las normas imperativas de las que se alega que no se ha dado el efecto apropiado sean parte de la ley del lugar de ejecución, o que sean parte de la legislación de una jurisdicción extranjera”.¹²⁰ En otras palabras, para que el árbitro pueda utilizar como fundamento el orden público dicha violación debe bien ser una norma respaldada por la jurisprudencia extranjera o una violación al orden público acorde a la legislación del lugar donde se trata de hacer efectivo el laudo. Esta última no parece un argumento

¹¹⁹ Tribunal Andino de Justicia. Sentencia de Septiembre 12 de 1997 Resolución del Tribunal Andino 30 Registro Oficial 212 de 10-dic-1997 Estado: Vigente.

¹²⁰ Jan Paulsson, “*Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it matters*”. Óp. Cit., p. 60.

suficientemente válido, pues, dejar a discreción la determinación del orden público crea inseguridad a aquellas sentencias arbitrales validamente pronunciadas.

Por lo tanto, lo que se quiere lograr con esto es que la negación del reconocimiento de un laudo bajo la causal de orden público debe hacerse de manera extremadamente excepcional. Pues, denegar un laudo estableciendo causales confusas o poco fundamentadas bajo el presupuesto de orden público se puede considerar como “preocupaciones de cortesía internacional”.¹²¹

En la opinión de Ormazabal Sánchez, para que la violación de orden público sea considerada por los árbitros, dicha violación debe de ser de orden constitucional, dicho autor establece lo siguiente: “Para que se deniegue la ejecución del laudo, siendo el convenio válido (...) es preciso no solo una simple vulneración del orden público por infracción de norma imperativa, sino que además la transgresión pueda traducirse en la vulneración de un principio constitucional”.¹²² En definitiva, lo que se intenta es limitar la aplicación y el concepto del orden público para que predomine la capacidad que tienen los laudos para surtir los efectos deseados.

Van den Berg explica como la jurisprudencia internacional sólo toma en consideración aquellas violaciones que se consideran quebrantamientos de orden público internacional.¹²³ Dicho autor menciona que han sido absolutamente excepcionales los casos en donde los jueces pasan por alto la distinción que existe entre orden público internacional y orden público doméstico. Uno de estos inusuales ejemplos se dio en la Corte Suprema de Austria en 1983, la cual no hizo distinción entre orden público doméstico y orden público internacional. De hecho, la corte al momento en que se le presentó la causal V.2, para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo

¹²¹ El Juez Blackmun en el caso “Mitsubishi”. El respeto a las capacidades de los tribunales extranjeros e internacionales y la sensibilidad frente a la necesidad del sistema comercial internacional de ser predecible en la resolución de disputas.

¹²² Guillermo Ormazabal Sánchez. *La ejecución de laudos arbitrales*. Óp. Cit., p. 157.

¹²³ Van Den Berg, Albert Jan. “Refusals of enforcement under the New York Convention of 1958: the unfortunate few” *International Court of Arbitration Bulletin* (2007).

extranjero alegó que si la Convención no hace distinción en cuanto al orden público la corte no tuviera porque hacer dicha diferencia. La corte argumentó de igual manera que la Convención establece que se debe tomar en consideración el orden público del país en donde se pretende el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero.

2.9. Conclusión

La Convención de Nueva York fijó hace más de 50 años un conjunto de causales para pedir la anulación de laudos. Algunas causales deben ser invocadas (artículo V, numeral 1) mediante la acción de nulidad otras son aplicables de oficio (artículo V, numeral 2) por el Tribunal al que se le pide el exequátur del laudo.

La Convención indica al juez del exequátur que sólo podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si se incurre a cualquiera de las causales antes mencionadas.

La Convención, bajo el artículo V refuerza el arbitraje internacional evitando que tribunales locales actúen de una manera celosa de su jurisdicción negando la ejecución de sentencias bajo razones "exóticas", puramente locales, o hasta erróneas. Con estas causales establecidas de manera taxativa se logra cierta seguridad jurídica y garantiza una uniformidad normativa, tan importantes para el derecho comercial internacional.

CAPÍTULO III

NORMATIVA NACIONAL; PROCESO DE RECONOCIMIENTO Y DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS; PROBLEMÁTICA

3.1 Vigencia de la Convención de Nueva York.

La Convención fue preparada para su firma el 10 de junio de 1958 por la Conferencia de Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, convocada según la resolución (604) XXI del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, adoptada el 3 de mayo de 1956. La Conferencia tuvo lugar en la sede de las Naciones Unidas en Nueva York, el 20 de mayo al 10 de junio de 1958.¹²⁴ El Estado ecuatoriano

¹²⁴ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958).

se adhirió a la misma el 17 de diciembre de entrando en vigencia el 7 de junio de 1959, según el artículo XII.¹²⁵

El Ecuador ratificó la Convención el 3 de enero de 1962. Es importante señalar que bajo el artículo XIII¹²⁶ de la Convención, cualquier Estado puede renunciar a ser parte de la misma, lo cual registrará un año después de que el Secretario General de las Naciones Unidas haya recibido la notificación. Ecuador no ha renunciado a la Convención está plenamente vigente desde el 7 de junio de 1959.

3.2 Reservas hechas por el Ecuador a la Convención de Nueva York.

Ecuador entró a ser parte de la Convención de Nueva York con las reservas de reciprocidad y de comercialidad, las cuales serán analizadas en la presente sección. Dichas reservas están previstas en el artículo I (3) de la Convención, en donde se estipula lo siguiente:

En el momento de firmar o de ratificar la presente Convención, de adherirse a ella o de hacer la notificación de su extensión prevista en el artículo X, todo Estado podrá, a base de *reciprocidad* declarar que aplicará la presente Convención al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Contratante únicamente. Podrá también declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas *comerciales* por su derecho interno.¹²⁷

3.2.1 Reserva de reciprocidad

¹²⁵ 1. La presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha del depósito del tercer instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Respecto a cada Estado que ratifique la presente Convención o se adhiera a ella después del depósito del tercer instrumento de ratificación o de adhesión, la presente Convención entrará en vigor el nonagésimo día siguiente a la fecha del depósito por tal Estado de su instrumento de ratificación o de adhesión.

¹²⁶ Todo Estado que haya hecho una declaración o enviado una notificación conforme a lo previsto en el artículo X, podrá declarar en cualquier momento posterior, mediante notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, que la Convención dejará de aplicarse al territorio de que se trate un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido tal notificación.

¹²⁷ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958). Artículo I (3).

La reserva de reciprocidad adoptada por el Estado ecuatoriano establece que solo reconocerá y ejecutará laudos dictados en los estados que son parte de la Convención. Ahora bien, la Convención de Nueva York descansa en el principio de universalidad, por lo que los laudos en principio deben ser reconocidos y ejecutados en cualquier país, siendo la excepción aquellos estados que acogieron la reserva de reciprocidad. Esta reserva era más aplicada cuando recién se instauró la Convención debido a que eran pocos los países miembros. Actualmente la Convención es aceptada por 172 países alrededor del mundo por lo que deja altamente en desuso la reserva de reciprocidad.

3.2.2 Reserva comercial

La segunda reserva hecha por Ecuador es la reserva comercial. Esta, estipula que la Convención será aplicada tan solo a aquellas controversias que nacen de una disputa legal de naturaleza comercial. La reserva fue concebida a favor de aquellos países que distinguen transacciones comerciales y transacciones no comerciales.

La reserva de comercialidad trae consigo cierta problemática debido a que el concepto de transacción comercial se ha vuelto muy amplio en los Estados. De hecho, la definición propia de "derecho comercial" ha sido debatida arduamente por la doctrina sin haber llegado a conclusiones definitivas. Para Ecuador, los actos de comercio están estipulados en el artículo 3¹²⁸ del Código de Comercio, en donde de manera taxativa se

¹²⁸ Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente:

- 1.- La compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas. Pertenecen también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, más no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieren comprado para su uso y consumo particular, o para el de sus familias;
- 2.- La compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad
- 3.- La comisión o mandato comercial;
- 4.- Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes;
- 5.- El transporte por tierra, ríos o canales navegables, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio o viajen por alguna operación de tráfico;
- 6.- El depósito de mercaderías, las agencias de negocios mercantiles y las empresas de martillo;
- 7.- El seguro;
- 8.- Todo lo concerniente a letras de cambio o pagarés a la orden, aún entre no comerciantes; las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza;
- 9.- Las operaciones de banco;
- 10.- Las operaciones de correduría;

establece qué actos son de naturaleza comercial. La complicación de la reserva de comercialidad es que cada legislación tiene su propia definición para los actos de comercio, por lo que nos encontramos ante una amplia gama de conceptos. Esta amplitud de conceptos crea una clara inseguridad jurídica para los países miembros de la Convención. Esta inseguridad se acentúa si el Estado no tiene una definición clara de qué son actos de comercio, valiéndose de esto la parte que pretende denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo extranjero puede dilatar o hasta frustrar el proceso.

Se ha debatido arduamente la razón por la cual se incluye en la Convención la reserva de comercialidad. Gran parte de la doctrina determinó que la necesidad de esta reserva nace para evitar que se ejecute un laudo que versa sobre materia inarbitrable para aquel país en donde se quiere hacerlo efectivo. Sin embargo, es difícil dar verdadera validez a este argumento ya que en tema de arbitrabilidad en un Estado siempre está respaldado por el artículo V (2) (a), el cual establece: “Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje”.¹²⁹ Por lo que, la parte siempre podrá recurrir a esta causal sin necesidad de la reserva de comerciabilidad.

A manera de conclusión, se debe mencionar que las reservas han sido criticadas por ser incompatibles con el objeto y la finalidad de la Convención. En especial, la reserva comercial, debido a que el “derecho comercial” es un concepto tan amplio e indeterminado para la mayoría de legislaciones. La reserva comercial puede ser altamente perjudicial para la parte que pide el reconocimiento, pues abre un campo de discusión conveniente para la parte que desea que el laudo no se ejecute. Lo idóneo en definitiva,

11.- Las operaciones de bolsa;

12.- Las operaciones de construcción y carena de naves, y la compra o venta de naves o de aparejos y vituallas;

13.- Las asociaciones de armadores;

14.- Las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas;

15.- Los fletamentos, préstamos a la gruesa y más contratos concernientes al comercio marítimo; y,

16.- Los hechos que producen obligación en los casos de averías, naufragios y salvamento.

Código de Comercio. Artículo 3. Registro Oficial No. 1202 de 20 de agosto de 1960.

¹²⁹ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958). Artículo V (e) (a).

fuese que aquellos países que mantengan la reversa de comercialidad la retiren, ya que si lo que se busca es que no se lleve a cabo arbitraje sobre materias que el país no permite, podrán protegerse bajo el artículo V (2) (a) de la Convención mencionado anteriormente.

