

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

**VALIDEZ DEL ARBITRAJE PRIVADO PARA LA RESOLUCIÓN DE
CONFLICTOS LABORALES INDIVIDUALES**

HUGO ANTONIO GARCÍA LARRIVA

Tesina de grado presentada como requisito
para la obtención del título de Abogado

Quito, Enero de 2009

© Derechos de Autor
Hugo Antonio García Larriva
2009

*A Dios por todas las bendiciones recibidas,
a mis padres por el ejemplo y la dedicación,
a mis amigos por el apoyo
a mis profesores por la guía y sus conocimientos.*

RESUMEN

El presente trabajo es un estudio sobre la validez del arbitraje privado para la resolución de conflictos laborales individuales. Sobre la base del análisis de la legislación, jurisprudencia y especialmente doctrina se han visualizado dos tesis: la admisibilidad e inadmisibilidad del arbitraje por considerar que la transacción implica o no renuncia de derechos laborales. Así esta tesina, partiendo de un análisis del Derecho Civil, Laboral, Arbitral y Procesal, concluye que el arbitraje privado para la resolución de conflictos laborales individuales es plenamente válido, esencialmente porque cumple con el requisito básico para el mismo que prevé la legislación ecuatoriana, es decir, que la materia que se pretende someter a causa de árbitros sea transigible.

ABSTRACT

This thesis studies the legal validity of private arbitration to solve individual labor conflicts. Based on the analysis of the law, jurisprudence, and doctrine two hypothesis can be distinguished: the admissibility or the inadmissibility of arbitration considering if the transaction imply or not the resignation of labor rights. Tacking into account on the study of the Civil, Arbitration, Labor and Procedural laws, this paper concludes the private arbitration to solve individual labor conflicts are valid because the matter of the conflict is settleable .

Tabla de contenidos

Abreviaturas	viii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
EL ARBITRAJE: NATURALEZA Y ALCANCE BAJO LA LEGISLACIÓN	
ECUATORIANA	5
1.1. Concepto	5
1.2. Naturaleza	7
1.3. Normativa	11
1.4. Caracteres del arbitraje ecuatoriano	12
1.5. Requisitos de validez	15
1.5.1. Voluntariedad	15
1.5.1.1. De las declaraciones de voluntad	16
1.5.1.2. Autonomía de la Voluntad	17
1.5.1.3. Voluntad libre de vicios	20
1.5.2. El convenio arbitral	22
1.5.3. El convenio arbitral en la legislación ecuatoriana	24
1.6. Objeto del arbitraje	26
CAPÍTULO II	
VALIDEZ DEL ARBITRAJE EN MATERIA LABORAL INDIVIDUAL	29
2.1. Consideraciones preliminares	29
2.2. Naturaleza social del Derecho Laboral	30
2.3. El absolutismo y crisis del Derecho Laboral	33
2.4. Flexibilización y principios posmodernos del Derecho del Trabajo	36
2.5. Irrenunciabilidad y transigibilidad de los derechos laborales	42
2.5.1. Imposibilidad de la transacción por renuncia de derecho: Imposibilidad del arbitraje por ausencia de materia y objeto arbitrable	43
2.5.2. Validez de la transacción en materia laboral y del arbitraje privado para la resolución de conflictos laborales individuales	47
2.5.2.1. Escenario de transigibilidad sobre las expectativas relativas al contenido económico del derecho	54

2.5.2.2. Escenario de transigibilidad sobre las expectativas relativas a la conclusión de la hipótesis normativa	55
2.5.2.3. Escenario de transigibilidad sobre derechos concretos provenientes de la voluntad de las partes.....	57
2.5.2.4. Escenario de transigibilidad sobre derechos concretos provenientes de la ley.	60
CAPÍTULO III	
IMPLICACIONES PROCESALES	
DEL ARBITRAJE PARTICUALR EN MATERIAL LABORAL INDIVIDUAL	64
3.1. Consideraciones preliminares	64
3.2. Condiciones procesales para su validez.....	65
3.3. Fuerza objetiva: nulidad del convenio arbitral.....	67
3.4. Gratuidad del proceso	70
3.5. Excepción de convenio arbitral ante la justicia ordinaria.....	73
3.6. Limitación al arbitraje en derecho.....	74
3.7. <i>Kompetenz-kompetenz</i>	74
3.8. Nulidad del laudo	76
3.9. Acción extraordinaria de protección	80
CONCLUSIONES.....	83
RECOMENDACIONES.....	89
BIBLIOGRAFÍA	91
LEYES CITADAS	96

Abreviaturas

Art.	Artículo
CC	Código Civil ecuatoriano
Cfr.	Confrontar
CP	Constitución Política del Ecuador
CPC	Código de Procedimiento Civil ecuatoriano
CSJ	Corte Suprema de Justicia del Ecuador
CT	Código del Trabajo ecuatoriano
Ed	Editorial
Ibídem	La misma obra citada anteriormente
LAM	Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana
LOFJ	Ley Orgánica de la Función Judicial del Ecuador
OIT	Organización Internacional del Trabajo
Op. Cit.	Obra citada
R.O.	Registro Oficial
SC	Sentencia de Casación
STI	Sentencia de Tercera Instancia
TSE	Tribunal Supremo Español
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional

INTRODUCCIÓN

para algunos juslaboralistas la flexibilidad es el diablo, un concepto patronal por excelencia; para otros es un ángel, un proceso que salvará a los operarios del desempleo. Lo real es que se trata de una simple adaptación de las normas de trabajo a nuevos contextos culturales, tecnológicos y económicos, a la relación de trabajo, que facilita el progreso social y el rendimiento elevado de la productividad sin reducir la planta del personal empleado, pues lo único que se busca es la reducción de los costos de producción y distribución.

JAVALLIER¹

Al hablar de arbitraje privado es ineludible comenzar a pensar en materias típicas del mismo como contratación mercantil, contratos civiles, materias comerciales, e inclusive inversiones y comercial internacional. Sin embargo, el arbitraje privado es una institución que cobija a muchas otras materias cuya línea transversal es la transigibilidad de las mismas. Es así como el arbitraje ha proliferado en materias de contratación pública, inquilinato y otras que a primera vista repugnarían a la lógica, o por lo menos nos producirían escozor admitir su arbitrabilidad. Actualmente los criterios de eficiencia, eficacia, especialidad, celeridad, probidad y demás que se encuentran asociados con el arbitraje han hecho que éste sistema crezca, se fortalezca y admita la recepción de nuevas materias que antes no se pensaba podían ser resueltas por árbitros privados.

¹ JAVALLIER, citado en S. BARAJAS MONTES DE OCA, *Conceptos básicos del derecho del trabajo*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1995, p. 44.

En la presente tesina nos proponemos analizar si justamente este arbitraje privado puede ser válido y procedente dentro del ámbito laboral. Frente a este problema sostenemos que el arbitraje privado para la resolución de conflictos laborales individuales es válido en virtud de que la transacción en esta materia no implica renuncia de derechos.

Los conflictos laborales en *lato sensu* pueden definirse como controversias en las relaciones laborales², o en *stricto sensu* como controversias entre trabajadores y patrones, sólo entre trabajadores y solo entre patrones, con motivo del nacimiento, modificación y cumplimiento de las relaciones individuales y colectivas de trabajo³. Técnicamente suele manejarse el concepto carneluttiano de litigio explicado como el conflicto de intereses calificado por la pretensión de una parte y la resistencia de la otra. Son estos los conflictos que se tratarán de someter a causa de árbitros.

Actualmente los conflictos laborales, tanto individuales como colectivos, tienen órganos regulares encargados de componerlos por mandato de la ley, pero ésta ha dado a las partes muy poca o nula actividad dentro de la resolución de estos conflictos. En este sentido el Art. 573 del CT establece que “las controversias a que diere lugar un contrato o una relación de trabajo, serán resueltas por las autoridades establecidas por este Código, de conformidad con el trámite que el mismo prescribe”. Esto es el juicio oral para los conflictos individuales, y los Tribunales de Conciliación y Arbitraje para los colectivos. Sobre estos mismos no diremos más pues no son materia de la presente tesina, sólo señalaremos que el procedimiento arbitral previsto para los mismos es un arbitraje administrativo obligatorio, totalmente ajeno al arbitraje previsto por la LAM.

Los conflictos laborales por disposición del Art. 575 del CT se sustanciarán mediante el procedimiento oral previsto a partir del Art. 576 del mismo código; y que básicamente consiste en una audiencia preliminar de conciliación donde se contesta a la demanda y se formulan las pruebas. Esta audiencia debe realizarse dentro de los veinte días subsiguientes a la calificación de la demanda, y los citadores están en la obligación, so pena de multa y destitución, a citar con esta diligencia en los primeros cinco días contados desde la misma calificación de la demanda. Posteriormente, el Juez fijará la

² H. SANTOS AZUELA, *Elementos de derecho del trabajo*, ed. Porrúa, México D.F., 1994, p. 360

³ *Ibidem*, p. 360.

audiencia definitiva, donde se tomarán los testimonios y las confesiones solicitadas, además de las alegaciones en derecho de la partes. Concluida esta audiencia el juez deberá dictar sentencia en un término de diez días.

En teoría es este el sistema abreviado que prevé el código para una ágil y pronta resolución de las controversias laborales individuales, pero cabe preguntarse si los objetivos planteados por el legislador se están cumpliendo en la práctica.

Con respecto a la celeridad y agilidad del proceso, está por demás demostrado en la actualidad que, sin la creación de nuevos juzgados del trabajo, las causas seguirán acumulándose y los términos irrespetándose, actualmente pueden pasar nueve meses hasta la fijación de una audiencia preliminar, y entre ésta y una definitiva inclusive más de un año. Con respecto a la mayor inmediación y tutela por parte del Juez, por la misma razón anterior se han ido poco a poco menoscabando. Con respecto a la especialización del juzgador, hasta no haber una verdadera reforma a la carrera judicial, esta no se cumplirá. Por lo tanto y frente a este escenario es menester cuestionarnos si se justifica o no la existencia de un arbitraje privado como método alternativo de resolución de los conflictos, por lo tanto si este sería válido o no.

Para poder determinar la validez del mismo comenzaremos en el primer capítulo a analizar la institución del arbitraje, su naturaleza y alcance bajo nuestra legislación. Este análisis de suma importancia nos llevará a estructurar las bases de un argumento que nos lleve a una conclusión afirmativa o negativa, puesto que analizaremos cuales son los requisitos que la ley prevé para el mismo, cual es la materia y el objeto arbitrable, y en general todos los demás aspectos que necesariamente deberán ser confrontados con la naturaleza del derecho laboral para determinar la validez o no del arbitraje.

En el segundo capítulo, una vez conceptualizada la institución del arbitraje, pasaremos al análisis directo de la validez del arbitraje privado para la resolución de los conflictos laborales individuales, para lo cual comenzaremos analizando la naturaleza del derecho laboral, la situación actual del mismo, para finalmente centrarnos en el análisis sobre si la transacción en materia laboral individual implica o no renuncia de derechos, ergo el arbitraje en materia laboral es o no viable. En este análisis presentamos el escenario de invalidez del arbitraje y los cuatro escenarios, que a

nuestro criterio, presentan validez para el arbitraje privado: escenario de transigibilidad sobre las expectativas relativas al contenido económico del derecho, escenario de transigibilidad sobre las expectativas relativas a la conclusión de la hipótesis normativa, escenario de transigibilidad sobre derechos concretos provenientes de la voluntad de las partes, y escenario de transigibilidad sobre derechos concretos provenientes de la ley.

Una vez que identificamos los posibles escenarios en los cuales tendría validez un arbitraje privado para la resolución de conflictos laborales individuales pasaremos a analizar algunos aspectos procesales importantes que se verían afectados o que presentan cierta inquietud frente a un arbitraje sobre una materia de derecho social como es la laboral.

Finalmente terminaremos la presente tesina con la exposición de las conclusiones y recomendaciones sobre la misma.

CAPÍTULO I

EL ARBITRAJE: NATURALEZA Y ALCANCE BAJO LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

*Es propio de los hombres razonables recurrir a un árbitro,
antes que a un juez, porque el primero no atiende sino a la justicia,
mientras el juez mira solamente la ley; el arbitraje ha sido inventado
para hacer valer la equidad*
ARISTÓTELES⁴

1.1. Concepto

Etimológicamente la palabra arbitraje viene de la palabra *arbiter* que a su vez proviene de dos raíces *ad* y *arbiter*, que significa “tercero que se dirige a dos litigantes para entender sobre su controversia”⁵. En este sentido nuestra LAM lo define como:

Art. 1.- El sistema arbitral 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.⁶

⁴ Citado en G. GARCÍA FERAUD, “Lo jurisdiccional en el arbitraje”, en *Revista Jurídica*, Universidad Católica de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas, No. 17, 2004, p. 18.

⁵ Cfr. H. R. BATALLAS GÓMEZ, *La aplicación del arbitraje interno en materia tributaria en el Ecuador*, Tesina para la obtención del Título de Abogado, Inédita, Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2005, p. 37.

⁶ CODIFICACIÓN DE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, R.O. N° 417, Jueves 14 de Diciembre del 2006.

Para E. PICAND ALBÓNICO el arbitraje es la máxima y natural expresión de la justicia de los pares⁷ puesto que los mismos justiciables eligen el juez y las reglas por las cuales ha de resolverse su controversia⁸ en consideración a su confianza, imparcialidad e independencia, y cuyo reconocimiento se halla en la ley. Es así como el arbitraje puede ser definido como una institución jurídica de administración de justicia cuya existencia no depende de la mera voluntad de las partes, pero cuyo ejercicio se sustenta en la igualdad y en la libertad de ellas, única manera de llegar a la equidad o al triunfo del derecho, cuyo fundamento esencial es la capacidad de los hombres de autogobernarse⁹.

Según R. CAIVANO¹⁰ el arbitraje es un sistema de resolución de conflictos; una herramienta mediante la cual se resuelven los conflictos por particulares que no revisten la calidad de jueces. Para ALVARADO BELLOSO¹¹ es un modo heterocompositivo de resolución de conflictos que opera como resultado de un principio de autocomposición de los propios interesados. Por su lado para el autor francés JEAN ROBERT el arbitraje es la “constitución de una justicia privada por la cual los litigios son sustraídos de la jurisdicción común, para ser resueltos por individuos revestidos de la misión de juzgar”¹². GUASP¹³ de manera más sucinta lo define como “la resolución de un conflicto que se lleva a cabo por un tercero a cuya decisión las partes se someten voluntariamente”.

F. CORDÓN MORENO¹⁴ lo define con mayor precisión como aquella institución mediante la cual los particulares pueden acordar que las controversias,

⁷ Cfr. E. PICAND ALBÓNICO, “Algunas reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la justicia arbitral”, en E. PICAND ALBÓNICO, *Estudios de arbitraje*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006. p. 197.

⁸ *Ibidem*, p. 198.

En el mismo sentido según CREMADES “para los Constituyentes <<franceses>> el arbitraje es un elemento esencial de la justicia natural, que traduce en el terreno judicial el ideal de fraternidad entre los seres humanos. La ley de 16 y 24 de agosto de 1790 proclamaba: ‘siendo el arbitraje el medio más razonable de acabar con las diferencias entre los ciudadanos los legisladores no podrán adoptar ninguna disposición que tienda a disminuir el favor o la eficacia de los compromisos’. Por ello se prohibía apelar los laudos arbitrales, a menos que las partes se hubieren reservado en el compromiso el derecho de recurrir ante la jurisdicción ordinaria”. J. A. CREMADES, “Cuatro lustros de ley francesa de arbitraje comercial internacional”, en *Anuario de Justicia Alternativa*, Derecho Arbitral, No. 1, 2001, p. 16; citado en A. M. LORCA NAVARRETE, *La naturaleza jurídica del arbitraje*, disponible en http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/naturaleza_arbitraje.php. Visitada el 13 de octubre de 2008.

⁹ E. PICAND ALBÓNICO, “Algunas...”, p. 197.

¹⁰ R. J. CAIVANO, *Arbitraje*, Ed. Ad-Hoc, 2da. edición, Buenos Aires, 2000, p. 47.

¹¹ Citado en R.J. CAIVANO, *Arbitraje...*, p. 48.

¹² Citado en R.J. CAIVANO, *Arbitraje...*, p. 49.

¹³ Citado en R.J. CAIVANO, *Arbitraje...*, p. 49.

¹⁴ F. CORDÓN MORENO, *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 25.

sean presentes o futuras, surgidas entre ellas en materias que se encuentren a su disposición, sean resueltas por árbitros, cuyas decisiones tienen eficacia de cosa juzgada y calidad ejecutiva, excluyendo el conocimiento sobre ellas de los órganos jurisdiccionales.

1.2. Naturaleza

Al preguntarnos por la naturaleza de una institución entramos en una suerte de ejercicio ontológico jurídico –de aceptar la autonomía categórica que posee el Derecho como ciencia-, es decir, nos preguntamos qué es, cómo es y por qué es. La respuesta qué es el arbitraje viene ya esbozada por las definiciones que hemos adoptado en el anterior acápite. Sin embargo, es menester ahora conceptualizar todos los demás aspectos de esta institución que administra justicia, es decir, la esencia del arbitraje.

El arbitraje nace como un derecho que parecía conectarse con aquellos denominados como fundamentales para los ciudadanos¹⁵. Tales son los casos de los preceptos incorporados en las constituciones que surgieron a fines del S. XVIII y finales del S. XIX, como la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791¹⁶, en cuyo capítulo V Art. 1 numeral 5 declara que “*le droit des citoyens de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l’arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvo ir legislatif*”¹⁷; así mismo es el caso del Art. 280 de la Constitución española de 1812¹⁸, que declara que “no se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros elegidos por ambas partes”. Estas concepciones absolutistas del arbitraje, es decir como derecho natural e inherente al hombre que el Estado no puede limitar, con el desarrollo de los estados –de derecho, de bienestar, etcétera-, fueron mutando y moderándose, hasta convertirse en un derecho regulado por la ley.

¹⁵ Cfr. A. M. LORCA NAVARRETE, *Derecho de arbitraje interno e internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989. p 22.

¹⁶ Disponible en http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/convocacion/constitucion_28.html. Visitada el 6 de octubre de 2008.

¹⁷ “El derecho de los ciudadanos a resolver sus controversias por la vía del arbitraje, no puede verse perjudicado por los actos del Poder legislativo”. Traducción disponible en http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/convocacion/constitucion_28.html. Visitada el 6 de octubre de 2008.

¹⁸ Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12260843118006070754624/index.htm>. Visitada el 6 de octubre de 2008.

Partiendo de este supuesto, debemos decir que el Arbitraje es una institución procesal de Derecho Privado¹⁹, en virtud de que la ley otorga a los privados la capacidad de abstraer sus conflictos del monopolio estatal, que por vía jurisdiccional impone, por regla general, a los ciudadanos la obligatoriedad de encausarlos dentro de los órganos propios de su institucionalidad, para que éstos –los conflictos- sean resueltos por jueces privados que las partes designan en base a su autonomía e intereses, y que, en ciertos casos, puede ser de tal grado que autorizan su resolución fuera de la ley, es decir en equidad, aunque siempre enmarcados dentro del respeto al orden público.

Una vez que hemos visto que el arbitraje es un derecho y a la vez una institución procesal de derecho privado, cabe preguntarse si su naturaleza es jurisdiccional, convencional o de alguna otra clase.

Sobre la teoría de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje F. CORDÓN MORENO²⁰ sostiene que, sin desmedro de los elementos contractuales que posee la institución, y de que, pueda haber cierta inclinación por parte de los legisladores hacia éstos, no es menos cierto que la naturaleza propia del arbitraje y de su producto –el laudo- como método heterocompositivo de resolución de los conflictos de los particulares compagina de mejor manera con una naturaleza jurisdiccional que con una contractual o negocial. La voluntad de las partes, que está en el origen del arbitraje, no es la causa del poder decisorio de los árbitros, sino la condición a la que la ley supedita el otorgamiento de ese poder. La suscripción del convenio y la aceptación de los árbitros solo son requisitos que la ley prevé para la vinculación de los poderes jurisdiccionales, y una vez previstos esos requisitos, la jurisdicción de los árbitros es independiente de la voluntad de las partes y se produce porque así el Estado lo quiere a través de la ley. Este razonamiento tiene como fundamento aquel aforismo latino que dice *nemo dat quod non habet*, y que se lo entiende como “nadie puede traspasar más allá del derecho que posee”, y como es de entender, el poder jurisdiccional, no es de aquellos derechos que las partes tengan a su disposición, y peor aún el conferir a un acto el carácter de sentencia ejecutoriada pasada por autoridad de cosa juzgada.

¹⁹ Cfr. P. AYLWIN AZÓCAR, *El Juicio Arbitral*, Ed. Jurídica de Chile, 5ta. edición, Santiago de Chile, 2005, p. 17.

²⁰ Cfr. F. CORDÓN MORENO, *El Arbitraje...*, p. 29.

En este sentido nuestra legislación reconoce elementos de esta teoría al otorgarle primero al árbitro competencia, y segundo la facultad de dirimir el mismo sobre la misma, facultad que no se puede entender como parte de un negocio jurídico sino como el ejercicio propio de una jurisdicción, además podemos encontrar entre otros elementos jurisdiccionales, la calidad de sentencia ejecutoriada que la ley le da al laudo, así como que el arbitro tiene la posibilidad de ordenar medidas cautelares, potestad que por esencia solo deviene de un poder jurisdiccional.

