

Prórroga de la competencia del tribunal arbitral: ¿es posible en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?

Extension of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction: Is It Possible in the Ecuadorian Legal System?

PAULA ISABEL ZAMBRANO YÉPEZ*

Recibido / Received: 13/01/2025

Aceptado / Accepted: 06/04/2025

DOI: <https://doi.org/10.18272/x9rbtz42>

Citación:

Zambrano, Paula. "Prórroga de la competencia del tribunal arbitral: ¿es posible en el ordenamiento jurídico ecuatoriano?" *USFQ Law Review* vol. 12, n°. 1. (mayo de 2025): <https://doi.org/10.18272/x9rbtz42>.

* Bustamante Fabara, Asociada, Av. Patria E4-69 y Amazonas, Edificio COFIEC, Quito, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: pzambrano@bustamantefabara.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-4779-4499>.

RESUMEN

La legislación ecuatoriana establece ciertos requisitos para manifestar la voluntad para someterse a arbitraje. Existe una discusión sobre la naturaleza de estos requisitos: ¿son *ad probationem* o *ad solemnitatem*? La importancia de esta discusión radica en la posibilidad de la prórroga tácita de la competencia del tribunal arbitral. La prórroga de competencia consiste en otorgar competencia a un juzgador que en principio no la tiene. En este sentido, la posibilidad de prorrogar tácitamente la competencia del tribunal arbitral debe analizarse considerando los requisitos exigidos para manifestar la voluntad de arbitrar. Este artículo analiza la posibilidad de prorrogar la competencia de un tribunal arbitral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano tomando en consideración los requisitos y el estándar para manifestar la voluntad para arbitrar, los diferentes tipos de competencia y la posibilidad de revisar la competencia de oficio.

PALABRAS CLAVE

Prórroga de competencia; voluntad para arbitrar; voluntad tácita; revisión de oficio; kompetenz-kompetenz

ABSTRACT

Ecuadorian law establishes certain requirements to manifest the consent to arbitrate. There is a discussion regarding the nature of these requirements: are they ad probationem or ad solemnitatem? The importance of this discussion lies in the fact that the possibility of the tacit extension of the arbitral tribunal's jurisdiction depends on the nature of these requirements. The extension of jurisdiction consists of granting jurisdiction to a tribunal that, in principle, does not have it. In this sense, the possibility of a tacit extension of the arbitral tribunal's jurisdiction must be analyzed taking into consideration the requirements for the manifestation of the consent to arbitrate. This article analyzes the possibility of extending the jurisdiction of an arbitral tribunal in the Ecuadorian legal system taking into consideration the requirements and the standard for manifesting the consent to arbitrate, the different types of competences and the possibility of reviewing the jurisdiction ex officio.

KEYWORDS

Extension of jurisdiction; willingness to arbitrate; tacit will; ex officio review; kompetenz-kompetenz

1. INTRODUCCIÓN

La voluntad es la piedra angular del arbitraje¹ porque otorga competencia al tribunal arbitral². A lo largo de los años, se han analizado exhaustivamente los alcances, requisitos y la manera en que puede darse la voluntad para arbitrar. Estos elementos varían de acuerdo con cada instrumento internacional y la legislación interna de cada país³. Incluso, existen discusiones doctrinarias en torno a los requisitos de los convenios arbitrales en tratados internacionales⁴. Además, cada país —dentro de su legislación interna— puede tener una tendencia a favorecer el arbitraje o a tener requisitos más exigentes.

Dentro del análisis sobre la voluntad para arbitrar se encuentra la prórroga de la competencia del tribunal arbitral. Esta prórroga implica otorgar competencia a un tribunal que en un principio no la tenía, pero que por la voluntad de las partes ahora la tiene⁵. Esta prórroga también puede darse de manera tácita cuando el convenio arbitral es extendido a asuntos, partes o reglas que no fueron pactadas expresamente⁶. Por ejemplo, A y B celebran un convenio arbitral. Una vez que surge la controversia, A demanda a B y C (que en principio no era parte del convenio). C contesta la demanda sin objetar la jurisdicción del tribunal. En este caso, existe una prórroga tácita de competencia arbitral.

Sin embargo, existen requisitos establecidos sobre la manera en que se debe manifestar la voluntad para arbitrar que podrían contraponerse a la prórroga tácita de la competencia del tribunal arbitral. Uno de estos requisitos es la escrituración del convenio arbitral. Por lo tanto, si el convenio arbitral debe constar por escrito, ¿pueden las partes brindar un consentimiento tácito para arbitrar? ¿Qué valor tiene el silencio cuando no existe una excepción de competencia? ¿Es necesario que los términos y la voluntad para el arbitraje se encuentren solamente en el convenio arbitral?

Este artículo se centrará en analizar la posibilidad de prorrogar de manera tácita la competencia del tribunal arbitral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano basándose en doctrina, jurisprudencia y legislación. Esto tomando en consideración los requisitos que establece el ordenamiento jurídico ecuatoriano

-
- 1 Nigel Blackaby et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Nueva York: Oxford University Press, 2005), 77.
 - 2 Artículo 1, Ley de Arbitraje y Mediación [LAM], R.O. Suplemento 417 del 14 de diciembre de 2006, reformado por última vez R.O. 387 del 21 de agosto de 2018.
 - 3 Gary Born, *International Commercial Arbitration* (La Haya: Oxford Press, 2022), 229.
 - 4 Por ejemplo, existe una discusión doctrinaria sobre los requisitos del artículo II de la Convención para la Ejecución y Reconocimiento de Laudos Extranjeros (Convención de Nueva York). Parte de la doctrina establece que estos requisitos son un piso, es decir, lo mínimo que debe contener un convenio arbitral para que sea válido. Mientras otra parte de la doctrina establece que los requisitos de este artículo son un techo, es decir, el máximo de requisitos que puede tener un convenio arbitral. Ver Born, *International Commercial Arbitration*, 233.
 - 5 Sonia Rodríguez, *Competencia Judicial Civil Internacional* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016), 129.
 - 6 James Otis Rodner, y Angélica Marcano, “Jurisdiction of the Arbitral Tribunal in the Case of Multiple Contracts”, *Journal of Arbitration Studies* 24, n.º 3 (septiembre de 2014): 5, <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/jarbstu24&div=21&id=&page=>.

sobre el consentimiento para arbitrar y la posibilidad de que este sea tácito. Luego de analizar el consentimiento se desarrollará la posibilidad de prorrogar la competencia razón de la persona, materia y voluntad. Además, se analizará si es posible que un tribunal arbitral revise de oficio su competencia. Por último, se presentarán dos casos de la jurisprudencia arbitral ecuatoriana.

2. SOBRE LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD PARA ARBITRAR

A lo largo de los años se han desarrollado diferentes posturas sobre los requisitos que debe tener el convenio arbitral para que efectivamente recoja la voluntad de las partes. El presente apartado busca exponer las tres principales líneas de pensamiento que existen en cuanto a la manifestación del consentimiento para arbitrar.