3.3 Exequátur en el Ecuador

Cuando un laudo es presentado ante una jurisdicción distinta de aquella donde fue emitido, debe pasar por un proceso de reconocimiento o *exequátur*. Dicho procedimiento tiene la tarea de declarar si cabe o no la ejecución del laudo. En la presente sección se determinará cual es la finalidad del reconocimiento de una sentencia arbitral y la existencia o inexistencia de dicho proceso en la legislación ecuatoriana.

3.3.1 Exequátur o reconocimiento de laudos

El sistema más conocido y utilizado de reconocimiento es el de la regularidad internacional y es el más aceptado en la actualidad, bajo el cual se establece requisitos mínimos para que el Estado los evalúe al momento de reconocer la sentencia arbitral. De esta manera, el *exequátur* consiste en un examen acerca de la regularidad en el cumplimiento de los requisitos que debe estar rodeado todo laudo. Este proceso culmina con una sentencia que declara si cabe o no la ejecución.

3.3.2 Proceso de exequátur ecuatoriano y sus falencias

Normalmente el proceso de reconocimiento se inicia con el planteamiento de una pretensión declarativa, que “persigue la determinación de si a la sentencia extranjera se le puede dar la consideración de una sentencia nacional (...) y culmina con una decisión jurisdiccional que, de ser estimatoria, recibe el nombre de reconocimiento o *exequátur*”.¹³⁰ Ecuador contempla un proceso de reconociendo automático. El reconocimiento automático le da valor y eficacia al laudo en el Estado en donde se quiere

¹³⁰ Santiago Andrade Ubidia. “En torno al tema de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales” Óp. Cit., p. 13.

reconocer y ejecutar independientemente de todo procedimiento y con anterioridad al mismo.¹³¹ De esta manera, los laudos nacionales bajo la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada. Al momento que un laudo internacional adquiere las mismas características que un laudo nacional, el reconocimiento ha sido tácitamente superado. Dicho de otra manera, la LAM establece que “los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional”.¹³² La consecuencia inmediata es que el laudo extranjero posee, las condiciones exigidas por la ley interna para que resulte aplicable.

Al momento de no existir un proceso de reconocimiento nace una doble problemática. Por un lado, el reconocimiento de la autenticidad del laudo por parte del juez receptor bajo lo cual se debe tomar en consideración el artículo IV de la Convención de Nueva York. Por otro lado, la obligación que tiene el juez de controlar de oficio el orden público ecuatoriano y si se ha llevado a cabo un arbitraje sobre una materia inarbitrable bajo la legislación ecuatoriana. La razón principal por la cual no existe un reconocimiento previo de los laudos extranjeros es porque la normativa establece que el procedimiento de ejecución de sentencias arbitrales es mediante la vía de apremio. El problema que esto representa se analizará en la siguiente sección.

3.4. La vía de apremio: procedimiento para el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros

La presente sección será dividida en dos partes. Se empezará por analizar brevemente la vía de apremio, su naturaleza jurídica y su utilización procesal para reconocer y ejecutar sentencias arbitrales. La segunda parte de esta sección analizará las dificultades que se presentan en la vía de apremio al momento de reconocer y ejecutar laudos.

¹³¹ Marco Monroy cabra. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Bogota: Ediciones Librería del profesional, 2000, p. 119.

¹³² Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417. De 14 de diciembre de 2006.

3.4.1 Naturaleza Jurídica

El artículo 32 de la LAM establece que los laudos se ejecutan por la vía de apremio, lo cual, a diferencia de lo que sucede en los procesos declarativos, el juez se limita a dictar un auto en donde ordena que el deudor pague o dimita bienes. De esta manera, la única finalidad del apremio es forzar el cumplimiento de la obligación.

La vía de apremio es el mecanismo por el cual se reconocen y se ejecutan laudos nacionales y extranjeros en el Ecuador. La normativa ecuatoriana no hace distinción alguna entre laudos dictados en el Estado ecuatoriano y sentencias arbitrales foráneas al momento de la ejecución de los mismos. Esta disposición está contemplada en el artículo 42 de LAM, en donde se estipula lo siguiente:

Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.¹³³

El Código de Procedimiento Civil (CPC) contempla la gran mayoría las disposiciones de la vía de apremio. La definición de los apremios está contemplada bajo el artículo 94 del CPC: “medidas coercitivas de que se vale un juez o tribunal para que sean obedecidas sus providencias”.¹³⁴ En otras palabras, la finalidad en sí misma de la vía de apremio es el cumplimiento forzado de una obligación. Por otro lado, el artículo 925 del CPC hace una distinción entre apremio personal y apremio real. El apremio personal recae sobre las personas para que cumplan por sí mismas las órdenes del juez. El apremio real se lleva a cabo mediante la aprehensión de cosas o ejecutando las mismas.¹³⁵

3.4.2 Recurso contra el apremio

¹³³ Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial No. 417. De 14 de diciembre de 2006.

¹³⁴ Código de Procedimiento Civil. Artículo 94. Registro Oficial No. 58 de 12 de Julio de 2005.

¹³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de lo Civil y Mercantil. Expediente de Casación 402, 18 de diciembre del 2001.

La naturaleza de esta vía de cumplimiento forzado de la obligación no permite recurso de apelación. El artículo 937 del CPC establece: “toda providencia de apremio es inapelable”.¹³⁶ Por lo mismo, en la vía de apremio la decisión contemplada en el laudo se torna irrevocable y el sujeto contra el cual se ejecuta la sentencia arbitral tiene como únicas dos opciones pagar o dimitir bienes.

3.4.3 Ejecución del apremio

Según el artículo 926 del CPC los apremios se ejecutan mediante la policía judicial, sin ningún retardo y sin aceptar solicitud alguna. Para que el apremio se cumpla existe un plazo de dos días. En concordancia con el CPC el Reglamento de Oficinas de Alguaciles y Depositarios Judiciales en su artículo 10 establece que los alguaciles con ayuda de la policía judicial tienen 48 horas para el cumplimiento de las diligencias del apremio real o personal.

Finalmente, lo que debe quedar claro es que el apremio es simplemente una medida de ejecución obligatoria en donde no se admite un recurso de apelación. El deudor está restringido a pagar o dimitir bienes. El apremio puede ser real, si persigue la cosa o personal si la obligación recae en la persona *per se*.

3.4.4 Consecuencias negativas de la aplicación de la vía de apremio

La problemática de la vía de apremio está arraigada en el hecho de que bajo la Convención de Nueva York existe la posibilidad de pedir al juez de *exequatur* que se niegue el reconocimiento y posterior ejecución de una sentencia arbitral extranjera. La presente sección examina la afectación que produciría la vía de apremio si se quisiera impedir que el laudo sea denegado su reconocimiento y ejecución en el Ecuador interponiendo las causales del artículo V de la Convención.

¹³⁶ Código de Procedimiento Civil. Artículo 937. Registro Oficial No. 58 de 12 de Julio de 2005.

La vía de apremio no contempla una fase en la que el ejecutado pueda oponerse al reconocimiento y a la ejecución del laudo. Por lo tanto, la problemática radica esencialmente en que las causales establecidas en el artículo V de la Convención para el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros, no pueden ser invocadas debido a que no existe la oportunidad procesal para hacerlo.

3.5 Proceso de reconocimiento y ejecución bajo artículo 414 del Código de Procedimiento Civil

En la presente sección se abordará, en primer lugar, el alcance del artículo 414 del CPC, pues algunos doctrinarios¹³⁷ han establecido que los laudos deben de seguir la misma suerte que las sentencias extranjeras. La segunda parte de esta sección analizará la problemática que representa el considerar al artículo 414 del CPC como una posible alternativa para la ejecución de laudos extranjeros.

3.5.1 Normativa

El artículo 414 del Código de Procedimiento Civil establece lo siguiente:

Las sentencias extranjeras se ejecutarán si no contravinieren al Derecho Público Ecuatoriano o a cualquier Ley nacional y si estuvieren arregladas a los tratados vigentes.

A falta de tratados, se cumplirán si, además de no contravenir al Derecho Público o a las leyes ecuatorianas, constare del exhorto respectivo:

- a) Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada, conforme a las leyes del país en que hubiere sido expedida; y,
- b) Que la sentencia recayó sobre acción personal.¹³⁸

De esta manera, el artículo 414 regula dos situaciones diferentes. Por un lado, el reconocimiento de aquellas sentencias judiciales extranjeras en donde existe tratados y Convenios Internacionales vigentes. Por otro lado, aquellos casos en donde no existe tratado o convenio alguno. La tesis tratará el primer supuesto.

¹³⁷ Tales como: Santiago Andrade Ubidia. En torno al tema de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales". Óp. Cit., p. 80.

¹³⁸ Código de Procedimiento Civil. Artículo 489. Registro Oficial No. 58 de 12 de Julio de 2005.

El artículo mencionado anteriormente alude a dos requisitos impuestos a las sentencias extranjeras regulados por tratados. La primera exigencia es que la sentencia no viole el derecho público ecuatoriano. El segundo requerimiento es que no contradiga las leyes ecuatorianas. La gran problemática que genera este último requisito será analizada en la siguiente sección de la presente tesina.

3.5.1 Problemática de considerar al artículo 414 una posible alternativa de ejecución para laudos.

El artículo III de la Convención abre las puertas a que se cree un proceso de reconocimiento y ejecución para laudos extranjeros haciendo una remisión a los ordenamientos locales. De hecho, la Convención no pretende igualar los procedimientos, pero sí establece una limitación a la creación de normas procesales más rigurosas. El espíritu de la misma es facilitar el proceso y no crear trabas innecesarias. “Al fin y al cabo, debemos suponer que las partes al aceptar el convenio arbitral han considerado que el laudo será el fin de la historia y no la fuente de nuevos conflictos (...)”.¹³⁹ El aceptar que las sentencias arbitrales extranjeras se reconozcan y ejecuten mediante el artículo 414 del código de procedimiento Civil sería precisamente ir en contra del espíritu de la Convención, pues aplicar el artículo 414 para el *exequátur* sería fuente de nuevos conflictos injustificados para la parte que ya tiene una sentencia favorable y eficaz.

La aplicación del articulado 414 del Código de Procedimiento Civil para el reconocimiento y ejecución de sentencias no es armónica con la Convención de Nueva York. Existen argumentos claros para establecer la inaplicabilidad de dicho artículo. Para empezar, el artículo 414 del CPC viola el artículo III de la Convención en donde se expresa claramente que “*no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales*”.¹⁴⁰ Al momento de establecer que el

¹³⁹ Ignacio Suárez Anzorena. El Arbitraje Comercial Internacional, estudio de la convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario, Óp. Cit., p. 357.

¹⁴⁰ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958). Artículo III.

laudo no sea “contrario a las leyes ecuatorianas”, se está imponiendo un requisito bastante más riguroso de aquellos establecidos en la Convención de Nueva York.

