

**UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO**

**Los problemas derivados de la aplicación del principio de Kompetenz-Kompetenz en un régimen jurídico en el que no se ha perfilado adecuadamente su alcance.**

**Karla Andrade Quevedo**

Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de Abogado

Quito, 2007

©Derechos de Autor  
Karla Andrade  
2007

*A mis padres y hermana, porque gracias a ellos he podido cumplir este sueño.  
Su dedicación, empeño y cariño me han convertido en la persona que soy hoy.  
A José Julio, por ser un ejemplo de trabajo duro, perseverancia y dedicación.  
A mis amigos y profesores, por haberme enseñado, acompañado y compartido  
conmigo durante estos seis años de mi vida.*

*Quisiera agradecer la colaboración y generosidad de todas aquellas personas que hicieron posible el desarrollo de esta tesina y muy especialmente al Dr. Miguel Andrade C., Dr. Fabián Andrade, Dr. Pablo Andrade y más miembros del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Dr. Patrick Barrera, Dr. Álvaro Galindo y Dr. Jaime Veintimilla.*

## RESUMEN

En el Ecuador, el arbitraje se encuentra adecuadamente regulado por la Ley de Arbitraje y Mediación. Sin embargo, esta ley todavía tiene algunos vacíos legales que provocan problemas y confusión entre los litigantes. Uno de esos vacíos se encuentra en el tratamiento y alcance del principio de *kompetenz-kompetenz*. Este principio constituye uno de los pilares más importantes del arbitraje, ya que es el que faculta a los árbitros a pronunciarse acerca de su propia competencia. En esta tesina hará un estudio comparativo del principio de *kompetenz-kompetenz* entre la legislación ecuatoriana, la doctrina internacional y las legislaciones extranjeras. Será gracias a este análisis que podremos conocer las falencias y vacíos que presenta la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana en cuanto al tratamiento de este principio. Además, a partir de la práctica arbitral ecuatoriana, se examinarán los problemas que enfrentan los litigantes en un régimen jurídico en el que no se ha perfilado adecuadamente su alcance ni procedimiento.

## ABSTRACT

In Ecuador, arbitration is regulated by the Arbitration and Mediation Law. However, this law still has some legal gaps that cause problems and confusion between the litigants. One of those gaps is in the treatment and reach of the principle of *kompetenz-kompetenz*. This principle constitutes one of the most important pillars of arbitration because it is the one that authorizes the arbitrators to decide about their own competition. This thesis will make a comparative study of the principle of *kompetenz-kompetenz* between the Ecuadorian legislation, the international doctrine and the foreign legislations. Thanks to this analysis we will be able to know the defects and breaches that the Ecuadorian Arbitration and Mediation Law presents as far as the treatment of this principle. In addition, this thesis will examine, from the Ecuadorian arbitration practice, the problems that the litigants face in a legal regime in which the reach and procedure of this principle has not been outlined.

# ÍNDICE DE CONTENIDOS

<b>INTRODUCCIÓN</b>	10
<b>CAPÍTULO I: Nociones Generales del Principio de kompetenz-kompetenz</b>	13
1.1 Definición del principio de <i>kompetenz-kompetenz</i> .	13
1.2 Naturaleza jurídica del principio de <i>kompetenz-kompetenz</i>	16
1.3 Requisitos para que los árbitros puedan pronunciarse acerca de su propia competencia.	18
1.4 Efectos derivados del principio de <i>kompetenz-kompetenz</i>	18
1.5 Alcance del principio de <i>kompetenz-kompetenz</i> .	21
1.6 Vinculación entre <i>kompetenz-kompetenz</i> y el principio de Autonomía.	25
<b>CAPITULO II: Cuestiones aplicativas del principio de kompetenz-kompetenz.</b>	27
2.1 Momentos para la impugnación de la competencia de los árbitros.	27
2.2 Opciones del Árbitro para la aplicación del principio de <i>kompetenz-kompetenz</i>	30
2.3 Procedimientos de aplicación del principio de <i>kompetenz-kompetenz</i>	33
2.4 Efectos del pronunciamiento del tribunal arbitral sobre su propia competencia.	35
2.5 De la declaratoria de competencia parcial por parte del tribunal arbitral.	37
<b>CAPITULO III: Revisión de la competencia del tribunal arbitral por parte de la justicia ordinaria.</b>	39
3.1 Revisión de validez de la cláusula arbitral por parte del juez dentro del derecho internacional.	39
3.2 Revisión de la competencia a través de la acción de Nulidad.	42
3.3 Revisión de la competencia del tribunal arbitral durante el proceso de	45

ejecución de un laudo extranjero.

<b>CAPÍTULO IV: Problemas que enfrentan los litigantes por la falta de claridad y precisión del alcance del kompetenz- kompetenz.</b>	47
4.1 Falta de independencia del arbitraje frente a la justicia ordinaria.	47
4.2 Inseguridad Jurídica	48
4.3 Afectación al principio de economía procesal	49
4.4 Afectación al derecho de acción	51
4.5 Afectación al principio de lealtad procesal.	41
4.6 Afectación al debido proceso	53
4.7 Falta de Motivación como violación al debido proceso.	55
<b>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</b>	57
<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	65
<b>RESOLUCIONES JUDICIALES EMPLEADAS</b>	67

## INTRODUCCIÓN

Como resultado de una administración de justicia ineficiente, métodos alternativos han ido tomando cada vez más fuerza en el Ecuador. En la actualidad, muchas personas prefieren someterse a un arbitraje para resolver sus controversias, por ser éste es un mecanismo más rápido y efectivo que la justicia ordinaria. Lamentablemente, todavía existen muchos vacíos dentro del arbitraje que se encuentran en discusión y que provocan problemas y confusiones a los litigantes.

En el Ecuador, la Constitución Política, en su artículo 191 reconoce al arbitraje como procedimiento alternativo de resolución de conflictos. Así mismo, dentro de nuestra normativa interna existe la Ley de Arbitraje y Mediación, la cual tiene por objeto regular las actuaciones de las partes, de los árbitros y de las instituciones de arbitraje. Esta ley es bastante completa, sin embargo, existen aspectos que no han sido abarcados adecuadamente y que por ende pueden afectar a las partes e incluso dejarlas en indefensión.

Uno de los pilares más importantes de un proceso arbitral es el principio de *kompetenz-kompetenz*, el cual faculta a los árbitros para resolver sobre su propia competencia. Lastimosamente, nuestra Ley de Arbitraje y Mediación poco menciona acerca de dicho principio, dejando a discreción de cada tribunal arbitral la decisión de cómo, cuándo y en qué momento deben pronunciarse.

Dentro de la doctrina internacional, el principio de *kompetenz-kompetenz* es aún muy discutido, ya que hasta el momento no se ha logrado una tendencia unificada y bien definida. Por esta misma razón, los convenios internacionales, los reglamentos de los centros de arbitraje independientes y las legislaciones internas de cada país, no han logrado coincidir en cuanto al adecuado tratamiento que debe dársele a este pilar del arbitraje.

Al no existir ningún mandato que determine exactamente cómo deberán tratar los árbitros el principio de *kompetenz-kompetenz*, las partes que participan dentro de un proceso arbitral enfrentan la incertidumbre de saber qué tendencia utilizará el tribunal arbitral para pronunciarse respecto a su propia competencia.

En el Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación ha destinado un solo artículo a la regulación del principio de *kompetenz-kompetenz*; por ende esto no ha permitido perfilar adecuadamente su alcance, provocando que las partes, al momento de litigar se vean obligadas a sobrellevar problemas de seguridad jurídica, falta de independencia del arbitraje frente a la justicia ordinaria, falta de economía procesal, atentados contra el debido proceso y el uso indebido de tácticas dilatorias.

Debido a la falta de tratamiento que existe dentro de la legislación ecuatoriana acerca de este principio, para el desarrollo de esta tesina se ha realizado un exhaustivo análisis de los sistemas de arbitraje internacional y la jurisprudencia proveniente de ellos, la doctrina internacional y el derecho comparado. Será a través de estos mecanismos que se pretenderá dar solución a los problemas que enfrentan los litigantes en el Ecuador, por la falta de regulación clara del principio de *kompetenz-kompetenz*.

Para obtener una respuesta puntal acerca de los problemas causados por la falta de regulación del *kompetenz-kompetenz* y así poder plantear una solución adecuada para nuestro país, esta tesina se encuentra estructurada de la siguiente manera:

En el primer capítulo se analizará la definición, naturaleza jurídica, efectos y el alcance del principio de *kompetenz-kompetenz* dentro de la doctrina internacional y la normativa existente al respecto.

En el segundo capítulo se profundizará acerca de las cuestiones aplicativas y prácticas de este principio. De esta manera, será posible analizar las falencias de la ley ecuatoriana frente a otras legislaciones más avanzadas. Así mismo, será posible observar los vacíos y problemas que presentan dichas legislaciones al momento de regular el pronunciamiento de competencia de los tribunales arbitrales.

Por otro lado, en el tercer capítulo se analizarán aquellos recursos que impiden que el principio de *kompetenz-kompetenz* sea aplicado de manera absoluta, provocando en muchos casos, el uso de tácticas dilatorias que perjudican a los litigantes.

Por último en el capítulo cuarto, se hará una recopilación de los principales problemas que se originan dentro de los procesos arbitrales por causa del impreciso tratamiento del principio de *kompetenz-kompetenz*, tanto en la legislación ecuatoriana como en los sistemas internacionales. De esta forma, será posible observar cómo los pilares fundamentales del arbitraje se convierten en una teoría difícilmente aplicable que, en muchos casos, afecta a quienes deciden confiar en este sistema de resolución de controversias.

# CAPÍTULO I

## NOCIONES GENERALES DEL PRINCIPIO DE KOMPETENZ-KOMPETENZ.

### 1.1 Definición del principio de kompetenz-kompetenz

El principio de *kompetenz-kompetenz*, apareció en Alemania<sup>1</sup> y desde entonces se ha convertido en uno de los pilares más importantes del arbitraje. En un inicio, este principio planteaba de manera estricta que los árbitros eran los únicos que podían dirimir cualquier controversia relativa a su propia competencia. Sin embargo, con los años, este concepto ha ido evolucionando hasta llegar a la definición que manejamos hoy en día.

Según autores como REDFERN Y HUNTER<sup>2</sup>, el *kompetenz-kompetenz* constituye un poder inherente que tienen todos los tribunales arbitrales. Dicho principio procesal le entrega al tribunal arbitral la facultad de resolver acerca de su propia competencia, antes de que cualquier otro tribunal perteneciente a la justicia ordinaria, pueda hacerlo. Esto quiere

---

<sup>1</sup> Cfr. E SILVA Y F. MANTILLA. *El Contrato de Arbitraje*. Legis. Colombia, 2005, pp. 579-581.

<sup>2</sup> Cfr. A. REDFERN Y M. HUNTER. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Sweet and

decir, que toda controversia que tenga que ver con la existencia, validez o alcance del convenio de arbitraje deberá ser resuelta primero por el tribunal arbitral; y la justicia estatal tan solo podría revisar dicha decisión sobre la competencia en un momento ulterior.<sup>3</sup>

Lastimosamente, de su definición es posible observar que este principio no es absoluto, ya que la decisión puede ser revisada por un tribunal nacional competente después de que los árbitros hayan tomado su decisión. La mayoría de autores coinciden en que, a pesar de que la regla general establece que al tribunal arbitral le corresponde resolver sobre su competencia, esta decisión puede ser impugnada y revisada posteriormente por órganos distintos.

A través de este principio lo que se busca es garantizar que la afirmación que realice una de las partes respecto a la inexistencia o nulidad del contrato de arbitraje, no conduzca a la parálisis del procedimiento arbitral. Pues si los árbitros no tendrían la facultad para pronunciarse sobre su competencia, esto acarrearía necesariamente la suspensión del procedimiento arbitral para recurrir a la justicia estatal y que sea ésta quien resuelva la controversia relativa a la existencia o validez del contrato de arbitraje.<sup>4</sup> Esto implicaría que solo después de que la justicia estatal haya resuelto la excepción de incompetencia, los árbitros podrían, si es el caso, proceder a dirimir el fondo del litigio.

Resultaría insensato que cuando se impugne la competencia de los árbitros, éstos deban suspender el proceso inmediatamente y rehusarse a cualquier pronunciamiento hasta que otro tribunal competente determine si tienen competencia o no. Por otro lado, tampoco resulta adecuado que los árbitros sigan adelante y se pronuncien sobre el fondo de la controversia dejando abierta la pregunta de si eran o no competentes, para que otro tribunal determine si tenían el poder para haber dirimido dicha controversia. Por lo tanto, queda evidenciado, que cualquiera de las dos opciones presentadas anteriormente resultan inconvenientes, ya que causarían muchos perjuicios a las partes. Razón por la cual, los árbitros están facultados para pronunciarse de forma preliminar sobre su propia

---

Maxwell, Londres, 1999, sección 5-32.

<sup>3</sup> Cfr. E. SILVA Y F. MANTILLA. *El Contrato de Arbitraje*. Legis, Colombia, 2005, pp. 579-581

<sup>4</sup> Cfr. E. CARMIGNANI. "Kompetenz- Kompetenz", *Diario Expreso*. 29 de septiembre 2006.

competencia<sup>5</sup>.

Es posible observar que la definición de *kompetenz-kompetenz* es la única forma de que el arbitraje logre la autonomía que tanto necesita. Es gracias este principio procesal que el arbitraje busca garantizar que los litigantes tendrán un proceso ágil y eficiente. Pero, parecería que la evolución de este principio se debe a que, a lo largo de la historia enfrentó varios tropiezos en cuanto a su independencia y efectividad. Es por esto, que la doctrina ha cambiado la drasticidad de su definición y ha aceptado que el *kompetenz-kompetenz* tiene una naturaleza de tipo temporal. Tal y como afirma LORCA "el resultado que se logra es puramente cronológico, positivo, no jerárquico, con el único fin de evitar que juzgados y tribunales asuman una competencia que con anterioridad las partes han excluido al suscribir un convenio arbitral".<sup>6</sup>

La definición de *kompetenz-kompetenz* se deja ver claramente, tanto en legislaciones nacionales como en los convenios internacionales de arbitraje. La ley modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su artículo 16 numeral 1, establece que "el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia incluso sobre excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato, se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato".

