

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ

Colegio de Jurisprudencia

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

**Paula Isabel Zambrano Yépez
Jurisprudencia**

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

Quito, 24 de noviembre de 2023

© DERECHOS DE AUTOR

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

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

Nombres y apellidos: Paula Isabel Zambrano Yépez

Código: 00211098

Cédula de identidad: 1720480795

Lugar y Fecha: Quito, 24 de noviembre de 2023

ACLARACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Nota: El presente trabajo, en su totalidad o cualquiera de sus partes, no debe ser considerado como una publicación, incluso a pesar de estar disponible sin restricciones a través de un repositorio institucional. Esta declaración se alinea con las prácticas y recomendaciones presentadas por el Committee on Publication Ethics descritas por Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing, disponible en <https://n9.cl/82cwlk>.

UNPUBLISHED DOCUMENT

Note: The following capstone Project is available through Universidad San Francisco de Quito USFQ institutional repository. This statement follows the recommendations presented by the Committee on Publication Ethics COPE described by Barbour et al. (2017) Discussion document on best practice for issues around theses publishing available on <https://n9.cl/82cwlk>.

PRÓRROGA DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL: ¿ES POSIBLE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO?¹

EXTENSION OF THE ARBITRAL TRIBUNAL'S JURISDICTION: IS IT POSSIBLE IN THE ECUADORIAN LEGAL SYSTEM?

Paula Isabel Zambrano Yépez²
paulazambranoy@gmail.com

RESUMEN

La legislación ecuatoriana establece ciertos requisitos para manifestar la voluntad para arbitrar. Existe una discusión sobre la naturaleza de estos requisitos: ¿son *ad probationem* o *ad solemnitatem*? La importancia de esta discusión radica en que la posibilidad de la prórroga tácita de la competencia del tribunal arbitral depende de la naturaleza de estos requisitos. La prórroga de competencia consiste en otorgar competencia a un juzgador que en principio no la tiene. En este sentido, la posibilidad de prórroga de competencia del tribunal arbitral de manera tácita debe analizarse tomando en consideración los requisitos para la manifestación de la voluntad para 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.

ABSTRACT

Ecuadorian law establishes certain requirements to manifest the consent to arbitrate. There is a discussion on 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 willingness 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.

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogada. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Javier Jaramillo.

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

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN.- 2. MARCO TEÓRICO.- 3. ESTADO DEL ARTE.- 4. MARCO NORMATIVO.- 5. ¿QUÉ ES LA PRÓRROGA DE COMPETENCIA?.- 6. LA MANIFESTACIÓN DE LA VOLUNTAD PARA ARBITRAR.- 6.1. REQUISITOS BAJO LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.- 6.2. VOLUNTAD TÁCITA PARA ARBITRAR Y EL VALOR DEL SILENCIO.- 7. LÍMITES A LA PRÓRROGA DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL.- 7.1. COMPETENCIA EN RAZÓN DE LA MATERIA.- 7.2. COMPETENCIA EN RAZÓN DE LA PERSONA.- 7.3. COMPETENCIA EN RAZÓN DE LA VOLUNTAD.- 8. REVISIÓN DE OFICIO DE LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL.- 9. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.

1. Introducción

La voluntad es la piedra angular del arbitraje³ porque otorga competencia al tribunal arbitral⁴. A lo largo de los años, se han analizado exhaustivamente los alcances, requisitos y la manera en la que puede darse la voluntad para arbitrar. Estos elementos varían de acuerdo a cada instrumento internacional y a la legislación interna de cada país⁵. Incluso, existen discusiones doctrinarias en torno a los requisitos de los convenios arbitrales en tratados internacionales⁶. Además, cada país —dentro de su legislación interna— puede tener una tendencia a favorecer el arbitraje o a tener requisitos más exigentes para el mismo.

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 lo tiene⁷. La prórroga de la competencia también puede darse de manera tácita. La prórroga tácita de la competencia del tribunal arbitral consiste en extender el convenio arbitral a asuntos, partes o reglas que no fueron pactadas expresamente en este⁸. 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

³ Nigel Blackaby, Constantine Partasides, Alan Redfern, Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Ciudad: Oxford Press, 2005), 77.

⁴ 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.

⁵ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, (La Haya: Oxford Press, 2022), 229.

⁶ 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, Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 233.

⁷ Sonia Rodríguez, *Competencia Judicial Civil Internacional*, (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016), 129.

⁸ James Otis Rodner y Angelica Marcano, "Jurisdiction of the Arbitral Tribunal in the Case of Multiple Contracts," *Journal of Arbitration Studies* (24), (2014), 5.

era parte del convenio) y 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 de cómo 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 trabajo se centrará en analizar la posibilidad de prorrogar de manera tácita la competencia del tribunal arbitral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano usando un enfoque cualitativo en doctrina, jurisprudencia y legislación. Esto, tomando en consideración los requisitos que establece la legislación ecuatoriana para brindar consentimiento para arbitrar y la posibilidad de que este consentimiento sea tácito. Luego de analizar el consentimiento, se expondrá sobre la posibilidad de prorrogar la competencia razón de la persona, materia y voluntad. Por último, se analizará si es posible que el tribunal arbitral revise de oficio su competencia.

2. Marco Teórico

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 arbitraje⁹. Por lo tanto, para esta tesis el requisito de escrituración no es solamente *ad probationem*, sino *ad*

⁹ 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* 1 (2006), 159.

*solemnitatem*¹⁰. Además, la tesis de la voluntad inequívoca para arbitrar sostiene que no debe caber duda alguna sobre el consentimiento para someter las controversias a arbitraje¹¹. 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. Es decir, para esta postura la existencia y validez del convenio arbitral no depende de su escrituración, este requisito solo deja constancia de su contenido¹². 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 forma¹³. Esta es la postura mayoritaria en la doctrina nacional e internacional en la actualidad.

La tercera tesis considera que no es necesario el requisito de escrituración. La eliminación del requisito de escrituración se dispersó 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 (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”¹⁴. Esto, ha abierto 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. Este tipo de convenios surgen por el comportamiento de las partes, es decir,

¹⁰ 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, "The Form of the Arbitration Agreement in the New Colombian National Arbitration Law: Consensual or Formal?," *Revista E-Mercatoria* 20, (2021), 8-12.

¹¹ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, (La Haya: Oxford Press, 2022), 752.

¹² Fernando Canturias y Roque Caivano, “La nueva Ley de Arbitraje Peruana: Un Nuevo Aalto a la Modernidad”, *Revista Peruana de Arbitraje* 17, (año), 57.

¹³ Hugo García, “Partes no signatarias del Convenio Arbitral entre la realidad económica y la ficción jurídica”, *Iuris Dictio* 13, (2013), 168.

¹⁴ 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.

la voluntad es manifestada por su accionar¹⁵. Además, estas teorías acogen una interpretación extensiva del convenio arbitral. Este tipo de interpretación se enmarca dentro del 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 arbitraje¹⁶. Por esta razón, los árbitros podrían decidir que la voluntad de las partes —siempre y cuando sea lo suficientemente clara— prima por 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.

3. Estado del arte

Este apartado aborda una revisión de la literatura referente a la prórroga de la competencia del tribunal arbitral en el sistema italiano y latinoamericanos; enfocándose principalmente en el análisis del convenio arbitral ficto. Así, se expondrán los principales aportes académicos del tema de estudio.

La prórroga de la competencia del tribunal arbitral consiste en que si una de las partes no objeta la competencia del tribunal, ya sea en razón de la persona, materia o voluntad, en la demanda o reconvención, está brindando su consentimiento para arbitrar incluso si no se estableció expresamente en el convenio. De acuerdo con Vázquez, esto se basa en la doctrina de los actos propios y la interpretación extensiva del convenio arbitral¹⁷. En este sentido, si se permite la prórroga de la competencia del tribunal arbitral, existiría un consentimiento para arbitrar implícito.

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

¹⁵ Jorge Hernán Gil Echeverry, *Régimen arbitral colombiano : parte general y parte procesal*, (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013), 187.

¹⁶ Edgar Neira, “El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana”, *Juris Dictio*, 7 (2007), 65.

¹⁷ María Fernanda Vásquez Palma, “Revisión de la Competencia del Árbitro en Relación al Tiempo y la Materia”, *Revista Ius et Praxis*, 16 (2010), 450.

y consisten en que la parte demandada al no presentar una objeción de competencia, brinda su consentimiento para arbitrar¹⁸. 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 ficto¹⁹.

Sin embargo, la doctrina italiana establece que no es posible prorrogar la competencia del tribunal arbitral con la contestación a la demanda. De acuerdo con Garavito, si el convenio arbitral no consta por escrito se considerará 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 arbitral²⁰.

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 lado, la doctrina italiana considera que la prórroga de competencia no procede porque no cumple con el requisito de escrituración del convenio. Tomando en consideración el debate sobre la prórroga de la competencia del tribunal arbitral, en este artículo se analizará la posibilidad de que exista esta prórroga en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

4. Marco normativo

El presente apartado enunciará la línea legal más relevante sobre el consentimiento para arbitrar. Se abordará la concepción normativa nacional e internacional sobre el consentimiento para arbitrar y la prórroga de la competencia tácita del tribunal arbitral. También, se abordará jurisprudencia internacional para conceptualizar la prórroga de la competencia del tribunal arbitral.

La manifestación de la voluntad para arbitrar de acuerdo con la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM) puede darse de dos maneras: i) mediante un acuerdo por escrito en el cual las partes deciden someter sus controversias a arbitraje y ii) mediante el intercambio de cartas o cualquier otro medio de comunicación por escrito que deje constancia de la voluntad para

¹⁸ Jorge Hernán Gil Echeverry, *Régimen arbitral colombiano : parte general y parte procesal*, (Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2013), 187.

¹⁹ Julio Ruíz Muñoz, *El pacto arbitral ficto o presunto en el derecho del consumidor: interpretación pro consumidor*, (2018), 22.

²⁰ Arturo Garavito Zuluaga, *Voluntad de las Partes, Formación del Consentimiento y Pacto Arbitral Tácito o Ficto*, (2021), 18-20.

arbitrar²¹. En este sentido, la ley no establece expresamente que el consentimiento para arbitrar puede darse con la contestación a la demanda, abriendo la posibilidad de prorrogar la competencia del tribunal arbitral.

Además, el Código Civil ecuatoriano 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 expresamente²².

En cuanto a normativa internacional, es relevante analizar la Convención de Nueva York porque Ecuador ratificó este instrumento internacional en 1962. Además, es pertinente analizar la Ley Modelo CNUDMI porque la actual Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana se basó en esta normativa internacional²³. El artículo II de la Convención de Nueva York establece que el convenio arbitral debe constar por escrito, debe ser firmado por las partes y puede consistir en el intercambio de cartas²⁴. El artículo 7 (5) de la Ley Modelo CNUDMI establece que el convenio arbitral debe constar por escrito y este requisito de escrituración puede consistir en un intercambio de escritos de demanda y contestación donde no se niegue el convenio arbitral²⁵.

En cuanto a la prórroga de competencia, el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ), de manera análoga al arbitraje, define este concepto. El artículo 162 del 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 competencia²⁶. Sin embargo, este artículo también prohíbe expresamente la prórroga de la competencia en razón de la materia²⁷.

²¹ Artículos 5 y 6, 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.

²² Artículos 1264 y 2068, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46 del 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 14 de marzo de 2022.

²³ 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* 8, (2016), 356.

²⁴ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, Nueva York, 10 de junio de 1958, ratificada por el Ecuador el 3 de enero de 1962.

²⁵ Artículo 7(5), Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006.

²⁶ 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.

²⁷ Id.

5. ¿Qué es la prórroga de competencia?

Antes de analizar la posibilidad de prorrogar la competencia del tribunal arbitral bajo la legislación ecuatoriana, es preciso desarrollar sobre este concepto. 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 diverso a aquél a quien según la ley corresponda el conocimiento del asunto”²⁸. Esta prórroga puede ser expresa o tácita. 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. Mientras que la prórroga es tácita cuando el comportamiento procesal de las partes manifiesta su voluntad²⁹.

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 la existencia del mismo³⁰. 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, el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) define la prórroga de la competencia a nivel judicial y también reconoce que esta puede ser expresa o tácita³¹. Por lo tanto, la prórroga de competencia se da cuando las partes —de manera expresa o tácita— otorgan competencia a un órgano que en principio no la tiene.

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.

²⁸ José Quezada, *La competencia*. (Santiago de Chile: Marcelo Carter Santamaría, 1997), 350.

²⁹ Sonia Rodríguez Jiménez, *Competencia Judicial Civil Internacional*, (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016), 125-135.

³⁰ Artículo 8, LAM.

³¹ Artículo 162, COFJ.

6. Manifestación de la voluntad para arbitrar

Debido a la importancia de la voluntad en el arbitraje, la legislación, jurisprudencia y doctrina han planteado los requisitos necesarios para manifestar la voluntad para arbitrar. Así, es relevante analizar estos requisitos y si es posible manifestar la voluntad para arbitrar de manera tácita.

6.1. Requisitos bajo la legislación ecuatoriana

La manifestación de voluntad para arbitrar tiene requisitos formales —contenidos en la Ley de Arbitraje y Mediación— y también requisitos sustanciales. En este apartado se desarrollará sobre los requisitos formales y materiales que exige la legislación ecuatoriana para la manifestación de la voluntad de las partes en un convenio arbitral.

Primero, sobre lo material, el convenio arbitral debe cumplir con los requisitos de cualquier relación contractual porque el convenio arbitral es un contrato. Para que un contrato exista, debe existir: i) consentimiento de las partes; ii) un objeto negocial; iii) causa; iv) las 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 social³². La manifestación de voluntad puede exteriorizarse de manera oral, escrita, por gestos o señas e incluso por conductas. Así, la voluntad puede expresarse de manera expresa o tácita en toda relación contractual, lo que incluye el convenio arbitral.

Si bien el Código Civil ecuatoriano no menciona de manera expresa estas dos formas de manifestación de voluntad, como se mencionó anteriormente, sí da indicios de que la manifestación tácita es posible³³. La voluntad tácita se expresa a través de la conducta. De acuerdo con Ennecerus, 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 misma³⁴. Así, cualquier conducta —dependiendo del contexto— podría configurar una voluntad tácita.

³² Luigi Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, (Napoli: Morano, 1948), 327.

³³ Luis Parraguez, *Régimen Jurídico del Contrato*, (Quito: Cevallos, 2021), 301.

³⁴ Ludwig Ennecerus, *Tratado de Derecho Civil (Parte General)*, (Barcelona: Bosch Editor, 1981), 182.

Segundo, el sistema arbitral ecuatoriano contempla requisitos de forma para el convenio arbitral. La LAM establece que la voluntad para arbitrar debe constar por escrito³⁵. Este requisito de escrituración puede darse mediante un intercambio de cartas y no necesita estar dentro del contrato que será objeto de un futuro arbitraje³⁶. Por lo tanto, el único requisito formal que requiere la LAM es que el convenio arbitral conste por escrito. Ahora bien, 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”³⁷. 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. La consideración de que el requisito de escrituración es uno *ad solemnitatem* nace de la concepción de que con el convenio arbitral se está renunciando a la justicia estatal y por lo tanto, la manifestación de la voluntad para efectuar esta renuncia debe ser inequívoca³⁸. Sin embargo, esta concepción doctrinaria de 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 Verduga³⁹ y Ponce Martínez⁴⁰ coinciden en que el requisito de escrituración del convenio arbitral no afecta de manera alguna su validez, pues solamente sirve como prueba. Así, 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 eficaz⁴¹. Por lo tanto, la escrituración del convenio, de acuerdo con la doctrina moderna, ha evolucionado en un

³⁵ Artículo 5, LAM.

³⁶ Artículo 6, LAM.

³⁷ 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.

³⁸ Francisco González de Cossio, “La Nueva Forma del Acuerdo Arbitral. Aún Otra Victoria del Consensualismo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 120, (2007), 784.

³⁹ Ernesto Salcedo Verduga, *El Arbitraje: la justicia alternativa*, (Guayaquil: Distrilib, 2007), 111.

⁴⁰ Alejandro Ponce Martínez, “Notas sobre la cláusula compromisoria y sus efectos en la legislación Ecuatoriana” en *La Cláusula Arbitral, ed. I*, de Roque Caivano (Bogotá: Bogotá Workhouse, 2011), 434.

⁴¹ Hugo García, “Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica” *Iuris Dictio* 13, (2013), 82.

requisito que solamente sirve de prueba y por lo tanto no afecta a la validez del convenio arbitral.

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 Ley de Arbitraje y Mediación (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 30 días, el convenio arbitral se entenderá aceptado⁴². La inclusión de este artículo en el sistema arbitral ecuatoriano demuestra que la legislación ecuatoriana se acoge a la doctrina que sostiene que la escrituración del convenio arbitral es un requisito *ad probationem* porque este no necesita contar con una de las firmas de las partes para que surta plenos efectos. Como consecuencia, el efecto de que este requisito sea *ad probationem* es que solo sirve para constancia del convenio, más no para su existencia.

Además, 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 administrativas⁴³. 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 legislación contempla supuestos en los cuales no se necesita de un convenio arbitral por escrito para que exista voluntad para arbitrar.

6.2. Voluntad tácita para arbitrar y el valor del silencio

Como se explicó anteriormente, la voluntad —como regla general en los negocios jurídicos— puede manifestarse de manera tácita. En este acápite se analizará la posibilidad de manifestar de manera tácita la voluntad para arbitrar, específicamente en el contexto de la

⁴² Artículo 5, Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación [RLAM] R.O. Suplemento 524 del 26 de agosto de 2021.

⁴³ Artículo 6, RLAM.

actuación de no objeción a la competencia del tribunal arbitral en la contestación de 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 terceros no signatarios⁴⁴. 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 convencionales⁴⁵.

Una excepción adicional 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 voluntad⁴⁶. 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 hacerlo⁴⁷. En este sentido, quien “calla, pudiendo haber hablado, crea una confianza en el tercero que es necesario proteger” por lo que es necesario otorgar valor a este silencio⁴⁸. Por

⁴⁴ 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, Hugo García, “Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica”, *Juris Dictio* 15 (2013).

⁴⁵ Luis Parraguez, *Régimen Jurídico del Contrato*, 309-315.

⁴⁶ Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Derecho Civil. Tomo I*, (Santiago: Nascimento, 1961), 303.

⁴⁷ María del Pilar Pérez Álvarez, “El valor jurídico del silencio en la teoría del negocio jurídico”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma De Madrid*, (28) (2016), 302.

⁴⁸ María del Pilar Pérez Álvarez, “Influencia del principio canónico Qui Tacet, Consentire Videtur en la doctrina del silencio”, *Actas del Congreso ”, Incidencias del lenguaje en los negocios jurídicos a lo largo de la Historia celebrado en la Universidad Carlos III de Getafe, Madrid, los días 14 y 15 de abril de 2015* (2017), 15.

lo tanto, el silencio circunstaciado 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 circunstaciado 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 circunstaciado.

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. El requisito objetivo también se cumple porque 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 contestación⁴⁹. Por lo tanto, el momento procesal oportuno para objetar la competencia del tribunal es en la contestación a la demanda.

Además, objetar la competencia del tribunal arbitral constituye 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 específica⁵⁰. En consecuencia, el no ejercer esta carga procesal tiene un efecto jurídico determinado: la manifestación tácita de la voluntad. En consecuencia, el silencio sobre la competencia del tribunal arbitral puede clasificarse como uno circunstaciado 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 renuncia al arbitraje⁵¹. Por lo tanto,

⁴⁹ Artículos 11, 17 y 22, 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.

⁵⁰ Gustavo Calvino, "La carga procesal y el dinamismo de la norma procedimental", *Vox Juris* 34, (2017), 142.

⁵¹ Artículo 8, LAM.

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 CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional⁵². La Ley Modelo CNUDMI contempla expresamente la posibilidad de prestar una voluntad tácita en el escrito de contestación. 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 otra⁵³.

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. En Colombia se 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 arbitral⁵⁴.

La legislación colombiana en 2012 reconoció la voluntad tácita para arbitrar, la cual 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”⁵⁵. Este artículo es muy similar al de la Ley Modelo CNUDMI y también reconoce la voluntad tácita para arbitrar.

Por estas razones —tomando en consideración los requisitos de manifestación de voluntad en la doctrina, legislación comparada y legislación nacional— es posible manifestar

⁵² Carmigniani y Cepeda, “Implementación (parcial) en Ecuador de principios de la ley modelo CNUDMI, sobre arbitraje comercial. Retrospectiva histórica y necesidades”, 356.

⁵³ Artículo 7 opción I Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional con enmiendas del 2006.

⁵⁴ Artículo 3 Ley 1563 de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional. Diario Oficial No. 48.489, 12 de julio de 2012.

⁵⁵ Artículo 9. Jefatura Del Estado De España. Ley 60/ 2003. 23 de diciembre.

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.

7. Límites a la prórroga 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*⁵⁶. Por lo tanto, la autoridad que verificará la prórroga de competencia es el tribunal arbitral. Sin embargo, la competencia tiene varias dimensiones con matices diferentes. En esta sección, se analizará la prórroga de la competencia del tribunal arbitral tomando en consideración los diferentes tipos de competencia y sus posibles limitaciones.

7.1. 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”⁵⁷. 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 arbitraje⁵⁸. El criterio de arbitrabilidad depende de la legislación de cada país⁵⁹. En Ecuador, el criterio para determinar la arbitrabilidad de una materia es su transigibilidad⁶⁰. El artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador⁶¹, así como el artículo 1 de la LAM⁶², establecen que se puede someter a arbitraje una controversia “que por su naturaleza se pueda transigir”.

⁵⁶ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 1048.

⁵⁷ Roque Caivano, “Arbitrabilidad y Orden Público”, *Foro Jurídico* 12, (2015), 64.

⁵⁸ Artículo II (3), Convención de Nueva York para la Ejecución de Laudos Extranjeros.

⁵⁹ Caivano, “Arbitrabilidad objetiva y orden público”, 65.

⁶⁰ Leonardo Coronel e Isabel Núñez, “La transigibilidad: un criterio incorrecto de arbitrabilidad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* (10), (2019), 171.

⁶¹ 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.

⁶² Artículo 1, LAM.

La jurisprudencia también ha decidido sobre la competencia en razón de la materia. En el caso no. 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 controversia⁶³. 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”⁶⁴. El artículo 66, número 29, letra d de la Constitución⁶⁵, así como el artículo 8 del Código Civil establecen que no se puede impedir una conducta que no esté expresamente prohibida por la ley⁶⁶. En consecuencia, los árbitros no pueden resolver sobre materias que estén expresamente prohibidas como por ejemplo derecho de alimentos o derecho penal.

La arbitrabilidad es considerada un límite a la voluntad de las partes. En este sentido, es la línea que divide la autonomía de la voluntad y la misión adjudicatoria pública⁶⁷. Si bien, no toda norma de orden público, produce la no arbitrabilidad⁶⁸, 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”⁶⁹. Esto sucede cuando, la legislación impide recurrir a la justicia ordinaria para dirimir determinados derechos o materias⁷⁰.

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 un límite a la autonomía de voluntad de las partes. Por lo tanto, aunque las partes pacten expresamente sobre una

⁶³ Caso 2013-011-CCG, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, 2014.

⁶⁴ Luis Parraguez y Juan Carlos Darquea, “La Arbitrabilidad del daño moral”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 8, (2016), 102.

⁶⁵ Artículo 66, Constitución de la República del Ecuador.

⁶⁶ Artículo 8, CC.

⁶⁷ 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.

⁶⁸ Julio César Rivera, “Arbitrabilidad: cuestiones regidas por leyes de orden público”, *Revista la Ley*, (2011), 8.

⁶⁹ Caivano, “Arbitrabilidad objetiva y orden público”, 76.

⁷⁰ *Ibid.*

materias no arbitrable, el árbitro deberá declinar su competencia. En consecuencia, no es posible la prórroga la competencia en razón de la materia del tribunal arbitral.

7.2. Competencia en razón de la persona

Como se ha señalado, el arbitraje tiene como base fundamental la voluntad de las partes. En este sentido, la competencia en razón de la persona se refiere a quienes debería considerar el tribunal 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, al convenio arbitral le aplica el principio de relatividad de los negocios jurídicos.

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”⁷¹. El principio de relatividad hace referencia a que el contrato solamente es oponible para aquellos a quienes se considere como partes⁷². Además, de acuerdo con García, el principio de relatividad significa i) que los efectos del negocio jurídico solo surten para las partes, y ii) que el negocio jurídico es oponible para todo aquel que se considere como un tercero⁷³.

Para analizar la competencia en razón de la persona, el tribunal arbitral debe considerar quienes son las partes del convenio arbitral. De acuerdo con Parraguez, el primer elemento a considerar para analizar si una persona es parte es su consentimiento⁷⁴. En este sentido, el tribunal arbitral solo es competente sobre las personas que consintieron al 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 en con las cuales se puede extender los efectos del convenio —a una persona que

⁷¹ Artículo 1561, CC.

⁷² Luis Parraguez, *Régimen Jurídico del Contrato*, 134.

⁷³ Hugo García, “Partes no signatarias del Convenio Arbitral entre la realidad económica y la ficción jurídica”, *Iuris Dictio* 13, (2004), 85.

⁷⁴ *Ibid*, 136.

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, etc⁷⁵. 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, 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, jurisprudencia ya había permitido la inclusión de partes no signatarias antes de que el ordenamiento jurídico ecuatoriano lo reconozca expresamente. En el caso 026-05 CAM CCQ, una compañía demandó a un grupo de demandados, estos 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”⁷⁶. 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 al arbitraje, a pesar de que no firmó el convenio.

Así, es plenamente posible prorrogar la competencia del tribunal 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, quienes 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

⁷⁵ 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”, *Anuario Latinoamericano de Arbitraje* N° 2 “Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de terceros en el arbitraje”, 44.

⁷⁶ Caso 026-05. Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio de Quito. 21 de octubre de 2005. Árbitro Único, Alejandro Ponce Martínez.

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.

7.3. 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 las partes decidieron voluntariamente 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”⁷⁷. En la legislación ecuatoriana, la competencia en razón de la voluntad se desprende del artículo 5 de la LAM. Este artículo prescribe que:

[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)⁷⁸.

Es decir, un tribunal arbitral es competente en razón de la voluntad si resuelve el conflicto sobre las controversias acordadas por las partes.

El tribunal arbitral solamente tiene competencia a 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, habría 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. A inicia una demanda en contra de B con respecto a X, Y y Z. B constesta la demanda sin objetar la competencia del tribunal sobre Z. En este caso, existe una prórroga de la competencia en razón de la voluntad.

Jurisprudencia comparada ya ha reconocido la posibilidad de prórroga 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 el demandante toda vez que el tribunal arbitral sí tenía competencia porque ocurrió una prórroga⁷⁹. En este caso, el

⁷⁷ Valentina Centeno Arteaga, Ana Belén Morales Solís y Romina Isabel Sánchez Romero, “Falta de competencia del Tribunal Arbitral como causal de nulidad del laudo”, *Falta de competencia del Tribunal Arbitral como causal de nulidad del laudo* 9, (2017), 263.

⁷⁸ Artículo 5, LAM.

⁷⁹ Moreno Castro, Sergio, Corte de Apelaciones de Santiago, 12 de marzo de 2010.

demandado alegaba que el tribunal no era competente para resolver la disputa porque resolvió sobre 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 convenio⁸⁰. En consecuencia, existe una prórroga de la competencia en razón de la voluntad. 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 prórrogar 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 *ratione voluntatis* 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 materia porque las partes pueden prestar un consentimiento tácito sobre las controversias que deben tratarse en el arbitraje.

8. 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

⁸⁰ María Fernanda Vásquez Palma, “Revisión de la Competencia del Árbitro en Relación al Tiempo y la Materia”, *Revista Ius et Praxis* 16 (2010), 450.

defensa en la garantía de igualdad procesal. Si una de las partes realiza argumentos adicionales sin que la otra pueda defenderse sería 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 disputa⁸¹. Este principio se recoge en la legislación ecuatoriana en el artículo 22 de la LAM⁸². 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 del un convenio arbitral⁸³. 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”⁸⁴. 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”⁸⁵. 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

⁸¹ Alan Redfern, et al., *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (Oxford: Sweet & Maxwell, 2009), 597.

⁸² Artículo 22, LAM.

⁸³ Roque Caivano, *Arbitraje*, (Buenos Aires: Villela Editor, 2000) 160.

⁸⁴ Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 1069.

⁸⁵ Artículo 22, LAM.

hacerlo⁸⁶. 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 hayan pactado una materia no transigible porque, como se mencionó anteriormente, es un tema de orden público. Así, en el caso ICC No. 8423, un tribunal arbitral estableció que debía revisar su competencia de oficio —a pesar que las partes no la habían objetado— porque la materia en disputa versaba sobre derecho de competencia, el cual se encuentra dentro del orden público⁸⁷. De igual manera, en el caso ICC No. 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 internacional”⁸⁸. Si bien, estos casos son de arbitraje internacional, en el cual no se aplicó la legislación ecuatoriana, sirven para ilustrar que 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 solicitado⁸⁹. En consecuencia, en estos casos los árbitros si 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. En consecuencia, la revisión de la competencia de oficio —en esos casos— desconocería esta voluntad tácita de las partes.

En un caso resuelto en 2022 ante la Cámara de Comercio de Quito, el tribunal arbitral dentro del acta de sustanciación revisó su competencia de oficio basandose en el principio *kompetenz-kompetenz*. En este caso, la parte demandada no presentó argumentos en contra de la competencia del tribunal arbitral en su contestación a la demanda, pero sí los

⁸⁶ Seung Wha Chang, “Inherent Power of the Arbitral Tribunal to Investigate Its Own Jurisdiction”, *Journal of International Arbitration* 29, 3.

⁸⁷ Caso ICC No. 8423, Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional, 1994.

⁸⁸ Jean-Jacques Arnaldez, Yves Derains y Dominique Hascher, *Collection of ICC Arbitral Awards 1996-2000* (Kluwer Law International 2003), 1-5.

⁸⁹ Artículo 1699, CC.

realizó en la audiencia de sustanciación. La parte demandada alegó la no competencia del tribunal arbitral en razón de su voluntad porque —a su criterio— ciertas pretensiones de la demandante no estaban cobijadas por el convenio arbitral. El tribunal arbitral reconoció que la objeción de competencia de la parte demandada fue extratemporánea porque el momento procesal oportuno para realizar estas objeciones es 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 parcialmente no competentes para conocer tres de las pretensiones de la demandante⁹⁰.

En este caso, 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 reconvención. La LAM prevé que las partes pueden modificar sus escritos de demanda o constestación en el término de 5 días contados desde su presentación⁹¹. 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. Además, esta revisión de oficio del tribunal arbitral vulnera 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”⁹². Si los demandados no objetaron la competencia del tribunal arbitral en razón de la voluntad, se entiende que están aceptándola. En consecuencia, crearon una expectativa en la parte actora de que prestaron su voluntad para someter aquellas controversias a arbitraje. Sin embargo, realizar la objeción —extratemporaneamente— es una variación injustificada de su comportamiento. Sin embargo, el tribunal arbitral aceptó dichas objeciones en su revisión de oficio de su propia competencia.

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

⁹⁰ Proceso arbitral confidencial, Acta de Audiencia de Sustanciación. Cámara de Comercio de Quito, 24 de agosto del 2023.

⁹¹ Artículo 13, LAM.

⁹² Marcelo López, “La Doctrina de los Actos Propios: esencia y requisitos de aplicación”, *Vniversitas 119*, (2009), 191.

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.

9. Conclusiones y recomendaciones

A lo largo de este artículo se analizó la posibilidad de prorrogar la competencia del tribunal arbitral en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, tomando en consideración los requisitos para manifestar una voluntad para arbitrar y los límites que tendría la prórroga de la competencia. Se ha llegado a las siguientes conclusiones. Primero, el ordenamiento jurídico ecuatoriano exige que el convenio arbitral conste por escrito, sin embargo, el requisito de escrituración solamente es uno *ad probationem*. Segundo, tomando en consideración que el requisito de escrituración no afecta la validez del convenio arbitral, es posible brindar un consentimiento tácito para arbitrar. Esto, porque el convenio arbitral también se rige por la teoría general del negocio jurídico. En consecuencia, las actuaciones de las partes pueden constituir un consentimiento para arbitrar.

Tercero, si bien a primera vista es plenamente posible prorrogar la competencia del tribunal arbitral, esta prórroga tiene límites. La competencia del tribunal arbitral puede ser en razón de la persona, materia o voluntad. La prórroga de la competencia en razón de la persona es posible porque las partes pueden prestar una voluntad tácita para incluir a una parte que no firmó en principio el convenio arbitral. Además, la inclusión de partes no signatarias es claramente aceptada en la legislación y doctrina ecuatoriana porque el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación lo reconoce.

La prórroga de la competencia en razón de la voluntad también es posible en el ordenamiento jurídico ecuatoriano considerando que se puede manifestar el consentimiento de manera tácita. Adicionalmente, a diferencia de la competencia en razón de la materia, no atenta contra el orden público.

Por último, se analizó que la prórroga de la competencia en razón de la materia no puede efectuarse porque existe una prohibición expresa y el tribunal arbitral no puede conocer materias que no son transigibles porque atentaría contra el orden público. Por lo tanto, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano la posibilidad de prorrogar la competencia del tribunal arbitral está condicionada al tipo de competencia que se quiera prorrogar.

Cuarto, se analizó la posibilidad de que el tribunal arbitral revise su competencia de oficio. Se concluyó que a pesar de que no existe una prohibición expresa para la revisión de oficio de la competencia del tribunal arbitral, hacerlo implicaría un abuso del principio *kompetenz-kompetenz* y que desconocería la voluntad tácita de una de las partes para arbitrar.

Por todas estas razones, se concluye que existe una limitación para el análisis de la prórroga tácita de la competencia del tribunal arbitral porque no existen muchos laudos —al menos públicos— que traten este tema. Por esto, no es posible analizar la tendencia de los tribunales arbitrales ecuatorianos para prorrogar tácitamente la competencia del tribunal arbitral. Además, es posible que estas tendencias dependan del tipo de competencia. Tampoco existe gran cantidad de laudos sobre la revisión de oficio de la competencia del tribunal arbitral. Por lo tanto, se recomienda que los tribunales arbitrales revisen jurisprudencia extranjera —como la citada en este trabajo— con el fin de que se implementen mejores prácticas en el sistema arbitral sobre la prórroga de competencia con el fin de respetar la voluntad tácita de las partes.