Ahora bien, el artículo mencionado anteriormente establece que “Las sentencias extranjeras se ejecutarán si no contravinieren al “Derecho Público ecuatoriano o *cualquier ley nacional*”. Un laudo extranjero no puede ser anulado “por cualquier ley nacional”. Las causales del artículo V de la Convención para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo son claras y taxativas y entre ellas no se encuentra la posibilidad de anular laudos que contravenga “cualquier ley” del país en donde se pretende el *exequátur* y su posterior ejecución.

A su vez, la aplicación del artículo 414 para el reconocimiento de laudos extranjeros viola la propia jerarquización normativa ecuatoriana. La Constitución del Ecuador en su artículo 425 establece:

El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos¹⁴¹.

Los tratados internacionales prevalecen por encima de toda normativa que no tenga rango constitucional. En otras palabras, el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil al ser una normativa de rango inferior no puede contravenir la Convención de Nueva York.

Otro argumento que se debe mencionar es que el artículo 414 del CPC no contempla el reconocimiento de laudos, es un artículo dirigido expresamente al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. El laudo no tiene el mismo tratamiento que la sentencia extranjera. El reconocimiento de la sentencia arbitral tanto extranjera como nacional está explícitamente tipificado en la Ley de Arbitraje y Mediación. En cuanto a esto, Santiago Andrade Ubidia sostiene lo siguiente: “si bien el

¹⁴¹ Constitución de la República del Ecuador. artículo 421. Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

laudo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, sin embargo es dictado por un tribunal arbitral extranjero y no puede tener mejor calidad que una sentencia extranjera.”¹⁴² Pues, este argumento carece de validez ya que no hay una explicación jurídica para determinar que un laudo no puede gozar de un mejor tratamiento que la sentencia. Cabe destacar que la normativa internacional ha impulsado para que el proceso del arbitraje sea fácil desde la demanda hasta la ejecución. Es por esto, que el arbitraje ha sido acogido mundialmente. Esta facilidad que nos brinda el arbitraje al momento de la ejecución debe ser premiado y no castigado con la errónea concepción de que un “laudo arbitral no puede tener mejor calidad que una sentencia extranjera.”

3.5.4. Superposición de tratados

Es muy probable que en el país donde se quiera ejecutar un laudo, esté regido por más de un tratado o convenio. De hecho, este es el caso de Ecuador, en donde la Convención de Nueva York es tan solo uno de los múltiples tratados o convenios que éste Estado ha suscrito. En la presente sección se presentará una solución para resolver la problemática que se presenta cuando existen contradicciones entre convenciones al momento de reconocer y ejecutar un laudo.

Para empezar, se debe mencionar que el ser parte de la Convención no priva al Estado o la parte en ninguna medida de hacer valer otro tratado u otra legislación que sea más favorable al momento de reconocer y ejecutar un laudo extranjero. De hecho, el artículo VII de la Convención establece lo siguiente:

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 pudiera 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.¹⁴³

¹⁴²Santiago Andrade Ubidia. “En torno al tema de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales”. Óp. Cit., p. 80.

¹⁴³ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958). Artículo VII.

Se entiende del artículo mencionado anteriormente, que no hay prohibición alguna para que la parte invoque un tratado diferente o la propia legislación interna si le resulta más favorable para el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral. Por lo tanto, la Convención de Nueva York es muy liberal en su relación con otros tratados, tema que se trató a profundidad en el capítulo primero sección 1.6 (El principio de derecho más favorable).

No obstante, la problemática aparece cuando un tratado o convenio posterior contempla requisitos más exigentes que la Convención de Nueva York. Tomemos por ejemplo, a la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales dada en Montevideo en 1979. Dicha Convención fue firmada y ratificada por el Estado ecuatoriano en mayo de 1982 y la misma establece ciertos requisitos fundamentales para el *exequátur* de sentencias arbitrales extranjeras:

- a. Que vengán revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden;
- b. Que la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional y los documentos anexos que fueren necesarios según la presente Convención, estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde deban surtir efecto;
- c. Que se presenten debidamente legalizados de acuerdo con la ley del Estado en donde deban surtir efecto;
- d. Que el juez o tribunal sentenciador tenga competencia en la esfera internacional para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con la ley del Estado donde deban surtir efecto;
- e. Que el demandado haya sido notificado o emplazado en debida forma legal de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia, laudo y resolución jurisdiccional deban surtir efecto;
- f. Que se haya asegurado la defensa de las partes;
- g. Que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados;
- h. Que no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución.¹⁴⁴

¹⁴⁴ Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales (1979). Artículo I.

Por un lado, el numeral (g) señala: "Que tengan el carácter de ejecutoriados o, en su caso, fuerza de cosa juzgada en el Estado en que fueron dictados" reinstaura el requisito de doble *exequátur*. Por otro lado, aquella superación que hizo la Convención de Nueva York de convertir los requisitos en causales para denegar el reconocimiento y ejecución parecería que fueron reinstaurados por la Convención Interamericana. Esto crea que el proceso sea más retardado y con una mayor carga para la parte que pretende el reconocimiento y la ejecución ya que se instituyen requisitos que se deben confirmar *a priori*, a diferencia de lo que ocurre con la Convención de Nueva York bajo la cual laudo tiene presunción de validez y para que se establezca lo contrario debe la parte contra la cual se ejecuta el laudo probar los requisitos taxativos en el artículo V de la mencionada Convención.

Ahora bien, los principios tradicionales para resolver esta problemática son dos. Por un lado, *lex posterior derogat lex priori* y, por el otro lado, *lex specialis derogat generali*. Sin embargo, la doctrina ha establecido un nuevo principio, *la règle d'efficacité maximale*, el mismo rige sobre el fundamento de máxima eficacia.

En el caso de arbitraje el principio prevalece ante los dos principios mencionados. ¿Cuál es el alcance del principio de máxima eficacia? Albert Van den Berg establece lo siguiente:

En el caso de arbitraje, el principio de máxima eficacia significa que cuando un laudo no es ejecutado por un tratado que puede ser aplicado pero ejecutado por otro que también puede ser aplicado, se toma en consideración el tratado independientemente si el mismo es más reciente o si es más específico o general.¹⁴⁵

¹⁴⁵ "In the case of arbitration, the principle of maximum efficacy means that if an award is unenforceable under one treaty which could be applied, but enforceable under another which could also be applied, the other treaty will be applicable, irrespective of whether it is an earlier or later treaty, and irrespective of whether it is more general or specific". Traducción propia.

Albert. Van den Berg. The New York Convention: towards a Uniform Judicial Interpretation. Óp. Cit., p. 91.

Tan importante es el principio de máxima eficacia que ciertos países lo han integrado en sus legislaciones. Un claro ejemplo, es el caso del derecho boliviano en donde se establece: “En principio, resulta aplicable la norma que indica que en caso de existir más de un convenio o tratado referido a un proceso en particular, será aplicable el que resulte más favorable a quien lo invoque”.¹⁴⁶ La legislación boliviana expresamente establece que en caso de duda entre convenios o tratados se aplicara aquel que sea más favorable al momento del reconocimiento y ejecución del laudo.

¿Puede la parte o el juez de oficio tomar los dispositivos que más les convenga de cada convención, tratado o ley nacional? Existen diferentes opiniones al respecto, para Van den Berg, la Convención no puede aplicarse de manera combinada de hecho, para este autor: “La combinación de tratados contradice la provisión de interdependencia de la Convención, en donde la misma se debe ver de manera íntegra”.¹⁴⁷ Sin embargo, Van den Berg considera que dos tratados pueden ser combinados si se ha establecido expresamente en dichos tratado o convenios. Este es el caso de la Convención de Europa de 1961, la cual se remite a la Convención de Nueva York en ciertos casos. De igual manera, Santos Belgrano afirma que, “la convención no puede aplicarse de forma combinada con las disposiciones de otro tratado”. Javier Cremades sostiene la tesis contraria a Belgrano, en el sentido que nada impide que se invoque simultáneamente la Convención y el régimen legal interno. Para este autor va acorde al principio de “mayor beneficio” el poder escoger diferentes segmentos de diversos tratados. Se ha establecido en la presente tesina y se sostiene que la Convención se la debe mirar como una sola de manera íntegra sin que pueda ser fragmentada y por lo tanto su aplicación debe de ser completa.

Para concluir, se debe establecer que el principio de máxima eficacia es el que rige para determinar que tratado o convención se aplica, sin tomar en consideración si

¹⁴⁶ Cristian Conejero Roos, Antonio Hierro Hernández-Mora y Carlos Soto Coaguila. *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial*. Colombia: Editorial legis, 2009, p. 164.

¹⁴⁷ A combination would contradict the interdependence of the conventions provision which must be deemed to constitute a whole. Traducción propia.
Albert. Van den Berg. *The New York Convention: towards a Uniform Judicial Interpretation*. Óp. Cit., p.86.

un tratado es más específico o si su promulgación es más reciente. Se debe concordar con Canturias cuando establece: “sin duda será la Convención de Nueva York aplicable a cualquier hipótesis de ejecución o reconocimiento de laudos (...) simplemente porque de lejos resulta más favorable a la finalidad perseguida”.¹⁴⁸

3.6 Jurisprudencia sobre el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero en el Ecuador

Antes del 2007 no existía precedente alguno de una petición para el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera. En la actualidad existen tan solo dos casos presentados a las cortes ecuatorianas para el reconocimiento y la ejecución de un laudo. El primer caso se dio en el 2007 ante el Juzgado Vigésimo Tercero de lo Civil de Pichincha. El segundo caso es objeto de análisis en la presente sección.

Lo que se verá, por lo tanto es el pronunciamiento de la corte ecuatoriana para el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero. Dicha petición se presentó ante el Juez Octavo de lo Civil de Guayaquil un laudo a favor de la empresa Daewo Electronic en contra de la empresa Expocarga. Dicho laudo fue dictado en la ciudad de Miami, Florida el 21 de Julio del 2008 por el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio.

Uno de los aspectos más importantes de analizar en la presente sentencia son los alegados presentados por la empresa contra la cual se ejecuta el laudo, por incurrir en errores de fondo y forma. Por ejemplo, dicha empresa alega incompetencia del juez Octavo de lo Civil de Guayaquil, amparándose en el artículo 208¹⁴⁹ del Código Orgánico

¹⁴⁸ Fernando Canturias Salvaverri. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: UPC, 2007, p. 428.

¹⁴⁹ Conocer, en única instancia, las causas para el reconocimiento u homologación de las *sentencias extranjeras*, que, de acuerdo a la materia, corresponderá a la Sala Especializada. En caso de existir dos salas, se establecerá la competencia por sorteo. Una vez ejecutoriada la sentencia que declare el

de la Función Judicial. Sin embargo, dicho artículo sobre la competencia de las salas especializadas de la Corte Provincial de Justicia de cada Distrito está destinado para el reconocimiento y homologación de sentencia extranjera, mas no para laudos extranjeros.