Así mismo, la legislación colombiana dentro del Decreto 1818, en su artículo 147 dice que "la primera audiencia de trámite se desarrollará así: 2. El tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante un auto que es solo susceptible de recurso de reposición".

De la misma manera, de forma vaga, la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, en su artículo 22 establece que "durante la audiencia de sustanciación, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia". Lamentablemente, a diferencia de otras legislaciones, la nuestra no prevé ningún tipo de especificación acerca del alcance o procedimiento respecto de este

---

<sup>5</sup>Cfr. A. REDFERN Y M. HUNTER. *Law and practice of international Commercial Arbitration*. Sweet & Maxwell, London, 1999, sección 5-32.

principio; pero este artículo permite percibir que el *kompetenz-kompetenz* sí se encuentra consagrado dentro del derecho arbitral ecuatoriano. Además, dentro de la jurisprudencia ecuatoriana ya ha habido un reconocimiento expreso de este principio. Dentro del proceso 2005-0100, la primera sala de la Corte Superior de Quito declaró que “el principio de *kompetenz-kompetenz* se resume en la capacidad de los árbitros para decidir acerca de su propia competencia”. Adicionalmente, estableció que “la competencia del tribunal es exclusiva y única de tal tribunal, en la audiencia de sustanciación (...) y tal resolución que toma el tribunal tiene efectos irrevocables y por lo mismo no puede ser discutida ni analizada posteriormente (...)”<sup>7</sup>, lo cual demuestra que para la jurisprudencia ecuatoriana el principio de *kompetenz-kompetenz* si es de carácter absoluto y permanente.

Por otro lado, si la ley prevé taxativamente que dentro de la primera audiencia, el tribunal debe decidir sobre su propia competencia, entonces, esto significa que antes de proceder al trámite de arbitraje en sus diferentes etapas, todos los árbitros deberán determinar si son o no competentes para conocer y resolver la controversia sometida a ellos. Esto, a pesar de que no exista una impugnación a la competencia del tribunal. Dentro de la práctica arbitral ecuatoriana los árbitros en muchas ocasiones se pronuncian de oficio acerca de su competencia. En el proceso arbitral No. 005-2006 el demandado no presentó ninguna excepción de incompetencia, sin embargo, el tribunal consideró que “no existía un acuerdo de arbitraje suscrito por todos los demandados, por lo que no era procedente un arbitraje.”<sup>8</sup>.

## 1.2 Naturaleza jurídica del principio de kompetenz-kompetenz

El principio de *kompetenz-kompetenz* proviene del convenio arbitral, es decir, de la voluntad de las partes de resolver sus controversias a través de un tribunal arbitral. Es por esta razón que el convenio de arbitraje obliga a las partes a seguir lo estipulado en dicha

---

<sup>6</sup>A. LORCA NAVARRETE. *Manual de Derecho de Arbitraje*. Dykinson, Madrid, 1997, p. 279.

<sup>7</sup>JUICIO NO. 2005-0100. Primera Sala de la Corte Superior de Quito.

<sup>8</sup> PROCESO ARBITRAL NO. 005-2006. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Proceso confidencial.

cláusula e impide a los jueces conocer las cuestiones litigiosas sometidas a un arbitraje.

Según el autor colombiano SILVA<sup>9</sup>, desde un punto de vista puramente teórico, el *kompetenz-kompetenz* tiene su fuente jurídica en el imperio de la ley y no en la voluntad de las partes. Parecería ser que esta acepción no es correcta ya que tal y como afirma SALVADOR, “la jurisdicción del árbitro proviene del acuerdo arbitral y de los reglamentos a que aquel hace referencia”<sup>10</sup>.

En realidad, parecería ser que este principio nace de ambas, tanto de la voluntad de las partes como del imperio de la ley. Es claro que sin el acuerdo de voluntades de las partes no podría haber un arbitraje, porque su única fuente es la autonomía de la voluntad. Sin embargo, el *kompetenz-kompetenz* ha sido regulado cada vez más a través de convenios internacionales y legislaciones internas, lo cual implica que en la actualidad este principio está respaldado por la ley.

Analizando la normativa ecuatoriana, a pesar de que la Ley de Arbitraje y Mediación no menciona nada respecto a la naturaleza jurídica del *kompetenz-kompetenz*, podemos encontrar una referencia importante dentro del Código de Procedimiento Civil. Este cuerpo legal, en su Art. 3 establece que “la jurisdicción convencional es aquella que nace de la convención de las partes, en los casos permitidos por la ley”. Así mismo, en su Art. 5 dispone que ejercerán jurisdicción de acuerdo a la Constitución Política y sus leyes propias: “(...) los árbitros y tribunales de conciliación y arbitraje”. Por consiguiente, de estos dos artículos del Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, es posible inferir que dentro de nuestro marco regulatorio, el principio de *kompetenz-kompetenz*, nace de la voluntad de las partes.

---

<sup>9</sup> Cfr. E. SILVA Y F. MANTILLA. *El Contrato de Arbitraje*. Legis, Colombia, 2005, p. 587

### 1.3 Requisitos para que los árbitros puedan pronunciarse acerca de su propia competencia

Según el autor SALVADOR<sup>11</sup>, el árbitro tendría competencia para pronunciarse sobre su propia competencia en los siguientes casos:

- Cuando el acuerdo arbitral le haya conferido expresamente esa facultad.
- Cuando el reglamento de arbitraje adoptado le entregue dicha facultad al tribunal arbitral.
- Cuando la ley de arbitraje aplicable reconozca la doctrina de la autonomía de la voluntad.

Por lo tanto, de estos requisitos es posible concluir que debe haber un respaldo legal para que los tribunales arbitrales puedan pronunciarse sobre su competencia.

En realidad, parecería un tanto inapropiado este planteamiento, ya que como se mencionó en el acápite anterior, el principio de *kompetenz-kompetenz* no nace de la ley sino de la autonomía de la voluntad y, en consecuencia, aún cuando no existiese una ley o reglamento que regule dicho principio, el árbitro seguiría estando investido de competencia para pronunciarse sobre su propia competencia.

### 1.4 Efectos derivados del principio de kompetenz-kompetenz

El principio de *kompetenz-kompetenz* tiene dos efectos fundamentales, uno positivo y otro negativo. El primero consiste en la consagración y reconocimiento del poder en favor de los árbitros para dirimir toda impugnación relativa a su propia competencia, esto es, toda controversia respecto a la existencia, validez y alcance de la cláusula arbitral<sup>12</sup>. En cambio, el efecto negativo permite que los árbitros sean los primeros jueces de su

---

<sup>10</sup>I. SALVADOR. “*Kompetenz- kompetenz: La jurisdicción del árbitro Comercial Internacional para decidir sobre su propia jurisdicción*” en *Ruptura No. 44*. Konrad Adenauer- Stiftung. Ecuador, 2001, p. 162.

<sup>11</sup> Cfr. I. SALVADOR. “*Kompetenz- kompetenz: La jurisdicción del árbitro Comercial Internacional para decidir sobre su propia jurisdicción*” en *Ruptura No. 44*. Konrad Adenauer- Stiftung. Ecuador, 2001, p. 163

<sup>12</sup>Cfr. E. SILVA Y F. MANTILLA. *El Contrato de Arbitraje*. Legis, Colombia, 2005, pp. 584.

competencia. En otras palabras, permite que los árbitros lleguen a una decisión en cuanto a su competencia antes que cualquier otra autoridad judicial. Respecto a este efecto, ROCA<sup>13</sup> dice que “el convenio arbitral produce un efecto negativo y condicionalmente excluyente de la jurisdicción ordinaria, de manera que si es alegada la correspondiente excepción, los jueces y tribunales no pueden pronunciarse sobre materias sometidas a arbitraje”. De esta manera, las partes están sustrayendo del ámbito de los jueces, la resolución de determinadas controversias. Por consiguiente, según el efecto negativo, cualquier corte que esté conociendo una pretensión relativa a la competencia de un tribunal arbitral, deberá abstenerse de conocer los argumentos sustanciales hasta que los árbitros tengan la oportunidad de pronunciarse primero<sup>14</sup>.

La Ley de Arbitraje española (60/2003) es muy clara en cuanto al efecto negativo del principio de *kompetenz-kompetenz*, ya que en su artículo 11 dispone que "el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje".

Así mismo, la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional ha consagrado el efecto negativo del *kompetenz-kompetenz* en su artículo 5, el cual dice que “en los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga”.

Por otro lado, si analizamos la legislación ecuatoriana, encontraremos varias normas que consagran y regulan el efecto negativo del *kompetenz-kompetenz*. Para empezar, la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 7 establece que “el convenio arbitral que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria”. De la misma forma, el artículo 8 del mismo cuerpo legal determina en forma clara que “aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa (...)”. Como se puede observar en los dos artículos de la Ley de Arbitraje y Mediación, el efecto negativo se encuentra bien delimitado dentro de la legislación arbitral ecuatoriana y no solo como una cuestión temporal sino definitiva y permanente.

---

<sup>13</sup>J. ROCA, *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. José María Bosh Editor S.A, Barcelona, 1992, p. 167.

<sup>14</sup>Cfr. E. SILVA Y F. MANTILLA. *El Contrato de Arbitraje*. Legis, Colombia, 2005, pp. 584.

Accesoriamente, el Código de Procedimiento Civil, de forma más indirecta, también ha reconocido el efecto negativo del principio de *kompetenz-kompetenz* en el Art. 99, el cual dispone que “las excepciones dilatorias son aquellas que tienden a suspender o retardar la resolución de fondo”, por ende esto supone que la cláusula compromisoria de arbitraje constituye una excepción dilatoria del proceso, que al ser presentada por el demandado, obligará al juez a inhibirse de conocer la causa por falta de competencia. Consecuentemente, al ser el convenio arbitral una excepción dilatoria, se reafirma la competencia de los árbitros, se acoge el efecto negativo derivado del principio de *kompetenz-kompetenz* y se comprende fácilmente que este principio deroga el ámbito del ejercicio funcional de jurisdicción ordinaria.<sup>15</sup>

Además, es importante recalcar que no solo la ley ha reconocido esta importante característica del principio de *kompetenz-kompetenz*, la jurisprudencia en repetidas ocasiones se ha pronunciado respecto éste. En varios procesos como el juicio No.62-2006, tanto el juez de primera instancia, como la Corte Superior de Justicia, afirmaron que al haber sido convenido por las partes el sometimiento de sus controversias a la resolución de los tribunales arbitrales, en virtud del artículo 7 y 8 la justicia ordinaria se encuentra impedida de conocer el caso y disponen el archivo de la causa aclarando que queda intocado el derecho de las partes para someter las discrepancias, a la resolución de los árbitros.<sup>16</sup>

Por lo tanto, tal y como dice CABALLOL<sup>17</sup> “la excepción de arbitraje es una excepción procesal que afecta la posibilidad del juzgador de seguir conociendo del asunto”. Es decir, el convenio arbitral, a través de su efecto negativo, obliga a las partes a pasar por lo estipulado e impide, por ende, a los jueces conocer las cuestiones litigiosas que se encuentren sometidas a un arbitraje.<sup>18</sup>

No obstante, para algunos autores como CRIVELLARO<sup>19</sup>, en arbitraje internacional, el efecto negativo derivado del *kompetenz-kompetenz* no es absoluto. Según estos autores,

---

<sup>15</sup>Cfr. A. LORCA NAVARRETE. *Manual de Derecho de Arbitraje*. Dykinson, Madrid, 1997, pp. 279-280.

<sup>16</sup>Cfr. JUICIO NO. 62-2006. Juzgado Octavo de lo Civil de Guayaquil.

<sup>17</sup>L. CABALLOL ANGELATS. *El Tratamiento Procesal de la Excepción de Arbitraje*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pág. 55.

<sup>18</sup>Cfr. A. LORCA NAVARRETE. *Derecho de Arbitraje Interno e Internacional*. Tecnos, Madrid, 1989, p. 126.

existe una posición divergente dentro de la Convención de Nueva York en su Art. II numeral 3, la cual establece que las cortes locales también tienen la autoridad para ejercer control sobre la validez del convenio arbitral cuando se les solicita su ejecución. Bajo las normas de la Convención de Nueva York, de haber una cláusula arbitral, las cortes locales están obligadas a someter a las partes al proceso arbitral, pero se reservan el poder de verificar si la cláusula compromisoria es inválida o ineficaz. Por consiguiente, esto implica una excepción dentro de la regla de que ninguna corte local puede pronunciarse sobre la competencia de los árbitros antes de que el propio tribunal arbitral lo haga.

Existen diversas posiciones respecto al efecto negativo que se deriva del principio de *kompetenz-kompetenz*. Por un lado, algunas legislaciones como la suiza, apoyan completamente el derecho de prioridad de los tribunales arbitrales respecto de las cortes nacionales para pronunciarse sobre la validez y alcance de la cláusula arbitral. En cambio otras, como la Alemana, consideran que las cortes nacionales tienen plena autoridad para examinar la validez del convenio arbitral sin tener que dar ninguna precedencia a los árbitros. Lo cual significa que si la corte se declara competente, automáticamente entrará a conocer el fondo de la controversia. Sin embargo, legislaciones, como la británica, que tienen una posición intermedia. Para ellos, los tribunales ordinarios deberán suspender el procedimiento hasta que los árbitros decidan sobre su competencia. Es decir, las cortes británicas no mandan a las partes directamente al arbitraje, sino que suspenden el procedimiento para que la parte que invoca la cláusula arbitral acuda a esta instancia y el tribunal arbitral se pronuncie.<sup>20</sup>

## 1.5 Alcance del principio de kompetenz-kompetenz

Según LORCA<sup>21</sup>, “existen dos hipótesis bajo las cuales es posible impugnar la

---

<sup>19</sup>Cfr. A. CRIVELLARO. "Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes", en *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*. Volumen 4. Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 379.

