

# La Autonomía de la Voluntad en el Convenio Arbitral

## Alcances y limitaciones

El caso ecuatoriano

Por: **ARMANDO SERRANO PUIG**

**Sumario:** 1. *Autonomía de la Voluntad.* 2. *Fundamentos de la Autonomía de la Voluntad. Reconocimiento Legal y Constitucional.* 2.1. *El Código Civil.* 2.2. *La Constitución.* 2.3. *La Ley de Arbitraje.* 2.4. *Otras leyes.* 3. *Expresión de la Autonomía de la Voluntad.* 3.1. *Capacidad.* 3.2. *Forma.* 3.3. *Quien puede emitir el consentimiento.* 4. *Limitaciones a la Autonomía de la Voluntad.* 4.1. *Objetivas.* 4.2. *Subjetivas.* 4.3. *Formales.* 5. *Alcances de la Autonomía de la Voluntad.* 5.1. *Alcance objetivo.* 5.2. *Alcance subjetivo.* 5.2.1. *En relación con las partes.* 5.2.2. *En relación con terceros.* 5.2.2.1. *Funcionarios del centro arbitral.* 5.2.2.2. *Mediadores.* 5.2.2.3. *Tribunal arbitral y sus miembros.* 5.2.2.4. *Extraños a las partes y al proceso.* 5.2.2.4.1. *Asistencia de la Función Judicial.* 5.2.2.4.2. *Asistencia de otros funcionarios públicos.* 5.2.2.4.3. *Otros terceros.*

### 1.- AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Resultaría aventurado pretender crear para este ensayo una nueva definición o concepto de la expresión “*autonomía de la voluntad*”, luego de que autores de prestigio internacional y elevada calidad ya nos han ilustrado sobre esta materia.

Nuestro aporte, no va a estar en crear nuevas definiciones o conceptos de la *autonomía de la voluntad*, ni mucho menos; va a circunscribirse a lo que es el tema de este ensayo, o sea, a tratar sobre esta autonomía en relación con el convenio arbitral, en el Ecuador.

Comencemos recordando con el publicista argentino, Dr. HUGO CHARNY<sup>1</sup>, que “*Autonomía equivale a independencia*”, entendida como la “*facultad de una comunidad humana de gobernarse a sí misma, mediante sus leyes propias, y por autoridades elegidas de su seno*”. Si bien es cierto que estos conceptos dicen relación más bien con el Estado y su facultad de auto regularse sin dependencia de potencia extranjera alguna, debemos nosotros tomarlos no en ese campo político al que se refiere el autor citado, sino más bien adoptando para entender el vocablo “*autonomía*” la segunda de las acepciones que consigna el Diccionario de la Lengua Española, que dice que es la “*Condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie*”<sup>2</sup>. Este concepto lleva nuestra atención al significado que de aquella palabra es para nosotros el más importante, que no es otro que el de la “*libertad*”, el de la “*libertad del individuo*”, y lo consideramos así, como el más importante, pues

---

<sup>1</sup> Enciclopedia Jurídica OMEBA, Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, Argentina, 1976, Tomo I, p. 961.

<sup>2</sup> De la Real Academia Española, Vigésima segunda edición, 2001, Editorial Espasa Calpe, Madrid, Tomo I, p. 252.

creemos que sólo quien es *libre* se halla en condición de no depender de nadie para *ciertas cosas*. Y hacemos esta referencia para incluir en este concepto de libertad, obviamente, la del individuo para poner en acción su voluntad con independencia de todos los demás, y con no más limitaciones que las que provengan de la ley, la moral y las buenas costumbres<sup>3</sup>, lo que nos conduce ya al tema de la *autonomía de la voluntad*.

Y aquí, siguiendo el pensamiento del distinguido amigo, profesor y jurista peruano, doctor FERNANDO VIDAL RAMÍREZ<sup>4</sup>, diremos que el individuo manifiesta su voluntad generadora de relaciones jurídicas no solo para crearlas y regularlas, sino también para modificarlas o extinguirlas, y que esto lo hace a través de lo que en el Derecho ecuatoriano llamaríamos libertad de contratación. Es de aquí que nace la obligación –como expresamente lo dice el mencionado autor– de que el ordenamiento jurídico reconozca “*eficacia suficiente a la voluntad de los sujetos cuando con ella generan y norman sus relaciones jurídicas, autorregulando sus propios intereses en ejercicio de una delegación del Derecho objetivo para hacerlo*”<sup>5</sup>.

Tenemos, pues, que la *autonomía de la voluntad* la entendemos, entonces, como “*el poder y facultad del sujeto de regular por sí mismo sus intereses y relaciones jurídicas*”, en palabras del profesor argentino ACDEEL ERNESTO SALAS<sup>6</sup>, concepto que el citado profesor CHARNY nos aclara manifestando que “*... la base de la teoría de la autonomía de la voluntad la constituyen dos principios esenciales: a) las partes son soberanas, mediante el acuerdo de voluntades, para crear un vínculo jurídico, con plena libertad para fijar su contenido y sus efectos; b) esta convención tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, debiendo respetarlas y ser respetadas por los jueces llamados a resolver sus diferencias. La función judicial, en efecto, queda limitada a hacer respetar y ejecutar tales convenciones como las leyes mismas, sin entrar a analizar su contenido, salvo en el caso que sus cláusulas o efectos fueran contrarios al orden público o la moral o las buenas costumbres*”<sup>7</sup>.

La teoría de la autonomía –en el campo a que nos estamos refiriendo– sostiene esencialmente la soberanía de los individuos para reglar sus derechos mediante un acuerdo de voluntades (convención o contrato), acuerdo éste que tiene fuerza de ley entre las partes<sup>8</sup>; y vemos que en esto hay prácticamente consenso entre los autores y tratadistas que escriben sobre este apasionante tema, como se aprecia de la lectura de tantas obras que se han escrito sobre esta materia, de la que un ejemplo es la opinión emitida por el profesor ROCA MARTÍNEZ cuando afirma que “*El arbitraje tiene su origen, indiscutiblemente, en un acuerdo (...) puede decirse que el principio base es el de la libre disposición que, referido a su aspecto de derecho jurisdiccional tiene como punto de partida el principio de oportunidad que, cuando predomina el interés individual permite la existencia de sistemas distintos de los propios de los tribunales del Estado para restaurar el interés privado violado o*

---

<sup>3</sup> CHARNY, Hugo, Op. Cit., p. 973.

<sup>4</sup> El Acto Jurídico. Gaceta Jurídica S.A. Séptima Edición. Lima, Perú. ISBN 978-603-4002-20-3. Septiembre de 2007, pp. 57 y siguientes.

<sup>5</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando. Op. Cit., p. 57.

<sup>6</sup> Enciclopedia Jurídica OMEBA, Bibliográfica OMEBA, Buenos Aires, Argentina, 1976, Tomo I, p. 962.

<sup>7</sup> Op. Cit., p. 970.

<sup>8</sup> CHARNY, Hugo, Op. Cit., p. 968.

*desconocido*<sup>9</sup>. Alguna referencia hace también a esta autonomía la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, en la *Nota Explicativa 31 sobre la Ley Modelo*<sup>10</sup>, y el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR, en inglés) y la Asociación Americana de Arbitraje lo hacen más categóricamente aún, al decir que el Reglamento de Arbitraje Internacional por ellas aprobado permite el pleno ejercicio de la *autonomía de la voluntad de las partes*<sup>11</sup>.

Todo lo que hasta el momento hemos dicho respecto de este tema prácticamente se resume en las siguientes palabras y conceptos de los eminentes civilistas franceses RIPERT BOULANGER, que por su claridad y precisión transcribimos íntegramente: *“El principio de la libertad contractual es uno de los más importantes del Código civil (...) Este mismo principio se expresa a veces hablando de la autonomía de la voluntad. La idea es algo diferente. La libertad contractual es un principio jurídico indiscutible, ya que está dictado por la ley. La autonomía de la voluntad es una explicación filosófica de la regla y una tendencia a su mantenimiento o desarrollo. Con esto se quiere decir que la ley debe respetar las voluntades individuales, sea porque el derecho individual de obligarse es superior a la ley, sea porque hay un interés económico y social en que los hombres reglamenten sus relaciones por su sola voluntad. Esta teoría fue defendida a este título en el siglo XIX como expresión del individualismo liberal. En la actualidad, ha perdido bastante de su favor con el desarrollo de la intervención del Estado en las relaciones privadas”*<sup>12</sup>

Necesario es decir que la autonomía de la voluntad así comprendida no es patente que permita sobrepasar los límites obvios del respeto que todo sujeto debe a los demás, entre los que se hallan el orden público y las buenas costumbres, como acertadamente lo expresa el profesor CHARNY<sup>13</sup> cuando nos dice que siempre las partes tuvieron libertad para sus convenciones particulares dentro de los límites impuestos a esa libertad por leyes de interés general. Dentro de esos límites cabe hablar de autonomía de la voluntad, pero no más allá.

En su explicación sobre la *autonomía de la voluntad*, el mismo profesor CHARNY afirma que fue LOUIS JOSSERAND, eminente jurista francés, quien se refirió al fenómeno del dirigismo contractual señalando que se produjo como reacción de los poderes públicos a la plena autonomía de la voluntad que primó como consecuencia de la revolución liberal de 1789, lo que se tradujo en profundas reformas al Derecho Contemporáneo limitando la libertad que para las relaciones particulares dejaban los códigos, en defensa de intereses colectivos, en lo que ahora se conoce como el Derecho Social, como sucede con los contratos de trabajo y los de inquilinato<sup>14</sup>.

---

<sup>9</sup> ROCA MARTÍNEZ, José María, “Arbitraje e Instituciones Arbitrales”, José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, España, 1992, ISBN 84-7698-221-6, p. 63.

<sup>10</sup> Comentando el artículo 19 de la Ley Modelo, en los números 31 y 32 de la Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, se refiere a que las partes son autónomas para determinar las normas de procedimiento que ha de seguir el tribunal arbitral en sus actuaciones.

<sup>11</sup> AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, Procedimientos para la Resolución de Disputas Internacionales.

<sup>12</sup> RIPERT, Georges y Jean BOULANGER. Tratado de Derecho Civil, según el tratado de Planiol, Tomo I, Parte General. El Derecho – Instituciones Civiles. La Ley, Buenos Aires, Argentina, 1979, p. 424.

<sup>13</sup> CHARNY, HUGO, Op. Cit., p. 973.

<sup>14</sup> Op. Cit., pp. 970 y 971.

Y para destacar la importancia que tiene este principio en este método alternativo de solución de controversias, transcribo la siguiente opinión autorizada: “El elemento más relevante del arbitraje es el valor que se reconoce a la autonomía de la voluntad, como quicio de todo el sistema arbitral (*pacta sunt servanda*)<sup>15</sup>. A través de una convención, las partes deciden sustraer el conocimiento de un litigio presente o futuro de la jurisdicción del Estado, sustituyendo la intervención de un órgano jurisdiccional público por otro privado...”<sup>16</sup>.

## 2. RECONOCIMIENTO LEGAL Y CONSTITUCIONAL

### 2.1. El Código Civil

Es normalmente el Código Civil la fuente de la que nace este principio de la *AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD*, pues es en este cuerpo de leyes en el que encontramos disposiciones como la contenida en su artículo ocho, que a nuestro entender se constituye en la fuente primigenia de este principio.

En este artículo ocho, con toda claridad se contiene uno de los más importantes principios de todos cuantos informan el Derecho de cualquier sociedad políticamente organizada, y en nuestro caso, del Derecho Ecuatoriano, cuando prescribe expresamente y a la letra, que: “A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley”. Así, con esta sencilla frase, con palabras tan claras y concisas se sienta en el Ecuador –al igual que lo fue en el Perú, pues su Código Civil de 1852 traía idéntica disposición en el artículo III de su Título Preliminar<sup>17</sup>– el principio fundamental y básico de la libertad de acción de la persona, que no encuentra otro límite que la prohibición expresa nacida también de la ley. Así se recoge en esta profunda frase aquel adagio jurídico o decir popular según el cual en derecho privado se puede hacer todo cuanto no se halle prohibido.

A lo anterior hay que agregar que el artículo 1453 del Código Civil –que es el primero del Libro IV de dicho Código, y que trata de “*Las Obligaciones en General y de los Contratos*”, comienza diciendo que “*Las obligaciones nacen ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos y las convenciones...*”, que es otra forma de reconocer el amplio derecho que se concede a las personas para pactar como a bien tengan, y que hoy en el Ecuador alcanza reconocimiento constitucional, como se menciona más adelante en este mismo ensayo.

Este principio del Código Civil encuentra soporte en la disposición del literal d) del numeral 29 del artículo 66 de la Constitución de la República que se halla en vigencia, que tratando de los *derechos de libertad*, dice que “*Se reconoce y garantizará a las personas (...) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley*”, que es otra manera de decir, como lo dice el Código Civil, que a nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley.

---

<sup>15</sup> Expresión latina que significa que los pactos deben cumplirse.

<sup>16</sup> ROMERO SEGUEL, Alejandro y José Ignacio DÍAZ VILLALOBOS, “El Arbitraje Interno y Comercial Internacional”. Santiago, Chile. Lexis Nexis, 2007. ISBN: 978-956-719-4, p. 2.

<sup>17</sup> VIDAL RAMÍREZ, Fernando, Op. Cit., p. 64.

Para nosotros, dos son las columnas sobre las que se sustenta el edificio del DERECHO en el Ecuador: La primera es esta disposición del Código Civil a la que nos estamos refiriendo, recogida en su transcrito artículo ocho, y la segunda es la que se contiene en el artículo 226 de la Constitución de la República, que textualmente dice:

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley...” (la subraya es mía).

Y son las columnas del edificio del Derecho, pues mientras la norma del Código Civil ratificada por el artículo 66 N° 29 letra d), de la Constitución de la República consagra el principio de que en derecho privado se puede hacer todo lo que no se halle expresamente prohibido por la ley, la norma del transcrito artículo 226 de la misma Carta Fundamental, en tratándose del Estado y sus funcionarios, sostiene exactamente el principio contrario, esto es, que ningún funcionario ni ente público puede hacer nada que no le haya sido expresamente atribuido, autorizado o mandado por la Constitución y la ley, pues como lo ha manifestado el eximio ex Arzobispo de Guayaquil, DR. JUAN LARREA HOLGUÍN, quien además ha sido uno de los más distinguidos y preclaros juristas del Ecuador, este diferente tratamiento tiene su razón de ser en que si se aplicara en materias Constitucionales y Administrativas el mismo principio del Código Civil, “*en lugar de garantizar la libertad se la destruiría*”<sup>18</sup>.

## **2.2. La Constitución**

Creemos y sostenemos que la autonomía de la voluntad obtiene también claro e indiscutible reconocimiento en nuestro derecho constitucional, pues aun cuando no se diga en nuestra Carta Política en forma expresa que se reconoce el derecho de los individuos o personas a declarar y manifestar con plena autonomía su voluntad en los contratos que celebren, si lo hace con otros términos o a través de otras de sus disposiciones, como pasamos a ver.

Es bien conocido incluso en el ámbito internacional, que el Ecuador –al igual que algún otro país latinoamericano– se caracteriza por una permanente inestabilidad constitucional manifestada en la existencia, desde nuestra independencia de España, de 20 constituciones políticas comenzando por la Grancolombiana de 1821, hasta la última aprobada en referéndum en septiembre de 2008 y vigente desde el 20 de octubre de 2008.

Pues bien, de lo poco bueno que toda esta larga historia constitucional ha traído y dejado al Ecuador, está la continua, oportuna y hasta ágil modernización de la legislación fundamental ecuatoriana que, de otra manera, habría sido bastante más difícil de lograr, pues parece que siempre es más complicado reformar instituciones y preceptos recogidos en una Constitución determinada, que adoptar nuevos principios, nuevos preceptos, nuevas instituciones, nuevos derechos y nuevas garantías con la expedición de nuevas cartas fundamentales en las que se vayan incorporando los nuevos avances que en estas materias se han ido registrando en

---

<sup>18</sup> Compendio de Derecho Civil. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito, Ecuador. 1968, p. 116.

otras latitudes y países. Así, por ejemplo, podemos mencionar que en el Ecuador se abolió la esclavitud en la Constitución de 1845, que existe el divorcio desde 1902, que en la Constitución de 1906 se prohibió la prisión por deudas, que se incorporó el Derecho Laboral con todos sus enormes avances legislativos y sociales –tomado de México– en 1929, que en la Constitución de 1967 se reconoció ya la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de los hijos –eliminando la distinción que hasta ese momento había, entre hijos legítimos e ilegítimos–, etcétera, y que en este orden de cosas, en la Constitución de 1998 se reconocieron ya el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos y que, por último, en la Constitución vigente se consagra, una vez más, el reconocimiento del arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos<sup>19</sup>, y que se lo hace poniéndolos en el mismo nivel que se reconoce para la justicia ordinaria o para la justicia indígena.

Y si, la Constitución actual (que se divide en títulos, éstos en capítulos y los capítulos en secciones) consagra en la Sección Octava: “Medios alternativos de solución de conflictos” de su Capítulo Cuarto: “Función Judicial y Justicia Indígena” de su Título IV: “Participación y Organización del Poder”, en el artículo 190, lo siguiente que por su importancia conviene transcribir: *“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.// En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”*.

El arbitraje (nos referimos no al arbitraje forzoso para la solución de controversias colectivas de trabajo, cuya historia constitucional es bastante más antigua) alcanza y tiene ahora, entonces, en el Ecuador, como ya sucede en muchos países, nivel y jerarquía constitucionales, y lo tiene porque así expresamente consta en la Carta fundamental sin que se precise de ninguna disquisición, elucubración o construcción doctrinaria para buscar y encontrar para el arbitraje, respaldo en un texto de la ley básica del Estado. La Carta Fundamental ecuatoriana reconoce expresamente al arbitraje, y lo hace dándole la misma e igual jerarquía que a la justicia ordinaria. Creemos, entonces, que en este caso se trata de un avance que ya tiene una importante historia de casi doce años en el Ecuador, avance que consideramos sería importante que sea adoptado también por la legislación constitucional de otros países.

Con el reconocimiento constitucional al arbitraje se está consagrando tácitamente el principio de la autonomía de la voluntad, y somos del criterio de que ninguna otra declaración de voluntad de un sujeto manifiesta más plenamente la autonomía de su voluntad que el convenio arbitral que celebre, pues por él retira a la justicia ordinaria y a sus órganos la facultad de dirimir y resolver sus conflictos.

Pero además de ratificar, entonces, que con el reconocimiento expreso que del arbitraje contiene la Constitución de la República del Ecuador se reconoce también, implícitamente, la autonomía de la voluntad, debemos destacar que además encontramos en ella el reconocimiento expreso a otro derecho de trascendencia enorme para lo que es el tema de que estamos tratando.

---

<sup>19</sup> Artículo 190.

En efecto, el Título II de esta nueva Constitución de la República trata de los “Derechos”, y en su Capítulo Sexto desarrolla los en esta Carta Política llamados “Derechos de Libertad”, entre los que, en el artículo 66, se dice que “*Se reconoce y garantizará a las personas (...) 16. El derecho a la libertad de contratación*”. Si, así sencilla y simplemente, sin ninguna restricción ni limitación expresa –como ocurría en la Constitución de 1998 y como ocurre en la legislación constitucional de la mayoría de los países– se reconoce al derecho a la libertad de contratación. En la Constitución anterior, en la de 1998, en el artículo 23 se decía: “*Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará los siguientes: 18. La libertad de contratación, con sujeción a la ley*”.

A simple vista se advierte la diferencia, profunda a nuestra manera de ver, entre los dos textos constitucionales, ya que mientras el de 1998 supeditaba el derecho a la libertad de contratación a lo que disponga la ley, lo que implicaba que tal derecho se encontraba amparado pero solo en tanto en cuanto se lo ejerza *con sujeción a la ley*, hoy, en cambio, su reconocimiento constitucional no encuentra aquel límite de la ley, lo que significa que sus límites no serían otros que los de la misma Carta Fundamental, el orden público y las buenas costumbres. Se debe tener en cuenta para comprender de mejor manera el alcance de esta nueva normativa, que la misma nueva Carta Política dispone, en primer lugar, que “*Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales*”<sup>20</sup>, y que “*Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía*”<sup>21</sup>, esto es, que la propia Constitución prohíbe que los principios que consagra puedan ser restringidos por una norma legal que en todo caso siendo inferior a la Constitución no puede reformarla y peor restringirla; y, además, se dispone también en forma expresa que todos los derechos que reconoce tienen el mismo nivel de importancia, por lo que ningún derecho se halla por sobre otro, debiendo ser aplicados mediante un procedimiento ahora llamado de “*ponderación*”.

Haciendo una especie de paréntesis en el tratamiento de nuestro tema principal y a modo de alumbrar el entendimiento de lo que está sucediendo con la nueva Carta Constitucional ecuatoriana –en este caso referido al *derecho a la libertad de contratación* que reconoce en forma más amplia y menos limitada que lo que hacía la Constitución de 1998–, me permito citar al constitucionalista colombiano CARLOS BERNAL PULIDO, quien en su ensayo: “*Refutación y defensa del Neoconstitucionalismo*”, recogido en la muy importante obra colectiva: “*Teoría del Nuevo Constitucionalismo*”, editada por el publicista mexicano MIGUEL CARBONELL<sup>22</sup>, resumiendo el pensamiento de LUIS PRIETO SANCHÍS, afamado pensador de estas nuevas tendencias, dice que: “*...el neoconstitucionalismo se caracteriza por la defensa simultánea de las siguientes tesis atinentes a la Constitución y a su interpretación: 1. La Constitución es material (...) 2. (...) es garantizada. Su protección se encomienda a los jueces. 3. (...) es omnipresente. Los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva que irradia todo el sistema jurídico (...)*

---

<sup>20</sup> Artículo 11, principio 4º.

<sup>21</sup> Artículo 11, principio 6º.

<sup>22</sup> Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos. Madrid, España. Editorial Trotta, S.A., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, 2007. ISBN: 978-84-8164-928-4, p. 290.

regula plenamente la legislación «En la constitución de los derechos no hay espacios exentos para el legislador porque todos los espacios aparecen regulados». 4. (...) establece una **regulación principalista** (...) es abierta y «habla con muchas voces», pero el legislador y el juez escuchan la misma voz. 5. (...) **se aplica mediante la ponderación** (...) construye una jerarquía móvil (...) es decir, establece cual de los principios debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. 6. (...) implica negar la posibilidad de estructurar un «modelo geográfico» de relaciones entre la Constitución y la legislación, en el cual la frontera entre los derechos fundamentales y la ley aparezca claramente delimitada y existan unos límites infranqueables por el Legislador (...) Por ello mismo, **o un caso es legal o es constitucional**. 7. (...) implica, más bien, la existencia de un modelo argumentativo de relaciones entre la Constitución y la legislación (...) no distingue el mundo de la legislación del mundo constitucional (...) tampoco elimina la libertad legislativa de regulación. Solamente la somete a la prohibición de arbitrariedad (...) es decir, impone al legislador el **deber de fundamentar todas las restricciones a los derechos fundamentales** (...) la relación entre Constitución y legislación no puede estructurarse con base en la división entre materias unas constitucionales y otras legales, sino en «**círculos de competencias**».

Se entiende, entonces, que este derecho a la libertad de contratación no tenga hoy la misma limitación que antes tuvo, de ejercerse *con sujeción a la ley*, pues ahora su interpretación está sujeta a la ponderación frente a otros derechos protegidos constitucionalmente en relación con el caso que se estudie al momento en que deba de ser interpretado, para ver cual de todos estos derechos constitucionales debe prevalecer sobre el otro u otros. Claro, esto puede dar lugar a enormes abusos y, sobre todo, a una grave inseguridad jurídica, pues nunca nadie sabrá con anterioridad y a ciencia cierta cuál es el derecho que en el caso determinado deba prevalecer sobre otro u otros, además de que posible sería que eventualmente y por esta vía de la ponderación se pueda llegar a establecer que incluso derechos tan fundamentales como a la vida o a la libertad, queden relegados a un segundo plano frente a algún otro derecho.

### 2.3. La Ley de Arbitraje

Pero a más del reconocimiento constitucional al que ya nos hemos referido, en el Ecuador el arbitraje (y con él el principio de la autonomía de la voluntad) ha sido reconocido y regulado por la legislación secundaria (frente a la Constitución) desde hace ya largo tiempo, primero por el Código de Procedimiento Civil (antes, de Enjuiciamiento Civil) que en uno de sus últimos capítulos o secciones trataba del «*Juicio por arbitraje*»<sup>23</sup>; luego, en octubre 23 de 1963 se puso en vigencia la Ley de Arbitraje Comercial, que significó un importante paso adelante en el desarrollo del arbitraje al hacerlo más sencillo, ágil y claro y, sobre todo, al haber impuesto a los directorios o juntas directivas de las cámaras de comercio –organizadas– de las ciudades capitales de provincia, la obligación de formular en el mes de enero de cada año, una lista de veinte árbitros, para que integren los tribunales de arbitraje, y al crear nuevas normas procesales para la presentación y contestación de demandas de esa naturaleza, y su trámite. Esta es la ley que dio paso a que algunos años después de su expedición se crearan los primeros centros de arbitraje en las

---

<sup>23</sup> Sección 30ª del Título II del Libro Segundo, en la codificación del 18 de mayo de 1987.

cámaras de comercio Quito y Guayaquil. Debe dejarse constancia de que pese a la existencia de esta Ley de Arbitraje Comercial, el arbitraje siguió casi totalmente estancado, habiéndose presentado en estos centros de arbitraje unos muy pocos casos que fueron tramitados y resueltos con las normas de esta Ley de Arbitraje Comercial.

Posteriormente se dictó la moderna y actual Ley de Arbitraje y Mediación, promulgada en el Registro Oficial N° 145 del 4 de septiembre de 1997, que es la que se encuentra en actual y pujante vigencia y que fue profundamente influida –como la prácticamente totalidad de las últimas leyes de arbitraje que se han expedido en el mundo- por la Ley Modelo de la CNUDMI, y con la cual podemos decir sin temor a equivocarnos que el arbitraje, en el Ecuador, no sólo que ya despegó, sino que se encuentra en pleno vuelo y tomando cada vez mayor altura y vigencia. Claro, hay opiniones distintas –que respetamos– según las cuales el arbitraje se encuentra en el Ecuador aún muy adormecido y sin mayor trascendencia, y que opinan así diciendo que en el país se procesan todavía muy pocos arbitrajes al año y porque quisieran ver los centros de arbitraje llenos de causas. Bueno, también nosotros quisiéramos verlos así, pero sin embargo somos de la opinión contraria, pues nos parece que procesar un promedio de 80 causas al año en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (que es el más activo), algo como la mitad o poco más en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, tal vez una decena en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana y otro tanto en el Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción CENAMACO, etcétera, es baste más, es muchísimo más de lo que teníamos hasta que se dictó la Ley de Arbitraje y Mediación en vigencia. Y los casos de arbitraje van en aumento, lento pero constante, lo que implica que va ganando prestigio en la sociedad que, por ello, no duda ya de incluir convenios arbitrales en muchísimos de los contratos que se suscriben.

#### **2.4. Otras Leyes**

Pero también halla sustento el arbitraje en leyes como la de la Procuraduría General del Estado, que remitiéndose a este sistema alternativo de solución de controversias lo hace para regular la participación del Ministerio Público en representación del Estado y sus entidades, en procesos arbitrales en que deban de intervenir el Estado o sus instituciones<sup>24</sup>; o en el nuevo Código Orgánico de la Función Judicial, en el que se incluyen al arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos, como una forma de servicio público a la comunidad, al igual que declara que lo es la administración de justicia por la Función Judicial<sup>25</sup>.

Es importante señalar que la también nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública consigna, en su capítulo de “La Solución de Controversias”, como primer mecanismo de hacerlo, los procedimientos de mediación y arbitraje en derecho, y sólo para el caso de que las partes no se pongan de acuerdo en acudir a estos sistemas alternativos de solución de controversias, prevé la posibilidad de que la controversia se ventile en sede judicial y en trámite de la jurisdicción contencioso

---

<sup>24</sup> Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, artículos: 3, 5 y 11.

<sup>25</sup> Artículo 17.

administrativa<sup>26</sup>. Es, pues, entonces, una ley que soporta y promueve de muy buena forma al arbitraje.

Se debe mencionar de manera destacada a la Ley General de Seguros, pues ella obliga a las aseguradoras a que en el formulario de pólizas de seguros se incluya la opción de las partes de someter a decisión arbitral o mediación las diferencias que se originen en el contrato o póliza de seguros<sup>27</sup>, aun cuando pese al número siempre muy grande de pólizas que se emiten año tras año en la práctica no lleguen a los centros arbitrales controversias que deban ser solucionadas por este sistema. Creemos que la autoridad de control de las aseguradoras debería intervenir –en ejercicio de las facultades que la ley le concede para ello– velando porque en las pólizas se contengan cláusulas arbitrales bien redactadas, que conduzcan a que en caso de controversia puedan las partes solucionarla a través del arbitraje, que en nuestra opinión es la solución inteligente a los problemas.

En la Ley de Propiedad Intelectual se contienen importantes disposiciones sobre arbitraje, como aquella por la cual se faculta al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, IEPI (que es una institución del Estado), a suscribir el respectivo convenio arbitral sin consultar con el Procurador General del Estado, obviando este trámite que en determinados casos puede ser un importante obstáculo burocrático para la suscripción del convenio arbitral<sup>28</sup>.

La ley de Hidrocarburos contempla la posibilidad de que las controversias derivadas de los contratos regidos por esa misma ley puedan ser resueltas por arbitraje<sup>29</sup>; igual sucede con la Ley de Minería, que prevé que las controversias nacidas de los contratos de explotación minera puedan someterse a una instancia de arbitraje en Latinoamérica, limitando en este caso el arbitraje internacional a una sede en este subcontinente<sup>30</sup>, porque más o menos así lo manda –o al menos parece que esa fue la intención del legislador constitucional– la nueva Carta Política<sup>31</sup>.

La Ley de Mercado de Valores contiene varias e interesantes menciones al arbitraje, como las que autorizan que las controversias entre los participantes en el mercado de valores, o los conflictos entre las partes de los fideicomisos mercantiles, puedan someterse a arbitraje<sup>32</sup>; o las que impiden que quienes hubieren incumplido un laudo arbitral y mientras esté pendiente la obligación, puedan representar al sector privado ni ser delegados de los miembros del sector público ante el Consejo Nacional de Valores, ni ser miembros del comité de inversiones de una sociedad administradora

---

<sup>26</sup> Artículos 104 y 105.

<sup>27</sup> Artículo 25.

<sup>28</sup> Artículo 374.

<sup>29</sup> Artículo 10.

<sup>30</sup> Artículo 41.

<sup>31</sup> El artículo 422 de la Constitución de la República dice: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. // Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. // En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional”.

<sup>32</sup> Artículos 235 y 124, en su orden.

de fondos y de fideicomisos<sup>33</sup>; o ya también la que autoriza a solicitar la sustitución de la fiduciaria que hubiere incurrido en dolo o culpa leve declarados en laudo arbitral<sup>34</sup>; la que establece como causa de terminación del fideicomiso el laudo arbitral que lo declare<sup>35</sup>; y, la que exige que conste convenio arbitral en el contrato de emisión de obligaciones, en el caso de haberse pactado solución arbitral a las controversias<sup>36</sup>.

Varias otras leyes menos importantes que sería largo enunciar, reconocen también la autonomía de la voluntad previendo la posibilidad de que las controversias que en ellas se avizoran puedan ser resueltas por arbitraje, pero ya nos las citamos una por una porque consideramos que no aporta nada más el hacerlo en esta oportunidad.

### **3. EXPRESIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

Remitiéndose el profesor CHARNY a la *teoría de la declaración de voluntad y el Código civil alemán*, dice que "...la voluntad puramente interior no interesa al contrato", pues es la "declaración de voluntad el hecho constitutivo del consentimiento"<sup>37</sup>, y luego afirma que "... lo que preside el nacimiento del acto jurídico y permite valorar su alcance es la declaración del agente y no la voluntad interna. No tiene en cuenta para nada dicha voluntad subjetiva. Lo único válido es su exteriorización mediante la declaración"<sup>38</sup>.

Queda claro que la sola voluntad del sujeto, si no se ha manifestado o exteriorizado en un contrato, no surte ningún efecto ni pasa de ser solamente eso: una voluntad interior que no trae ni produce consecuencias por no ser constitutiva de derechos ni obligaciones.

Se requiere, entonces, para que la autonomía de la voluntad sea tal, que haya sido expresada en un contrato por el que un sujeto se relacione con otro reglando sus intereses, sus derechos y sus obligaciones, en los términos y con las condiciones que hubiere libremente convenido o pactado, dentro de los límites que ese contrato permite, que, por lo antes visto, no son otros que los que pueden nacer de derechos consagrados en la Constitución y que puedan afectar a terceros luego del ejercicio de la *ponderación* en la interpretación del caso a la luz de la nueva Constitución ecuatoriana; el orden público –también el que corresponde según el marco constitucional– y las buenas costumbres.

Pese a tratarse de una verdad de Perogrullo, debemos mencionar que la base del arbitraje es, precisamente, el convenio arbitral, esto es, la expresión de la autonomía de la voluntad de dos o más sujetos o personas que por él deciden retirar del ámbito y competencia de la justicia ordinaria la solución de una o más controversias que se hubieran presentado o pudieran eventualmente presentarse.

Por ello, discuriendo sobre la expresión de la autonomía de la voluntad consideramos necesario hacerlo tratando primero sobre la capacidad que se

---

<sup>33</sup> Artículos 7 y 106 literal a), respectivamente.

<sup>34</sup> Artículo 127, letra f).

<sup>35</sup> Artículo 134, letra f).

<sup>36</sup> Artículo 164, letra l).

<sup>37</sup> CHARNY, Hugo, Op. Cit., p. 969.

<sup>38</sup> CHARNY, Hugo, Op. Cit., p. 969.

requiere para expresarla, pero obviamente circunscrita a la manifestación del consentimiento en el convenio arbitral, para luego referirnos a la forma de hacerlo.

### 3.1. Capacidad

Para celebrar un convenio arbitral se precisa de la concurrencia de al menos dos elementos: “Capacidad de las partes para contratar y emisión del consentimiento”, dice la autora española ALICIA BERNARDO SAN JOSÉ<sup>39</sup>, quien, luego y remitiéndose a la Ley de Arbitraje española (de 5 de diciembre de 1988), afirma que como esta ley no contiene una norma específica que establezca los requisitos de capacidad que han de cumplir las partes de un convenio arbitral, significa, entonces, que son aplicables los requisitos generales que para los contratos trae la ley española, y básicamente, “*la necesidad de que las partes que acuden al arbitraje tengan la libre disposición del objeto sobre el que recae la controversia*”<sup>40</sup>, con la salvedad de que “*la facultad de someter en nombre de otro la decisión de las controversias a arbitraje exige mandato expreso*”<sup>41</sup>. Dice, además, poco más adelante en esta su obra a la que aludimos, que también pueden ser incapaces de otorgar un convenio arbitral pese a contar con capacidad general de obrar, quienes por alguna circunstancia se encuentren desprovistos de la libre disposición de aquel derecho, y que, por consiguiente, para la validez del convenio arbitral se requiere que las partes tengan la capacidad general para obrar y también “*la libre disponibilidad del objeto sobre el que recae la controversia o aptitud física para poder comprometer*”<sup>42</sup>.

En el caso ecuatoriano las cosas son algo diferentes, entonces, a lo que acontece en España. Primero, la Ley ecuatoriana de Arbitraje y Mediación establece como principio general, que “*pueden someterse al arbitraje regulado por esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma*”<sup>43</sup>. Nada menciona nuestra ley sobre la libre disponibilidad del objeto sobre el que recae la controversia, como lo hace la ley española. Sólo exige, bajo sanción de nulidad, la capacidad para transigir, no que la controversia recaiga sobre bienes de libre disponibilidad, como la ley española; pero la ley ecuatoriana exige, en cambio, para poder transigir, la capacidad de disponer de los objetos comprendidos en la transacción<sup>44</sup>. Es pertinente indicar que de conformidad con lo prescrito por el artículo 2045 del Código Civil, la facultad de transigir no comprende la de comprometer, ni viceversa.

Regula, luego, dentro de la *capacidad para acudir al arbitraje*, los requisitos que, también bajo sanción de nulidad, deben cumplir las entidades que conforman el sector público ecuatoriano para poder someterse al arbitraje, el primero de lo cuales exige que el convenio arbitral sea pactado con anterioridad al surgimiento de la controversia; y, para el evento de que cuando ha surgido la controversia se quiera firmar el convenio, exige que se consulte al Procurador General del Estado, cuyo

---

<sup>39</sup> “Arbitraje y Jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión”, Editorial Comares S.L., Granada, España, 2002, ISBN: 84-8444-451-1, p. 21.

<sup>40</sup> Op. Cit., p. 22.

<sup>41</sup> Op. Cit., p. 22.

<sup>42</sup> Op. Cit., p. 23.

<sup>43</sup> Artículo 4.

<sup>44</sup> Código Civil, artículo 2349.

dictamen debe ser cumplido obligatoriamente, obviamente obligatorio sólo para la entidad que consulta y no para su contraparte en la controversia a resolver por arbitraje.

El segundo requisito es que la relación jurídica a la que se refiera el convenio sea de carácter contractual<sup>45</sup>, lo que deja a los entes estatales sin la posibilidad de acudir al arbitraje por la responsabilidad extracontractual de la que pueda surgir una controversia, como pueden ser los mismos actos de administración pública que como parte de la potestad estatal correspondan a tal ente público, así como tampoco podrían suscribir un convenio arbitral para por esta vía alternativa solucionar un problema de responsabilidad civil extracontractual por cuasidelitos, como podría ser, por ejemplo, la que surja de un accidente que dañe a un tercero –particular– sin culpa del ente público, pero sí sujeto a su responsabilidad. Exige, luego y como tercer requisito, que en el convenio arbitral se incluya la forma de selección de los árbitros y, como cuarto y último requisito, que el convenio arbitral sea firmado por el personero autorizado a contratar a nombre de la institución estatal de que se trate.

Y para el caso de arbitraje internacional en que deba de intervenir un ente público, la Ley de Arbitraje y Mediación exige la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución de que se trate, que para poder darla requiere en todos los casos del informe favorable previo del Procurador General del Estado, excepto en aquellos en los cuales el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales<sup>46</sup>.

Como la Ley ecuatoriana de Arbitraje y Mediación no exige para poder celebrar convenio arbitral otro requisito que el de tener capacidad para transigir, al igual que en España, en la ley de 1988 –al decir de ALICIA BERNARDO SAN JOSÉ–, son aplicables los requisitos generales de capacidad que trae el Código Civil, por lo que debemos decir, en primer lugar, que el principio general del Código Civil ecuatoriano es el de que *“Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces”*<sup>47</sup>, ante lo cual debemos precisar que la expresión: *“excepto las que la ley declara incapaces”*, se refiere a la capacidad de ejercicio, mas no a la de goce, pues, como enseña MESSINEO, *“el principal atributo de la personalidad del sujeto y de su existencia para el derecho, está constituido por su capacidad jurídica, o capacidad de derechos, que es la aptitud (o idoneidad) para ser sujeto de derechos subjetivos en general”*, de donde la capacidad jurídica es atributo inseparable de la persona humana, por lo que no se conciben seres humanos que no estén dotados de la capacidad jurídica, que se la adquiere por el hecho mismo del nacimiento, que acompaña al sujeto durante toda su existencia y que solo termina con la muerte del ser humano<sup>48</sup>. De todo esto concluye MESSINEO, que *“la capacidad jurídica es la regla”*, y que el ordenamiento jurídico no puede privar de la capacidad jurídica general al sujeto, pronunciamientos con los que coinciden varios tratadistas: El ilustre ecuatoriano LARREA HOLGUÍN, cuando afirma que por definición toda persona

---

<sup>45</sup> El principio general que se fija en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en el que se define al convenio arbitral, es el de que el arbitraje está abierto a cualquier controversia que haya surgido o pueda surgir de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

<sup>46</sup> Artículo 42.

<sup>47</sup> Esto es lo que dice el Art. 1462.

<sup>48</sup> MESSINEO, Franceso. Manual de Derecho Civil y Comercial, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Tomo II, Doctrinas Generales. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Jurídicas Europa – América, 1979, pp. 99 y 100.

tiene capacidad de goce, pero que no toda persona tiene capacidad de ejercicio<sup>49</sup>; el preclaro chileno don LUIS CLARO SOLAR, para quien “*La capacidad Civil consiste en la aptitud legal de las personas para el goce y el ejercicio de los derechos civiles*”<sup>50</sup>; el profesor catalán LUIS PUIG FERRIOL, que afirma que “*la capacidad jurídica de la persona es una cuestión que afecta al orden público, y por ello está fuera del ámbito de la autonomía de los particulares*”<sup>51</sup>; el también ecuatoriano LUIS FELIPE BORJA, cuando dice que: “*La aptitud para ejercer derechos o contraer obligaciones es lo que se denomina capacidad...*”<sup>52</sup>; los ya citados autores franceses: GEORGE RIPERT y JEAN BOULANGER, que dicen que por el simple hecho de existir, ya toda persona tiene derechos y asume obligaciones, que “*La capacidad es la regla*” y que se necesita de una disposición legal para privar a una persona de ciertos derechos y de la participación en la vida jurídica, y que “*la incapacidad es la excepción*”, y varios otros.

Todos los autores consultados coinciden en que la capacidad jurídica la tiene todo ser humano desde su nacimiento, y que esta capacidad reviste dos formas: Capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Que la capacidad de goce es connatural al ser humano y de ella no se le puede privar ni siquiera por acto legislativo, pues nace con el hombre y se extingue con él. Que es la capacidad de ejercicio la que puede ser limitada, y que en efecto sus limitaciones obedecen a diversas causas o motivos, como pueden ser la edad, la nacionalidad, el estado de salud del sujeto, su conducta, etcétera, siendo ejemplos de estas limitaciones que existen en prácticamente todos los países, las que constan en la lista del artículo 1463 del Código Civil ecuatoriano, cuando dice que “*Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito*”, y que “*también son incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas*”, pero que la incapacidad de estas últimas personas no es absoluta y sus actos pueden valer en ciertas circunstancias. La verdad es que no hay nadie que pueda tener incapacidad de goce, y que por tanto las limitaciones prescritas por el aludido artículo 1463 del Código Civil son en realidad limitaciones que afectan sola y únicamente a la capacidad de ejercicio, esto es, a la capacidad de obrar, pero no a la capacidad de goce, pues en el Ecuador no existe la muerte civil que es la que podría dar lugar a que alguien carezca en absoluto de esta capacidad, con lo cual el individuo a quien así se sancione carecería incluso del derecho a la vida, a la libertad, a la dignidad del ser humano, etc., lo que en la evolución actual del Derecho no es posible ni siquiera para imaginarlo, al menos en sociedades políticas –estados– modernas en las que se respeten los más básicos derechos humanos y el gobierno no se encuentre en manos de tiranos, aventureros, demagogos o irresponsables.

En definitiva, la capacidad de goce es, por tanto, la aptitud del sujeto de derecho para ser titular de derechos y de deberes u obligaciones, y la capacidad de ejercicio

---

<sup>49</sup> LARREA HOLGUÍN, Juan. Derecho Civil del Ecuador, Tomo I, Parte General y Personas. Tercera Edición. Quito, Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones, p. 174.

<sup>50</sup> Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. Volúmen V. Tomo Undécimo, De las obligaciones, II. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 22.

<sup>51</sup> Fundamentos de Derecho Civil, Tomo I, Volumen I, Primera parte. Parte General: Sujeto y Objeto del Derecho (Publicado en la obra de JOSÉ PUIG BRUTAU, Fundamentos de Derecho Civil). Barcelona, España. Bosch, Casa Editorial S. A., p. 261.

<sup>52</sup> Estudios sobre el Código Civil Chileno, Título Primero (Título Preliminar) Paris. A. Roger y F. Chernoviz Impresores-Editores, 1901. P. 310.

es la posibilidad de adquirirlos o de contraerlos mediante la celebración de actos jurídicos por sí mismo, enseña VIDAL RAMÍREZ<sup>53</sup>, y así diferenciamos o distinguimos la capacidad jurídica.

Siguiendo, entonces, las reglas generales de capacidad que trae el Código Civil, podemos decir, en primer lugar, que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad –el convenio arbitral lo es– es necesario que sea legalmente capaz, que consienta en dicho acto o declaración, que su consentimiento no esté viciado, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa igualmente lícita<sup>54</sup>; luego, decir que toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer<sup>55</sup> –el convenio arbitral contiene una obligación de hacer y una obligación de no hacer–; en tercer lugar, señalar que se encuentran habilitados para transigir y, por tanto, para celebrar convenio arbitral, todos quienes, siendo personas naturales, hubieren alcanzado la mayoría de edad, esto es, que hubieren cumplido 18 años, con excepción de aquellos a quienes la ley declara incapaces (incapacidad de ejercicio, mas no de goce), según lo vimos en líneas anteriores, y que tengan capacidad de disponer de los objetos comprendidos en la transacción<sup>56</sup>. Esta capacidad de disposición de los bienes comprendidos en la transacción, es la que básicamente tiene el propietario de ellos, pues sólo el titular de un derecho puede disponer de él, y, por consiguiente, nadie puede disponer de los derechos ajenos<sup>57</sup>.

Las personas jurídicas, no teniendo plena capacidad de ejercicio precisamente por ser personas morales fruto de una ficción del derecho que atribuye personalidad a una realidad no física sino apenas ideal y jurídica, pueden celebrar convenio arbitral si lo hacen actuando a través o por intermedio de su representante legal, teniendo por tal a quien de conformidad con la ley deba representarlas, o ya también a quien –en ausencia de señalamiento legal expreso– su ordenamiento jurídico interno (vale decir: contrato social, estatutos, ordenanza, etc., según la naturaleza de la persona jurídica de que se trate, bien sea de derecho público o de derecho privado) le conceda esta facultad. En todo caso, las personas jurídicas tienen en lo referente a la adquisición de los derechos patrimoniales, la misma capacidad que las personas naturales, compatibles con su naturaleza de seres abstractos, meras ficciones legales<sup>58</sup>.

### **3.2. Forma**

En términos generales debemos decir que la autonomía de la voluntad puede expresarse a través de cualquier medio o forma, lo importante es que se exprese, que se manifieste hacia terceros, y esta manifestación puede hacerse –como normalmente todo contrato–, en forma expresa o tácita, si es expresa puede ser verbal o escrita, la escrita lo puede ser en documento único (contrato) o epistolar, y puede también ser por instrumento público o privado.

---

<sup>53</sup> Op. Cit., p. 112.

<sup>54</sup> Código Civil, artículo 1461.

<sup>55</sup> Código Civil, artículo 1476.

<sup>56</sup> Artículo 2349.

<sup>57</sup> MESSINEO, Francesco, Op. Cit., p. 105.

<sup>58</sup> CLARO SOLAR, Luis, Op. Cit., p. 45.

Pero tratando de la autonomía de la voluntad circunscrita al convenio arbitral, y centrándonos en lo que manda la Ley ecuatoriana de Arbitraje y Mediación, comenzamos diciendo que el artículo 5 de esta Ley define al contrato o convenio arbitral diciendo que “*es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias...*” (la subraya es nuestra).

En cuanto a la forma del convenio arbitral, en el artículo 5 antes transcrito se exige que sea escrito, por lo que si no es escrito, sencillamente no existe, esto es, que ni siquiera es nulo ni anulable, sino que no es, no existe y, por ende, no puede surtir efecto ni obligación alguna de ninguna clase. Lo que no existe no se puede exigir que se cumpla, que se pruebe. Y si no existe convenio arbitral escrito, entonces, jurídicamente no existe convenio arbitral para los hechos ni menos para el derecho.

Luego, el artículo 6 de la misma ley exige un poco más. Exige que el convenio escrito se halle firmado por las partes, y esto no es ya verdad de Perogrullo, pues nuevas leyes de arbitraje de varios países, siguiendo la Ley Modelo de la CNUDMI, permiten y sancionan positivamente el convenio arbitral tácito, que es aquel que se produce 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 otra<sup>59</sup>, sistema del que nuestra ley se apartó exigiendo únicamente documento escrito y firmado como requisito de forma cuya omisión implica inexistencia de convenio. Y contempla la posibilidad y permite que el documento pueda ser no solamente único –esto es, uno sólo, como sucede normalmente cuando se inserta como cláusula dentro de un contrato al cual se incorpora–, sino que le otorga el carácter de convenio también al cruce de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito, pero siempre que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje<sup>60</sup>. Lo que la ley exige, entonces, es que el convenio arbitral conste por escrito, que se halle firmado por las partes, que contenga su voluntad cierta y clara de someterse al arbitraje y que haya constancia documental de tal voluntad. Esto último, más que como requisito de validez, como medio de prueba de la existencia del convenio arbitral. Pero dejemos en claro que todo esto debe suceder y darse en forma previa a la traba de la litis, porque precisamente el convenio tácito es el que se da con la demanda y contestación, y cuando además cumple con los requisitos ya referidos, es decir: es escrito, lleva la firma de las partes y contiene la voluntad de ir al arbitraje, al menos esta es la voluntad que expresa una de las partes, generalmente en la demanda, y también la otra parte cuando al contestarla no se opone al arbitraje. Ahí se configura la voluntad tácita.

El texto del artículo 6 de Ley de Arbitraje y Mediación conduce a la siguiente pregunta como consecuencia del desarrollo tecnológico actual: ¿Se podría tener como convenio arbitral completo, legítimo y por tanto existente y válido a todos los efectos legales pertinentes, un documento electrónico único que incorpore firma electrónica de las partes, o ya también un cruce de comunicaciones electrónicas que incorporen firma electrónica de las partes, conviniendo en arbitraje? Recordemos que el artículo 6 de la ley dice: “*intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito*”.

---

<sup>59</sup> Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 7 2).

<sup>60</sup> Sigue así, la ley ecuatoriana, el sistema previsto en el artículo 7 2) de la Ley Modelo, de buscar la constancia del documental del acuerdo.

Respondemos esta pregunta diciendo que ¡Si!, pero un si condicionado a que se cumplan los requisitos que exige la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos<sup>61</sup>. Y hemos dicho si, por cuanto la Ley de Comercio Electrónico prevé que los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos<sup>62</sup>; que cuando la ley requiera u obligue que la información conste por escrito<sup>63</sup>, este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos, siempre que la información que contenga sea accesible para su posterior consulta<sup>64</sup>; que se entiende como firma electrónica los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos<sup>65</sup>; que la firma electrónica tendrá igual validez y se le reconocerán los mismos efectos jurídicos que a una firma manuscrita en relación con los datos consignados en documentos escritos, y será admitida como prueba en juicio<sup>66</sup>; que el perfeccionamiento de los contratos electrónicos se someterá a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes y se tendrá como lugar de perfeccionamiento el que acordaren las partes<sup>67</sup>; que cuando las partes pacten someter las controversias a un procedimiento arbitral en la formalización del convenio de arbitraje como en su aplicación, podrán emplearse medios telemáticos y electrónicos, siempre que ello no sea incompatible con las normas reguladoras del arbitraje<sup>68</sup>; que los mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y los certificados electrónicos nacionales o extranjeros, emitidos de conformidad con esta ley, cualquiera sea su procedencia o generación, serán considerados medios de prueba, y que para su valoración y efectos legales se observará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil<sup>69</sup>; que la prueba se practicará de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y observando normas como la de que al presentar un mensaje de datos dentro de un proceso judicial se deban adjuntar el soporte informático y la transcripción en papel del documento electrónico, así como los elementos necesarios para su lectura y verificación, cuando sean requeridos; que de impugnarse el certificado o la firma electrónica y a petición de parte, deberá ordenar a la entidad de certificación de información correspondiente remitir los certificados de firma electrónica y documentos en los que se basó la solicitud del firmante, debidamente certificados<sup>70</sup>; y, que en la valoración de la prueba se podrán emplear los métodos que aconsejen la técnica y la tecnología, que en todo caso se la someterá al libre criterio judicial, según las circunstancias en que hayan sido producidos, y que para la valoración de las pruebas, el juez o árbitro competente que conozca el caso deberá designar los peritos

---

<sup>61</sup> Aprobada por el Congreso Nacional como Ley N° 67 y promulgada en el Suplemento del Registro Oficial N° 557, de 17 de abril de 2002.

<sup>62</sup> Artículo 2.

<sup>63</sup> Es lo que ordena el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que dice que “El convenio arbitral es el acuerdo escrito” y más adelante exige nuevamente que “conste por escrito”.

<sup>64</sup> Artículo 6.

<sup>65</sup> Artículo 13.

<sup>66</sup> Artículo 14.

<sup>67</sup> Artículo 46.

<sup>68</sup> Artículo 47, tercer inciso.

<sup>69</sup> Artículo 52.

<sup>70</sup> Artículo 54.

que considere necesarios para el análisis y estudio técnico y tecnológico de las pruebas presentadas<sup>71</sup>.

Pero claro, este sistema electrónico (incluye el fax) no lo puede emplear sino quien tenga certificada su firma electrónica en la forma que prevé la Ley de esa materia, a los efectos de dotarle de seguridad y certeza jurídicas a este sistema de información y de comunicación que implican las nuevas tecnologías aplicadas en este campo.

Hay autores que destacan que la evolución del arbitraje comercial ha apuntado hacia una liberalización de formas (o más bien, su eliminación como requisito de eficacia), y hacen énfasis en apuntar que las tendencias legislativas y de interpretación jurisprudencial confirman esta afirmación<sup>72</sup>, lo que de alguna manera es suscrito también por el catedrático de Derecho Procesal, de la Universidad de Oviedo, quien al prologar la ya mencionada obra del profesor ROCA MARTÍNEZ<sup>73</sup>, dice que la nueva *ley reguladora* dictada el 5 de diciembre de 1988, *“Introdujo novedades importantes en la materia, eliminando formalismos, haciendo desaparecer la formalización en escritura pública del compromiso arbitral, bastando en la actualidad la simple cláusula de convenio contenida en un documento privado, y sobre todo, introduciendo la novedad fundamental de crear las instituciones Gestoras del Arbitraje”*<sup>74</sup>.

La verdad es que se ha generalizado en las nuevas legislaciones que en materia de arbitraje se han dictado en tantos y tantos países, la exigencia de que el convenio arbitral conste por documento escrito, sin que se precise ya de que se lo haga por escritura pública ni nada similar<sup>75</sup>. Es suficiente, en la mayoría de los casos, la existencia de documento escrito, siendo aceptado y reconocido con pleno vigor jurídico y legal, incluso el convenio arbitral acordado epistolariamente<sup>76</sup>.

Precisamente por lo que acabamos de decir consideramos oportuno, por el tema de que estamos tratando, y de gran trascendencia, el siguiente criterio expuesto por la autora de la muy importante obra: *“Arbitraje y Jurisdicción: Incompatibilidad y vías de exclusión”*, que lo transcribo pidiendo a quienes nos lean, hacer un análisis detenido y profundo de lo que se expresa: *“La decisión de encomendar la resolución de una controversia a los árbitros es un acto de bastante trascendencia y por ello no es conveniente excederse en las facilidades de otorgamiento de la voluntad de someterse a arbitraje. A nuestro modo de ver, tan peligroso puede ser el formalismo riguroso anteriormente vigente como la falta de un mínimo de exigencia escrita, que permita comprobar con facilidad la verdadera voluntad arbitral de las partes”*<sup>77</sup>.

### **3.3. Quien puede emitir el consentimiento**

Otro tema importante en cuanto a la forma de la expresión de la autonomía de la voluntad en materia de arbitraje, es el de quien puede emitir el consentimiento para

---

<sup>71</sup> Artículo 55.

<sup>72</sup> GRAHAM TAPIA, Luis Enrique, “Manual de Arbitraje Comercial”, CECILIA AZAR M., Compiladora, Editorial Porrúa S. A. de C. V., México, 2004, ISBN: 970-07-4479-5, p. 62.

<sup>73</sup> JOSÉ MARÍA.

<sup>74</sup> GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando, prólogo de la obra ya citada: “Arbitraje e Instituciones Arbitrales”, p. 11.

<sup>75</sup> La Argentina es todavía una excepción.

<sup>76</sup> Ley Modelo de la CNUDMI, Opción I, artículo 7 2).

<sup>77</sup> BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia, Op. Cit., p. 41.

resolver las disputas por arbitraje, y lógicamente debemos decir que en primer lugar lo puede hacer la persona física o natural que tenga plenitud de capacidad de ejercicio para comprometerse, y que se halle también en capacidad o aptitud jurídica de disponer de los objetos comprendidos en la transacción, por ser titular de ellos, pues si no fuera su titular no le serían disponibles<sup>78</sup>.

Luego, señalar que puede convenir en arbitraje también el mandatario a nombre de su mandante y por cuenta de él, si tiene poder suficiente para hacerlo. Hay que tener presente que en el sistema del *contrato de mandato* del Código Civil ecuatoriano, para poder convenir en arbitraje se requiere de cláusula especial, pues un mandato general —en el Ecuador se dice que el poder general es el poder menos general que existe— sólo autoriza a efectuar los simples actos de administración, ya que para todo lo demás se requiere de cláusula especial<sup>79</sup>.

Nuestra ley adjetiva civil ha previsto que incluso el procurador judicial debidamente instituido<sup>80</sup> deba requerir de cláusula especial para comprometer el pleito en árbitros, lo que es lógico y fácil de entender, pues si alguien ha otorgado una procuración especial para ser representada en juicio por ese procurador judicial, es al menos prudente y lógico que el procurador judicial requiera de especial autorización del comitente para comprometer en árbitros ese mismo pleito para el que recibió procuración judicial<sup>81</sup>.

En el caso de la persona jurídica, será la persona natural que directa o indirectamente la represente legalmente la que pueda emitir el consentimiento de sujeción a arbitraje suscribiendo el convenio respectivo. Claro, también lo puede hacer un mandatario debidamente constituido y facultado para ello, normalmente previa autorización de alguno de los órganos sociales de la persona jurídica de derecho privado, y tratándose de personas jurídicas de derecho público<sup>82</sup>, será también su representante legal la persona que pueda por ellas suscribir el convenio arbitral que contenga la expresión y voluntad inequívoca de acudir al arbitraje. Y en el caso de entes públicos carentes de personería jurídica, autoriza y dispone con norma de imperio y en forma expresa la Ley de Arbitraje y Mediación, que sea la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución quien firme el convenio arbitral<sup>83</sup>, sin perjuicio de que en todo caso deban ser representadas en juicio por el Procurador General del Estado<sup>84</sup>.

Hemos dicho que el convenio arbitral puede ser suscrito no sólo en forma directa y personal por la persona física o natural interesada en él, o por el representante legal de la persona jurídica (o la persona autorizada a contratar a nombre del ente público carente de personería jurídica), sino también por mandatario debidamente constituido, lo que nos aboca a señalar que de conformidad con el artículo 2027 del Código Civil ecuatoriano, el encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, o ya también por carta, o incluso verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios

---

<sup>78</sup> MESSINEO, Francesco. Op. Cit., p. 105.

<sup>79</sup> Código Civil, artículo 2036.

<sup>80</sup> La procuración judicial (que dentro de la República puede ser dada sólo a favor de abogados) debe otorgarse por escritura pública, o por escrito reconocido ante el juez de la causa, dice el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil.

<sup>81</sup> Código de Procedimiento Civil, artículo 44, que dice: “El procurador judicial debe atenerse a los términos del poder, y necesitará de cláusula especial para lo siguiente: (...) 2.- Comprometer el pleito en árbitros”.

<sup>82</sup> Necesariamente creadas por acto legislativo.

<sup>83</sup> Artículo 4 d).

<sup>84</sup> Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, artículo 3 b).

por otra. Y como no existe disposición que exija una forma especial para el caso del mandato para celebrar convenio arbitral, creemos que puede ser otorgado o conferido incluso verbalmente si contiene la cláusula o facultad especial (expresa) requerida para ello. Es más, creemos que incluso la agencia oficiosa ratificada posteriormente por el interesado sería suficiente y bastante para emitir válidamente el consentimiento a arbitraje, si éste es claro y categórico.

#### **4. ALCANCES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

La autonomía de la voluntad, que se expresa y contiene en el convenio arbitral, obvio es, tiene un alcance cierto y determinado, y también limitaciones. Su alcance puede analizarse tanto desde un punto de vista objetivo como desde otro subjetivo. Expliquémonos: Creemos que el alcance de la autonomía de la voluntad expresada o contenida en el pacto arbitral, no significa ni es otra cosa que el efecto directo y objetivo de dicho convenio, por un lado, y por otro lado, que las obligaciones que de él nacen y se derivan, o que él contiene o crea, se imponen tanto a las partes de dicho convenio, como a terceros, como lo pasamos a ver.

##### **4.1. Alcance objetivo**

El alcance objetivo del convenio arbitral está constituido por el resultado que con él se persigue, esto es, que la controversia que enfrenta a las partes sea resuelta por los jueces privados llamados árbitros, a quienes las mismas partes han confiado la resolución de su conflicto, y que lo hagan siguiendo el procedimiento directa o indirectamente escogido por las partes con tal propósito, que tiende a ser más corto, expedito, acertado y, por consiguiente, termina siendo incluso más económico que el contemplado en la legislación procesal ordinaria.

El alcance objetivo se pone de manifiesto desde el mismo momento en que las partes convienen en arbitraje y suscriben el instrumento en el que se recoge y expresa su autonomía de voluntad así expresada, pues con la celebración de ese convenio termina y desaparece, bien sea por revocatoria o ya también por renuncia, como quiera que se lo vea, conceptúe e interprete, la competencia que hasta aquel momento tuvo la justicia ordinaria para resolver la controversia que enfrenta o pueda enfrentar a las partes. Es que precisamente por la celebración del convenio de arbitraje quedan las partes impedidas de acudir a la justicia ordinaria a buscar la solución de su conflicto, cuando en ejercicio de su derecho de convenir como a bien tuvieren, en asuntos que sólo atañen a sus propios intereses y sean transigibles, haciéndolo sin atentar contra el orden público, la moral o las buenas costumbres pactan en un contrato que es ley para las partes, que sean personas privadas a quienes por tal convenio invisten con el carácter de jueces exclusivos para conocer de sus problemas, que los resuelvan en una decisión llamada laudo, que se obligan a acatar obligatoriamente, y lo han hecho por expresa permisión constitucional y legal, con lo que han sacado y excluido a la justicia ordinaria de la posibilidad, jurisdicción y competencia para hacerlo.

El objeto del convenio arbitral es, entonces, que no sea la justicia ordinaria quien resuelva las controversias que se presenten entre las partes –o un conflicto determinado y previamente existente–, sino que lo hagan las personas privadas que han seleccionado y en quienes han puesto su confianza autorizándoles para ello, y

en la forma –procedimiento– que las partes han escogido directa o indirectamente. Y este objeto se empieza a cumplir el momento en que designados los árbitros toman posesión de sus cargos, reciben y tramitan las pretensiones y posiciones de las partes y las pruebas que para sustentarlas aportan, y concluye cumpliéndose el cometido impuesto a estos jueces privados cuando deciden la controversia –en derecho o en equidad– dictando y notificando el laudo correspondiente. Y todo por fuera de la justicia ordinaria. Ese es el alcance objetivo de la autonomía de la voluntad. Es la meta, es la finalidad que se persigue y obtiene.

## **4.2. Alcance subjetivo**

El convenio arbitral también tiene un alcance subjetivo, que se manifiesta en la obligación que impone a las partes de acatarlo y cumplirlo, pues cada una de ellas por su lado, por ser el convenio arbitral un contrato como cualquiera otro y por tanto ley para los contratantes<sup>85</sup>, queda obligada a respetarlo y cumplirlo e incluso sujeta a que su cumplimiento le sea impuesto aun en contra de su voluntad posterior, a través del proceso de ejecución del laudo, que este sí, es judicial de la justicia ordinaria.

La Ley ecuatoriana de Arbitraje y Mediación contiene una disposición según la cual el convenio arbitral obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, al tiempo que impide someter el caso a la justicia ordinaria<sup>86</sup>. Dispone, por otra de sus normas, que los laudos son inapelables y que solamente podrán aclararse o ampliarse antes de que se ejecutorie, en el término de tres días de notificado a las partes, y que dentro de ese mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de similar naturaleza; y, por último, que los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la Ley<sup>87</sup>. Por consiguiente, el laudo resolutorio que se expide y notifica es final y definitivo respecto del fondo de la controversia, pues de él en realidad de verdad no cabe recurso alguno. Sin embargo y como en prácticamente todas las leyes y reglamentos de arbitraje que conocemos existen, se ha previsto también en la Ley ecuatoriana de Arbitraje y Mediación la posibilidad de impugnar el arbitraje a efectos del control de su legalidad atacándolo por la vía de acción de nulidad<sup>88</sup>. En todo caso, las partes se hallan obligadas a acatar el laudo expedido y más aún si se lo confirma al no declarar su nulidad en el evento de que se lo ataque por esta causa en la acción correspondiente.

### **4.2.1. En relación con las partes**

Obviamente, siendo el convenio arbitral un contrato, su más inmediata consecuencia es la de que obliga a las partes a acatarlo, en el doble carácter de esta obligación,

---

<sup>85</sup> Código Civil, artículo 1561.

<sup>86</sup> Artículo 7.

<sup>87</sup> Artículo 30.

<sup>88</sup> Téngase presente que en el Ecuador no es un recurso, que conceptualmente es una instancia superior dentro del mismo proceso. Se trata de una acción, con todas las de la ley –como suele decirse–, esto es, que debe iniciarse con demanda de nulidad fundada en una de las cinco causales taxativas que contempla para el efecto el artículo 31 de la misma Ley de Arbitraje y Mediación, la que debe emplazarse (citarse) al demandado, el demandado la contesta proponiendo las excepciones que tenga a bien y de haber hechos que deban probarse, se abre un corto término de prueba vencido el cual se dicta sentencia.

esto es, en la de la obligación de hacer que se concreta en la de proponer la respectiva acción arbitral para solucionar la controversia que entre las partes se presente en un asunto sometido a arbitraje, y en la obligación de no hacer, que se concreta en la prohibición de acudir a la justicia ordinaria a buscar solución para una controversia que cae en el convenio arbitral<sup>89</sup>.

Entonces, el primer alcance subjetivo de la autonomía de la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral, se produce el momento mismo en que una vez suscrito el convenio arbitral éstas no pueden ya acudir con sus demandas a la justicia ordinaria para que resuelva las controversias que entre ellas se presenten, debiéndolas proponer únicamente ante el tribunal arbitral que corresponda. Simultáneamente se presenta también como alcance subjetivo de esta autonomía de la voluntad respecto de las mismas partes y como efecto de la obligación de hacer que comporta todo pacto arbitral, el compromiso de acudir con su reclamo sola y exclusivamente ante el tribunal arbitral en el caso de suscitarse entre ellas una controversia respecto de la materia del convenio.

El segundo alcance subjetivo, también respecto de las mismas partes del convenio arbitral, se manifiesta en las obligaciones procesales que estas asumen por dicho convenio frente y ante el tribunal arbitral y también frente a la respectiva contraparte, obligaciones que se concretan en la conducta de respeto y colaboración que deben prestar al tribunal para que pueda cumplir su misión, en el respeto a principios tales como el de la buena fe y lealtad procesales y otros que informan el arbitraje.

Luego, y terminado el procedimiento, notificadas que fueren con el laudo resolutorio, las partes deben acatar y de inmediato cumplir las obligaciones que el laudo les imponga<sup>90</sup> y, si se propusiere acción de nulidad, acatar cumplidamente la resolución que en la justicia ordinaria dicte el juez competente.

#### **4.2.2. En relación con terceros**

Pero a más de obligar a las partes a su cumplimiento, el convenio arbitral obliga también a terceros, obviamente no con la fuerza ni con los efectos con que obliga a las partes, pero siempre en forma determinante como respeto a la autonomía de la voluntad de las partes.

Estos terceros constituyen un amplio abanico que va desde todos aquellos que de una u otra manera tienen relación con el proceso arbitral convenido por las partes, incluyendo a los funcionarios judiciales, administrativos y de policía que deben asistencia al procedimiento arbitral, hasta a terceros totalmente ajenos al convenio y al proceso arbitral.

##### **4.2.2.1. Funcionarios del centro de arbitraje**

Los primeros terceros a que debemos referirnos son los funcionarios del centro de arbitraje seleccionado por las partes en el convenio entre ellas celebrado para que administre el procedimiento arbitral, de haberse pactado arbitraje administrado<sup>91</sup>.

---

<sup>89</sup> BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia, Op. Cit., pp. 48 y siguientes.

<sup>90</sup> Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 32, impone a las partes esta obligación.

<sup>91</sup> LAM, artículos 1 y 2.

Tanto el director del centro arbitral<sup>92</sup> —o quien hiciere sus veces— como los demás funcionarios del centro quedan obligados a respetar y cumplir las estipulaciones de las partes constantes en el convenio arbitral entre ellas celebrado, entre las que se cuenta la obligación de guardar y mantener la reserva necesaria respecto de la controversia que enfrente a las partes, pues tal es una de las principales obligaciones del centro al que se pertenecen, y que se agrava o agudiza frente al pacto de confidencialidad al que hubieren llegado las partes<sup>93</sup> en dicho convenio. Y si estos terceros: director y funcionarios del centro arbitral violaren esta obligación, quedan sujetos a responder frente a las partes por los daños y perjuicios que les hubieren causado.

Se hallan también obligados a cumplir las funciones que les asigna la ley en relación con el arbitraje que enfrenten las partes y que ese centro arbitral administre por virtud del convenio arbitral que las vincula entre ellas y con ese determinado centro de arbitraje. Obligación fundamental, además de la de guardar y mantener la reserva y confidencialidad arriba mencionadas, es la de efectuar las notificaciones a que tienen derecho las partes, así como prestar las funciones secretariales que el arbitraje requiera y que son inherentes al centro.

Pero no es todo. Entre las más importantes obligaciones que deben cumplir tanto el director como los funcionarios del centro arbitral, está la de respetar el convenio arbitral, y respetarlo porque él contiene la voluntad de las partes, expresada con autonomía y libertad. No pueden irse, entonces, en contra de lo que han convenido las partes, ni interpretar el convenio arbitral y sus cláusulas en forma que implique irrespeto a esta autonomía de la voluntad de las partes y pretenda modificarla. Hemos conocido el siguiente caso, que lo exponemos: En el Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito existe una disposición que dice que *“Cuando las partes convengan por expresa voluntad someterse a arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito o administrado por este Centro, implicará que aceptan incondicional y obligatoriamente*

---

<sup>92</sup> En la Ley de Arbitraje y Mediación se dispone que todo centro arbitral organizado como en ella se contempla, debe tener un director, según se desprende de las siguientes disposiciones: Artículo 10, que dispone que la demanda debe presentarse ante el director del centro de arbitraje; artículo 11, que prevé que el director del centro debe calificar la demanda y citar a la parte demandada; artículo 15, que manda que el director del centro debe convocar a las partes a audiencia de mediación y le faculta a designar al mediador; artículo 16, que en el caso de no existir acuerdo total en la mediación obliga al director a enviar a las partes la lista de árbitros para la designación correspondiente, y para el caso de que éstas no se pongan de acuerdo, convoque a las partes al sorteo de árbitros. También prevé que en el caso de árbitros independientes que no aceptaren la designación o no se posesionaren de su cargo, o si los posesionados no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de los que faltaren, pueda cualquier de las partes pedir la designación de éstos al director del centro arbitral más cercano al domicilio del actor; artículo 17, dispone que aceptada la designación de los árbitros, el director del centro debe convocarles a tomar posesión de sus cargos ante el presidente del centro, y procedan a designar al presidente y secretario del tribunal; artículo 19, que obliga al árbitro que conozca estar incurso en inhabilidad para ejercer su cargo, a notificar al director del centro para se proceda a reemplazarlo; artículo 21, autoriza al director del centro a resolver sobre la recusación de un árbitro de tribunal colegiado en el caso de que los otros no comprometidos en la demanda de recusación no se pusieren de acuerdo sobre ella, o en el caso de que la recusación fuere en contra de todo el tribunal, o ya también en el caso de tribunal unipersonal, o igualmente en el caso de arbitraje independiente si fuere tribunal unipersonal o la recusación se planteara en contra de todos los árbitros la recusación deberá resolverla el director del centro arbitral más cercano al domicilio del actor; artículo 32, autoriza al director del centro a otorgar copia certificada del laudo con la razón de estar ejecutoriado, para presentarlo al juez ordinario pidiendo la ejecución del laudo; y, artículo 40 e), obliga a todo centro de arbitraje que se organice de conformidad con esta misma ley, a tener su reglamento, y a que en él se regule la forma de designar al director de ese centro, sus funciones y facultades.

<sup>93</sup> Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 34.

*someterse a este reglamento*<sup>94</sup>, lo que en algún caso ha sido interpretado por las autoridades de ese Centro como que esta disposición reglamentaria está por encima de la autonomía de la voluntad de las partes manifestada o recogida en el convenio arbitral, lo cual es un error de bulto, enorme, comprensible únicamente por el desconocimiento que en materia arbitral demostraron tener quienes en aquel momento así se pronunciaron. ¿Cuál es este caso? Creo que para aclarar este punto bien vale la pena referirlo: El convenio arbitral celebrado entre las partes –se trata de un arbitraje en derecho– contiene una estipulación por la cual cada parte designa un árbitro, y los dos así designados designan al tercero. El Reglamento de este centro arbitral prevé que cuando las partes acuerden designar uno o varios árbitros de fuera de la lista oficial, el centro se reserva el derecho de no aceptar tal designación, debiendo, en ese caso, las partes hacer una nueva designación<sup>95</sup>. Pues bien, la parte actora designó como su árbitro a un abogado especialista en la materia del arbitraje, pero que no consta en la lista oficial de árbitros de ese Centro, ante lo cual su Director cometió dos graves errores: El primero, puso esa designación en conocimiento de la otra parte anunciando que el designado no constaba en su lista oficial de árbitros, para conocer el criterio y la posición que al respecto manifestara la parte demandada; y, el segundo error, fue aplicar el inciso tercero del artículo 52 del Reglamento de ese Centro, que se refiere únicamente al caso en que las partes expresamente acuerden designar uno o varios árbitros de fuera de la lista oficial, que es un caso diferente al planteado, pues en el caso en análisis la parte actora, en ejercicio del derecho que el convenio arbitral le concede y en uso de la autonomía de su voluntad, designó al árbitro que le correspondía, sin que hubiere pactado ninguna limitación para que lo pueda hacer. El primer error grave lo fue, por cuanto al poner en conocimiento de la parte demandada la designación hecha por la parte actora, el Centro resignó su propia atribución de no aceptar tal designación –si hubiera estado dentro del caso contemplado en la norma reglamentaria invocada–, y lo hizo a favor de la parte demandada, quien de inmediato se pronunció alegando que no era admisible tal designación, lo que resulta inaudito. El segundo error fue interpretar antojadizamente el pacto de las partes contenido en el convenio arbitral, diciendo que como el artículo 16 de la ley establece que “*las partes, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro...*” esto quiere decir que “*la ley faculta a las partes a nominar a personas de fuera de las listas oficiales como árbitros respectivos, con la condición de que lo hagan de común acuerdo*”. Y esto es un error, pues implica una absurda limitación a la autonomía de la voluntad de las partes que, como lo hemos visto, en el momento presente es irrestricta y no tiene más límites que los otros derechos previstos y reconocidos en la misma Constitución de la República, y que por mandato de la propia Constitución no admite restricción por parte de ninguna ley de rango inferior a ella. Por eso decimos que en nuestra opinión es fundamental que el director y los funcionarios del centro respeten el convenio arbitral y la autonomía de la voluntad de las partes que en él se contiene y se expresa y se manifiesta.

#### **4.2.2.2. Mediadores**

---

<sup>94</sup> Artículo 50.

<sup>95</sup> Artículo 52, inciso tercero.

Todo proceso arbitral debe cumplir previamente a la conformación y actuación del tribunal arbitral, una etapa de mediación con la intervención de un mediador<sup>96</sup> designado por el director del centro de arbitraje o del árbitro o árbitros independientes, según fuere del caso, mediador a quien también le alcanza el convenio arbitral obligándole a guardar y mantener la reserva y confidencialidad que dispone la ley<sup>97</sup> y a la que también puede hallarse sujeto por el convenio arbitral si en él hubieren previsto las partes algún procedimiento especial o hubieren pactado confidencialidad. Este es otro caso de alcance subjetivo de la autonomía de la voluntad de las partes, que debe ser respetada y cumplida también por este tercero que se involucra así en el arbitraje y en el convenio que le da lugar.

#### **4.2.2.3. Tribunal arbitral y sus miembros**

Nadie es más importante en un arbitraje después de las partes involucradas en la controversia a solucionarse por esta vía alternativa, que el tribunal al que las partes han confiado esta delicada misión y que debe integrarse con el número de árbitros – normalmente uno o tres, pero que pueden ser en el número que las partes convengan– que ellas mismas hubieren acordado o que dispone la ley para el caso de ausencia de pacto al respecto<sup>98</sup> y por el secretario que los mismos árbitros designen.

Al tribunal y por supuesto a todos y cada uno de quienes lo integran alcanza también la autonomía de la voluntad de las partes contenida o manifestada en el convenio arbitral, pues sus estipulaciones, sobre todo si establecen normas procedimentales para el arbitraje, son de cumplimiento obligatorio y forzoso por parte de los árbitros, quienes no pueden cuestionar a las partes ninguna disposición del convenio. Es más, incluso antes de aceptar su designación los árbitros deberían revisar el convenio arbitral para conocer sus alcances y si están en la posibilidad de satisfacer los especiales requerimientos que las partes eventualmente hubieran impuesto, tales como, por ejemplo, haber previsto un término o plazo bastante corto y perentorio para que el tribunal resuelva la controversia dictando el laudo final correspondiente, o ya también haber convenido que las actuaciones procesales se las lleve en algún lugar especial que para los árbitros pueda ser de difícil o complicado acceso por alguna circunstancia personal de los propios árbitros, como podría ser el que deban tener lugar en la ciudad de Quito, que se halla ubicada por sobre los 2800 metros de altura sobre el nivel del mar, y uno o más de los árbitros designados por las partes, por algún problema de salud, no pudiera subir a la altura de Quito. Pues bien, todas estas circunstancias implican un alcance subjetivo muy especial de la autonomía de la voluntad de las partes que afecta o puede afectar directa y personalmente a los integrantes del tribunal.

Pero más importante que estas cuestiones de índole personal, es el alcance que la autonomía de que estamos tratando tiene sobre los integrantes del tribunal en cuanto les obliga a cumplir su difícil y delicado cometido de decir el derecho y la justicia en el caso puesto a su conocimiento, y hacerlo con sobriedad, con solvencia, con motivación clara y suficiente que permita comprender la *ratio iuri* o la *ratio*

---

<sup>96</sup> LAM, artículo 15.

<sup>97</sup> Artículo 50.

<sup>98</sup> LAM, artículos 16 y 17.

*equitatis* del contenido en el laudo, según corresponda, máxime si hoy, por mandato de la Constitución de la República en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se debe asegurar el derecho al debido proceso que, entre otras garantías básicas, se concreta también en la de que las resoluciones deben ser motivadas, entendiendo por motivación la enunciación de las normas y principios jurídicos en que se funda y la explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho<sup>99</sup>, en un proceso de arbitraje en derecho, o la explicación de la equidad invocada en un laudo de esta naturaleza.

Y debe también a las partes el tribunal arbitral, la conducción del proceso guardando y respetando todos y cada uno de los principios, garantías, derechos y obligaciones que rigen todo proceso judicial, y en este caso de justicia privada, el proceso arbitral, lo que constituye otro alcance subjetivo de la autonomía de la voluntad de las partes a los árbitros y al secretario del tribunal.

#### **4.2.2.4. Extraños a las partes y al proceso**

Los miembros del tribunal arbitral están directa e íntimamente vinculados a las partes procesales y al proceso mismo, según lo acabamos de ver, como alcance de la autonomía de voluntad recogida en el convenio arbitral al que deben su presencia y actuación en el procedimiento arbitral, pero además de ellos también esta autonomía de la voluntad alcanza subjetivamente a otros terceros más lejanos al arbitraje en cuestión, como pueden ser los jueces y funcionarios públicos.

##### **4.2.2.4.1. Asistencia de la Función judicial**

En el Ecuador la ley ha contemplado directamente tal vez tres posibles casos de intervención de la justicia ordinaria en el arbitraje, a los que nos referiremos de inmediato por el orden de importancia que en nuestro criterio tienen. La primera y más importante intervención es el control de legalidad mediante la acción de nulidad<sup>100</sup> a través del Presidente de la Corte Provincial de Justicia que conozca de dicha acción. Esto significa, entonces, que esta intervención del Presidente de la Corte Provincial de Justicia al tramitar y resolver la acción de nulidad del laudo, será consecuencia directa del convenio arbitral, o sea, del alcance subjetivo de la autonomía de la voluntad de las partes que en él se concreta o contiene y por el cual, al momento de convenir en arbitraje, revocaron las partes –o renunciaron– a la justicia ordinaria tanto la jurisdicción como la competencia<sup>101</sup> para conocer de sus controversias por haberla encomendado a los árbitros.

El segundo caso de intervención de la justicia ordinaria en el arbitraje que se ha previsto en forma expresa por la ley, es en la ejecución forzosa y judicial del laudo, que puede darse si la parte vencida en el arbitraje, incumpliendo la obligación que le impone el primer inciso del artículo 32 de la LAM, no cumple de inmediato el laudo y por ese motivo la otra parte se ve precisada a exigir su ejecución forzosa. En este

---

<sup>99</sup> Artículo 76, garantía básica contenida en la letra l) del N° 7.

<sup>100</sup> La impugnación del laudo por vía de nulidad, en el Ecuador no es un recurso que pueda interponerse dentro de la misma causa, sino que es una acción nueva y diferente que debe comenzar por demanda dirigida al juez designado por la ley para el efecto, que es el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de la jurisdicción de la sede del arbitraje.

<sup>101</sup> En el Ecuador son dos cosas, muy vinculadas entre ellas, pero diferentes.

caso se lo debe hacer ante los jueces de la justicia ordinaria en razón de que el tribunal carece de *imperium*. Pero esta intervención de la justicia ordinaria no se debe sólo a este motivo de la carencia de *imperium* de los árbitros. Se debe, también, al hecho simple de que el momento en que el tribunal dicta el laudo y lo notifica a las partes, termina su misión y por cumplida que ha sido, se extingue, desaparece, deja de ser. Entonces, luego del laudo (y su aclaración o ampliación eventuales) ya no hay árbitros, ya no hay tribunal arbitral y ni siquiera secretario, lo que implica que no hay ya en el arbitraje quien pueda poner en ejecución el laudo y hacerlo cumplir forzosamente.

Los árbitros son quienes conducen el proceso para resolver las controversias que las partes pusieron bajo su responsabilidad. Por consiguiente, los árbitros son quienes tienen que velar porque el proceso se siga y cumpla guardando todas las garantías que el moderno derecho constitucional y procesal exigen, y entre estas se hallan no sólo el velar porque las pruebas solicitadas por las partes y ordenadas por los árbitros se practiquen, que se realicen, que tengan lugar y que se lo haga como corresponde, con sujeción a los principios que deben regirlas, como el de *audiencia*, el de *contradicción*, el de *igualdad de las partes*, etc. Es importante hacer notar que hay pruebas que una vez pedidas por las partes y ordenadas por el tribunal arbitral, por ese solo hecho su práctica y realización constituyen un derecho constitucional de la parte solicitante que, por consiguiente, no puede dejar de cumplirse porque de hacerlo se violaría una garantía constitucional del debido proceso, como es el caso, por ejemplo, de las declaraciones de testigos. Si éstas se piden por las partes y el tribunal las ordena, corresponde ya a los árbitros exigir su cumplimiento haciendo comparecer a los testigos a declarar, incluso con el auxilio de la función judicial y hasta de la fuerza pública si es que no quieren hacerlo por su propia voluntad, porque de otra manera se violaría esta garantía constitucional del debido proceso que se halla reconocida por el literal j) del ordinal 7 del artículo 76 de la Constitución de la República. Se trata esta, entonces, de una facultad o atribución muy importante, trascendente, de cuyo incumplimiento a los árbitros se les puede seguir su responsabilidad, y por ello deben ser muy celosos en cumplirla a cabalidad, pidiendo y exigiendo la intervención que se requiera de jueces y otros funcionarios de la función judicial. Igual, también en la producción y práctica de otro tipo de pruebas ordenadas oportunamente podría requerirse la intervención judicial, como cuando alguna parte se niega a cumplir lo dispuesto por el tribunal y para ejecutarlo requiere éste de la asistencia de un juez con *imperium*, en cuyo caso el tribunal podrá, amparado no en disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación sino en preceptos de la Constitución de la República o del también nuevo Código Orgánico de la Función Judicial<sup>102</sup>, exigir de los jueces ordinarios su asistencia para la práctica de las diligencias que fueren necesarias<sup>103</sup>.

#### **4.2.2.4.2. Asistencia de otros funcionarios públicos**

Las medidas cautelares se dictan normalmente por la autoridad facultada para hacerlo, y se las dictan para ser cumplidas, pero su cumplimiento es forzoso, es impuesto al demandado incluso en contra de su voluntad, y para lograrlo casi siempre se precisa de una autoridad que con *imperium* la ejecute y haga cumplir,

---

<sup>102</sup> Dictado el 3 de marzo de 2009 y promulgado en el Suplemento del Registro Oficial 544, el 9 de marzo de 2009.

<sup>103</sup> Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 129 numerales 6 y 7.

según sea la naturaleza de la medida cautelar que haya sido dictada. En arbitraje la atribución de dictar medidas cautelares corresponde a los árbitros, quienes, en algún caso, precisarán de la colaboración de los funcionarios de los registros públicos<sup>104</sup>. En alguno otro se requerirá de la asistencia de un secuestro y depositario<sup>105</sup>, o ya también de funcionarios públicos de otros niveles o esferas<sup>106</sup>. Para todos estos casos muchas veces el juez que dictó la medida cautelar requiere del concurso y auxilio de la fuerza pública o de funcionarios de la administración pública que cumplan directamente la orden impartida por el juzgador o que la hagan cumplir a particulares que constituyen terceros en esta relación procesal arbitral. Pues bien, los árbitros están facultados para recurrir directamente a todos estos funcionarios públicos pidiendo su auxilio para que se cumplan las medidas cautelares que dicten, y éstos deberán cumplir el cometido que les sea impuesto por los árbitros, ya que si es facultad de los árbitros recurrir al auxilio de funcionarios públicos, obvio es que es obligación de éstos brindar el auxilio que los árbitros les requieran, terceros todos éstos quienes han sido alcanzados, entonces, por la autonomía de la voluntad de las partes manifiesta en el convenio arbitral.

#### **4.2.2.4.3. Otros terceros**

Debemos referirnos en este punto a todos aquellos que eventualmente pudieren querer intervenir en un arbitraje determinado sin ser partes de él, ni tener otro punto de contacto que, por ejemplo, con alguna de las partes de un cierto procedimiento arbitral. Queremos hacer referencia en especial, a aquellos casos en que estas terceras personas pretenden involucrarse e injerir en un proceso arbitral aduciendo, por ejemplo, ser terceros interesados en la causa arbitral en curso, y muchas veces pretenden forzar incluso al tribunal arbitral a adoptar posiciones y decisiones en referencia o en relación con los planteamientos que formulan. Pues bien, creemos que también a estos terceros les alcanza la autonomía de la voluntad de las partes contenida en el convenio arbitral, en el sentido de que no siendo partes de ese convenio no tienen derecho de participar en ninguna de las actuaciones arbitrales y, por el contrario, deben respetar a las partes que lo celebraron, a los funcionarios del centro administrador de arbitrajes involucrado y a los miembros del tribunal arbitral constituido para conocer y resolver la controversia que enfrenta a las partes, guardando la distancia que corresponde de un procedimiento arbitral que les es totalmente ajeno. Es que en materia arbitral no cabe ni se puede admitir la intervención de terceros por el mismo principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

## **5. LIMITACIONES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

Bajo este título queremos referirnos no a las limitaciones que en general puedan presentarse a las manifestaciones o expresiones de la autonomía de la voluntad en general, sino y directamente a las que pueda enfrentar el convenio arbitral como contenido de la expresión de la autonomía de la voluntad de quienes lo han suscrito o

---

<sup>104</sup> Prohibición de enajenar bienes raíces.

<sup>105</sup> Para el secuestro de bienes muebles, por ejemplo, o para que una persona privada –natural o jurídica– cumpla una orden de retención dictada por los árbitros, etc.

<sup>106</sup> Como para impedir a un extranjero la ausencia del país.

celebrado, limitaciones que creemos que pueden ser solamente objetivas, subjetivas y formales.

### 5.1. *Objetivas*

Es claro que el principio de la *soberanía (autonomía) de la voluntad* no es absoluto, y que presenta dos límites principales: el *formalismo*, entendido como la forma en que debe expresarse esta autonomía de la voluntad en materia arbitral, y el orden público<sup>107</sup>; pero en nuestro criterio la verdadera limitación objetiva es la de la arbitrabilidad, pero no referida a las personas que celebran el convenio arbitral, sino a su materia, limitación primera o primaria que encontramos en el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación, cuando al definir el sistema arbitral dice que: “...es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras ...” (la subraya es nuestra).

Los autores ALEJANDRO ROMERO SEGUEL y JOSÉ IGNACIO DÍAZ VILLALOBOS afirman que hay materias de arbitraje prohibido en el ámbito interno, y que éstas se refieren a asuntos en que por su propia naturaleza la ley no permite que sean sometidas a arbitraje, y que en general, se trata de asuntos en los que el Estado tiene interés o versan sobre materias de derecho de familia<sup>108</sup>. Aplicando estos criterios al caso ecuatoriano, podemos decir que nadie está habilitado para convenir en arbitraje para a través de este medio alternativo de solución de controversias resolver una que tenga que ver con cuestiones o materias respecto de las cuales no quepa transacción, como pueden ser, por ejemplo, en el ámbito eminentemente privado, lo relacionado con el estado civil<sup>109</sup>, con la calidad de hijo o con la maternidad o paternidad disputadas<sup>110</sup>; o en el ámbito público, con derechos constitucionales fundamentales, tales como el derecho a la vida, a la libertad, al honor y buen nombre, a la libertad de expresión, a la libertad de tránsito y movilidad, al derecho al debido proceso, al derecho a la nacionalidad y ciudadanía, etcétera; o ya también en temas relacionados con la potestad estatal, como pueden ser los conflictos por actos administrativos que se pretendan violatorios de derechos, o las decisiones administrativas en materia tributaria o impositiva; o en el ámbito del derecho penal en la parte que se refiere a la adjudicación de responsabilidad por infracciones de esta índole, teniendo claro que lo que si puede ser objeto y materia de arbitraje es lo relacionado con la indemnización de perjuicios proveniente de la responsabilidad penal. Y si pese a estar prohibido el pacto de arbitraje para estas materias, de hecho se celebra un convenio con tal finalidad, tal convención, por nula, carecerá de todo efecto y valor, pues así lo prevé el artículo 9 del Código Civil<sup>111</sup>.

---

<sup>107</sup> MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. Los límites al consentimiento en el pacto arbitral. Ensayo publicado en la obra colectiva ya citada: El Contrato de Arbitraje, EDUARDO SILVA ROMERO, Director Académico y FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, Coordinador Académico. Bogotá, Colombia, 2005. Universidad del Rosario, Legis Editores S.A. pp. 238 y 239.

<sup>108</sup> ROMERO SEGUEL, Alejandro y José Ignacio DÍAZ VILLALOBOS, “El Arbitraje Interno y Comercial Internacional”. Santiago, Chile. Lexis Nexis, 2007, ISBN: 978-956-719-4, p. 21.

<sup>109</sup> El artículo 2352 del Código Civil prohíbe que se pueda transigir sobre el estado civil de las personas.

<sup>110</sup> No se trata de un objeto que pueda hallarse en la capacidad de disposición de nadie, como lo requiere el artículo 2349 del Código Civil.

<sup>111</sup> Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención.

Por consiguiente, si propuesta una demanda arbitral con fundamento en un convenio que adolezca de este vicio de falta de arbitrabilidad objetiva, y por una controversia relacionada con algún asunto respecto del cual legalmente no quepa transacción, será el tribunal arbitral el que, en aplicación del principio básico de *Kompetenz-Kompetenz* (competencia de la competencia) recogido en el artículo 22 de la Ley ecuatoriana de Arbitraje y Mediación, analizando primero y fundamentalmente la arbitrabilidad del asunto sometido a su conocimiento, conjuntamente con el convenio arbitral, deberá declararse o no competente para resolver la controversia<sup>112</sup>. Obviamente, si pese a tratarse de un asunto no arbitrable se declara competente y luego dicta laudo en cualquier sentido, deberá responder por el hecho de haber violado el ordenamiento jurídico, ya que la arbitrabilidad es, a nuestro entender, cuestión de orden público respecto de la cual no cabe convención.

Es oportuno reiterar –quedó ya antes dicho– que en el Ecuador la ley autoriza expresamente y en forma general a las entidades públicas a celebrar convenios arbitrales, pero únicamente para resolver controversias que provengan de relaciones jurídicas contractuales, lo que por aplicación del principio de que en materias administrativas todo lo que no está expresamente facultado o atribuido está prohibido, implica la imposibilidad jurídica de someter a arbitraje cuestiones que excedan el ámbito de lo contractual.

Pero en todo caso es necesario tener presente que en cumplimiento del artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, son únicamente los árbitros quienes pueden y deben decidir si son competentes o no para conocer de un arbitraje, incluido el caso de que se trate de uno sobre materia no arbitrable. Esta declaración de competencia que corresponde a los árbitros por el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, no lo puede hacer ningún órgano judicial ni ningún juez de la justicia ordinaria, por carecer de atribución o facultad para ello, pues tal facultad o atribución ha sido concedida en forma exclusiva y excluyente por la ley al tribunal arbitral, bien se trate de tribunal compuesto por árbitro único o por varios árbitros. Y es tanto esto así, que el control de legalidad del laudo, que se la hace a través de la acción de nulidad del laudo, en el Ecuador no se lo puede plantear alegando incompetencia de los árbitros, pues tal incompetencia no está prevista en la ley de arbitraje como una de las cinco causales de nulidad del laudo que en ella se contemplan<sup>113</sup>, las que son taxativas y excluyen a las causales de nulidad previstas en el Código de Procedimiento Civil, entre las que se encuentra la de competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila<sup>114</sup>.

Lo anterior, con excepción de la Corte Constitucional, que podría emitir algún pronunciamiento contrario con motivo de alguna acción que eventualmente se le pueda plantear, como el pronunciamiento que emitió el 24 de febrero de 2010 en el caso 0712-09EP y que se publicó en el Suplemento del Registro Oficial del 26 de marzo de 2010, en el que aceptando una demanda de Acción Extraordinaria de Protección<sup>115</sup> dejó sin efecto sentencias de primera y de segunda instancia y de casación, dictadas en un juicio verbal sumario en que el actor, pese a la existencia de convenio arbitral celebrado con el demandado, planteó su acción ante la justicia

---

<sup>112</sup> Una vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que (...) el tribunal resolverá sobre su propia competencia. // Si el tribunal se declara competente...

<sup>113</sup> Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 31.

<sup>114</sup> Código de Procedimiento Civil, artículo 346.

<sup>115</sup> Prevista en el artículo 94 de la Constitución de la República, como una de las Garantías Jurisdiccionales.

ordinaria, y citado con la demanda y dentro del término de contestarla y de proponer excepciones, el demandado propuso la excepción de existencia de convenio arbitral, la que por propuesta en debida y oportuna forma debió ser tratada como cuestión de previo y especial pronunciamiento, como lo prevé la Ley de Arbitraje y Mediación<sup>116</sup>, y sólo si luego del trámite respectivo no se hubiera probado la existencia de convenio arbitral, podía el juez ordinario en el auto que resolviendo sobre esta excepción debía dictar, declarar que por inexistir convenio arbitral él era competente y tenía jurisdicción para resolver la controversia planteada en la demanda. Por el contrario, si se demostraba la existencia de convenio arbitral, el juez ordinario debía así declararlo y, por tanto, inhibirse de conocer de la demanda y ordenar su archivo por carecer de jurisdicción y competencia precisamente por la existencia de convenio arbitral. Sin embargo, el juez ordinario que conoció de esa causa, por ignorancia total y absoluta de lo que es el arbitraje y de las normas pertinentes, no resolvió como cuestión de previo y especial pronunciamiento la excepción de existencia de convenio arbitral pese a que éste había sido transcrito en la misma demanda a la que se acompañó el contrato en que se lo contenía y del que formaba parte; y pese a lo dicho, pese a la claridad de la existencia de convenio arbitral, pese a que el convenio arbitral fue transcrito por los jueces ordinarios en la sentencia de primera y de segunda instancia e incluso en la sentencia de casación, por raro y extraño comportamiento e interés aún no esclarecido, pese a reconocer la existencia de convenio arbitral, declararon que por no haber influido en la decisión de la causa la falta de jurisdicción y competencia de los jueces que conocieron de este juicio en sus diversas instancias y recursos, si eran competentes para resolver sobre el fondo de la demanda, lo cual ha sido, ahora, dejado sin efecto por la Corte Constitucional, la que ha declarado que aquellos jueces carecieron de competencia por la existencia de convenio arbitral, y que por tanto al haber actuado sin competencia, afectaron a los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica.

Hay que resaltar que en este caso la Corte Constitucional salió por los fueros del arbitraje dejando sin efecto las decisiones judiciales que atentaron contra este sistema de justicia que cada día se difunde más y más a nivel internacional y también dentro de las fronteras de muchos de nuestros países latinoamericanos. Se trata, en este caso, de una sentencia alentadora que de alguna manera devuelve la fe en el sistema de justicia constitucional cuando el demandado no es el Estado<sup>117</sup>, y en la administración de justicia ecuatoriana que se halla en un muy lamentable estado de deterioro moral por la inexistencia de escrúpulos por parte de muchos de los operadores de justicia –como ahora se los llama–. Hay que saludar esta sentencia de la Corte Constitucional, porque está sentando un precedente muy saludable para la existencia y vigencia del sistema arbitral, que fue gravemente atacado y ofendido con las sentencias dejadas sin efecto.

## **5.2. Subjetivas**

También las limitaciones subjetivas están dadas básicamente por la arbitrabilidad, pero no ya por la arbitrabilidad objetiva de que acabamos de hablar, sino por la

---

<sup>116</sup> Artículo 8.

<sup>117</sup> Pues si el demandado es el Estado, hoy por hoy no hay posibilidad alguna de que la Corte Constitucional se pronuncie en contra del Estado y peor en contra del gobierno actual, que invade la órbita de acción de la justicia, declara culpables e inocentes e infunde temor en los jueces.

subjetiva, entendida como la capacidad de las personas para someterse al arbitraje<sup>118</sup>, especialmente la capacidad de las instituciones o entidades públicas; y nos referimos a estas últimas en particular, puesto que en lo que se refiere a las personas naturales o incluso a las personas jurídicas de derecho privado, son aplicables las reglas generales que sobre capacidad civil se recogen en los códigos y leyes de la República del Ecuador, y a todas ellas se aplica la arbitrabilidad objetiva de la que ya tratamos, pues para someterse al arbitraje no tienen más limitación que aquella constante en la disposición que definiendo el sistema arbitral, dice que “*es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias*”<sup>119</sup> (la subraya es nuestra). No existe otra limitación general y así de absoluta (objetiva) que se aplique a las personas naturales o físicas y a las personas jurídicas de derecho privado, salvo, en el caso de estas últimas, que por alguna situación muy particular se encontrare impedida de acudir al arbitraje, lo que sería en tal caso una limitación subjetiva.

Es cuando hablamos de entidades del sector público, o cuando se trata de ellas, que encontramos que tienen una limitación muy subjetiva, pues, como lo acabamos de señalar, no la tienen las personas naturales o físicas, ni tampoco las personas jurídica privadas. Es una limitación única y exclusivamente para los entes públicos, dotados o no de personería jurídica, limitación que está dada por lo que se conoce como arbitrabilidad subjetiva, cual es la de no poder celebrar convenios arbitrales para solucionar por esta vía una controversia resultante de una relación jurídica que no sea contractual, aún cuando se trate de un asunto en el que quepa transacción, pues el literal b) del inciso segundo del artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación pone un límite negativo a la capacidad de estas entidades del sector público para acudir al arbitraje, al disponer imperativamente que la relación jurídica a la cual se refiera el convenio sea necesariamente de carácter contractual.

La razón de esta limitación habría que buscarla en las actas de discusión de la ley en el Congreso y en la comisión legislativa que la tramitó previamente a su aprobación final; pero en todo caso, por no ser nuestro campo el derecho administrativo, para este preciso tema de la arbitrabilidad subjetiva consultamos al Dr. JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN, un distinguido amigo y colega que si es un profundo conocedor del derecho administrativo. La consulta que le hicimos fue: “¿Hay en la legislación administrativa ecuatoriana, alguna disposición por la cual se establezca el llamado *principio de innegociabilidad de las potestades públicas*?” (al que se refiere la autora MYRIAM SALCEDO CASTRO<sup>120</sup>), y nos ha respondido de inmediato exponiendo la siguiente opinión que por su claridad y precisión merecen transcribirse en forma completa, y que dice:

“En nuestras normas positivas no se habla del principio de innegociabilidad de las potestades públicas. Sin embargo, indico algunas ideas al respecto.

---

<sup>118</sup> SALCEDO CASTRO, Myriam. La arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje. Ensayo publicado en la obra colectiva El Contrato de Arbitraje, EDUARDO SILVA ROMERO, Director Académico y FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, Coordinador Académico. Bogotá, Colombia, 2005. Universidad del Rosario, Legis Editores S.A. p. 113.

<sup>119</sup> Artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

<sup>120</sup> Op. Cit., p. 121.

Atendiendo a la denominación literal del principio en mención, entiendo que se alude a un postulado que impediría que las competencias, facultades o atribuciones propias de la autoridad pública sean objeto de negociación o acuerdo que implique, de una u otra manera, renuncia al ejercicio de las potestades públicas, o por lo menos, limitación o restricción de su ejercicio. Si este es el sentido que se quiere dar al denominado "principio de innegociabilidad de las potestades públicas", yo creo que tendría fundamento en las características esenciales de las mismas potestades públicas.

En efecto, las potestades públicas tienen un carácter institucional y no personal. Es decir, no pertenecen a ningún individuo, sino que se explican en el marco de la organización jurídica del Estado y corresponden a los órganos públicos previstos por el ordenamiento, en cuanto mecanismos de expresión de la voluntad estatal. En tal virtud, no podría la persona de un funcionario negociar sobre sus competencias o facultades, porque simplemente no le pertenecen ni se rigen por su voluntad. Además, es necesario tener presente que el ejercicio de las potestades públicas se explican como un servicio a la colectividad, y este carácter impide que puedan ser negociables ya que están implicados los intereses colectivos. Estas reflexiones tienen sustento en los artículos 226 y 227 de la Constitución.

Además de estas reflexiones, considero que el principio de subordinación al Derecho también impide cualquier negociación sobre las potestades públicas. La autoridad sólo puede hacer lo que dispone el Derecho y estrictamente dentro de los lineamientos que el Derecho establece. La autoridad, en suma, no tiene autonomía de la voluntad, sino que se somete a una voluntad ajena: la voluntad de la ley. Por ello la doctrina sostiene que en el Derecho público se habla de una "heteronomía de la voluntad", mientras que en el Derecho privado rige la "autonomía de la voluntad".

No obstante lo dicho, se debe aclarar que en aquello que no afecte al debido ejercicio de las potestades públicas, la negociación es posible en el Derecho público. Hay gente que lleva al extremo las ideas de "interés general", "soberanía" o de "institucionalidad" para negar absolutamente la posibilidad de negociación en aspectos de Derecho público, como por ejemplo, los criterios para determinar en casos concretos la base imponible de los tributos, o el significado que se puede dar a la terminología legal en una situación precisa, o bien, el alcance y contenido que en una realidad específica se puede establecer para el ejercicio de una potestad discrecional. Es negociable, por ejemplo, cuál es el justo precio o la compensación de una expropiación. También son negociables con un individuo o una colectividad las medidas de seguridad, que en ejercicio de su facultad discrecional, adoptará la autoridad pública para evitar una situación de riesgo.

La gente que protesta contra la negociación en el Derecho público (tal vez, ideólogos de izquierda o gente excesivamente favorable al autoritarismo), olvida que la vida real es muy rica, y que no se puede impedir que en algunos aspectos se pueda llegar a acuerdos entre el ciudadano y la autoridad porque la vida real rebasa a los dogmas y muchas veces la ley no configura de modo preciso y terminante las realidades a las que se va a aplicar. Una visión democrática y respetuosa del ciudadano y de su libertad sostiene válidamente la negociación entre el ciudadano y la autoridad, porque la autoridad no se

explica por sí misma, ni para deleitarse con el ejercicio del poder, sino que se explica por el servicio al hombre, a sus derechos y a sus libertades”.

En conclusión, pese a que puedan ser plenamente factible ciertas negociaciones en el ámbito del derecho administrativo, nada que se relacione con las potestades o competencias públicas que detentan los entes de esta naturaleza puede ser sometido a arbitraje ni puede ser, por tanto, materia de convenio arbitral celebrado entre tales instituciones y personas del derecho privado, porque hay expresa prohibición legal para hacerlo, y porque todo lo que está prohibido y se lo hace es nulo y de ningún valor<sup>121</sup>, como se vio anteriormente.

### **5.3. Formales**

Son limitaciones impuestas más bien por la forma en que debe celebrarse y en que en realidad se haya celebrado el convenio arbitral. Habíamos ya visto que el convenio arbitral debe celebrarse por escrito y llevar la firma de las partes, pero que puede hacerse válidamente por instrumento privado, sin que sea indispensable que se lo suscriba por instrumento público como fue la exigencia normal en las antiguas legislaciones sobre arbitraje que constaban por regla general en los códigos procesales en materia civil. Nos remitimos, entonces, a lo expresado en el punto 3.2 del presente ensayo.

Pero también entran en las limitaciones formales, los convenios arbitrales contenidos en contratos de adhesión, normalmente empleados por los prestadores de servicios al público, como los contratos de transporte de personas o de mercaderías, bien sean por vía terrestre, marítima, fluvial o aérea, o contratos de cuenta corriente con las instituciones financieras, o ya también contratos de seguro (pólizas), etc., pues en ellos el redactor del contrato, que siempre es el prestador del servicio, impone (o puede imponer) condiciones gravosas y abusivas que el legislador ha querido atemperar, como lo ha hecho, por ejemplo, en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que prohíbe que en los contratos de adhesión se contengan, entre otras, cláusulas que impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento<sup>122</sup>, y esta cláusula prohibida no puede ser otra que la que contenga un convenio arbitral, pues solamente tal convenio convierte en obligatorio para las partes que lo suscriben, la sumisión al arbitraje pactado.

### **5.4. Conclusión**

Fuera de las limitaciones antes enunciadas, esto es, fuera de las limitaciones objetivas, subjetivas y formales ya mencionadas, no existe otra limitación a la autonomía de la voluntad de las partes que suscriben convenio arbitral, y nadie las puede imponer por fuera de las mismas partes, pues esta autonomía de la voluntad tiene incluso respaldo en la Constitución de la República –como lo vimos en el acápite 2.2 del presente ensayo– y no tiene más límite que las propias normas

---

<sup>121</sup> Artículo 9 del Código Civil.

<sup>122</sup> Artículo 43 N° 4. Esta ley fue promulgada en el Suplemento del Registro Oficial N° 116, del 10 de julio de 2000.

constitucionales, el orden público<sup>123</sup> (o sea, en definitiva, la misma Constitución) y las buenas costumbres<sup>124</sup>. Esto significa que ninguna ley de carácter inferior a la Constitución de la República, ningún reglamento por importante que sea, o peor un simple reglamento dictado por una entidad privada, puede prevalecer por sobre el convenio arbitral que recoge y contiene la expresión de la autonomía de las partes en este campo, y que por ser tal se halla incluso por encima de muchas leyes, pues como ya vimos en el acápite 2.2 del presente ensayo, la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra garantizada en el N° 16 del artículo 66 de la Constitución de la República, la que, además, por el mandato expreso del principio consagrado con el N° 4 del artículo 11 de la misma Carta Política, no puede ser restringida por ninguna norma jurídica. Es más, los mismos jueces y la función judicial como tal quedan limitados a hacer respetar y ejecutar las convenciones de las partes como las leyes mismas, sin entrar a analizar su contenido, salvo en el caso de que sus cláusulas o efectos fueren contrarios al orden público o a la moral o a las buenas costumbres<sup>125</sup>.

---

<sup>123</sup> "... necesariamente, todas las leyes de Derecho público, es decir, aquéllas que reglamentan la organización y atribuciones de los diferentes poderes y de sus agentes, así como las obligaciones y derechos de los particulares en materia política, electoral, de impuestos, servicio militar, etc", dicen los tratadistas: MARCEL PLANIOL y GEORGES RIPERT, en su obra: Tratado Elemental de Derecho Civil. México D.F., 2003. ISBN: 968-401-047-8. Edición 1981, p. 148.

<sup>124</sup> MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (Op. Cit. P. 239), citando a FOYER, Jacques (Les bonnes Movers. In 1804 – 2004. Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir. Ed. Dalloz, Paris 2004, pp. 495 y ss), dice que por buenas costumbres se entiende, normalmente, aquellas reglas de moral social consideradas fundamentales para el orden de la sociedad misma.

<sup>125</sup> CHARNY, Hugo. Op. Cit., p. 970.