
Reconciliando el principio *Kompetenz-Kompetenz* con la autoridad supervisora de las cortes nacionales

Análisis bajo la Ley Modelo CNUDMI

*Alegría Jijón Andrade**

SUMARIO: 1. La difícil relación entre las cortes nacionales y los tribunales arbitrales: ¿Quién decide acerca de la competencia del tribunal? 1.1 El papel de las cortes para determinar la jurisdicción arbitral: Necesidad de supervisión. 1.2. El problema de la circularidad. 1.3. El problema del prejuicio de los árbitros. 2. El papel de los tribunales en la determinación de su propia jurisdicción. 2.1. La doctrina de *Kompetenz-Kompetenz*. 2.2. Diferentes grados de *Kompetenz-Kompetenz*. 2.3. Adopción del *Kompetenz-Kompetenz* en el Ecuador. 3. ¿Cómo podemos reconciliar ambos papeles? El enfoque de la Ley Modelo 3.1. Examen con plena fuerza. 3.2 Revisión *prima facie* de la invalidez. 3.3. ¿La decisión de la corte obliga al tribunal? 3.4. Pronunciamiento negativo: El tribunal no tiene jurisdicción. 3.5 Pronunciamiento positivo: El tribunal sí tiene jurisdicción. 4. Conclusión.

1. La difícil relación entre las cortes nacionales y los tribunales arbitrales: ¿Quién decide acerca de la competencia del tribunal?

1.1. El papel de las cortes para determinar la jurisdicción arbitral: Necesidad de supervisión

“En ningún sistema legal la determinación de la jurisdicción por un árbitro debe estar más allá del alcance de su revisión por una corte”¹.

*Asociada Pérez Bustamante & Ponce. LL.M Global Business Law por la Universidad de Nueva York, LL.M. en Derecho Internacional Comparado por la Universas de Singapur Licenciada en Derecho por la Universidad de Navarra, Investigadora académica invitada por la Universidad de Harvard en la Escuela de Derecho, admitida al Colegio de Abogados del Estado de Nueva York, abogada por la Universidad de los Hemisferios.

1. A. SCOTT RAU, “*The Arbitrability Question Itself*”, 10 AM. REV. INTL. ARB. 287 (1999).

Las cortes nacionales son el foro natural para resolver los desacuerdos de sus ciudadanos. Su jurisdicción siempre está presente como norma por defecto. Sin embargo, las partes del conflicto pueden optar por prescindir de este foro natural y, mediante un acuerdo, someterlo a personas privadas, árbitros. Un reconocido aspecto de la intervención de las cortes en procesos arbitrales es la determinación de la jurisdicción arbitral, puesto que los árbitros, a falta de un convenio compromisorio, originalmente carecerían de jurisdicción para conocer un desacuerdo. Según William PARKER, “un supuesto árbitro no es más que un voluntario atrevido”². Dejar la decisión sobre su propia jurisdicción únicamente a los mismos árbitros conduciría a una circularidad inaceptable y dejaría a las partes susceptibles a la merced de los árbitros.

1.2. El problema de la circularidad

El problema de la circularidad es la consecuencia lógica de permitir que los –supuestos– árbitros determinen la validez de la misma cláusula que les otorga jurisdicción. Si analizamos el proceso minuciosamente, se estructura de la siguiente manera:

- a) La jurisdicción de los árbitros proviene del consentimiento de las partes;
- b) A falta de consentimiento, los árbitros carecen de todo poder para intervenir;
- c) Para que exista consentimiento, el convenio compromisorio debe ser válido;
- d) Los árbitros decidirán si el convenio compromisorio es válido.

Por lo tanto, si el convenio compromisorio no es válido, ¿cómo pueden quienes no son árbitros decidir en primer lugar acerca de su validez? El Profesor PARKER ha ejemplificado muy claramente el dilema:

A falta de alguna autoridad otorgada por la persona que está obligada por el laudo, “esos oficiosos entrometidos que han dado su opinión sobre el asunto no son más árbitros que cualquiera de los miles de hombres y mujeres que transitan por la Estación Central del Ferrocarril de Nueva York cada mañana”³.

2. W. PARKER, *Determining Arbitral Jurisdiction: Allocation of Tasks between Courts and Arbitrators*, 8 AM Rev. INTL. ARB. 144 (1997).