<sup>20</sup> Cfr. A. CRIVELLARO. "Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes", en *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*. Volumen 4. Martinus Nijhoff Publishers, 2005, pp. 379-381.

<sup>21</sup>Cfr. A. LORCA NAVARRETE Y J. SILGUERO. *Derecho de Arbitraje Español*. Dykinson, Madrid, 1994, p.360

competencia de un tribunal arbitral. La primera hipótesis se da cuando la incompetencia se basa en la inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral. En cambio, en la segunda hipótesis, la incompetencia se basa en que el hecho de que la cuestión controvertida excede las facultades de los árbitros por falta de competencia objetiva del tribunal”.

Pero teniendo ambas opciones, la verdadera pregunta está en hasta dónde son competentes los árbitros cuando se les presenta una de las alternativas mencionadas anteriormente. Es decir, el alcance de las facultades del árbitro, le permite pronunciarse solamente sobre la validez, existencia y alcance de la cláusula arbitral o puede pronunciarse también sobre la validez del contrato.

Según las reglas de la CCI en su artículo 4, "el tribunal arbitral conservará su competencia aún en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y sobre sus pretensiones y alegaciones"<sup>22</sup>. Esto sucede debido a que el convenio arbitral se considera independiente y separado del contrato principal. Por ende, le permite al tribunal arbitral que sus facultades se extiendan hasta el punto de poder pronunciarse sobre el fondo del asunto, aún en casos en los que el contrato sea nulo o inexistente. A esta posición se une SALVADOR<sup>23</sup> quien sostiene que “el árbitro, a pesar de que el contrato mismo sea inexistente o nulo continuará teniendo la jurisdicción para determinar los derechos respectivos de las partes”.

No obstante, existen otros autores como AZOCAR<sup>24</sup> que no concuerdan con esta teoría pues consideran que cuando se trata de un contrato inexistente es sumamente difícil establecer que de dicho documento pueda salir un convenio arbitral válido que permita un arbitraje. Se entendería que si el contrato es inexistente, nunca existió y entonces nunca hubo un convenio arbitral y, por consiguiente, el tribunal no puede tener una autoridad o competencia válida para pronunciarse sobre el fondo del asunto. A esta tendencia se suma

---

<sup>22</sup>Cfr. A. REDFERN Y M. HUNTER. *Law and practice of International Commercial Arbitration*. Sweet and Maxwell, Londres, 1999, sección 5-34.

<sup>23</sup> I. SALVADOR. "Kompetenz-kompetenz: La jurisdicción del árbitro comercial internacional para decidir sobre su propia jurisdicción" en *Ruptura No. 44*. Konrad Adenauer- Stiftung, Ecuador, 2001, p. 165

<sup>24</sup> Cfr. E. SALCEDO. *El Arbitraje: Justicia Alternativa*. Editorial Jurídica Míguez Mosquera, Ecuador, 2001, p. 121.

el autor estadounidense VARADY quien dice que, a pesar de que se considera que la cláusula arbitral es en sí misma un contrato colateral al contrato que la contiene, si este último es inexistente, la cláusula arbitral no puede existir tampoco.<sup>25</sup>

Se considera que cuando un contrato está viciado de nulidad, será necesario analizar si en realidad contiene una cláusula arbitral genuina que constituya una plataforma jurídica adecuada sobre la cual el tribunal se pueda apoyar para juzgar la validez del contrato principal<sup>26</sup>. En este caso la doctrina ha coincidido en que el convenio arbitral goza de autonomía respecto del contrato principal al que pertenece, a tal punto que la eficacia del convenio arbitral no se verá afectada de ninguna forma en caso de impugnarse la validez del contrato.<sup>27</sup> Por lo tanto, al ser la cláusula compromisoria, considerada como autónoma, deberá probarse que la nulidad también recae directamente a la cláusula arbitral, para que esta deje de ser válida junto con el contrato.

En relación a este asunto, la Ley de Arbitraje española (60/2003) en su artículo 22 establece que “los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral”. En consecuencia, la ley española prevé que el alcance será casi ilimitado, ya que el tribunal se puede pronunciar no solo sobre la validez del contrato que contiene la cláusula arbitral sino también la validez de la cláusula compromisoria.

Partiendo de que el convenio arbitral tiene la categoría de un verdadero contrato, se considera que es un acuerdo completamente independiente de las demás estipulaciones puestas dentro del mismo. Según SALVADOR “dicha autonomía puede ser hallada también

---

<sup>25</sup>Cfr. T. VARADY; J. BARCELÓ III Y A. VON MEHREN. *International Commercial Arbitration*. West Group, Minnesota, 1999, pp. 128-132.

<sup>26</sup>Cfr. A. REDFERN Y M. HUNTER. *Law and practice of International Commercial Arbitration*. Sweet and Maxwell, Londres, 1999, sección 5-36

<sup>27</sup>Cfr. E. SALCEDO. *El Arbitraje: Justicia Alternativa*. Editorial Jurídica Míguez Mosquera, Ecuador, 2001, p. 82.

en la distinta naturaleza de las dos convenciones, ya que el contrato principal es de naturaleza sustantiva y la cláusula arbitral es de naturaleza procesal”.<sup>28</sup> Es decir, cada uno versa sobre cuestiones distintas e independientes entre sí. Y más aún si dicho acuerdo arbitral está destinado a atribuir jurisdicción a un tribunal para que resuelva las controversias que se originen del contrato, entonces resultaría inadecuado que al encontrarse un vicio de nulidad en el contrato, se anule también la cláusula arbitral y deje sin efecto la voluntad de las partes de resolver sus controversias a través de un proceso arbitral. Por lo tanto, tal y como dice SALCEDO<sup>29</sup>, “ni la nulidad del contrato afecta la validez de la cláusula compromisoria”.

Al analizar este tema en la legislación ecuatoriana encontramos que el Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación, dispone que “la nulidad del contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”. De tal manera que, en el Ecuador, la nulidad del contrato no provocará la nulidad del convenio arbitral y los árbitros estarán facultados para resolver las controversias que ante ellos sean sometidas. Esto implica que dentro de la legislación ecuatoriana el alcance del principio de *kompetenz-kompetenz* se encuentra bastante bien delimitado. Sin embargo, nuestra ley, no menciona nada respecto a los casos en los que se cuestione la validez de la cláusula arbitral.

Si vamos aún más allá en el análisis del alcance de la facultad de los árbitros de decidir sobre su competencia aparece un nuevo cuestionamiento. Qué pasa en el caso de que la cláusula arbitral sea la que enfrenta la inexistencia o la nulidad. AZÓCAR considera que “si se permitiera, en efecto que los árbitros se pronunciaran sobre la eficacia de sus poderes, resultaría absurdo que, en el caso de declarar ellos la inexistencia o la nulidad de la convención de arbitraje o del nombramiento de los árbitros, su resolución en ese sentido carecería de valor, porque habría sido pronunciada por quienes, según ellos mismos, no tenían calidad de jueces”.<sup>30</sup>

Respecto a este tema, resulta importante mencionar que las reglas UNCITRAL sobre

---

<sup>28</sup>I. SALVADOR. *Kompetenz-kompetenz: La jurisdicción del árbitro comercial internacional para decidir sobre su propia jurisdicción* en *Ruptura No. 44*. Konrad Adenauer- Stiftung, Ecuador, 2001, pp. 165- 166

<sup>29</sup>E. SALCEDO. *El Arbitraje: Justicia Alternativa*. Editorial Jurídica Míguez Mosquera, Ecuador, 2001, pp. 80-82

<sup>30</sup>E. SALCEDO. *El Arbitraje: Justicia Alternativa*. Editorial Jurídica Míguez Mosquera, Ecuador, 2001, p. 121.

Arbitraje Comercial Internacional, en su artículo 21 numeral 1 disponen que "El tribunal arbitral tendrá el poder para decidir respecto a las objeciones de que no tiene competencia, incluyendo cualquier objeción con respecto a la existencia o validez de la cláusula arbitral o del acuerdo arbitral por separado". Por lo tanto, a pesar de que en un principio suena muy apropiada la aseveración de AZÓCAR, constituiría una afirmación inadecuada ya que se estaría limitando el propósito y objeto del *kompetenz-kompetenz*. Así como el juez se pronuncia sobre su competencia a pesar de que no la tenga, los árbitros pueden hacer lo mismo. "Cuando a un juez se le ha conferido el deber de decidir una disputa, necesariamente se convierte, por este solo hecho, en juez de algunas cuestiones relacionadas a su misión y sería prácticamente inconcebible pensar en mandar a otro juez a que resuelva estas cuestiones. Esta es una regla sin excepción."<sup>31</sup>

## 1.6 Vinculación entre *kompetenz-kompetenz* y el principio de Autonomía

Dentro del derecho arbitral existen dos principios fundamentales que le son propios y que lo definen. Estos dos grandes pilares del arbitraje, a pesar de ser independientes el uno del otro, se encuentran absolutamente vinculados.

El primero es el principio de autonomía del pacto arbitral, el cual permite a los árbitros resolver cualquier controversia relativa a la existencia o validez del contrato arbitral. El principio de autonomía, significa que la validez del convenio arbitral no depende de la validez del contrato, de tal manera que, el tribunal arbitral puede declarar inválido el contrato y aún así retener su competencia para decidir sobre el fondo de la controversia.<sup>32</sup>

El principio de autonomía es una cuestión de fondo, lo cual implica una diferencia sustancial con el principio de *kompetenz-kompetenz*, ya que este último es de naturaleza

---

<sup>31</sup> T. VARADY, J. BARCELÓ III Y A. VON MEHREN. *International Commercial Arbitration*. West Group, Minnesota, 1999, p. 112.

<sup>32</sup> Cfr. E. SILVA Y F. MANTILLA. *El Contrato de Arbitraje*. Legis, Colombia, 2005, pp. 579-581.

procesal. Sin embargo, el hecho de que esta sea una diferencia sustancial entre ambos, hace que quede aún más clara su dependencia y complementariedad.

El principio de autonomía, además, implica el respeto a la voluntad de las partes y a los poderes conferidos a los tribunales arbitrales<sup>33</sup>. Esto quiere decir, que solo gracias a este principio es que se garantiza que la autonomía de la voluntad de las partes y las facultades entregadas a los árbitros sean cumplidas y respetadas cuando existe una duda respecto de la validez del contrato.

Es por estas razones que el principio de autonomía y de *kompetenz-kompetenz*, se encuentran tan ligados entre sí. Gracias al principio de autonomía nace la posibilidad de que el convenio arbitral sea independiente del contrato principal y, gracias al *kompetenz-kompetenz*, los árbitros pueden mantener su competencia incluso cuando el contrato sea inválido. Por lo tanto, es fácil observar como ambos principios necesitan del otro para sobrevivir y ser efectivos. Son complementarios y su aplicación por separado no es suficiente para garantizar la autonomía e independencia de la justicia arbitral. Solo su combinación permite que cualquier argumento de las partes pueda ser resuelto, al menos en un primer momento por los árbitros.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup>Cfr. J. ROCA. Arbitraje e Instituciones Arbitrales. José María Bosh Editor S.A., Barcelona, 1992, p. 167.

<sup>34</sup>Cfr. E. SILVA Y F. MANTILLA. *El Contrato de Arbitraje*. Legis, Colombia, 2005, pp. 579- 581

## CAPITULO II

### CUESTIONES APLICATIVAS DEL PRINCIPIO DE KOMPETENZ-KOMPETENZ

#### 2.1 Momentos para la impugnación de la competencia de los árbitros.

Cuando de impugnar la competencia del tribunal se trata, la doctrina ha considerado que el demandado tiene tres momentos para hacerlo: Al inicio del proceso, en el momento en el que ocurre o después de dictado el laudo. La mayoría de autores, sin embargo, coinciden en que las objeciones acerca de la competencia del tribunal deben realizarse en los primeros momentos del proceso arbitral, como cuestiones preliminares.<sup>35</sup>

Según autores como LORCA NAVARRETE<sup>36</sup> consideran que para la impugnación de la competencia del tribunal existen 2 opciones. La primera hipótesis plantea que si la incompetencia se basa en la inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral, la

---

<sup>35</sup> Cfr. A. REDFERN Y M. HUNTER.. *Law and practice of International Commercial Arbitration*. Sweet and Maxwell, Londres, 1999, sección 5-44.

<sup>36</sup> Cfr. A. LORCA NAVARRETE Y J. SILGUERO. *Derecho de Arbitraje Español*. Dykinson, Madrid, 1994, p. 360.

oposición debe formularse al momento en que las partes presentan sus alegaciones. En cambio, en la segunda hipótesis, si la incompetencia se basa en el hecho de que la cuestión controvertida excede las facultades de los árbitros, la oposición a la competencia debe presentarse tan pronto como surja.

La ley modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, coincide con la tesis de LORCA y en su artículo 16 numeral 2 establece que “la excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. La excepción basada en que el tribunal arbitral a excedido su mandato, deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales”.

De la misma forma, la ley de arbitraje española es muy clara en este sentido, en su artículo 22 numeral 2 dice que “la oposición al arbitraje por falta de competencia objetiva de los árbitros, inexistencia, nulidad o caducidad del convenio arbitral deberá formularse a más tardar en el momento de presentar la contestación”. Por lo tanto, una vez que el demandado presenta sus excepciones a la competencia ante el tribunal, los árbitros deberán pronunciarse sobre ellas. Según el mismo artículo, si las estiman, el procedimiento finalizará y quedará expedita la vía judicial; pero si las desestiman, se pronunciarán sobre el fondo del asunto y emitirán el laudo.<sup>37</sup> La claridad de la Ley de Arbitraje española, permite advertir que la oposición al arbitraje debe ser tratada como una cuestión previa que será resuelta por los árbitros ipso facto sin esperar a que termine el procedimiento.

