

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

**Impugnación de la decisión positiva de competencia a través
de un mecanismo jurídico acorde a la esencia del arbitraje**

María Emilia Proaño Vélez

Jurisprudencia

Trabajo de fin de carrera presentado como requisito para la
obtención del título de Abogada

Quito, 28 de noviembre de 2024

© DERECHOS DE AUTOR

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

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

Nombres y apellidos: María Emilia Proaño Vélez

Código: 00320116

Cédula de identidad: 1723202014

Lugar y Fecha: Quito, 28 de noviembre de 2024

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <http://bit.ly/COPETheses>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on

<http://bit.ly/COPETheses>.

IMPUGNACIÓN DE LA DECISIÓN POSITIVA DE COMPETENCIA A TRAVÉS DE UN MECANISMO JURÍDICO ACORDE A LA ESENCIA DEL ARBITRAJE¹

CHALLENGING THE POSITIVE DECISION ON JURISDICTION THROUGH A LEGAL MECHANISM IN ACCORDANCE WITH THE ESSENCE OF ARBITRATION

María Emilia Proaño Vélez²
ma_emiliaprove@hotmail.com

RESUMEN

El presente trabajo abordó la posibilidad de impugnar la decisión positiva de competencia del tribunal arbitral en el ordenamiento ecuatoriano. Se identificó que no hay un mecanismo idóneo que cumpla este fin. Las alternativas actuales de impugnación en arbitraje —acción de nulidad y acción extraordinaria de protección— resultan ineficaces para atender las necesidades de las partes, respecto a esta decisión en específico. En consecuencia se propuso implementar la figura denominada arbitraje de impugnación en los centros de arbitraje del país. Para ello se estudió esta institución en el derecho comparativo, específicamente en la jurisdicción española. Además, se verificó que este mecanismo no es contrario a las cualidades esenciales del arbitraje. A través de una metodología deductiva, cualitativa se recabó la información y posteriormente se realizó un análisis axiológico y comparativo. Esto permitió concluir que la alternativa presentada además de ir acorde al arbitraje es útil en el contexto ecuatoriano.

PALABRAS CLAVE

Arbitraje, competencia positiva árbitros, impugnación, esencia del arbitraje.

ABSTRACT

This paper addressed the possibility of challenging the positive decision of jurisdiction of the arbitral tribunal in the Ecuadorian legal system. It was identified that there is no suitable mechanism for this purpose. The current alternatives for challenging an arbitration decision are ineffective to meet the needs of the parties with respect to this specific decision. Consequently, the feasibility of implementing the figure known as challenge arbitration in the country's arbitration centers was considered. For this purpose, this institution was studied in comparative law, specifically in the Spanish jurisdiction. Furthermore, it was verified that it is not contrary to the essential qualities of arbitration. Through a deductive, qualitative methodology, information was gathered and subsequently an axiological and comparative analysis was carried out. This allowed us to conclude that the alternative presented, in addition to being in accordance with arbitration, is useful in the Ecuadorian context.

KEY WORDS

Arbitration, positive jurisdiction of arbitrators, challenges, essence of arbitration.

Fecha de lectura: 28 de noviembre de 2024

Fecha de publicación: 28 de noviembre de 2024

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por María Gracia Naranjo Ponce.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2. ESTADO DEL ARTE.- 3. MARCO TEÓRICO.- 4. MARCO NORMATIVO.- 5. COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS.- 6. EL CONTROL DE LAS DECISIONES ARBITRALES.- 7. ALTERNATIVAS JURÍDICAS PARA IMPUGNAR LA COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS EN LA NORMATIVA ECUATORIANA.- 8. DERECHO COMPARATIVO.- 9. CONCLUSIONES.-

1. Introducción

La decisión de competencia positiva de los árbitros no es susceptible de ser oportunamente impugnada en el régimen jurídico ecuatoriano. Esto implica que las partes de un proceso arbitral se pueden ver obligadas a invertir recursos para concluir un procedimiento, a pesar de que este podría estar fundado en una incorrecta decisión de competencia. Esta problemática ha sido identificada en la doctrina, pero se han propuesto pocas alternativas para resolverla exitosamente, particularmente en el contexto ecuatoriano.

Revisar las posibilidades de impugnar dicha decisión de competencia es indispensable para procurar no dejar en la indefensión a las partes, cuando la decisión es incorrecta, ni prolongar innecesariamente un procedimiento arbitral. Asimismo, es conveniente indagar alternativas, fuera de lo previsto en la normativa vigente, que respeten las cualidades propias del arbitraje. De tal forma es interesante analizar si es posible proponer soluciones innovadoras a un problema presente desde hace tiempo en el Ecuador.

El problema jurídico que se estudia en este ensayo no ha sido resuelto con anterioridad en el contexto ecuatoriano. La razón de ello es que las alternativas que suelen plantearse al respecto tienden a considerarse una amenaza a las cualidades intrínsecas del arbitraje. Como se abordará en los apartados de este escrito hay posturas, reacias a un cambio, que se sustentan en defender, principalmente, al principio *kompetenze-kompetenze*, la poca intervención estatal y la celeridad del arbitraje.

Como consecuencia de lo anterior surge la siguiente interrogante: ¿A través de qué mecanismo aplicable al arbitraje se podría impugnar la decisión de competencia positiva de los árbitros, sin que atente a la esencia de este procedimiento? Es pertinente enfatizar que las implicaciones de una declaratoria positiva de competencia del tribunal arbitral difieren a los efectos y por ende aristas a considerar frente a la declaratoria

negativa de dicha competencia³. En virtud de ello se recalca que el presente trabajo únicamente contemplará el primer supuesto.

Para responder la pregunta planteada este trabajo abordará las siguientes cuestiones. Primero, se revisará la situación de competencia de los árbitros como antecedente inmediato al problema jurídico. En segundo lugar, se expondrá el control de las decisiones arbitrales como una institución necesaria para el correcto desarrollo del arbitraje y que, por ende, no atenta contra su esencia. Como tercer punto, se ahondará en las alternativas jurídicas actuales en Ecuador para impugnar decisiones arbitrales, para verificar la problemática identificada. Finalmente, se brindará una posible solución al respecto sustentándose en el derecho comparativo. El estudio de estos asuntos es clave para encontrar el mecanismo idóneo de control de la decisión de competencia positiva del tribunal arbitral.

Con esta finalidad, la metodología que se utilizará para recabar información es deductiva y cualitativa, ya que aborda la problemática a manera general para posteriormente centrarla en lo específico. Para el análisis se utilizará lo axiológico para determinar el valor detrás lo recabado, y lo comparativo para buscar alternativas en legislaciones fuera de la ecuatoriana.

2. Estado del arte

El presente apartado aborda el estado de la cuestión respecto a la impugnación de las decisiones de los tribunales arbitrales. El énfasis central es evidenciar que no existe una figura jurídica cuya única finalidad sea objetar la decisión de competencia del tribunal. Tanto en arbitraje internacional como nacional, los principales mecanismos que se utilizan para oponerse a lo resuelto por los árbitros sólo pueden presentarse frente a laudos, como resoluciones finales, pero no respecto a la decisión de competencia cuando esta sucede en un momento procesal distinto.

Margaret Moses afirma que el método más común para impugnar lo resuelto por el tribunal arbitral es interponer una acción de nulidad⁴. La autora expone que la mayoría de jurisdicciones contemplan razones taxativas, relacionadas con la protección del debido

³ Los efectos principalmente difieren en que en el primer supuesto el arbitraje continúa, y en el segundo, acaba en dicho momento. Sobre las cuestiones a las considerar, se distinguen especialmente a la calidad de pronunciamiento donde están contenidas. Al respecto *ver.* Juan Sebastián Baquero Correa et al., “La admisibilidad de la acción extraordinaria de protección contra decisiones arbitrales”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, núm. 11 (2020), 261 - 305 <https://doi.org/10.36649/real1101>.

⁴ Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration* (Cambridge: Cambridge University Press, 2008). 193.

proceso, para anular laudos⁵. Moses cita como ejemplo a las causales recogidas en la Ley Modelo creada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo CNUDMI, entre las cuales no se recoge la posibilidad de anulación por incorrecta declaratoria de competencia⁶.

En la misma línea, Gary Born, además de identificar a la acción de nulidad, se refiere a la posibilidad de denegar el reconocimiento y ejecución a una sentencia arbitral como mecanismo de impugnación⁷. El autor expone las causales taxativas que recoge la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Convención Nueva York⁸, para este fin. Entre ellas no se contempla la opción de hacerlo por razones de competencia⁹.

Roque Caivano en adición, de la ya mencionada acción nulidad, expone la posibilidad de apelar laudos. El autor argumenta que en la mayoría de legislaciones la regla general es la inapelabilidad de los mismos¹⁰. Sin embargo, sustentándose en el derecho argentino¹¹, afirma que “en principio, el laudo es susceptible de apelación, regla que se destruye mediante el pacto en contrario”¹². La razón es que por su calidad caben frente a ellos los mismos recursos que para las sentencias¹³. El autor reitera que esta alternativa está a plena disposición de las partes, con lo que, incluso en las jurisdicciones que admiten esta posibilidad, puede no ser siempre una solución aplicable, ni tampoco una que garantice impugnación sobre la competencia del tribunal.

María Elena Jara, por su parte, afirma lo opuesto a lo planteado por Caivano. Con referencia a la normativa ecuatoriana, menciona que esta “impide impugnar los laudos arbitrales mediante un recurso de apelación”¹⁴. Sin embargo, Ecuador garantiza el derecho a recurrir en esta materia, a través de dos mecanismos: la acción de nulidad y la acción extraordinaria de protección, AEP¹⁵. La aplicación de la primera poco difiere de

⁵ Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. 195

⁶ *Ibid.* 196.

⁷ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration* (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2009). 3165 – 3166.