La teoría de la naturaleza contractual o privatista halla en la voluntad de las partes un elemento determinante para la constitución del arbitraje y la designación de los árbitros, así como en la naturaleza del proceso²¹. Esta teoría mira al árbitro como una especie de mandatario de las partes²² que actúa en virtud de la autorización y potestad que éstas le han otorgado en el convenio arbitral, el cual debe cumplir de manera extremadamente rigurosa, sin poder por este medio extralimitarse en su decisión, puesto que las partes de antemano han constreñido la materia en su mandato. Según P. AYLWIN AZÓCAR²³ la diferencia fundamental entre un árbitro y un magistrado perteneciente a la función jurisdiccional estriba en que la autoridad del primero no deviene del poder público sino de la autorización que las partes han concedido a éste para que dirima el conflicto, por lo tanto es un simple individuo privado y no un funcionario. Como consecuencia de lo anterior se entiende que el laudo arbitral no es una verdadera sentencia, sino una simple ejecución del mandato, es decir un negocio jurídico que suscriben las partes por intermedio o representadas por el árbitro, cuya única fuerza reside en el compromiso que le precede.

Los anteriores elementos que nos presenta la teoría convencional los podemos encontrar en ciertos criterios que el legislador ecuatoriano utilizó para normar la institución del arbitraje, dejando por fuera la potestad de los árbitros para ejecutar forzosamente el laudo, así como las medidas cautelares, puesto que carecen

²¹ Cfr. O. GOZÁINI, *Los mecanismos alternativos de resolución de las controversias tributarias*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995. p. 116.

²² Cfr. P. AYLWIN AZÓCAR, *El juicio...*, p. 32.

²³ Cfr. *Ibidem*, p. 32.

de *imperium*, así como el hecho de abstraer los laudos arbitrales de la casación, puesto que éstos no son sentencias judiciales ejecutoriadas susceptibles de este recurso.

Como es usual en el derecho, después de muchos debates, hay quienes, de manera ecléctica y sin ir aquende o allende las doctrinas, logran estructurar teorías intermedias que, sin negar unas ni otras, logran esbozar nuevas luces y ponen fin a discusiones un tanto reducidas al mundo académico. Este es el caso de las teorías mixtas o eclécticas sobre la naturaleza del arbitraje. DALLOZ y MONGALVY²⁴ se inclinan por definir al arbitraje como un proceso donde se ejerce jurisdicción, ergo los árbitros son asimilables a los jueces; sin dejar de lado que el compromiso arbitral entraña una suerte de mandato en su naturaleza contractual. Para ALFRED BERNARD²⁵ en cambio si bien el árbitro es un juez que ejerce de suyo jurisdicción, no lo liga a las partes un mandato sino un negocio jurídico *sui generis*. Para CHIOVENDA²⁶ el árbitro no es funcionario del Estado, no tiene jurisdicción propia ni delegada, no actúa la ley, no obra; sus facultades se derivan de la voluntad de las partes expresadas en conformidad a la ley; su decisión es irrevocable por voluntad de las partes, pero no es ejecutiva; el Estado lo convierte en tal mediante un acto de un órgano jurisdiccional; con esto, el laudo ya ejecutivo es equiparado al acto jurisdiccional. Dejando de lado estas discusiones podemos decir que el verdadero fondo del problema se halla en la distinción entre la investidura del árbitro y el ejercicio de sus funciones o atribuciones²⁷, que necesariamente estará vinculado a la concepción que se tenga del convenio arbitral como negocio jurídico. La investidura tiene una naturaleza privatista-contractual, puesto que el árbitro no dirime la controversia en un litigio por el Estado, sino porque los particulares han concedido a él esta particular función al nombrarlo mediante el convenio arbitral como aquel tercero imparcial que ha de juzgar la controversia. A su vez, ya investido de su calidad de árbitro, sus atribuciones y competencias son las de un verdadero juzgador que ejerce jurisdicción, y así lo demuestra el que sus actos sean un desempeño verdadero de una función pública²⁸, lo que contagia de naturaleza auténtica de

²⁴ Citados en P. AYLWIN AZÓCAR, *El juicio*..., p. 34.

²⁵ Citado en P. AYLWIN AZÓCAR, *El juicio*..., p. 35.

²⁶ Citado en P. AYLWIN AZÓCAR, *El juicio*..., p. 36.

²⁷ Cfr. J. CASTILLO LARRAÑAGA Y R. DE PINA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ed. Porrúa, 2da. edición, México D.F., 1950, p. 54.

²⁸ Cfr. *Ibidem*, p. 54.

sentencia²⁹ al resultado de la misma: el laudo. Es precisamente esta última teoría la que acogemos para el tratamiento del presente estudio.

1.3. Normativa

Antes de comenzar a analizar el arbitraje en la realidad ecuatoriana debemos familiarizarnos con la normativa al respecto. En el título cuarto, capítulo cuarto de la Constitución Política del Ecuador³⁰ se norman los principios y funcionamiento de la “Función judicial y justicia indígena”, y en su Art. 167 establece que “la potestad de administrar justicia nace del pueblo” y añade que será ejercida por la propia Función Judicial así como por los demás órganos y funciones establecidos en la propia Carta Magna. Esta disposición reconoce, entonces, la capacidad de someter distintas clases de conflictos a órganos que no necesariamente pertenezcan al orden jurisdiccional, entendiendo por tal a todos aquellos órganos fuera de los específicos de actuación del Derecho que el Estado, por su interés de satisfacer los intereses generales de los particulares, se ha reservado para sí³¹ en lo que se ha llamado jurisdicción judicial³² o función jurisdiccional³³. En segundo lugar, implica que esa potestad o poder de administrar justicia deviene de la voluntad del pueblo, sea por ley –voluntad popular legislativa- o por vía de la autonomía de la voluntad –voluntad normativa privada-.

Pero, ¿qué significan estas disposiciones? Podemos decir que bajo este marco no existe diferencia en la naturaleza misma de la administración de justicia, sea esta jurisdiccional o de cualquier otra índole; puesto que todos sus órganos, legal y constitucionalmente reconocidos, ejercen jurisdicción de la misma manera; es decir, que al tenor del Art. 1 del CPC³⁴, tienen “el poder de administrar justicia”, que “consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada”. Lo anteriormente dicho queda ratificado con lo dispuesto por el Art. 178 de la Carta Política ecuatoriana que dice:

²⁹ Cfr. G. GARCÍA FERAUD, “Lo jurisdiccional...”, p. 19.

³⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR, Aprobada por referéndum el 28 de septiembre de 2008, publicada en el R.O. 449 de 20 de Octubre de 2009.

³¹ Cfr. ROCCO, UGO, *Derecho procesal Civil Vol. 1*, Ed. Jurídica Universitaria, Serie Clásicos del derecho procesal civil, México 2001, p. 31.

³² Cfr. L. E. PALACIO, *Manual de derecho procesal civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 86.

³³ Cfr. J. AZULA CAMACHO, *Manual de derecho procesal civil, Tomo I: Teoría general del proceso*, 4ta. edición, Ed. Temis, Bogotá, 1993, p. 146.

³⁴ CODIFICACIÓN DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, R.O. Suplemento 58 de 12 de Julio del 2005.

Art. 178.- Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia...

Partiendo de estas consideraciones, la Sección Octava del mismo Capítulo Cuarto en un solo artículo norma lo que la Constitución llama “medios alternativos de solución de conflictos” y establece que:

Art. 190.- 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 que por su naturaleza se pueda transigir

En este sentido, como ya vimos, el Art. 1 de la LAM establece que el arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de conflicto de aquellos que reconoce la Constitución, donde las partes acuden para someter de común acuerdo sus controversias³⁵ -presentes o futuras- a un tercero o terceros imparciales para que éstos los diriman. Estos terceros pueden ser tribunales administrados o independientes³⁶, siendo los primeros los que se encuentran adscritos y regulados por un centro de arbitraje legalmente reconocido, y los segundos son aquellos regulados puramente por las partes con arreglo a la LAM; teniendo la facultad, cualesquiera de los dos, de emitir su fallo conforme a derecho o a su leal saber y entender, es decir en equidad³⁷ *-ex aequa et bono-*, siendo éste el sentido en el cual se debe emitir los laudos cuando las partes no hayan dispuesto nada.

No entraremos en mayor especificidad normativa puesto que las trataremos oportunamente en el desarrollo de la presente tesina.

1.4. Caracteres del arbitraje ecuatoriano

El arbitraje en nuestro sistema, tanto por la disposición de la LAM como por mandato constitucional, es un mecanismo alternativo de solución de conflictos, es decir, es independiente y diferente al sistema jurisdiccional.

³⁵ Nótese que la palabra utilizada por el legislador es de suma importancia, puesto que controversia es un término sumamente amplio, que incluye conceptos como litigio, pretensiones, conflictos, es decir ampara cualquier tipo de desavenencia *inter partes* desde su origen más primario hasta el conflicto encausado ya en pretensiones justiciables.

³⁶ LAM Art. 2.- El arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un centro de arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley.

³⁷ LAM Art. 3.- Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad.

La independencia del sistema arbitral con respecto de la función jurisdiccional, su esquema orgánico, disciplinario, y de recursos, implica que los únicos métodos de comunicación y vinculación que pueden existir entre los dos sistemas son los previstos por la propia ley, a saber: acción de nulidad, ejecución forzosa del laudo y de medidas cautelares, excepción de litis pendencia y de convenio arbitral.

La diferencia con respecto del sistema jurisdiccional, entre muchas, son el tipo de procedimientos, y en especial la renuncia que hacen las partes en virtud del convenio arbitral de ciertas garantías y derechos dentro del proceso. Los procesos en sede judicial llevan implícitos en su naturaleza compositiva la acumulación en sumo grado de todos los derechos y garantías que aseguran al ciudadano el efectivo ejercicio de éstos, y por parte de la administración de justicia, la tutela efectiva de los mismos, como responsabilidad fundamental de ésta. Sin embargo, este sistema garantista conlleva un costo procesal grande: la duración excesiva de los procesos por términos largos y la dilatación de los mismos por la posibilidad de interponer diferentes recursos. Por su lado, el sistema arbitral lleva, por su origen en la autonomía de la voluntad, la implícita renuncia de ciertos derechos y garantías procesales en *pro* de la celeridad de los mismos; renuncias que no comprenden aquellos derechos y garantías conocidas como el núcleo duro del derecho constitucional³⁸. En este sentido LORCA NAVARRETE³⁹ explica al respecto, que la

³⁸ Al respecto M. RUBIO CORREA, “Jurisprudencia y precedente vinculante en la jurisprudencia del tribunal Constitucional”, en *Gaceta del Tribunal Constitucional*, No. 1, Lima, Enero-Marzo 2006, disponible en http://209.85.165.104/search?q=cache:Z6bFrC_Beu8J:www2.scjn.gob.mx/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/20-seminario-jurisprudencia/modulo-vii/11marcial-rubio-correa-jurisprudencia-y-precedente-vinculante.pdf+nucleo+duro+del+derecho+constitucional&hl=es&ct=clnk&cd=4. Visitada el 13 de octubre de 2008; explica:

“El Tribunal Constitucional ha introducido el concepto en la jurisprudencia, pero además ha ido perfilando este núcleo duro en diversos derechos concretos de manera que lo hace indisponible por todos, inclusive, por el poder constituyente derivado, que es el máximo poder constituido existente dentro del orden constitucional. En este caso del poder constituyente derivado, es verdad, el Tribunal se ha referido al “*núcleo duro de la Constitución*” pero éste, desde luego, incluye al núcleo duro de los derechos humanos. Nos estamos refiriendo al fundamento número 122 de la sentencia recaída en el caso 0014_2002_AI/TC.

El núcleo duro permitirá una mejor resolución de los casos que vayan a la justicia ordinaria y, en todo caso, servirá de parámetro de control de constitucionalidad, uniformizando la resolución de conflictos en todo el ámbito del Derecho. Es una tarea pendiente del Tribunal Constitucional el ir estableciendo el núcleo duro de todos y cada uno de los derechos existentes, para guiar a la jurisdicción del país”

Entre algunos derechos que forman parte de este llamado núcleo duro RUBIO CORREA expone los siguientes: el derecho a la verdad, el principio del Estado democrático como un elemento de interpretación jurídica, el principio de la seguridad jurídica, el principio de que se debe pagar los tributos, la prohibición de la *reformatio in peius*, el derecho a la ejecución de sentencias, el acceso a la justicia, el principio *non bis in idem*, el derecho a la prueba en el procedimiento, la libertad de ejercicio de la profesión, la titularidad de derechos constitucionales por las personas jurídicas en lo que les fueran aplicables

existencia del arbitraje implica el desarrollo propio de un sistema de garantías que tienen proyección constitucional -al cual llama teoría garantista del proceso arbitral-, y que es esta esencia propia de un sentido de garantías, del núcleo duro de derechos diríamos nosotros, lo que permite que el arbitraje, como un sistema alternativo de justicia, exista en armonía con los intereses tutelares que el Estado persigue dentro del mantenimiento del orden público en su fin de procurar justicia y paz social.

Otra diferencia que devienen de la naturaleza propia del arbitraje ecuatoriano es su característica esencial de inapelabilidad⁴⁰. Generalmente en las legislaciones procesales que rigen a la Función Jurisdiccional se han otorgado las garantías de apelación más conocida como doble instancia, la cual consiste en que un segundo tribunal pueda revisar el fondo y la forma de cualquier acto jurisdiccional. Siendo esta garantía de aquellas que no se consideran como parte del núcleo duro de derechos, la LAM ha optado por excluirlo de manera parcial del sistema arbitral, dejando la acción de nulidad⁴¹, que siendo una acción *numeros clusulus*, no puede considerarse como un recurso ordinario, y mucho menos cuando las causales de la mencionada acción se reducen prácticamente a cuestiones de forma – excepcionalmente las causales de *ultrapetita* y *extrapetita* llegarían al conocimiento del fondo del laudo-; sin embargo de lo cual el tribunal arbitral no perderá su jurisdicción, puesto que en ningún caso la sentencia de nulidad podrá reformar el contenido del laudo y dictar una nueva sentencia en reemplazo de la misma, sino que deberá ordenar la *res restitutio in integrum* de la causa al momento del acaecimiento

³⁹ Cfr. A. M. LORCA NAVARRETE, *Derecho de...*, p. 19.

⁴⁰ LAM Art. 30.- Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de este mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación. Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley.

⁴¹ LAM Art. 31.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:

- a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;
- b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;
- c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;
- d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,
- e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

del hecho que determinó el surgimiento de la causal de nulidad, y luego el mismo tribunal u otro en su reemplazo dictará el nuevo laudo.

Justamente el respetar esta naturaleza y caracteres propios del sistema arbitral nos conducirán, *in progressum*, a apuntalar al mismo y evitar la judicialización del arbitraje. Este espíritu lo vemos reflejado en la propia LAM cuando prevé en su Art. 33 que:

No podrán aceptarse en el curso del proceso incidentes que promuevan las partes, para retrasar el trámite o entorpecer cualquier diligencia. Las peticiones que en tal sentido se presentaren serán rechazadas con multa de diez a cien salarios mínimos vitales generales, que será fijada por el árbitro o árbitros..

Por último debemos recordar que, al amparo de la tesis sobre naturaleza del arbitraje que acogimos anteriormente⁴² debemos decir que el arbitraje en el Ecuador es una función pública, aunque el árbitro no sea un funcionario público, éste al ejercer jurisdicción, está ejerciendo de manera indelegable e indiscutible una potestad pública. En este sentido coincidimos con PICAND ALBÓNICO al decir que “la justicia arbitral es una justicia pública, no ‘privatizada’ puesto que los árbitros al fallar están actuando en la medida de una potestad pública”⁴³

Otros elementos de la definición de arbitraje provistos por nuestra ley son la capacidad de las partes, voluntariedad de acudir a la causa de árbitros y la transigibilidad de la materia sometida a ellos, los cuales constituyen, junto con otros, los requisitos o presupuestos que la ley contempla para la validez del arbitraje, lo cual revisaremos a continuación.

1.5. Requisitos de validez

Nuestra ley de arbitraje prevé algunos requisitos para que tenga lugar el arbitraje privado para la resolución de alguna controversia. A continuación revisaremos cada uno de ellos.

1.5.1. Voluntariedad

⁴² Ver *supra* § 1.2.

⁴³ E. PICAND ALBÓNICO, “Algunas...”, p. 204.

En referencia a este requisito, la ley quiere que la decisión de acudir a arbitraje sea únicamente de las partes envueltas en la controversia, y que éstas lo hagan de común acuerdo, lo que implica dos cosas: que haya una declaración de la voluntad –consentimiento- de las partes, y que esta expresión esté libre de vicios.

1.5.1.1. De las declaraciones de voluntad

Según MALUQUERA DE MOTES⁴⁴ los tipos de comportamientos voluntarios son de dos naturalezas, a saber, actos voluntarios de carácter material y declaraciones de voluntad. Los actos voluntarios de carácter material son aquellas expresiones de voluntad que se manifiestan de una manera material, es decir que sus efectos son atribuidos *ex lege*; en consecuencia, la voluntad del sujeto es independiente de las consecuencias que el acto genere, en virtud de que éstas son atribuidas directamente por la ley, de manera que la única voluntad relevante es la del sujeto de realizar el hecho, y sin que ésta incida en la eficacia del mismo, puesto que se halla predeterminada por la ley.

Por su lado, las declaraciones de voluntad son expresiones de la voluntad a las que el Derecho dota de eficacia jurídica y pueden ofrecer tres manifestaciones. La primera, es la exteriorización del conocimiento con la cual se pretende fijar la existencia de un hecho anterior. La segunda forma de manifestación de la declaración de la voluntad es la exteriorización de sentimientos que expresan un estado de ánimo, y en este ámbito tenemos contados casos de importancia jurídica, verbigracia, el perdón y purga de la indignidad. Por último, pero la más importante tenemos a la exteriorización de la voluntad, con la cual nos referimos al negocio jurídico en cuanto máxima manifestación de la voluntad dotada de eficacia jurídica. A través de dichas declaraciones de voluntad se establecen normas de conducta de carácter imperativo e innovador respecto de situaciones creadas.

Con todo lo anterior nos referimos a que el sometimiento a causa de árbitros, que la ley impone que sea de común acuerdo, debe ser producto de la autonomía de la voluntad de las partes, como fruto de la expresión de la voluntad dentro de un negocio jurídico típico que se llama convenio arbitral, el cual es además un requisito

⁴⁴ Cfr. C. MALUQUERA DE MOTES, *Derecho de...*, pp. 222, 223.

más para la validez del arbitraje y del cual nos ocuparemos luego. La autonomía de la voluntad es un concepto procedente de la filosofía kantiana que va referido a la capacidad del individuo para dictarse sus propias normas morales. Este concepto constituye, dentro del marco del Derecho, la necesidad de que el ordenamiento jurídico capacite a los individuos para establecer relaciones jurídicas acorde a su libre voluntad. Son los propios individuos los que dictan las normas para regular sus relaciones y por ser de esta naturaleza tan importante creemos necesario destinarle un acápite propio.

1.5.1.2. Autonomía de la Voluntad

En palabras de G. OSPINA y E. OSPINA la autonomía de la voluntad “consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de...poder regular las relaciones, delegación que la ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos”⁴⁵. En el mismo sentido, para ROJINA VILLEGAS⁴⁶ la autonomía de la voluntad constituye prácticamente una función legislativa delegada y el negocio jurídico es una norma jurídica que tiene los mismos caracteres de la ley, inclusive comparte sus ámbitos personales, temporales, materiales y territoriales. Para MALQUERA DE MOTES⁴⁷ en cambio, si bien el ejercicio de la autonomía de la voluntad implica la generación de una norma jurídica, ésta tiene un valor específico y reducido al campo del propio negocio, sin tener más fuerza que el de ser vinculantes y obligatoria para las partes y sus sucesores, pero en ningún sentido implica un valor normativo de carácter legal, en lo que en un sentido impropio –dice el autor- se la ha identificado como fuente de derecho. En la misma línea, aunque de manera más reducida, J. C. GARIBOTO define a la autonomía de la voluntad como “la potestad de autorregulación de los intereses propios por los mismos interesados, sujetos de derecho, mediante la celebración de actos jurídicos”⁴⁸. Para BETTI⁴⁹, de una manera más ecléctica, la autonomía privada comprende exclusivamente la

⁴⁵ G. OSPINA FERNÁNDEZ Y E. OSPINA ACOSTA, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Ed. Temis, 6ta. edición, Bogotá, 2000, p. 6.

⁴⁶ Cfr. R. ROJINA VILLEGAS, *Derecho Civil Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 1999, pp. 141, 142.

⁴⁷ Cfr. C. MALQUERA DE MOTES, *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Ed. BOSCH, Barcelona, España, 1ra. edición, 1993, pp. 232-234.

⁴⁸ J. C. GARIBOTO, *Teoría General del Acto Jurídico*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1991, p. 22.

⁴⁹ Cfr. E. BETTI, *Teoría General del Negocio Jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, 2da. edición, Madrid, 1959, p. 49.

función como presupuesto y fuente generadora de relaciones jurídicas ya disciplinadas, es decir es un supuesto de hecho que genera la vinculación normativa de una situación jurídica regulada de antemano por la legislación, y cuya fuerza vinculante y obligatoria deviene de esta naturaleza. En la misma línea, aunque mucho más detallado, L. PARRAGUEZ sostiene que:

el principio de la autonomía de la voluntad, también llamado de la *autonomía privada*, proclama que, sin perjuicio de la función reguladora que compete por definición a la norma de derecho para fijar los marcos generales de la actuación de las personas, se reconoce a éstas la potestad de definir y reglar, en los espacios de sus particulares intereses, las operaciones jurídicas que juzguen convenientes para satisfacerlos.⁵⁰

Para MALUQUERA DE MOTES⁵¹ esta autonomía de la libertad puede cumplir tres tipos de funciones, a saber: creadora, reguladora, normativa. Por función creadora entendemos la capacidad de los individuos de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas por medio del otorgamiento de negocios jurídicos. La función reguladora, en cambio, hace referencia a la potestad los particulares de determinar de una manera específica las reglas y el contenido propio de cada una de las situaciones jurídicas creadas, modificadas o extintas. Por último la función normativa se identifica –como ya dijimos– en un sentido impropio como una fuente de derecho, en virtud de que la noción de fuente de derecho debe aplicarse en *stricto sensu* a la generación de normas de carácter general (*erga omnes*). Salvando lo dicho, podemos decir entonces que realmente esta función normativa puede aceptarse en la medida en la que constituye una regla de aplicación y cumplimiento específico para las personas intervinientes en el sentido en el cual lo expone el Art. 1561 del CC “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”⁵².