Haciendo un análisis más exhaustivo de la Ley de Arbitraje española, autores como DE ANGEL YAGÜEZ consideran que el artículo 22.2 plantea que, habiendo las partes presentado sus alegaciones, si no han manifestado en ellas la oposición al arbitraje, no podrán hacerlo nunca más durante el proceso, sino que tendrían que hacerlo en vía de recurso o acción judicial.<sup>38</sup>

De la misma forma, en el arbitraje internacional, las Reglas de Arbitraje del CIADI en su regla 41 ha determinado que “toda excepción de que la demanda no cae dentro de la jurisdicción del Centro o que, por otras razones no es de la competencia del tribunal,

---

<sup>37</sup>Cfr. A. CHOCHRÓN. *Los Principios Procesales en el Arbitraje*. José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 125

<sup>38</sup> Cfr. A. CHOCHRÓN. *Los Principios Procesales en el Arbitraje*. José María Bosch Editor, Barcelona, 2000, p. 126.

deberá oponerse lo antes posible. La parte que oponga la excepción deberá presentársela a más tardar antes del vencimiento del plazo fijado para la presentación del memorial de contestación (...).”

En este sentido, la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana tiene una gran falencia, ya que no regula de ninguna forma el procedimiento a través del cual se puede impugnar la competencia. Como fue mencionado anteriormente, la única referencia que hace respecto al principio de *kompetenz-kompetenz* es en el artículo 22, el cual dispone que, “al inicio de la audiencia de sustanciación se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal se pronunciará sobre su propia competencia”. Haciendo una interpretación de este artículo, es posible deducir que las excepciones sobre la competencia del tribunal deberán presentarse en la contestación a la demanda. Al no especificarse nada respecto al procedimiento a seguirse, podría considerarse que después de la primera audiencia de sustanciación, las partes ya no podrán presentar ninguna excepción, ni aún cuando el tribunal se exceda en sus facultades. Dentro de la práctica arbitral ecuatoriana, los árbitros consideran que al tenor de la Ley de Arbitraje y Mediación, el único momento en donde puede impugnarse la competencia es durante la contestación a la demanda. Dentro de los procesos arbitrales analizados en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, en el 100% de los casos, la impugnación a la competencia del tribunal se la hizo dentro de la contestación a la demanda y fue resuelta por el tribunal dentro de la audiencia de sustanciación.

Por otro lado, la redacción del artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación permite suponer que el tribunal deberá pronunciarse sobre su propia competencia incluso de oficio, ya que uno de los pasos dentro de la audiencia de sustanciación es que se pronuncie sobre su competencia. Esto quiere decir que con o sin una impugnación a la competencia, el tribunal debería pronunciarse respecto a ella.

Es importante, también, acotar que los reglamentos internos de los centros de arbitraje ecuatorianos, a diferencia de aquellos centros internacionales, sufren de la misma falencia que la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana. Ni el reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito ni el del Centro de Arbitraje y

Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano-Americana prevén un procedimiento para la aplicación del *kompetenz-kompetenz*.

Consecuentemente, parecería ser que la falta de tratamiento del principio de *kompetenz-kompetenz* respecto a este tema permite interpretaciones y extensiones, lo cual causa un sinnúmero de inconsistencias al momento en que los árbitros deben pronunciarse.

## 2.2 Opciones del árbitro para la aplicación del principio de kompetenz- kompetenz

En general, tres son las posibles opciones que tiene el árbitro cuando se encuentra frente a un cuestionamiento a su competencia:<sup>39</sup>

- Si encuentra fundamentos para que el acuerdo arbitral, separado del contrato principal, sea nulo, podrá decidir inmediatamente que no tiene ninguna competencia. En tal caso, las partes podrán recurrir a los tribunales nacionales para arreglar su disputa, ya que la decisión de tribunal pone fin al proceso arbitral y por ende a la existencia del tribunal.
- El árbitro podrá considerar los argumentos sobre la cuestión de su competencia como tema preliminar y emitir un auto interlocutorio. Si en este auto los árbitros sostienen que no tienen competencia por nulidad o inexistencia del convenio arbitral, el efecto será el mismo que en la opción precedente. Pero si ratifican, que la tienen, el tribunal será perfectamente capaz de continuar el arbitraje.
- Por último, si los hechos en que se basa la objeción a la competencia son expresamente inseparables de aquellos del fondo de la misma disputa, el árbitro podrá acumular la cuestión de jurisdicción con el fondo y emitir un laudo definitivo en que todos los aspectos del desacuerdo, incluyendo el de la competencia, sean tratados simultáneamente.

---

<sup>39</sup>Cfr. I. SALVADOR. "Kompetenz-kompetenz: La jurisdicción del árbitro comercial internacional para decidir

Si se analiza con detenimiento estas tres opciones resulta posible notar que cada una de ellas presenta ventajas y desventajas para los litigantes.

Dentro de la primera opción, parecería que no existe mayor problema ya que las partes recibirán una respuesta durante una primera etapa del procedimiento, lo cual implica que sin haber invertido grandes cantidades de dinero y de tiempo, las partes acudirán a la justicia ordinaria para poder solucionar su controversia.

En el segundo caso, cuando el tribunal decide que se llevará a cabo un proceso interlocutorio en el cual se decidirá la competencia a través de un auto, las partes también podrán tener una respuesta rápida y en una etapa temprana del proceso. Sin embargo, en este caso, es importante anotar que este procedimiento no es tan sencillo ya que en algunos casos la parte afectada todavía tendrá la opción de impugnar el laudo interlocutorio ante la justicia ordinaria<sup>40</sup>. Es decir que debido al sistema de “control concurrente”, la parte opuesta al laudo interino puede impugnarlo, incluso antes de que el laudo definitivo haya sido dictado.<sup>41</sup> Sin embargo, si no se presenta dicha petición, el arbitraje seguirá su curso hasta que se dicte un laudo definitivo.

En la actualidad, en el Ecuador, algunos árbitros han adoptado este procedimiento cuando ha sido impugnada su competencia para conocer el fondo del litigio. Dentro del proceso arbitral No.021-05 ventilado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito<sup>42</sup>, el tribunal solicitó a las partes hacer una breve intervención para presentar alegaciones respecto a la competencia del tribunal y así tener argumentos suficientes para emitir su pronunciamiento.

La ventaja de este sistema es que las partes pueden saber rápidamente cuál es su situación, lo cual les va a permitir ahorrar tiempo y dinero si es que el arbitraje resulta ser improcedente. No obstante, existen dos argumentos importantes en contra de este procedimiento. El primero es que no debería promoverse el control concurrente porque

---

*sobre su propia jurisdicción" en Ruptura No. 44. Konrad Adenauer- Stiftung, Ecuador, 2001, pp. 167-168*

<sup>40</sup> Cfr. A. REDFERN Y M. HUNTER. *Law and practice of International Commercial Arbitration*. Sweet and Maxwell, Londres, 1999, sección 5-40

<sup>41</sup> Cfr. A. REDFERN Y M. HUNTER. *Law and practice of International Commercial Arbitration*. Sweet and Maxwell, Londres, 1999, sección 5-40

en lo posible un proceso arbitral debe llevarse a cabo sin ninguna interferencia externa. El segundo argumento es que la parte opuesta al arbitraje podría utilizar este mecanismo con una táctica dilatoria<sup>43</sup>. Más aún porque en países como el Ecuador, en el que las cortes locales pueden demorar meses e incluso años antes de resolver una controversia.

Por último, en la tercera opción, si el tribunal considera que la objeción está vinculada al fondo de la controversia, entonces las partes tendrán que seguir el arbitraje y esperar hasta el laudo definitivo para saber si el tribunal era competente o no. En este caso, al igual que en el anterior, las partes podrían verse sumamente perjudicadas ya que todos sus esfuerzos habrían sido en vano si es que el tribunal, en el laudo, determina que es incompetente.

En el Ecuador, de acuerdo a la Ley de Arbitraje y Mediación no existiría esta última posibilidad, sin embargo, por no existir un procedimiento claro, cada tribunal arbitral tiene cierta discrecionalidad en cuanto al procedimiento a seguir. Dentro del proceso arbitral No.52-04, el tribunal arbitral durante la audiencia de sustanciación, respecto a la impugnación a su competencia dispuso que “rechazaba los argumentos de incompetencia por insuficiencia de la cláusula arbitral, pero dispuso que en lo que respecta a una supuesta incompetencia respecto a que las pretensiones de la actora son ajenas al contrato, consideró que la declaratoria de competencia no comportaba un pronunciamiento sobre la procedencia de las pretensiones de la demanda y por consiguiente la valoración jurídica se haría al momento de resolver la causa”<sup>44</sup>. Así mismo, en el proceso arbitral No. 013-04, el tribunal determinó que “prima facie el pronunciamiento que hace un tribunal es de un examen preliminar de la existencia de la cláusula compromisoria y de la capacidad que tienen las partes para transigir. Este examen no liga inexorablemente hacia el futuro, pudiendo proferir un laudo inhibitorio encontrando efectivamente probada la falta de

---

<sup>42</sup> PROCESO ARBITRAL NO. 021-05. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Proceso Arbitral Confidencial.

<sup>43</sup>Cfr. A. REDFERN Y M. HUNTER. Law and practice of international Commercial Arbitration. Sweet and Maxwell, Londres, 1999, sección 5-40

<sup>44</sup>PROCESO ARBITRAL NO 52-04. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Proceso Confidencial.

competencia”.<sup>45</sup>

En el Ecuador la mayoría de árbitros se rige bajo el artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación que dispone que la competencia deberá ser decidida como primera diligencia dentro de la audiencia de sustanciación. Sin embargo, como evidencian los casos mencionados anteriormente, debido a que cada controversia está rodeada de circunstancias distintas, no siempre resulta posible o adecuado para los árbitros resolver sobre su propia competencia, de forma definitiva, durante la primera audiencia.

Por lo tanto, lastimosamente, las tres alternativas existentes dejan una serie de dudas, ya que en la práctica las controversias no son tan sencillas y resulta crucial que exista un procedimiento claro al respecto. Por esta razón, algunos convenios internacionales y legislaciones nacionales se han visto en la necesidad de regular claramente el procedimiento que los árbitros deberán seguir para resolver sobre su competencia. Y sería prudente que la ley ecuatoriana también lo hiciera.

### **2.3 Procedimientos de aplicación del principio de kompetenz-kompetenz**

Los procedimientos de aplicación que se han previsto hasta el momento dentro de los convenios internacionales y las legislaciones nacionales no son completamente eficientes, ya que en su mayoría dejan abiertas las 3 opciones discutidas en el acápite anterior o plantean una sola de ellas limitando las posibilidades de los árbitros.

La mayoría de legislaciones nacionales han determinado que el pronunciamiento sobre la competencia deberá realizarse durante la primera audiencia del proceso arbitral. Así, la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana en su artículo 22 prevé que el tribunal se pronunciará durante la primera audiencia de sustanciación. De la misma forma, en Colombia, el Decreto 1818 en su artículo 147 dice que “la primera audiencia de trámite se desarrollará así: 2. El tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que

---

<sup>45</sup> PROCESO ARBITRAL NO. 013-04. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Proceso Confidencial.

sólo es susceptible de recurso de reposición”.

Por otro lado, la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional en el artículo 16#3 establece que el tribunal podrá decidir las excepciones como cuestión previa o dentro del laudo sobre el fondo”. Según este artículo además, el tribunal tendrá treinta días para pronunciarse y su resolución al respecto será inapelable. Según la secretaría de UNCITRAL en su explicación a la ley, dice que este artículo tiene por objeto que las partes no utilicen la excepción de incompetencia como táctica únicamente dilatoria del proceso<sup>46</sup>.

En cambio, en sistemas de arbitraje internacional como la CCI el procedimiento es un poco más complejo. Cuando se presenta la pregunta de la competencia del tribunal, se debe seguir un procedimiento que tiene dos momentos. El primero se da cuando una de las partes alega uno o más problemas de existencia, validez o alcance del convenio arbitral, ya que la corte de CCI deberá prima facie, analizar esta cuestión. Es decir, de acuerdo al artículo 6.2 del reglamento, la corte deberá estar convencida de la posible existencia de un acuerdo arbitral acorde a los requisitos del Reglamento. Por lo tanto, si la corte ha dictaminado la existencia del convenio, entonces podrá consentir el arbitraje así permitir que se abra la segunda etapa, la cual consiste en que sea el tribunal arbitral el que tome cualquier decisión.<sup>47</sup>

En la práctica, dentro de un arbitraje comercial internacional esto sucede de la siguiente manera: El demandante presenta su solicitud de arbitraje en la Secretaría de la CCI, con su demanda y copia del convenio. La secretaría verifica que la cláusula arbitral aparezca dentro de los documentos presentados por el demandante y que cumpla con los requisitos del reglamento de la CCI. De ser así, se establecerá un tribunal y se le entregará el caso para que dirima la controversia.<sup>48</sup>

---

<sup>46</sup>Cfr. UNCITRAL EXPLANATION OF MODEL LAW.

<http://textus.diplomacy.edu/thina/txGetXDoc.asp?IDconv=3209>. 21 de Enero 2007.

<sup>47</sup>Cfr. A. REDFERN Y M. HUNTER. *Law and practice of International Commercial Arbitration*. Sweet and Maxwell, Londres, 1999, sección 5-34

<sup>48</sup>Cfr. A. REDFERN Y M. HUNTER. *Law and practice of International Commercial Arbitration*. Sweet and Maxwell, Londres, 1999, sección 5-34

En el CIADI, por su lado, en la regla 41 de arbitraje numeral 3 establece que “en cuanto se oponga formalmente una excepción sobre la competencia del tribunal, se suspenderá el procedimiento sobre el fondo de la cuestión. El Presidente del Tribunal, después de consultar a los demás miembros, fijará un plazo dentro del cual las partes podrán hacer presente su parecer sobre la excepción.” Una vez receptadas las alegaciones de las partes, el Tribunal podrá pronunciarse sobre la excepción como una cuestión preliminar o conjuntamente con el fondo de la diferencia. Si el Tribunal decidiera rechazarla o decidirla junto con el fondo de la diferencia, fijará nuevamente plazos para las actuaciones adicionales. Pero si el Tribunal decidiera que la diferencia no es de su competencia, dictará un laudo declarándolo.