⁸ *Ibid.* 3165

⁹ *Ibid.* 3165 - 3166

¹⁰ Roque J. Caivano, *El Control Judicial en el Arbitraje* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011). 284.

¹¹ Ver. Artículo 758 Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, texto actualizado de la ley N° 17.454 (t.o. 1981).

¹² Roque J. Caivano, *Arbitraje su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos* (Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008), 254.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ María Elena Jara Vásquez, *Tutela arbitral efectiva en Ecuador* (Quito: Serie Derecho y Sociedad, 2017), 195.

¹⁵ María Elena Jara Vásquez, *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*. 200 – 231.

lo establecido previamente sobre esta figura en el ámbito internacional: procede frente a causales taxativas. La segunda, por su parte, tiene requisitos estrictos que observar, como por ejemplo, la necesidad de agotar todos los recursos que quepan, antes de presentarla y, sobre todo, la necesidad de sustentarse en una vulneración de derechos constitucionales¹⁶. Entonces en Ecuador tampoco se ha previsto un mecanismo que habilite a las partes a impugnar la declaratoria de competencia de los árbitros que conocen sus causas.

3. Marco normativo

La siguiente sección enuncia la normativa y jurisprudencia relevante sobre el arbitraje, particularmente sobre los mecanismos de impugnación en esta materia. Este marco normativo abarca tanto aspectos nacionales como internacionales que permiten entender la problemática jurídica.

A nivel internacional, es necesario mencionar la Convención de Nueva York. Este instrumento tiene por objeto disponer normas comunes para el reconocimiento y ejecución de acuerdos y laudos arbitrales¹⁷. Por su parte, la Ley Modelo CNUDMI presenta un marco jurídico unificado que brinda directrices uniformes para las prácticas arbitrales¹⁸. Los artículos V de la Convención de Nueva York y 34 de la Ley Modelo CNUDMI recogen los únicos mecanismos de impugnación que estas normativas prevén: nulidad, inejecución y falta de reconocimiento.

La normativa interna que cobra relevancia en este estudio es la Ley de Arbitraje y Mediación, LAM¹⁹. La codificación de la LAM significó un importante avance en la legislación ecuatoriana en cuanto a los mecanismos de solución de conflictos²⁰. Este cuerpo normativo contiene normas especiales para la materia y regula de manera sistematizada los principales procedimientos alternativos a la justicia ordinaria.

Para el desarrollo de este ensayo es indispensable observar los artículos 31 y 22 de la LAM. El primero recoge las causales de nulidad de laudo. Del segundo, por su parte, se desprende que, al menos en Ecuador, la decisión de competencia de los árbitros se da

¹⁶ María Elena Jara Vásquez, *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*. 232 – 235.

¹⁷ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, [Convención de Nueva York] Nueva York, 1958, ratificada por Ecuador el 3 de enero de 1962.

¹⁸ Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, [Ley Modelo CNUDMI], Nueva York, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006.

¹⁹ Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], R.O. Suplemento 145 de 4 de septiembre de 1997. Reformado por última vez R.O. Suplemento 309 del 21 de agosto de 2018.

²⁰ María Elena Jara Vásquez, *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*. 31.

en la audiencia de sustanciación, un momento distinto y previo a la emisión de una resolución de fondo.

Sobre la casuística interna se debe aludir en particular a los casos No. 330-19-EP²¹ y No. 772-19-EP²². Estos casos del 2019 corresponden a acciones extraordinarias de protección inadmitidas por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional. Presentan justamente la problemática que nos concierne planteándose la interrogante ¿la decisión de competencia positiva de los árbitros en la audiencia de sustanciación debería ser susceptible de impugnarse a través de una AEP?²³.

En complemento, son relevantes las sentencias No. 31-14-EP/19²⁴ y No. 327-19-EP/24²⁵ igualmente de la Corte Constitucional. La primera, de 2019, atiende a la posibilidad de presentar una AEP si la decisión de competencia se encuentra contenida en un laudo directamente. La segunda, de 2024, analiza la posibilidad de que este supuesto sea alegado para una acción de nulidad.

4. Marco teórico

El presente apartado presenta las distintas posturas que ha desarrollado la doctrina acerca de las posibilidades que tienen las partes para demostrar inconformidad con la competencia de los árbitros. El principal enfoque es el momento oportuno para impugnar esta decisión y en consecuencia el mecanismo idóneo para ello. Se observa que existe un vacío en las regulaciones de mecanismos para oponerse a la decisión de competencia del tribunal²⁶. En especial cuando dicha decisión no está contenida en el laudo²⁷.

²¹ Caso No. 330-19-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 7 de agosto de 2019.

²² Caso No. 772-19-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 5 de septiembre de 2019.

²³ Juan Sebastián Baquero Correa et al., “La admisibilidad de la acción extraordinaria de protección contra decisiones arbitrales”.

²⁴ Sentencia No. 31-14-EP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 19 de noviembre de 2019.

²⁵ Sentencia No. 327-19-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 2 de mayo de 2024.

²⁶ Andrés Larrea Savinovich et al., “Aplicabilidad de la acción extraordinaria de protección frente a la decisión sobre competencia: análisis a la luz de las recientes decisiones de la Corte Constitucional”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje 11* (2020), 21- 42 <https://doi.org/10.36649/rea1101>.

²⁷ Para ciertos autores el supuesto mencionado es efectivamente un vacío legal que debería llenarse. Al respecto, *ver.* Andrés Larrea Savinovich et al., “Aplicabilidad de la acción extraordinaria de protección frente a la decisión sobre competencia: análisis a la luz de las recientes decisiones de la Corte Constitucional”. Por el contrario, para otro sector de la doctrina este caso es consecuencia de una omisión intencionada del legislador para respetar la tendencia estricta del principio *kompetenze-kompetenze*. Al respecto *ver.* Juan David Vicuña Matovelle, “El Arbitraje y las Cortes: la experiencia del Azuay” *Revista Ecuatoriana de Arbitraje 10* (2019), 45-78 <https://doi.org/10.36649/rea1002>. A efectos del presente trabajo, y sustentándose en la primera postura, se lo considera un vacío en el ordenamiento jurídico.

Por un lado, se afirma que lo más habitual es oponerse mediante objeciones sobre la jurisdicción, al inicio del arbitraje²⁸. Esta alternativa se considera más eficiente para evitar que las partes inviertan tiempo, esfuerzo y recursos hasta llegar al laudo final²⁹. Incluso, en algunos sistemas, si las partes no presentan esta objeción al inicio del procedimiento, pierden la oportunidad de objetarlo posteriormente³⁰. Sin embargo, esta alternativa es aplicable únicamente de forma previa a la declaratoria de competencia, por lo que no es propiamente una impugnación a la decisión del tribunal de conocer la causa.

Para otros doctrinarios, las cuestiones sobre la jurisdicción del tribunal se pueden presentar tanto al inicio del procedimiento, durante el transcurso del proceso, o incluso después de la emisión del laudo³¹. Los distintos mecanismos para hacerlo dependen justamente del momento en que las partes decidan denotar su rechazo. Por ejemplo, puede que únicamente se presenten objeciones al mismo tribunal en un momento del procedimiento arbitral —apegándose a la primera postura presentada— o, por el contrario, que tomen medidas más severas como impugnar en vía ordinaria una vez se haya emitido el laudo³². En este supuesto, se reitera que la primera opción no es propiamente una impugnación.

Una tercera postura afirma que la única forma de impugnar la decisión de competencia del tribunal arbitral es mediante acción de nulidad³³ siempre y cuando haya una causal que lo permita. Esta alternativa se tramita frente a justicia ordinaria rompiendo la confidencialidad y alternatividad del arbitraje. Además, esta postura —que a diferencia de la primera sí es una verdadera impugnación— únicamente tiene cabida cuando la decisión de competencia se reservó para el final junto a la decisión del fondo, ambas contenidas en el laudo.

El presente trabajo comparte que la primera postura es la más adecuada para atender a las necesidades de las partes. No obstante, plantea que, además de esta alternativa previa que permite objetar las decisiones del tribunal arbitral, es pertinente contar con un mecanismo propio de impugnación. Actualmente, el control de las decisiones arbitrales parece ser únicamente posterior al momento de la emisión del laudo,

²⁸ Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. 195.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* sexta edición (Oxford: Oxford University Press, 2015). 352.

³² *Ibid.* 355 – 356.

³³ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*. 3164.

sin embargo es propósito de este ensayo estudiar la posibilidad de implementar un mecanismo propio para impugnar la decisión de competencia de los árbitros.

5. Competencia de los árbitros

El propósito del siguiente apartado es precisar las cuestiones relevantes sobre la decisión de competencia del tribunal arbitral. Para ello, es imperante referirse al principio *kompetenze-kompetenze* como uno de los fundamentos para el desarrollo del arbitraje. Asimismo, es pertinente resaltar el momento procesal, de acuerdo a la LAM, en el cual en Ecuador se declara la competencia de los árbitros. Estos conceptos preliminares son indispensables para el entendimiento de la problemática jurídica.

5.1. Principio kompetenze–kompetenze

El principio *kompetenze–kompetenze* es uno de los rectores del arbitraje. Este tiene dos vertientes, dependiendo de la escuela por la que se rija. Para la escuela alemana, la más antigua y radical, este principio hace referencia a que, en caso de que se hayan presentado objeciones sobre su competencia, el árbitro es el único que puede decidir sobre este aspecto³⁴. Por el otro lado, quienes han tomado la tendencia francesa afirman que la consecuencia de este principio es que el tribunal arbitral es el primero en decidir sobre su competencia, sin que esto implique que necesariamente sea una decisión final, ya que puede ser revisada con posterioridad³⁵.