En referencia al alcance de la autonomía de la voluntad J. C. GARIBOTO⁵³ establece que pueden ser dos. El primero implica la libertad de conclusión del negocio jurídico que implica la facultad de celebrar o no cualquier negocio jurídico sin coacción o constreñimiento alguno. Para L. PARRAGUEZ este aspecto, de lo que llama libertad negocial como principio de la autonomía de la voluntad, comprende el

⁵⁰ L. S. PARRAGUEZ RUIZ, *Cuarto Borrador del Manual de Negocio Jurídico*, Inédito, 2008. p. 16.

⁵¹ Cfr. C. MALUQUERA DE MOTES, *Derecho de...*, p.234.

⁵² CÓDIGO CIVIL, Codificación 10, Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de Junio del 2005.

⁵³ Cfr. J. C. GARIBOTO, *Teoría...*, pp. 25,26.

que “las personas son tan libres para celebrar negocios jurídicos, decidir su oportunidad y con quien lo hacen, como para no hacerlo”⁵⁴. Este aspecto existe de una manera bastante amplia, salvo casos de estricta excepción. El segundo alcance que puede tener la autonomía privada es el conocido como la libertad de configuración interna del negocio jurídico que para el anterior autor⁵⁵ se resume en que los particulares somos así mismo tan libres para convenir las condiciones de los negocios que celebran. En el mismo sentido, J. C. GARIBOTTO⁵⁶ explica que siendo esta facultad la de dar a las partes la potestad de determinar de manera específica el contenido de sus actos, este poder varía de manera considerable según la naturaleza del negocio en cuestión, siendo amplia de manera general en los actos patrimoniales y restringida en los extrapatrimoniales. Esta última reflexión nos lleva a analizar un punto importante el que “la voluntad de los particulares, al concertar negocios jurídicos, no pueden sustituir, modificar ni renunciar las normas que interesan al orden público”⁵⁷.

Estas limitaciones a la autonomía de la voluntad surgen principalmente por dos motivos que según G. OSPINA y E. OSPINA⁵⁸ corresponden, en primer lugar, a la afirmación del poder activo del Derecho y la subordinación de los individuos y de sus actividades a los dictados de un orden público que han determinado la aparición de una copiosa legislación de carácter imperativo que en general disminuye las posibilidades de la autonomía de la voluntad; y, en segundo lugar, a las hondas conmociones sociales que han producido el cambio de las economías agrarias a industriales, y de éstas a una economía de empresa, lo que ha determinado la necesidad de que el Estado intervenga en la propia órbita de la autonomía de la voluntad privada, en detrimento de la libertad antes reconocida con generosidad a los individuos, para modificar la naturaleza, el alcance, las condiciones y las modalidades de sus actos jurídicos y de los efectos que estos están llamados a producir.

⁵⁴ L. PARRAGUEZ, *Cuarto...*, p. 21.

⁵⁵ Cfr. *Ibidem*, p. 23.

⁵⁶ Cfr. C. MALUQUERA DE MOTES, *Derecho de...*, p. 234.

⁵⁷ J. C. GARIBOTO, *Teoría...*, p. 26.

⁵⁸ Cfr. G. OSPINA FERNÁNDEZ Y E. OSPINA ACOSTA, *Teoría...*, pp. 11, 12.

En este sentido, y como sostiene J. C. GARIBOTTO⁵⁹, la autonomía así concebida no es admitida de manera absoluta, sino sólo como un principio, con las limitaciones que impone la ley de modo imperativo, puesto que es menester para el ordenamiento jurídico la armonización de los intereses privados con los derechos e intereses de terceros así como con los de la comunidad. Para L. PARRAGUEZ⁶⁰ existen varios factores que limitan la libertad, que en amplio *sensu*, otorga el Art. 1561 del CC⁶¹, entre éstos identifica unos específicos, como el equilibrio contractual, la teoría de la imprevisión, y otro de manera más amplia, el orden público, en el que se comprenden el interés general de la sociedad y en la que encuentran acogida tanto las exigencias y prohibiciones que expone la ley, como los requerimientos de la moral y las buenas costumbres. Sin embargo, como sostienen G. OSPINA y E. OSPINA

La utopía racionalista del orden público legal e inmutable se contraponen concretamente con las fluctuantes necesidades de la vida social, y para no dictar un sin fin de repertorio legislativo debe dárseles la oportunidad a los particulares de oponer a la discrecionalidad de la autoridad la violación del orden público⁶²

Es este reconocimiento de la naturaleza propia de la libertad del hombre de actuar y reglar sus actuaciones, lo que nos permiten a los particulares, como la solución más lógica, dirimir las controversias dentro de nuestra misma esfera de intereses. Es esta autonomía privada la que nos permite acudir voluntariamente, como requisito de la LAM, a causa de árbitros, por medio de un negocio jurídico típico de naturaleza auténtica que se denomina convenio arbitral.

1.5.1.3. Voluntad libre de vicios

Según el Art. 1461 del CC uno de los requisitos para que una persona se obligue con otra es que “consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio”. Es decir, es necesario que se exprese una voluntad libre y espontánea; que se identifique la verdadera voluntad de cada una de las partes. Sin embargo, pueden existir fenomenologías que afectan de una u otra manera esta

⁵⁹ Cfr. J. C. GARIBOTTO, *Teoría...*, p.22.

⁶⁰ Cfr. L. PARRAGUEZ, *Cuarto...*, pp. 20, 21.

⁶¹ CC Art. 1561.- Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

⁶² G. OSPINA FERNÁNDEZ Y E. OSPINA ACOSTA, *Teoría...*, p. 11.

expresión libre y sana. Estos fenómenos son conocidos como vicios del consentimiento. Según el Art. 1467 del CC, los vicios del consentimiento son el error, la fuerza y el dolo.

Según G. OSPINA y E. OSPINA por fuerza o violencia se entiende “toda presión física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a prestar su consentimiento en un acto jurídico”⁶³. Para A. ALESSANDRI la fuerza consiste en “la presión ejercida sobre una persona por actos materiales o por amenazas para inducirla a consentir”⁶⁴. Esta presión coloca a la víctima de la misma en un estado de necesidad de tal naturaleza que le resta libertad de decisión requerida por la ley. Según el Art. 1472 del CC, no todo tipo de fuerza constituye vicio del consentimiento, sino solo aquella que “es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad sexo y condición”. El CC entiende como fuerza de esta naturaleza toda aquella que “infunde en una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes, a un mal irreparable y grave”.

El error por su parte, según A. VALENCIA ZEA, es el “desacuerdo inconciente entre la voluntad interna y la declarada”⁶⁵. Para A. ALESSANDRI, por su parte, error “es el concepto equivocado que se tiene de la ley, de una persona o de una cosa; es falso concepto de la realidad”⁶⁶. El error en nuestro sistema constituye vicio del consentimiento siempre y cuando este sea determinante y que haya mediado diligencia de la parte afectada con el error. El error puede recaer sobre el negocio jurídico, sobre la identidad y cualidad de las personas o de las cosas.

Según POTHIER “el dolo es toda especie de artificio de que alguien se sirve para engañar a otro”⁶⁷. Para A. ALESSANDRI el dolo “consiste en la intención positiva de engañar o de mantener en el error a una persona para inducirla a consentir”⁶⁸. Por su parte para A. VALENCIA ZEA se entiende por dolo “todo artificio o maniobra de que se valga uno de los negociantes para inducir en error al otro”. Como conclusión, en el caso de la formación del consentimiento para

⁶³ G. OSPINA FERNÁNDEZ Y E. OSPINA ACOSTA, *Teoría...*, p. 212.

⁶⁴ A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De los contratos*, Coedición Ed. Temis y Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999, 183.

⁶⁵ A. VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, Tomo I, Ed. Temis, 14ta. Edición, Bogotá, 1997, p. 445.

⁶⁶ A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De los...*, p. 163.

⁶⁷ POTHIER citado en G. OSPINA FERNÁNDEZ Y E. OSPINA ACOSTA, *Teoría...*, p. 202.

⁶⁸ A. ALESSANDRI RODRÍGUEZ, *De los...*, p. 194.

celebrar un negocio jurídico, diríamos que dolo es toda maquinación fraudulenta tendiente a obtener el consentimiento de una persona mediante el engaño.

1.5.2. El convenio arbitral

El convenio arbitral puede ser definido, según palabras de L. F. REGLERO CAMPOS, como “el instrumento en que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición”⁶⁹, es decir que las partes renuncian a su derecho a acudir ante la jurisdicción ordinaria, acordando someter sus conflictos a una jurisdicción privada. Esta definición no nos parece de lo más exacta, en primer lugar, porque por el convenio arbitral no solo se llegan a conocer cuestiones litigiosas, sino cualquier tipo de controversias que se amparen dentro del convenio, segundo, no solo es un instrumento común y cualquiera sino un negocio típico y auténtico; tercero, porque el convenio arbitral no solo plasma el derecho de las partes de acudir ante un tercero, sino que implica el ejercicio de la facultad que el legislador ha dado a los particulares para conceder al árbitro potestad jurisdiccional, y por último, no coincidimos con la apreciación de jurisdicción privada; una cosa es que exista un origen en la autonomía de la voluntad de los particulares, y otra muy distinta que haya una jurisdicción particular. La jurisdicción, como concepto es única, y según C. GÓMEZ LARA⁷⁰ es una función soberana del Estado, realizada a través de una serie de actos que están proyectados o encaminados a la solución de una controversia, y no se debe confundir jurisdicción delegada o contractual con jurisdicción privada. Al respecto P. AYLWIN AZOCAR⁷¹ señala que el compromiso es un pacto para someterse a una jurisdicción reconocida por la ley, y que su naturaleza negocial es totalmente independiente de los caracteres que pueda presentar el proceso al que da lugar. Su única función es ser requisito de la jurisdicción arbitral, pero no influye en nada en lo que ésta es.

Otra definición es la que nos aporta el mismo P. AYLWIN AZOCAR⁷², el cual sostiene que con este concepto genérico nos referimos al acuerdo de voluntades que dentro de los arbitrajes de carácter voluntario debe darse como presupuesto previo

⁶⁹ L. F. REGLERO CAMPOS, *El arbitraje*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991, p. 65.

⁷⁰ Cfr. C. GÓMEZ LARA, *Teoría General del Proceso*, Ed. Oxford, 9na. edición, México D. F., 2002, p. 87.

⁷¹ Cfr. P. AYLWIN AZÓCAR, *El juicio...*, p. 45.

⁷² Cfr. *Ibidem*, p. 189.

para el mismo. Es en este acuerdo donde las partes otorgan competencia a los árbitros para que diriman sus controversias. Para este autor el convenio arbitral puede contener al compromiso arbitral así como a la cláusula compromisoria; el primero, según el autor, hace referencia a que las partes deciden acudir a uno o determinados árbitros para la resolución de sus controversias; en cambio, por cláusula compromisoria entiende aquella mediante la cual las partes se someten –en general- a arbitraje sin designar ningún árbitro específico. La diferencia entre los dos es radical, puesto que existiendo un compromiso, si los árbitros se rehusaren a aceptar su nombramiento, la posibilidad del arbitraje se extingue, necesitando un nuevo compromiso o cláusula compromisoria para poder ser llevado a cabo; en cambio cuando estamos frente a una cláusula compromisoria, de existir una negativa por parte de los árbitros a asumir su cargo, simplemente se debe aplicar las reglas propias de la cláusula o la ley para la elección de los nuevos árbitros, sin desmedro de lo cual el arbitraje sigue vigente y plenamente eficaz.

Habrán veces en que las partes en un convenio arbitral establezcan de manera conjunta un compromiso arbitral y una cláusula compromisoria, situación que no debe generar ningún conflicto, porque en la primera designan un determinado árbitro para su resolución, y en la segunda, la voluntad de acudir a causa de árbitros en general; en este caso lo que hacen realmente es complementarse, puesto que, de fallar el compromiso, las reglas supletorias de la cláusula darán validez y vigencia a un nuevo arbitraje.

Para F. CORDÓN MORENO⁷³ el convenio arbitral también es la fuente ordinaria del arbitraje voluntario, aunque admite que excepcionalmente puede ser el testamento⁷⁴, y los elementos del convenio también son el compromiso y la cláusula compromisoria, sin embargo, para este autor, compromiso arbitral y cláusula compromisoria no significan lo mismo que para P. AYLWIN AZOCAR. Para F. CORDÓN MORENO, el compromiso arbitral es el acuerdo para remitir controversias actuales a arbitraje, mientras que la cláusula compromisoria implica la remisión de

⁷³ Cfr. F. CORDÓN MORENO, *El Arbitraje...*, p. 57.

⁷⁴ No compartimos el criterio del autor puesto que el convenio arbitral es independiente del negocio en donde se encuentre (ver *infra* § 1.5.3), y será éste –el convenio arbitral- siempre la fuente del arbitraje, más allá que se halle estipulado en un negocio jurídico determinado.

controversias futuras a arbitraje⁷⁵. En el mismo sentido se expresa A. M. LORCA NAVARRETE⁷⁶.

Un efecto, mas no elemento del convenio arbitral, es el llamado contrato de compromisario o *receptum arbitrii*⁷⁷, mediante el cual el árbitro acepta su nombramiento y se vincula de manera directa, manifestando su voluntad de ejercer las tareas de árbitro para el caso concreto; y contrae frente a las partes el deber jurídico de ser su tribunal. Sin embargo ni las facultades ni los deberes jurisdiccionales del arbitro devienen de este contrato, puesto que sólo le impone la obligación privada para con las partes de desempeñar el cargo y le otorga el derecho de exigir de ellas un honorario; ergo, la relación privada que crea el contrato de compromisario nada tiene que ver con la función pública que desempeña el árbitro frente a las partes.

1.5.3. El convenio arbitral en la legislación ecuatoriana

Tenemos que comenzar enunciando que en nuestro sistema el convenio arbitral no es la única forma de acudir a arbitraje, también es admisible el arbitraje cuando se pueda probar mediante cartas, correspondencia o medios escritos que la voluntad de las partes era acudir a arbitraje⁷⁸, sin embargo de lo cual la fuente primaria y más importante es el convenio arbitral, que, según A. GALINDO CARDONA⁷⁹, en nuestra legislación ya superó aquella bizantina discusión sobre el compromiso arbitral, cuya obtención era casi imposible, y la cláusula compromisoria, al incluir dentro del convenio a ambos. En nuestro sistema el convenio arbitral está definido de la siguiente manera dentro de la LAM:

Art. 5.- El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual...

⁷⁵ Cfr. F. CORDÓN MORENO, *El Arbitraje...*, p. 57.

⁷⁶ Cfr. A. M. LORCA NAVARRETE, *Manual de derecho de arbitraje*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997, pp. 197-202.

⁷⁷ Cfr. P. AYLWIN AZÓCAR, *El juicio...*, p. 46.

⁷⁸ LAM Art. 6.- Se entenderá que existe un convenio arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje.

⁷⁹ A. GALINDO CARDONA, "Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador", en *Iuris Dictio*, Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, Año II, No. 4, Agosto 2001, p. 124, 127.

Bajo estos parámetros, podemos decir que el convenio arbitral en nuestro ordenamiento legal es un negocio jurídico solemne, puesto que la voluntad de las partes debe constar por escrito indefectiblemente, situación ratificada en el segundo inciso del mismo artículo. Esta solemnidad puede cumplirse tanto dentro del negocio jurídico sobre el cual trata, como por documento aparte, siendo en este último caso necesario que el convenio identifique de manera inequívoca el negocio jurídico al cual hace referencia el mismo. En el caso de controversias extracontractuales, debe identificarse de la misma manera los hechos que los originan. Estas características nos llevan a otro carácter: el convenio arbitral es autónomo e independiente del negocio jurídico al cual se remite. El tercer inciso del Art. 5 de la LAM estipula que “la nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”. Cabe en este punto hacer una salvedad y puntualizar que este principio se aplica como regla general, sin embargo de lo cual, cuando el convenio consta en un mismo negocio, y éste segundo se rescinde por incapacidad de una de las partes, acarrearía indefectiblemente la nulidad de la cláusula, no por ser accesorio al negocio entredicho, sino porque la causal de nulidad está constituida por una cualidad de las personas que intervienen en ambos negocios, ergo el convenio también es nulo en virtud de la comparecencia de la persona incapaz.

Un aspecto que es de suma importancia analizar es que el convenio arbitral, y en general el arbitraje en el Ecuador, tiene a su favor el principio *in dubio pro arbitrii*. El Art. 7 de la LAM, al referirse al evento en el cual se discuta ante juez ordinario la excepción de existencia del convenio arbitral, establece que “en caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje”.

Otra característica de la naturaleza no solo del convenio arbitral sino de la mayoría de negocio jurídicos productos de la autonomía de la voluntad, es que éstos son renunciables. En este caso, nuestra ley sigue el aforismo que dice “las cosas en derecho se deshacen de la misma forma en la cual fueron hechas”, puesto que establece que la voluntad de las partes de renunciar al convenio arbitral debe también constar por escrito, aunque establece una excepción, que si al momento de demandar ante la justicia ordinaria el demandado no opone la excepción de existencia de convenio arbitral, se entenderá que éste ha sido renunciado.

En nuestra LAM además se establecen algunos pactos accesorios al convenio arbitral, estos son: ejecución de medidas cautelares⁸⁰, confidencialidad del proceso⁸¹, aquellos que devengan de la voluntad de las partes⁸² (v. gr. renuncia de la acción de nulidad).

Por último debemos decir que el convenio arbitral debe además cumplir con los requisitos de existencia⁸³ y validez⁸⁴ de todo negocio jurídico.

1.6. Objeto del arbitraje

Al amparo de nuestra legislación podemos decir que el análisis del objeto del arbitraje conlleva tres aspectos: es de carácter potestativo; trata sobre controversias futuras o presentes; su materia debe ser susceptible de transacción.

El carácter potestativo implica que las controversias que surgen entre las partes pueden, en igual manera, ser objeto de heterocomposición a través del proceso jurisdiccional estatal como por medio de la jurisdicción arbitral⁸⁵, y en este

⁸⁰ LAM Art. 9.- Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo. La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el tribunal.

Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos (2) y tres (3) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral. (Lo subrayado es del autor)

⁸¹ LAM Art. 34.- Las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido.

⁸² LAM Art. 38.- El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables. (Lo subrayado es del autor)

⁸³ G. OSPINA FERNÁNDEZ Y E. OSPINA ACOSTA, *Teoría...*, pp. 84, 12, establece que los requisitos para la existencia de un negocio jurídico son la voluntad manifestada, el objeto real y la forma solemne.

⁸⁴ CC Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.

⁸⁵ Cfr. A. M. LORCA NAVARRETE, *Derecho de...*, p. 24.

sentido es donde el arbitraje es producto de la autonomía de la voluntad de las partes⁸⁶.

El objeto del arbitraje en nuestro sistema tiene que versar sobre controversias futuras o presentes, es decir, sobre cuestiones que aludan a una controversia planteada, sea que se suscite al momento de suscribir el convenio, o que se prevea que pueda surgir en el futuro. Este principio es consecuencia lógica del propio proceso arbitral y de su naturaleza. Sin embargo, estas controversias –sean futuras o presentes- por requisito de la propia ley, deben estar referidas a un negocio jurídico o hechos especificados de manera inequívoca⁸⁷. Según P. AYLWIN AZÓCAR el acuerdo en el cual se someten a causa de árbitros todas las controversias que se susciten entre dos o más personas, de esta manera general e indeterminada, carece de valor alguno, puesto que:

carece de objeto determinado o determinable, e importa una renuncia general e indeterminada de derechos –lo que a nadie está permitido- e invade el campo del Derecho Público, significando una derogación absoluta, por un acto puramente privado, de la jurisdicción que corresponde a los tribunales permanentes⁸⁸.

En relación a la materia sobre la cual pueden tratar estas controversias, a diferencia de otras leyes que en amplio *sensu* hablan de materias que estén a disposición de las partes, nuestra ley habla de materias que sean objeto de transacción⁸⁹. La transacción según el Art. 2348 del CC “es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual”. Para J. A. BONIVENTO⁹⁰ esta definición es incompleta pues carece de un carácter que desde la época romana viene inmersa en este contrato, la de beneficios mutuos –*aliquid datum, aliquid retentum*⁹¹, por lo que propone esta definición “la transacción es el contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio

⁸⁶ Ver *supra* § 1.5.1.2.

⁸⁷ Ver *supra* § 1.5.3.

⁸⁸ Cfr. P. AYLWIN AZÓCAR, *El juicio...*, p. 189.

⁸⁹ CP Art. 190.- 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 que por su naturaleza se pueda transigir. (Lo subrayado es del autor)

LAM Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción... (Lo subrayado es del autor)

⁹⁰ J. A. BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales contratos civiles y comerciales, Tomo II*, Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 1991, pp. 101, 102.