De acuerdo a lo mencionado en los párrafos anteriores, es posible observar que los centros de arbitraje internacional, han previsto adecuadamente el procedimiento a seguirse en caso de que exista una impugnación de la competencia del tribunal arbitral. Lamentablemente, esto no sucede dentro de los centros de arbitraje ecuatorianos. Después de haber analizado varios reglamentos internos de centros de arbitraje, ninguno presenta un procedimiento de aplicación del principio de *kompetenz-kompetenz* que pueda suplir el vacío en la ley ecuatoriana. En realidad ni siquiera hacen mención alguna acerca de una posible impugnación a la competencia del tribunal.

## **2.4 Efectos del pronunciamiento del tribunal arbitral sobre su propia competencia**

La cantidad de opciones válidas que tiene el árbitro al momento de pronunciarse sobre su propia competencia han creado muchas dudas respecto a los efectos que produce dicho pronunciamiento de los tribunales. En especial esta inquietud ocurre en los casos en los que el tribunal arbitral se ha declarado competente.

Actualmente existen 2 posiciones respecto al efecto del pronunciamiento de competencia realizado por el tribunal arbitral. La primera tendencia considera que la decisión de los árbitros es irrevocable e inapelable. Esto quiere decir que bajo ningún

motivo, dicha resolución podrá ser revisada en un momento posterior. La jurisprudencia ecuatoriana se ha pronunciado varias veces respecto a este tema y ha señalado que “la resolución que toma el tribunal surte efectos irrevocables y por lo mismo no puede ser discutida ni analizada posteriormente ni aún en el laudo”<sup>49</sup>. Así mismo, la Primera Sala de la Corte Superior de Quito<sup>50</sup> dispuso que “si el tribunal ya se declaró competente en la audiencia de sustanciación ésta resolución no puede ser posteriormente disputada (...), al haberse pronunciado competente, este pronunciamiento es de carácter irrevocable”.

Sin embargo, existe otra tendencia que considera que el auto dictado por el tribunal respecto de su competencia es de tipo meramente formal y que siempre queda abierta la posibilidad de que al momento de dictar el laudo, se revea su decisión. Según SILVA “al no ser posibles ni la apelación ni anulación dentro del derecho colombiano, solamente el mismo tribunal durante el proceso arbitral, podría reconsiderar su decisión sobre la competencia”<sup>51</sup>. Por lo tanto, quedaría abierta la posibilidad de que, a pesar, de que el tribunal se declare competente, en el laudo cambie de parecer y se inhiba de conocer el caso por falta de competencia.

Lamentablemente, respecto de este tema tampoco existe ninguna referencia dentro de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, lo cual no les permite a las partes tener seguridad acerca de los efectos que tendrá el pronunciamiento de competencia que emita el tribunal arbitral.

Si analizamos las ventajas y desventajas de cada una de estas opciones encontramos que en el primer caso, de haber una equivocación por parte del tribunal, no existiría ningún mecanismo que permita que los árbitros o las cortes locales revean la decisión. Esto claramente afectaría a las partes y atentaría contra el artículo 349 del Código de Procedimiento Civil, el cual se aplica supletoriamente a la Ley de Arbitraje y Mediación para los arbitrajes en derecho. Dicho artículo establece que “los jueces y tribunales declararán la nulidad aunque las partes no hubieren alegado la omisión cuando se trate de

---

<sup>49</sup> ACCIÓN DE NULIDAD. Grupexport vs. Dineagros. Quinta Sala de la Corte Superior de Quito.

<sup>50</sup> JUICIO NO. 2005-0100. Primera Sala de la Corte Superior de Pichincha.

<sup>51</sup> E. SILVA Y F. MANTILLA. *El Contrato de Arbitraje*. Legis, Colombia, 2005, pp. 583.

las solemnidades 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 346” y en lo pertinente, el artículo 346 del Código de Procedimiento Civil establece que “son solemnidades sustanciales comunes a todos los juicios e instancias: 2. Competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila”. Por lo tanto, la resolución dictada por un tribunal incompetente no tiene validez ni eficacia jurídica. Así que por aplicación supletoria de las normas del Código de Procedimiento Civil, se entendería que si, a pesar de ser incompetente, el tribunal arbitral conoce la causa, lo actuado será nulo e ineficaz, y resultaría inaceptable que las partes deban ser condenadas por un tribunal incompetente y que deban cumplir con un laudo que estaría viciado de nulidad.

Por otro lado, la segunda opción, en la cual el auto que emiten los árbitros sobre su competencia es revocable, podría considerarse que también puede ser perjudicial para las partes. De ser revocable la decisión del tribunal, siempre quedaría cierta incertidumbre de saber si al momento de dictar el laudo, los árbitros, revocarán su competencia. Esto implicaría que las partes deberán esperar a que concluya el proceso para saber si el tribunal es definitivamente competente para conocer la causa. Y de no serlo, los litigantes habrían perdido tiempo y dinero litigando en un proceso arbitral infructuoso y deberán acudir a la justicia ordinaria si desean poner fin a su controversia.

## **2.5 De la declaratoria de competencia parcial por parte del tribunal arbitral**

Según autores como SALVADOR<sup>52</sup>, “es poco probable que un tribunal que deriva su autoridad de un compromiso arbitral encare una objeción total a su jurisdicción ya que el propósito de un compromiso es dar al tribunal la jurisdicción necesaria para resolver las disputas entre las partes”.

Dentro de la práctica arbitral ecuatoriana, muchos tribunales se declaran competentes de forma parcial, es decir, competentes para conocer solamente parte de las

---

<sup>52</sup>I. SALVADOR. *"Kompetenz-kompetenz: La jurisdicción del árbitro comercial internacional para decidir sobre su propia jurisdicción" en Ruptura No. 44*. Konrad Adenauer- Stiftung, Ecuador, 2001, p. 161.

pretensiones de la parte actora. Dentro del proceso arbitral No. 027-05<sup>53</sup>, el actor demandó a una compañía y a su gerente por sus propios derechos. El tribunal arbitral hizo un análisis profundo de la cláusula compromisoria y determinó que ésta le facultaba al tribunal para conocer las controversias entre las partes del contrato, pero no aquellos contra el gerente general de la compañía por sus propios derechos. Por lo tanto, el tribunal arbitral se declaró competente solamente para los asuntos controvertidos con la compañía firmante del contrato e incompetente para las pretensiones en contra del gerente general.

Así mismo, la jurisprudencia ecuatoriana ha respaldado la posibilidad de que los árbitros emitan un procedimiento parcial. La Corte Superior de Justicia ha determinado que “en la resolución emitida por el tribunal arbitral, éste debe expresar los asuntos sobre los cuales va a decidir y excluir aquellos sobre los cuales se considere incompetente”.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> PROCESO ARBITRAL NO. 027-05. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Proceso Confidencial.

<sup>54</sup> JUICIO NO. 2005-0100. Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Pichincha.

## **CAPÍTULO III**

### **REVISIÓN DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL POR PARTE DE LA JUSTICIA ORDINARIA**

#### **3.1 Revisión de validez de la cláusula arbitral por parte del juez dentro del derecho internacional**

A pesar de todos los planteamientos antes mencionados respecto a la definición y efectos del principio de *kompetenz-kompetenz*, en el arbitraje internacional, la regla de que las cortes locales no pueden conocer la causa debido a que hay un arbitraje pendiente, no es absoluta.

El convenio de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, en su Art. II numeral 3 dispone que “el Tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”. Esto quiere decir, que según este artículo, las cortes locales tienen toda la

autoridad para ejercer control sobre la validez del convenio arbitral. Por lo tanto, a pesar de que en teoría el juez nacional debe remitir a las partes al arbitraje acordado, éste se reserva el poder de verificar si el la cláusula arbitral es inválida o ineficaz.<sup>55</sup>

De la misma forma, el artículo 8 numeral 1 de la Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, establece que “el tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje (...), a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”.

Bajo el tenor de estos dos artículos se genera una importante controversia. Para la mayoría de los autores, el principio de *kompetenz-kompetenz* es absoluto, con un efecto negativo muy claro que impide a las cortes locales pronunciarse antes de que lo haga el tribunal arbitral. Sin embargo, existe otro grupo de autores como CRIVELLARO<sup>56</sup>, que consideran que bajo la Convención de Nueva York o la Ley Modelo de UNCITRAL, se deja ver que el tribunal no se encuentra atribuido de ninguna prioridad para determinar la validez o efectividad de la cláusula arbitral, ni tampoco que las cortes locales tengan limitaciones para realizar un control *prima facie* de la existencia y validez manifiesta de la cláusula arbitral.

Parecería ser que la segunda premisa planteada por CRIVELLARO, constituye un error de percepción, ya que los convenios y las legislaciones nacionales, en general, han coincidido en la existencia de una prioridad de los tribunales arbitrales para pronunciarse sobre su propia competencia. Lo que en realidad sucedería es que el empoderamiento de los árbitros para pronunciarse primero, no es absoluto sino que por el contrario, existe una excepción a la regla que les permite a las cortes locales pronunciarse de forma preliminar sobre una nulidad o invalidez manifiesta del convenio de arbitraje.

Si se analizan las consecuencias de esta posible revisión previa por parte de las cortes locales, podría considerarse que ésta resulta atentatoria del principio de

---

<sup>55</sup>Cf. A. CRIVELLARO. *Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes en The Law & Practice of International Courts and Tribunals*. Volumen 4. Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 379

<sup>56</sup>A. CRIVELLARO. *Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes en The Law & Practice of International Courts and Tribunals*. Volumen 4. Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 379

independencia del arbitraje y contra la voluntad inicial de las partes, pero si vamos un poco más allá, podremos darnos cuenta que también presenta un posible beneficio para las partes en cuanto a economía procesal.

Por lo tanto, podría considerarse que existen dos posibles escenarios. En el primero, al momento de recibir la causa, el juez observa una cláusula arbitral y a pesar de considerarla inválida, se inhibe de conocer y obliga a las partes a someterse a un arbitraje, aún sabiendo que el tribunal tendrá que declararse incompetente. Por el otro lado, en un segundo escenario, el juez, en una actitud mucho más proactiva, se pronuncia respecto de la nulidad o invalidez del contrato arbitral y se declara competente para conocer el fondo de la controversia.

Por consiguiente, a primera vista la premisa planteada por el Convenio de Nueva York y la Ley Modelo de UNCITRAL podría considerarse un atentado al principio de *kompetenz-kompetenz*, ya que como se mencionó anteriormente, le quitaría todo privilegio a los tribunales para pronunciarse primero sobre cualquier controversia respecto a su competencia. Pero si se analiza con mayor profundidad, es posible ver que aunque crea una excepción dentro del efecto negativo derivado del *kompetenz-kompetenz*, este no constituye un atentado sino que por el contrario podría ser una ventaja para los litigantes en caso de que haya una nulidad o deficiencia manifiesta dentro de la cláusula arbitral.

En algunas legislaciones nacionales se ha introducido este concepto de derecho de arbitraje internacional. La legislación alemana considera que las cortes nacionales tienen plena autoridad para examinar la validez del convenio arbitral si tener que dale ninguna precedencia a los tribunales arbitrales. Por ende, si la corte al examinar la cláusula arbitral considera que es competente para conocer la controversia, entra a hacerlo sin someter a los árbitros para que se pronuncien previamente.<sup>57</sup>

---

<sup>57</sup> Cfr. A. CRIVELLARO. "Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes en The Law & Practice of International Courts and Tribunals. Volumen 4. Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 379

### 3.2 Revisión de la competencia a través de la acción de Nulidad

La acción de nulidad es el único recurso que permite impugnar el laudo dictado por un tribunal arbitral.

El convenio CIADI en su Artículo 52 dispone que “Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo mediante escrito dirigido al Secretario General, cuando el Tribunal se hubiere extralimitado manifiestamente en sus facultades”. Esto quiere decir, que aún después de dictado el laudo, sería posible volver a discutir acerca de la competencia del tribunal para pronunciarse sobre el fondo de una controversia. El problema con causales como ésta es que por lo general la parte perdedora podrá utilizar esta causal para dilatar el proceso y boicotear el arbitraje. Al ser una cláusula bastante abierta, lo más probable es que va a ser aceptada a trámite por el secretario general y las partes deberán revolver este recurso antes de que puedan obtener un laudo definitivo y ejecutable.

En la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, existe una causal de nulidad más cerrada, lo cual lograría garantizar de mejor manera que la acción de nulidad no sea utilizada únicamente para boicotear el arbitraje. En el Artículo 34 numeral 2.3 de dicha norma legal se establece que será causal de nulidad el hecho de que el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o que contenga decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje. En este caso, es posible observar que la causal de nulidad se refiere más al alcance de la cláusula arbitral que a las facultades de los árbitros, lo cual impide a las partes utilizar esta causal con mucha libertad.

La Ley 60/2003 de España, en cambio, contiene una causal específica referente a la competencia del tribunal. Dicha ley, en su artículo 41 dispone que “el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: a) el convenio arbitral no existe o no es válido. Por consiguiente, en España los litigantes siempre tienen la opción de oponer una acción de nulidad en contra del laudo arbitral.

Dentro de la legislación ecuatoriana, las causales de nulidad del laudo arbitral se

encuentran descritas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Dentro de este cuerpo legal las únicas causas por las que se puede ejercer una acción de nulidad son las siguientes:

- a) Cuando no se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía.
- b) Cuando no se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte.
- c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;
- d) Cuando el laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado.
- e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el Tribunal Arbitral.

Sin embargo, al no haber ningún mecanismo de defensa frente al pronunciamiento de competencia, los litigantes han intentado utilizar el literal d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación para impugnar la competencia del tribunal ante las cortes locales. Dentro del Proceso Arbitral No.021-02, la parte perdedora interpuso una acción de nulidad ante la Corte Superior de Quito, respecto de la cual la corte determinó que “la resolución de competencia del tribunal es exclusiva y única de tal tribunal y que dicha resolución que toma el tribunal arbitral surte efectos irrevocables y por lo mismo no puede ser discutida ni analizada posteriormente”<sup>58</sup>. Adicionalmente, después de hacer un análisis de las causales de anulación previstas en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, la corte concluyó que sólo si el tribunal arbitral resolvía sobre cuestiones que no se hallaban ni en la demanda ni en la contestación, cualquiera de las partes podía plantear una acción de nulidad en base al literal d). Por lo tanto, en base a este razonamiento la corte consideró que no le correspondía a esa sala decidir sobre esa materia, razón por la cual rechazó la alegación de que el tribunal había actuado sin competencia y desechó la demanda.