A su vez, esta empresa contra la cual se ejecuta el laudo alega que debe existir un procedimiento de reconocimiento u homologación antes de la ejecución de la sentencia, y para lo mismo invoca el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil, incurriendo en los errores que se analizaron ya en la presente tesina, en el actual capítulo, sección 3.5. Por lo mismo, dicha empresa invoca un artículo que está destinado al reconocimiento de sentencias extranjeras y no de laudos extranjeros. Es además importante mencionar que además se incurre en un error procesal, pues, no es posible alegar incompetencia del juez en la fase de ejecución.

Así mismo, vemos que la compañía demandada (Exporcarga) viola las disposiciones contenida en el artículo V de la Convención, sobre los requisitos de forma. Dicha compañía alegó que se debió incorporar a la demanda, por parte del Cónsul de Ecuador en Florida, documentos que acrediten: la existencia legal de la representante legal de la empresa demandante, la representación legal de la misma y la identidad de los representantes legales de la compañía demandante. Las exigencias de la empresa demandada no son requisitos establecidos por la Convención de Nueva York. Cumplir con las exigencias establecidas por la compañía demandada sería violar el Art VII de la Convención, estudiado ya en la presente tesina, en donde se estipula que no se puede imponer condiciones apreciablemente más elevadas para el reconocimiento y la ejecución que las establecidas en la propia Convención.

Es interesante mencionar que la empresa que pide el reconocimiento y la ejecución, cita el artículo VII¹⁵⁰ de la Convención para aplicar el derecho más favorable.

reconocimiento u homologación de la sentencia extranjera, la ejecución de la misma corresponderá al juzgador de primer nivel del domicilio del demandado, competente en razón de la materia

¹⁵⁰ las disposiciones de la presente convención no afectara la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por el estado contratante ni privaran a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer

Como se ha visto a través de la tesina la parte puede ejecutar los laudos de la manera que les parezca más conveniente, basándose en regulaciones internas o en otros tratados. En el caso de esta empresa se inclinó a reconocer y ejecutar la sentencia arbitral basándose en el derecho ecuatoriano por considerar este derecho más favorable.

A manera de conclusión, se puede mencionar que el Juez en ningún momento tomó en consideración la obligatoriedad que el artículo V le impone. Los jueces tienen el deber ver *ex officio* si se ha producido una violación al orden público, o si se ha hecho un arbitraje bajo una materia no arbitrable para el Ecuador. Sin embargo, como algo positivo se puede mencionar que el juez nunca se desapegó de lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, por lo que no incurrió en el error de querer utilizar los artículos destinados para el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras como el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil.

3.7 Conclusión

A través del presente capítulo se ha hecho un análisis importante de la problemática que constituye el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros en el Ecuador. La legislación ecuatoriana no está en armonía con la Convención de Nueva York. Lamentablemente, la normativa no contempla un proceso idóneo para que el juez contemple el *exequátur*, menos aún una acción para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo basándose en el artículo V de la Convención. A su vez, se analizó la problemática de utilizar el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil para el reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras. Una vez que se identifica la problemática, se trata de crear una solución. En el siguiente capítulo de la presente tesina, se hará una propuesta para el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros en el Ecuador.

valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque”.

CAPÍTULO IV

PROCEDIMIENTO PARA EL RECONOCIMIENTO Y LA EJECUCIÓN DE UN LAUDO EXTRANJERO EN EL ECUADOR

4.1 El proceso

La falta de legislación específica para regular el arbitraje, se ve agravado con el hecho de que las leyes internas de cada Estado en cuanto a arbitraje difieren ampliamente.

Esta disparidad a menudo es causa de preocupación en el arbitraje internacional, donde al menos una parte (y a menudo las dos) tiene que enfrentarse a disposiciones y procedimientos extranjeros con los que no está familiarizada. En esas circunstancias suele ser costoso, poco práctico o imposible disponer de información completa y precisa acerca de la ley aplicable al arbitraje.¹⁵¹

Se ha visto en la presente tesina, en especial en el Capítulo Tercero, el vacío legal y la falta de armonía que existe entre la Convención de Nueva York y la legislación ecuatoriana. El derecho ecuatoriano en principio parecería muy partidario y abierto a los laudos extranjeros por el hecho de contemplar un proceso sencillo. No obstante, esta

¹⁵¹ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. (1985).

normativa deja sin regular aspectos significativos al momento del reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera. A través de este capítulo, se hará una propuesta para el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros, tomando como eje las disposiciones de la Convención de Nueva York, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el derecho interno de otros países.

4.2 Presunción de validez del laudo arbitral extranjero

Para empezar, bajo la presente propuesta, se considera necesario que se estipule en LAM la presunción de validez que posee un laudo extranjero. Esta presunción está establecida en la Ley Modelo CNUDMI: “Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante (...).¹⁵² Son varias las legislaciones que contemplan expresamente en la ley pertinente la presunción de validez de una sentencia arbitral extranjera. Tomemos por ejemplo la legislación mexicana la cual en su artículo 1461 del Código de Comercio establece:

Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que haya sido dictado, será reconocido como vinculante y, después de la presentación de una petición por escrito al juez, será ejecutado de conformidad con las disposiciones de este capítulo.¹⁵³

La ley de Arbitraje de Guatemala de igual manera estipula en su artículo 46 el carácter vinculante de un laudo extranjero: “Un laudo arbitral cualquiera que sea el país en que se haya dictado será reconocido como vinculante (...)”.¹⁵⁴ Como se puede observar, es común que las legislaciones contemplen en su normativa el carácter vinculante de la sentencia arbitral extranjera.

¹⁵² Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. (1985). Artículo 35.

¹⁵³ Código de Comercio México Arbitraje y Otros Procedimientos Alternativos de Solución de Controversias Comerciales México Código de Comercio Título Cuarto - Del Arbitraje Comercial

¹⁵⁴ Ley de arbitraje Guatemala. Artículo 46.

Se han visto ejemplos de legislaciones en donde se plasma en la ley pertinente la presunción de validez de un laudo extranjero. Bajo la presente propuesta, se establece la necesidad de tipificar en la Ley de Arbitraje y Mediación el carácter vinculante que posee una sentencia arbitral extranjera en la legislación ecuatoriana.

4.3 Proceso para el reconocimiento y ejecución de una sentencias arbitral extranjera

4.3.1 Solicitud

Bajo la presente tesina se propone que el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera nazca de una petición o solicitud por escrito de la parte interesada al tribunal competente, en ella se podrá pedir tan solo el reconocimiento y la ejecución de laudo extranjero. Es importante recalcar que basta con una solicitud o una petición simple para pedir el *exequátur* y posterior ejecución de una sentencia arbitral extranjera. No es necesario plantear una demanda debido a que no se está ante un procedimiento de esencia contradictorio. La petición por parte del demandante puede de igual manera pedir que se reconozca parcialmente la sentencia arbitral bajo el artículo V 1.c de la Convención de Nueva York el cual establece que: “(...) si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras.” En el capítulo II, sección 2.4 de la presente tesina se presentó oportunamente los casos en donde se puede separar el contenido de una sentencia arbitral y aplicar la parte que va de acuerdo con el acuerdo arbitral.

4.3.2 Análisis de oficio para el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero en el Ecuador

Una vez presentada la petición para el reconocimiento y la ejecución de un laudo, la corte tiene la dificultosa responsabilidad de hacer un análisis de oficio, exclusivamente de dos temas. El primer tema concierne verificar si se ha violado alguna disposición de orden público ecuatoriano y como segunda cuestión se debe comprobar que el arbitraje que se llevó a cabo versa sobre materias arbitrables en el derecho ecuatoriano.

4.3.2.1 Orden Público

El propósito de la presente sección es determinar una propuesta basada en la legislación comparada para delimitar la revisión del orden público en las cortes ecuatorianas. Para lo mismo, se analizará la diferencia del alcance entre el orden público internacional y el orden público nacional. Así mismo, se examinará lo que constituye el orden público de alcance constitucional.

La verificación del orden público ha sido un tema arduamente discutido, a pesar de que es necesario el respeto del mismo, es igual de imperioso cumplir la responsabilidad internacional de dar pleno efecto a una sentencia arbitral extranjera válida. Es peligroso dejar abierto el concepto de orden público, de hecho, este es un presupuesto que se toma en consideración sólo cuando la violación es de tal magnitud que causa un daño sustancial a la seguridad jurídica del país.

Varias legislaciones, entre ellas la española, presentan una propuesta interesante para reducir la gama de posibilidades en las que el juez deba aceptar la causal de violación al orden público. Antonio María Lorca explica cómo el antiguo concepto abierto e indeterminado de orden público creó situaciones jurídicamente poco uniformes y sumamente arbitrarias, por lo que la jurisprudencia cambió la manera de ver esta causal creando una nueva noción conocida como “orden público del foro”. Bajo este nuevo criterio sólo se tomará en cuenta una violación bajo esta causal cuando se viole un derecho garantizado por la constitución.

El concepto de orden público solo sería procedente cuando el árbitro extranjero hubiera pronunciado su laudo con clara infracción a los derechos fundamentales (constitucionales) y libertades públicas garantizadas constitucionalmente.¹⁵⁵

De esta manera “el orden público del foro” en el derecho español asume un alcance eminente y exclusivamente constitucional.

¹⁵⁵ Antonio Lorca Navarrete. *Derecho de Arbitraje Interno e Internacional*. Óp. Cit., p. 138.

Por otro lado, una distinta parte de la doctrina ha hecho una distinción entre orden público interno y orden público internacional. William Laurence explica que la función fundamental de este último, es la inaplicación de las normas extranjeras que siendo originalmente aplicables produjeran una violación de los vitales principios inspiradores del ordenamiento jurídico del foro. En los países latinoamericanos no existen disposiciones legales en donde se haga una distinción entre las normas de orden público internacional y orden público doméstico. Así mismo, las legislaciones no contemplan definiciones para ninguno de los dos conceptos. Por lo tanto, se debe recurrir al análisis de la jurisprudencia internacional sobre dicho tema.

Se tomará como ejemplo la decisión de la Corte Suprema Federal Norteamericana en el caso *Paroson and Whittemore Overseas Co. Vs. Société Générale de l'industrie du Papier*:

Concluimos que la defensa de orden público debe de ser determinada de manera taxativa. Denegar la ejecución de un laudo arbitral bajo la causal de orden público sólo podrá hacerse cuando se viola las nociones más básicas de moralidad y justicia del ordenamiento jurídico del foro.¹⁵⁶

En consecuencia, como se leyó de la sentencia antes citada, lo que se busca es proteger la validez del laudo extranjero, por lo que el orden público debe ser taxativo y de interpretación restrictiva. De hecho, a pesar de que esta causal es una de las más invocadas para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo, sólo en casos muy excepcionales la corte ha denegado el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral bajo esta causal.¹⁵⁷ Esto claramente demuestra que la tendencia internacional es aceptar sólo casos en donde se violan disposiciones fundamentales del foro.