⁹¹ En este sentido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en auto de 22 de marzo de 1990 establece: “Característica fundamental del mismo –contrato de transacción- es el de las concesiones recíprocas de los contratantes en tono al objeto del litigio presente o futuro”. Citado en J. A. BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales...*, p. 117.

pendiente o precaven un litigio eventual, mediante recíprocas concesiones”⁹². En la transacción hay que diferenciar el objeto de la misma –finalidad- del objeto de transacción –materia-. El primero, es decir el objeto de la transacción o la finalidad de la misma, siempre será el propósito de terminar, precaver o evitar un litigio –por eso el Art. 2348 del CC establece que no es transacción la renuncia de un derecho que no se disputa- dentro de la línea de las concesiones recíprocas; creando, modificando o extinguiendo relaciones jurídicas patrimoniales. En cambio, por su lado, el objeto de transacción, es decir, la materia de la misma, es la relación jurídica patrimonial en sí misma considerada, o en otras palabras, la situación jurídica civil, mercantil, comercial de fondo que deben resolver los árbitros, como puede ser la violación de un contrato, o la interpretación del mismo, por eso J. A. BONIVENTO dice que “pueden ser objeto de transacción todas las cosas que pueden ser negociadas”⁹³; ergo pueden ser materias de arbitraje todas aquellas que puedan ser negociables. Al respecto M. GONZÁLO QUIROGA⁹⁴ comenta que este tipo de materias deben ser entendidas en un sentido amplio y no en virtud de una serie de listas ejemplificativas sobre lo que se considera arbitrable o inarbitrable, criterio que nos parece acertado puesto que comulga con el principio *pro arbitrii* que recubre la institución del arbitraje.

⁹² J. A. BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales...*, p. 102.

⁹³ *Ibidem*, p. 109.

⁹⁴ Cfr. M. GONZALO QUIROGA, “Latinoamérica en la nueva ley española de arbitraje”, en *Iuris Dictio*, Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, Año V, No. 9, Octubre 2005, p. 39, 40.

CAPÍTULO II

VALIDEZ DEL ARBITRAJE EN MATERIA LABORAL INDIVIDUAL

2.1. Consideraciones preliminares

Cabe comenzar anunciando que, en nuestro sistema, el arbitraje de asuntos de Derecho Social es un tema aún en discusión. Casi nada se ha dicho en la doctrina nacional, y prácticamente no existe jurisprudencia de las cortes locales respecto de esta materia, por lo que cualquier postura que se tome en este asunto deberá en esencia devenir de convicciones dogmáticas y doctrinales más que de legales. Cabe entonces comenzar el presente capítulo analizando la naturaleza del Derecho Laboral, las consecuencias de esta naturaleza en sus derecho y por lo tanto si

cumplen o no con los requisitos analizados en el anterior capítulo sobre los requisitos del arbitraje en la ley ecuatoriana.

2.2. Naturaleza social del Derecho Laboral

Es evidente, como dice J. VÁSQUEZ⁹⁵, que existe una realidad fáctica de desigualdad de condiciones entre el capital y el trabajo. La libertad –jurídico formal– reconocida por las leyes civiles fue única y exclusivamente de la parte económicamente más fuerte que pudo imponer a su antojo las condiciones contractuales a la contraparte, limitándose la libertad material de esta última a aceptarlas o a engrosar las filas de desempleados. El resultado es más que previsible y conocido: la explotación intensiva de la clase obrera⁹⁶. Es por esta razón que el Estado ingresa en la esfera de los particulares para de una manera amplia y extensiva normar estas situaciones con el fin de tratar de equilibrar las relaciones de poder estableciendo contrapesos de uno y otro lado. La ley en este caso tiene que ser desigual para poder procurar la igualdad fáctica de las partes, o como dijo LACORDAIRE “entre el fuerte y el débil, la libertad oprime, la ley libera”⁹⁷. Es así como podemos entender, en palabras de BORRAJO DACRUZ, que el derecho del trabajo sea un conjunto sistemático y articulado de normas que, de acuerdo con los ideales de justicia social, juridifica las relaciones sociales que tienen como presupuesto la prestación de trabajo⁹⁸ –como factor de producción–. Es esta naturaleza un tanto intermedia entre lo público y lo privado es lo que en *lato sensu* N. DE BUEN⁹⁹ lo denomina como Derecho Social.

Por Derecho Social, según BORRAJO DACRUZ, se debe entender “el derecho que se inspira en la justicia”¹⁰⁰; de esta manera es entonces como la idea social de la justicia se manifiesta en el régimen jurídico. Para A. MONTOYA MELGAR¹⁰¹, el Derecho Social es tal porque va más allá de la simple solución de establecer orden

⁹⁵ J. VÁSQUEZ LÓPEZ, *Derecho Laboral Ecuatoriano: Derecho Individual*, Ed. Jurídica Cevallos y USFQ, 1era edición, Quito, 2004, p. 54.

⁹⁶ Cfr. J. RAMÍREZ MARTÍNEZ Y OTROS, *Curso de derecho del trabajo*, Ed. Tirant Lo Blanch, 13ª Edición, Valencia, 2004, p. 25.

⁹⁷ LACORDAIRE citado en J. RAMÍREZ MARTÍNEZ Y OTROS, *Curso...*, p. 27.

⁹⁸ Cfr. E. BORRAJO DACRUZ, *Introducción al derecho del trabajo*, Ed. Tecnos, 10ª Edición, Madrid, 2000, p. 46.

⁹⁹ N. DE BUEN, *Derecho del trabajo, Tomo I*, Ed. Porrúa, 11ma. edición, México D. F., 1998, pp. 38, 39.

¹⁰⁰ E. BORRAJO DACRUZ, *Introducción...*, p. 53.

¹⁰¹ Cfr. A. MONTOYA MELGAR, *Derecho del trabajo*, Ed. Tecnos, 22ª Edición, Madrid, 2001, pp. 29, 30.

en las relaciones particulares entre iguales, como es el caso del Derecho Privado; el Derecho Social se alinea más bien dentro del arsenal de medidas encaminadas a resolver la cuestión social, una cuestión que no sólo topa y se involucra con las graves falencias de la organización del trabajo, sino, más ampliamente, de la distribución del poder y la riqueza en el sistema social.

Sin embargo, cabe preguntarse qué se entiende por justicia social. La doctrina social de la Iglesia Católica gusta referirse a la misma. PIO XII¹⁰² definía al trabajo como un servicio común para satisfacer las necesidades del pueblo, esbozando así las semillas de la cuestión social, que surge propiamente como tal dentro de la doctrina social de la iglesia con la encíclica RERUM NOVARUM del Papa LEON XIII¹⁰³ en la cual habla del destino natural de los bienes, la propiedad privada como fruto del trabajo –idea que J. LOCKE ya había desarrollado¹⁰⁴–, la necesidad evidente de la intervención estatal en la economía, y al referirse específicamente al trabajo reflexiona sobre temas como el derecho de asociación, la defensa del salario justo, protección a los niños y mujeres, y racionalización de la jornada de trabajo. El Papa PIO XI en la encíclica CUADRAGÉSIMO ANNO al referirse al Derecho del Trabajo afirma que “esta ley de justicia social prohíbe que una clase excluya a la otra de la participación de los beneficios”¹⁰⁵; el Papa JUAN XXIII por su parte en la encíclica MATER ET MAGISTRA puntualiza que “en cambio se consideran Criterios Superiores de estas actividades y de estas instituciones la justicia y la caridad social”¹⁰⁶.

¹⁰² Cfr. S. CEVALLOS, *Doctrina Social Católica*, Licencia eclesiástica otorgada por Mons. Jorge M. Bergoglio S.I. Arzobispo de Buenos Aires, Buenos Aires, 1998, p. 32.

¹⁰³ Cfr. LEON XIII, *Rerum Novarum*, citado en J. ARTURO DE DIEGO, *Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Ed. Abeledo-Perrot, 4ª edición, Buenos Aires, 2000, p. 31.

¹⁰⁴ LOCKE considera que la propiedad privada es un derecho natural y no un producto histórico (derivado de algún pacto social) como sostenía HOBBS; LOCKE sostiene que el hombre no es propietario de su vida ni de los productos de la tierra, sino de su actividad: es su trabajo la fuente de toda propiedad privada, y por lo tanto, de la riqueza, cada vez que alguien trabaja sobre un recurso natural -hasta entonces común-, extiende la propiedad que tiene sobre su actividad a ese bien, y se lo apropia.

Para LOCKE, la característica esencial del trabajo es ser creador de bienes, pues esta actividad le otorga un valor agregado a las cosas naturales; de hecho, la naturaleza sin el trabajo del hombre brinda muy pocas utilidades. LOCKE sostiene que nadie debe quejarse de que el derecho natural establezca que el trabajo garantiza el derecho a la propiedad, ya que el trabajo es, al menos en nueve partes sobre diez, responsable del valor de los bienes creados. Dios puede haber entregado el mundo a los hombres, pero para disfrutar de este obsequio, los hombres tienen que crear propiedades ejercitando su inteligencia creativa y sus cuerpos mediante el trabajo físico.

J. LOCKE, *Segundo Tratado del Gobierno Civil: Capítulo V: De la Propiedad*, disponible en <http://www.paginasobrefilosofia.com/html/Locke2/capitu5.html>. Visitado el 9 de diciembre de 2008.

¹⁰⁵ PIO X, *Cuadragesimo Anno*, citado en N. DE BUEN, *Derecho...*, p. 81.

¹⁰⁶ JUAN XXIII, *Mater et Magistra*, citado en N. DE BUEN, *Derecho...*, p. 81.

Finalmente el Papa JUAN PABLO II en la encíclica *LABOREN EXCERSEN*¹⁰⁷ resume la cuestión social en referencia al trabajo colocando al hombre como protagonista de la relación económico social; en la medida en que se considere primordial al sujeto y no al objeto del trabajo como producto se puede hallar una orientación al cambio y a la dignidad humana. Para LUSTOSA¹⁰⁸ la justicia social se nos presenta como la virtud que tiene el objetivo de alcanzar el bienestar del conglomerado de la organización social, estableciendo una tendencia a repartir equitativamente los bienes naturales. Norma y encamina de manera prioritaria el orden económico equilibrando los antagonismos sociales y suprimiendo eventualmente las deficiencias del contrato de trabajo.

CASA, por su parte, precisa que la justicia social “busca afanosamente un equilibrio y justa armonización entre el capital y el trabajo, estando íntimamente vinculada al bien común”¹⁰⁹. El economista inglés A. TOYNBEE¹¹⁰ indica que el concepto de justicia social varía de acuerdo con el tiempo que se tenga para hacer la revolución social, y agrega, si hay poco tiempo, si la crisis es inminente, justicia social puede equivaler a alimentos, vivienda y ropa. Si la situación no es tan grave, la justicia social significa la reforma de la estructura económica y educación para todos. Para R. BORJA los derechos sociales tienden a dotar a las personas de bajos recursos de un “mínimo de seguridad económica y a preservarlas de una eventual privación material grave que pudiera poner en peligro su dignidad, su libertad, su salud, su integridad y acaso su vida”¹¹¹.

En conclusión, podemos decir que la naturaleza social del Derecho del Trabajo parte del supuesto de la desigualdad económica y traza caminos para superarla. Con ello cambia la orientación tradicional del Derecho y de la justicia procurando la elevación del nivel de vida de los trabajadores, en lo que doctrinalmente conocemos como sistemas de acción afirmativa -antiguamente conocidos como de discriminación positiva- donde partiendo de un principio de favor *—pro operario—* la legislación protectora pretende equilibrar las situaciones fácticas de poder dentro de las relaciones económicas de los individuos. El único

¹⁰⁷ Cfr. JUAN PABLO II, *Laboren excersen*, citado en J. ARTURO DE DIEGO, *Manual...*, p. 33.

¹⁰⁸ Cfr. LUSTOSA citado en N. DE BUEN, *Derecho...*, p. 81.

¹⁰⁹ CASAS, citado en N. DE BUEN, *Derecho...*, p. 81.

¹¹⁰ Cfr. A. TOYNBEE, citado en N. DE BUEN, *Derecho...*, p. 81.

¹¹¹ R. BORJA CEVALLOS, *Sociedad, Cultura y Derecho*, Editorial Ariel, Quito, 2007, p. 349.

problema con el objeto del Derecho Social, la justicia social, es la amplitud e indeterminación de su concepto, lo que ha llevado a convertirla en bandera de campaña de lucha de variopintas ideologías y tendencias que, a lo largo de los últimos dos siglos, se han rasgado las vestiduras en su nombre, aunque defendiéndola desde puntos diametralmente antagónicos.

2.3. El absolutismo y crisis del Derecho Laboral

Nadie en su sano juicio actualmente discutiría la necesidad imperiosa de la existencia de una legislación que proteja la relación laboral. Es claro que en la relación fáctica de trabajo existe un desequilibrio de poderes entre la partes, situación que la legislación debe corregir. Es por eso que desde la revolución industrial hasta la actualidad ha existido un amplio desarrollo de legislación y mecanismos encaminados hacia este objetivo primordial. Es así como aparecieron mecanismos como la sindicalización, salario mínimo, los contratos colectivos, los entes administrativos del trabajo, el derecho a huelga, el derecho a pliego de peticiones, el sistema de conciliación y arbitraje forzosos colectivo, el sistema tripartito estado-empresa-trabajadores que subyace toda la organización del trabajo, el desarrollo de entidades internacionales, regionales y supranacionales del trabajo, una copiosa legislación nacional e internacional rígida para evitar su evasión¹¹², entre otros.

Clara influencia sobre este proceso tuvo el surgimiento de la clase obrera como actor de la política, y sobre todo las tendencias ideológicas y políticas que nacieron al amparo de estas realidades. El influjo del socialismo –materialista, científico y utópico-, del comunismo en un principio, y posteriormente de la socialdemocracia y democracia cristiana marcaron el derrotero del mismo; sin embargo de lo cual, con el desarrollo de las economías modernas, especialmente en Europa, hubo una necesaria actualización de los principios que infundan este Derecho¹¹³. Lamentablemente –y en este sentido es una opinión personal- el influjo, letargo y retraso de las tendencias de extrema izquierda de principios del S. XX ha

¹¹² Cfr. A. VÁZQUEZ VIALARD, “El impacto del cambio socioeconómico-cultural sobre el Derecho del Trabajo”, en *Revista de Derecho Laboral*, Ed. Rubinzal-Culzoni, No. 2, Buenos Aires, 2002, pp. 9,10.

¹¹³ Ver *Infra* § 2.4.

quedado ampliamente vigente en nuestra realidad latinoamericana. Actualmente aún es común escuchar discursos de barricada arengando a la revolución de los proletarios.

Las realidades económicas que inspiraron el surgimiento de un Derecho Laboral reaccionario ya no son las mismas. Actualmente, salvo deshonrosas excepciones, la mayoría de países reconocen lo que en el Derecho Internacional del Trabajo se conocen como normas de derecho necesario absoluto y relativo. Son identificados de manera análoga a lo que constituye el núcleo fuerte de los derechos fundamentales.

Sin embargo el absolutismo del Derecho Laboral en Latinoamérica ha llegado a desarrollar principios ya descartados por el mundo posmoderno, verbigracia, irrenunciabilidad de los derechos contractuales y colectivos, asimilación de la renuncia a la transacción, teoría de los derechos adquiridos anclada a la irrenunciabilidad de los derechos contractuales. Este fenómeno surge al tomar la protección al trabajador como fin ulterior del Derecho del Trabajo, desconociendo que en la realidad económica del fenómeno trabajo intervienen otros factores como la empresa, la dinámica de la economía, como los procesos de integración y globalización, el comercio electrónico entre otros. Esta visión miope de la relación laboral, sumada a la crisis petrolera de los años setenta¹¹⁴, los procesos de sindicalización pública que han convertido al Estado en el mayor actor dentro de los procesos colectivos, que con decisiones ligeras, poco profesionales y mas bien populistas e irresponsables, han llevado a la suscripción de contratos colectivos leoninos, lesivos y reñidos con el bien común, donde se han consagrado ilógicos – como es el caso de la Empresa Eléctrica Quito donde, el ex presidente del sindicato, en su calidad de Gerente de la empresa suscribió un contrato colectivo donde se consagraba la transmisión por causa de muerte de los puestos de trabajo (¡!)- que en su mayoría afectan el interés colectivo a favor de una élite sindicalista y burocrática poco profesionalizada y eficiente, que lo único que conoce como medio de presión es la huelga y paralización ilegítima de los servicios públicos para conseguir a regañadientes mejores y más abusivas prebendas; todo esto nos ha encaminado a lo

¹¹⁴ Cfr. A. VÁZQUEZ VIALARD, “El impacto...”, p. 11

que actualmente denominamos como la crisis del derecho del trabajo¹¹⁵, donde la lógica del presupuesto de la relación laboral empresario/fuerte y trabajador/débil se ha invertido de manera tal, que en la actualidad podemos hablar de un colectivo sindical extremadamente fuerte y un empresario básicamente débil, fallando ya la lógica proteccionista del derecho social del trabajo.

Según ARTURO DE DIEGO¹¹⁶ esta crisis tiene claramente algunos elementos caracterizantes. El primero que podemos observar es el conflicto entre modelos regulados y la desregularización, que básicamente consiste en un sistema que ante una legislación rígida reclama mayor simplicidad y normativa principista, así como un mayor poder de negociación *inter partes*. Otro elemento en el cual la crisis laboral puede identificarse es el cuestionamiento que se hace del sistema de protección al trabajador que significa en este sentido una crítica a los actuales estándares de protección, en algunos casos abusivos, que han alcanzado los trabajadores, que bajo la dinámica actual han roto el equilibrio económico que la ley laboral suponía, transformando en cierto casos al empresario en la parte débil de la relación. Las necesidades de la economía de bajar los costos laborales es otro elemento con el que la entredicha crisis se presenta. Vinculado a lo anterior se ha presentado un constante cuestionamiento de los denominados impuestos al trabajo, puesto que contribuciones administrativas y sindicales componen una pérdida de competitividad en el mercado. Otro elemento más de la crisis es la existencia de modelos de relaciones laborales rígidos frente a los nuevos modelos flexibles. La progresiva y paulatina tendencia a abandonar las regulaciones sobre el fondo de las relaciones y primar más las nuevas formas de negociación, es otro elemento que se suma a los anteriores. No hay duda que uno de los factores que inciden en la actual crisis del Derecho Laboral es el abandono de los sistemas autocráticos, autoritarios e inconsultos por formas de trabajo en equipo con distintas formas de participación. Como un último elemento tenemos a la crisis de las asociaciones profesionales de trabajadores y los conflictos de intereses producto del crecimiento laboral, político y económico de los gremios y sindicatos, cuyas cúpulas buscan enquistarse en el poder

¹¹⁵ Cfr. J. ARTURO DE DIEGO, *Manual...*, p. 65.

¹¹⁶ Cfr. J. ARTURO DE DIEGO, *Manual...*, p. 65.

entramando complejas ramas burocráticas, comprometiendo a la propia defensa de los intereses de la clase trabajadora.

Frente a estas reflexiones cabe preguntarse si las figuras creadas para otras épocas pueden aplicarse en las posteriores sin ninguna modificación. Para VÁZQUEZ VIALARD¹¹⁷ no es factible que un ordenamiento jurídico sociolaboral, estructurado para regular las relaciones obrero-patronales, se mantenga, mientras se han modificado las condiciones en que éstas se desenvuelven. Es necesario tener presente en este caso que nuestras legislaciones laborales fueron diseñadas bajo experiencias recogidas con anterioridad. Surgieron en un periodo en que gobernaba la denominada teoría tayloriana fordista de la empresa¹¹⁸, cuya característica principal era el tener como objetivo una producción de carácter integral, se dedica a la totalidad del proceso y de los elementos que lo integran. Se trataba de un sistema de producción en serie. Actualmente impera la concepción empresarial llamada toyotista en la cual la gestión y la comercialización se flexibilizan, pasando de una producción de tipo vertical a una en forma de red, que algunos caracterizan como propia de una telaraña¹¹⁹.

2.4. Flexibilización y principios posmodernos del Derecho del Trabajo

Como ya se enuncio en el acápite anterior, la crisis occidental –caída de los modelos de extrema izquierda y del capitalismo salvaje- así como los nuevos principios informadores de las economías sociales de mercado han inspirado el desarrollo de nuevos regímenes laborales de excepción, por lo que para E. BORRAJO DACRUZ¹²⁰ reaparece la tensión entre lo nuevo y lo tradicional, entre lo excepcional y lo común. Este régimen que trata de responder a los retos de una empresa con producción descentralizada, cuya mercantilización se hace cada vez más profunda, donde empresas llamadas huecas, es decir sin trabajadores, aparecen con mayor frecuencia en un mundo de comercio electrónico, son estos retos los que para el

¹¹⁷ Cfr. A. VÁZQUEZ VIALARD, “El impacto...”, pp. 11, 12.

¹¹⁸ Cfr. S. ROBBINS Y M. COULTER, *Administración*, Ed. Pearson Educación, 8va. edición, México D.F., 2005, pp. 28, 29, 37, 234, 235.

¹¹⁹ Cfr. A. VÁZQUEZ VIALARD, “El impacto...”, p. 12.

¹²⁰ Cfr. E. BORRAJO DACRUZ, *Introducción...*, p. 48.

italiano SIMITIS¹²¹ han producido una desestructuración de los elementos modernos del derecho del trabajo; fenómeno que actualmente conocemos como flexibilización.

Para ARTURO DE DIEGO¹²² la flexibilización laboral se puede considerar como el efecto contrario a la rigidez normativa, y básicamente consiste en la implementación de mecanismos que permitan que el trabajo sea elástico y versátil, conforme a las exigencias de las nuevas tecnologías y los sistemas productivos eficientes. Un concepto y apreciación más acertada a nuestro criterio nos ofrece JAVILLIER. Para él la flexibilización representa:

El conflicto de las ideologías pues para algunos juslaboralistas la flexibilidad es el diablo, un concepto patronal por excelencia; para otros es un ángel, un proceso que salvará a los operarios del desempleo. Lo real es que se trata de una simple adaptación de las normas de trabajo a nuevos contextos culturales, tecnológicos y económicos, a la relación de trabajo, que facilita el progreso social y el rendimiento elevado de la productividad sin reducir la planta del personal empleado, pues lo único que se busca es la reducción de los costos de producción y distribución. La flexibilidad, contra lo que se supone, no ataca a los sistemas remunerativos sino que con su implantación se pretende transferir a otro tipo de satisfacciones el mantenimiento del nivel de vida de los trabajadores, es decir, atender con mayor amplitud la salud pública, mejorar la vivienda y la alimentación transformar los sistemas de educación pública para el bienestar de los menores de edad, facilitar el trabajo femenino o el de los estudiantes universitarios, etc.¹²³

En este punto la flexibilización reniega de algunos principios del Derecho Laboral, cuestiona las estructuras normativas y científicas construidas desde la constitución de la OIT¹²⁴. Para BARAJAS MONTES DE OCA¹²⁵ los objetivos de la flexibilización son básicamente tres: en primer lugar, recuperar los gastos y la demanda interna con miras a reducir la duración de las etapas recesivas, esto es, los periodos de crisis que en ciertas épocas se presentan en casi todos los países; en segundo término, frente al fenómeno inflacionario, impedir la reacción natural de los sindicatos y de los trabajadores que tienden a corregir los desajustes económicos mediante incrementos salariales, ya que el crecimiento de los costos unitarios de la mano de obra eleva inevitablemente el precio del producto industrial y de los

¹²¹ Cfr. SIMITIS, citado en A. VÁZQUEZ VIALARD, "El impacto...", p. 13.