3. W. PARK, ver la anterior nota 3, 134.

Por lo tanto, cuando se presenta el dilema ante una corte nacional acerca de si el convenio compromisorio es válido, esa corte no puede permitir que los árbitros –quienes hasta podrían no ser árbitros– tengan por sí solos la última palabra acerca del asunto. Además, como lo expresó la Séptima Corte de Distrito de los Estados Unidos en el caso *Sphere Drake Ins. Ltd. v. All American Ins. Co.*: “Las cortes tienen jurisdicción para determinar su competencia no solamente por necesidad (de otro modo ¿cómo podrían resolverse los desacuerdos jurisdiccionales?), sino también debido a que su autoridad depende de las leyes en vez de depender del permiso de las partes. Los árbitros no tienen una autoridad comparable para determinar su propia autoridad debido a que existe una alternativa no circular (la judicial), y porque las partes sí controlan la existencia y los límites de las facultades de los árbitros”⁴.

1.3. El problema del prejuicio de los árbitros

Aún si se resuelve el problema de la circularidad –ya veremos cómo la doctrina alemana de *Kompetenz-Kompetenz*, al menos en un cierto nivel, lo resuelve– el segundo argumento que apoya la intervención de las cortes acerca de la existencia de un acuerdo arbitral es el problema del prejuicio de los árbitros. Algunos comentaristas han argumentado que los árbitros están más inclinados que los jueces en favor del arbitraje ya que, al contrario de los jueces que tienen sueldos fijos, los árbitros se benefician personalmente al aceptar la jurisdicción en un determinado caso⁵.

Cito aquí la disconformidad del Juez LUMBARD acerca de la sentencia de la Segunda Corte de Circuito en el caso *Ottley v. Sheepshead Nursing Home*: “No puedo comprender el proceso de razonamiento según el cual cualquier corte puede dejar a la libre discreción de un árbitro la determinación de si existe deber alguno para arbitrar. Me siento aún más perplejo cuando una corte puede permitir que tan incontrolado poder lo ejerza la misma persona que se beneficiará al decidir que sobrevive una obligación para arbitrar, asegurando así su propio negocio”⁶.

4. R. SMITH, *Separability and Competence-Competence in International Arbitration. Ex Nihilo Fit? or Can Something Indeed come from Nothing?*, 13 AM.REV. Intl. ARB. 19.

5. 51 Rutgers L. Rev. 408.

6. R. SMIT, ver la anterior nota 12, 27.

2. El papel de los tribunales en la determinación de su propia jurisdicción

2.1. La doctrina de *Kompetenz-Kompetenz*

La doctrina de *Kompetenz-Kompetenz* es un principio alemán que proporciona una solución abstracta a la circularidad. *Kompetenz-Kompetenz* significa literalmente competencia para determinar la competencia. Como hemos visto, el artículo 16⁷ de la Ley Modelo ha incorporado esta doctrina. Sin embargo, el significado exacto de la doctrina está lejos de ser claro⁸ y diferentes jurisdicciones han adoptado versiones más o menos estrictas de ella.

Existe una multitud de razones acerca de por qué *Kompetenz-Kompetenz* es necesario en el contexto del arbitraje internacional. Trataré de clasificar esas razones dentro de dos amplias categorías: razones teóricas y ventajas prácticas. Las razones teóricas se pueden resumir en dos aspectos:

i) La intención implícita de las partes de que todos y cualesquiera desacuerdos que surjan de un contrato serán sometidos a arbitraje, incluyendo la cuestión misma de la arbitrabilidad⁹; y ii) el poder de revisar la jurisdicción propia es “inherente en todos los entes judiciales y es esencial para su capacidad de funcionar”¹⁰.

Las razones prácticas para *Kompetenz-Kompetenz* son, entre otras, las siguientes: evitar prácticas dilatorias, aliviar la carga de las cortes nacionales, y la ventaja de la experiencia de los árbitros en comparación con la mayoría de las cortes locales que no están familiarizadas con el arbitraje internacional¹¹.

7. Ver la anterior nota 6

8. W. PARK, *The Arbitrator's Jurisdiction to Determine Jurisdiction*, 13 ICCA Congress Series 55, 58 (2006).

9. R. SMIT, ver la anterior nota 12, 26.

10. J. A. ROSEN, “*Arbitration under Private International Law: The Doctrines of Separability and Competence de la Competence*”, 17 *Fordham Int'l LJ.* 599, 608 (1994).