Ciertos países, en especial en Iberoamérica, al momento de tipificar la causal de orden público para denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral

¹⁵⁶ We conclude, therefore, that the Convention's public policy defense should be constructed narrowly. Enforcement of foreign arbitral award may be denied on this basis only where enforcement would violate the forum state's most basic notions of morality and justice. Traducción propia. *Paroson and whittemore Overseas Co. Vs. Société Générale de l'industrie du Papier*. 1974

¹⁵⁷ Fouchard, Gaillard y Goldman. *International Commercial Arbitration*. Óp., Cit. p. 999.

extranjera, se refieren al orden público de su propio país. Por ejemplo, en el caso de Nicaragua la Ley de Arbitraje y Mediación establece en su artículo 63 numeral quinto en cuanto a los motivos para denegar el reconocimiento y la ejecución: “Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de *este* Estado”.¹⁵⁸ Por otro lado, la ley de arbitraje y mediación de paraguay en su articulado 46 inciso d, establece: “cuando el juez compruebe que, según la legislación paraguaya (...) el reconocimiento o la ejecución del laudo sería contrario al orden público internacional o del Estado para paraguay”.¹⁵⁹

Bajo la presente propuesta, se sugiere aplicar el estándar de orden público internacional en la legislación ecuatoriana. De esta manera se deben observar solo los principios que sean fundamentales en el derecho internacional. Es importante que esta disposición esté expresamente tipificada en la ley LAM. El caso de Perú sería un buen ejemplo a seguir en este determinado tema. La ley General de Arbitraje peruana en su artículo 123 pertinente para denegar el reconocimiento y ejecución del laudo establece lo siguiente: “Que el laudo es contrario al orden público internacional”.¹⁶⁰ Por lo mismo, lo que se propone bajo la presente tesina es que la causal de orden público sea aceptada sólo cuando la misma se considere de alcance internacional.

4.3.2.2 Arbitrabilidad

Para la mayoría de las legislaciones, los derechos pueden ser arbitrables siempre y cuando sean derechos que se puedan transigir. De esta manera lo ha manifestado, la Corte Constitucional de Colombia la cual estableció lo siguiente: “la justicia arbitral solo puede operar cuando los derechos en conflicto son de libre disposición por su titula, es decir, que frente a ellos exista la libertad de renunciar en todo o en parte”.¹⁶¹ Ecuador no es la excepción, pues, en el artículo 190 de la Constitución se establece: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos.

¹⁵⁸ Ley de Mediación y Arbitraje Nicaragua. Artículo 63.

¹⁵⁹ Ley de Arbitraje y Mediación Paraguay. Artículo 46.

¹⁶⁰ Ley General de Arbitraje Perú. Artículo 123.

¹⁶¹ Luis Alfredo Barragán Arango. *Arbitraje comercial internacional: marco legal y jurisprudencial*. Editorial la ley: Madrid, 2012, p. 221.

Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. (...)”. A su vez, el artículo cuarto de la Ley de Arbitraje y mediación estipula: “Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma”.¹⁶²

Lo que se determinará en la presente sección es: ¿En base a qué normativas un juez ecuatoriano puede, de oficio, evaluar la arbitrabilidad de un laudo? El Código Civil establece que materias no pueden ser objeto de transacción, entre ellas se encuentran:

- (i) La materia penal; (ii) el estado civil de las personas; (iii) el derecho a recibir alimentos salvo que cuente con aprobación judicial; (iv) los derechos inexistentes o ajenos; (v) la obtención por dolo o violencia o a propósito de un título nulo; (vi) la materia ya resuelta en sentencia con autoridad de cosa juzgada de la cual, al tiempo de celebrarse la transacción, las partes no hubieran tenido conocimiento.¹⁶³

Por otro lado, la constitución también establece ciertas materias que no podrán ser arbitrables o que podrán ser sólo bajo el cumplimiento de ciertos requisitos. Por ejemplo, el artículo 190 de la constitución en cuanto a la contratación pública establece que: “procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”.¹⁶⁴ Esta disposición se encuentra de igual manera contemplada en el artículo 4 de LAM.¹⁶⁵ En este caso en particular, la constitución y LAM establecen un requisito *a priori* para que las contrataciones públicas puedan ser sujetas al arbitraje. En la ley de contratación pública se determina que sólo cabe el arbitraje en derecho, dejando a un lado el arbitraje en equidad.

¹⁶² Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 4.

¹⁶³ Juan Manuel Marchán y Xavier Andrade Cadena. *El arbitraje comercial internacional en Ecuador: marco legal y jurisprudencial*. Editorial la ley: Madrid, 2012, p. 356.

¹⁶⁴ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 190.

¹⁶⁵ Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales: 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 (...).
Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 4.

Mediante el arbitraje se puede resolver una amplia gama de disputas. Sin embargo, la limitación se encuentra en aquellas materias que no son susceptibles de arbitraje, las mismas que brevemente fueron establecidas anteriormente. Bajo la presente propuesta se considera necesario que el Ecuador incluya una definición especial sobre las materias susceptibles de someterse a arbitraje en LAM.

4.3.3 Requisitos formales para el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral extranjera

En la presente sección se analizará los requisitos formales para el reconocimiento de una sentencia arbitral extranjera. Para dicho objetivo se toma como guía ciertas legislaciones en Iberoamérica y la Ley Modelo CNUDMI, con la reforma realizada en el año 2006.

El reconocimiento o *exequátur* como se ha visto, es un proceso por el cual se le da validez a un laudo para que surta sus efectos deseados en Ecuador. El juez de a cargo de la homologación de la sentencia arbitral extranjera tiene como primera obligación apreciar los requisitos formales que se establecen. En la presente sección se evaluarán cuáles son estos requisitos y qué condiciones deben contener.

En cuanto a los documentos requeridos, bajo la presente tesina se propone tomar aquellos estipulados en la Ley Modelo CNUDMI en el artículo 35:

La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia del mismo. Si el laudo no estuviera redactado en un Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional idioma oficial de ese Estado, el tribunal podrá solicitar a la parte que presente una traducción del laudo a ese idioma.

Como se puede observar, a diferencia de lo establecido en la Convención, la comisión de la ley Modelo en el 2006 elimina uno de los requisitos formales. Según el texto actual del párrafo segundo del artículo 35, ya no es necesario presentar una copia

certificada del acuerdo de arbitraje. Sin embargo, la mayoría de legislaciones en Iberoamérica no han eliminado este requisito extra, la razón de esto principalmente recae en que los diversos Códigos donde se ha regulado el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero, son anteriores a la reforma que se dio a la Ley Modelo. Otra posible explicación es que las legislaciones se remiten a los requisitos establecidos en la Convención en donde sí se contempla como requisito formal que se presente el acuerdo arbitral.

Se tomará ciertos ejemplos de legislaciones en Iberoamérica en donde no se ha reformado este requisito de formalidad. Por ejemplo, la normativa boliviana sobre arbitraje establece que será necesario presentar ante la corte de reconocimiento y de ejecución los documentos establecidos en la Convención de Nueva York. Por otro lado, existen legislaciones como la uruguaya en donde no solo no se elimina este requisito formal eliminado por la Ley Modelo, sino que, se ha añadido un requerimiento oficial. A pesar de que la legislación uruguaya se remite a la Convención de Nueva York la Suprema Corte de Justicia de dicho Estado ha añadido en reiteradas jurisprudencias una exigencia extra. Dicho requisito es el siguiente: “evidencia documental de que el demandado fue citado o notificado legalmente del proceso arbitral en el exterior”.¹⁶⁶

En definitiva, lo que se plantea en la presente propuesta es que se tome en consideración la Ley Modelo para los requisitos formales con la reforma que se hizo en el 2006. Pues, lo idóneo es simplificar y facilitar en mayor medida el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Por otro lado, es importante mencionar que al momento de adoptar la Ley Modelo no se puede incluir requisitos extras a discreción de las cortes ecuatorianas como lo hecho la Suprema Corte de Justicia de Uruguay.

A su vez, es importante mencionar que la autoridad que tiene la facultad de certificar o autenticar la sentencia arbitral extranjera es en la práctica un funcionario consular o diplomático del país en donde se busca el reconocimiento ubicado en la nación en donde se dictó el laudo. La autoridad competente para la certificación de la copia es en

¹⁶⁶ Suprema Corte de Justicia Uruguay.

principio competente también para su autenticación. Esto va de acorde con lo estipulado en el artículo 190 del Código de Procedimiento Civil. En el mismo se establece que se autentican o legalizan los instrumentos otorgados en territorio extranjero con la certificación del agente diplomático o consular del Ecuador residente en el Estado en que se otorgó el documento. En cuanto a la ley de modernización en su artículo 23, en concordancia con el Código de Procedimiento Civil establece:

El estado y las entidades del sector público que conforman la administración pública no podrán exigir que los documentos otorgados en territorio extranjero, legalizados por agente diplomático o Cónsul del Ecuador acreditado en ese territorio extranjero, sean autenticados o legalizados por el Ministerio de Relaciones Exteriores. Tampoco requerirán nueva legalización o autenticación los documentos otorgados ante los Cónsules del Ecuador, en el ejercicio de funciones notariales. Sin embargo la calidad de Cónsul ad - honorem deberá ser certificada por el Ministerio de Relaciones Exteriores y constará en el respectivo documento.¹⁶⁷

En cuanto a la traducción del laudo, dicho requerimiento está contenido en el artículo 35 numeral segundo de la Ley Modelo, "Si el laudo no estuviera redactado en un idioma oficial de ese Estado, el tribunal *podrá* solicitar a la parte que presente una traducción del laudo a ese idioma si el laudo no estuviera redactado en castellano". Lo primero que se debe observar es que no se pide una traducción debidamente certificada, lo segundo que se lee del artículo antes citado, es que no es una obligación de la Corte pedir la traducción del laudo, por lo que se utiliza el termino "podrá".

Sobre este requisito la legislación española permite que se realice la traducción del documento privadamente, es decir, sin requerir que el mismo sea debidamente certificado. La doctrina española alega que si alguna de las partes lo impugnase dentro del término del tercer día, manifestando que no la tiene por fiel y exacta, se remitirá el documento a la interpretación de las lenguas para su traducción oficial.

Para los efectos de la presente tesina se propone que la traducción sea debidamente certificada y que dicho requisito sea obligatorio. El razonamiento para esto es que, se cree que con una traducción privada podría dar cabida a una dilatación

¹⁶⁷ Ley de Modernización del Estado. Artículo 23. Registro Oficial 349 de 31 de Diciembre de 1993.

innecesaria en el proceso de reconocimiento y ejecución, si es que se llega a impugnar la traslación del laudo o acuerdo. Por otro lado, a pesar de que la Ley Modelo no obliga a que se presente la traducción de laudo, bajo esta propuesta y bajo la realidad de este Estado se considera bastante necesario que sea obligatoria la presentación de la traducción de la sentencia arbitral.