¹²² Cfr. J. ARTURO DE DIEGO, *Manual...*, p. 63.

¹²³ JAVILLIER, citado en S. BARAJAS MONTES DE OCA, *Conceptos básicos del derecho del trabajo*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1995, p. 44.

¹²⁴ Cfr. R. CAPÓN FILAS, *Derecho del trabajo*, Ed. Librería Editora Platense, La Plata, 1998, p. 297

¹²⁵ Cfr. S. BARAJAS MONTES DE OCA, *Conceptos...*, p. 43.

servicios; y, por último, regular la evolución de los salarios y los precios, sugiriendo a los sindicatos que haya mayor productividad por el mismo salario.

En este sentido podemos concebir al nuevo Derecho del Trabajo como un derecho transaccional pues, según ARTURO DE DIEGO, tiene como objetivo resolver el conflicto socio-laboral que se caracteriza por tener un vínculo dinámico y cambiante, puesto que complementa los elementos en controversia con los cambios tecnológicos y el nuevo modelo de relaciones laborales que imponen las nuevas organizaciones. En esta misma línea para M. LOBATO DE PAIVA el nuevo derecho del trabajo

deveria ter um papel secundário no controle dos conflitos sociais. Destarte, o Direito do Trabalho que se vislumbra no horizonte, é o da intervenção mínima, onde o Estado deve reduzir o quanto possível sua ação na solução dos conflitos. Neste contexto, propõe-se, em suma, a flexibilização, desregulamentação e a desinstitucionalização dos conflitos trabalhistas, restando ao Estado aquilo que seja efetivamente importante a nível de controle¹²⁶

Este proceso de flexibilización laboral se enmarca dentro de un movimiento cultural al cual denominamos posmodernidad. Estamos acostumbrados a identificar a la relación laboral como un producto meramente de factores económicos productivos, pero evidentemente como un producto social también tiene un componente cultural, es decir, responde a una cosmovisión propia. Esta cosmovisión posmoderna según el alemán P. HANAU¹²⁷ está determinada por la multiplicidad en lugar de uniformidad, subsidiaridad en lugar de jerarquía, es decir hay una preeminencia de la unidad pequeña frente la unidad grande; pero, sin embargo de que el derecho posmoderno tiene que esforzarse en reconocer las particularidades, como dice F. DE TRAZEGNIES GRANDA¹²⁸, no puede dejar de

¹²⁶ “El Derecho de Trabajo, por tanto, debería tener un papel secundario en el control de los conflictos sociales. Es así que, el Derecho de trabajo que se vislumbra en el horizonte, es de mínima intervención, donde el Estado debe reducir en cuanto le sea posible su acción en la solución de conflictos. En este contexto, se propone, en suma, la flexibilización, desregularización y desinstitucionalización de los conflictos laborales, dejando al Estado aquello que sea efectivamente importante a nivel de control”. (Traducción del autor)

M. A. LOBATO DE PAIVA, *Direito do Trabalho Mínimo*, Disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/40-Derecho%20Laboral/200003-dereito.html>. Visitada el 22 de septiembre de 2008.

¹²⁷ Cfr. P. HANAU, “Principios del derecho del trabajo postmoderno”, en A. OJEDA AVILÉS, *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa: VI Congreso nacional del trabajo y de la seguridad social*, Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, Madrid, 1996, p. 224.

¹²⁸ Cfr. F. DE TRAZEGNIES GRANDA, “Postmodernidad y pluralismo jurídico”, en *Iuris Dictio*, Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, Año III, No. 5, Febrero 2002, pp. 33, 34.

integrarlas dentro de un todo consistente; porque el Derecho es inconcebible sin una referencia al interés general. Los anteriores criterios podemos encontrarlo con facilidad en las fuentes del nuevo Derecho Laboral, hay una multiplicidad de ellas, primando cada vez más la autonomía de las partes en la relación laboral, dando lugar a un sinnúmero de relaciones; así mismo, existe actualmente un amplio sentido de subsidiaridad entre las mismas, el concepto de rigidez formal de las fuentes ha cedido ante la dinamia propia del trabajo. Claro que no podemos consentir que bajo este criterio la explotación y el caos reinen en lugar de protección y orden público. El objetivo de un derecho laboral posmoderno no es el de derribar el edificio de las regulaciones legales y contractuales de orden laboral, sino como dice P. HANAU, hacer un derecho del trabajo “más fácil, elegante, transparente y múltiple, en otras palabras: posmoderno”¹²⁹

Un campo conflictivo dentro del posmoderno Derecho del Trabajo es, sin lugar a duda, el derecho colectivo, en este campo, debemos preguntarnos si el pensamiento y la acción de manera posmoderna se lleva a cabo por las partes contratantes o en contra de ellas. Al respecto, se tienen dos puntos de partida: el principio de norma más favorable y la relación entre el convenio colectivo y el pacto o acuerdo de empresa. En referencia a la norma más favorable, en *lato sensu* se refiere a que las distintas normas se pueden complementar siempre y cuando generen condiciones más beneficiosas para el trabajador. Ahora la relación que surge entre el convenio colectivo y el acuerdo de empresa es, a la vez, de complementariedad y de oposición, el uno surge como reivindicación sindical el otro como necesaria actualización a los requerimientos económicos de la empresa.

En este sentido, últimamente se ha discutido en Alemania¹³⁰ por ejemplo si se puede o no por medio de un contrato individual o acuerdo de empresa llegar a fijar un salario inferior al establecido en un convenio colectivo sectorial¹³¹ cuando depende de esto la subsistencia del trabajo y la empresa misma. La idea parece evidente: aparentemente es más favorable cobrar un salario por debajo del nivel fijado por el convenio colectivo que la no ocupación a nivel salarial del convenio. Al

¹²⁹ P. HANAU, “Principios...”, p. 226.

¹³⁰ Cfr. P. HANAU, “Principios...”, pp. 226, 227; y K. ADOMETT, “Dos acuerdos de empresa paradigmáticos en el sector automovilístico alemán”, en A. OJEDA AVILÉS, *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa: VI Congreso nacional del trabajo y de la seguridad social*, Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, Madrid, 1996, p. 232.

¹³¹ Asimilables a los salarios fijados por las comisiones sectoriales de nuestro sistema.

amparo de un pensamiento posmoderno es sumamente irresponsable el sostener la vigencia a raja tabla de un convenio colectivo en el caso de que origine ruina de una empresa o por lo menos despidos masivos. Esto nos lleva a un campo interesante, qué se puede entender como más beneficioso para el trabajador en este sentido. Bajo el criterio posmoderno diríamos que hay que dotar de mayor libertad a las partes para que puedan determinarlo ellas mismas, y en este sentido ha fallado el *Bundesarbeitsgericht*¹³² con respecto a la determinación de la condición más favorable en relación a la edad para la jubilación y la jornada diaria de trabajo, determinando que pueden ser alargadas y acortadas mediante contrato, aunque el convenio colectivo estipule lo contrario¹³³. De la misma manera es lícito renunciar a parte del salario por una mejor jubilación proporcionada por el empleador; o así mismo, es lícito cuantificar los valores adeudados en futuro y convertirlos a valor presente renunciando a una parte de los mismos¹³⁴. Darle mayor autonomía al trabajador constituye un principio informador del nuevo Derecho del Trabajo. Un *in dubio pro libertate* debe ser el lema en estos casos en que la renuncia a los mínimos establecidos sea lo más favorable, o incluso cuando no sean claramente desfavorables¹³⁵.

Con respecto a la influencia de la posmodernidad en el Derecho Laboral individual podemos encontrarla desde el concepto de relación laboral, que en el sistema ortodoxo se define por una dependencia y dirección de otra persona, en una jerarquía asimilable a la militar. Aunque el concepto aún sigue vigente la realidad de las nuevas teorías del *Management* tratan de reducir en gran medida las brechas jerárquicas y de poder, fomentando estructuras más horizontales. Realidades como trabajadores auto responsables y con iniciativa propia, grupos de trabajo que se controlan entre ellos, y trabajadores que no laboran en el centro de trabajo sino en otros lugares u otros países y que se comunican con sus empresarios sólo por computadores, están reemplazando con más frecuencia al trabajador dependiente y dirigido por instrucciones¹³⁶. Para la empresa del futuro el intercambio de información y la interconexión entre sus factores productivos será de mayor importancia que la emisión de instrucciones. Esto no significa el fin del Derecho del

¹³² Tribunal Federal de Trabajo Alemán

¹³³ Cfr. P. HANAU, "Principios...", p. 227

¹³⁴ P. HANAU, "Principios...", p. 227

¹³⁵ *Ibidem*, p. 227

¹³⁶ *Ibidem*, pp. 228, 229.

Trabajo individual sino solo la caducidad del concepto de trabajador y relación laboral, pues como dice F. DE TRAZEGNIES GRANDA¹³⁷ los cuestionamientos de la posmodernidad se dirigen contra el centro mismo del asunto; son los contenidos de la modernidad en sí los que están siendo objetados o modificados, y no simplemente una forma u otra de legislar; y es más, en este nuevo mundo informático posmoderno va a ser necesario también normas de orden laboral; no debe haber una menor protección sino una distinta.

Además de este cambio conceptual, según ARTURO DE DIEGO¹³⁸, los nuevos contenidos del Derecho del Trabajo posmoderno son la polivalencia funcional, multi profesionalidad, hora-flex, jornada intensiva, trabajo auto supervisado, descansos flexibles, vacaciones fraccionadas, período de prueba, reconversión de mano de obra, contrato de promoción del empleo, contratos no laborales para la obtención del primer, y mayor autonomía negocial de las partes. Por polivalencia funcional nos referimos a que las tareas del trabajador se adecuan a las necesidades de la producción, esta polivalencia puede ser horizontal y vertical dependiendo si el cambio de tareas sea dentro del mismo nivel u otro. Cuando hablamos de multi profesionalidad estamos refiriéndonos a un sistema donde la persona está capacitada en tareas que importan varias especialidades. Entendemos por hora-flex al régimen de jornada que permite la variación y adaptación de la misma a las necesidades de la producción. La jornada intensiva hace referencia al régimen mediante el cual concentramos jornadas en una o unas y se reduce o elimina otras. El trabajo auto supervisado es una forma de organizar el trabajo en la cual las figuras de los jefes dan paso a un trabajo en equipo por objetivos. Los descansos flexibles son la consecuencia de la jornada flexible. Las vacaciones fraccionadas en cambio son una forma de adaptar las exigencias de la producción al descanso. Por período de prueba entendemos un tramo de la relación laboral en la cual la empresa verifica si el perfil del candidato se adecua a las necesidades de la empresa. Cuando hablamos de reconversión de mano de obra hablamos de un conjunto de técnicas que se utilizan con el fin de ir transformando las habilidades y conocimientos de los trabajadores en la medida en la que se producen cambios en la empresa. Los contratos de

¹³⁷ Cfr. F. DE TRAZEGNIES GRANDA, "El Derecho Civil ante la post-modernidad", en *Iuris Dicitio*, Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, Año II, No. 4, Agosto 2001, pp. 77, 78.

¹³⁸ Cfr. J. ARTURO DE DIEGO, *Manual...*, pp. 67, 68

promoción del empleo son aquellos utilizados con el propósito de generar condiciones especiales que favorezcan la creación de nuevos puestos de trabajo a través de medios promocionales; por su lado, los contratos no laborales para la obtención del primer trabajo son contratos especiales que tienen por objeto favorecer la capacitación y el primer contacto entre quienes no han logrado incorporarse al mercado laboral. Finalmente La mayor autonomía negocial hace referencia a otorgarles a las partes mayor posibilidad de negociar tanto las condiciones del trabajo en si mismo como la forma de terminarlo. Este punto trataremos a continuación.

2.5. Irrenunciabilidad y transigibilidad de los derechos laborales

Como ya hemos analizado¹³⁹, determinar si los derechos del trabajador son transables es de suma importancia para la determinación de la validez del arbitraje en materia laboral individual. En este punto, cabe recobrar el análisis que sobre la normativa hicimos anteriormente¹⁴⁰. Nuestra legislación al hablar de los derechos del trabajador se refiere de la siguiente manera:

Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta por los siguientes principios:

...

2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.

...

11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre frente autoridad administrativa o juez competente.¹⁴¹

Art. 4.- Irrenunciabilidad de derechos.- Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación en contrario.¹⁴²

En síntesis nuestra legislación establece que los derechos del trabajador son irrenunciables pero admite su transacción siempre y cuando no implique justamente su renuncia. Pero qué implica esta expresión.

Algunas disquisiciones flotan para el debate. Algunas considerando nula toda transacción en materia laboral en virtud de que implicaría una manera inevitable una

¹³⁹ Ver *supra* § 1.5.3. y 1.6.

¹⁴⁰ Ver *supra* § 1.3.

¹⁴¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ECUADOR, Aprobada por referéndum el 28 de septiembre de 2008, publicada en el R.O. 449 de 20 de Octubre de 2009.

¹⁴² CÓDIGO DEL TRABAJO DEL ECUADOR, Codificación 2005-17, RO Suplemento N° 167, del 16 de diciembre del 2005.

renuncia de derechos; otras, con un análisis más técnico y profundo, hallan en la transacción naturales diferencias con respecto de la renuncia. A cada una le dedicaremos un acápite específico.

2.5.1. Imposibilidad de la transacción por renuncia de derecho: Imposibilidad del arbitraje por ausencia de materia y objeto arbitrable

Antes de comenzar es menester perfilar qué es irrenunciabilidad de derechos en materia laboral. Según ARTURO DE DIEGO¹⁴³ la irrenunciabilidad de derechos es el principio al amparo del cual existe un núcleo de derechos que son asegurados y garantizados en virtud de la ley y los estatutos especiales, lo que implica que estos derechos se encuentran fuera de la disposición de las partes. Para el jesuita ecuatoriano C. VELA MONSALVE¹⁴⁴ este principio implica que las normas de Derecho imponen una limitación a la libertad de contratar, y siendo de naturaleza obligatoria no permite al trabajador privarse de la protección que la ley le otorga, I. ROBALINO BOLLE por su parte considera que la irrenunciabilidad consiste en el “hecho de que el contenido mínimo del contrato de trabajo, se encuentra en la ley, sin que la voluntad de las partes pueda modificarlo, sino en beneficio del trabajador”¹⁴⁵; en la misma línea GARCÍA OVIEDO¹⁴⁶ establece que esta limitación es de orden público y se impone por motivos de interés social, ergo, las partes no pueden sustraerse por ningún motivo ni convenio. Para MONTOYA MELGAR¹⁴⁷ la irrenunciabilidad básicamente consiste en que el legislador quiere evitar las renunciaciones hechas por el trabajador en su propio perjuicio. Esta irrenunciabilidad que hemos tratado de perfilar, de acuerdo con MOLERO MANGLANO Y OTROS¹⁴⁸, es un beneficio que se concede única y exclusivamente a los trabajadores, ergo, los empleadores si podrían renunciar a sus derechos.

¹⁴³ Cfr. J. ARTURO DE DIEGO, *Manual...*, p. 98.

¹⁴⁴ Cfr. C. VELA MONSALVE, *Derecho ecuatoriano del Trabajo*, Ed. La Unión Católica, Quito, 1955, p. 79.

¹⁴⁵ I. ROBALINO BOLLE, *Manual de Derecho del Trabajo*, Fundación Antonio Quevedo, 2da. edición, Quito, 1998, p. 99

¹⁴⁶ Cfr. GARCÍA OVIEDO, citado en C. VELA MONSALVE, *Derecho...*, p. 80.

¹⁴⁷ A. MONTOYA MELGAR, *Derecho ...*, p. 227.

¹⁴⁸ C. MOLERO MANGLANO Y OTROS, *Manual de derecho del trabajo*, Ed. Thomson Civitas, Cuarta edición, Madrid, 2004, p. 43.

Una vez esbozado el principio de irrenunciabilidad en materia laboral, cabe preguntarse qué es por su lado la renuncia. Para G. CABANELLAS¹⁴⁹ la renuncia de derechos comprende el desprendimiento o dejación de carácter voluntario, libre, unilateral, formal y definitivo de una facultad jurídica subjetiva que no constituya a la vez un deber. Esta actitud, en teoría y en principio, perjudicial para el trabajador es la que está prohibida por el legislador. Mas, cuál es la relación existente entre transacción y renuncia de derechos.

Para este análisis regresaremos¹⁵⁰ al concepto de transacción aportado por J. A. BONIVENTO: “la transacción es el contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, mediante reciprocas concesiones”¹⁵¹.

Según esta parte de la doctrina, si bien la transacción, dentro del campo civil, puede tener diferencias con la renuncia de derechos, dentro del ámbito laboral, con la realidad fáctica de desigualdad entre las partes, estas diferencias se diluyen, dando paso a un blindaje protector en sumo grado a los derechos de los trabajadores, en virtud de que se ha puesto en relieve que las transacciones pueden disimular propias y verdaderas renunciaciones, difícilmente controlables por los terceros llamados a tutelar los derechos del trabajador¹⁵². Para G. CABANELLAS¹⁵³ la irrenunciabilidad anteriormente perfilada, no alcanza solamente a los actos en los que aisladamente se pretende dejar unilateralmente sin efecto un derecho tutelado y protegido, sino que esta prohibición debe extenderse aún a los negocios jurídicos bilaterales aunque sean parte de un intercambio complejo de derechos y obligaciones. Bajo este pensamiento, la transacción, al comprender un intercambio complejo de derechos y obligaciones, en virtud de las compensaciones mutuas, que no afectan en esencia el equilibrio negocial, implicaría una renuncia de derechos.

Para C. VELA MONSALVE¹⁵⁴, esta interpretación doctrinal se justifica en medida de que, en primer lugar, el obrero, constreñido por la necesidad, podría

¹⁴⁹ Cfr. G. CABANELLAS DE TORRES, *Compendio de Derecho Laboral*, Ed. Heliasta, 3º edición, Tomo I, Buenos Aires, 1992, p. 255.

¹⁵⁰ Ver *supra* § 1.6.

¹⁵¹ J. A. BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales...*, p. 102

¹⁵² Cfr. J. RAMÍREZ MARTÍNEZ Y OTROS, *Curso de derecho del trabajo*, Ed. Tirant Lo Blanch, 13º Edición, Valencia, 2004, pp. 80, 81.

¹⁵³ Cfr. G. CABANELLAS DE TORRES, *Compendio...*, p. 256.

¹⁵⁴ Cfr. C. VELA MONSALVE, *Derecho...*, p. 79.

verse en el caso de desistir de su derecho, y con esto vendría a frustrarse uno de los fines esenciales de la legislación social, que no es otro que sustraer al trabajador de su condición de inferioridad económica; y en segundo lugar, muchas disposiciones, aun teniendo como objeto concretar el interés económico, físico y moral mediato del obrero, pueden tener por resultado inmediato el perjudicarlo, y, en consecuencia, el trabajador se verá en el caso de querer evadir las obligaciones provenientes de las disposiciones legales de que se trata, negándose a la protección de la misma ley.

Para G. CABANELLAS, esta parte de la doctrina halla como fundamento de la misma las siguientes razones:

a) el trabajo es una función social, b) el trabajador tiene a su cargo, por lo general, una familia, cuyos intereses no cabe comprometer, c) la renuncia de estos derechos perjudicaría a terceros: los demás trabajadores, cuya remuneración y consideraciones serían envilecidas por la competencia; d) por el carácter de orden público que las leyes del trabajo presentan

Nuestra jurisprudencia ha sido vacilante al respecto, sin embargo, encontramos algunos fallos en los cuales sostiene que en nuestro sistema no cabría la transacción en materia laboral puesto que implicaría indefectiblemente una renuncia de derechos. Las sentencias más radicales al respecto se han pronunciado en materia de Jubilación Patronal, puesto que la corte ha considerado:

CUARTO: En efecto, la Excma. Corte Suprema de Justicia, en varios fallos que constituyen precedente jurisprudencial obligatorio, ha sostenido que: "La jubilación patronal constituye un derecho no susceptible de acuerdo, convenio, negocio o transacción, ya que estas modalidades contravienen al derecho irrenunciable del trabajador, derecho que pertenece obviamente a la esfera del Derecho Público". La jubilación patronal es de tracto sucesivo, esto es que debe cumplirse periódicamente. No ha lugar entonces a que se piense que ella puede ser objeto de negocio, convenio o transacción, ya que estas modalidades quebrantan las normas jurídicas que imperiosamente la rigen. Por tanto, "todo acuerdo o convención en el sentido indicado resulta atentatoria al Derecho Público que, sabido es, impera con la voluntad, sin la voluntad y aún en contra de la voluntad que las partes puedan expresar en los compromisos que suscriban". Así se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema de Justicia en los fallos publicados en el Registro Oficial No 661 de 24 de marzo de 1995, en el Registro Oficial No 664 del mismo mes y año y en el Registro Oficial No 752 de 3 de agosto de 1995, para no citar sino tres resoluciones que constituyen precedente jurisprudencial conforme a lo dispuesto en el segundo inciso del Art. 19 de la Ley de Casación.¹⁵⁵

TERCERO: En torno al valor de la transacción o acuerdo que las partes han celebrado en relación con el pago hecho al ex-trabajador jubilado por concepto de

¹⁵⁵ SC de CSJ, Gaceta Judicial. Año XCVII. Serie XVI. No. 9. Pág. 2427. (Quito, 9 de septiembre de 1997). (Lo subrayado es del autor)

pensiones futuras, la Sala formula las siguientes observaciones: 1. En el pasado inmediato, de manera general, las diversas Salas especializadas de lo Laboral y Social han resuelto reiteradamente y en numerosos casos análogos, que el convenio o transacción sobre pago anticipado de pensiones de jubilación carece de valor legal porque tiene objeto ilícito y porque implica renuncia de derechos. Los fundamentos que se han esgrimido para tales afirmaciones, esencialmente, han sido: que la transacción significa atentado contra el orden público debido a que forzosamente mengua derechos del trabajador, y que la ley establece la obligación de pagar la pensión jubilar periódicamente y en forma mensual; 2. Haciendo una revisión de los argumentos antes referidos, estimamos indispensable formular las siguientes reflexiones: a) El Código Civil puede ser considerado como legislación positiva de carácter laboral, en los casos en que el Código del Trabajo no contemple una norma que sirva para solucionar una determinada situación conflictiva concerniente a la relación obrero-patronal. Esta afirmación se deriva del contexto del Art. 6 del Código del Trabajo que convierte al Código Civil en legislación supletoria, y puesto que en este último cuerpo legal no existe precepto alguno relativo a la transacción, lo que sobre esta institución dispone los Arts. 2372 y 2386 del Código Civil, entre otros, bien procede ser aplicado a una relación de índole laboral; b) Desde el ángulo jurídico laboral, lo realmente trascendente no es el hecho mismo de la transacción, sino la posibilidad de que bajo el monto de este tipo de contratos se encubra una renuncia de derechos, lo que efectivamente si se encuentra prohibido por la Constitución y el Código de la materia.¹⁵⁶

Sin embargo, cabe precisar que la jurisprudencia de la Corte, aún siendo diversa, ha venido modernizándose. Al principio reconociendo que no toda transacción es nula, sino que sólo la transacción durante la relación laboral adolece de vicio de nulidad. G. CABANELLAS¹⁵⁷ al respecto va un poco más allá y sostiene que esta suerte de renuncia anticipada que toma forma en la transacción mientras dura la relación laboral, parte de la presunción de que el trabajador carece de libertad para una verdadera y real negociación, en cambio, una vez terminada la relación laboral es válida siempre y cuando haya habido una compensación suficiente. En este sentido tenemos, entre algunas, la siguiente sentencia de la Corte Suprema:

CUARTO: El ius laborista, Dr. Luis Jaramillo Pérez, tratadista y ex-Presidente de la Corte Suprema de Justicia, en la página 625 del tomo II de su obra "Jurisprudencia de los conflictos individuales de trabajo", al referirse a la transacción, señala en la parte pertinente: "...Sin embargo la doctrina en orden a la aplicación de la transacción sostiene que debe contemplarse tres momentos: a) anterior a la relación laboral; b) durante la relación y c) terminada la relación laboral; y en este último supuesto, vienes aceptando la transacción casi en forma unánime; sosteniéndose que el primer caso no cabe hablarse de transacción, porque no existen derechos, sino meras expectativas; que el segundo tampoco es factible, porque los amparos legales tienen que imponerse pese a una estipulación de las partes en contrario (Art. 34); pero, que si es posible aceptarse una vez terminada la relación laboral, porque ya son derechos adquiridos que pertenecen al trabajador (Codif. De 1959) o a sus deudos y pueden ellos acogerse a un

¹⁵⁶ SC de la CSJ, Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 13. Pág.. 3642. (Quito, 26 de octubre de 1998). (Lo subrayado es del autor).

¹⁵⁷ Cfr. G. CABANELLAS DE TORRES, *Compendio...*, p. 257.

modo legal, a la vez que medio de restablecimiento del derecho que es la transacción. Podría también argumentarse en favor de la transacción que en el tercer momento ya desaparece la calidad de trabajador y patrono y sólo surge en caso de juicio, la de litigante en plano igual, sea como actor o como demandado, como acreedor o como deudor y que por lo tanto ya los amparos dejaron de actuar por no encontrar el elemento subjetivo al que se dirige el amparo o sea ya dejó de ser trabajador; argumentó este que no aparece exhibido en la jurisprudencia pese a la casi total uniformidad en orden a aceptar la transacción y la conciliación.¹⁵⁸

En conclusión, podemos decir que esta tesis considera, *mutatis mutandis*, que la transacción en materia laboral es prácticamente imposible, en virtud de que las concesiones mutuas que importa este negocio jurídico configuran necesariamente una renuncia al blindaje que el ordenamiento jurídico provee al trabajador, y siendo esta disposición de orden público, prescinde de manera absoluta de la voluntad de las partes. Esta concepción estólida y estulta del derecho del trabajo, donde el trabajador es poco más que un incapaz cuyo padre Estado debe proteger, nos lleva a un escenario donde indefectiblemente la invalidez e imposibilidad del arbitraje surge como una espada de Damocles; en virtud de la no transigibilidad de los derechos laborales, carece de objeto y materia arbitrable como requisitos necesarios por nuestra legislación para la validez del arbitraje privado.

No concordamos en absoluto con los criterios expuestos por esta corriente para originar este escenario de imposibilidad del arbitraje, por lo que a continuación trataremos de esbozar las razones y escenarios que en la presente tesina consideramos son aquellos que nos conducirán, dentro del derecho posmoderno, a la validez de un arbitraje privado para la resolución de los conflictos laborales individuales.

2.5.2. Validez de la transacción en materia laboral y del arbitraje privado para la resolución de conflictos laborales individuales

En este punto, cabe hacer un análisis un poco más detenido sobre la transacción y su relación con el principio de irrenunciabilidad de derechos en materia laboral. Para este análisis debemos determinar cuál es la función que cumple la autonomía de la voluntad dentro del marco laboral. Para ABIOL MONTESINOS Y

¹⁵⁸ SC de la CSJ, Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 13. Pág. 3642. (Quito, 26 de octubre de 1998).

OTROS¹⁵⁹ la autonomía de la voluntad en materia laboral cumple con tres funciones determinadas: como acto o hecho (creador de la relación), como configuración interna del negocio y una función aplicativa.

La función como hecho hace referencia a la voluntad de las partes que se concreta en el presupuesto normativo que el derecho previno para el desencadenamiento de los efectos jurídicos que la ley previamente normó¹⁶⁰, y se la identifica como una fuente creadora de relaciones jurídicas. La función reguladora es aquella que se identifica como la aptitud jurídica de las partes para determinar el contenido de la relación jurídica, es decir, la configuración interna del negocio. Esta función está íntimamente relacionada con el principio de condición más beneficiosa de origen contractual, en el sentido en el cual estas condiciones, expresas o tácitas, bajo ciertas circunstancias, son inatacables y subsisten aún bajo alteración del cuadro normativo. Las condiciones laborales que se originan en una concesión unilateral y voluntaria del empleador, por la regularidad y persistencia de su disfrute, se incorporan a la relación laboral, de forma que no pueden ser suprimidas o reducidas de manera unilateral por el empresario¹⁶¹. La función aplicativa, en cambio, se relaciona íntimamente con la irrenunciabilidad de los derechos laborales en virtud de que esta función hace referencia a los negocios jurídicos dispositivos donde los supuestos jurídicos de las normas se ven reflejados de manera plena. Es en este plano donde la autonomía de la voluntad nos lleva a confrontar la transacción y la renuncia de derechos.

En general, como dice ABIOL MONTESINOS¹⁶², podría entenderse que las legislaciones contienen una prohibición, aparentemente genérica, de indisponibilidad de los derechos laborales, abarcando tanto los negocios abdicativos –sin contraprestación- como los negocios transaccionales –con contraprestación- lo que dejaría en tela de duda la validez de la transacción, conciliación o eventualmente de los compromisos arbitrales. Sin embargo es razonable entender que lo que se quiere es prohibir la renuncia pura y simple, sin contraprestación y no las demás categorías

¹⁵⁹ I. ALBIOL MONTESINOS Y OTROS, *Derecho del Trabajo: Tomo II Contrato Individual*, Ed. Tirant Lo Blanch, 6ª Edición, Valencia, 2004, pp. 49-63

¹⁶⁰ Ver *supra* § 1.5.1.1. y 1.5.1.2.

¹⁶¹ Cfr. I. ALBIOL MONTESINOS Y OTROS, *Derecho...*, p. 56

¹⁶² *Ibidem* p. 63

negociales dispositivas. En este sentido para RAMÍREZ MARTÍNEZ Y OTROS¹⁶³ la diferencia entre la transacción y la renuncia estriba, esencialmente, en el contenido de concesiones mutuas, mediante el cual se dispone de un derecho a cambio de una contraprestación, frente al carácter unilateral y gratuito de la renuncia. Siguiendo a MONTOYA MELGAR¹⁶⁴ conviene en este punto entonces advertir la separación y diferencia que existe entre la renuncia de derechos –única vía dispositiva prohibida al trabajador so pena de nulidad- y otras figuras con las que guarda cercanía o semejanza aparente o real. La dejación pura no puede ser racionalmente prohibida por el legislador al trabajador, pues lo contrario implicaría coaccionarlo –al trabajador- a actuar su derecho, inclusive contra su voluntad. Las transacciones y conciliaciones no tienen, en su esencia y presunción, por qué encubrir renunciaciones, puesto que constituyen acuerdos que importan concesiones recíprocas. En otras palabras, mientras que la renuncia estricta supone simplemente privarse de un derecho cierto, figuras como la transacción y la conciliación significan trocar un derecho litigioso o dudoso por un beneficio concreto y cierto. De esta manera podemos perfilar la diferencia en general que puede tener la renuncia; diferencia que aún las doctrinas más rígidas admiten, verbigracia, G. CABANELLAS, aunque admite que si bien la renuncia de derechos se diferencia del abandono, la abstención y de la enajenación de ellos, eso no implica que “pueda producir el resultado igual en todos los casos: el desapoderamiento del titular previo, consumado de varios modos cuando otro sucede en el derecho renunciado, abandonado, enajenado o no ejercido”¹⁶⁵. Este criterio lo fundamenta con lo siguiente:

El abandono se caracteriza por la desidia, la dejadez o la pasividad; mientras que la renuncia ha de tener carácter expreso de no querer ejercer el derecho, que puede concretarse por escrito o mediante actos indubitados. La abstención jurídica significa sólo inactividad, que se puede quebrar en cualquier momento, salvo que entre tanto se produzca la caducidad; en cambio, la renuncia se desprende del derecho, lo rechaza y produce sus efectos extintivos apenas se manifiesta, salvo arrepentimiento que permita la recuperación de lo no adquirido todavía por otro. De la enajenación se diferencia porque aquella es contractual y a favor de alguien determinado; por el contrario, el

¹⁶³ Cfr. J. RAMÍREZ MARTÍNEZ Y OTROS, *Curso de derecho del trabajo*, Ed. Tirant Lo Blanch, 13º Edición, Valencia, 2004, p. 80

¹⁶⁴ Cfr. A. MONTOYA MELGAR, *Derecho ...*, p. 228.

¹⁶⁵ G. CABANELLAS DE TORRES, *Compendio...*, p. 255

renunciante no designa sucesor, se limita a una declaración que cercena su patrimonio o su potestad jurídica¹⁶⁶

Regresando al concepto varias veces citado de transacción de J. BONIVENTO, “la transacción es el contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, mediante reciprocas concesiones”¹⁶⁷ podemos concluir que la transacción se diferencia de la renuncia, primero por su naturaleza, la transacción es un negocio jurídico bilateral oneroso, la renuncia es unilateral, generalmente gratuita; segundo por sus efectos, en la renuncia hay el desprendimiento de un derecho que no se desea ejercer, en la transacción hay un reconocimiento claro y efectivo ejercicio del mismo; tercero por el contenido de los mismos, en la renuncia solo hay una separación de un derecho, en la transacción hay un negocio donde el derecho se trasmuta por determinadas contraprestaciones mutuas; cuarto, por el efecto económico que produce, la renuncia grava solo una parte, por lo que el equilibrio económico negocial se ve afectado, en la transacción en cambio, el equilibrio negocial dentro de la relación laboral –lo que realmente se pretende proteger con la consagración de la irrenunciabilidad- no se ve afectado, en efecto se compensa, pero se mantiene el equilibrio, a otro nivel debemos mencionar. Usando un símil podemos decir que la transacción es una especie de permuta de las prestaciones dentro de la relación laboral. En este punto debo ser radical, no podemos afirmar ni presumir que bajo toda transacción existirá ocultamente una renuncia de derechos, tampoco desconozco el hecho de que pueda suceder, sin embargo esta sospecha no es suficiente para eliminar toda un institución dentro de un sistema, sin embargo de lo cual si nos debe llevar a encontrar la manera de generar mecanismos de control para que las compensaciones mutuas que se generan dentro del proceso transaccional sean justas y satisfactorias de los intereses de cada parte. Así mismo, el alegato de que el trabajador puede verse forzado a firmar un contrato de transacción no es motivo suficiente para prohibir este tipo de negocios dispositivos puesto que el trabajador tiene medios dentro del propio sistema para atacarlos si es el caso, como sería con la rescisión por vicios del consentimiento.

¹⁶⁶ *Ibidem* p. 255

¹⁶⁷ J. A. BONIVENTO FERNÁNDEZ, *Los principales...*, p. 102.

En este sentido ya se ha pronunciado la Jurisprudencia ecuatoriana. Algunos casos son los siguientes:

es verdad que conforme a los estatuido en el Código del Trabajo, son irrenunciables los derechos que en él se confieren a los trabajadores, pero los acuerdos, arreglos y transacciones a que lleguen los patronos y los obreros, no constituye renuncia a derecho alguno desde que el mismo Código en el Art. 106 contempla, como medio de terminar el contrato de trabajo, el acuerdo de las partes; y además, al establecer como ha establecido, en el procedimiento de los juicios de trabajo, la audiencia de conciliación, en que no solamente permite como legal sino que procura el avenimiento del trabajador y del patrono, para evitar la continuación del juicio, reconociendo, por consiguiente, como lícitas las estipulaciones a que llegaren¹⁶⁸

El trabajador no puede renunciar sus derechos por prohibirlo el art. 4 del Código del Trabajo; pero sí puede transigir, por no haber disposición en contrario y por que la transacción no envuelve renuncia de derechos sino más bien su reconocimiento¹⁶⁹

5o. Por ésto pudo celebrarse válidamente la segunda acta de transacción ante el Inspector del Trabajo el 6 de mayo de 1957, entre las partes contendientes y en la que figura Florencio Chiluisa, por la cual acta se dan por terminados todos los contratos de trabajo individuales con los trabajadores allí nombrados inclusive el actor y se los declara terminados por dos causas, a saber, por mutuo acuerdo o consentimiento de los intervinientes y por haberse concluido el trabajo de construcciones en la Villa Flora que fue materia u objeto de todos aquellos contratos, previo el pago de los salarios correspondientes según estos pagos son regulados en las cláusulas 3a. 5a. y 6a. del acta indicada. Este convenio lícito como fundado que está en el art. 106 del Código del Trabajo no comporta ni implica un desahucio hecho en contra de la prohibición establecida para el patrono por el art. 118; simplemente constituye un mutuo reconocimiento del hecho de la conclusión de los contratos por el ministerio de la ley, dada la terminación de las construcciones, y, además un resultado del mutuo acuerdo de las partes.¹⁷⁰

TERCERO: El Código del Trabajo ampara a los trabajadores, según el Art. 4 sus derechos son irrenunciables y es nula toda estipulación en contrario; pero, ello no impide que celebre una transacción con su empleador; pues, si el trabajador transige sobre sus derechos concretos que le pertenecen y forman parte de su patrimonio encontrándose en libertad para hacerlo, la transacción no puede tomarse como opuesta al principio de la irrenunciabilidad de los derechos, criterio que ha sido observado en algunas resoluciones de la Corte Suprema¹⁷¹

OCTAVO.- En el caso que se juzga no se liquidó la bonificación ni se consignó su valor dentro del plazo de treinta días, porque antes las partes convinieron de mutuo acuerdo en la vía del documento de fojas 17 que entraña una transacción, que no es prohibida por ser en el campo laboral, sino anulable o revisable en tanto en cuanto,

¹⁶⁸ CSJ, Juicio Monge contra La Internacional, 16 de septiembre de 1943, citado en C. VELA MONSALVE, *Derecho...*, p. 86.

¹⁶⁹ CSJ, Juicio Molineros contra Molineros, 23 de febrero de 1945, citado en C. VELA MONSALVE, *Derecho...*, p. 86.

¹⁷⁰ STI de la CSJ, Gaceta Judicial. Año LXI. Serie IX. No. 3. Pág. 263 (Quito, 10 de Septiembre de 1958), Voto salvado

¹⁷¹ SC de la CSJ, Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 12. Pág. 3162. (Quito, 14 de julio de 1998)

por las circunstancias en que se suscribe o por su contenido, viola los derechos del trabajador.¹⁷²

Cuarto. En principio, el acuerdo en virtud del cual convienen las partes una modalidad para el pago de la pensión jubilar, es posible jurídicamente y no hay motivo constitucional ni legal para desconocer, in genere, su validez o su eficacia, las cuales dependerán de su contenido. Podría inclusive darse el caso de un convenio cuyo contenido, considerando las circunstancias de la economía, resulte más favorable al trabajador que el pago de una cantidad fija diferida en el tiempo. Discrepo en consecuencia de la tesis según la cual todo acuerdo sobre la forma de pago de la jubilación, es ilegal, Quinto. Los retirados fallos de casación en los cuales se ha sostenido que carecen de validez los convenios sobre jubilación, cuestionan fundamentalmente las declaraciones tendientes a liberar de responsabilidad futura al empleador. Esta preocupación es desde todo punto de visto pertinente y acorde con la naturaleza social del derecho laboral, pero no tiene que ver con la validez del acuerdo, sino con su eficacia en cuanto medio para extinguir las obligaciones del empleador.¹⁷³

SEXTO: Por lo manifestado en los tres considerandos precedentes de esta resolución, conclúyase sin esfuerzo, que los acuerdos o transacciones celebradas en relación con el pago anticipado de pensiones jubilares, no son ilegales per se, a menos que contengan o impliquen renuncia encubierta de derechos, en cuyo caso el juez deberá resolver lo pertinente en cada litigio, conforme a lo que se hubiese demostrado en el respectivo proceso.¹⁷⁴

En conclusión de lo anteriormente, podemos decir que la transacción en materia laboral es plenamente válida y no solo una mera disposición lírica constitucional, pues, en efecto, una transacción en materia laboral per se no importa ninguna renuncia de derechos, y efectivamente esto es lo que procura la ley. Esta conclusión nos lleva a otra más, al ser válida la transacción en materia laboral estamos reconociendo y afirmando que los derechos del trabajador son objeto de materia transable. Al ser materia transable, que no afecta la naturaleza social de la misma, puede ser objeto de arbitraje, por lo tanto, el arbitraje privado para la resolución de conflictos laborales individuales es plenamente válido. Hasta el momento, por el problema de la confidencialidad de los laudos, no hemos podido identificar casos arbitrales en materia laboral, sin embargo de lo cual por referencia de los directores de los centro de arbitraje más empleados en nuestro país¹⁷⁵ hasta la presente fecha no se han registrado demandas arbitrales en esta materia, motivo por el cual no hemos podido acceder al criterio ni jurisprudencia arbitral sobre la

¹⁷² STI de la CSJ, Gaceta Judicial. Año LXXXVIII. Serie XV. No. 2. Pág. 458. (Quito, 12 de abril de 1988)

¹⁷³ SC de la CSJ, R.O. No. 120 del 30 de enero de 1997, p. 6

¹⁷⁴ SC de la CSJ, Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 13. Pág. 3642. (Quito, 26 de octubre de 1998)

¹⁷⁵ Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, y el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara Ecuatoriana Americana de Comercio

determinación de la competencia en dichos casos, pese a lo cual existe un laudo en materia de Inquilinato dictado por el árbitro único RODRIGO JIJÓN¹⁷⁶ donde hace un muy buen análisis sobre la validez del arbitraje y competencia del árbitro para conocer casos sobre derechos de naturaleza social. El problema analizado surge porque el Art. 22 de la Ley de Inquilinato vigente a la época del proceso establecía que los derechos de los inquilinos son irrenunciables, cosa que para R. JIJÓN no obsta de que la materia se someta a causa de árbitros en virtud de que, como hemos analizado, la transacción no es renuncia, puesto que “haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o precaven litigios futuros”, es decir da lugar a un modo de extinguir las obligaciones llamados compensación y novación, y si las obligaciones se extinguen quiere decir que han surtido pleno efecto, y si han surtido todos sus efectos como se puede sostener que transacción, *per se*, es renuncia de derechos.

Otro análisis sumamente importante que realiza R. JIJÓN, además de si la materia es transable o no, es si el acuerdo por el cual las partes someten sus conflictos futuros dentro del marco de la relación de inquilinato a causa de árbitros, implica o no renuncia de derechos; análisis pertinente para nuestro caso al ser materias análogas. R. JIJÓN concluye que de ninguna manera el inquilino renuncia a sus derechos que devienen de su condición de tal, por lo tanto no se puede atacar la validez del convenio arbitral por una supuesta renuncia de derechos, máxime se podrá decir que se renunció a la posibilidad de demandar ante la justicia ordinaria. Llega a esta conclusión en virtud de que el artículo que les confiere competencia a los jueces de inquilinato para conocer las causas sobre esta materia, pese a que se encuentre en la ley de inquilinato, es un derecho en estricto sentido de orden procesal que no confiere un derecho subjetivo al particular, se trata entonces de lo que actualmente se llama el derecho de acción. Esta tesis ha sostenido constantemente la corte, según JIJÓN, siguiendo al doctrinal ecuatoriano LUIS FELIPE BORJA, puesto que la competencia del juez no es un derecho adquirido por los litigantes, caso contrario se llegaría al absurdo de que si por cambio legislativo se atribuyese la competencia en determinada materia a otro juez una parte alegue su

¹⁷⁶ R. JIJÓN, Laudo emitido en la Cámara de Comercio de Quito dentro del proceso arbitral No. 005-2003. En virtud de la confidencialidad del mismo no se identificará a las partes.

incompetencia en virtud de que a la fecha de la suscripción del contrato el juez competente era otro.

Concordamos de manera plena con lo sostenido por R. JIJÓN en el laudo citado. No se puede concebir sino de esta manera que el derecho que tienen las partes –empleador y trabajador- dentro de la relación de accionar frente a los órganos jurisdiccionales sea en estricto rigor un derecho de orden procesal y no de orden laboral sustantivo, ergo, no se ve contagiado por el principio de irrenunciabilidad de orden laboral, en virtud que la competencia de determinada autoridad no puede considerarse un derecho de aquellos que se incorporan a la esfera de los derechos de las partes. Sólo de esta manera podemos también entender, por ejemplo, como en otras materias, igualmente protegidas, como los derechos del consumidor puedan ser sometidos a arbitraje, y su naturaleza social y de orden público no se ven vulnerados puesto que el árbitro al igual que el juez deberá verse compelido por la fuerza de la ley a respetar aquellas disposiciones de orden público que emanarán de los cuerpos legales de estas materias, en virtud de que el árbitro también juzga en función de una potestad pública es su deber y más alto oficio el de mantener, garantizar y hacer respetar el orden público.

Como conclusión final podemos decir que el arbitraje en materia laboral es válido, tanto porque la materia es transable, requisito del objeto del arbitraje, como porque la sustracción de los conflictos de la jurisdicción ordinaria no implica renuncia de derechos laborales. Esta conclusión nos lleva a analizar ahora los escenarios de factibilidad del arbitraje.

2.5.2.1. Escenario de transigibilidad sobre las expectativas relativas al contenido económico del derecho

Este es el escenario menos discutido y más aceptado. Nos enfrentamos a la hipótesis en la cual, no habiendo discusión de las partes sobre el derecho ni sobre la aptitud jurídica para gozar del mismo, las partes no están de acuerdo sobre el contenido económico o la valoración del derecho. Es el caso, por ejemplo, que un empleador despida a un trabajador, el primero reconoce el despido y está dispuesto a indemnizar, sin embargo el segundo considera de se le debe una suma determinada de dinero y con la cual el primero disiente.

En este caso es claro que no existe ninguna renuncia de derechos. El derecho a ser indemnizado por el ilícito del despido no sólo que no se ha dejado, sino que mas bien se pretende hacerlo efectivo. Las diferencias solo versan sobre contenidos económicos.

Este escenario ya ha sido aceptado en temas más complicados que los laborales, donde no solo se discute una irrenunciabilidad de los derechos sino ya cuestiones de orden público puro, donde el bien común y la finalidad del Estado se ven comprometidos, este es el caso del arbitraje en materia tributaria¹⁷⁷. En este caso al igual que en el hipotético del arbitraje laboral, las normas de orden público no se ven comprometidas porque en el primer caso el árbitro no cuestionará la capacidad impositiva del Estado, y en el segundo caso, no se cuestionará las normas de orden público, lo único que en ambos casos se arbitrará es la liquidez de las obligaciones.

Este tipo de casos en los cuales las partes advienen a un acuerdo pese a que discrepen con los valores que cada uno aduce tener derecho a cobrar o pagar no son extraños a nuestro sistema, es el caso de las conciliaciones judiciales y las transacciones aprobadas por juez. En este sentido se ha expresado parte de la jurisprudencia, entre algunas la siguiente:

el artículo 594 del Código del Trabajo posibilita expresamente la transacción, pues "un arreglo judicial o extrajudicial entre las partes" para determinar el valor de las reclamaciones es, mírese por donde se mire, una transacción...de allí que sea imprescindible que claramente se precisen en la transacción los derechos sobre los que transige, y de modo tal que siendo efectivos y justificados no se renuncie a ellos; o se indique que habiéndose reclamado no se han justificado y por ello no se valoran, sin que ello sea renuncia a derecho; o que siendo dudosa o imposible la justificación se transige en tal valor¹⁷⁸

En conclusión podemos decir que el arbitraje privado para resolver las disputas de los trabajadores y empleadores relativas al contenido económico de sus derechos es plenamente válido.

2.5.2.2. Escenario de transigibilidad sobre las expectativas relativas a la conclusión de la hipótesis normativa

¹⁷⁷ Revisar H. R. BATALLAS GÓMEZ, *La aplicación del arbitraje interno en materia tributaria en el Ecuador*, Tesina para la obtención del Título de Abogado, Inédita, Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2005

¹⁷⁸ STI de la CSJ, Gaceta Judicial. Año LXXXVI. Serie XIV. No. 10. Pág. 2323. (Quito, 29 de noviembre de 1985)

Otro escenario que no se presenta como controversial es aquel en el cual las partes discuten si en la práctica ha tenido concreción la hipótesis normativa que la legislación previno para el surgimiento del derecho. Como sabemos la legislación opera a manera de un silogismo lógico, donde, si se cumplen las premisas mayores y menores desencadena los efectos y consecuencias que el legislador determinó. Nos enfrentamos al caso, por ejemplo, en el cual una persona reclama a otra haberes laborales, y ésta opone la inexistencia de la relación laboral. En este caso no discutimos los valores económicos sino la existencia misma del derecho que se pretende reclamar, y será cuestión de determinar si las conductas y hechos se adecuan o no al presupuesto legal.

En este escenario no podemos hablar de renuncia de derechos porque es justamente la existencia de éste es la que se discute. El derecho no ha sido reconocido ni por las partes ni por un juzgador por lo que nos encontramos en el mundo de las expectativas de derechos. Entonces la pregunta que sigue es, ¿se prohíbe también la transacción o aún la renuncia de las expectativas al trabajador? La respuesta debe ser un no categórico. La ley es clara, se prohíbe la renuncia de derechos, y en nuestro sistema las meras expectativas no constituyen derecho alguno. Al respecto S. GUERRÓN AYALA¹⁷⁹ opina que es plenamente válida la posibilidad de que trabajadores y empleadores lleguen a un avenimiento a base de concesiones mutuas, las cuales podrán versar únicamente sobre derechos en litigio o cuestionados, es decir, meras expectativas hasta que exista un pronunciamiento ejecutoriado; y, donde reconociéndolos se los pueda valorar en dinero.

En este sentido G. CABANELLAS¹⁸⁰ sostiene que en cuanto al contenido de la transacción laboral, más que a un derecho, en virtud de la disputa que existen entre las partes, se renuncia a una esperanza o expectativa, en otras palabras hay una suerte de trueque de una eventualidad incierta por un contenido cierto y actual, cosa que no puede estar reñida con el derecho y bienestar del trabajador, aun así se crea que “se está cierto de la razón o justicia propia”¹⁸¹. De la misma manera H.

¹⁷⁹ Cfr. S. GUERRÓN AYALA, *Flexibilidad laboral en el Ecuador*, coedición Universidad Andina Simón Bolívar y Ed. Abya Yala, Corporación Editora Nacional, Serie Magíster Volumen 31, Quito, 2003, p. 26

¹⁸⁰ Cfr. G. CABANELLAS DE TORRES, *Compendio...*, p. 258.

¹⁸¹ *Ibidem* p. 257.

VALENCIA HARO¹⁸² concluye que para que el principio de irrenunciabilidad del trabajador se concrete es lógico suponer que esos derechos deben ser ciertos y no meras expectativas, pues de no existir seguridad en la existencia de un derecho, este podría ser sujeto aún de renuncia.

Por lo expuesto es claro que el arbitraje laboral dentro de este escenario sería plenamente válido.

2.5.2.3. Escenario de transigibilidad sobre derechos concretos provenientes de la voluntad de las partes

En nuestro sistema existe una discusión que, en otras partes del mundo, ha sido ya resuelta de manera casi unánime. Cuando nuestra Constitución y Código del trabajo establecen la irrenunciabilidad de los derechos no hace referencia a qué tipos de derechos se encuentran blindados y cuales no. Surge entonces el debate, ¿son irrenunciables todos los derechos del trabajador o solo algunos?

VALENCIA HARO¹⁸³ sostiene que por no haber hecho el legislador distinción alguna sobre la clase de derechos que son irrenunciables se debe entender que son irrenunciables, no disminuibles, e inalterables, todos aquellos derechos, que de un modo u otro sean beneficiosos para el trabajador, sean legales propiamente dichos o contractuales. De la misma manera RAMÍREZ MARTÍNEZ Y OTROS¹⁸⁴ sostienen en este sentido se debe entender igualmente inválida la renuncia y transacción sobre derechos de orden contractual como los de orden legal, puesto que pueden realmente importar disimuladamente renunciaciones difícilmente controlables por terceros cuando las supuestas incertidumbres del derecho discutido sea ficticia y las mutuas concesiones se encuentren desequilibradas.

Esta posición ha compartido la mayoría de la doctrina ecuatoriana desde una postura absolutista, sin embargo de lo cual cabe hacer un análisis más detenido al respecto. Un principio rector del Derecho del Trabajo que va de la mano con el principio de irrenunciabilidad es el de condición más favorable. Para MONTROYA

¹⁸² Cfr. H. VALENCIA HARO, *Legislación ecuatoriana del trabajo*, Ed. Universitaria, Quito, 1979, pp. 93, 94.

¹⁸³ Cfr. H. VALENCIA HARO, *Legislación...*, pp. 93, 94.

¹⁸⁴ Cfr. J. RAMÍREZ MARTÍNEZ Y OTROS, *Curso...*, p. 81.

MELGAR¹⁸⁵ este principio hace referencia al mantenimiento de los derechos adquiridos por el trabajador, pese a incluso una posterior aprobación de una norma que consagre condiciones menos favorables que las disfrutadas. En este sentido la función aplicativa de la autonomía de la voluntad¹⁸⁶ se concreta en el contrato de trabajo, siendo la función de éste modificar el derecho dispositivo mejorando los mínimos legales, pero nunca empeorándolos ni consagrando cláusulas contrarias al derecho necesario absoluto o relativo máximo¹⁸⁷; y, aplicando el aforismo jurídico las cosas en derecho se hacen y deshacen de la misma forma, sólo el acuerdo de las partes podrán cambiarlo o eliminarlo. En consecuencia, la limitación de la condición más beneficiosa, y por lo tanto de la irrenunciabilidad de derechos no afecta a los derechos nacidos del propio contrato, que serán disponibles en todo caso por el trabajador a efectos de modificación o supresión por mutuo acuerdo, dejando a salvo naturalmente de la eventual presencia de vicios en la prestación del consentimiento¹⁸⁸. De la misma manera el doctrinal ecuatoriano C. VELA MOSALVE¹⁸⁹, si bien reconoce que hay quienes sostienen que son igualmente irrenunciables los derechos que provienen de la ley como aquellos que provienen del acuerdo de las partes en virtud de la amplitud de la consagración de las normas legales al respecto; considera que los constituyentes evidentemente no quisieron más que elevar a la categoría de derecho constitucional la irrenunciabilidad, estableciendo una garantía de orden público que deviene del interés del Estado de tutelar los derechos del trabajador, y de esta manera debe entenderse que se habla de una misma esfera del orden público, por lo tanto hablamos de una irrenunciabilidad de derechos legales, es decir la irrenunciabilidad consagrada en el Código y leyes formales. Este argumento se corrobora por lo dispuesto dentro del mismo Código al establecer que el contrato de trabajo termina por acuerdo de las partes, de no ser entendida la irrenunciabilidad de esta manera cómo explicar este derecho de las partes a poner fin a su relación laboral.

¹⁸⁵ Cfr. A. MONTOYA MELGAR, *Derecho ...*, pp. 225, 226.

¹⁸⁶ Ver *supra* § 2.5.2.

¹⁸⁷ Cfr. J. RAMÍREZ MARTÍNEZ Y OTROS, *Curso...*, pp. 76, 77.

¹⁸⁸ Cfr. I. ALBIOL MONTESINOS Y OTROS, *Derecho...*, pp. 62, 63.

¹⁸⁹ Cfr. C. VELA MONSALVE, *Derecho...*, p. 81.

En este sentido también se expresa C. MOLERO MANGLANO Y OTROS¹⁹⁰ al sostener que la irrenunciabilidad de los derechos se limita a los derechos que devienen de disposición legal o del contenido normativo de los convenios colectivos, mas no afecta a aquellos derechos que concede el contrato de trabajo, pudiendo ser estos renunciados por el trabajador. A. MONTOYA MELGAR¹⁹¹ sostiene que los derechos irrenunciables son aquellos que se encuentran consagrados en disposiciones normativas, cualquiera que sea el alcance de éstas, salvo que estas mismas disposiciones permitan la disponibilidad del derecho, concordando con la doctrina más autorizada que niega el carácter de derechos irrenunciables a los adquiridos mediante pactos o concesiones de carácter individual.

Este criterio es de amplia aceptación dentro de la doctrina internacional y se encuentra consagrado en algunos textos legales de países como por ejemplo España. Entre algunas tenemos los siguientes:

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1994, DE 20 DE JUNIO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Artículo 3. Irrenunciabilidad de los derechos de la Seguridad Social.

Será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador renuncie a los derechos que le confiere la presente Ley.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1995, DE 24 DE MARZO, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

Art 3.1.c. Fuentes de la relación laboral.

1. Los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan:

c. Por la voluntad de las partes, manifestada en el contrato de trabajo, siendo su objeto lícito y sin que en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos antes expresados.

Art. 3.5

Los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario. Tampoco podrán disponer válidamente de los derechos reconocidos como indisponible por convenio colectivo.

LEY 16/1976, DE 6 DE ABRIL, DE RELACIONES LABORALES

Art. 5.1

El trabajador no podrá renunciar a los derechos que le sean reconocidos en las normas laborales, y será nulo todo acto que los ignore o limite.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/1995, DE 7 DE ABRIL, POR EL QUE SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL.

Art. 84.

¹⁹⁰ Cfr. C. MOLERO MANGLANO Y OTROS, *Manual...*, p. 43.

¹⁹¹ Cfr. A. MONTOYA MELGAR, *Derecho ...*, p. 228.

1. El órgano judicial, constituido en audiencia pública, intentará la conciliación, advirtiendo a las partes de los derechos y obligaciones que pudieran corresponderles, sin prejuzgar el contenido de la eventual sentencia.

Si el órgano judicial estimare que lo convenido es constitutivo de lesión grave para alguna de las partes, de fraude de Ley o de abuso de derecho, no aprobará el acuerdo.

Art. 245.

Se prohíbe la transacción o renuncia de los derechos reconocidos por sentencias favorables al trabajador.

De igual manera, aunque no sea mayoritaria esta posición, la idea de que los derechos de orden contractual si se encuentran a disposición de las partes no es ajena a nuestro sistema. La Corte Suprema ya ha fallado en este sentido:

No existe precepto alguno legal que prohíba que mediante un nuevo contrato, se modifique el salario anteriormente estipulado entre el patrono y el trabajador, sea aumentándolo o reduciéndolo, con tal de que, en este segundo supuesto, el salario reducido no sea inferior al mínimo fijado por la ley, ni la modificación, por consiguiente, significa una renuncia de ningún derecho que el Código del Trabajo confiere a los trabajadores, sea cual fuere el motivo que haya inducido a las partes para sustituir el salario estipulado con otro inferior¹⁹²

Concluimos que en este escenario es plenamente válido el arbitraje laboral, pues si consideramos que los derechos que devienen del contrato son renunciables, mucha más podrán ser transables sin implicar la sanción de nulidad por renuncia de derechos laborales.

2.5.2.4. Escenario de transigibilidad sobre derechos concretos provenientes de la ley

Este es el escenario más controversial y menos aceptado. Estamos en el caso en el cual dos partes se hallan en la necesidad de transar no solo evaluaciones económicas, ni expectativas, ni aún derechos renunciables como los de origen contractual sino transar ya sobre los mínimos legales o aquellas normas de derecho necesario absoluto o relativo. En un principio podemos decir que no existe ningún problema en virtud de que la transacción no implica renuncia *per se*; sin embargo, cuando las partes fijan un equilibrio económico bajo los estándares mínimos que la ley prevé, ¿se podrá hablar de una renuncia fáctica de derechos que el legislador quiso prevenir?

¹⁹² CSJ, 1° sala, Juicio Saragosin contra Zanger, 15 de Octubre de 1942, citado en C. VELA MONSALVE, *Derecho...*, p. 83.

Cabe enunciar que este tipo de argumentos si nos producen escrúpulos al intentar defender una transacción sobre derechos necesarios absolutos, pese a los cual, desde una perspectiva del derecho posmoderno cabe hacer ciertas consideraciones, que inevitablemente nos llevaran, si bien no a aceptarlo, a emprender una discusión al respecto.

Como habíamos dicho antes¹⁹³ el Derecho del Trabajo clásico y moderno habían llegado a establecer que el fin y objetivo ulterior del mismo es la defensa y protección del trabajador en sí y para sí mismo, protección que se la realiza por medio de la ley, asimilando por lo tanto que lo que se halla en la ley es lo más beneficioso *per se* para el trabajador, ergo, aquello que no se encuentre acorde a la ley es perjudicial para el trabajador, por lo tanto atenta contra su protección y finalmente contra el objetivo y espíritu del Derecho del Trabajo. Bajo el pensamiento posmoderno estas concepciones absolutistas parecen quebrarse en ciertas partes. Primero el pensamiento posmoderno influenciado por la corriente que defiende el principio *think out of the box* comienza a entender la relación laboral desde otras realidades, que si bien se encontraban presentes antes, no eran consideradas como objeto de protección, en virtud de que su defensa implicaría *per se* un ataque a la clase e intereses obreros. Esta ruptura del paradigma del pensamiento estructural moderno –desestructuralismo conceptual e ideológico posmoderno- nos lleva en segundo término a cuestionar el objetivo verdadero del Derecho Laboral, ¿es en estricto rigor la defensa en sí y para sí mismo del trabajador? Si existen otros factores de los cuales depende el trabajo, no sería conveniente también protegerlos o por lo menos tomarlos en cuenta, en consecuencia, si no solo los trabajadores son el elemento de la relación laboral, ¿no debería más bien, en este sentido ampliado, la legislación del trabajo proteger el derecho de acceso al mismo? La respuesta parece mas o menos lógica, debe haber un cambio, en virtud del cambio de circunstancias en las cuales nació el Derecho del Trabajo, en el objetivo del mismo, el cual debería estar encaminado a garantizar, fomentar y proteger el derecho de acceso al trabajo, pero evidentemente en condiciones dignas y suficientes para la realización del ser humano y que promuevan su felicidad.

¹⁹³ Ver *supra* § 2.4.

Es en este sentido en el cual nos llegamos a cuestionar si la transacción sobre mínimos legales puede o no ser válida, y la respuesta deberá siempre depender de lo que sea más beneficioso para garantizar el acceso al derecho al trabajo.

En Alemania se han dado dos casos paradigmáticos dentro del área siderúrgica automotriz donde este principio se ha desarrollado¹⁹⁴. En el año 1993 la empresa Volkswagen AG planeaba reducir 30.000 puestos de trabajo de un total de 100.000 por problemas económicos. La empresa y el sindicato *Industriegewerkschaft Metall* concluyeron un acuerdo de empresa especial en el cual la empresa garantizaba la seguridad de todos los puestos de trabajo durante dos años, es decir la empresa renunció a su derecho al despido por causa tecnológicas o económicas, y paralelamente el salario de los trabajadores se redujo de catorce a trece, derecho mínimo establecido por la comisión sectorial. Esta fue la primera vez que el sindicato metalúrgico reconoció que un puesto más seguro a un nivel salarial x-1 puede ser más favorable que un puesto de trabajo inseguro a nivel salarial x. El otro caso que dio fue el de la empresa Adam Opel AG, que en 1994 pretendía trasladar la ubicación de sus plantas de Rüsselsheim, motivo por el cual celebró un convenio con el comité de empresa donde la compañía desistía de su intención de trasladar sus plantas y renunciaba a su derecho de despido por causas empresariales por dos años, y como contraparte los trabajadores renunciaban a futuros incrementos salariales. Los tribunales alemanes en los dos casos han determinado que pese a las disposiciones legales de irrenunciabilidad de ciertos mínimos, estos acuerdos y transacciones redundan en mayores beneficios para los trabajadores que la aplicación estricta de la ley.

En España también se han dado algunos casos en los que se ve este tipo de avances. En un recurso de casación el Tribunal Supremo español resolvió que la disposición condicionada de un mínimo, es decir una “renuncia” con cierta contraprestación, no puede considerarse como nula, siempre y cuando se demuestre el beneficio del trabajador cuya valoración debe estar más a la autonomía individual del trabajador¹⁹⁵. El caso fue el siguiente, una señora que trabajaba en una empresa

¹⁹⁴ Cfr. K. ADOMEIT, “Dos acuerdo...”, p. 232.

¹⁹⁵ SC del TSE, Sala de lo Social, recurso 4985/1997; en igual sentido SC del TSE, Sala de lo Social, recurso 38/1999.

en Sevilla deseaba trasladarse a trabajar a Pamplona en virtud de que su esposo debía trasladarse a esa ciudad. La señora pidió su cambio a Pamplona y la empresa se lo negó en virtud de que, según estatutos internos, solo procedían cambios dentro de una misma región, además de importar un desembolso económico alto por compensaciones económicas por traslado de lugar de trabajo. La señora acordó con la empresa la renuncia de dichas compensaciones si aceptaban su oferta de traslado, en virtud de que de ser esta negativa, ella se vería en la obligación de renunciar. De lo que se deduce del caso el tribunal falló en consideración de la condición más beneficiosa del trabajador y no en un apego absoluto a la ley.