El matiz que permite una revisión posterior encuentra fundamento en garantizar el debido proceso. Por el otro lado, la postura que defiende que únicamente el tribunal puede pronunciarse sobre su competencia se ampara en la autonomía e independencia del arbitraje, como mecanismo alternativo a la justicia ordinaria. Actualmente, no todos los sistemas aplican estrictamente el principio *kompetenze-kompetenze*, pero los que sí lo hacen optan por la tendencia de permitir posteriormente una revisión de dicha decisión³⁶.

Incluso al optar la tesis más flexible, la francesa, el principio es claro en una cosa: el tribunal arbitral es quien debe pronunciarse sobre su competencia. Para los ordenamientos que incorporan el principio *kompetenze–kompetenze*, es el propio árbitro quien hace el análisis, en base al convenio arbitral, para determinar si puede o no conocer

³⁴ Francisco González de Cossío, “Kompetenz – Kompetenz a la Mexicana: Crónica de una Muerte Anunciada”, *Pauta 50* (2006), 30 – 40.

³⁵ Mario Castillo Freire et al., “Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral”, *Advocatus* 30, (2014) 293 – 305 <https://doi.org/10.26439/advocatus2014.n030>.

³⁶ Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. 88.

determinada controversia. Dicho examen se debe hacer principalmente en razón de tres criterios: materia, persona, y voluntad³⁷. Aunque puede incluir más cuestiones relevantes a efectos del convenio arbitral³⁸.

Ecuador es uno de los sistemas que se adhiere al principio en cuestión en su tendencia matizada. Como se ha demostrado en una serie de casos, “la Corte Constitucional establece un apego irrestricto al *kompetenze–kompetenze*”³⁹. La tendencia jurisprudencial ecuatoriana defiende no solo que el árbitro sea quien se pronuncie sobre su competencia, sino que además inhibe a los jueces de resolver sobre el convenio arbitral en su totalidad, es decir, sobre su alcance o validez⁴⁰. Sin embargo, sí encuentra su límite en la posibilidad de un posterior control judicial de dicha decisión⁴¹.

Por el contrario, aún existen cortes internacionales que prefieren mantenerse al margen de aplicar este principio en su totalidad. Por ejemplo, en el caso *Dell Computer c. Unión de Consumidores*, la corte suprema canadiense abrió la posibilidad de “que sea el juez quien decida sobre la competencia del árbitro, puesto que posteriormente sería él quien podría revisar la decisión que tome el árbitro acerca de su propia competencia”⁴². Se han tomado posturas similares en Venezuela o incluso en ciertas cortes de los Estados Unidos⁴³.

Sin perjuicio de aquello, la postura mayoritaria es favorecer al principio *kompetenze–kompetenze* en su corriente flexible. En virtud de esto, la doctrina apoya que “los tribunales no están obligados a detener de inmediato los procedimientos arbitrales en curso, cuando una de las partes los impugna como incompetentes”⁴⁴. Es decir, como consecuencia de este principio se da una amplia gama de actuación a los árbitros para decidir sobre las objeciones que se han hecho respecto a su competencia, aunque después aquello pueda ser revisado.

³⁷ Valentina Centeno Arteaga et al., “Falta de competencia del Tribunal Arbitral como causal de nulidad del laudo”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 9 (2017), 253 – 271 <https://doi.org/10.36649/rea909>.

³⁸ A manera de ejemplo, de acuerdo a la jurisprudencia ecuatoriana el árbitro tiene la exclusiva potestad para pronunciarse sobre todos los aspectos relativos a la validez y alcance del convenio arbitral. Ver. Sentencia No. 1758-15-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 25 de noviembre de 2020.

³⁹ Karla Saneli Condo Jaya, “El kompetenz-kompetenz en el derecho comparado: un lindero desdibujado”, *Instituto Ecuatoriano de Arbitraje* (agosto 2023), <https://n9.cl/u95t86>.

⁴⁰ Sentencia 2342-18-EP/23, Corte Constitucional, 13 de septiembre de 2023, párr. 25.

⁴¹ María Elena Jara Vásquez, *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*. 194.

⁴² Karla Saneli Condo Jaya, “El kompetenz-kompetenz en el derecho comparado: un lindero desdibujado”.

⁴³ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*. 1064 – 1066.

⁴⁴ Emilio J. Cárdenas, “La autonomía del acuerdo arbitral y el principio ‘competencia/competencia’: una primera mirada a China”, *Tratado de derecho arbitral tomo I* (2011), 99.

En definitiva, en materia arbitral se ha consagrado el principio *kompetenze-kompetenze* para garantizar la independencia del arbitraje. Doctrinariamente existe un debate sobre si el mismo debe ser estricto o flexible. La tesis mayoritaria, a la que Ecuador se adhiere, recoge la tesis matizada del mismo. En consecuencia, se prefiere la posibilidad de revisar las decisiones arbitrales, de ser necesario. Con ello se evidencia que un control posterior no vulnera este principio básico del arbitraje.

5.2. La audiencia de sustanciación del procedimiento arbitral

En razón de que cada jurisdicción toma su posición con respecto al alcance del principio *kompetenze-kompetenze*, no existe uniformidad en el arbitraje internacional sobre cuándo debe tomarse la decisión de competencia o resolverse sobre las impugnaciones a la misma. No obstante, “es casi siempre aconsejable hacerlo, por obvias razones de economía procesal, lo más temprano que sea factible, procesalmente”⁴⁵. Ecuador ha tomado esta postura.

La LAM es clara en su artículo 22 y establece que “[u]na vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que [...] el tribunal resolverá sobre su propia competencia”⁴⁶. De esta disposición se extraen dos conclusiones relevantes. La primera es que Ecuador consagra expresamente el principio *kompetenze-kompetenze*. La segunda es que la decisión de competencia de los árbitros se debe hacer, por regla general, al inicio del procedimiento arbitral. Solo excepcionalmente, por acuerdo de las partes o cuando el reglamento del centro le otorgue esta facultad, el tribunal puede reservarse la decisión de competencia para el laudo⁴⁷.

Por regla general, entonces, la decisión de competencia del tribunal está contenida en el acta que se levanta al finalizar la audiencia de sustanciación. Estas actas “constituyen actos procesales que agotan sus efectos en establecer y ratificar la competencia del tribunal [...] tales decisiones no resuelven sobre lo principal, [ni] generan resultados definitivos para considerar que ponen fin al proceso”⁴⁸. Es por ello

⁴⁵ Emilio J. Cárdenas, “La autonomía del acuerdo arbitral y el principio ‘competencia/competencia’: una primera mirada a China”.

⁴⁶ Artículo 22, LAM.

⁴⁷ Juan Sebastián Baquero Correa et al., “La admisibilidad de la acción extraordinaria de protección contra decisiones arbitrales”.

⁴⁸ Caso No. 330-19-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 7 de agosto de 2019, párr.6.

que, para evitar que se dilate el procedimiento, no se contempla un mecanismo para impugnar estas actuaciones procesales⁴⁹.

En el caso de una declaratoria positiva de competencia del tribunal donde no haya inconformidad no se encuentra inconveniente alguno. Como en cualquier procedimiento se continúa con las etapas posteriores. En Ecuador, específicamente, prosigue la orden de práctica de prueba, audiencia de estrados si se solicitó, y finalmente la expedición del laudo⁵⁰. De tal forma concluye un arbitraje exitoso y se habilita a las partes a ejecutar lo decidido.

En el supuesto de que el tribunal se considere y declare incompetente tampoco acarrea, en principio, mayor problema. El procedimiento arbitral termina en el momento. La principal alternativa que tienen las partes frente a ello es llevar su conflicto a justicia ordinaria⁵¹. En dicho momento cesa el alcance del principio *kompetenze-kompetenze* y se permite a las cortes estatales conocer la controversia. Así, se garantiza el acceso a la justicia de las partes sin lesionar ningún derecho constitucional. Sin embargo, si a pesar de ello una parte considera que la decisión negativa es incorrecta y quisiera impugnarla no tendría posibilidad de hacerlo. En ese caso habría un problema que, si bien no es objeto de este trabajo, es similar, en cuanto a sus implicaciones, al que se analiza a continuación.

Es en un tercer supuesto cuando la problemática aparece realmente: cuando el árbitro se declara competente, y al parecer de alguna de las partes, esta decisión es incorrecta. En este hipotético existe un vacío tanto legal, como jurisprudencial y doctrinario respecto a las alternativas que tienen las partes para oponerse⁵². La razón de ello es que, como se afirmó, de acuerdo a la normativa aplicable una vez se ha dado la declaratoria de competencia lo único que se concibe es continuar el procedimiento⁵³.

En suma, de acuerdo a la LAM la declaratoria de competencia del tribunal arbitral se debe hacer en la audiencia de sustanciación. El acta que se levanta de dicha actuación procesal es inimpugnable por su calidad. Es consecuencia, en los arbitrajes ecuatorianos que se rigen por la regla general, y cuando alguna de las partes considera

⁴⁹ Armando Serrano Puig, “La aplicación del arbitraje en el Ecuador y sus resultados” (seminario presentado en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (CAM-CCQ), Quito, Ecuador, diciembre 2022).

⁵⁰ Artículos 22 – 25, LAM.

⁵¹ Juan Sebastián Baquero Correa et al., “La admisibilidad de la acción extraordinaria de protección contra decisiones arbitrales”.

⁵² Andrés Larrea Savinovich et al., “Aplicabilidad de la acción extraordinaria de protección frente a la decisión sobre competencia: análisis a la luz de las recientes decisiones de la Corte Constitucional”.

⁵³ Artículo 22, LAM.

incorrecta le decisión de competencia positiva del tribunal, se la deja en indefensión por la ausencia de un mecanismo de impugnación de dicha decisión.

6. El control de las decisiones arbitrales

Como se advirtió previamente la postura actual que consagra el principio *kompetenze–kompetenze* es flexible al permitir un control posterior de las decisiones arbitrales. Esto no conlleva un análisis de validez del convenio arbitral⁵⁴ o una revisión sobre el fondo de la controversia⁵⁵. Además, el mismo debe ser de carácter limitado, ya que ello implica la conexión con la justicia ordinaria, y rompe por completo el carácter autónomo del arbitraje. Es decir, el estado se reserva únicamente el control de ciertos aspectos que buscan principalmente tutelar derechos fundamentales de las partes, como el debido proceso⁵⁶.