En cuanto a los requisitos de forma, bajo la presente propuesta se establece que los jueces ecuatorianos deben mantener una correcta flexibilidad, como lo han hecho las cortes extranjeras. Se debe tomar en consideración que la mayoría de jueces a nivel internacional han sido altamente tolerantes con los requisitos de forma, sobre todo aquellos requerimientos que puedan subsanarse en el proceso. El objetivo de los jueces ecuatorianos es fomentar la agilidad para el proceso de *exequátur* y posterior ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

En conclusión, se propone adoptar los requisitos establecidos en la Ley Modelo con la reforma en donde se excluye el requerimiento del acuerdo arbitral para el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral extranjera. Adoptando los requisitos formales establecidos en la Ley Modelo se agiliza y se unifica en el Ecuador el proceso de *exequátur* y posterior ejecución a la mayoría de países en Iberoamérica que ya lo han adoptado.

4.3.4 Causales para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero en la legislación ecuatoriana

Para empezar, se debe aclarar la diferencia entre “anular” y “no reconocer” una sentencia arbitral extranjera. Sólo el poder judicial del Estado en que, o conforme a cuya ley, se dictó el laudo arbitral puede declarar su anulación. Por otro lado, el juez del *exequátur* de una sentencia arbitral que ha sido dictado en un país distinto sólo puede no reconocer el laudo. Este “no reconocimiento” no crea efectos *erga omnes* por lo que si un laudo se deniega en el Ecuador puede surtir los efectos deseados y ser ejecutado en otro Estado. Una vez que se ha hecho esta aclaración se verá las causales para denegar el reconocimiento y la ejecución bajo la Ley Modelo CNUDMI.

4.3.4.1 Causales para denegar el reconocimiento y la ejecución bajo la Ley modelo CNUDMI

Mediante la presente tesina se propone que las causales para denegar el reconocimiento y la posterior ejecución de un laudo extranjero en el Ecuador sean las contenidas en el artículo 36¹⁶⁸ de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).

Esta ley, contiene características y principios del esquema de arbitraje moderno, tales como autonomía de las partes, flexibilidad procedimental y limitada intervención de los Tribunales ordinarios de justicia.¹⁶⁹

Las causales establecidas en la Ley Modelo son similares a las establecidas en el artículo V de la Convención de Nueva York. Las legislaciones de arbitraje en Chile, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Perú son países que han adoptado las mismas causales que las establecidas en la Ley Modelo de CNUDMI. El Ecuador debería seguir los pasos de estos países latinoamericanos adoptando la Ley Modelo. A continuación se

¹⁶⁸1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:

a) a instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:

i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o

ii) que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;

iii) que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o

v) que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo; o

b) cuando el tribunal compruebe:

i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado

¹⁶⁹ Gonzalo Fernández Ruiz. *Arbitraje comercial internacional en Chile: Marco legal y jurisprudencial*. Editorial la ley: Madrid, 2012, p. 315.

verá ciertas especificaciones extras que propone bajo la presente tesina tomar en consideración al momento de adoptar en la legislación ecuatoriana las causales para denegar el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras.

4.3.4.2 Tipificación de las causales

Bajo la presente propuesta se recomienda que la legislación ecuatoriana tipifique expresamente en la Ley de Arbitraje y Mediación que las causales para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero son taxativas. La tendencia en Iberoamericana se ha explícitamente establecido esta limitación. Algunos ejemplos de ello son: Perú (artículo 129.-“Solo se podrá denegar (...) el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral (...) cuando se pruebe (...)”). México (artículo 1462.- “Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral cuando (...)”). Venezuela artículo 49.-“El reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral solo se podrá denegar (...)”). Paraguay artículo 46.- Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral extranjero cuando (...), países como Panamá, Brasil, Nicaragua, Guatemala el Salvador y Chile contienen artículos semejantes para resguardar el carácter taxativo de las causales para denegar el *exequátur* y la posterior ejecución de una sentencia arbitral extranjera.

Por lo tanto, en el texto legislativo en donde se incorpore la Ley Modelo deberá especificar el carácter taxativo de las causales contenidas en el artículo 35 de la ley antes mencionada. La protección para el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros debe ser una prioridad para la legislación ecuatoriana. Por lo que el proceso arbitral debe estar protegido contra toda injerencia imprevisible.

4.3.4.3 Alegato y prueba de las causales

Ahora bien, bajo la presente propuesta se establece la necesidad de que las causales para denegar el reconocimiento de una sentencia arbitral extranjera deberán ser expresamente alegadas y probadas. Excepto cuando la Convención de Nueva York

autoriza expresamente al poder judicial a invocar de oficio, las mismas fueron ya analizadas en la sección 4.3 de la presente tesina.

Bajo la presente propuesta se sugiere tipificar el principio de la inversión de la carga de la prueba en virtud de la cual corresponde a la parte contra la cual se invoca el laudo alegar y probar la existencia de los requisitos negativos que condicionan el otorgamiento del *exequátur*. Adicionalmente, se propone mediante la presente tesina imponer que al momento de plantear alguna causal para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero, el interesado tuvo que ya haber planteado alguna de estas causales ante el tribunal arbitral que dictó el laudo. Para efectos de la presente tesina se toma como modelo a seguir la legislación canadiense. Este Estado estipula la obligatoriedad de haber presentado la causal ante el tribunal arbitral que dictó la sentencia arbitral antes de presentar alguna causal para denegar el reconocimiento y la ejecución. En el artículo IV de la Ley sobre Arbitraje Comercial canadiense se estipula lo siguiente:

Aquella parte que sabe que cada provisión de este código del cual las partes podrían invalidar o cualquier requerimiento bajo el acuerdo de arbitraje con el que no ha sido sometido y sin embargo se procede con el arbitraje sin mencionar su objeción a aquel que no este en cumplimiento sin retrasos, si hay por ende un tiempo limite, dentro de un periodo de tiempo, debería de haber sido considerado de renunciar a sus derechos de objetar.¹⁷⁰

El objetivo de esto es asegurar que se está obrando de buena fe y no con la finalidad de dilatar o entorpecer el proceso. Por lo mismo, mediante la presente propuesta, los jueces ecuatorianos no pueden evaluar causales que no fueron presentadas en su momento como excepciones ante el tribunal arbitral de donde el laudo es proveniente. De esta manera, se impide que la parte esté en búsqueda de dilatar o trabar el proceso sin causa alguna.

¹⁷⁰A party who knows that every provision of this code from which the parties may derogate or any requirement under the arbitration agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating his objections to such non-compliance without undo delay or, if a time-limit provided therefore, within such period of time, shall be deemed to have waived his right to object. Traducción Propia. Commercial Arbitration Code. Artículo 4. Promulgada 1986.

Cabe mencionar que lo único que se puede discutir al momento de presentar alguna de las causales del artículo V de la Convención es el reconocimiento o el no reconocimiento. Al momento de llevar a cabo el proceso de *exequátur* el juez no debe entrar a juzgar bajo ningún motivo las consideraciones de los árbitros a dictar el laudo. Adicionalmente, sólo se pueden invocar las causales establecidas en el 35 de la Ley Modelo. En cuanto a esto, es interesante señalar la legislación boliviana la cual tomó tan sólo dos requisitos de los V estipulados en la Convención de Nueva York:

La Corte Suprema únicamente considerará las siguientes dos opciones documentadas a la ejecución del laudo: a) cumplimiento del laudo o: b) La existencia de algún recurso de anulación pendiente. En este segundo caso la Corte suspenderá la ejecución hasta que el recurso sea resuelto. Cualquier oposición a la ejecución basada en argumentos distintos a los mencionados deberá ser desestimada.¹⁷¹

En conclusión, lo que se pretende establecer en la presente sección es determinar el porqué de la necesidad de adoptar la Ley Modelo CNUDMI para el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales. La Ley Modelo es actualmente acogida por la mayoría de legislaciones en Iberoamérica por lo que la adopción de la misma para el Ecuador significaría un gran avance a favor del arbitraje internacional. Adicionalmente, se propuso que la tipificación de las cuales estableciendo claramente que cualquier otra causal que no esté contenido en el artículo 36 de la Ley Modelo no podrá ser invocada para denegar una sentencia arbitral extranjera. En la presente sección, se recomendó de igual manera y tomando en consideración otras legislaciones, que se acepte las causales para denegar el reconocimiento y la ejecución sólo si las mismas o alguna de ellas fue invocada oportunamente ante el tribunal arbitral que dictó el laudo. Esta recomendación ayudará a un proceso sin dilataciones y en mayor medida que se obre de buena fe a través del proceso.

4.3.5 Órgano competente

¹⁷¹ Ramiro Guevara y Jorge Luis Inchauste. *Arbitraje comercial internacional en Bolivia: marco legal y jurisprudencial*. Editorial la ley: Madrid, 2012, p. 315.

Se cree necesario una distinción de competencia entre el órgano que conoce el *exequátur* y el órgano que dicta el auto para ejecución. Se puede tomar como referencia la legislación española, la misma hace una clara distinción en la competencia entre el conocimiento y la ejecución. El artículo 955 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que la competencia para conocer las solicitudes de reconocimiento son los Tribunales Superiores de Justicia. Por otro lado, la competencia para la ejecución de laudos o resoluciones extranjeras corresponden a los juzgados de primera instancia.¹⁷²

Algo parecido podría adaptarse en la legislación ecuatoriana. De esta manera, la competencia para el reconocimiento del laudo extranjero corresponde a la Corte Provincial de Justicia del lugar de domicilio del demandado. Si el solicitado no reside en la República del Ecuador, será competente la Corte Provincial en donde este tenga sus bienes. Si la Corte Provincial acepta y reconoce el laudo extranjero se tramita ante los jueces de lo civil ordinarios de primera instancia, como se establece en el artículo 302¹⁷³ del Código de Procedimiento Civil.

4.4 Conclusión

Se puede encontrar en los países Iberoamericanos, un alto grado de homogeneidad en cuanto a sus recientes reformas legales sobre arbitraje internacional. “Bajo el riesgo de generalizar, podría sostenerse que la amplia mayoría de las leyes o proyectos legales sobre arbitraje comercial internacional de los países Iberoamericanos se han basado sustancialmente en la Ley Modelo”.¹⁷⁴ Lamentablemente Ecuador no es uno de estos países a los cuales el autor antes citado se refiere. A través del presente capítulo se ha analizado y propuesto la adopción de la Ley Modelo CNUDMI para armonizar y facilitar el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras en el Estado ecuatoriano. Por lo tanto, como se ha evaluado, la Ley Modelo, establece en la mayoría

¹⁷² Ley de enjuiciamiento Civil. España. Artículo 955. 7 de enero del 2000.