En consecuencia, bajo la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, no existe ninguna causal de nulidad respecto a la competencia del tribunal arbitral. Esto quiere decir que en el Ecuador los litigantes no podrían alegar que el tribunal se ha extralimitado en sus funciones o ha ido más allá de su competencia. Debido a que en el Ecuador todavía se maneja la definición absolutista del principio de *kompetenz-kompetenz*, la ley ecuatoriana deja claro que los laudos son inapelables y delimita claramente la acción de nulidad.

Sin embargo, podría existir una posibilidad dentro de la legislación ecuatoriana que permita la impugnación de la competencia del tribunal. Según el artículo 299, “las sentencias ejecutoriadas son nulas: 1. Por falta de jurisdicción o incompetencia del juez que la dictó” y de acuerdo con el artículo 300 del mismo cuerpo legal, “la nulidad puede proponerse como acción por el vencido ante el juez de primera instancia, mientras no se hubiere ejecutado la sentencia”. Por lo tanto, podría existir la posibilidad de que la parte opuesta a la competencia del tribunal arbitral plantee la nulidad del laudo ante el juez de primera instancia dentro de un juicio ordinario<sup>59</sup>. Sin embargo, esta posibilidad se ve sumamente limitada debido a que el artículo 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que “se aplicará el Código de Procedimiento Civil para todo lo que no esté previsto en esta ley” y dicha ley sí prevé causales específicas para la nulidad del laudo. No obstante, siendo el presupuesto de la competencia tan trascendental que incluso es causal para la nulidad de la sentencia ejecutoriada, parecería posible interponer una acción de nulidad para aquellas resoluciones dictadas por un tribunal incompetente, ya que las solemnidades sustanciales constituyen requisitos necesarios para que pueda constituirse un proceso válido<sup>60</sup>.

---

<sup>58</sup> JUICIO NO. 2005-100. Primera Sala de la Corte Superior de Quito.

<sup>59</sup>Cfr. PROCESO ARBITRAL NO. 32-05. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Proceso Confidencial.

### 3.3 Revisión de la competencia del tribunal arbitral durante el proceso de ejecución de un laudo extranjero

Cuando un arbitraje ha sido realizado en territorio extranjero o en un centro de arbitraje internacional, dicho laudo deberá pasar por un proceso de exequátur para que pueda ser ejecutado.

Para muchos autores, el *kompetenz-kompetenz* al ser un principio de orden temporal, la competencia del tribunal podrá ser impugnada ante el juez nacional encargado de la ejecución de dicho laudo. Según SILVA<sup>61</sup>, “en virtud de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales, la decisión tomada puede ser revisada ulteriormente por el juez al que se le confíe el proceso de exequátur”.

El artículo V numeral 1 de la Convención de Nueva York dispone que “sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución(...) cuando 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 o de la cláusula compromisoria. De la misma forma, el artículo 36 de la ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional establece que podrá negarse la ejecución de un laudo arbitral “cuando 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”. Por lo tanto, como evidencian estos dos artículos, el procedimiento de exequátur presenta causales específicas para la negativa y parecería que no existe posibilidad, ya que las causales son taxativas y no lo permiten.

Sin embargo, en el Ecuador existe una posibilidad que podría admitir la revisión de la competencia del tribunal arbitral como requisito para el reconocimiento y ejecución de

---

<sup>60</sup>V. AGUIRRE. “Nulidades en el Proceso Civil”, en *FORO Revista de Derecho*. Corporación Editora Nacional, Quito, 2006, p. 174.

<sup>61</sup>E. SILVA Y F. MANTILLA. *El Contrato de Arbitraje*. Legis, Colombia, 2005, pp. 583

un laudo extranjero. El Código de Derecho Internacional Privado Sánchez de Bustamante, del cual el Ecuador es signatario, en su artículo 436 dispone que “toda sentencia civil o contencioso-administrativa dictada en uno de los estados contratantes, tendrá fuerza y podrá ejecutarse en los demás, si reúnen las siguientes condiciones: 1. Que tenga competencia para conocer el asunto y juzgarlo, de acuerdo con las reglas de este código, el juez o tribunal que la haya dictado”. Esto quiere decir, que al ser un requisito que el fallo haya sido dictado por un tribunal competente, podría impugnarse la competencia durante el proceso de ejecución. Por lo tanto, podría existir la posibilidad de que cuando se trate de laudos emitidos por tribunales arbitrales de los países signatarios del Código Sánchez de Bustamante, el juez encargado de la ejecución proceda a analizar la competencia del tribunal que emitió el laudo antes de ordenar su ejecución.

## **CAPÍTULO IV**

### **PROBLEMAS QUE ENFRENTAN LOS LITIGANTES POR LA FALTA DE CLARIDAD Y PRECISIÓN DEL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE KOMPETENZ- KOMPETENZ**

Después de haber analizado cada una de las características del *kompetenz-kompetenz*, su procedimiento, momentos de aplicación y estrategias de impugnación ha sido posible observar que al no haber una tendencia unificada y clara respecto a este principio, los litigantes se han visto perjudicados en una serie de aspectos. A continuación un análisis de los problemas más importantes que deben enfrentar los litigantes a la hora de someter sus controversias a un arbitraje.

#### **4.1 Falta de independencia del arbitraje frente a la justicia ordinaria**

Desde el inicio se ha analizado que la independencia es uno de los pilares fundamentales del arbitraje. Las partes por lo general, insertan una cláusula arbitral con el objeto de obviar la justicia ordinaria y de esta forma resolver sus controversias con mayor celeridad.

La doctrina ha considerado que dicha independencia unida con la simpleza e

informalidad de sus normas han constituido una de las mayores ventajas del arbitraje<sup>62</sup>. Lamentablemente, parecería ser que la falta de lineamientos claros en la regulación del *kompetenz-kompetenz* atenta contra este principio, ya que si la justicia ordinaria debe intervenir para solucionar controversias en cuanto a la competencia del tribunal, entonces las partes se ven obligadas a cumplir con los largos formalismos de las cortes ordinarias.

A pesar de que el principio de *kompetenz-kompetenz* nació con el objetivo de evitar que la justicia ordinaria deba intervenir dentro del arbitraje, la evolución que ha tenido ha provocado que en muchas legislaciones, el *kompetenz-kompetenz* sea un principio de carácter temporal, permitiendo la intervención de las cortes locales.

## 4.2 Inseguridad Jurídica

El derecho constitucional de la seguridad jurídica supone la garantía de que “las personas conozcan de un modo general las consecuencias jurídicas que pueden derivar de la realización de sus actos”.<sup>63</sup> En este sentido el Tribunal Constitucional del Ecuador ha señalado que “(...) el derecho a la seguridad jurídica, que se traduce en la confianza que todos los ciudadanos deben tener en el sistema jurídico ecuatoriano, la cual implica que las disposiciones normativas e instituciones jurídicas se mantengan, con la finalidad de que los ciudadanos sepan bajo qué reglas tienen que actuar frente al Estado. Esto determina que la legislación tenga que ser emitida de tal forma que garantice la aplicación efectiva de este principio (...)”<sup>64</sup>

Así mismo, VÉSCOVI<sup>65</sup> considera que “todos los actos están sometidos a reglas; unas generales y otras especiales para cada caso en particular. Y esas formas y reglas significan una garantía para la mejor administración de justicia y la aplicación del derecho, especialmente para la obtención de ciertos valores que éste se propone, tales como la seguridad jurídica y la certeza”.

<sup>62</sup>Cfr. A. LORCA Y J. SILGUERO. *Derecho de Arbitraje Español*. Dykinson, Madrid, 1994, pág. 66

<sup>63</sup>RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO. 049-2001-TC.

<sup>64</sup>RESOLUCIÓN NO. 544-2002-RA. Gaceta Constitucional No. 11. Quito, Abril-Junio 2003. p. 158

<sup>65</sup>Cfr. E. VÉSCOVI. *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 56

En la actualidad el principio de *kompetenz-kompetenz* ha sido reconocido por la mayoría de legislaciones y convenios internacionales de arbitraje, sin embargo, hasta ahora no existe una tendencia unificada acerca de su alcance y aplicación, que brinde una garantía a quienes se encuentran litigando. Las partes no logran tener certeza acerca de las reglas que rigen la aplicación del principio de *kompetenz-kompetenz*.

La falta de reglas y procedimientos claros, provoca que las partes deban enfrentarse a distintos procedimientos por parte de cada tribunal arbitral. De acuerdo a lo que se ha analizado dentro de esta tesina, las partes no tienen ninguna seguridad respecto al procedimiento de aplicación del *kompetenz-kompetenz* o respecto a los efectos que éste genere. Puede suceder que para un tribunal arbitral el pronunciamiento sobre su competencia sea revocable, mientras que para otro no lo sea. También puede suceder que dependiendo del centro de arbitraje en donde se ventile el proceso, los árbitros sigan distintos procedimientos y tengan distintas concepciones respecto al principio de *kompetenz-kompetenz*. Existe un caso, que por ser de carácter confidencial no es posible mencionar, sin embargo, en este caso el tribunal arbitral se declaró incompetente para conocer la causa, razón por la cual el demandante acudió ante otro centro de Arbitraje y Mediación, en el cual el nuevo tribunal arbitral se declaró competente y resolvió la controversia<sup>66</sup>. Esto demuestra que no existe una tendencia unificada que les permita a las partes tener seguridad jurídica, sino que por el contrario, permitirá que la parte perjudicada utilice tácticas que boicoteen el proceso arbitral.

En consecuencia, el principio de *kompetenz-kompetenz*, no constituye una garantía para los litigantes, ya que ellos no consiguen estar seguros de lo que sucederá dentro del juicio arbitral respecto a la competencia de los árbitros.

### 4.3 Afectación al principio de economía procesal

El principio de economía procesal tiene como objetivo evitar la pérdida de tiempo,

---

<sup>66</sup> PROCESO ARBITRAL NO. 032-05. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Proceso Confidencial.

esfuerzos y gastos innecesarios. Su función es obtener la satisfacción de las pretensiones de las partes en un plazo razonable y a un costo que evite la problemática del acceso a la justicia.<sup>67</sup> Por consiguiente, este principio es fundamental dentro del arbitraje ya que éste ha nacido con el propósito de ofrecer un mecanismo de resolución de controversias más eficiente y célere.

Como ya ha sido mencionado anteriormente, uno de los grandes propósitos del principio de *kompetenz-kompetenz*, es evitar que el proceso arbitral sufra parálisis innecesarias al momento en que una de las partes impugna la competencia del tribunal. Lamentablemente, ha quedado demostrado que al no existir seguridad para los litigantes acerca del procedimiento que el tribunal seguirá, tampoco se puede garantizar que las partes no deberán invertir grandes cantidades de dinero, tiempo y energías.

Así mismo, al existir tres posibles momentos dentro de los cuales el tribunal podrá pronunciarse acerca de su competencia. Si los árbitros deciden pronunciarse durante la primera etapa del procedimiento o deciden tratar las excepciones de incompetencia en un auto interlocutorio, las partes recibirán una resolución en etapas tempranas del proceso y en caso de que el tribunal sea incompetente podrán acudir inmediatamente a las cortes locales para demandar, sin haber tenido que gastar grandes cantidades de dinero. Sin embargo, cuando los árbitros deciden dejar las excepciones de incompetencia para ser resueltas en el laudo, las partes se ven obligadas a litigar y gastar grandes cantidades de dinero, corriendo el riesgo de que cuando finalmente termine el proceso, los árbitros se declaren incompetentes. De suceder esto último, los litigantes habrían perdido tiempo y dinero sin razón y deberán volver a invertir cantidades similares si deciden acudir a la justicia ordinaria.

Por otro lado, si es que se adopta la tendencia de que el pronunciamiento de competencia de los árbitros es revocable, entonces las partes también se habrán desgastado sin motivo y habrán perdido meses durante los cuales pudieron haber estado litigando en las cortes locales competentes.

---

<sup>67</sup>E. VÉSCOVI. *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 58

Por lo tanto, la falta de lineamientos dentro de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, en muchos casos provoca que la economía procesal se vea seriamente afectada y vulnerada.

#### **4.4 Afectación al derecho de acción**

El derecho de acción ha sido definido como aquel derecho público y subjetivo que permite poner en marcha el aparato jurisdiccional que determine la tutela de los derechos. Es decir, “la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir, mediante un proceso lo que le deben a uno”.<sup>68</sup>

Este problema es una cuestión excepcional que podrían tener que enfrentar los litigantes debido a la demora en el pronunciamiento de competencia de los tribunales arbitrales. La afectación se presenta cuando las partes han litigado dentro de un proceso arbitral por largo tiempo, en busca de un laudo definitivo y, sin embargo, cuando el tribunal finalmente se pronuncia, se declara incompetente para conocer la controversia, haciendo necesario que las partes concurren a la justicia ordinaria para obtener una solución a la disputa.

Podría suceder que en el momento en que el litigante acuda a las cortes locales para demandar, la acción haya prescrito, dejándolo imposibilitado para demandar. Es decir, que el derecho constitucional que tiene todo individuo de recibir asistencia por parte del Estado, podría verse vulnerado por la falta de un auto sobre la competencia del tribunal en etapas tempranas del proceso.