La primera postura sostiene un estándar alto para analizar el consentimiento para arbitrar. Este estándar exige que: (i) el convenio conste por escrito y (ii) contenga una voluntad inequívoca para someterse a arbitraje. De acuerdo con Rodríguez, el requisito de escrituración no solamente sirve para probar el convenio, sino que también es una forma de manifestar la voluntad inequívoca de las partes para someterse a arbitraje⁷. Por lo tanto, para esta tesis, el requisito de escrituración no es solamente *ad probationem*, sino *ad solemnitatem*⁸. Además, la tesis de la voluntad inequívoca para arbitrar sostiene que no debe haber duda alguna sobre el consentimiento para someter las controversias a arbitraje⁹. Por lo tanto, de acuerdo con esta tesis, la manifestación de la voluntad de las partes para arbitrar tiene un estándar alto.

La segunda postura sostiene que el requisito de escrituración del convenio arbitral solamente es necesario para su prueba. Para esta postura, la existencia y validez del convenio arbitral no depende de su escrituración, sino que solo deja constancia de su contenido¹⁰. La doctrina ha considerado que se puede realizar una interpretación extensiva al requisito de escrituración para que solamente baste dejar constancia del contenido del convenio en cualquier forma¹¹. Esta es la postura mayoritaria en la doctrina nacional e internacional en la actualidad.

7 Fernando Rodríguez, “El carácter escrito del convenio arbitral y los convenios incorporados en el contrato por referencias a cláusulas presentes en otros contratos o en condiciones generales”, *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 1 (2006): 159.

8 La doctrina divide ciertos requisitos —como el de escrituración— en dos tipos: *ad probationem* y *ad solemnitatem*. Por un lado, un requisito es *ad solemnitatem* cuando su incumplimiento tiene como consecuencia la ineficacia o nulidad del negocio jurídico celebrado. Por otro lado, un requisito es *ad probationem* cuando su incumplimiento no afecta a la eficacia o validez del negocio jurídico, sino que dificulta el medio de prueba. Ver, David Namen Baquero, “La forma del pacto arbitral en el Nuevo Estatuto Arbitral Nacional Colombiano: ¿consensual o solemne?”, *Revista E-Mercatoria* 20, n.º 1 (enero-junio de 2021): 8-12.

9 Born, *International Commercial Arbitration*, 752.

10 Fernando Canturias, y Roque Caivano, “La nueva Ley de Arbitraje peruana: un nuevo salto a la modernidad”, *Revista Peruana de Arbitraje*, n.º 7 (septiembre de 2008): 57, <https://www.ipa.pe/pdf/RPA-2008-VII.pdf>.

11 Hugo García, “Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica”, *Juris Dictio* 15, n.º 13 (junio de 2013): 168, <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdiccion/article/view/721790>.

La tercera tesis considera que el requisito de escrituración no es necesario. La eliminación del requisito de escrituración tomó fuerza a nivel mundial con la inclusión de la opción II al artículo 7 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante Ley Modelo CNUDMI). Este artículo establece que “[e]l ‘acuerdo de arbitraje’ es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no”¹². Este artículo abrió la posibilidad para la existencia de convenios arbitrales incluso orales.

En este sentido, para las dos últimas teorías puede existir un consentimiento arbitral implícito o tácito. El consentimiento tácito surge por el comportamiento de las partes, es decir, la voluntad es manifestada por su accionar¹³. Además, estas teorías acogen una interpretación extensiva del convenio arbitral. Esta interpretación se enmarca en el principio *pro arbitri*. De acuerdo con Neira, este principio impone a los árbitros hacer efectiva la voluntad de las partes cuando ha sido manifiesta para someter sus controversias a arbitraje¹⁴. Por esta razón, los árbitros podrían decidir que la voluntad de las partes — siempre y cuando sea lo suficientemente clara— prima sobre las formalidades.

En el presente artículo se analizará cuál de estas tres teorías acoge la legislación ecuatoriana en el ámbito arbitral y civil, con el fin de analizar la posibilidad de que exista una manifestación tácita del consentimiento para arbitrar dentro del sistema arbitral ecuatoriano. Si ello es posible, se podría realizar una prórroga de la competencia del tribunal arbitral bajo la legislación ecuatoriana.

2.1 REQUISITOS BAJO LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

La manifestación de voluntad para arbitrar tiene requisitos formales —contenidos en la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM)— y también requisitos sustanciales. Los requisitos formales y materiales que exige la legislación ecuatoriana para la manifestación de la voluntad de las partes en un convenio arbitral se desarrollarán en este apartado.

Primero, sobre lo material, el convenio arbitral debe cumplir con los requisitos de cualquier relación contractual porque es un contrato. Para que un contrato exista debe tener estos elementos esenciales: (i) consentimiento de las

12 Artículo 7, opción I, Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006.

13 Jorge Hernán Gil Echeverry, *Régimen arbitral colombiano: parte general y parte procesal* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013), 187.

14 Edgar Neira, “El Estado y el juicio de arbitraje según la legislación ecuatoriana”, *Juris Dictio* 7, n.º 1 (octubre de 2007): 65, <https://doi.org/10.18272/iu.v7i11.674>.

partes; (ii) un objeto negocial; (iii) causa y (iv) solemnidades legales (en caso de haberlas). Para efectos del presente trabajo solo se analizará el requisito de manifestación del consentimiento.

Para que exista voluntad —en toda relación contractual— debe exteriorizarse, es decir, llevarla del fuero interno de una persona al mundo social¹⁵. La manifestación de voluntad puede exteriorizarse de manera oral, escrita, por gestos, señas e incluso por conductas. Así, la voluntad puede ser expresa o tácita en toda relación contractual, lo que incluye al convenio arbitral.

Si bien el Código Civil ecuatoriano no menciona de manera expresa estas dos formas de manifestación de voluntad, sí da indicios de que se puede manifestar la voluntad —en la teoría general del negocio jurídico— de manera tácita. Por ejemplo, el artículo 1264 prescribe que la aceptación de una herencia puede ser expresa o tácita y el artículo 2068 dispone que la revocación también puede darse tácita o expresamente¹⁶. La voluntad tácita se expresa a través de la conducta. De acuerdo con Enneccerus, esta forma de voluntad se manifiesta mediante la realización de cierta conducta o acto por el contexto en el que se realiza o porque la conducta es la voluntad en sí misma¹⁷. Así, una conducta —dependiendo del contexto— podría configurar una voluntad tácita.

Segundo, el sistema arbitral ecuatoriano contempla requisitos de forma para el convenio arbitral. La LAM establece que la voluntad para arbitrar debe constar por escrito¹⁸. Este requisito de escrituración puede darse mediante un intercambio de cartas y no necesita estar dentro del contrato que será objeto de un futuro arbitraje¹⁹. Por lo tanto, el único requisito formal que requiere la LAM es que el convenio arbitral conste por escrito. Como se explicó anteriormente, existe una discusión sobre la naturaleza de este requisito: ¿es *ad probationem* o *ad solemnitatem*?