¹⁷³ El artículo 302 del Código de Procedimiento Civil dispone: “La ejecución de la sentencia corresponde, en todo caso, al juez de primera instancia, sin consideración a la cuantía”.

¹⁷⁴ Cristian Conejero. *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: un panorama general*. Editorial la ley: Madrid, 2012, p. 66

de temas, principios básicos encaminados a resguardar la validez de la sentencia arbitral extranjera. De igual manera, la adopción de esta ley limita el rol de asistencia y control de los tribunales locales. Acogiendo la Ley Modelo se cumple un doble propósito pues no sólo se establece las causales específicas para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero, sino también regula las causales para anular una sentencia arbitral nacional. “Aquellos que han adoptado las disposiciones modelo tienen, además, la ventaja de haber armonizado las causales de anulación local de laudos con las de denegación del reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros (...).”¹⁷⁵

¹⁷⁵ Xavier Andrade Cadena. “Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en el Ecuador: un camino inexplorado”. *Revista Internacional de Arbitraje*: 2008, p. 6.

Conclusiones

La Convención de Nueva York de 1958 es el principal tratado multilateral sobre Arbitraje Internacional. La Convención ha tenido un gran éxito por facilitar el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras alrededor del mundo. Ecuador es uno de los 138 países parte.

Es imperioso preguntarse ¿cuáles son las razones que han producido este consenso internacional? Uno de los grandes avances contemplados en la Convención es la eliminación al *double exequatur*, esta figura que se creó a raíz de la Convención de Ginebra sobre ejecución de laudos arbitrales exigía que una sentencia tenga carácter de final de conformidad con la legislación del Estado en el cual se dictó de esta manera, la parte que ganó el juicio debía de iniciar dos procesos: uno en el país donde se emitió la sentencia y otro en el país donde se quiere ejecutar la sentencia. La Convención eliminó esta figura lo que creó un proceso más expedito y sin dilataciones.

Otro de los avances significativos contemplados en la Convención de Nueva York es la inversión en la carga de la prueba. La Convención de Ginebra de 1927 infería un mecanismo en virtud del cual la prueba de las circunstancias favorables al reconocimiento correspondía a la parte que pretendía la ejecución, esto se eliminó dando paso a un proceso en donde la parte ejecutora tiene una carga mínima y justificada para dar validez a un laudo extranjero. Es importante que destaquemos el principio conocido como "*Favor Arbitrandum*", verdadero fundamento de la Convención de Nueva York. El principio de derecho más favorable ha modificado el panorama del Arbitraje Comercial Internacional y ha creado una influencia positiva en las legislaciones locales a favorecer y agilizar el reconocimiento y la ejecución de laudos.

En el segundo capítulo de la presente tesina se estudió el artículo V de la Convención de Nueva York. Dicho artículo contiene las causales para denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros. El artículo V contiene doble alcance, las primeras causales deben ser interpuestas por la parte procesal, las últimas dos pueden ser invocadas por el juez de oficio. El artículo V refuerza el arbitraje internacional evitando que tribunales locales actúen de una manera celosa de su jurisdicción negando la ejecución de sentencias bajo razones “exóticas”, puramente locales o hasta erróneas. Con estas causales establecidas de manera taxativa se logra cierta seguridad jurídica y garantiza una uniformidad normativa, tan importantes para el derecho comercial internacional.

Las legislaciones alrededor del mundo han hecho grandes esfuerzos para que sus normativas internas sean armónicas con la Convención, no sólo han adoptado la Ley Modelo CNUDMI, sino también han creado en su derecho local procedimientos adecuados para convocar las causales para denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera. Las legislaciones latinoamericanas y en particular el Ecuador, presentan una gran problemática al momento de reconocer un laudo extranjero. El derecho ecuatoriano en principio parecería que contiene normas amigables al momento de estipular que una sentencia arbitral extranjera se reconoce por la vía de apremio presentando una simple solicitud al juez pertinente. No obstante, la normativa en Ecuador no contiene un derecho favorable para el Arbitraje Internacional, lo que sucede en realidad es que el tema se encuentra prácticamente irregulado. La ley de Arbitraje y Mediación establece que los laudos extranjeros tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma manera que los laudos nacionales por vía de apremio. En otras palabras, el laudo extranjero posee, sin reconocimiento previo, la calidad de sentencia arbitral nacional, sin que se contemple ningún mecanismo de *exequatur*.

La falta de regulación para homologar una sentencia arbitral extranjera trajo consigo la problemática confusión en cierta parte de la doctrina ecuatoriana, la cual alega que los laudos igual que las sentencias extranjeras deben reconocerse mediante el

artículo 414 del Código de Procedimiento Civil. Dicho artículo no puede ser aplicado para el *exequátur* ya que traería consigo resultados lamentables como la restauración de *dobles exequátur* ya superado con la promulgación de la Convención de Nueva York. La aplicación del artículo 414 del CPC establece condiciones más rigurosas que las establecidas en la convención por lo que consecuentemente sería una violación directa a la jerarquización normativa ecuatoriana. Este principio claramente establece que las Convenciones o Tratados Internacionales están por encima de toda normativa que no tenga rango constitucional cuando una de estas normativas se contradicen se aplicará la jerárquicamente superior.

Como último argumento, y uno de los más categóricos, es que el artículo 414 no contempla el reconocimiento de laudos; es un artículo dirigido expresamente al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Se puede concluir firmemente que a pesar de ser necesario un proceso de reconocimiento u homologación de laudos extranjeros, el artículo 414 del Código de Procedimiento Civil no es la solución, pues, atentaría gravemente con las disposiciones consagradas en la Convención de Nueva York.

La vía de apremio es otra de las problemáticas que existe en el Ecuador para el proceso de reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales. Este proceso de ejecución es un mecanismo para el cumplimiento forzado de una obligación. Consecuentemente, la vía de apremio no contempla un proceso para que el ejecutado pueda oponerse al reconocimiento y a la ejecución del laudo. Sin embargo, esta posibilidad sí está consagrada en el artículo V de la Convención de Nueva York. La parte tiene la posibilidad bajo ciertas causales taxativas y de interpretación limitada de oponerse a que se reconozca la sentencia arbitral extranjera. Se puede alegar que la vía de apremio no es el mecanismo idónea para respetar los derechos que tienen las partes bajo la Convención de Nueva York.

El Ecuador es parte de varios tratados o Convenciones Internacionales de arbitraje y la Convención de Nueva York es tan sólo uno de ellos. No obstante, la

Convención no priva al Estado o la parte en ninguna medida de hacer valer otro tratado u otra legislación que sea más favorable al momento de reconocer y ejecutar un laudo extranjero. Cuando exista una colisión entre varios tratados se debe tomar en consideración un nuevo principio llamado *la règle d'efficacité maximale*, el mismo rige sobre el fundamento de máxima eficacia. La doctrina de arbitraje internacional ha dejado atrás los principios de *lex posterior derogat lex priori*, y el principio de *lex specialis derogat generali*. El principio de máxima eficacia ayudará a determinar qué convención o tratado se debe aplicar a una situación determinada. Sin embargo, lo que siempre se debe tomar en consideración es que la Convención de Nueva York no puede aplicarse de manera combinada, pues se la debe aplicar de manera íntegra. Lo que si se puede concluir es que la tendencia ha sido aplicar la Convención de Nueva York por ser considerada íntegramente como la más favorable para el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros.

La legislación ecuatoriana deja el proceso para el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras irregulado. En el capítulo cuarto de la presente tesina se presentó una propuesta para regular dicho proceso, tomando como base la Convención de Nueva York, la Ley Modelo sobre arbitraje Comercial Internacional elaborado por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y el derecho interno de otros países. En base a esto se pudo llegar a varias conclusiones. Al momento de contemplar de oficio si ha existido alguna violación del orden público los jueces ecuatorianos sólo pueden considerar si dicho quebrantamiento al orden público es de orden internacional.

En cuanto a las causales para denegar el reconocimiento y ejecución de una sentencia arbitral extranjera, las mismas deben estar incorporadas taxativamente en la Ley de Arbitraje y mediación. A su vez, se requerirá para recurrir a las cortes ecuatorianas que el interesado haya planteado sus observaciones ante el tribunal arbitral que dictó el laudo. En ningún momento del proceso de reconocimiento se puede obviar la presunción de validez de la sentencia arbitral extranjera, por lo tanto, al momento de llevar a cabo el proceso de *exequátur* no se debe acreditar ningún requisito adicional que

no sean los requisitos estipulados en el artículo IV de la Convención de Nueva York. A su vez, en cuanto a los requisitos de forma, los jueces ecuatorianos deben mantener una correcta flexibilidad, como lo han demostrado las cortes internacionales, en especial si son requisitos que pueden subsanarse a medida que va transcurriendo el proceso. La Corte Provincial ecuatoriana será la facultada para reconocer o denegar el reconocimiento de un laudo extranjero. No obstante, es importante tener en claro que, si un laudo no es reconocido por el Estado ecuatoriano, dicha denegación de *exequátur* no produce consecuencias *erga omnes* y se puede pedir el reconocimiento y posterior ejecución en otro país.

En definitiva, la legislación ecuatoriana no regula los aspectos más básicos para crear un ambiente amigable al momento del reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera. Esta falta de regulación ha creado erróneas interpretaciones por parte de la doctrina ecuatoriana, la cuál en busca de un proceso de *exequátur*, ha utilizado equívocamente normativa dirigida al reconocimiento de sentencias judiciales extranjeras. En consecuencia debido al contenido de la norma, se ha violentado las disposiciones de la Convención. A su vez, el silencio en la normativa vulnera derechos de las partes estipulados en la Convención, en particular el derecho que tiene la parte para que se deniegue el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero. En conclusión, la tesina marca aspectos primordiales que deben estar contemplados en la normativa ecuatoriana para que el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjeras se lleve a cabo bajo un procedimiento armonizado con la Convención de Nueva York.

BIBLIOGRAFÍA

- Abascal, José María. *Anulación de Laudos y sus efectos*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.
- Andrade Cadena, Xavier. “Reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en el Ecuador: un camino inexplorado”. *Revista Internacional de Arbitraje* (2008).
- Andrade Cadena, Xavier y Marchán Juan Manuel. *El arbitraje comercial internacional en Ecuador: marco legal y jurisprudencial*. Editorial la ley: Madrid, 2012.
- Andrade Ubidia, Santiago. “En torno al tema de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales”. *Revista de derecho* n. 6. (2006).
- Arias, David. *La Anulación en la Sede y la Anulación del Laudo por la Autoridad cuya Lex Fori se Aplicó*. Buenos Aires; Abeledo Perrot, 2008.
- Arteta Pinto, Tabata. *La Interpretación Restrictiva de las Causales del Recurso de Anulación de Laudo Arbitral*. Lima: 2000.
- Barona Vilar, Silvia. *El arbitraje y Justicia en el siglo XXI*. Pamplona: editorial Thomson Civitas, 2007.
- Bañuelos Rizo, Vicente. *Arbitraje Comercial Internacional: Propósitos de la Ley Modelo CNUDMI*. Mexico D.F: Editorial Limusa, 2010.
- Barragán Arango, Luis Alfredo. *Arbitraje comercial internacional: marco legal y jurisprudencial*. Editorial la ley: Madrid, 2012.