#### **4.5 Afectación al principio de lealtad procesal**

La lealtad procesal ha sido introducida dentro de los principios procesales debido a que busca garantizar una conducta de las partes acorde a la moral durante el desarrollo del

---

<sup>68</sup> L. DE BERNARDIS. *Garantía Procesal del Debido Proceso*. Cultural Cusco, Lima, 1995, p. 58

proceso. Este principio a parece a raíz de que se proclamó la finalidad pública del proceso civil y se empezó a reclamar de las partes una conducta adecuada en la que no podían usarse artimañas para confundir al adversario.<sup>69</sup>

Según VÉSCOVI, la lealtad procesal ha sido reconocida como norma jurídica debido a que actualmente se considera al proceso como un instrumento para la defensa de los derechos, pero no para ser usada ilegítimamente para perjudicar, u ocultar la verdad y dificultar la recta aplicación del derecho.<sup>70</sup>

Lamentablemente, de acuerdo con lo analizado en esta tesina, las regulaciones del principio de *kompetenz-kompetenz* no prevén mecanismos para evitar el uso de tácticas dilatorias, ni sanciones que castiguen la conducta inmoral de las partes o del juzgador.

De acuerdo a la doctrina, los laudos dictados por los tribunales arbitrales son vinculantes y definitivos para las partes<sup>71</sup>. Sin embargo, existen vacíos legales que han permitido que los litigantes hagan uso de tácticas dilatorias para boicotear el proceso arbitral. Por lo general, la parte perjudicada por el laudo tratará de impugnar la decisión a través de mecanismos como la acción de nulidad, el exequátur de laudos extranjeros o la revisión de la competencia del tribunal por parte de un juez. Todas estas tácticas solo impiden una adecuada impartición de justicia y por ende vulneran el derecho constitucional a una justicia sin dilaciones, consagrado en el artículo 23 numeral 27.

Adicionalmente, la afectación al principio de lealtad procesal también podría provenir de los árbitros. Debido a que está en ellos decidir en qué momento habrán de pronunciarse respecto a las excepciones de incompetencia. Es decir, en el derecho internacional, será completamente discrecional si lo hacen dentro de la primera audiencia o si consideran que la excepción de incompetencia está vinculada al fondo de la controversia.

Es posible que esta facultad discrecional que se les ha entregado a los árbitros pueda provocar una situación perjudicial para los litigantes debido a que no hay un

---

<sup>69</sup>Cfr. E. VÉSCOVI. *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 55

<sup>70</sup>E. VÉSCOVI. *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999, p. 56

<sup>71</sup>Cfr. E. SILVA Y F. MANTILLA. *El Contrato de Arbitraje*. Legis, Colombia, 2005, pp. 582-583.

mecanismo de control y sanción que impida que los árbitros puedan, por intereses personales, dilatar el proceso arbitral. Consecuentemente, podría llegar a darse el caso en que el tribunal prefiera pronunciarse sobre su competencia al final del proceso con el fin de poder obtener sus honorarios.

El problema está en que de llegar a darse el caso, las partes no tienen ninguna defensa en contra de los árbitros, ya que no existen sanciones para aquellos que dilaten el proceso llevados únicamente por intereses personales. Parecería necesario implementar un mecanismo de control basado en el artículo 193 de la Constitución Política del Ecuador, el cual dispone que el retardo en la administración de justicia, imputable al juez, será sancionado por la ley. Así mismo, tal y como plantean los artículos 356 y 357 del Código de Procedimiento Civil del Ecuador, los jueces serán personalmente responsables en los casos en que omitan una solemnidad sustancial o no declaren la nulidad del proceso. Por lo tanto, así como el procedimiento civil ha buscado mecanismos de sanción que brinden una garantía para los litigantes, parecería ser que dentro del arbitraje también es necesario instituir una sanción para aquellos árbitros que retrasen el proceso.

#### **4.6 Afectación al debido proceso**

Es fundamental que el arbitraje garantice el debido proceso, es decir aquel derecho constitucional que protege a los ciudadanos para que el juzgador actúe de conformidad con la ley. Sin embargo, ciertas tendencias en las legislaciones respecto al *kompetenz-kompetenz*, atentan contra este derecho al dejar a los litigantes en cierto grado de indefensión. Según CUEVA<sup>72</sup>, “la indefensión es el estado en el que se deja a los justiciables cuando se niega o se limita sus medios procesales de defensa. Es una desventaja jurídica en que se ubican las partes que intervienen en el proceso”.

Cuando legislaciones como la española que prevén recurso únicamente en contra del pronunciamiento desestimatorio de incompetencia del tribunal, en cierta forma, están

atentado contra el derecho de defensa que tienen los litigantes. El Art. 22 de la Ley de Arbitraje de España, dispone que “la decisión del tribunal que estime sobre su competencia no será susceptible de recurso. Si, en cambio, la que sea desestimatoria, podrá impugnarse al solicitar la anulación del laudo”. Parecería ser que esto atenta contra el derecho a la defensa de las partes, ya que debería garantizarse un recurso también para aquellos casos en los que el tribunal acepte la excepción de incompetencia. Es fundamental que haya un trato equitativo que permita a las partes defenderse frente a cualquier injusticia o error del tribunal. No es viable que cuando el tribunal se declare competente sea posible impugnar su decisión, pero cuando se declare incompetente y perjudique a una de las partes, no exista ningún mecanismo de defensa para apelar dicha decisión.

Por su parte, en la legislación colombiana no se prevé ningún recurso en contra del pronunciamiento de competencia. El Decreto 1818 sobre arbitraje, en el artículo 147, dispone que el auto mediante el cual el tribunal resuelve sobre su propia competencia, es únicamente susceptible de recurso de reposición<sup>73</sup>. Por consiguiente, se entiende que para la ley colombiana, el pronunciamiento del tribunal debe ser aceptado y en caso de que haya un error por parte de los árbitros, no existe ningún recurso que permita impugnar la decisión del tribunal, lo cual dejaría a los litigantes en indefensión.

Lo mismo sucede dentro de la normativa ecuatoriana, ya que la Ley de Arbitraje y Mediación no prevé ninguna causal de anulación del laudo respecto de la competencia del tribunal. La Corte Superior de Justicia de Pichincha en su sentencia dentro del proceso 2005-0100 ha determinado que “la decisión que toma el tribunal surte efectos irrevocables y por lo mismo no puede ser discutida y analizada posteriormente (...)”<sup>74</sup>. Por tanto, las partes no tienen ningún mecanismo que les permita impugnar la decisión del tribunal acerca de su competencia, y tal como plantea CUEVA la indefensión también se da cuando hay una limitación o desventaja jurídica para que las partes se defiendan dentro de un proceso.

---

<sup>72</sup> L. CUEVA CARRIÓN. *El Debido Proceso*. Impreseñal Cía Ltda., Quito, 2001, pp. 105.

<sup>73</sup> E. SILVA Y F. MANTILLA. *El Contrato de Arbitraje*. Legis, Colombia, 2005, pp. 583.

En consecuencia, una causal de anulación del laudo por la incompetencia del tribunal sería fundamental para garantizar que las partes reciban un tratamiento justo y que tengan la posibilidad de defenderse e impugnar las decisiones que consideren erróneas o inadecuadas.

#### 4.7 Falta de Motivación como afectación al debido proceso

La motivación ha sido definida por la doctrina como el derecho constitucional, legal e ineludible del juez de fundamentar y motivar todas sus resoluciones. Para CUEVA<sup>75</sup>, la motivación de las resoluciones del juzgador debe ser cualitativa y jurídicamente satisfactoria; debe tener consistencia en lo fáctico, en lo jurídico y en el aspecto lógico, y por consiguiente debe haber armonía y concordancia entre los fundamentos de hecho y los de derecho de la resolución adoptada. Según la Constitución Política del Ecuador en su artículo 24 numeral 13, “las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”. Adicionalmente, la jurisprudencia ecuatoriana ha determinado que “le corresponde al tribunal arbitral analizar detenida y motivadamente sobre su propia competencia”<sup>76</sup>.

Debido a la falta de lineamientos del principio de *kompetenz-kompetenz* en el Ecuador, muchos árbitros consideran que no tienen la obligación de motivar el pronunciamiento que realizan sobre su propia competencia cuando esta ha sido impugnada. Sin embargo, esto no es válido, pues de acuerdo a lo previsto por la Constitución Política del Ecuador sí debería ser adecuadamente motivada por constituir una resolución que afectará a las personas.

En la práctica arbitral ecuatoriana aproximadamente el 75% de los

---

<sup>74</sup> JUICIO 2005-0100. Primera Sala de la Corte Superior de Pichincha.

<sup>75</sup> Cfr. L. CUEVA CARRIÓN. El Debido Proceso. Impreseñal Cía Ltda., Quito, 2001, pp. 176 y 177.

<sup>76</sup> JUICIO NO. 2005-0100. Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Quito.

pronunciamientos de los árbitros acerca de su propia competencia no son motivados. Por ejemplo, dentro del proceso arbitral No. 021-02 el tribunal arbitral no hace ningún análisis que fundamente su decisión de declararse competente para conocer el litigio. Lo único que el tribunal arbitral dice es que “habiendo analizado preliminarmente el convenio, la demanda y la contestación, este tribunal se declara competente para resolver todos los asuntos sometidos en este caso”<sup>77</sup>. Como se observa, esta resolución del tribunal arbitral no cumple con el precepto constitucional que exige que deberán tomarse en cuenta normas jurídicas y principios del derecho y su pertinencia a los hechos al momento de motivar una resolución.

La falta de lineamientos por parte del artículo 22 de la Ley de Arbitraje da lugar a que cada tribunal lleve a cabo, con cierta discrecionalidad, el pronunciamiento acerca de su propia competencia. Sin embargo, esto no es una justificación para que los tribunales no cumplan con los preceptos constitucionales y le nieguen a las partes su derecho a recibir una resolución bien motivada.

Frente a este problema, sería fundamental que los centros de arbitraje y mediación ecuatorianos exijan a los árbitros que emitan un pronunciamiento bien motivado acerca de su propia competencia. Resulta inconcebible que se permita que los tribunales arbitrales emitan resoluciones no motivadas que impidan a las partes conocer las razones y fundamentos por los cuales los tribunales arbitrales tomaron determinada decisión.

---

<sup>77</sup> PROCESO ARBITRAL NO. 021-02. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Proceso Confidencial.

## CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

- El *kompetenz-kompetenz* es un principio procesal por medio del cual toda controversia que tenga que ver con la existencia, validez o alcance del convenio de arbitraje deberá ser resuelta primero por el tribunal arbitral.
- En el Ecuador, no solo la Ley de Arbitraje y Mediación ha consagrado dentro de sí el principio de *kompetenz-kompetenz*, sino que también la jurisprudencia ecuatoriana ha hecho un reconocimiento expreso de este principio.
- A través del *kompetenz-kompetenz*, el arbitraje busca garantizar que la afirmación que realice una de las partes respecto a la inexistencia o nulidad del contrato de arbitraje, no conduzca a la parálisis del procedimiento arbitral.
- A través de los años el principio de *kompetenz-kompetenz* ha ido evolucionando, lo cual ha provocado un cambio en la drasticidad de su definición, ya que en la actualidad se considera que el *kompetenz-kompetenz* tiene una naturaleza temporal. Es decir, que su efecto es meramente cronológico, positivo, no jerárquico y tiene

como único fin, evitar que juzgados y tribunales asuman una competencia antes de que lo haga el tribunal arbitral. Sin embargo, en el Ecuador, tal y como lo demuestra la práctica arbitral ecuatoriana y a los precedentes jurisprudenciales, el pronunciamiento de competencia de los árbitros constituye una facultad exclusiva y absoluta de los árbitros.

- El principio de *kompetenz-kompetenz* nace de la naturaleza contractual del arbitraje y del imperio de la ley. Esto sucede ya que proviene del convenio arbitral, es decir, de la voluntad expresada por las partes de resolver sus controversias a través de un tribunal arbitral. En este sentido, se sostiene además que proviene del imperio de la ley, debido a que en la actualidad este principio se encuentra consagrado y protegido dentro del ordenamiento jurídico.
- A pesar de la controversia existente acerca del alcance del principio de *kompetenz-kompetenz* existen dos tendencias claves. En la primera, el tribunal arbitral conservará su competencia aún en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y sobre sus pretensiones y alegaciones, y en consecuencia, deberá probarse que la nulidad también recae directamente en la cláusula arbitral, para que esta deje de ser válida junto con el contrato. En la segunda, en cambio, los árbitros estarán facultados incluso para decidir sobre su propia competencia, sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral.

En el Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación ha determinado que la nulidad del contrato no afectará la validez de la cláusula arbitral. Es decir, que de acuerdo a la legislación ecuatoriana los árbitros podrán declararse competente incluso si el contrato entre las partes es nulo. No obstante, la Ley de Arbitraje y Mediación no hace mención a las excepciones relativas a la validez del convenio arbitral, lo cual crea un vacío que debe ser llenado a discrecionalidad de cada tribunal arbitral.

- El principio de *kompetenz-kompetenz* presenta dos efectos fundamentales, uno positivo y otro negativo. El primero consiste en la consagración y reconocimiento del poder en favor de los árbitros para dirimir toda controversia relativa a su propia

competencia. El segundo, en cambio, permite que los árbitros sean los primeros jueces de su competencia. En otras palabras, permite que los árbitros lleguen a una decisión en cuanto a su competencia antes que cualquier otra autoridad judicial pueda hacerlo.

En el Ecuador, el efecto negativo del principio de *kompetenz-kompetenz* se encuentra reconocido y regulado dentro de la Ley de Arbitraje y Mediación y el Código de Procedimiento Civil. Adicionalmente, existen varios precedentes jurisprudenciales que han determinado que ante la existencia de cláusula arbitral los jueces deben disponer el archivo de la causa por falta de competencia.

- Por otro lado, dentro de la aplicación del principio de *kompetenz-kompetenz*, el demandado tiene tres momentos para impugnar la competencia del tribunal: Al inicio del proceso, en el momento en el que ocurre o después de dictado el laudo. Sin embargo, la mayoría de las legislaciones coinciden en que la excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Y solamente aquella excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato, podrá oponerse tan pronto como ocurra durante las actuaciones arbitrales.

En el Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación establece que la competencia se resolverá dentro de la audiencia de sustanciación, por ende se puede inferir que la excepción de incompetencia debe ser presentada dentro de la contestación a la demanda.