De acuerdo con Pérez Ordoñez, el requisito de escrituración del convenio arbitral es uno *ad solemnitatem* porque es “una condición legal para la validez de acceso al sistema arbitral”²⁰. A primera vista, la escrituración es un requisito de validez del convenio arbitral y, por lo tanto, no son válidos los convenios arbitrales verbales o tácitos. Se considera que el requisito de escrituración tiene carácter *ad solemnitatem* debido a que, mediante el convenio arbitral, se renuncia a la justicia estatal. Por lo tanto, la manifestación de voluntad para

15 Luigi Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano* (Nápoles: Morano, 1948), 327.

16 Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato* (Quito: Cevallos, 2021), 301.

17 Ludwig Enneccerus, *Tratado de derecho civil (parte general)* (Barcelona: Bosch, 1981), 182.

18 Artículo 5, LAM.

19 Artículo 6, LAM.

20 Diego Pérez Ordoñez, “El convenio arbitral en la legislación ecuatoriana”, en *Tratado de derecho arbitral: el convenio arbitral*, tomo I (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2011), 513.

efectuar dicha renuncia debe ser clara e inequívoca²¹. Sin embargo, esta concepción doctrinaria referente a que el requisito de escrituración es *ad solemnitatem* ha evolucionado en los últimos años.

La doctrina más reciente considera que el requisito de escrituración del convenio arbitral es solamente *ad probationem* y, por lo tanto, no afecta la validez del convenio arbitral. Así, doctrinarios ecuatorianos como Salcedo Verduga²² y Ponce Martínez²³ coinciden en que el requisito de escrituración del convenio arbitral no afecta de manera alguna su validez, pues solamente sirve como prueba. Por lo tanto, para la doctrina moderna, el requisito de escrituración dejó de ser *ad solemnitatem* con el fin de priorizar las realidades sobre las meras formalidades y porque su naturaleza probatoria garantiza que el arbitraje sea eficaz²⁴.

Además, las últimas reformas en el sistema arbitral ecuatoriano dan indicios de que la legislación ecuatoriana sigue la doctrina moderna en cuanto al requisito de escrituración del convenio. El artículo 5 del Reglamento a la LAM (en adelante RLAM) establece que, si en un contrato con el sector público no se ha pactado arbitraje, se podrá solicitar a la entidad contratante la suscripción de un convenio arbitral con posterioridad a la firma del contrato. Si la entidad contratante no contesta la solicitud en treinta días, el convenio arbitral se entenderá aceptado²⁵. La incorporación de este artículo en el sistema arbitral ecuatoriano evidencia que la legislación de Ecuador adopta la doctrina que sostiene que la escrituración del convenio arbitral es un requisito *ad probationem*, ya que este no requiere la firma de ambas partes para producir plenos efectos. Como consecuencia, el efecto de que este requisito sea *ad probationem* es que solo sirve para constancia del convenio, mas no para su existencia.

El artículo 6 del RLAM establece que el convenio arbitral alcanza a terceros que (i) hayan tenido una participación activa y determinante en la ejecución, negociación o terminación del negocio jurídico; (ii) pretendan derivar derechos o beneficios del negocio jurídico y (iii) sean organismos de las administraciones que generan actuaciones administrativas²⁶. En este supuesto no existe un convenio arbitral por escrito que verifique la voluntad del tercero para arbitrar. La voluntad, en este caso, se da por las actuaciones del tercero. Por lo tanto, se confirma —una vez más— que el requisito de escrituración en el sistema arbitral ecuatoriano es simplemente *ad probationem* porque la misma

21 Francisco González de Cossio, "La nueva forma del acuerdo arbitral: aún otra victoria del consensualismo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 120 (diciembre de 2007): 784, <https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v40n120/v40n120a4.pdf>.

22 Ernesto Salcedo Verduga, *El Arbitraje: la justicia alternativa* (Guayaquil: DistriLib, 2007), 111.

23 Alejandro Ponce Martínez, "Notas sobre la cláusula compromisoria y sus efectos en la legislación ecuatoriana", en *La cláusula arbitral*, Roque Caivano (Bogotá: Bogotá Workhouse, 2011), 434.

24 García, "Partes no signatarias del convenio arbitral", 82.

25 Artículo 5, Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación [RLAM], R.O. Suplemento 524 del 26 de agosto de 2021.

26 Artículo 6, RLAM.

legislación contempla supuestos en los cuales no se necesita de un convenio arbitral por escrito para que exista voluntad para arbitrar.

2.2 VOLUNTAD TÁCITA Y EL VALOR DEL SILENCIO

La voluntad —como regla general en los negocios jurídicos— puede manifestarse de manera tácita. En este acápite se analiza la posibilidad de manifestar de manera tácita la voluntad para arbitrar, enfocándose particularmente en la conducta de no objetar la competencia del tribunal arbitral al contestar la demanda.

Si bien la LAM prescribe que el convenio arbitral debe constar por escrito, el sistema arbitral ecuatoriano ya ha indicado que es posible prescindir de este requisito para que exista voluntad para arbitrar reconociendo la figura de partes no signatarias²⁷. Si en la contestación a la demanda arbitral el demandado no objeta la competencia del tribunal arbitral ni la existencia de un convenio, ¿podría considerarse una voluntad tácita? ¿El silencio sobre la competencia del tribunal arbitral tiene algún valor jurídico?

Para responder a estas preguntas es necesario analizar el valor del silencio. Existen tres principales corrientes doctrinarias sobre el valor del silencio: (i) el silencio tiene un valor jurídico como manifestación de voluntad, (ii) el silencio por sí solo no tiene valor jurídico y (iii) el silencio en ciertas circunstancias puede tener un valor jurídico. De acuerdo con Parraguez, en la legislación ecuatoriana la regla general es que “el que calla no niega ni otorga”, sin embargo, existen excepciones legales y convencionales²⁸.

Otra excepción es el contexto en el que se da el silencio, es decir, la tercera corriente doctrinaria sobre el valor del silencio. La doctrina ha catalogado a este silencio como uno circunstanciado. Para Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga este silencio va acompañado de otras circunstancias que permiten considerarlo como una manifestación de voluntad²⁹. El silencio circunstancial debe cumplir con un requisito subjetivo y otro objetivo para que se configure una voluntad. El elemento subjetivo se refiere a que la persona tenga la posibilidad de hablar y el elemento objetivo indica que la persona debe tener la obligación de hacerlo³⁰. En este sentido, quien “calla, pudiendo haber hablado,

27 La inclusión de terceros no signatarios podría darse incluso si el reglamento no lo prescribe. En este sentido, se han elaborado varias teorías para la inclusión de terceros no signatarios como el levantamiento del velo societario, el estoppel, la incorporación por referencia, la relación de agencia, el grupo de sociedades, etc. Ver, García, “Partes no signatarias del convenio arbitral”.

28 Luis Parraguez, *Régimen jurídico del contrato*, 309-315.

29 Arturo Alessandri Rodríguez, y Manuel Somarriva Undurraga, *Tratado de Derecho civil: partes preliminar y general, tomo primero* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1961), 303.

30 María del Pilar Pérez Álvarez, “El valor jurídico del silencio en la teoría del negocio jurídico”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, n.º 28 (julio de 2016): 302, <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/5749>.

crea una confianza en el tercero que es necesario proteger”, por lo que es necesario otorgar valor a este silencio³¹. Por lo tanto, el silencio circunstanciado puede ser considerado como otra excepción a la regla general del sistema jurídico ecuatoriano: que el silencio no tiene valor jurídico alguno.