Previo a revisar en específico los medios de control que prevé el ordenamiento ecuatoriano en materia de arbitraje, la presente sección analiza porqué el control, en abstracto, no solo no vulnera el principio *kompetenze–kompetenze*, ni atenta contra las cualidades intrínsecas del arbitraje; sino que además es una institución necesaria para el correcto funcionamiento del procedimiento. En este apartado se aborda el control de las decisiones arbitrales de forma amplia, para en los apartados posteriores hacer referencia a la importancia del mismo con respecto a la decisión de competencia del tribunal, en específico.

6.1. ¿Vulneración al principio *kompetenze–kompetenze*?

Como se manifestó en el apartado anterior, para un sector de la doctrina el control judicial posterior de las decisiones arbitrales contraviene el principio *kompetenze–kompetenze*. Para quienes defienden esta postura, se vulnera la prerrogativa exclusiva de los árbitros al “[r]ealizar este análisis de manera ex post, por parte de un órgano judicial

⁵⁴ Lorena Barraqueta Bucaram “Una revisión del sistema arbitral desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los últimos tres años” *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 13 (2022) 165 – 198 <https://doi.org/10.36649/rea1308>.

⁵⁵ Sentencia 79/2022, Tribunal Constitucional español, 29 de julio de 2022, pág 7.

⁵⁶ Vanessa Aguirre Guzmán, “El arbitraje y las normas de procedimiento ordinario: una interacción incomprendida” *Iuris Dictio* 22 (2018), 37 – 46 <http://dx.doi.org/10.18272/iu.v22i22.1194>.

que carece de competencia”⁵⁷. El razonamiento jurídico detrás de esta afirmación es que se considera una intervención disruptiva del sistema arbitral⁵⁸.

Una postura contraria a esta tesis radical afirma que “el principio *kompetenze–kompetenze* no otorga a los árbitros el poder total para resolver el planteo de incompetencia. [...] [E]sa decisión de los árbitros es siempre revisable judicialmente”⁵⁹. Para esta tendencia, el principio en cuestión no es ilimitado. En virtud de ello, se presentan una serie de razones que fundamentan que la posibilidad de revisar las decisiones de competencia del tribunal no contraviene este principio rector del arbitraje.

La razón principal y como se aludió con anterioridad es que “dicho control judicial no implica considerar el fondo o mérito del asunto ni tampoco la suspensión del procedimiento arbitral”⁶⁰. En tal sentido, no se limita el espectro de actuación de los árbitros. No hay una intromisión excesiva en el objeto sustancial sobre el que se lauda. Únicamente se asegura que, en concordancia a las garantías básicas, la decisión pueda posteriormente ejecutarse ya que se dictó sin vulneraciones.

En adición a lo anterior, se enfatiza en que la revisión es excepcional y solo puede sustentarse en causales restringidas brindadas por cada ordenamiento jurídico⁶¹. La excepcionalidad y restricción del control judicial genera un ambiente de seguridad para las partes de que no se trata de una segunda instancia o alguna institución similar propia de la justicia ordinaria.

El control judicial tampoco vulnera el principio *kompetenze–kompetenze* porque el mismo se agota al momento de tomar la decisión de competencia. La independencia que el *kompetenze–kompetenze* les otorga a los árbitros tiene efectos únicamente hasta que el tribunal decida. En virtud de que el control es posterior a la decisión en cuestión, no solapa este principio, sino que, por el contrario, tiene un ámbito de aplicación distinto.

De igual forma, es importante recordar que el propósito del control judicial no es sancionar a los árbitros o a la institución que administró el arbitraje⁶². En contraste, lo

⁵⁷ Xavier Andrade Cadena et al., “Veinticuatro años de la acción de nulidad de laudos: un análisis empírico”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 12 (2021), 145 <https://doi.org/10.36649/rea1205>.

⁵⁸ Camilo Muriel Bedoya, “Control constitucional en el sistema arbitral ecuatoriano: ¿garantismo o intervencionismo?” *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 7 (2015), 203 – 228 <https://doi.org/10.36649/rea707>.

⁵⁹ Roque J. Caivano et al., “El principio *Kompetenze – Kompetenze*, revisado a la luz de la ley de arbitraje comercial internacional argentina”, *Themis* 77 (2020), 17 <https://doi.org/10.18800/themis.202001.001>.

⁶⁰ Pedro Rengel Núñez, “La Noción de Laudo Arbitral”, *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional* 3 (2022), 245.

⁶¹ J.C. Fernández Rozas, “La contaminación del arbitraje por conceptos e institutos de las leyes procesales estatales”, *Anuario de Justicia Alternativa* 3 (2015), 33 – 66.

⁶² Lorena Barrazueta Bucaram, “Una revisión del sistema arbitral desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los últimos tres años”.

que se busca es garantizar que el laudo se haya dictado de conformidad al debido proceso y que por ello pueda surtir sus efectos. En tal sentido “[l]a eficacia de lo actuado en el proceso arbitral queda asegurada por medio de un control jurisdiccional”⁶³. Es decir, se reitera que el control que se ejerce frente a las decisiones arbitrales, lejos de vulnerar la autonomía del tribunal para decidir sobre su propia competencia, es un mecanismo que complementa a lo actuado por los árbitros.

En conclusión, la posibilidad de revisar las decisiones de los árbitros no vulnera el principio *kompetenze-kompetenze*. El objeto del control judicial no es revocar las decisiones arbitrales o limitar el espectro de actuación del tribunal. Únicamente verifica que durante el proceso se garantizó el derecho a la defensa y el debido proceso, así como el respeto al orden público⁶⁴ para asegurar que la decisión tomada sea ejecutable.

6.2. ¿Atenta a las cualidades esenciales del arbitraje?

El arbitraje cuenta con varias características propias que hacen de este mecanismo una institución autónoma a la justicia ordinaria. En este trabajo se estudian algunas de aquellas cualidades que pueden parecer afectadas en virtud del control judicial. En particular se ahonda en: i) la independencia, ii) la descongestión de la justicia ordinaria, iii) la celeridad, iv) la voluntariedad y, v) la calidad definitiva de las decisiones. Esta sección expone que las propiedades aludidas únicamente se verían vulneradas si la revisión se hace de manera incorrecta y abusiva. De tal manera se verifica que es posible la implementación de un mecanismo de revisión sin que el mismo desnaturalice la esencia del arbitraje.

Como primer punto, la independencia. Esta es una de las cualidades más atractivas del sistema arbitral. En consecuencia, permitir que posteriormente cortes locales se pronuncien sobre lo que se decidió en arbitraje podría parecer contradictorio a este objetivo. No obstante, sobre ello cabe destacar dos cuestiones: primero, que la revisión no constituye una segunda fase del proceso; y segundo, que el control no habilita a las partes a presentar recursos aplicables al juicio ordinario.

Sobre el primer aspecto, ya se enfatizó en la sección previa: durante el control judicial la decisión no es susceptible de conocerse o modificarse en cuanto al fondo. De tal forma se comprueba que no constituye de ninguna manera una segunda instancia.

⁶³ J.C. Fernández Rozas, “La contaminación del arbitraje por conceptos e institutos de las leyes procesales estatales”.

⁶⁴ Pedro Rengel Núñez, “La Noción de Laudo Arbitral”.

Acerca de la segunda precisión, se debe señalar que la doctrina ha sido tajante al afirmar que el control que se ejerce a través de, por ejemplo, una acción de nulidad, de ninguna manera abre paso a llevar al proceso a apelación o casación⁶⁵.

Como segundo punto, la descongestión de las cortes estatales. No se atenta contra este principio en razón de la ya referida excepcionalidad de la revisión judicial. En virtud de ello no todas las decisiones arbitrales terminan necesariamente en justicia ordinaria. Además, incluso si es necesario recurrir a esta administración de justicia, son limitadas las cortes habilitadas para conocer las causas.

Tercer punto, respecto a la celeridad del procedimiento. Esta parece ser de las cualidades más afectada frente al control judicial posterior. Se puede considerar que ante las posibilidades de revisión “el arbitraje pierde su propósito, dado que dificultaría la celeridad y eficacia de la resolución de un asunto inherente a esta modalidad”⁶⁶. No obstante, ya que el control es excepcional y únicamente busca “protege[r] tanto a las partes como al funcionamiento del arbitraje para evitar abusos”⁶⁷ se debe ponderar dicho fin con la rapidez del proceso. En los casos puntuales que justifican la revisión de las decisiones arbitrales se puede sacrificar la celeridad propia del arbitraje si ello significa la necesaria protección de los derechos de las partes. Además, en virtud de este mismo principio, se busca diseñar mecanismos de revisión lo más céleres posible.

Cuarto punto, la voluntariedad. La misma se ve respetada en razón de que el arbitraje permite a las partes, justamente, moldear el procedimiento a su gusto, con el debido límite del orden público⁶⁸. Sustentándose en este principio las partes pueden pactar incluso recursos adicionales de control posterior —si su jurisdicción lo permite—⁶⁹, o simplemente limitarse a aceptar los que por ley son irrenunciables⁷⁰. De tal forma, quienes acceden a arbitrar lo hacen voluntariamente, conociendo que las decisiones pueden

⁶⁵ Lorena Barrazueta Bucaram, “Una revisión del sistema arbitral desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional en los últimos tres años”.

⁶⁶ Constanza León Montero, “El control jurisdiccional en el arbitraje: Un análisis comparativo de los sistemas jurídicos de España y Chile”, *Ius el Praxis* 28, 1 (2022) <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122022000100082>.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ María Elena Jara Vásquez, *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*. 9.

⁶⁹ Ver. Mario Castillo Freyre. “El arbitraje y los procesos de la jurisdicción ordinaria”, *Forseti Revista de Derecho* (2018) 119-127. [E]l artículo 59 [de la Ley de Arbitraje peruana de 2008] señala que el laudo es definitivo e inapelable. Sin embargo, esta última característica constituye, por su naturaleza, una norma de carácter dispositivo y no imperativo, razón por la cual cabe pacto en contrario.

⁷⁰ Ver. María Elena Jara Vásquez, *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*. 201. De acuerdo a la tendencia mayoritaria la acción de nulidad, por ejemplo, tiene carácter de irrenunciable a nivel internacional por razones de orden público y tutela judicial efectiva.

potencialmente ser impugnadas, mínimo, a través de la revisión judicial posterior, pero eventualmente por medio de otros mecanismos acordados.

Como último punto, la calidad definitiva de las decisiones arbitrales. Dicha cualidad no se vulnera en virtud de que, como se advirtió, el tipo de control del arbitraje no habilita de ninguna manera a las partes a abrir una segunda instancia de fondo⁷¹. Las cortes solo se reservan el control para asegurar las decisiones cumplan con un estándar mínimo de justicia y proceso debido⁷². Es decir, “el laudo solo se revisaría en caso de infracción de ciertas garantías, con independencia de lo resuelto”⁷³. No se busca de ninguna manera modificar el contenido.

Como sustento adicional de que las cualidades intrínsecas del arbitraje no solo no se ven vulneradas por la revisión de las decisiones arbitrales, se alude a lo expresado con ocasión de la acción de nulidad. Esta es una de las alternativas de impugnación más aceptadas y sobre ella se afirma que “las bondades del arbitraje se desvanecen [sin el respectivo control], pues de poco sirve obtener un laudo jurídicamente sólido, dictado por árbitros idóneos, en tiempos razonables, si luego es anulado”⁷⁴. Con ello se reitera que el presente trabajo no pretende defender de manera arbitraria el control judicial del arbitraje, sino el ejercicio justo y fundamentado del mismo.

El análisis de las principales características del arbitraje permite sintetizar, por el momento, que el control judicial va acorde a las mismas e incluso que es necesario para el correcto funcionamiento del proceso. En virtud de ello cabe preguntarse si estas conclusiones cambiarían al respecto de la posibilidad de impugnar la decisión de competencia de los árbitros, cuestión que se estudia en la siguiente sección. Se anticipa que se defiende la ventaja de poder impugnar dicha decisión desde un momento procesal temprano con sustento en lo expuesto por un sector de la doctrina: diferir el control judicial trae consecuencias negativas ya que “la solución termina siendo inadecuada, por tardía”⁷⁵.

7. Alternativas jurídicas para impugnar la competencia de los árbitros en la normativa ecuatoriana

⁷¹ Roque J. Caivano, *Arbitraje su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. 252- 253.

⁷² Margaret L. Moses, *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. 84.

⁷³ Constanza León Montero, “El control jurisdiccional en el arbitraje: Un análisis comparativo de los sistemas jurídicos de España y Chile”.

⁷⁴ Xavier Andrade Cadena et al., “Veinticuatro años de la acción de nulidad de laudos: un análisis empírico”.

⁷⁵ Roque J. Caivano et al., “El principio Kompetenz – Kompetenz, revisado a la luz de la ley de arbitraje comercial internacional argentina”.

Como se ha mencionado hasta aquí, el control de las decisiones arbitrales es totalmente necesario por varias razones como: el buen funcionamiento del arbitraje, la ejecución de lo resuelto, y el respeto a la tutela judicial efectiva⁷⁶. Es por ello que el Ecuador prevé dos mecanismos en concreto para impugnar —a manera de control posterior— ciertas decisiones del tribunal arbitral. En el siguiente apartado se profundiza sobre cada una de ellas. Se enfatiza sobre sus cualidades propias. Asimismo se explican los inconvenientes con respecto a la intención de aplicarlas frente a la decisión de competencia positiva, en específico.

7.1. Acción de nulidad

Como se señaló previamente, para el arbitraje, el mecanismo de impugnación por antonomasia es la acción de nulidad. Esta alternativa se recoge no solo en los instrumentos internacionales que rigen el arbitraje⁷⁷, sino además en la legislación interna. Sin embargo, esta figura tiene una particularidad: siempre se sustenta en causales taxativas. En Ecuador, la LAM en su artículo 31 presenta esta figura y establece las cinco únicas razones por las que procede una acción de nulidad.

Los límites para que aplique la acción de nulidad pueden variar de sistema en sistema. No obstante, la mayoría de legislaciones adoptan motivos similares a los recogidos en los instrumentos internacionales⁷⁸. La LAM consagra que cabe presentar una acción de nulidad si: ha habido falta de citación o notificación a las partes, no se hubiera permitido la práctica de la prueba, la decisión del tribunal se excedió o se refirió a cuestiones no sometidas a arbitraje, o si hubo violaciones al procedimiento para la constitución del tribunal⁷⁹.

Existen ventajas de limitar las circunstancias aptas para que quepa una acción de nulidad. Una de las principales es reducir la intervención estatal y mantener la alternatividad del arbitraje. Esto de acuerdo a los principios que esta acción debe seguir, en concordancia con el Reglamento a la LAM⁸⁰. Asimismo, la taxatividad de causales

⁷⁶ Sergio González, Malabia, *Tribunales y Arbitraje diálogo, concurrencia, colaboración y control* (Valencia: tirant lo blanch, 2021). 20.

⁷⁷ Artículo 34, Ley Modelo CNUDMI.

⁷⁸ Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*. 3164.

⁷⁹ Artículo 31, LAM.

⁸⁰ Artículo 13, Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, [RLAM], R.O. Suplemento 524 de 26 de agosto de 2021, reformado por última vez R.O. Suplemento 524 de 22 de marzo de 2024.

genera seguridad jurídica a las partes sobre los parámetros que las autoridades competentes no se deben alejar⁸¹.

El propósito principal de la acción de nulidad es “precautelar la garantía al debido proceso en lo que tiene que ver con el derecho a la defensa y la debida motivación, así como, la seguridad jurídica”⁸². En virtud de ello, a pesar de los ya descritos beneficios de que sean reducidas las causales de nulidad, cabe la duda de por qué no se incluyó a la incompetencia del tribunal como una razón que permita la nulidad de un laudo. Este supuesto se encasilla a la perfección en el objetivo que busca esta acción.

La misma Corte Constitucional intentó en 2015 robustecer la acción de nulidad permitiendo que se presente la misma en caso de incompetencia de los árbitros⁸³, sin embargo, esta sentencia fue altamente criticada por desnaturalizar la figura. Por esta razón, actualmente la Corte es tajante en optar por la postura contraria⁸⁴. En la sentencia 327-19-EP/24 la Corte Constitucional afirmó que si se presenta una acción de nulidad por causales fuera de las taxativas descritas en el artículo 31 de la LAM “(tales como [...] falta de competencia del tribunal arbitral), la autoridad judicial superior [...] debe desestimar la acción garantizando el trámite propio y el objeto de la acción de nulidad”⁸⁵.

Entonces, el criterio jurisprudencial más reciente reafirma que la acción de nulidad no es un medio óptimo para impugnar la declaratoria de competencia del tribunal arbitral. Sin perjuicio de aquello actualmente hay una tendencia doctrinaria que aboga que sería “ventajoso incluir una causal de incompetencia en la LAM”⁸⁶. La motivación es que, a falta de esta posibilidad las partes se encuentran en indefensión y la única alternativa que tienen en esta situación es recurrir a la Corte Constitucional⁸⁷.

El hecho de que la casuística no permita tramitar una acción de nulidad por la declaratoria de competencia de los árbitros es el primer inconveniente sobre este asunto. No obstante, este no es el único problema en este aspecto. Incluso si hubiera una causal

⁸¹ Sentencia No. 327-19-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 2 de mayo de 2024.

⁸² Fausto Albuja Guarderas, “La acción de nulidad de un laudo arbitral: ¿un proceso de conocimiento?” *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 6 (2011) 273 <https://doi.org/10.36649/rea611>.

⁸³ Sentencia No. 302-15-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 16 de septiembre de 2015.

⁸⁴ Andrés Larrea Savinovich et al., “Aplicabilidad de la acción extraordinaria de protección frente a la decisión sobre competencia: análisis a la luz de las recientes decisiones de la Corte Constitucional”.

⁸⁵ Sentencia No. 327-19-EP/24, Corte Constitucional del Ecuador, 2 de mayo de 2024, párr. 69.3.

⁸⁶ Edgar Ulloa Balladares et al. “Análisis conceptual de posibles reformas a la Ley de Arbitraje y Mediación tras más de dos décadas desde su publicación” *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 11 (2020), 206 <https://doi.org/10.36649/rea1101>.

⁸⁷ Valentina Centeno Arteaga et al., “Falta de competencia del Tribunal Arbitral como causal de nulidad del laudo”.

que permita presentar una acción de nulidad por este supuesto, la misma solo cabe frente al laudo, como una decisión final.

La ley es clara en disponer que la acción de nulidad únicamente cabe presentarla sobre un laudo que ya causó ejecutoria⁸⁸. Como se explicó en secciones previas, la decisión de competencia del tribunal se tomó con anterioridad en el proceso arbitral. La audiencia de sustanciación tiene lugar incluso antes de las diligencias probatorias o los alegatos en la audiencia de estrados, si se solicitó. Es decir, mínimo ciento cincuenta días previo a la expedición del laudo⁸⁹. En consecuencia, la acción de nulidad, incluso si pudiera presentarse por incompetencia del tribunal, sería un remedio tardío y por ello poco efectivo.

La acción de nulidad como solución para la incompetencia del tribunal es una figura que “lejos de remediar el problema, lo agrava”⁹⁰. En este caso todos los involucrados en el proceso saldrían perjudicados. En palabras de Caivano:

[Q]uien finalmente tenía razón para objetar la jurisdicción arbitral, se habrá visto sometido a un proceso, probablemente costoso y carente de todo efecto; la contraparte tampoco habrá ganado demasiado obteniendo un laudo que, de todas maneras, será anulado; los árbitros habrán trabajado inútilmente para resolver las cuestiones de fondo en un laudo que finalmente se anulará⁹¹.

En tal sentido, se reitera que es inadecuada la acción de nulidad para la declaratoria de competencia positiva del tribunal que, a perspectiva de alguna de las partes, era incorrecta.

En definitiva, en Ecuador la acción de nulidad no cabe frente a la incompetencia del tribunal arbitral por varias razones. El hecho de que no se considere a este supuesto como una causal de la acción es el principal inconveniente. En tal sentido, es postura de este trabajo apoyar a una necesaria reforma de la LAM para ello. Incluir esta causal implicaría garantías para las partes en cuanto a: motivación, unidad y concordancia, seguridad jurídica y confianza, ser juzgado por autoridad competente, entre otros⁹². Para evitar el abuso a esta modificación se propone la tramitación de la misma únicamente si

⁸⁸ Artículo 31, LAM.

⁸⁹ Artículo 25, LAM.

⁹⁰ Roque J. Caivano et al., “El principio *Kompetenze – Kompetenz*, revisado a la luz de la ley de arbitraje comercial internacional argentina”.

⁹¹ *Ibid.*

⁹² Valentina Centeno Arteaga et al., “Falta de competencia del Tribunal Arbitral como causal de nulidad del laudo”.

la parte que pretende accionar la nulidad alegó incompetencia durante el mismo procedimiento, así se demostraría que no se la está activando injustificadamente.

Sin perjuicio de lo anterior es cuestionable si incluso con dicha modificación a la ley se resuelve efectivamente el problema identificado. Como se explicó, para el momento procesal donde cabe una acción de nulidad es perjudicial oponerse a la decisión de competencia. Esta crítica no tiene remedio alguno dentro de la misma figura de la nulidad, ya que dicha acción por su naturaleza cabe únicamente frente a laudos y sería perjudicial proponerla frente al acta de audiencia de sustanciación. Si embargo, a pesar de dicha problemática, se prefiere añadir esta causal al artículo 31 de la LAM, pues al menos, eventualmente, puede ser una herramienta útil a las partes para no dejarlas en indefensión.

7.2. Acción extraordinaria de protección

La AEP tiene como finalidad limitar las actuaciones arbitrarias de las autoridades jurisdiccionales, para evitar vulneración a derechos constitucionales⁹³. Sin embargo, esta figura no debe ser abusada, es de carácter excepcional y, sobre todo, residual⁹⁴. En Ecuador es la AEP la que permite a las partes impugnar un pronunciamiento arbitral que quepa dentro de esta descripción, y que no pueda ser resuelto mediante acción de nulidad, pues para su procedencia es necesario el agotamiento de cualquier recurso que haya sido idóneo⁹⁵.

Es importante recalcar que, a diferencia de la acción de nulidad, la AEP tiene procedencia incluso en supuestos donde la decisión a impugnar no esté contenida en un laudo. Cualquier auto definitivo que pongan fin al procedimiento puede ser objeto de AEP⁹⁶. Además, la Corte Constitucional ha considerado que, excepcionalmente, procede esta acción frente cualquier “auto que, sin cumplir con las características antes señaladas [poner fin al procedimiento], causen gravamen irreparable”⁹⁷.

En virtud de que, como se advirtió, en Ecuador no se contempla la causal de incompetencia del tribunal como una que legitime la acción de nulidad, la única alternativa que tienen las partes frente a este supuesto es presentar una AEP. Además, en

⁹³ Ana María Larrea de Ortiz, “Reflexiones sobre la acción extraordinaria de protección y el arbitraje”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 11 (2020), 93 – 114 <https://doi.org/10.36649/real101>.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ Artículo 61, LOGJCC.

⁹⁶ Sentencia No. 1403-13-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 2 de junio de 2020, párr. 30.

⁹⁷ Sentencia No. 1403-13-EP/20, párr. 30.

razón de que existe la posibilidad de presentar esta acción sobre pronunciamientos que no se reduzcan a un laudo, parecería la opción indicada. Sin embargo, en la práctica se ha demostrado que la AEP tampoco es un mecanismo viable para remediar la situación.

Son dos los posibles escenarios respecto a la declaratoria positiva de competencia del tribunal: que esté contenida en un acta de audiencia de sustanciación, o que excepcionalmente esté contenida directamente en el laudo⁹⁸. Para evaluar respecto a la procedencia de la AEP en estos escenarios se requiere una revisión detallada de sus implicaciones.

Para atender al primer escenario es pertinente ahondar en los casos No. 330-19-EP⁹⁹ y No. 772-19-EP¹⁰⁰ de la Corte Constitucional del Ecuador, que consisten en acciones extraordinarias de protección presentadas en contra de actas de audiencia de sustanciación con decisiones de competencia positiva. La cuestión con este supuesto es que el procedimiento arbitral debe proseguir. En tal sentido, la decisión no puede ser considerada una que cumpla con las calidades establecidas en los artículos 94¹⁰¹ y 437¹⁰² de la Constitución de la República del Ecuador, CRE¹⁰³.

En ambos casos, las acciones fueron inadmitidas por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional. La decisión de la Sala se sustentó que el pronunciamiento de la audiencia de sustanciación “no es una sentencia, ni un auto definitivo y tampoco una resolución con fuerza de sentencia; en consecuencia, no es objeto de la acción extraordinaria de protección”¹⁰⁴. En el auto de inadmisión del caso No. 330-19-EP además se indicó que, al no poner fin al proceso, la decisión en el acta respectiva no puede causar un gravamen irreparable, y que por ello puede solventarse dentro del mismo procedimiento arbitral¹⁰⁵.

⁹⁸ Juan Sebastián Baquero Correa et al., “La admisibilidad de la acción extraordinaria de protección contra decisiones arbitrales”.

⁹⁹ Caso No. 330-19-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 7 de agosto de 2019.

¹⁰⁰ Caso No. 772-19-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 5 de septiembre de 2019.

¹⁰¹ Constitución de la República del Ecuador [CRE], R.O. Suplemento 449 de 20 de octubre de 2008, reformado por última vez el 30 de mayo de 2024.

Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos [...]. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal.

¹⁰² Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Art. 437.- Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados.

¹⁰³ Caso No. 330-19-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 7 de agosto de 2019.

¹⁰⁴ Caso No. 772-19-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 5 de septiembre de 2019, párr. 7.

¹⁰⁵ Caso No. 330-19-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 7 de agosto de 2019.

En contraste a esta postura jurisprudencial, se cuestiona ¿qué procede si hay una decisión de competencia que sí constituyó un gravamen irreparable? Si la Corte Constitucional afirmó que el acta de la audiencia de sustanciación no es una decisión susceptible de AEP, y del apartado anterior queda claro que la nulidad tampoco es una opción, ¿qué alternativa queda? Sobre ello se afirma que se debe esperar a que se emita un laudo y sobre aquel presentar la acción constitucional¹⁰⁶, demostrando que la violación sucedió en el proceso y no en la decisión final, pero que se alegó oportunamente¹⁰⁷.

Entonces, en virtud de que la vulneración de derechos que se pretende alegar no está contenida *per se* en el laudo emitido, solo cabe impugnar la decisión de competencia si: (i) la AEP se presenta frente al laudo, pero (ii) se alega vulneración respecto a la audiencia de sustanciación, y (iii) previamente, en el arbitraje, se alegó como excepción la incompetencia del tribunal¹⁰⁸. De esta forma se cumplen los requisitos legales para que proceda la AEP, tanto que sea sobre una decisión definitiva, como que se haya agotado todos los recursos previos¹⁰⁹.

Al respecto se debe aludir a una consecuencia natural de la AEP que ya fue mencionada respecto de la acción de nulidad: es una respuesta tardía para las partes. Sobre ello no conviene reiterar las razones previamente enunciadas, en virtud de que son las mismas. Sin embargo, solo cabe destacar que, en este caso, incluso de aceptarse la AEP activándose de la específica manera que se ha descrito, la misma no procura las necesidades de las partes al respecto de la impugnación.

Sobre el segundo escenario ya se ha adelantado que es posible presentar una AEP frente a un laudo arbitral. La jurisprudencia ecuatoriana considera que el laudo sí cumple con los requisitos de definitividad necesarios para que proceda una AEP¹¹⁰. Además, en el caso concreto, en concordancia a lo que se estableció en el apartado anterior, para impugnar la decisión de competencia de los árbitros contenida en un laudo no es necesario —ni posible— agotar la nulidad previamente.

¹⁰⁶ Andrés Larrea Savinovich et al., “Aplicabilidad de la acción extraordinaria de protección frente a la decisión sobre competencia: análisis a la luz de las recientes decisiones de la Corte Constitucional”.

¹⁰⁷ Artículo 61. 6, LOGJCC.

¹⁰⁸ Juan Sebastián Baquero Correa et al., “La admisibilidad de la acción extraordinaria de protección contra decisiones arbitrales”.

¹⁰⁹ *Ibid.*

¹¹⁰ Eduardo Carmigniani et al., “Arbitraje en Ecuador: Desarrollo Jurisprudencial y Reformas Legales Recientes”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 7 (2015), 165 -200 <https://doi.org/10.36649/rea706>.

Sobre este hipotético, la sentencia No. 31-14-EP/19¹¹¹ de AEP, reafirma que la falta de competencia del tribunal no es una causal de nulidad¹¹². Por consiguiente, en este supuesto se cumplió a efectos del artículo 94 de la CRE con agotar todos los recursos necesarios. En consecuencia, se verifica que en caso de que la decisión de competencia del tribunal se encuentre contenida directamente en el laudo, esta decisión es perfectamente susceptible de impugnarse directamente a través de una AEP para garantizar los derechos de las partes. En dicho caso, aunque no es la regla general, parece no haber mayor perjuicio.

A diferencia de la acción de nulidad donde se puede solicitar la suspensión de la ejecución del laudo¹¹³, la AEP no suspende los efectos de la decisión impugnada¹¹⁴. En tal sentido, incluso en el excepcional caso inmediatamente anterior, esta figura constitucional no se adecúa totalmente con las necesidades de las partes. Esta cualidad propia de la AEP es un inconveniente para la parte que pretende atacar la decisión de competencia del tribunal ya que simultáneamente se ejecuta un laudo que también está en proceso de desestimarse.

En síntesis, rigiéndose por la regla general del arbitraje la decisión de competencia positiva del arbitral, en sí misma, no es susceptible de impugnarse a través de AEP ya que está contenida en un acta que no cuenta con las cualidades para ello. La única alternativa para las partes es esperar a un laudo y hacerlo con respecto a este, sin embargo, sobre ello se reiteran las mismas complicaciones analizadas con ocasión a la acción de nulidad. Finalmente, en el excepcional caso de que la decisión esté contenida directamente en el laudo y parece evitarse los problemas enunciados, igualmente es conveniente recordar que la AEP al no suspender los efectos de la decisión impugnada, tampoco se encasilla en las intenciones de las partes.

8. Derecho comparativo

A lo largo de este trabajo se puntualizaron los principales mecanismos de impugnación que se consagran en el mundo del arbitraje, tanto nacional como internacional. Sin embargo, el estudio de estas figuras demuestra que no hay una

¹¹¹ Sentencia 31-14-EP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 19 de noviembre de 2019.

¹¹² Sentencia No. 31-14-EP/19. Párr. 48.

¹¹³ Artículo 31, LAM.

¹¹⁴ Artículo 62, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC]. R.O. Suplemento 52 de 22 de octubre de 2009, reformado por última vez R.O. Suplemento 245 del 7 de febrero de 2023.

alternativa jurídica que brinde a las partes la oportunidad de impugnar la decisión de competencia positiva de los árbitros. Para encontrar una posible respuesta a este problema es pertinente especificar una alternativa adicional que se ha desarrollado en otras legislaciones.

El presente apartado se enfoca particularmente en el denominado arbitraje de impugnación¹¹⁵. Sobre el mismo no se abordó previamente ya que no es un mecanismo altamente conocido ni utilizado. No obstante, en esta sección se precisa qué implica esta figura y se analiza si es una posible solución aplicable en Ecuador como mecanismo de control para la problemática presentada, sin que con ello se atente la esencia del arbitraje.

8.1 ¿Qué es el arbitraje de impugnación?

El arbitraje de impugnación es una figura que se adopta en 2020 en uno de los centros de arbitraje más grandes de España, el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, CIAM-CIAR¹¹⁶. Este concepto se acoge de uno de los órganos que crearon este centro, la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, CIMA¹¹⁷.

La concepción inicial del arbitraje de impugnación es brindarles a las partes la posibilidad de tener una instancia de revisión del laudo, por motivos que no impliquen la revisión de fondo y mantengan la confidencialidad como una cualidad propia al arbitraje¹¹⁸. Esta posibilidad es opcional y únicamente aplica como consecuencia de un acuerdo previo de las partes de someterse al mismo. En el reglamento del CIAM-CIAR del 2020¹¹⁹, así como en el reglamento del CIMA¹²⁰ únicamente cabe esta figura para decisiones finales. Sin perjuicio de aquello, el reglamento actual del CIAM-CIAR tuvo una importante modificación relativa a la temática que concierne este trabajo.

¹¹⁵ Si bien el objeto de este trabajo es ahondar únicamente en esta alternativa no se desconoce que en otras legislaciones, como por ejemplo la peruana, históricamente se han propuesto mecanismos que también apoyan la impugnación en una segunda instancia arbitral. La figura en cuestión difiere de lo que se estudia en este ensayo y por ello se reitera no es la cuestión a desarrollar por este autor, sin embargo es pertinente hacer referencias a esta similitud. Acerca *ver.* María Elena Jara Vásquez, *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*. 198 – 199.

¹¹⁶ Artículo 56, Reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid, publicado el 1 de enero de 2020.

¹¹⁷ José Carlos Fernández Rozas, “El Laudo” en *Manual de Arbitraje*, eds. F. Ruiz Risueño y J. Fernández Rozas (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 185 – 258.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ Artículo 56, Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid [CIAM-CIAR], publicado el 1 de enero de 2020.

¹²⁰ Artículo 53, Reglamento de Arbitraje de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje [CIMA], publicado el 1 de enero de 2015.

El anexo 4 del reglamento actual del CIAM-CIAR admite que las impugnaciones se realicen incluso frente a laudos parciales. La normativa ecuatoriana no recoge la calificación de laudo parcial, pero la jurisprudencia estima que los pronunciamientos sobre la competencia del tribunal arbitral se encuadran en lo que por definición se considera un laudo parcial¹²¹. Por consiguiente, la figura de impugnación del reglamento del CIAM-CIAR cabe en lo que en Ecuador es un pronunciamiento de la competencia de los árbitros.

La relación que tiene el arbitraje de impugnación con los mecanismos de control estatales es perfectamente compatible. Incluso, es pertinente señalar que la ley de arbitraje de España sí considera a la decisión de competencia de los árbitros como un supuesto que se admite en recurso de anulación¹²². Es decir, que incluso en una jurisdicción que, contrario al Ecuador, permite la nulidad por la incompetencia del tribunal arbitral, se considera necesario un mecanismo adicional que no conlleve todos los inconvenientes presentados con respecto a dicha revisión estatal.

Al respecto, la doctrina española manifiesta que “ambos sistemas de impugnación, ante la Corte [el mismo centro de arbitraje] y ante el juez, no solo son complementarios y compatibles entre sí sino que, además, podrán tramitarse en la práctica de forma perfectamente ordenada y sin solaparse”¹²³. Además, esta impugnación también cabe únicamente respecto a causales taxativas y formales¹²⁴. Es decir, no vulnera de ninguna manera la esencia del necesario control de las decisiones arbitrales.

La tramitación del arbitraje de impugnación se inicia máximo treinta días después de la expedición del laudo¹²⁵. En el mismo se da un oportuno margen de actuación a los árbitros para decidir sobre las pruebas admisibles y la necesidad o no de escuchar a las partes en audiencia¹²⁶. Finalmente, debe terminar el procedimiento máximo cuarenta y cinco días después de cerrada la instrucción del mismo¹²⁷.

A pesar de las virtudes que presenta este procedimiento, la primera crítica frente al mismo es la dilatación que genera en el proceso. La doctrina afirma que cuando las partes escogen ir a arbitraje, están conscientes “de que existen menos posibilidades de

¹²¹ María Elena Jara Vásquez, *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*. 255

¹²² Artículo 22, Ley 60/2003 [Ley de arbitraje], BOE 309 de 26 de diciembre de 2003.

¹²³ José Carlos Fernández Rozas, “El Laudo”.

¹²⁴ Artículo 7, Anexo 4 al Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid [CIAM-CIAR], publicado el 1 de enero de 2024.

¹²⁵ Artículos 14 y 44, Reglamento CIAM-CIAR.

¹²⁶ Artículos 17 y 18, Anexo 4.

¹²⁷ Artículo 19, Anexo 4.

impugnación, inclusive ante eventuales deficiencias de la motivación, y justamente a ausencia de estos mecanismos de impugnación son los que prometen mayor celeridad en la solución del conflicto”¹²⁸. Entonces, abrir la posibilidad de implementar un nuevo y adicional mecanismo de revisión es contrario a esta postura.

En respuesta a la falencia que para este sector doctrinario presenta el mecanismo en cuestión, es pertinente mencionar la advertencia que se ha hecho sobre la celeridad en el arbitraje. Como consecuencia de la misma no se puede descuidar el debido proceso. Es decir, si bien se procura la rapidez en el procedimiento, no por ello se puede sacrificar la obtención un laudo justo y en derecho¹²⁹. Es decir, esta figura no se considera como atentatoria a esta característica esencial del arbitraje, sino más bien se la encuentra en el perfecto límite entre ponderar la rapidez y el control del debido proceso.

En definitiva, el arbitraje de impugnación es un mecanismo novedoso para impugnar decisiones arbitrales sin perder la confidencialidad propia del arbitraje. De tal forma se garantiza el control necesario de dichas decisiones sin desnaturalizar el mismo. Esta figura es nueva en el mundo del arbitraje y por ello poco difundida. A pesar de que existen críticas doctrinarias al respecto también cuenta con una serie de ventajas innegables, y, sobre todo, es una alternativa viable para revisar la decisión de declaratoria de competencia positiva del tribunal arbitral.

8.2. ¿Es una solución acorde al arbitraje en Ecuador?

Se manifestó que las únicas alternativas para impugnar las decisiones del tribunal arbitral, en Ecuador, son en vía ordinaria. Asimismo, con respecto a la decisión de competencia de los árbitros parece que ningún mecanismo cumple realmente con las necesidades de la parte que pretende oponerse a dicha declaración. En consecuencia cabe preguntarse si el mencionado arbitraje de impugnación soluciona los problemas analizados.

Respecto a la acción de nulidad ya se advirtió que no es una solución aplicable ante la decisión positiva de competencia del tribunal. Entonces, en contraste, la alternativa del arbitraje de impugnación evidencia que es una posibilidad totalmente viable que resuelve el inconveniente que la nulidad ni siquiera contempla. En adición, no tiene la

¹²⁸ María Elena Jara Vásquez, *Tutela arbitral efectiva en Ecuador*. 221.

¹²⁹ Rodrigo Jijón Letort et al. “Breves reflexiones sobre el “Arbitraje fast track””, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 2 (2010), 505 – 519 <https://doi.org/10.36649/rea219>.

problemática de resultar un remedio tardío para las partes, como lo es la acción en vía ordinaria.

Sobre la AEP, que actualmente es la única figura para oponerse a la declaratoria positiva de competencia del tribunal arbitral, parece que la impugnación opcional del laudo es una solución para todos los problemas que la vía constitucional genera. Respecto a ser una respuesta inoportuna por el momento procesal en el que cabe, conviene aplicar el mismo razonamiento que sobre la acción de nulidad. Así, se demuestra que el arbitraje de impugnación atiende este inconveniente. Sobre la ininterrupción de los efectos se debe remitir a cómo lo ha concebido el CIAM-CIAR.

El efecto de la solicitud de arbitraje de impugnación es suspender el procedimiento¹³⁰. Con ello se verifica que no incurre en el mismo problema presentado sobre la AEP. La decisión en tela de duda no surte efectos a la par que se está discutiendo su legalidad. Ahora, esto podría presentar un nuevo problema que se anticipó brevemente en el apartado anterior ¿Qué significa esto para la celeridad?

Sobre la celeridad es pertinente hacer un mayor análisis ya que, como se señaló esta es la mayor crítica al mecanismo. Es ciertamente una debilidad del mismo, sin embargo esta alternativa lejos de contravenir con la esencia del arbitraje por sacrificar la celeridad reafirma las cualidades del sistema arbitral al fortalecer la autonomía de la voluntad¹³¹. Así lo afirma un sector de la doctrina:

[E]sta posibilidad no socaba, sino secunda, la esencia del arbitraje: la libertad de las partes para optar por un procedimiento u otro de resolución de sus controversias, alternativo al judicial, en el que la autonomía de la voluntad de los interesados sea la que conjugue la ecuación de los distintos factores, a veces contradictorios, de celeridad, flexibilidad, coste, garantía de calidad, imparcialidad, y otros que se han planteado para defender la conveniencia o inconveniencia de la doble instancia arbitral.¹³²

Es decir, en virtud de que esta alternativa es opcional, recae en la intención de las partes estar dispuestos a desistir de la celeridad propia del arbitraje, a cambio de una revisión de las decisiones en sede arbitral. También es pertinente aclarar que los tiempos previstos para este mecanismo —en comparación con las alternativas actuales para impugnar— son relativamente cortos, en consecuencia no es una ponderación desproporcional.

¹³⁰ Artículo 12, Anexo 4.

¹³¹ José María Ayala, “Impugnación Opcional del Laudo Arbitral” en *El Laudo Arbitral*, ed. F. Ruiz Risueño y J. Fernández Rozas (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021), 423 – 444.

¹³² *Ibid.*, 426.

Al descartar que el arbitraje de impugnación atenta contra la celeridad se defiende que adoptar este procedimiento es totalmente conveniente. Respetar los mismos principios básicos que el control estatal procura en relación al arbitraje —los que se abordó en la sección 6 de este trabajo—. Sobre la independencia y descongestión de la justicia ordinaria es evidente que tramitar un control dentro del mismo sistema arbitral aboga totalmente a favor de estas cualidades. Respecto a la voluntariedad tampoco hay inconveniente, ya que se reitera, deben las partes acordar aplicar este mecanismo, excepcional. La calidad definitiva de las decisiones tampoco se ve afectada, ya que como cualquier control posterior no está facultado a cambiar la decisión de fondo, únicamente verificar cuestionar formales.

La pregunta restante es ¿cómo incluir este mecanismo? Al no ser un control estatal, sino parte de la misma justicia arbitral, no requiere ser admitido a través de una modificación normativa. Además, al no contravenir el orden público, como límite del arbitraje, es perfectamente compatible que únicamente se lo considere dentro del reglamento del centro que pretenda implementarlo. La forma menos disruptiva de aplicarlo sería similar a lo que procede con el arbitraje de emergencia en el Ecuador¹³³: una vez incluido en el reglamento interno, debe haber la inequívoca intención de las partes de usarlo.

En síntesis, se reconoce que el arbitraje de impugnación es una solución eficiente frente a los inconvenientes presentados respecto a los mecanismos de control estatal en el Ecuador sobre la declaratoria de competencia positiva del tribunal. En contraste con la acción de nulidad y la AEP atiende correctamente las falencias identificadas sobre estos dos. Asimismo, se verifica que esta figura es acorde a la esencia del arbitraje en relación a las cualidades inherentes del mismo. Es decir, implementar esta alternativa en los reglamentos de los centros del Ecuador lejos de vulnerar la justicia arbitral, es conveniente para el procedimiento y las partes.

¹³³ Ver., Edgar Ulloa Balladares et al. “Análisis conceptual de posibles reformas a la Ley de Arbitraje y Mediación tras más de dos décadas desde su publicación”. Sobre esta figura, tampoco reconocida por la legislación ecuatoriana se ha advertido que “no consideramos que la figura del arbitraje de emergencia debería ser incluida mediante disposición legal sino, más bien, en los distintos reglamentos de los centros de arbitraje, diseñando un proceso adecuado con vías alternativas para las partes que no consientan en su aplicación”.

9. Conclusiones

Los hallazgos de esta investigación son los siguientes. Primero, en Ecuador existe una fuerte tendencia que considera necesario el control posterior de decisiones arbitrales. No obstante, al momento, el ordenamiento limita dicho control a las facultades estatales y específicamente a las decisiones arbitrales finales. Segundo, hay una decisión en concreto que está prácticamente exenta de revisión: la decisión de competencia de los árbitros. Para poder impugnar esta declaración se requiere activar la vía constitucional directamente y de una manera particular para cumplir los requisitos establecidos en la Constitución. Tercero, la AEP, presenta dos inconvenientes principales con respecto a la impugnación de la decisión en cuestión. Es un remedio tardío y no suspende los efectos mientras se tramita. Es así, frente a esta problemática, se propone incluir un mecanismo similar al que el derecho comparativo ha desarrollado: el arbitraje opcional de impugnación.

Las conclusiones que arrojó este estudio permiten contestar la pregunta de investigación. La respuesta es que el arbitraje de impugnación es una alternativa posible y beneficiosa para impugnar la decisión de competencia del tribunal arbitral sin atentar con la esencia del arbitraje. Esta postura es concordante con la tesis que se tomó al inicio de este trabajo: se debe permitir impugnar la decisión en cuestión al inicio del arbitraje. En tal sentido, esta figura novedosa abre justamente esta posibilidad, sin obligar a las partes a destinar recursos en un arbitraje que terminará sin efecto.

Las limitaciones a esta investigación fueron particularmente dos. Por un lado, el arbitraje de impugnación es un tema nuevo y controversial. En consecuencia no es adoptado en numerosos reglamentos todavía. Tampoco se encuentra mayor doctrina al respecto de este mecanismo en específico, sino apenas de la figura previa —del reglamento CIAM-CIAR 2020 o del CIMA—. Por otro lado, la naturaleza confidencial del arbitraje hace difícil encontrar casos específicos que permitan ejemplificar las cuestiones abordadas en el ensayo. Las sentencias y casos citados son de Corte Constitucional, una vez se llegó a esta instancia, sin embargo, casos puntuales de impugnaciones en el CIAM-CIAR no se encontró.

La sugerencia al respecto de las limitaciones expuestas es principalmente difundir el arbitraje de impugnación. Ante la presencia de más casos relativos a esta temática será una consecuencia natural que la doctrina recoja y estudie esta figura con mayor detenimiento y aumento. Asimismo, a mayor cantidad de personas en uso de la

impugnación opcional del laudo se abre la posibilidad de eventualmente encontrar con mayor facilidad casuística al respecto.

El análisis del tema que se aborda en este trabajo permite presentar tres recomendaciones que, a criterio del autor, resuelven la problemática tanto social como jurídica. En primer lugar, se enfatiza lo que se abordó en la sección 7.1. con respecto a una reforma a la LAM para incluir la incompetencia del tribunal como una causal de nulidad. Esto se sustenta tanto en ejemplos internacionales, como la ley de arbitraje española, como en la doctrina ecuatoriana que fue citada y comparte esta postura. Si bien esta reforma no solucionaría de todo el problema estudiado, sería una alternativa que, al menos por ahora en el contexto ecuatoriano, generaría un control de la decisión de competencia de los árbitros.

Como segundo punto es recomendación del autor que la Corte Constitucional considere al acta de sustanciación una decisión que genera gravamen irreparable, y por ello la califique objeto de AEP. Al igual que se expresó con la acción de nulidad, este no sería el remedio óptimo para impugnar la decisión de competencia del tribunal, pues igualmente implicaría activar la justicia constitucional excepcional para este fin. Sin embargo, en el estado actual del derecho ecuatoriano, igualmente es la AEP la única respuesta a este supuesto, con la mencionada recomendación por lo menos se la tramitaría de una manera más célere a lo que en la práctica se ha llevado a cabo.

En tercer y último lugar, se recomienda la implementación del arbitraje de impugnación en reglamentos de centros de arbitraje ecuatorianos. Esto, como se sustentó a lo largo del trabajo, brinda la oportunidad a las partes de impugnar oportunamente la decisión de competencia del tribunal arbitral que conozca sus controversias. Es una modernización y adaptación a las necesidades de las partes procesales que no conlleva los inconvenientes presentados respecto a las otras dos figuras estatales. No obstante, incluso si fuera necesario tramitarse además de éstas —como se explicó en la sección 8.1— es totalmente compatible con el control judicial, sin solaparlo. Finalmente, lejos de atentar contra la naturaleza de este mecanismo alternativo a la justicia ordinaria, responde positivamente a las cualidades intrínsecas del mismo.