Born, Gary. *“International Commercial Arbitration in the United States”*. Nueva York: Wolters Kluwer, 2009.

Beldrano Rubén Santos. *Arbitraje Comercial Internacional: tendencias y perspectivas*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1988.

Briseño Sierra, Humberto. *El arbitraje Comercial*. México: Editorial Limusa, 1999.

Caínzos Fernández, Antonio. *La indebida notificación de la designación del árbitro o del procedimiento arbitral*. Eduardo Zuleta *et al.* (coords.). Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008.

Canturias Salvaverry, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: UPC, 2007.

Chacon Oyanedel, Alberto y Bórquez Corval, Rodrigo. “El arbitraje internacional en la legislación chilena”. *Revista de derecho comparado, Arbitraje* (2005).

Chocrón Giráldez, Ana María. *Los Principios Procesales en el Arbitraje*. Barcelona: Editorial Bosch, 2000.

Chillón Medina, José María y Merino Merchán José Fernando. *Tratado de arbitraje privado interno internacional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991.

Chillón Medina, José María y Merino Merchán José Fernando. *Legislación de arbitraje interno e internacional*. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

Cremades, Bernardo María. *Estudio sobre arbitraje*. Lima: Ediciones Magna, 2008.

- Cremades, Bernardo María. *Regulación Nacional del Arbitraje y el Convenio de Nueva York*. Lima: Ediciones Magna, 2008.
- Conejero Roos, Cristian, Hierro Hernández-Mora, Antonio y Soto Coaguila, Carlos. *El arbitraje comercial Internacional en Iberoamérica, Marco legal y jurisprudencial*. Colombia: Editorial legis, 2009.
- Cordón Moreno Fausto. *El arbitraje en el Derecho Español: Interno e internacional*. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1995.
- De Cárdenas, Feldstein. *Derecho Internacional Privado*. Buenos aires: Editorial Universidad, 2000.
- Escola, Jorge. *Legalidad, Eficacia y poder judicial*. Buenos Aires: Ediciones de Palma Buenos Aires, 1997.
- Feldstein de Cárdenas, Sara y Leonardi de Herbón, Hebe. *El arbitraje*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1998.
- Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto. *Curso de derecho internacional privado*. 3ra edición. Madrid: Editorial Civitas Madrid, 1996.
- Fernández Ruiz, Gonzalo. *Arbitraje comercial internacional en Chile: Marco legal y jurisprudencial*. Editorial la ley: Madrid, 2012.
- Fouchard, Philippe *et al.* "International Commercial Arbitration". London: Kluwer Law, 1999.
- Gaillard, Emmanuel. *Legal Theory of International Arbitration*. Boston: Wolters Kluwer, 2010.

González Martín, Nuria y Jiménez Rodríguez, Sonia. *Arbitraje Comercial Internacional*. México: Editorial Porrúa, 2007.

Guevara, Ramiro y Inchauste, Jorge. *Arbitraje comercial internacional en Bolivia: marco legal y jurisprudencial*. Editorial la ley: Madrid, 2012.

Jiménez Figueres, Dyalá. *Las Convenciones Anteriores a la Convención de Nueva York; Discusiones y Problemas*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 2008.

Julian D M Lew, Loukas A Mistelis y Stefan M Kroll. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. Netherland.

Lew, Julian *et al.* *Comparative International Commercial Arbitration*. Holanda: Kluwer Law International, 2009, p. 500.

Lorca Navarrete, Antonio y Silguero Estagnan, Joaquín. *Derecho de Arbitraje Español: Manual teórico-practico de jurisprudencia arbitral española*. Madrid: Dykinson, 1994.

Ormazal Sánchez Guillermo: *La ejecución de laudos arbitrales*. Barcelona: Editorial J.M Bosch, 1996.

Mantilla Serrano, Fernando. *Ley de Arbitraje – Una perspectiva internacional*. Madrid: Editorial Civitas 2005.

Merino Merchán, José y Chillón Medina, José. *Tratado de derecho arbitral*. Madrid: Editorial Civitas, 2006.

Monroy Cabra, Marco. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Bogota: Ediciones Librería del profesional, 2000.

- Monroy Cabra, Gerardo. *Tratado de derecho internacional privado*. Bogota: Editorial Temis, 1999.
- Navarro, Pérez, José luís. *Ley de Arbitraje*. Granada: Editorial Comares, 1990.
- Paulsson, Jan. "Enforcing arbitral awards notwithstanding local standard annulment (Lsa)". *The ICC International Court of Arbitration bulletin* vol 9/n 1 (1998).
- Paulsson, Jan. *El orden público como criterio para denegar el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales*.
- Paulsson, Jan. "*Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it matters*". En: *International and Comparative Law Quarterly*, 1983, Vol. 32.
- Pereznieto Castro, Leonel. *Arbitraje Comercial Internacional*. Mexico: Editorial Fontamara, 2006.
- Picand Albónico, Eduardo. *Arbitraje comercial internacional*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Pichot, Alberto Raúl. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Driskill SA: Buenos Aires.
- Port, Christine et al. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards, a global commentary on the New York Convention*. Great Britain: Wolters Kluwer, 2010.
- Rivera, Julio César. *Arbitraje Comercial Internacional y domestico*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007.

- Rivera Silva, Fernando. *El arbitraje Mexicano*. Tesis Doctoral. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2001.
- Rozas Fernández, José Carlos, *et al.* *Curso de Derecho Internacional Privado*. 3ra Edición. Madrid: Editorial Civitas 1996.
- Santos Beldrano, Rubén. *Seis lecciones sobre arbitraje privado*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2002.
- Santos Beldrano, Rubén. *Arbitraje Comercial Internacional: tendencias y perspectivas*. Montevideo: fundación de cultura universitaria, Montevideo, 1988.
- Suárez Anzorena, Ignacio. *El Arbitraje Comercial Internacional, estudio de la convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario*. Buenos Aires: Editorial Beledo Perrot, 2008.
- Tobar Donoso, Julio y Larrea Holguín Juan. *Derecho constitucional Ecuatoriano*. Quito: Corporación de estudios y publicación, 1980.
- Van den Berg, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a Uniform Judicial Interpretacion*. kluwer law international and taxation publishers, 1981.
- Van Den Berg, Albert Jan. "Enforcement of annulled award". *International Court of Arbitration Bulletin* vol. 9 No. 2 (1998).
- Van Den Berg, Albert Jan. "Refusals of enforcement under the New York Convention of 1958: the unfortunate few" *International Court of Arbitration Bulletin* (2007).

Van Den Berg, Albert. *New York Convention: Refusals of Enforcement*.

http://www.arbitrationicca.org/media/0/12125877992500/2007_icc_bulletin_aj_van_den_berg_denials_of_enforcement.pdf. (Acceso 10/8/2012).

Van Den Berg, Albert. "Enforcement of annulled award". *International Court of Arbitration Bulletin* vol. 9 No. 2 (1998).

Vásquez Palma, María Fernanda. *Comprensión del Principio "Competencia competencia" y configuración de la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral.* http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S071880722010000200006&script=sci_arttext (Acceso 3/1/2013).

Vescovi, Enrique. *Teoría general del proceso*. 2.da ed. Bogota: Editorial Temis, 2006.

Virgós Soriano, Miguel . *Del exequátur*. Madrid: Tecnos, 2006.

Virgós Soriano, Miguel. "*Arbitraje Internacional y Convenio de Nueva York de 1958*" <http://www.uria.com/es/abogados/mvi?iniciales=mvi&seccion=publicaciones>. (Acceso 2/1/2013).

Virgós Soriano, Miguel y García Marin Alférez, Francisco. *Derecho Procesal Civil Internacional Litigación Internacional*. Pamplona: Thomson Civitas, 2007.

Virgós, Miguel. *El Convenio arbitral en el Arbitraje Internacional*.

<http://www.uria.com/documentos/publicaciones/1577/documento/art01.pdf?id=2104>. (Acceso 3/01/2013).

Normativa citada.

Código Civil. (Ecuador). Registro Oficial No. 46 de 12 de julio de 2005.

Código Civil Frances. Artículo 2060. 3 de Octubre del 2009.

Código de Comercio. (Ecuador). Registro Oficial No. 1202 de 20 de agosto de 1960.

Código Federal de Procedimientos Civiles. (México). Artículo 360. 24 de febrero de 1943.

Constitución de la Republica del Ecuador. Registro Oficial No. 449 de de Octubre de 2008.

Código de Procedimiento Civil. (Ecuador). Registro Oficial No. 58 de 12 de Julio de 2005.

Código Orgánico de la Función Judicial. Artículo 7. Registro Oficial No. 544 del 9 de marzo del 2009.

Ley de Arbitraje (España). 23 de diciembre del 2003.

Ley de Arbitraje y Mediación. (Ecuador) Registro Oficial No. 417. De 14 de diciembre de 2006.

Ley de enjuiciamiento Civil (España). Artículo 955. 7 de enero del 2000.

Ley General de Arbitraje (Perú).Artículo 124. 23 de abril de 1993.

Reglamento de Conciliación y arbitraje (Guatemala). Artículo 46. 23 de enero del 2006.

Instrumentos internacionales

Código de Derecho Internacional Privado. (1928).

Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales en el Extranjero (1958).

Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (1989).

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985).

Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. (1998). artículo 28 (6).

Jurisprudencia

Apremio en el cumplimiento de sentencias. Gaceta Judicial año XVI. Serie III. Nro. Quito, 8 de mayo de 1918.

Audiencia Provinciales Auto nº 88/2010 de AP Valladolid, Sección 1ª, 8 de Octubre de 2010.

Corte Suprema de Justicia. Primera Sala de lo Civil y Mercantil. Causa No. 226-2004, de 4 de marzo del 2005.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Bogotá D. C., veintisiete (27) de julio de dos mil once (2011). (Discutido y aprobado en sesión de trece de julio de dos mil once)
Ref: exp. 11001-0203-000-2007-01956-00

Corte Suprema de Justicia. Segunda Sala de lo Civil y Mercantil. Registro Oficial 53, 5 de Julio del 2005

Juzgado 23 de lo civil de Pichincha. Caso Xavier Sisa Cepeda vs. Glenn Allan Good. Causa N. 812. Juicio Ejecución de laudo arbitral.