11. S. GREENBERG, C. KEE y J. ROMESH WEERAMANTY, “*International Commercial Arbitration*”, 1ª Edición. Cambridge University Press, 2011, 228.

2.2. Diferentes grados de *Kompetenz-Kompetenz*

Kompetenz-Kompetenz puede tener al menos tres formas para su aplicación¹², i) La forma más fuerte de la doctrina implicaría que una corte nacional no podría revisar la determinación de jurisdicción por el tribunal arbitral¹³; ii) la forma intermedia delimita tiempos específicos en los que la corte puede revisar la decisión arbitral; y iii) la versión más débil simplemente significa que los tribunales pueden conocer impugnaciones a su jurisdicción, sin necesidad de suspender el proceso cuando se presenta la impugnación¹⁴.

La Ley Modelo UNCITRAL, como la mayoría de las jurisdicciones, ha adoptado la segunda forma de la doctrina. Estipula que los árbitros tienen competencia para decidir acerca de su propia jurisdicción, pero, como veremos en detalle más adelante, contempla la revisión judicial del asunto en varias instancias. No obstante, es muy importante anotar que, aún sin ser absoluta, la Ley Modelo expresamente reconoce el principio y, por ello, en los países que han aplicado el artículo 16, *Kompetenz-Kompetenz* es hoy obligación legal.

2.3. Adopción del *Kompetenz-Kompetenz* en el Ecuador

La Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador (LAM) promulgada en año 2006, se basa ampliamente en la Ley Modelo CNUDMI, si bien no es una transposición directa de la misma, como sucede en varios países. La LAM establece en su artículo 8 que si se presenta una demanda en una corte ecuatoriana, y el demandado alega que existe cláusula arbitral, la corte debe abrir un periodo de prueba para probar la existencia del acuerdo. Probada la existencia del acuerdo debería inhibirse para que los árbitros conozcan la controversia y determinen su propia jurisdicción¹⁵.

12. W. PARK, ver la anterior nota 3, 138.

13. S. WALT, 51 Rutgers L. Rev. 369, 376.

14. R. SMIT, ver la anterior nota 12, 25.

15. Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador, Art. 8.- *Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opondrá, al contestar la demanda, la excepción de existencia del convenio arbitral. En el evento de haber sido propuesta esta excepción, el órgano judicial respectivo deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción*

No es claro que nivel gradación del *Kompetenz-Kompetenz* reconoce la LAM, pero parecería que acepta la versión estricta, o por lo menos intermedia del mismo. En principio los jueces nacionales, según el mencionado artículo 8 de la LAM, solo revisarán la cláusula arbitral para determinar la existencia del acuerdo arbitral. No podrían, teóricamente, discutir la validez o alcance de la cláusula. El tema no es pacífico, pero parecería que la corte debería limitarse a ver que esté la cláusula escrita que exige la LAM. Ahora bien, se trata de un tema complejo por lo que ameritaría un análisis más extenso.

3. ¿Cómo podemos reconciliar ambos papeles? El enfoque de la Ley Modelo

Tal como hemos visto, la Ley Modelo CNUDMI reconoce: i) el papel legítimo de las cortes para determinar¹⁶ o revisar¹⁷ la jurisdicción de los árbitros; y ii) el derecho de los tribunales de tratar sobre su propia competencia¹⁸. Sin embargo, la jurisdicción de cada institución, las cortes por un lado y los árbitros por el otro, proviene de fuentes diferentes.

La jurisdicción de las cortes nacionales es sustantiva. La jurisdicción de los árbitros, por otro lado, no es sustantiva –como ya vimos, su razonamiento realmente es circular– pero sí es legal. Es mediante la transposición del artículo 16 dentro de la legislación nacional que la ficción legal de *Kompetenz-Kompetenz* ha mutado de una doctrina articulada debido a necesidades prácticas, que puede ser seguida o ignorada, a un mandato legal que, a pesar de su carácter ficcional, otorga a los árbitros el poder de dictaminar acerca de su propia jurisdicción.