- Respecto de su propia competencia el tribunal arbitral puede decidirla en tres distintos momentos. Si encuentra fundamentos para que el acuerdo arbitral sea nulo, podrá decidir inmediatamente que no tiene ninguna competencia. También, podrán considerar los argumentos sobre la cuestión de su competencia como tema preliminar dentro de un proceso interino y emitir un auto interlocutorio. Por último, si los hechos en que se basa la objeción a la competencia son virtualmente inseparables de aquellos del fondo de la misma disputa, el árbitro podrá acumular la cuestión de jurisdicción con el fondo y emitir un laudo definitivo donde la

incompetencia y las cuestiones de fondo sean tratadas simultáneamente.

- La ventaja del pronunciamiento del tribunal de forma inmediata o a través de un laudo interlocutorio es que las partes pueden saber rápidamente si el tribunal es competente o no, lo cual les va a permitir ahorrar tiempo y dinero si es que el arbitraje resulta improcedente.
- La Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana en su artículo 22 dispone que la competencia se resolverá dentro de la audiencia de sustanciación, lo cual limita a los árbitros y causa un sinnúmero de problemas debido a que cada proceso arbitral está rodeado por circunstancias distintas y no siempre resulta adecuado que los árbitros se pronuncien sobre su competencia como tema preliminar.
- Las legislaciones internas, los convenios y reglas de arbitraje internacional y la doctrina coinciden en la necesidad de crear procedimientos de aplicación para el principio de *kompetenz-kompetenz*. Lamentablemente, éstos no son completamente eficientes, ya que en su mayoría dejan abiertas tres opciones, permitiendo que los árbitros tengan gran discrecionalidad a la hora de decidir en qué momento deben pronunciarse respecto de las excepciones a su competencia.
- En algunos países, el establecimiento de momentos para el pronunciamiento de competencia ha perdido sentido, pues cierta parte de la doctrina propone que el auto dictado por el tribunal es revocable y por ende, siempre queda abierta la posibilidad de que al momento de dictar el laudo, el tribunal arbitral revea su decisión.

En el Ecuador, existen posiciones divididas respecto a este tema. Hay tribunales arbitrales que consideran que su decisión puede ser revisada dentro del laudo, mientras otros se oponen y consideran que es de carácter irrevocable. Sin embargo, es importante aclarar que debido a que en el Ecuador el principio de *kompetenz-kompetenz* es absoluto, la jurisprudencia se ha pronunciado de manera determinante que el pronunciamiento de competencia le corresponde exclusivamente al tribunal arbitral y dicha decisión no puede ser revisada posteriormente.

- A pesar de todos los procedimientos y mecanismos discutidos anteriormente, el arbitraje, al no tener una instancia superior capaz de revisar la decisión de los árbitros, siempre termina dependiendo de la justicia ordinaria, lo cual hace que el arbitraje deje de ser independiente, vinculante y ejecutable.
- Debido a que el *kompetenz-kompetenz*, en el derecho internacional, no es un principio absoluto, admite reglas como las del artículo 2 del Convenio de Nueva York a través del cual las cortes locales tienen toda la autoridad para ejercer control sobre la validez del convenio arbitral. Es decir que en lugar de que el juez nacional remita a las partes al arbitraje acordado, éste se reserva el poder de verificar, de forma preliminar, si la cláusula arbitral es inválida o ineficaz.

Así mismo, según la jurisprudencia norteamericana, las cortes locales deberán remitir a un arbitraje a las partes, únicamente cuando la incompetencia esté basada en una posible afectación en el contrato principal, porque si la impugnación se refiere a la propia cláusula de arbitraje, le corresponderá a las cortes locales conocer la controversia.

- Por otro lado, según algunas legislaciones, la decisión arbitral sobre su propia competencia, puede ser impugnada y revisada posteriormente por órganos distintos cuando se deduce una acción de nulidad en contra laudo o cuando se somete dicha sentencia arbitral a un proceso de exequátur. Sin embargo, una vez analizadas las causales de nulidad del laudo, muy pocas dejan abierta la posibilidad de que las partes puedan impugnar la decisión de los árbitros por falta de competencia. Por ejemplo, la legislación ecuatoriana delimita adecuadamente las razones por las cuales las partes podrían solicitar la nulidad del laudo arbitral, impidiendo que la parte perdedora pretenda boicotear el resultado a través de una acción de nulidad por una supuesta extralimitación del tribunal arbitral.

Además, la jurisprudencia ecuatoriana se ha pronunciado numerosas veces respecto a este tema y ha dejado claro que la competencia del tribunal es una cuestión exclusiva de cada tribunal, la cual no puede ser revisada por las cortes locales. Adicionalmente, ha señalado que las causales de nulidad no hacen ninguna

referencia a la competencia del tribunal, ni aún la causal d) del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

- De la misma manera, pese a que se ha considerado que durante el proceso de exequátur se podrá impugnar la competencia del tribunal, parecería ser que no existe dicha posibilidad, ya que las causales legalmente previstas son taxativas y ninguna de ellas permite el caso.
- Por lo tanto, la falta de estos procedimientos claros, ha provocado que sean los litigantes quienes deban pagar las consecuencias. Son ellos quienes a la hora de litigar deben sobrellevar todo tipo de problemas antes de que puedan obtener un laudo vinculante y ejecutable.
- Después de analizar el principio de *kompetenz-kompetenz* con detenimiento, queda claro que es un principio que requiere de una importante consideración dentro de las legislaciones internas. Tener una única mención acerca del *kompetenz-kompetenz*, en la Ley de Arbitraje y Mediación, no es suficiente. Un inadecuado tratamiento del alcance del principio del *kompetenz-kompetenz*, puede provocar que el arbitraje pierda sus más importantes características y perjudique a quienes han confiado en él como mecanismo alternativo de resolución de controversias.
- La falta de lineamientos claros en la regulación del *kompetenz-kompetenz* atenta contra uno de los principales pilares del arbitraje, la independencia. Lamentablemente, el arbitraje no ha logrado separarse por completo de la justicia ordinaria, ya que ésta se ve en la necesidad de intervenir para solucionar incluso las controversias en cuanto a la competencia del tribunal. Lo cual implica que a pesar de la voluntad de las partes de evitar la justicia ordinaria, la falencia en la regulación del *kompetenz-kompetenz* termina obligándolos a cumplir con los largos formalismos de las cortes ordinarias.
- Según VÉSCOVI, “la seguridad jurídica supone la garantía de que las personas conozcan de un modo general las consecuencias jurídicas que pueden derivar de la

realización de sus actos”.<sup>78</sup> El principio de *kompetenz-kompetenz*, a pesar de que ha sido ampliamente reconocido por las legislaciones y convenios internacionales, no ha logrado brindar certeza a los litigantes acerca del procedimiento y alcance de la aplicación de este principio.

- Uno de los grandes propósitos del principio de *kompetenz-kompetenz*, es evitar que el proceso arbitral sufra parálisis innecesarias al momento en que una de las partes impugna la competencia del tribunal. Lamentablemente, ha quedado demostrado que al no existir seguridad para los litigantes acerca del procedimiento que el tribunal seguirá, tampoco se logra garantizar que las partes no deban invertir grandes cantidades de dinero, tiempo y esfuerzos.
- Así mismo, otra gran falencia de la regulación del principio de *kompetenz-kompetenz* es que no se prevén mecanismos para evitar el uso de tácticas dilatorias, ni plantean sanciones que castiguen la conducta inmoral de las partes o del juzgador, en caso de que utilicen artificios que pretendan dilatar o retrasar la resolución del proceso arbitral.
- La falta de un recurso en contra del pronunciamiento del tribunal arbitral respecto de su competencia constituye un atentado al derecho a la defensa de las partes, ya que éstas no tienen ningún mecanismo de amparo ante una equivocación por parte del tribunal. Por lo tanto, una causal de anulación del laudo por la incompetencia del tribunal sería fundamental para garantizar que las partes reciban un tratamiento justo y que tengan la posibilidad de defenderse e impugnar las decisiones que consideren erróneas o inadecuadas.
- Por último, también se ha visto vulnerado el derecho constitucional de motivación de las resoluciones que afecten a las personas. Si la doctrina y la ley disponen que la motivación es un deber ineludible de todo juez y tribunal, no es necesario que la Ley de Arbitraje y Mediación contenga esta disposición para que los árbitros cumplan con ella. Lamentablemente, en el Ecuador, solamente el 25% de los

---

<sup>78</sup>RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO. 049-2001-TC.

tribunales arbitrales emiten un pronunciamiento acerca de su competencia motivado.

- Resulta muy perjudicial para los litigantes que se permita que los tribunales arbitrales emitan resoluciones no motivadas que impidan a las partes conocer las razones y fundamentos por los cuales los tribunales arbitrales tomaron determinada decisión.

Por consiguiente, para tratar de solucionar los problemas acarreados por la falta del lineamiento del principio de *kompetenz-kompetenz* dentro de la normativa ecuatoriana, parecería adecuado plantear las siguientes recomendaciones:

- Es fundamental que se lleve a cabo una reforma dentro de la Ley de Arbitraje y Mediación con el objeto de regular adecuadamente el alcance y procedimiento del principio de *kompetenz-kompetenz*. Y resultaría una excelente alternativa la adopción de la Ley Modelo de UNCITRAL, ya que ha demostrado ser bastante efectiva y completa para la regulación de esta importante institución del procedimiento arbitral.
- Adicionalmente, una excelente opción para garantizar la adecuada aplicación del principio de *kompetenz-kompetenz* podría ser la adopción de un sistema similar al planteado por el Convenio CIADI, en el cual, cuando existe una impugnación a la competencia del tribunal, el proceso principal se suspende y se inicia un proceso intermedio dentro del cual las partes presentan sus alegaciones y pruebas respecto a la competencia del tribunal arbitral. De tal manera que las partes reciban una respuesta durante una primera etapa del procedimiento y esto impida que deban invertir grandes cantidades de dinero y de tiempo.
- Como complemento a una reforma dentro de la legislación ecuatoriana sería preciso que los centros de arbitraje y mediación incluyan dentro de sus reglamentos internos de funcionamiento, artículos que perfeccionen y permitan mayor efectividad en la aplicación del principio de *kompetenz-kompetenz*.

## BIBLIOGRAFÍA

AGUIRRE, VANESA. "Nulidades en el Proceso Civil" en *FORO Revista de Derecho*. Corporación Editora Nacional, Quito, 2006.

ANDRADE, SANTIAGO. "Entorno al tema del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y laudos internacionales, en *FORO Revista de Derecho*. Corporación Editora Nacional, Quito, 2006.

BERNARDIS, LUIS. *Garantía Procesal del Debido Proceso*. Cultural Cusco, Lima, 1995.

CARMIGNIANI, EDUARDO. "Kompetenz- Kompetenz", *Diario Expreso*. 29 de septiembre 2006.

CHOCRÓN, ANA MARÍA. *Los Principios Procesales en el Arbitraje*. José María Bosch Editor, Barcelona, 2000.

CRIVELLARO, ANTONIO. "Consolidation of Arbitral and Court Proceedings in Investment Disputes", en *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*. Volumen 4. Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

CUEVA CARRIÓN, LUIS. *El Debido Proceso*. Impreseñal Cía Ltda., Quito, 2001.

FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN. *International Commercial Arbitration*. Tomo I. Kluwer Law, Holanda, 1999.

LORCA NAVARRETE, ANTONIO Y SILGUERO. *Derecho de Arbitraje Español*. Dykinson, Madrid, 1994.

LORCA NAVARRETE, ANTONIO. *Manual de Derecho de Arbitraje*. Dykinson, Madrid, 1997.

LORCA NAVARRETE, ANTONIO. *Derecho de Arbitraje Interno e Internacional*. Tecnos, Madrid, 1989.

REDFERN, ALAN Y HUNTER, MARTIN. *Law and practice of International Commercial Arbitration*. Sweet and Maxwell, Londres, 1999.

ROCA, JOSÉ MARÍA. *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. José María Bosh Editor S.A, Barcelona, 1992.

SILVA, EDUARDO Y MANTILLA, FABRICIO. *El Contrato de Arbitraje*. Legis, Colombia, 2005.

SALCEDO, ERNESTO. *El Arbitraje: Justicia Alternativa*. Editorial Jurídica Míguez Mosquera, Ecuador, 2001.

SALVADOR, IÑIGO. “*Kompetenz- kompetenz: La jurisdicción del árbitro Comercial Internacional para decidir sobre su propia jurisdicción*” en *Ruptura No. 44*. Konrad Adenauer- Stiftung. Ecuador, 2001.

VARADY, TIBOR; J. BARCELÓ III Y A. VON MEHREN. *International Commercial Arbitration*. West Group, Minnesota.

VÉSCOVI, ENRIQUE. *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, 1999.

[www.worldbank.org/icsid](http://www.worldbank.org/icsid)

UNCITRAL EXPLANATION OF MODEL LAW.

<http://textus.diplomacy.edu/thina/txGetXDoc.asp?IDconv=3209>. 21 de Enero del 2007.

## **MATERIALES JUDICIALES Y ARBITRALES EMPLEADOS**

PROCESO ARBITRAL NO. 021-02. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Proceso Confidencial.

PROCESO ARBITRAL NO 013-04. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Proceso Confidencial.

PROCESO ARBITRAL NO 005-04. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Proceso Confidencial.

PROCESO ARBITRAL NO 052-04. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Proceso Confidencial.

PROCESO ARBITRAL NO. 027-05. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Proceso Confidencial.

PROCESO ARBITRAL NO. 032-05. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Proceso Confidencial.

PROCESO ARBITRAL NO. 010-06. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Proceso Confidencial.

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NO. 049-2001-TC.

RESOLUCIÓN NO. 544-2002-RA. Gaceta Constitucional No. 11. Quito, Abril-Junio 2003.

ACCIÓN DE NULIDAD. Grupexport vs. Dineagros. Quinta Sala de la Corte Superior de Quito

JUICIO NO. 62-2006. Juzgado Octavo de lo Civil de Guayaquil.

JUICIO No. 210-2003. Juzgado Quinto de lo Civil de Pichincha.

CASO BUCKEYE CHECK CASHING V. CARDENA. No. 04-1264, febrero 2006. Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos.