

El *Due Process Paranoia*: ¿un obstáculo o una ventaja en arbitrajes nacionales?

Implicaciones y posibles soluciones

DUE PROCESS PARANOIA:
¿AN OBSTACLE OR AN ADVANTAGE IN DOMESTIC
ARBITRATIONS? IMPLICATIONS AND POTENTIAL SOLUTIONS

Valeria Arroyo Zúñiga*
Melanie Matamoros Álava**

Recibido/Received: 05/11/2023
Aceptado/Accepted: 12/12/2023

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El fenómeno del *Due Process Paranoia*. 2.1. Implicaciones del DPP. 2.2. Componentes del DPP. 2.3. Un análisis de perspectivas contrapuestas. 3. Caso Ecuador: ¿El DPP se encuentra presente en arbitrajes locales? 3.1. Control judicial y la Taxatividad de las causales de nulidad de Laudo Arbitral. 3.2. Control constitucional a través de la AEP. 3.3 Línea jurisprudencial sobre el debido proceso en el ejercicio del derecho a la defensa 4. Aproximación al DPP en el ámbito internacional. 4.1. El caso de Perú. 4.2. Criterios de tribunales judiciales extranjeros. 5. Conclusiones. 6. Recomendaciones.

RESUMEN: El fenómeno conocido como *Due Process Paranoia* se ha identificado como una problemática latente dentro de procedimientos arbitrales. En este sentido, el presente trabajo de investigación contiene un análisis de la figura del *Due Process Paranoia*, profundizando en su origen y sus repercusiones en el proceso arbitral y las partes involucradas. Luego, examina el fenómeno desde dos perspectivas divergentes. Por un lado, lo evalúa como un posible

* Abogada en la firma PINO ELIZALDE. Abogada por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Correo electrónico: varroyo@pinoelizalde.com. La autora agradece a Lorena Barrazueta, Julia Rovello, Paulette Ocampo y Eduardo Carmigniani por sus invaluable comentarios para la elaboración del presente artículo.

** Asistente legal en la firma PINO ELIZALDE. Estudiante de Derecho de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Correo electrónico: mmatamoros@pinoelizalde.com

obstáculo en procesos arbitrales, mientras que, por otro, lo considera una *ventaja* que beneficia a las partes involucradas en el litigio. Sobre la base del análisis propuesto, se proponen diversas vías o soluciones que permitan contribuir y trazar un camino hacia el desarrollo de arbitrajes locales más eficientes.

PALABRAS CLAVE: *Due Process Paranoia*, debido proceso, arbitraje, discrecionalidad.

ABSTRACT: The phenomenon known as Due Process Paranoia has been identified as an underlying issue within arbitration procedures. In this sense, this research paper contains an analysis of the figure of Due Process Paranoia, delving into its origin and its repercussions on the arbitration processes and the parties involved. It then examines the phenomenon from two divergent perspectives. On the one hand, it evaluates it as a possible obstacle in arbitration proceedings, while, on the other hand, it considers Due Process Paranoia as an advantage that benefits the parties involved in the litigation. Based on the proposed analysis, various paths or solutions are suggested to contribute and pave the way toward the development of more efficient local arbitration.

KEYWORDS: *Due Process Paranoia*, due process, arbitration, discretion.

1. INTRODUCCIÓN

La leyenda de la famosa espada de Damocles tiene su origen en una ciudad italiana llamada Siracusa que, en su momento, fue colonizada por los griegos. Esta ciudad se encuentra situada en la costa de la isla de Sicilia y floreció bajo el gobierno del rey tirano Dionisio II del siglo IV a.C. La historia cuenta que Damocles era un adulator y miembro de la corte del rey, encontrándose al servicio de este. Sin embargo, pese a que Damocles era un sirviente, secretamente envidiaba todos los lujos y comodidades de Dionisio que, por ser el rey, tenía a su disposición¹.

El comportamiento de aquel servidor real, acompañado de adulaciones envidiosas llegaron a los oídos del rey, por tal motivo, se planeó un castigo para el escarmiento de Damocles. Al día siguiente Dionisio II, de forma personal le ofreció intercambiar los roles para que, solo por una noche, Damocles experimente ser el rey de Siracusa. Se organizó un gran banquete para que Damocles

1 R. ORTEGA, ¿Una espada de Damocles? Responsabilidades de servidores públicos y prevención de la arbitrariedad, 30/10/2023, <https://goo.by/EgAGjS>.

goce de todos los lujos y privilegios que implica ser un monarca y las primeras horas fueron una experiencia *sui generis* para el rey temporal.

No obstante, al mirar hacia arriba advirtió que una afilada espada pendía sobre su cabeza, atada por un único pelo de crin de caballo. De tal forma que, automáticamente se le quitó el apetito y los nervios no le permitían continuar sentado en el trono de Dionisio II. Es así como, rechazó el sueño de ser rey y solicitó abandonar el puesto, alegando falsamente que ya no quería seguir siendo tan afortunado.

Por ende, la expresión espada de Damocles representa una alegoría cuyo significado supone un peligro inminente que pende sobre la cabeza de quien sin sospecharlo está en riesgo, o, dicho en otras palabras, la espada simbolizaba la constante amenaza y los peligros inherentes al ejercicio del poder. El *Due Process Paranoia* (“DPP”) no es ajeno a lo anterior.

El arbitraje en sí mismo, siempre ha representado una alternativa distinta a lo que ofrecen las cortes ordinarias por su flexibilidad y eficiencia, desde la existencia de una cláusula arbitral hasta la determinación del Tribunal y el tiempo para la expedición del laudo. Y, al igual que las cortes ordinarias, el arbitraje enfrenta sus complejidades. De esta forma, cuando se trata de arbitrajes técnicos y complejos, es posible que existan pedidos de extensión de plazo, prórrogas y solicitudes de último minuto respaldadas por el principio a la contradicción amparado en el derecho a la defensa de una de las partes. En estas circunstancias es donde surge DPP en la mente de los Tribunales Arbitrales.

El DPP representa un dilema para los árbitros, ya que estos tratarán de equilibrar dos derechos derivados del debido proceso al aceptar o rechazar tales solicitudes. De modo que, al igual que la leyenda griega, estas peticiones procedimentales *ad hoc* generan la misma sensación de la espada de Damocles en los Tribunales Arbitrales. En este contexto, la correcta discrecionalidad se vuelve crucial, considerando que la parte afectada podría solicitar la anulación del laudo arbitral basándose en la vulneración de sus derechos, si la legislación doméstica así lo permite.

Así las cosas, el presente trabajo de investigación se enfoca en analizar la existencia del fenómeno del DPP en Ecuador, evaluando su impacto en arbitrajes domésticos desde dos perspectivas. Por una parte, identifica al DPP como un *obstáculo*, mientras que, por otro lado, lo considera una *ventaja*, y, por tanto, una figura necesaria para prevenir vulneraciones al debido proceso. Así, se establecen conclusiones y recomendaciones que permitan la existencia controlada del DPP como una herramienta necesaria en arbitrajes domésticos.

2. EL FENÓMENO DEL *DUE PROCESS PARANOIA*

Como se dijo en líneas anteriores, desde sus inicios el arbitraje se ha presentado como la alternativa al proceso judicial más eficiente. Esto encuentra su fundamento en (i) la facultad de las partes de fijar un plazo máximo para su duración; (ii) es un procedimiento de una única instancia; (iii) el laudo arbitral que se expida es inapelable, por cuanto no es objeto de revisión por algún órgano judicial ni arbitral superior².

En pocas palabras, el arbitraje se ha destacado por su menor duración y menor costo en comparación con un proceso en sede judicial. Sin embargo, en las últimas décadas, las personas que están involucradas en el mundo del arbitraje, ya sea como usuarios, empresarios, árbitros o abogados, comparten una preocupación: que el arbitraje haya dejado de ser un sistema eficiente, convirtiéndose en una alternativa costosa y de larga duración³.

Las causas subyacentes pueden identificarse en la creciente complejidad de las controversias que se dirimen en sede arbitral, el aumento en las cuantías que se disputan, las dificultades relacionadas con la programación de audiencias de los árbitros y los abogados; así como en la adopción en el ámbito del arbitraje de tácticas de guerrilla y estrategias típicas de los litigios en sede judicial⁴. Estas razones, sin lugar a duda, contribuyen a generar incidentes procesales, incrementando los costos y generando demoras en los procedimientos arbitrales.

En ocasiones, por la complejidad de la controversia o la relación entre las partes o sus abogados surgen tensiones en el ambiente y las audiencias se convierten en *rounds* de enfrentamiento. Es aquí donde colisionan los derechos de cada parte y la eficiencia del procedimiento se ve obstruida. Estas confrontaciones pueden manifestarse cuando la perspectiva de los árbitros y de las partes sobre el resultado del proceso difiere, o cuando una de las partes busca dilatar el proceso a través de artimañas procesales. Además, es indiscutible que las diferencias culturales en la práctica de prueba entre distintas jurisdicciones pueden generar tensiones en el proceso⁵.

2 R. VALERA, *Recuperando la eficiencia en el Arbitraje: nuevos mecanismos para la reducción de los tiempos y costes que minan la efectividad del arbitraje comercial internacional*, RJUAM No. 36, 2017.

3 E. GUTIÉRREZ, *¿Satisface el arbitraje las necesidades de los empresarios del siglo XXI?* Anuario de Arbitraje 2017, Civitas, 2017.

4 E. GUTIÉRREZ, N. 3.

5 F. LASSALLE, *When logic fails: Due Process Paranoia*, Corporate Disputes Magazine, 2019, <https://shorturl.at/kuwKX>.

Actualmente, no existe pócima secreta o solución universal para estos problemas, lo que incluso ha dado lugar a un nuevo desafío en el ámbito del arbitraje: el *Due Process Paranoia*.

2.1. IMPLICACIONES DEL DPP

El DPP es un concepto que se emplea para describir la excesiva preocupación de ciertos árbitros acerca de la posibilidad de que el laudo que emitan sea anulado por alguna vulneración al debido proceso⁶. Como resultado, en el transcurso del proceso, estos árbitros suelen acceder repetidamente a las peticiones de las partes con el fin de garantizar que estas tengan la oportunidad de presentar completamente su caso⁷. Esta paranoia puede llevar a los árbitros a tomar decisiones excesivamente formales relacionadas con el *case management* del procedimiento arbitral⁸.

Este fenómeno, lejos de ser una cuestión aislada en la mente de ciertos árbitros, se ha consolidado como una preocupación que ha venido en crecimiento en los últimos años. Como lo señaló *Queen Mary University of London* y la firma *White & Case* en su reporte del 2015⁹ sobre el arbitraje internacional:

One issue that merits special attention is the phenomenon that an interviewee dubbed “due process paranoia”. This issue was repeatedly raised in responses, including in nearly all the personal interviews. “Due process paranoia” describes a reluctance by tribunals to act decisively in certain situations for fear of the arbitral award being challenged based on a party not having had the chance to present its case fully.

Así también, *Queen Mary University of London* y la firma *White & Case* en su reporte del 2018¹⁰ reafirmó que el DPP continúa en crecimiento y se erige como una de las principales preocupaciones que los usuarios creen que obstaculiza la eficiencia de los procedimientos arbitrales.

6 J. ARBISMAN *et al.*, *Due Process and Procedural Irregularities*, Global Arbitration Review, 2023, <https://shorturl.at/dknor>.

7 A. TALAVERA, *Combatiendo el Due Process Paranoia. Asegurando un ejercicio de la discrecionalidad arbitral con razonabilidad*. Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 8, 2016.

8 E. WILLIAMS *et al.*, *Due process paranoia and its role in the future of international commercial arbitration*, The Arbitrator & Mediator, 2018, <https://shorturl.at/aiDEG>.

9 Queen Mary University of London y White & Case, 2015, International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration <https://shorturl.at/aQUYZ>.

10 Queen Mary University of London y White & Case, International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, 2018, <https://shorturl.at/bCIV3>.

Según Berger y Jensen¹¹, entre las prácticas más comunes o pedidos más aceptados por los árbitros, precisamente por esta excesiva preocupación, encontramos:

- (i) Concesión de prórrogas.
- (ii) Presentación de escritos no solicitados, que no se encontraban previstos en el calendario procesal.
- (iii) Presentación de escritos fuera del término establecido.
- (iv) Reclamos o pretensiones de último minuto incluidas dentro del proceso arbitral.
- (v) Pedidos de reprogramación de audiencias a última hora.
- (vi) En estos casos, se sostiene que los árbitros que padecen de esta paranoia tienden a ser excesivamente permisivos con las solicitudes de las partes que, si bien pueden ser consideradas legítimas, en ocasiones no son más que tácticas dilatorias.

Después de considerar el concepto previamente mencionado y las prácticas más comunes, se puede identificar el conflicto por el que atraviesan los árbitros. Por un lado, puede ser beneficioso para las partes que el árbitro sea excesivamente cauteloso al abordar las solicitudes *ad hoc*, ya que estas representan el ejercicio legítimo del derecho a la defensa de las partes. Por otro lado, la excesiva permisividad del árbitro con respecto a las solicitudes de las partes puede considerarse un problema, ya que contribuye al aumento de los costos y la duración del proceso, y esto repercute en la eficiencia del arbitraje¹².

En este contexto, al hablar del ejercicio discrecional de los árbitros al otorgar solicitudes *ad hoc*, es necesario encontrar un equilibrio, una zona intermedia. El desafío para los árbitros en estos casos radica en determinar si se trata de una solicitud legítima, realizada en ejercicio del derecho de las partes, o si es simplemente una táctica de guerrilla que busca dilatar el proceso.

2.2. COMPONENTES DEL DPP

Siguiendo el criterio de Remy Gerbay¹³, el DPP se manifiesta a través de la interacción de tres elementos, que hemos clasificado de la siguiente manera:

11 K. BERGER y J. JENSEN, *Due process paranoia and the Procedural Judgment Rule: A safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators*, Arbitration International, Vol. 32(3), 2016.

12 E. WILLIAMS *et al.*, N. 8.

13 R. GERBAY, *Due Process Paranoia*, *Kluwe Arbitration Blog*, 2016, <https://goo.by/CXeuLR>.

- (i) **Decisión discrecional:** El *primer elemento* se materializa cuando una de las partes realiza un movimiento procesal *ad hoc*, cuyo análisis de procedibilidad radica en los árbitros. En este escenario, los árbitros analizan el pedido prestando excesiva consideración al debido proceso y derechos de las partes. Estas decisiones discrecionales a menudo se toman para garantizar los derechos de las partes, pero no hay que olvidar que terminan alterando el calendario procesal establecido.
- (ii) **Riesgo de ejecución:** El *segundo elemento* implica esta creencia por parte de los árbitros de que el laudo que emitan pueda ser anulado o su ejecución se vea impedida por alguna vulneración al debido proceso. Es así como, consideran necesaria y justificada la postura que aplican al resolver las solicitudes *ad hoc* de las partes. A esto se lo denomina *riesgo de ejecución*.

En este punto, es necesario agregar que este *riesgo de ejecución* trae consigo un dilema para la mente de los árbitros: impacto reputacional. Dado que los procedimientos de ejecución y anulación a menudo son de conocimiento público, se puede ver comprometida la reputación de los árbitros en el mercado, lo que a su vez puede tener un impacto en sus posibilidades de recibir futuros nombramientos para actuar como árbitros en otros casos¹⁴. En consecuencia, se sostiene que el *riesgo de ejecución* y el posible impacto en su reputación lleva a los árbitros a tomar decisiones más cautelosas.

- (iii) **Paranoia:** Por su naturaleza, la paranoia implica una alteración en la percepción de la realidad¹⁵. Precisamente, el *tercer elemento* radica en la creencia equivocada de los árbitros de que esta excesiva preocupación y cautela se encuentra justificada. Esta creencia equivocada se origina a partir de una percepción exagerada del *riesgo de ejecución*.

2.3. UN ANÁLISIS DE PERSPECTIVAS CONTRAPUESTAS

En líneas anteriores se mencionó que uno de los problemas sustanciales dentro de los procesos arbitrales, radica en su excesiva duración que deviene finalmente en una falta de eficiencia del procedimiento. Al respecto, los profesores Berger y Jensen identificaron las típicas situaciones causantes del DPP que conducen a una desviación del cronograma fijado para la sustanciación del arbitraje, afectando directamente a su extensión.

14 E. WILLIAMS *et al.*, N. 8.

15 Según el Diccionario de la Real Academia Española, el término “paranoia” se refiere a una *perturbación mental fijada en una idea o en un orden de ideas*.

De manera que, cuando dichos escenarios ocurren, entran en conflicto dos derechos. Por un lado, se encuentra el principio de contradicción que finalmente deviene en la afectación al derecho a la defensa de una de las partes, al no otorgarle la posibilidad de presentar su caso. Mientras que, por otro lado, se encuentra el derecho a la tutela judicial efectiva que supone el derecho de una parte de obtener un procedimiento eficiente, sin dilaciones hasta llegar a la expedición del laudo arbitral¹⁶.

En consecuencia, al surgir este escenario y en virtud de que los dos derechos mencionados forman parte del debido proceso, se crea un conflicto entre ambos. Entonces, corresponderá al árbitro analizar las circunstancias del caso en concreto y decidir qué derecho prevalecerá sobre otro. Por lo cual, deberá admitir o, al contrario, negar el pedido realizado por una de las partes, y es precisamente en este punto —la toma de decisiones relativos a movimientos procesales *ad hoc*— donde surge el DPP.

Ante esto, nacen las perspectivas contrapuestas del DPP que precisamente corresponden ser el objeto del presente trabajo. La primera vertiente, esto es, el aspecto positivo del DPP radica en que, cuando el derecho de una parte a presentar completamente su caso se vea vulnerado, existen mecanismos de control *ex post*. Adicionalmente, la sola existencia del DPP incentiva a los árbitros a ser más cautelosos al analizar la procedencia de las solicitudes *ad hoc* que realicen las partes.

Por otro lado, al revisar el aspecto negativo del DPP, encontramos que, la existencia de una causal de nulidad de este tipo genera en los árbitros esta “paranoia” que incide de manera sustancial en la conducción del procedimiento arbitral. De modo que, los árbitros terminan concediendo pedidos que no son más que “tácticas de guerrilla” que afectan sustancialmente la eficiencia del proceso arbitral, con relación a sus costos y extensión.

El profesor peruano Talavera Cano destaca la necesidad de superar la paranoia y ejercer una discrecionalidad con razonabilidad. En este contexto, señala que se debe encontrar la forma de otorgar seguridad a los árbitros de que la decisión que ellos tomen no será considerada como no razonable por las cortes nacionales y que no derivará en la anulación del laudo. Por ende, desarrolló el método IRAC cuyas siglas describen una serie pasos que otorgan luces a los tribunales a la hora de ponderar los derechos que entran en conflicto permitiendo que este aspecto negativo pueda ser controlado²⁷.

16 A. TALAVERA, N. 7.

Tomando esto en consideración, resulta lógico colegir que pretender desarrollar una paranoia en los árbitros no es precisamente algo favorable para estos y, por tanto, alargar en demasía procesos arbitrales sobre la base de dicha paranoia tampoco lo es. Empero, el temor generado no debe ser motivo de paralización u obstáculo para el Tribunal a la hora de resolver, en virtud de que, a lo largo de los años se han establecido herramientas que permiten dar luces a los árbitros haciendo que estas solicitudes *ad hoc* no sean un contingente, sino que se conviertan en peticiones de fácil respuesta.

Así las cosas, la discrecionalidad del árbitro dependerá de la situación específica y en caso de considerarlo pertinente concederá el pedido, lo cual conlleva lógicamente a la alteración del calendario procesal. Sin embargo, para poder determinar si el DPP se encuentra presente en una determinada jurisdicción —específicamente la ecuatoriana— resulta necesario analizar la normativa aplicable en materia arbitral. Por tanto, en los acápites siguientes se analizarán las leyes y criterios jurisprudenciales locales que permitan arribar a las implicaciones del DPP con relación a Ecuador.

3. CASO ECUADOR: ¿EL DPP SE ENCUENTRA PRESENTE EN ARBITRAJES LOCALES?

Vista la problemática, corresponde entonces aterrizarla a los arbitrajes domésticos. Surgiendo así varias interrogantes: ¿Existe este fenómeno en Ecuador? De no ser así, ¿Cuáles son las implicaciones de su ausencia? ¿Cómo afecta a las partes involucradas en el arbitraje?

En términos generales, en Ecuador las causales de nulidad de laudos son taxativas y ninguna de ellas hace referencia a una posible anulación por falta de oportunidad para presentar completamente el caso en las situaciones *ad hoc* descritas con anterioridad, lo que impacta directamente al principio de contradicción derivado del derecho a la defensa. No obstante, no se debe ignorar que existe el control constitucional de laudos arbitrales, lo que hace posible que estas decisiones lleguen al Pleno de la Corte Constitucional.

Bajo este entendido, procederemos a analizar profundamente el marco jurídico ecuatoriano y el fenómeno del *Due Process Paranoia*.

3.1. CONTROL JUDICIAL Y LA TAXATIVIDAD DE LAS CAUSALES DE NULIDAD DE LAUDO ARBITRAL

El arbitraje, al ser un método alternativo de resolución de disputas reconocido a nivel Constitucional, requiere de un mecanismo de control judicial sobre los laudos arbitrales¹⁷. En este contexto, surge la acción de nulidad de laudo arbitral en Ecuador, como manifestación del control del poder judicial que se ejerce sobre las decisiones jurisdiccionales que emitan los árbitros¹⁸.

Por su naturaleza, la acción de nulidad de laudos arbitrales es de carácter excepcional y puede utilizarse únicamente bajo circunstancias tasadas que se encuentran previstas en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación (“LAM”)¹⁹, siendo estas:

- a) Ante la falta de citación legal en la demanda que haya impedido ejercer sus derechos.
- b) Ante la falta de notificación de providencias del tribunal, lo que haya limitado el derecho de defensa de una de las partes.
- 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 aborda cuestiones no sometidas al arbitraje o concede más allá de lo reclamado.
- e) Cuando exista alguna violación de los procedimientos establecidos por la Ley o las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

Sobre esta misma línea de ideas, la Corte Constitucional ha sido enfática al determinar que las causales previstas en el artículo 31 de la LAM son taxativas. En otras palabras, no sería posible apartarse de las circunstancias previstas para interponer una acción de nulidad²⁰. Esta postura se sustenta —entre otras razones— en que una interpretación extensiva de las causales de nulidad transgrediría la naturaleza de este mecanismo y la voluntad de las partes²¹.

17 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 190, RO No. 449, 20/10/2008.

18 P. GAIBOR y G. DEL SALTO, *La taxatividad de las causales de anulación de un laudo arbitral: análisis de la jurisprudencia ecuatoriana reciente*, USFQ Law Review Vol. 7, No. 1, 2020 <https://goo.by/SQTZdO>.

19 Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 31, RO No. 417, 14/12/2006.

20 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 323-13-EP/19, 19/11/2019.

21 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 31-14-EP/19 del 19/11/2019.

Es así como podemos notar que, si bien es cierto que la tercera causal de nulidad contemplada en la LAM establece consideraciones respecto a las pruebas dentro de procesos arbitrales, esta no se refiere a las situaciones *ad hoc*. De manera que, *a priori*, esto implica que:

- (i) No es posible que alguna parte pueda solicitar la anulación del laudo arbitral por una vulneración a derechos constitucionales de este tipo.
- (ii) Esta transgresión no podría ser solventada mediante el control judicial del laudo a través de la acción de nulidad.
- (iii) El fenómeno del DPP no debería estar presente en la mente de nuestros árbitros al momento de conducir un procedimiento arbitral.

Sin perjuicio de aquello, conforme analizaremos a continuación, cuando se alega la vulneración de derechos constitucionales y no está relacionada a alguna de las causales de nulidad previamente referidas, es posible activar el control constitucional de laudos arbitrales a través de la acción extraordinaria de protección (AEP).

3.2. CONTROL CONSTITUCIONAL A TRAVÉS DE LA AEP

En Ecuador, la AEP se presenta como un mecanismo constitucional de garantía en contra de sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia, cuando estas transgreden, ya sea por acción u omisión, derechos constitucionalmente protegidos o el debido proceso²². Siendo así la AEP la única vía apta para el control constitucional de laudos arbitrales²³.

La Corte Constitucional en sus sentencias No. 323-13-EP/19 y 31-14-EP/19 estableció relevantes puntos para el análisis de la problemática del presente trabajo de investigación. En primer lugar, estableció que la acción de nulidad de laudo arbitral debe ser agotada antes de presentar una AEP contra laudos arbitrales si y solo si se pretende alegar una vulneración de derechos constitucionales relacionada con el artículo 31 de la LAM. En segundo lugar, determinó que, cuando se trate de vulneraciones que no encuentren su sustento en el artículo 31 de la LAM, es posible presentar de forma directa una AEP.

22 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 437, RO No. 449, 20/10/2008.

23 La Corte Constitucional, en su sentencia No. 308-14-EP/19, advirtió a los juzgadores que si se llegase a activar el control constitucional a través de otra garantía (acción de protección) se la estaría desnaturalizando.

Es importante enfatizar que, por su naturaleza, la AEP es de carácter excepcional y exige el cumplimiento de una serie de requisitos que serán interpretados de forma estricta en su fase de admisión. Dada esta exigencia, superar la etapa de admisión en cuanto a esta garantía jurisdiccional se presenta como un desafío²⁴. De modo que, lejos de ser la “vía apta” se vuelve una “vía de difícil acceso”.

En el caso que nos ocupa, podemos evidenciar que, al no existir un remedio procesal en la justicia ordinaria para subsanar vulneraciones al debido proceso en el ejercicio del derecho a la defensa, se vuelve necesario activar el control constitucional de laudos arbitrales a través de la AEP. Sin perjuicio de aquello, no se debe desconocer que aquella garantía es de carácter residual, y, por su naturaleza excepcional, posee una baja tasa de admisibilidad lo que implica un desafío para la parte que busque activar dicho control constitucional.

3.3. LÍNEA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL DEBIDO PROCESO EN EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA DEFENSA

La Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho al debido proceso en su garantía de “contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa”²⁵. Este derecho ha sido ampliamente desarrollado por la Corte Constitucional, motivo por el cual se ha desarrollado una línea jurisprudencial congruente.

De esta forma, la Corte Constitucional ha manifestado que esta garantía implica tanto para las personas cuyos derechos están en disputa, como sus defensas técnicas. En palabras de dicho Organismo, la implicación hacia las partes y la defensa técnica significa que debe contarse con el tiempo, medios y condiciones técnicas apropiadas para llevar a cabo una defensa efectiva, ajustada a las particularidades de cada caso²⁶. Adicionalmente, la Corte sostiene que el ejercicio de este derecho supone que las partes involucradas en un proceso cuenten, efectivamente, con el tiempo necesario para estudiar el caso y preparar una defensa técnica²⁷; y, que estas garantías asisten a todas las personas cuyos derechos u obligaciones estén siendo sujetos de análisis por parte de cualquier autoridad²⁸.

24 J. BAQUERO y L. BARRAZUETA, *La admisibilidad de la acción extraordinaria de protección contra decisiones arbitrales*, Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 11, 2020.

25 Constitución de la República del Ecuador, Artículo 76(7)(b) RO No. 449, 20/10/2008.

26 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 3068-18-EP/21, 9/6/2021.

27 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 667-16-EP/20, 9/12/2020.

28 Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1989-17-EP/21, 3/3/2021.

En línea con este asunto, para efectos ilustrativos, corresponde entonces mencionar que, si una de las partes en un arbitraje plantea una solicitud *ad hoc* en el ejercicio legítimo de su derecho a la defensa y dicha solicitud es rechazada por el tribunal, esta parte se verá afectada y no podrá llevar a cabo una defensa efectiva. En estas circunstancias, si lo solicitado era determinante para el caso, será posible plantear una AEP, argumentando la vulneración de derechos constitucionales y buscando que se deje sin efecto lo resuelto. Es una situación factible considerando el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Podemos así observar que, en situaciones de presuntas vulneraciones de derechos constitucionales o debido proceso, es posible plantear una AEP en contra de un laudo arbitral. Este escenario puede significar un desafío para los árbitros, quienes pueden verse intimidados ante tal posibilidad, llevándolos a tomar decisiones ineficientes que puedan afectar la conducción del arbitraje.

Para concluir, se evidencia que la complejidad inherente al fenómeno del DPP en el contexto de los arbitrajes nacionales plantea desafíos significativos. De manera que, si bien la ausencia de esta paranoia podría considerarse positiva en términos de eficiencia en la conducción de arbitrajes, también podría abrir las puertas al mundo de la discrecionalidad. Este fenómeno, en su justa medida, les sirve a los árbitros como un recordatorio constante de la importancia del debido proceso; y, por tanto, los obliga a ser más cautelosos al momento de tomar decisiones que puedan afectar los derechos de las partes. Es aquí donde se debe encontrar un equilibrio.

4. APROXIMACIÓN AL DPP EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

Las normas establecidas en las leyes o reglamentos de arbitraje respectivos de cada país son las que delimitan las reglas del juego, y es sobre la base de estas que surge dentro de la mente del árbitro el DPP. Por ello, se tomará como ejemplo la legislación del país vecino Perú, y criterios judiciales de otros países, para efectos de evidenciar el tratamiento que se le da a este fenómeno originado en la sustanciación de arbitrajes.

4.1. EL CASO DE PERÚ

A diferencia de la situación nacional, en Perú, la Ley de Arbitraje y Mediación contiene disposiciones relativas a las actuaciones arbitrales. De manera que, existe una serie y reglas y principios de obligatorio cumplimiento al que deben

ceñirse los árbitros a lo largo del proceso. Para el caso que nos ocupa, esta jurisdicción ha establecido que:

Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones. 2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos²⁹.

Adicionalmente, al igual que el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, por su lado, la ley peruana enumera las causales que derivan a una anulación de laudo. Particular importancia reviste la siguiente disposición:

Artículo 63.- Causales de anulación. 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: [...] b. Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, **o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos**³⁰.

Resulta sencillo, entonces, colegir que, de acuerdo con las normas citadas, los árbitros deberán asegurar el efectivo goce de los derechos sobre los cuales se encuentran amparadas las partes. En este sentido, la causal segunda de anulación es clara al establecer que, cuando una de las partes no haya podido hacer valer sus derechos se podrá demandar la nulidad del respectivo laudo arbitral.

En atención a las mencionadas disposiciones, específicamente la relativa a la causal de nulidad, fácilmente se genera en los árbitros peruanos la posibilidad de experimentar el DPP por ser una norma amplia y vaga. De modo que, en esta jurisdicción, la legislación podría influir significativamente en la mente de los tribunales arbitrales al momento de recibir peticiones fuera del calendario procesal relativas al principio de contradicción.

Como resultado, el caso de Perú permite observar al DPP desde una perspectiva positiva o, en otras palabras, visto como una ventaja. Aquello en virtud de que, la legislación peruana permite garantizar el derecho a la defensa de las partes en su integralidad.

29 Ley Peruana de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071 del 28 de junio de 2008, artículo 34.

30 Ley Peruana de Arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071 del 28 de junio de 2008, artículo 63. Énfasis añadido.

Ahora bien, para efectos de adaptar lo anterior al contexto nacional, la Ley de Arbitraje y Mediación tendría que sufrir una reforma en el sentido que, se debe agregar —y para evitar la vaguedad de la legislación peruana— dentro de causales para solicitar la nulidad de un laudo arbitral, la vulneración al principio de contradicción de forma clara y específica.

A causa de lo anterior, si bien es cierto que el DPP podría generar un temor en los árbitros, lo cual se considera como un aspecto negativo, este puede considerarse como un *mal necesario*; es decir, como una consecuencia inevitable en favor de proteger el derecho a la defensa de las partes dentro de un proceso arbitral. En tal virtud, existiría un control que obligaría a los árbitros a realizar un análisis más meticuloso y preciso cuando se presenten los pedidos de este tipo.

4.2. CRITERIOS DE TRIBUNALES JUDICIALES EXTRANJEROS

Además del análisis de las disposiciones normativas, resulta oportuno estudiar de cerca los criterios adoptados por tribunales extranjeros para observar el tratamiento que se le otorga al DPP. Por tanto, a lo largo de este acápite se expondrán dos criterios adoptados por las cortes internacionales. El primero anulando laudos en atención a una vulneración de derechos procesales y el segundo criterio, donde prevalecen las decisiones adoptadas por el tribunal arbitral.

El primer caso surge en Francia en el año 2007. Las compañías *Prim'Nature* y *Top Pommes de Terre* se sometieron a un arbitraje bajo las reglas de la Comisión de Arbitraje de París para las Reglas y Prácticas del Comercio Intereuropeo de la Patata (RUCIP). Luego de la emisión del laudo arbitral, *Prim'Nature* interpuso un recurso de anulación con fundamento en la supuesta violación al principio de contradicción y por tanto su derecho a la defensa, alegando que no se le permitió presentar su réplica dentro del proceso, a pesar de haberla enviado dentro del plazo que señala el Reglamento de Arbitraje³¹.

La Corte de Apelaciones consideró que el Tribunal Arbitral vulneró el principio de contradicción al declarar inadmisibles las respuestas de *Prim'Nature*, a pesar de que *Top Pommes de Terre* no había formulado ninguna solicitud en contra de esta, sino que fue disposición planteada de oficio. En consecuencia, se resolvió anular el laudo arbitral emitido de fecha 5 de abril de 2007.

31 Corte de Apelaciones de París, 07/12356, 16/10/2008.

Por otro lado, encontramos que la Corte de Singapur, a través de sus sentencias, ha demostrado que la justicia ordinaria realiza un análisis detenido respecto a las decisiones de gestión procesal de los árbitros. En tal sentido, una negativa de solicitud no significa *ipso facto* que se ha vulnerado un derecho al debido proceso. Tal es así que, para la anulación del laudo arbitral dentro del caso *CYW* contra *CYX* de Singapur se estableció que:

In order to succeed in setting aside an arbitral award on the basis that the rules of natural justice have been breached, the applicant must establish: (i) which rule of natural justice has been breached; (ii) how the rule has been breached; (iii) in what way the breach was connected to the making of the award; and (iv) how the breach prejudiced its rights³².

Así las cosas, la Corte delimitó parámetros claros al momento de resolver respecto a la anulación de un laudo, es decir, deben supeditarse algunos requisitos y no solo basta con la alegación de vulneración de derechos de una de las partes. Los cuáles serán desarrollados a continuación.

El demandante debe demostrar que la negativa del tribunal entra dentro de lo considerado como no razonable e imparcial. Adicionalmente que los argumentos o pruebas que una parte pretendía presentar tenían una posibilidad real, en lugar de una posibilidad remota, de influir en las deliberaciones del tribunal. Es decir, que podría razonablemente haber supuesto una diferencia para el árbitro y dentro del proceso. Sin embargo, cuando es evidente que no hay posibilidad alguna de que el material presentado hubiera cambiado las cosas porque carece totalmente de peso jurídico o fáctico, entonces no puede decirse seriamente que el demandante haya sufrido un perjuicio real o verdadero por no haber tenido la oportunidad de presentarlo al árbitro.

En este caso, la corte finalmente decidió rechazar la solicitud en virtud de que, se determinó que la parte solicitante no había demostrado una efectiva vulneración de derechos dentro del arbitraje. Por consiguiente, las cortes conceden a los árbitros una amplia discrecionalidad en relación con los pedidos de las partes y mantienen una distancia en relación con la interferencia en las decisiones de gestión procesal adoptadas durante el curso del proceso, por ser una facultad reservada para el tribunal.

32 *CYW c. CYX*, SGHC(I) 10, 31/05/2023.

En suma, a pesar de que los jueces ordinarios tienen la facultad de anular los laudos arbitrales cuando se vulnera el derecho de presentar el caso de una de las partes sometidas a arbitraje, a nivel internacional también existe un especial cuidado en relación con las decisiones adoptadas por parte de los árbitros. De esta manera, queda demostrado que, si bien se otorga la posibilidad de anular un laudo en el posible escenario de vulneración de derechos, también existe un estricto control que analiza cada caso concreto previo a una declaratoria de nulidad.

5. CONCLUSIONES

El arbitraje continúa posicionándose como el mecanismo más atractivo para la resolución de controversias de distintas índoles. Sin embargo, conforme fue expuesto, no es un hecho menor que actualmente los arbitrajes complejos enfrentan grandes desafíos en lo que respecta a su eficiencia, considerando los elevados costos y la excesiva duración del procedimiento.

En muchos casos, las dilaciones dentro de los procesos arbitrales se producen con fundamento en el legítimo ejercicio del derecho a la defensa, mientras que, en otros, no son más que artimañas procesales de una de las partes en busca de obtener ventajas dilatando el proceso. Precisamente en estos casos, cuando colisionan derechos procesales, se debe buscar un equilibrio y, de esta forma, garantizar la conducción del procedimiento arbitral de manera eficiente y justa.

Este trabajo ha examinado el fenómeno del *Due Process Paranoia* desde dos perspectivas. Por un lado, se ha señalado que este fenómeno puede constituirse como una *ventaja* en la conducción de procesos arbitrales, al incentivar a los árbitros a ser más cautelosos al analizar la procedencia de las solicitudes *ad hoc* que realicen las partes. Esto se debe a la presencia de la *paranoia* desarrollada en los árbitros ante el escenario de que se realice un control posterior de su decisión.

Por otro lado, se identificó que el DPP puede ser considerado un *obstáculo* en la conducción del procedimiento arbitral. Precisamente, con fundamento en esta *paranoia*, los árbitros pueden dejarse engañar por las tácticas de guerrilla que no son más que estrategias para dilatar el procedimiento. De esta forma, ante la mera existencia de un escenario en el que se anule el laudo arbitral, es común que los árbitros admitan las solicitudes *ad hoc* sin mayor análisis, contribuyendo a la extensión en demasía del procedimiento arbitral y elevando sus costos.

Al trasladar esta problemática en arbitrajes domésticos, podemos observar que el fenómeno del DPP no debería influir en las decisiones de nuestros árbitros al momento de conducir el arbitraje, dado que las causales de nulidad no contemplan tales posibilidades. Sin perjuicio de aquello, la ausencia del DPP no debe considerarse una victoria. Precisamente que exista el escenario donde sus decisiones puedan ser anuladas por alguna vulneración del principio de contradicción en el ejercicio del derecho a la defensa, obliga a los árbitros a ser más cautelosos al momento de tomar decisiones que puedan afectar los derechos de las partes.

Este equilibrio entre eficiencia y respeto al debido proceso se vuelve elemental para fortalecer al arbitraje como método alternativo de resolución de disputas.

6. RECOMENDACIONES

Tomando en consideración lo antes mencionado, pese a que en Ecuador el *Due Process Paranoia* no representa una problemática que se encuentra insertada en la mente del Tribunal Arbitral en sentido estricto, y sin ánimo de crear en los árbitros un miedo o paranoia, consideramos necesario atender a un cambio normativo en Ley de Arbitraje y Mediación.

De conformidad con los acápites precedentes, se estableció que el *Due Process Paranoia* no era una preocupación en Ecuador, en virtud de la taxatividad de las causales de nulidad. En este sentido, con la finalidad de que exista un control hacia los árbitros y estos no caigan activamente en la vulneración del principio de contradicción en el ejercicio del derecho a la defensa, consideramos que se debe incluir a la vulneración de este derecho como causal de nulidad de laudos arbitrales, conforme las circunstancias que fueron desarrolladas en el presente trabajo.

Incluir una nueva causal dentro de las ya existentes en la Ley de Arbitraje y Mediación no debe suponer una traba para los tribunales arbitrales, ni mucho menos, considerar que se está desnaturalizando al arbitraje incluyendo cada vez más reglas. La perspectiva que debe prevalecer corresponde a una herramienta que se encuentra disponible para las partes, y un control que pesa sobre los árbitros, sin que genere una excesiva paranoia, sino que, los obligue a analizar, de manera más detallada, las peticiones que son ingresadas dentro del proceso.

La clave del éxito de que exista el DPP, a nivel nacional, radica en el buen manejo de las peticiones *ad hoc* realizadas por las partes que van de la mano con un

buen conocimiento técnico y legal del árbitro, que no produzcan incertidumbre al momento de resolver. Por tal motivo, en el ámbito nacional, es necesario seguir construyendo un camino que activamente proteja los intereses de las partes, manteniendo los principios del proceso arbitral, sin desnaturalizarlo.

Pretender mantenerse estáticos ante lo desconocido o las necesidades requeridas, provoca la obsolescencia de quien lo practica. Poder abrazar la modernidad e implementar mejoras significa convertirse en una jurisdicción que apoya al proceso arbitral, y, por tanto, una jurisdicción exitosa.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Arbisman J., et al., *Due Process and Procedural Irregularities*, Global Arbitration Review, 2023, <https://shorturl.at/dknor>.
- Baquero J., y Barraqueta, L. *La admisibilidad de la acción extraordinaria de protección contra decisiones arbitrales*, Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 11, 2020.
- Berger, K., y Jensen, J. *Due process paranoia and the Procedural Judgment Rule: A safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators*, Arbitration International, Vol. 32(3), 2016.
- Constitución de la República del Ecuador, RO No. 449, 20/10/2008.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1989-17-EP/21 3/3/2021.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 3068-18-EP/21, 9/6/2021.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 31-14-EP/19 del 19/11/2019.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 323-13-EP/19 del 19/11/2019.
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 667-16-EP/20 de 9/6/2020.
- Corte de Apelaciones de París, 07/12356, 16/10/2008.
- CYW c. CYX*, SGHC(I) 10, 31/05/2023.
- Gaibor, P., y Del Salto, G. *La taxatividad de las causales de anulación de un laudo arbitral: análisis de la jurisprudencia ecuatoriana reciente*, USFQ Law Review Vol. 7, No. 1, 2020, <https://goo.by/SQTZdO>.
- Gerbay, R. *Due Process Paranoia*, *Kluwe Arbitration Blog*, 2016, <https://goo.by/CXeuLR>.
- Gutiérrez, E. *¿Satisface el arbitraje las necesidades de los empresarios del siglo XXI?* Anuario de Arbitraje 2017, Civitas, 2017.
- Lassalle, F. *When logic fails: Due Process Paranoia*, Corporate Disputes Magazine, 2019, <https://shorturl.at/kuwKX>.
- Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 31, RO No. 417, 14/12/2006.
- Ley Peruana de Arbitraje, Decreto Legislativo No. 1071, 28/06/2008.
- Queen Mary University of London y White & Case, International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration, 2015, <https://shorturl.at/aQUYZ>.
- Queen Mary University of London y White & Case, International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration, 2018, <https://shorturl.at/bCIV3>.

- Ortega, R. *¿Una espada de Damocles? Responsabilidades de servidores públicos y prevención de la arbitrariedad*, <https://goo.by/EgAGjS>.
- Talavera, A. *Combatiendo el Due Process Paranoia. Asegurando un ejercicio de la discrecionalidad arbitral con razonabilidad*. Revista Ecuatoriana de Arbitraje No. 8, 2016.
- Valera, R. *Recuperando la eficiencia en el Arbitraje: nuevos mecanismos para la reducción de los tiempos y costes que minan la efectividad del arbitraje comercial internacional*, RJUAM No. 36, 2017.
- Williams E., et al., *Due process paranoia and its role in the future of international commercial arbitration*, The Arbitrator & Mediator, 2018, <https://shorturl.at/aiDEG>.