La coexistencia de la jurisdicción de cortes y árbitros para conocer acerca de la jurisdicción de estos últimos funciona, por diferentes niveles. La competencia de los árbitros nace de una norma positiva, podemos decir que se encuentra en un nivel superficial y podría ser ejercida antes de plantear la cuestión en las cortes. Por otro lado, la jurisdicción de las cortes nacionales parece más sustantiva y profunda, la cual podría ejercerse incluso después de que se haya impugnado la primera decisión de los árbitros¹⁹.

deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriado el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales.

16. Según artículo 8.

17. Según artículo 16.3.

18. Según artículo 16.1.

19. Esta impugnación está configurada en el artículo 16.2 de la Ley Modelo.

En la práctica, sin embargo, esto no siempre sucede. Por ejemplo, el artículo 8 de la Ley Modelo considera circunstancias en las que los litigantes primero han acudido a la corte y una de la partes menciona la existencia de una cláusula compromisoria. En tales casos, la corte, antes de ordenar la suspensión del proceso, debe determinar la validez del acuerdo arbitral en forma que estaría usurpando el derecho legal de los tribunales de conocer acerca de su propia jurisdicción²⁰. La cuestión planteada por muchos estudiosos es si esta revisión inicial por la corte ¿será un examen con plena fuerza acerca de la validez del convenio arbitral, o será sencillamente una revisión en *prima facie*?

3.1. Examen con plena fuerza

Algunos estudiosos y cortes han comprendido al artículo 8 en el sentido de que faculta –no exige– a la corte de la sede del arbitraje que llegue a una decisión final respecto de la jurisdicción del tribunal²¹. Se ha dicho que las razones para este enfoque son eficiencia y congruencia²². Puesto que la misma corte, al momento de ejecutar, tendrá la última palabra sobre la jurisdicción de los árbitros, algunos consideran deseable que la corte decida de una vez por todas acerca de la existencia del convenio compromisorio frente a la cuestión de la jurisdicción.

Su argumento más fuerte es evitar el indeseable siguiente escenario: una corte decide acerca de la suspensión del proceso en favor del arbitraje considerando que los árbitros tienen jurisdicción. Las partes pasan por todo el proceso arbitral –con el tiempo y los recursos que ello implica– y a la final la parte perdedora podría regresar a la corte inicial alegando que los árbitros no tenían jurisdicción. Entonces, si la primera determinación no fue definitiva –teóricamente la corte podría cambiar de opinión y declarar, luego de una segunda revisión–, que el convenio es inválido, pronunciándose al contrario de su decisión anterior. Esta situación ocasionaría la pérdida de considerables recursos y tiempo de las partes, así como resultaría en evidente incongruencia en las decisiones judiciales.

20. S. GREENBERG et al, ver la anterior nota 19, 219.

21. Corte Suprema de India, *SBP & Co. versus Patel Engineering Ltd.*, 2005, 8 SCC 618.

22. S. GREENBERG et al, ver la anterior nota 19, 228.

3.2. Revisión *prima facie* de la invalidez

Esta posición ha sido adoptada por la mayoría de los países de la región Asia Pacífico²³ y ha sido especialmente bien expresada por las cortes de Hong Kong²⁴. La idea es que siempre y cuando la corte esté satisfecha y considere que la cláusula compromisoria es válida, debe dejar el resto para el arbitraje²⁵.

También existen ventajas prácticas en la revisión en *prima facie*, tales como el evitar prácticas dilatorias y ahorrar los fondos de las cortes al dejar que sean los árbitros –quienes teóricamente tienen más experiencia en el asunto– los que enfrenten la tarea primaria de resolver la cuestión de la arbitrabilidad.

De hecho, considero que esta es realmente la única opción viable debido a tres factores:

- (i) Fácilmente se puede suponer que la intención de las partes –muchas veces de diferentes nacionalidades– es someter *todas* sus diferencias a un foro neutral, evitando así las ventajas que dan las cortes propias de cada país²⁶.

El arbitraje es la forma primaria –no es una alternativa– para la solución de desacuerdos en el comercio internacional, y las partes de las transacciones internacionales generalmente esperan –y es ésa su intención– que todas y cualesquiera diferencias suyas se resuelvan en un foro arbitral neutral en vez que en las cortes nacionales de una de las partes contratantes²⁷.

- ii) Es la única manera de respetar la *obligación legal* de *Kompetenz-Kompetenz* al dejar que sean los árbitros quienes decidan acerca de su propia jurisdicción.

23. *Ibidem*, 218.

24. Ver *PCCW Global Ltd. versus Interactive Communications Service Ltd.* (2007).

25. R. SMIT, ver la anterior nota 12: “Esta determinación de niveles sería semejante al “examen sommaire” que aplican las cortes suizas, o a la determinación en *prima facie* efectuada por la Cámara de Comercio Internacional según el artículo 6(2) de las reglas de la CCI en que un acuerdo arbitral “podría existir” antes de referir el caso, incluyendo impugnaciones sobre jurisdicción, a los árbitros para su decisión.”

26. R. SMIT, ver la anterior nota 12,26.

27. *Ibidem*, 30.

- iii) Si en este punto la decisión de las cortes fuera vinculante, crearía el efecto de *res iudicata* y, como veremos en la siguiente sección, obligaría al árbitro a acatar hasta una determinación positiva de la corte respecto de la jurisdicción de los árbitros. Este resultado sería inaceptable.

3.3. ¿La decisión de la corte obliga al tribunal?

3.4. Pronunciamiento negativo: El tribunal no tiene jurisdicción

Cuando una corte encuentra que un acuerdo arbitral es inválido o inexistente, emitirá un pronunciamiento negativo. Mediante ese pronunciamiento negativo la corte declara que los árbitros carecen de jurisdicción y continuará considerando la controversia que se le ha presentado. Evidentemente, el tribunal podría decidir ignorar el pronunciamiento y continuar el proceso. Sin embargo, si la corte en el lugar del arbitraje ya hubiera determinado que el tribunal carece de jurisdicción, esa misma corte, casi con seguridad, denegaría la ejecución del laudo y aún podría determinar que las partes o los árbitros se encuentran en desacato. Mi opinión es que los árbitros deben esforzarse por respetar la decisión de la corte en vez de arriesgar las consecuencias de ignorarla.

3.5. Pronunciamiento positivo: El tribunal sí tiene jurisdicción

Por otro lado, cuando una corte determina que un acuerdo de arbitraje es válido, surge una cuestión más interesante: ¿están los árbitros obligados por la decisión de una corte sobre su propia jurisdicción?

La respuesta a esta pregunta depende de la respuesta a la pregunta anterior.²⁸ Si la revisión de la corte según el artículo 8 es entendida como un examen con plena fuerza acerca de la jurisdicción, entonces se deduce que los árbitros podrían estar obligados por ella. Cuando una corte determina *definitivamente* acerca de un asunto legal, ese asunto legal tiene el efecto de *res iudicata* aplicable *erga omnes*.

28. ¿Debe esta revisión inicial de la corte ser un examen completo y con plena fuerza respecto de la validez, o simplemente un caso en *prima facie*?

No obstante, este efecto de *res iudicata* conduciría a la absurda conclusión de que, una vez que la corte determine que el acuerdo es válido, los árbitros estarían obligados a conocer el asunto. ¿Qué pasaría si, después de la decisión de la corte, los árbitros consideran cuando se les presenta el asunto, que el acuerdo no es válido o que está más allá de sus facultades?

Por otro lado, si se entiende que, en *prima facie*, la decisión de la corte fue meramente un caso de invalidez o no a primera vista, el tribunal quedaría en libertad de declinar o aceptar su jurisdicción de *novo*. Lo contrario anularía la obligación legal de *Kompetenz-Kompetenz* y no respetaría la autonomía del arbitraje.

4. Conclusión

Tanto las cortes como los árbitros gozan de jurisdicción para determinar su competencia. Sin embargo, la naturaleza de su jurisdicción es diferente, y diferente también debe ser el tiempo en que decidan acerca del asunto. La jurisdicción de los árbitros para decidir acerca de su competencia es solamente legal y superficial, por lo tanto, ellos tienen solamente la primera palabra. Por otro lado, las cortes tienen jurisdicción substantiva y por ende, tienen la última palabra. No obstante, en caso de que a una corte se le presente la cuestión de la existencia de un acuerdo arbitral antes de llegar al tribunal, debería determinar la validez del acuerdo únicamente *prima facie*. Consecuentemente, esta decisión en *prima facie* no debería obligar a los árbitros a asumir competencia en el asunto si consideran que no la tienen.