Ahora bien, en el contexto de la voluntad para arbitrar, el silencio sobre la competencia del tribunal arbitral puede considerarse un silencio circunstanciado y, por lo tanto, esta no objeción tiene un valor jurídico: la manifestación tácita de la voluntad para arbitrar. Si una de las partes en la contestación de la demanda de arbitraje no objeta la competencia del tribunal arbitral, se cumplen los requisitos subjetivos y objetivos para que se califique su silencio como uno circunstanciado.

En cuanto al requisito objetivo, la parte que contesta la demanda tiene plenas posibilidades de comunicar su excepción sobre la competencia del tribunal arbitral, por lo que se cumple. Además, es necesario considerar que la contestación a la demanda es el momento procesal oportuno para objetar la competencia del tribunal arbitral y las excepciones son una carga procesal de las partes. De acuerdo con la LAM, los árbitros resolverán sobre su propia competencia en la audiencia de sustanciación que se lleva a cabo después de que se realicen los escritos de demanda y contestación³². Por lo tanto, el momento procesal oportuno para objetar la competencia del tribunal es en la contestación a la demanda.

Asimismo, objetar la competencia del tribunal arbitral es una carga procesal. De acuerdo con Calvino, una carga procesal es la conducta voluntaria de una de las partes en el proceso, al evaluar las opciones previstas por la norma procedimental. Esta acción incluye la posible actividad que se desarrolla cuando la conducta expresada es positiva, dentro del ejercicio del derecho de defensa en juicio, resultando en una consecuencia jurídica específica³³. En consecuencia, no ejercer esta carga procesal tiene un efecto jurídico determinado: la manifestación tácita de la voluntad. Por lo tanto, el silencio sobre la competencia del tribunal arbitral puede clasificarse como uno circunstanciado y constituye una voluntad tácita.

La LAM reconoce expresamente que la voluntad puede manifestarse de manera tácita. El artículo 8 de esta norma prescribe que, si una de las partes no alega la existencia de convenio arbitral en sede judicial, se entiende como una

31 María del Pilar Pérez Álvarez, “Influencia del principio canónico *Qui Tacet, Consentire Videtur* en la doctrina del silencio”, en *La interpretación del negocio jurídico en la historia*, coordinado por Remedios Aranda Rodríguez, 7-32 (Madrid: Instituto Universitario Lucio Anneo Seneca, 2017), <http://hdl.handle.net/10016/24997>.

32 Artículos 11, 17 y 22, LAM.

33 Gustavo Calvino, “La carga procesal y el dinamismo de la norma procedimental”, *Vox Juris* 34 (septiembre de 2017): 142, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6222552>.

renuncia al arbitraje³⁴. Por lo tanto, el sistema arbitral ecuatoriano reconoce expresamente que la voluntad —en este caso una renuncia— puede darse de manera tácita.

Además, la LAM está basada parcialmente en la Ley Modelo de la CNUDMI³⁵, que contempla expresamente la posibilidad de prestar una voluntad tácita en la contestación a la demanda. El artículo 7(5) de la Ley Modelo establece que:

Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.³⁶

En este sentido, la Ley Modelo CNUDMI reconoce la posibilidad de que la voluntad de las partes para arbitrar se manifieste de manera tácita en los escritos de demanda y contestación.

En legislación comparada también se reconoce esta posibilidad. Por ejemplo, Colombia ha reconocido el *pacto ficto* para arbitrar. El artículo 3 de la ley 1563 de 2012 establece que:

Si en el término de traslado de la demanda, o de su contestación, o de las excepciones previas, una parte invoca la existencia de pacto arbitral y la otra no la niega expresamente, ante los jueces o el tribunal de arbitraje, se entiende válidamente probada la existencia de pacto arbitral³⁷.

La legislación colombiana en 2012 reconoció la voluntad tácita para arbitrar, que puede darse mediante el silencio sobre la existencia de un convenio arbitral.

La legislación arbitral española también reconoce la posibilidad de manifestar la voluntad para arbitrar de manera tácita mediante escritos de demanda y contestación. El artículo 9, numeral 6, de la Ley española 60/2003 prescribe que: “[s]e considera que hay convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra”³⁸. Este artículo es muy similar al de la Ley Modelo CNUDMI y también reconoce la voluntad tácita para arbitrar.

34 Artículo 8, LAM.

35 Eduardo Carmigniani, y Carla Cepeda, “Implementación (parcial) en Ecuador de principios de la ley modelo CNUDMI, sobre arbitraje comercial: retrospectiva histórica y necesidades”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 8 (noviembre de 2016): 356, https://iea.ec/pdfs/2016/REA_n8_Art11.pdf.

36 Artículo 7, opción I, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional con enmiendas del 2006.

37 Artículo 3, Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Diario Oficial N.º. 48.489 del 12 de julio de 2012.

38 Artículo 9, Ley 60/ 2003, Boletín Oficial del Estado del 23 de diciembre de 2003.

Por estas razones —tomando en consideración los requisitos de manifestación de voluntad en la doctrina, legislación comparada y legislación nacional— es posible manifestar la voluntad para arbitrar de manera tácita. En consecuencia, a primera vista, es posible prorrogar la competencia del tribunal arbitral. Sin embargo, a continuación se analizarán los límites de esta prórroga de competencia tomando en consideración las distintas formas de competencia que puede tener un tribunal arbitral.

3. SOBRE LA PRÓRROGA DE COMPETENCIA

La prórroga de competencia —de manera amplia— es “la facultad que tienen las partes para convenir expresa o tácitamente, en ser juzgadas por un tribunal distinto a aquél a quien según la ley corresponda el conocimiento del asunto”³⁹. Esta prórroga puede ser expresa o tácita.

Por un lado, es expresa cuando las partes lo manifiestan por escrito o de manera oral. Por ejemplo, cuando las partes, una vez iniciado el proceso arbitral, deciden de común acuerdo que el arbitraje versará sobre más materias que las inicialmente pactadas. Por otro lado, la prórroga es tácita cuando el comportamiento procesal de las partes manifiesta su voluntad⁴⁰. De acuerdo con Vázquez, la prórroga de manera tácita se basa en la interpretación extensiva del convenio arbitral⁴¹.

La legislación ecuatoriana reconoce la prórroga de la competencia en el artículo 8 de la LAM. Este artículo establece que se entiende que una de las partes renuncia al convenio arbitral cuando no presenta objeciones en jurisdicción ordinaria sobre su existencia⁴². Por lo tanto, en este caso, si bien el tribunal arbitral tenía en principio competencia, la actuación procesal de las partes hace que esta competencia se prorrogue al juez ordinario.

De manera análoga al arbitraje, el artículo 162 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ) establece que el tribunal que en un principio no es competente puede llegar a serlo si las partes pactan de manera expresa o tácita la prórroga de la competencia⁴³. Sin embargo, este artículo también prohíbe expresamente la prórroga de la competencia en razón de la materia⁴⁴.

La prórroga de la competencia del tribunal arbitral ha sido tratada en la

39 José Quezada, *La competencia* (Santiago de Chile: Marcelo Carter Santamaría, 1997), 350.

40 Rodríguez Jiménez, *Competencia judicial civil internacional*, 125-35.

41 María Fernanda Vázquez Palma, “Revisión de la competencia del árbitro en relación al tiempo y la materia”, *Revista Ius et Praxis* 16, n.º 2 (2010): 450, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200016>.

42 Artículo 8, LAM.

43 Artículo 162, Código Orgánico de la Función Judicial [COFJ], R.O. Suplemento 544 del 9 de marzo de 2009, reformado por última vez el 29 de marzo de 2023.

44 Id.

doctrina colombiana como un convenio arbitral implícito o *pacto ficto*. Gil Echeverry define a los convenios arbitrales implícitos como aquellos que surgen del comportamiento de las partes y consisten en que la parte demandada, al no presentar una objeción de competencia, brinda su consentimiento para arbitrar⁴⁵. Ruíz Muñoz establece que, si una parte invoca la existencia de un convenio arbitral y la otra no desarrolla excepciones previas en su contestación, existe un *pacto ficto*⁴⁶.

Sin embargo, la doctrina italiana establece que no es posible prorrogar la competencia del tribunal arbitral con la contestación a la demanda. Si el convenio arbitral no consta por escrito, se considera nulo. En este sentido, no procede el *pacto ficto* para arbitrar y, por lo tanto, no puede existir una prórroga de la competencia del tribunal arbitral⁴⁷.

En consecuencia, existe un debate doctrinario sobre la posibilidad de prorrogar la competencia del tribunal arbitral. Por un lado, parte de la doctrina establece que es posible porque las partes están brindando su consentimiento para arbitrar con su actuación. Por otro, la doctrina italiana considera que la prórroga de competencia no procede porque no cumple con el requisito de escrituración del convenio.

La prórroga de competencia en el sistema arbitral abre paso a ciertas interrogantes, principalmente sobre el consentimiento. Si es posible prorrogar la competencia de un tribunal arbitral, ¿existiría algún conflicto con los requisitos para la manifestación del consentimiento? ¿Cuáles serían los límites de la prórroga de competencia? Todas estas interrogantes se responderán a continuación.

4. LÍMITES A LA PRÓRROGA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

La autoridad que tiene la competencia para decidir sobre su propia competencia es el tribunal arbitral con base en el principio *kompetenz-kompetenz*⁴⁸. Sin embargo, esta competencia tiene varias dimensiones con matices diferentes. En esta sección se analiza la prórroga de la competencia del tribunal arbitral tomando en consideración los diferentes tipos de competencia y sus posibles limitaciones.

45 Jorge Hernán Gil Echeverry, *Régimen arbitral colombiano: parte general y parte procesal* (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013), 187.

46 Julio Ruíz Muñoz, "El pacto arbitral ficto o presunto en el derecho del consumidor: interpretación proconsumidor", tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia (mayo de 2018): 22, <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/63906/19381254%20-2018.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

47 Arturo Garavito Zuluaga, "Voluntad de las partes, formación del consentimiento y pacto arbitral tácito o ficto", trabajo de maestría, Universidad de La Sabana (2021): 18-20.

48 Born, *International Commercial Arbitration*, 1048.

4.1 COMPETENCIA EN RAZÓN DE LA MATERIA

Para que el tribunal arbitral tenga competencia en razón de la materia, las controversias que pacten las partes deben ser arbitrables. Esto hace referencia a la arbitrabilidad objetiva: si la materia es arbitrable, el convenio es “válido en sentido material: las cuestiones sobre las que versa el arbitraje deben referirse a derechos que podían, legalmente, someterse a arbitraje”⁴⁹. El artículo II (1) de la Convención de Nueva York establece que el asunto que las partes sometan a la justicia arbitral debe poder ser resuelto por arbitraje⁵⁰. El criterio de arbitrabilidad depende de la legislación de cada país⁵¹.

En Ecuador, el criterio para determinar la arbitrabilidad de una materia es su transigibilidad⁵². El artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador⁵³ y el artículo 1 de la LAM⁵⁴ establecen que se puede someter a arbitraje una controversia “que por su naturaleza se pueda transigir”.

La jurisprudencia también ha decidido sobre la competencia en razón de la materia. En el caso n.º. 2013-011-CCG, resuelto por un tribunal del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, se determinó que “lo importante es que la transacción sea permitida”. En el supuesto de que no lo sea, el tribunal debe abstenerse de conocer la controversia⁵⁵. Por lo tanto, la competencia en razón de la materia tiene como base fundamental que la materia pactada por las partes sea transigible.

Ahora bien, ¿qué debe entenderse por materia transigible? Se entiende como materia transigible “todo aquello que no ha sido calificado como no transigible por la ley”⁵⁶. El artículo 66, número 29, letra d de la Constitución⁵⁷, así como el artículo 8 del Código Civil, establecen que no se puede impedir una conducta que no esté expresamente prohibida por la ley⁵⁸. En consecuencia, los árbitros no pueden resolver sobre materias que estén expresamente prohibidas, por ejemplo, derecho de alimentos o derecho penal.

La arbitrabilidad es considerada un límite a la voluntad de las partes. Es la línea

49 Roque Caivano, “Arbitrabilidad y orden público”, *Foro Jurídico*, n.º 12 (2015): 64, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801>.

50 Artículo II (3), Convención de Nueva York para la Ejecución de Laudos Extranjeros.

51 Caivano, “Arbitrabilidad y orden público”, 65.

52 Leonardo Coronel, e Isabel Núñez, “La transigibilidad: un criterio incorrecto de arbitrabilidad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 10 (noviembre de 2019): 171, <https://iea.ec/pdfs/revista-10/articulos/Coronel-&-Nunez.pdf>.

53 Artículo 190, Constitución de la República del Ecuador [CRE], R.O. Suplemento 449 del 20 de octubre de 2008, reformado por última vez el 25 de enero de 2021.

54 Artículo 1, LAM.

55 Caso n.º 2013-011-CCG, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, 2014.

56 Luis Parraguez, y Juan Carlos Darquea, “La Arbitrabilidad del daño moral”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 8 (noviembre de 2016): 102, https://iea.ec/pdfs/2016/REA_n8_Art4.pdf.

57 Artículo 66, CRE.

58 Artículo 8, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 104 del 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez el 27 de junio de 2024.

que divide la autonomía de la voluntad y la misión adjudicataria pública⁵⁹. Si bien no toda norma de orden público produce la no arbitrabilidad, en la legislación ecuatoriana existe una estrecha relación entre arbitrabilidad y orden público. De acuerdo con Caivano, el orden público y la no arbitrabilidad pueden coincidir si “la norma produce efectos *ab initio* y obliga al árbitro a declinar su competencia”⁶⁰. Esto sucede cuando la legislación impide recurrir a la justicia ordinaria para dirimir determinados derechos o materias⁶¹.

Por esto, a pesar de que las partes pacten arbitraje para resolver sobre una materia no transigible, el tribunal arbitral no tendría competencia porque existe una prohibición expresa a nivel constitucional y legal. En este caso, el orden público es un límite a la autonomía de voluntad de las partes. Por lo tanto, aunque las partes pacten expresamente sobre una materia no arbitrable, el árbitro deberá declinar su competencia. En consecuencia, no es posible prorrogar la competencia en razón de la materia.

4.2 COMPETENCIA EN RAZÓN DE LA PERSONA

El arbitraje tiene como base fundamental la voluntad de las partes. En este sentido, la competencia en razón de la persona se refiere a quiénes el tribunal debería considerar como partes. Como se explicó anteriormente, el convenio arbitral es un negocio jurídico al que se le aplican las teorías y principios de este sistema. Tomando esto en consideración, el principio de relatividad de los negocios jurídicos aplica al convenio arbitral.

El ordenamiento jurídico ecuatoriano no reconoce expresamente el principio de relatividad. Sin embargo, este principio puede desprenderse del artículo 1561 del Código Civil, el cual prescribe que: “[t]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”⁶². El principio de relatividad hace referencia a que el contrato solamente es oponible para quienes se consideren como partes⁶³. Además, de acuerdo con García, el principio de relatividad significa (i) que un negocio jurídico solo surte efectos para las partes y (ii) el negocio jurídico es oponible para todo aquel que se considere como un tercero⁶⁴.

Para analizar la competencia en razón de la persona, el tribunal arbitral debe considerar quiénes son las partes del convenio arbitral. De acuerdo con Parraguez, el primer elemento a considerar para analizar si una persona es

59 Thomas Carbonneau, y François Janson, “Cartesian Logic and Frontier Politics: French and American Concepts of Arbitrability”, *Tulane Journal of International and Comparative Law* 2 (1994): 193, https://elibrary.law.psu.edu/fac_works/298/.

60 Caivano, “Arbitrabilidad y orden público”, 76.

61 Ibid.

62 Artículo 1561, CC.

63 Parraguez, *Régimen Jurídico del Contrato*, 134.

64 García, “Partes no signatarias del convenio arbitral”, 85.

parte es su consentimiento⁶⁵. Así, el tribunal arbitral solo es competente sobre las personas que consintieron en el convenio arbitral.

Se creía que este consentimiento solo podía estar plasmado en el convenio arbitral por escrito. Sin embargo, la doctrina y jurisprudencia han creado las teorías de partes no signatarias con las cuales se puede extender los efectos del convenio a una persona que no lo firmó si su conducta demuestra el consentimiento. Así, se han creado varias teorías para la incorporación de partes no signatarias a un arbitraje: la incorporación por referencia, la representación y agencia, la doctrina de actos propios, levantamiento del velo societario, contrato a favor de un tercero, buena fe, actos propios, etc.⁶⁶. Esto no implica hacer a un tercero parte de un arbitraje, sino reconocer que el consentimiento para arbitrar también puede darse a través de la conducta. En consecuencia, estas teorías reconocen que es posible extender los efectos del convenio arbitral a no signatarios, quienes, debido a su conducta, son considerados como verdaderas partes.

El sistema arbitral ecuatoriano reconoció la posibilidad de que existan partes no signatarias en el convenio arbitral con el artículo 6 del RLAM. Sin embargo, la jurisprudencia ya había permitido la inclusión de partes no signatarias antes de que el ordenamiento jurídico ecuatoriano lo reconozca expresamente. En el caso n.º. 026-05 CAM CCQ, una compañía demandó a un grupo de personas, quienes propusieron una reconvencción en contra de la compañía y de su representante legal por sus propios y personales derechos. En la contestación a la reconvencción, el representante legal no propuso objeciones al convenio arbitral.

El tribunal arbitral estableció que en este caso “existe voluntad expresa tanto de los demandados que reconviene como de quien replica la reconvencción, SEÑOR X, de someter la controversia a arbitraje, en los términos del Art. 6 de la Ley de Arbitraje y Mediación”⁶⁷. En este caso, todas las partes demostraron su consentimiento de manera tácita: (i) los demandados al reconvenir contra el representante legal y (ii) el representante legal al contestar la reconvencción por sus propios y personales derechos. La prórroga de competencia del tribunal arbitral en razón de la persona fue posible porque las partes —mediante su conducta— aceptaron incluir al representante legal en el arbitraje, a pesar de que no firmó el convenio.

De este modo, es plenamente posible prorrogar la competencia del tribunal

65 Ibid., 136.

66 Alfredo Bullard, “¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley Peruana de Arbitraje”, en *Anuario Latinoamericano de Arbitraje* 2, n.º 2 (septiembre de 2012): 44, <https://www.ipa.pe/pdf/Anuario-Latinoamericano-2.pdf>.

67 Caso n.º 026-05, Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Quito, 21 de octubre de 2005, árbitro único, Alejandro Ponce Martínez.

arbitral en razón de la persona cuando existe una voluntad de las partes para realizarlo. A diferencia de la competencia en razón de la materia, quiénes son partes en un arbitraje no es un tema de orden público. Por lo tanto, si ninguna de las partes objeta la inclusión de un no signatario y este también presta su consentimiento —mediante su conducta—, existe una voluntad tácita de todos para arbitrar entre esas partes. Esto ha sido reconocido en jurisprudencia y, además, la legislación ecuatoriana lo reconoce expresamente.

4.3 COMPETENCIA EN RAZÓN DE LA VOLUNTAD

La competencia en razón de la voluntad analiza el ámbito del convenio arbitral. En otras palabras, estudia el convenio arbitral para determinar qué controversias decidieron voluntariamente las partes someter a arbitraje. Este tipo de competencia guarda relación con “el contenido y alcance de la cláusula arbitral, toda vez que en ella se define el ámbito de la disputa sometida a arbitraje”⁶⁸. En la legislación ecuatoriana, la competencia en razón de la voluntad se desprende del artículo 5 de la LAM. Este artículo prescribe lo siguiente:

[e]l convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del **cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir** entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual (énfasis añadido)⁶⁹.

Es decir, un tribunal arbitral es competente en razón de la voluntad cuando el conflicto que conoce está dentro del alcance del convenio arbitral.

El tribunal arbitral solamente tiene competencia en lo que las partes sometan en el convenio arbitral. Sin embargo, como se explicó anteriormente, la voluntad de las partes puede darse de manera tácita. Por lo tanto, existiría una prórroga de competencia en el siguiente supuesto: A y B celebran un convenio arbitral en el que deciden someter las controversias X y Y a arbitraje. Primero, A inicia una demanda en contra de B con respecto a X, Y y Z. Luego, B contesta la demanda sin objetar la competencia del tribunal sobre Z. En este caso existe una prórroga de la competencia en razón de la voluntad.

La jurisprudencia comparada ya ha reconocido la posibilidad de prorrogar la competencia en razón de la voluntad. En un caso conocido por la Corte de Apelaciones de Santiago no se aceptó la acción de casación propuesta por

68 Valentina Centeno Artega, Ana Belén Morales Solís, y Romina Isabel Sánchez Romero, “Falta de competencia del Tribunal Arbitral como causal de nulidad del laudo”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 9 (noviembre de 2017): 263, https://iea.ec/pdfs/2018/REA_No_9_9_Centeno_Morales&Sanchez.pdf.

69 Artículo 5, LAM.

el demandante toda vez que el tribunal arbitral sí tenía competencia porque ocurrió una prórroga⁷⁰. En este caso, el demandado alegaba que el tribunal no era competente para resolver la disputa porque resolvió sobre una materia que las partes no habían pactado expresamente en el convenio arbitral.

Sin embargo, la Corte de Apelaciones desestimó la demanda de casación porque consideró que, cuando el demandado no objetó la competencia sobre esa materia en el momento procesal oportuno, prestó su consentimiento tácito sobre la materia no pactada en el convenio⁷¹. La Corte de Apelaciones consideró que existe una prórroga tácita porque la voluntad del demandado se puede verificar de su propia actuación, en este caso, la no objeción de la competencia del tribunal en el momento procesal oportuno. Esta sentencia es útil para entender la posibilidad de prorrogar la competencia del tribunal arbitral en la legislación ecuatoriana porque la decisión se fundamenta en principios reconocidos por el ordenamiento ecuatoriano como la doctrina de los actos propios y el principio *pro arbitri*.

Es posible prorrogar la competencia en razón de la voluntad de manera tácita siempre que las actuaciones de las partes evidencien su voluntad. Como se explicó anteriormente, el silencio sobre la competencia del tribunal arbitral tiene un valor jurídico. En este caso, la no objeción de controversias —no establecidas en el convenio arbitral— demuestra la voluntad de las partes para incluirlas en arbitraje. Por lo tanto, es plenamente posible prorrogar la competencia del tribunal arbitral en razón de la voluntad porque las partes pueden prestar un consentimiento tácito sobre las controversias que deben tratarse en el arbitraje.

5. REVISIÓN DE OFICIO DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Una vez analizada la posibilidad de que el tribunal arbitral prorrogue su competencia en razón de la persona, materia y voluntad es preciso identificar si esta autoridad puede revisar su competencia de oficio. Esto porque la revisión de oficio de la competencia del tribunal arbitral podría ser un límite a la prórroga de competencia. Si los árbitros pueden revisar de oficio su competencia, la voluntad tácita de las partes podría desestimarse.

El momento procesal oportuno que tienen las partes para objetar la competencia del tribunal arbitral es en su escrito de contestación. El hecho de que este sea el momento procesal oportuno guarda relación con el principio de seguridad jurídica y el derecho a la defensa en la garantía de igualdad procesal.

70 Sergio Moreno Castro, Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de marzo de 2010.

71 Vásquez Palma, "Revisión de la competencia del árbitro", 450.

Si una de las partes realiza argumentos adicionales sin que la otra pueda defenderse, existiría una violación a estas garantías constitucionales. Por estas razones, las partes tienen plazos específicos para la presentación de escritos una vez que inicia el proceso arbitral, incluso para la reforma de su demanda y contestación. Ahora bien, ¿puede el tribunal arbitral revisar su competencia sin que alguna de las partes la objete? En esta sección se analizará esta posibilidad, tomando en consideración el alcance del principio *kompetenz-kompetenz*.

El principio *kompetenz-kompetenz* se refiere a que el tribunal arbitral tiene el poder de decidir si tiene o no competencia para resolver una determinada disputa⁷². Este principio se recoge en la legislación ecuatoriana en el artículo 22 de la LAM⁷³. Sin embargo, el *kompetenz-kompetenz* tiene ciertos límites. Para Caivano, este principio se aplica cuando el demandado plantea una objeción a la competencia del tribunal arbitral o impugna la validez de un convenio arbitral⁷⁴.

De acuerdo con Born, el principio *kompetenz-kompetenz* tiene un efecto negativo y uno positivo. El efecto negativo implica la exclusión de los tribunales judiciales para decidir sobre la competencia de los árbitros y el efecto positivo se refiere a que el tribunal arbitral tiene la competencia para decidir sobre las “objeciones jurisdiccionales”⁷⁵. Por lo tanto, si es que no existe una objeción jurisdiccional, el tribunal no tiene competencia para decidir sobre su propia competencia porque se entiende que las partes aceptaron su jurisdicción. En consecuencia, el tribunal arbitral —en principio— no podría revisar de oficio su competencia.

El artículo 22 de la LAM prescribe que “[u]na vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia”⁷⁶. De acuerdo con este artículo, no existe una prohibición expresa para realizar una revisión de oficio de la competencia, por lo que sería plenamente posible hacerlo. Sin embargo, el hecho de que la legislación permita a los tribunales arbitrales revisar de oficio o investigar sobre su propia competencia, no significa que el tribunal arbitral tiene el deber de hacerlo⁷⁷. Por lo tanto, hay supuestos en los que el tribunal arbitral está obligado a revisar de oficio su competencia y otros en los que debe deferir a la voluntad de las partes —sea esta expresa o tácita—.

Los árbitros podrían realizar una revisión de oficio en el caso de que las partes

72 Redfern et al., *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (Londres: Sweet & Maxwell, 2004), 597.

73 Artículo 22, LAM.

74 Roque Caivano, *Arbitraje* (Buenos Aires: Vilella Editor, 2000), 160.

75 Born, *International Commercial Arbitration*, 1069.

76 Artículo 22, LAM.

77 Seung Wha Chang, “Inherent Power of the Arbitral Tribunal to Investigate Its Own Jurisdiction”, *Journal of International Arbitration* 29, n.º 2 (abril de 2012): 173, <https://doi.org/10.54648/joia2012010>.

hayan pactado una materia no transigible porque es un tema de orden público. Por ejemplo, en el caso ICC n.º 8423, un tribunal arbitral estableció que debía revisar su competencia de oficio —a pesar de que las partes no la habían objetado— porque la materia en disputa versaba sobre derecho de competencia, el cual se encuentra dentro del orden público⁷⁸.

De igual manera, en el caso ICC n.º 1110, el árbitro único revisó y declinó su competencia de oficio porque el caso implicaba “graves violaciones de las buenas costumbres y del orden público internacional”⁷⁹. Si bien estos casos son de arbitrajes internacionales, en los cuales no se aplicó la legislación ecuatoriana, sirven para ilustrar que varios tribunales arbitrales en la práctica internacional han considerado que se puede realizar una revisión de oficio de su competencia sobre la materia.

Otra de las razones por las que el tribunal arbitral podría revisar su competencia de oficio es si el convenio arbitral padece de una nulidad absoluta. El artículo 1699 del Código Civil obliga a los jueces a declarar la nulidad absoluta cuando la nulidad aparece de manifiesto en el acto o contrato, incluso si las partes no la hubiesen solicitado⁸⁰. En consecuencia, en estos casos los árbitros podrían revisar su competencia de oficio porque existe un atentado contra el orden público. Sin embargo, en todos los demás casos, la contestación a la demanda es una manifestación tácita de voluntad de las partes. Por tanto, la revisión de la competencia de oficio —en esos casos— desconocería esta voluntad tácita de las partes.

Además, esta revisión de oficio del tribunal arbitral vulneraría la doctrina de los actos propios que se basa en la buena fe. Esta doctrina consiste en que “nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro”⁸¹.

En conclusión, el tribunal arbitral solamente podría revisar su competencia de oficio en caso de que las partes hayan pactado una materia no transigible o el convenio arbitral padezca de una nulidad absoluta. Sin embargo, en todos los demás casos la revisión de oficio es un abuso del principio *kompetenz-kompetenz* que desconoce la voluntad tácita para arbitrar.

78 Caso ICC n.º 8423, Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, 1994.

79 Jean-Jacques Arnaldez, Yves Derains, y Dominique Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000* (París: Kluwer Law International, 2003), 1-5.

80 Artículo 1699, CC.

81 Marcelo López, “La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación”, *Vniversitas* 119 (diciembre de 2009): 191, <https://www.redalyc.org/pdf/825/82515353014.pdf>.

6. ¿CUÁL ES EL CRITERIO DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL ECUATORIANA?

Existen al menos dos posturas en la jurisprudencia arbitral ecuatoriana sobre la prórroga tácita de competencia y la posibilidad de la revisión de oficio. En esta sección se analizarán dos casos para evidenciar estas posturas.

Primero, en un caso resuelto en 2022 ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, el tribunal arbitral —dentro del acta de sustanciación— revisó su competencia de oficio basándose en el principio *kompetenz-kompetenz*. En este caso, la parte demandada no presentó argumentos para objetar la competencia del tribunal arbitral en su contestación a la demanda, pero sí los realizó en la audiencia de sustanciación. La parte demandada alegó la no competencia del tribunal arbitral en razón de la voluntad porque —en su criterio— ciertas pretensiones de la demandante no estaban cobijadas por el convenio.

El tribunal arbitral reconoció que la objeción de competencia de la parte demandada fue extratemporánea porque el momento procesal oportuno para realizar estas objeciones era la contestación a la demanda. Sin embargo, los árbitros establecieron que en virtud del principio *kompetenz-kompetenz* podían realizar una revisión de su propia competencia de oficio. En consecuencia, se declararon no competentes para conocer algunas de las pretensiones de la demandante⁸².

El hecho de que el tribunal arbitral haya revisado su competencia de oficio desconoce la voluntad tácita de los demandados. Como bien lo reconocieron los árbitros, el momento procesal oportuno para objetar la competencia es en la contestación a la demanda o reconvencción. La LAM prevé que las partes pueden modificar sus escritos de demanda o contestación en el término de cinco días contados desde su presentación⁸³. Por lo tanto, si no se objeta la competencia del tribunal arbitral en los momentos procesales oportunos, las partes reconocen la competencia del tribunal arbitral. En este caso, la revisión de oficio de competencia desconoció por completo la voluntad tácita de las partes.

Segundo, en un caso iniciado en 2024, administrado por la Cámara de Comercio de Quito, las partes habían acordado someter las controversias relativas al monto de la indemnización —dentro de un contrato de seguro—, de común acuerdo, a arbitraje. Las pretensiones de la demandante consistían en que el tribunal arbitral declare el incumplimiento del contrato y ordene

82 Proceso arbitral confidencial, Acta de Audiencia de Sustanciación, Cámara de Comercio de Quito, 24 de agosto de 2023.

83 Artículo 13, LAM.

una indemnización a su favor. A pesar de esto, la parte demandada contestó la demanda sin objetar la competencia del tribunal arbitral. En la audiencia de sustanciación la parte demandada objetó la competencia del tribunal. Ante esto, el tribunal arbitral determinó que tenía competencia para conocer el caso, basándose en la voluntad tácita de las partes. Este criterio se fundamentó en el hecho de que se presentó una demanda arbitral y la misma fue contestada sin objeciones⁸⁴. Por lo tanto, en este proceso existió una prórroga de la competencia, la cual fue reconocida y aceptada por el tribunal arbitral.

Estos casos evidencian las posturas divergentes en la jurisprudencia arbitral ecuatoriana respecto a la prórroga tácita de competencia y la facultad de los tribunales arbitrales para revisar su competencia de oficio. Por un lado, en el caso de 2022, el tribunal arbitral, al realizar una revisión de oficio de su competencia, desconoció la voluntad tácita de las partes. Esto resalta una interpretación extensiva del principio *kompetenz-kompetenz*, que prioriza la facultad de los árbitros sobre el reconocimiento de la conducta procesal de las partes.

Por otro lado, el caso de 2024 refuerza el valor de la voluntad tácita al considerar que la ausencia de objeciones en la contestación de la demanda constituye una aceptación implícita de la competencia arbitral. Aquí, el tribunal priorizó la conducta de las partes, estableciendo que la prórroga es válida y efectiva cuando no se plantean objeciones dentro de los plazos procesales establecidos.

Estas posturas reflejan una tensión entre el respeto a la autonomía de las partes en el arbitraje y la capacidad de los árbitros para evaluar su propia competencia. En este sentido, resulta fundamental avanzar hacia una interpretación equilibrada que armonice el principio *kompetenz-kompetenz* con los actos procesales de las partes, garantizando la seguridad jurídica y coherencia en los procesos arbitrales.

7. CONCLUSIÓN

Este artículo ha explorado la posibilidad de prorrogar la competencia de los tribunales arbitrales en el contexto del sistema jurídico ecuatoriano, considerando tanto los requisitos legales como las implicaciones prácticas de la manifestación de la voluntad, ya sea expresa o tácita.

En primer lugar, se determinó que, aunque el ordenamiento jurídico exige que el convenio arbitral conste por escrito, en Ecuador este requisito es *ad probationem*, lo que permite la posibilidad de manifestar una voluntad tácita para arbitrar mediante las actuaciones de las partes. Esta interpretación se

⁸⁴ Proceso arbitral confidencial, Acta de Audiencia de Sustanciación, Cámara de Comercio de Quito, 8 de noviembre del 2024.

sustenta en la teoría general del negocio jurídico y en las disposiciones del sistema arbitral.

En segundo lugar, se estableció que la prórroga de competencia arbitral es viable en cuanto a la persona y la voluntad, siempre que se respete el principio de autonomía de las partes y se evidencie el consentimiento tácito en las actuaciones procesales. Sin embargo, se reconoció que la prórroga en razón de la materia está restringida por consideraciones de orden público.

En tercer lugar, se analizó la facultad del tribunal arbitral para revisar su competencia de oficio bajo el principio *kompetenz-kompetenz*. Aunque este principio permite a los árbitros decidir sobre su propia competencia, una revisión de oficio podría contravenir la voluntad tácita de las partes, salvo en casos excepcionales relacionados con el orden público o nulidades absolutas.

Por último, la jurisprudencia arbitral ecuatoriana presenta posturas divergentes sobre la prórroga tácita de competencia y la revisión de oficio, lo que refleja una necesidad de mayor uniformidad y desarrollo doctrinario. En este sentido, la jurisprudencia comparada podría enriquecer la práctica arbitral ecuatoriana, promoviendo un equilibrio entre la autonomía de las partes y la intervención del tribunal arbitral.