En conclusión podemos decir que, si bien este escenario es sumamente polémico, existen varios elementos interesantes que nos hacen concluir que, identificado un claro beneficio al trabajador, una transacción bajo los mínimos legales no tiene porqué, *per se*, considerarse como nula, por lo tanto inclusive en estos casos podría arbitrarse, teniendo la obligación el árbitro de vigilar que la composición de los derechos sean abiertamente beneficiosas para el trabajador.

CAPÍTULO III

IMPLICACIONES PROCESALES

DEL ARBITRAJE PARTICULAR EN MATERIAL

LABORAL INDIVIDUAL

3.1. Consideraciones preliminares

Una vez que hemos determinado los escenarios en los cuales consideramos que el arbitraje privado para la resolución de conflictos laborales es válido, es menester analizar cuáles son las consecuencias de orden procesal que devienen de la naturaleza propia del Derecho Laboral. Cabe en este momento considerar un punto que ya se lo analizó con anterioridad¹⁹⁶ con relación al laudo emitido por el árbitro R. JIJÓN; cuando estamos hablando de las implicaciones procesales del arbitraje ya nos hemos alejado de la esfera de los derechos sustantivos de orden laboral, ya no discutimos aquellos derechos que en virtud de la relación laboral las partes incorporan dentro de su patrimonio, sino aquellos derechos que la ley reconoce a los sujetos para poder accionar sus pretensiones frente a la administración de

¹⁹⁶ Ver *supra* § 2.5.2.

justicia; como consecuencia lógica, debemos decir, entonces, que el principio de irrenunciabilidad de los derechos y demás principios rectores del Derecho del Trabajo no afectan sino de manera tangencial al procedimiento arbitral. Es en relación a estas consideraciones que analizaremos estas consecuencias dentro de este procedimiento especial.

3.2. Condiciones procesales para su validez

Si bien el arbitraje laboral debe cumplir ciertos requisitos de orden sustancial¹⁹⁷ como son los previstos por la LAM y la CP de materia y objeto transable, y la ausencia de renuncia de derechos, también se establecen ciertos requisitos de orden procesal. La CP en su Art. 326 numeral 11 al permitir la transacción e impone la obligación para su validez que se la deba realizar frente autoridad administrativa o juez competente. La pregunta que debemos hacernos sería, ¿es el árbitro una autoridad administrativa o juez competente? Autoridad administrativa evidentemente no es, en virtud de que no pertenece a la administración pública seccional ni institucional, tampoco al régimen seccional autónomo, pero, ¿podemos en este sentido considerar al árbitro un juez competente en consideración de lo estipulado por la norma constitucional para la transacción?

El CT al referirse a la competencia para conocer los conflictos de trabajo individuales establece:

Art. 568.- Jurisdicción y competencia de los jueces del trabajo.- Los jueces del trabajo ejercen jurisdicción provincial y tienen competencia privativa para conocer y resolver los conflictos individuales provenientes de relaciones de trabajo, y que no se encuentren sometidos a la decisión de otra autoridad.

Un aventurado primer acercamiento nos podría llevar a la conclusión que al reservar de manera privativa los conflictos individuales de trabajo a los jueces del trabajo, se excluiría de manera expresa a cualquier otro tipo de autoridad judicial, por lo que, el árbitro privado sería incompetente para conocer controversias laborales de carácter individual. La afirmación anterior no es del todo equivocada. Es verdad que la ley confiere de manera privativa el conocimiento de los juicios laborales a los jueces del trabajo, y esta competencia privativa excluye a cualquier

¹⁹⁷ Ver *supra* § 1.5.1.1, 1.5.1.2., 1.5.1.3., 1.5.2., 1.5.3., 1.6., 2.5.2.

otro juez, sin embargo he aquí el *mutatis mutandis* de la afirmación, inhibe de conocer sólo a otro juzgador que pertenezca al mismo orden jurisdiccional no al árbitro.

Cuando el Art. 3 del CPC distribuye la jurisdicción en razón del territorio, las personas y las materias, establece un mapa cartográfico dentro del orden jurisdiccional, divide a la función judicial en cuotas de competencia que cada juez ostenta. El arbitraje es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, un sistema que implica una diferencia e independencia del orden jurisdiccional. Diferente en cuanto a procedimientos y garantía, e independiente en cuanto a su esquema orgánico, disciplinario y de recursos. Esta independencia orgánica hace que el árbitro al administrar justicia no ejerza una competencia, *per se*, en función del territorio ni de las personas, pero sí de la materia *in genere*. A qué nos referimos con esto: que es impropio decir que los árbitros ejercen jurisdicción dependiendo de la circunscripción territorial de su domicilio cantonal, provincial o de cualquier otra índole; el ejercicio de la jurisdicción arbitral es a-territorial, y es por eso que aun pactando el arbitraje con un árbitro determinado, bajo las reglas de un centro específico, el arbitraje puede tener sede en un lugar totalmente distinto, y así mismo, el laudo surtir efectos en otro; verbigracia, un ciudadano domiciliado en Esmeraldas puede pactar un convenio arbitral con otro domiciliado en Ibarra para que las controversias de determinado contrato suscrito en Riobamba, sean resueltas por un árbitro con domicilio en Ambato, bajo las reglas del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, y cuyo arbitraje tendrá su sede en Guayaquil; e inclusive se puede pactar que se someten a determinada legislación extranjera, siempre y cuando no vulnere el orden público. Todo esto sin desmedro que las partes dentro del convenio atribuyan competencia territorial a determinados árbitros; sin embargo de lo cual el principio no difiere sino se ratifica. Así mismo es independiente que las personas envueltas en el conflicto ostenten un cargo de poder en razón del cual deban abstraerse de su fuero común, situación que no afecta ni interfiere de manera alguna dentro del proceso arbitral. Todo lo anterior es posible en virtud de que la competencia de los árbitros deviene de una ley especial y es producto en esencia de la autonomía de la voluntad de las partes, y esto implica que, la ley autoriza a las partes que radiquen a su conveniencia la competencia territorial,

y excluyen de fuero especial en razón de que al ser justicia de los pares, estos se miran como iguales, eliminando la *conditio ratio* de un fuero en razón de las personas.

Sobre la competencia en función de la materia, una vez más, la disposición del CPC no afecta a los árbitros. En virtud de que esta disposición, debe entenderse establecida en función del orden jurisdiccional, para distribuir las materias justiciables dentro del esquema de jueces pertenecientes a la función judicial; esto para evitar un caos, congestión y procurar una mayor especialización; situación que, nuevamente, no afecta la competencia arbitral. Por ejemplo, los jueces de lo civil tienen competencia privativa para conocer causas relativas a su materia, situación que excluye que, por ejemplo, un juez de lo penal, del trabajo, o de tránsito conozca sus controversias, pero que no excluye que dichos conflictos sean sometidos a causa de árbitros; esto en virtud de que los árbitros en sí poseen una competencia *in genere* sobre la materia; esta es toda aquella materia que sea transable, fuese cual fuese la naturaleza del conflicto: civil, comercial, inquilinato, laboral, etcétera.

Ahora, con respecto a si es un juez, consideramos que por la naturaleza propia del arbitraje, como sostuvimos anteriormente¹⁹⁸, el árbitro es un verdadero juzgador que ejerce jurisdicción en función de la atribución legal y constitucional que nuestro sistema le otorga y en virtud del convenio arbitral que las partes suscriben para radicar la competencia en él.

En conclusión, podemos decir que el arbitraje privado en materia laboral cumple con el presupuesto procesal para su validez, en virtud de que el árbitro sí es propiamente un juez competente para conocer las controversias en materia laboral sometidas a causa de árbitros.

3.3. Fuerza objetiva: nulidad del convenio arbitral

Como revisamos con anterioridad¹⁹⁹, en nuestro sistema, para que una persona se obligue con otra es necesario que esta consienta en el acto objeto de la declaración de la voluntad, y que esta declaración carezca de vicio alguno²⁰⁰. Dentro de estos vicios del consentimiento nuestro sistema al referirse a la fuerza hace

¹⁹⁸ Ver *supra* § 1.2.

¹⁹⁹ Ver *supra* § 1.5.1.3.

²⁰⁰ CC Art. 1461.- Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

hincapié en específico a dos, la fuerza física y la fuerza moral. Sin embargo, esto quiere decir acaso que se excluye a otro tipo de fuerza. La discusión es amplia en la doctrina.

Para G. OSPINA Y E. OSPINA²⁰¹ por fuerza o violencia debemos entender toda presión física o moral que ejerce una persona sobre otra para inducirla a prestar su consentimiento. Para MALUQUERA DE MOTES²⁰², en cambio, la fuerza o intimidación se manifiesta siempre como una violencia moral y no física, que se traduce en el ejercicio de una presión sobre el declarante al alterar su libertad en el proceso formativo de la voluntad. Es decir que la persona consiente en el hecho no por la violencia física ejercida sino por el temor a la misma. En palabras más simples, cuando alguien consiente por haber recibido golpes, no está consintiendo por el hecho de recibir los golpes sino por el temor a seguir recibéndolos, es decir por un temor moral no por un físico. En estos sentidos la fuerza compulsiva o *vis compulsiva* implica siempre la existencia de una expresión de voluntad, viciada o ineficaz pero sin lugar a duda una expresión de voluntad, como decían los romanos *coactus voluit sed voluit*. Sin embargo, como dice JOSSERAND²⁰³, es necesario que la fuerza también sea injusta, de manera que cumpla con dos condiciones: una de orden cuantitativo y otra de índole cualitativo.

La condición cuantitativa de la fuerza en nuestro sistema, según G. OPSINA Y E. OSPINA²⁰⁴, al contrario de los romanos, que exigían una fuerza de tal magnitud (*vis atrox*) en un hombre de gran coraje (*homo constantissimus*) que le infundiere un temor de un gran mal (*metus majoris malitatis*), nuestro código con un criterio concreto, flexible y, sobre todo, más humano, prevé que se deben tener en cuenta “la edad, sexo, y condición” de la víctima, con lo cual reduce el problema a la investigación concreta de los hechos constitutivos de la fuerza, combinada con la investigación acerca de la personalidad de la víctima. Sin embargo de lo cual, es necesario además el examen de los hechos constitutivos de la fuerza, en virtud de que el Art. 1472 del CC prescribe también que estos sean capaces de producir en la víctima ‘una impresión fuerte’, ‘un justo temor de un mal irreparable y grave’, puesto

²⁰¹ Cfr. G. OSPINA FERNÁNDEZ Y E. OSPINA ACOSTA, *Teoría...*, pp. 212, 213.

²⁰² Cfr. C. MALUQUERA DE MOTES, *Derecho de...*, p. 263.

²⁰³ Cfr. L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, Tomo II, 3ra edición, Recueil Sirey, París, 1932, p. 83.

²⁰⁴ Cfr. G. OSPINA FERNÁNDEZ Y E. OSPINA ACOSTA, *Teoría...*, pp. 214, 215.

que el vano temor no es excusa alguna (*vani timoris iusta excusatio non est*). Por otro lado la condición cualitativa de la fuerza, para los citados autores, se entiende como la condición en virtud de la cual todo acto de violencia física o moral que vicie la voluntad no encuentre legitimación en el ordenamiento jurídico; puesto que la amenaza del ejercicio de las acciones que el derecho ampara no constituyen fuerza (*non videtur vim facere qui iure suo utitur et ordinaria actione experitur*).

Sin embargo cabe preguntarse, si, como sostienen los anteriores autores y nuestra legislación, esta fuerza que vicia el consentimiento debe ser siempre ejercida por una persona, o puede provenir de otra situación, lo que podríamos denominar la coacción resultante de los acontecimientos exteriores, es decir una fuerza objetiva. Según J. LLAMBIAS la fuerza objetiva puede definirse como “un modo de estar de la persona bajo la coerción de circunstancias externas tan urgentes y apremiantes que le privan de libertad para obrar”²⁰⁵, LÓPEZ OLACIREGUI lo define en cambio como “la presión impersonal de las circunstancias externas”²⁰⁶ que impiden un obrar libre. Cabría entonces determinar si este tipo de fuerza, primero cabe dentro de la definición de fuerza que prevé nuestro sistema y segundo si cumple con las condiciones cualitativas y cuantitativas para que la fuerza vicie el consentimiento. Regresando nuevamente a lo prescrito por el Art. 1472 del CC, la fuerza que vicia el consentimiento se define como aquella que es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Un estado de necesidad en el cual la vida de una persona o de sus parientes más cercanos se ve comprometida, no es acaso suficiente para viciar el consentimiento. La respuesta parece bastante obvia, es de aquellas impresiones que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella o sus parientes más cercanos a un mal grave e irreparable, y evidentemente no es de aquellas presiones que legalmente se ve obligada a resistir. Todo parece que este tipo de fuerza objetiva vicia el consentimiento; sin embargo, cabe preguntarse algo sumamente importante, en este sentido ¿todo estado de necesidad vicia el consentimiento? o ¿es necesario que el estado de necesidad sea calificado? La respuesta debe ser más o menos categórica, no todo estado de necesidad vicia el consentimiento, de lo contrario toda

²⁰⁵ J. LLAMBIAS, *Código Civil Anotado*, Tomo II-B, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 75.

²⁰⁶ LÓPEZ ORLACIREGUI, citado en J. LLAMBIAS, *Código...*, p. 75

contratación en estas circunstancias sería nula provocando que todo el mundo se excusase de contratar en momentos urgentes, ilógico de tal naturaleza que produciría más problemas de los que está llamado a solucionar. En este sentido debemos señalar que la fuerza objetiva tiene un elemento cualitativo adicional o los demás de la fuerza común, es decir, se requiere que la contraparte dentro del negocio jurídico sepa de la concurrencia del estado de necesidad, y sabiendo abuse de esto, de tal manera que busque la obtención del consentimiento, provocando de manera clara un perjuicio a la otra parte. Es así como se ha pronunciado la jurisprudencia argentina que ha sostenido que “para que el estado de necesidad sea causa de invalidez de un acto jurídico es necesario que el otro contratante, conocedor de este estado, lo hubiera explotado inmoralmente”²⁰⁷

¿Podríamos considerar que la necesidad imperiosa del trabajador de sustentar su familia constituiría fuerza objetiva como vicio del consentimiento? No cabe duda que, por el carácter vitalista de la remuneración y la necesidad básica de trabajo dentro de la sociedad, la amenaza de no poder sustentar una familia y tal vez uno mismo, configura un impacto de tal naturaleza que amenaza a una persona de verse él o sus descendientes, ascendientes o cónyuge frente a un mal grave e irreparable. Sin embargo deberá, además, para constituirse como vicio del consentimiento, que el empleador sepa de esta necesidad imperante y abuse de ella. En conclusión, en este sentido, el convenio arbitral podría ser declarado nulo en virtud de que, si el empleador impuso de manera categórica el mismo, abusando de la imperiosa necesidad de un trabajador, de tal manera que sin la inclusión de este –convenio arbitral- dentro del contrato de trabajo el empleador se hubiere rehusado a contratarlo, quedando el trabajador en la desocupación, ergo expuesto al mal grave e irreparable que conllevaría.

3.4. Gratuidad del proceso

Nuestra actual constitución, en su Art. 168 numeral 4, establece como regla general y en principio que “el acceso a la administración de justicia será gratuito”, sin embargo de lo cual “la ley establecerá el régimen de costas procesales”; es decir,

²⁰⁷ CÁMARA DE LO CIVIL, Sala D, ED 47-378, citado en J. LLAMBIAS, *Código...*, p. 79.

que todos los procesos son gratuitos a excepción de aquellos en los cuales la ley ha permitido el cobro de tasas o costas procesales. En este sentido, los procesos laborales han sido y continúan siendo de aquellos exonerados de este tipo de tasas. El no cobro de tasas en la actualidad no deviene de una disposición expresa por la naturaleza laboral propia del proceso sino por exclusión *in genere* que hace de todos los procesos. Por el contrario, la Constitución de 1998²⁰⁸ en el Art. 207 establecía de manera expresa “en los casos penales, laborales, de alimentos y de menores, la administración de justicia será gratuita”. Esta disposición podría, en una conclusión *a priori*, llevarnos a decir que la gratuidad no afecta a los procesos arbitrales, sea cual sea su naturaleza, en virtud de que la exención que plantea la ley no determina ninguna naturaleza de los procesos, por el contrario, ancla a una ley la posibilidad de cobrar costos, y siendo los arbitrajes de aquellos procesos que están autorizados a cobrar costos²⁰⁹, los procesos arbitrales de cualquier naturaleza, aún laborales, deberían ser pagados. Pese a esta conclusión primaria, al no ser contundente ni categórica, creemos que es menester el analizar el problema de la gratuidad dentro de los procesos arbitrales laborales.

Es de más entendible, y guarda una incólume lógica, el establecer como principio que la justicia laboral sea gratuita, pues el trabajador en su necesidad de solventar su vida, en primer lugar, muchas veces no posee recursos para afrontar costos procesales, y en segundo lugar, que sería reprochable y repugnante a la lógica de un derecho social que, en virtud de un orden económico administrativo que puede ser solventado con principios de solidaridad y subsidiaridad, se merme parte de aquello que el trabajador con mucho esfuerzo a obtenido para la manutención suya y de su familia. Es así que en los casos laborales, y en otros análogos, se establece la gratuidad para accionar el aparato estatal de justicia, pues algo en contrario podría general una indefensión fáctica del trabajador por una denegación de acceso a la justicia. Sin embargo, la pregunta en este caso subsiste, ¿alcanza la gratuidad del proceso jurisdiccional al proceso arbitral?

²⁰⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Decreto Legislativo 000, Registro Oficial 1 de 11 de Agosto de 1998.

²⁰⁹ LAM Art. 40.- Todo centro de arbitraje tendrá su propio reglamento que deberá regular al menos, los siguientes asuntos:

- b) Tarifas de honorarios para árbitros, secretarios y mediadores y la forma de pago de éstas;
- c) Tarifas para gastos administrativos y la forma de pago de éstas;

Varias alternativas podríamos esbozar como opciones. A continuación trataremos de delimitar algunas.

La primera solución sería admitir de manera categórica que la gratuidad establecida dentro del orden jurisdiccional afecta en igual medida a los procesos arbitrales, y que, justamente, los arbitrajes laborales gratuitos deberán ser parte de la función social que deben ejercer los centros de arbitraje así como los árbitros. Pero ¿esta solución no sería una solución que más bien promueva la ineficacia de estos procesos y el colapso del sistema arbitral? Las realidades fácticas nos llevan a concluir que el establecer así, a raja tabla, la gratuidad de los procesos arbitrales llevaría a una inaplicabilidad de los mismos puesto que, siendo los centros de arbitraje auto sustentables –sin participación estatal-, estos se negarían a registrar las demandas arbitrales o registrándolas no las darían el trámite ágil necesario, y por parte de los árbitros, personas especializadas, muy seguramente se negarían a aceptar los cargos, quedando el *receptum arbitrii* ineficaz, situaciones que producirían una vez más la indefensión fáctica del trabajador.

Otra solución podría ser establecer un principio de pobreza dentro de los procesos arbitrales. El principio de pobreza es un principio ampliamente desarrollado en el mundo procesal y consiste básicamente en que, teniendo por regla general los procesos costos, en un principio de solidaridad, estos procesos cobrados ayudan a financiar a los otros que, sólo bajo debida causa justificada y probada de pobreza se ven exentos. Es decir que en esta solución no negamos la capacidad de cobrar costes que tienen los centros de arbitraje, la afirmamos, sino que de ser este el caso deberían incluir un principio de pobreza al cual el trabajador realmente necesitado podrá acogerse. Esta solución tampoco nos parece la más conveniente en virtud de la subjetividad de la determinación de la misma, ¿desde qué punto hasta qué punto se debe considerar pobreza suficiente que justifique la exoneración de estos costos? Además de que también provocaríamos un colapso y retardo en el sistema porque muy seguramente todos los trabajadores pretenderán acogerse a este principio, lo que conllevaría un costo, tanto económico como de tiempo, de los centros que harían un sistema realmente ineficiente. Por último al aplicar este principio queda una gran duda razonable de si es que se generó o no indefensión

fáctica a algún trabajador que se le negase la aplicación de este principio, y por su parte que garantías tendría para afrontarlo.

Otra solución que podemos aportar, y que a mi parecer resultaría extremadamente interesante es el cargar los costos del arbitraje a la persona que lo pacta. En este sentido, entendiendo que las cuestiones formales del contrato de trabajo son muy poco discutibles por parte del trabajador debería establecerse que si un empleador pacta un convenio arbitral con sus trabajadores, en este convenio arbitral éste se compromete a pagar todos los costos del arbitraje. Sin embargo de esta solución cabe el analizar que pasaría si el empleador simplemente decide no comparecer o no pagar las tasa, ¿el arbitraje debería continuar aún sin ser solventados sus costos? ¿debería el tribunal en su laudo obligatoriamente mandar a cancelar esos costos? Estas son interrogantes que cuestionan la eficacia de esta alternativa. Además ¿sería legítimo cobrar costos de arbitraje al empleador cuando la demanda planteada por el trabajador sea claramente infundada y temeraria?

Por último creemos que la mejor solución sería la de mantener los costos del arbitraje intactos, reconociendo que la disposición constitucional no alcanza en función de su naturaleza al arbitraje privado y su ley, pero, y en esto somos enfáticos, esta sería la solución única y exclusivamente concatenada y en relación al hecho de que la excepción de cláusula compromisoria sólo podrá ser opuesta por el trabajador; principio que explicaremos a continuación.

3.5. Excepción de convenio arbitral ante la justicia ordinaria

Como hemos analizado en el acápite anterior muy probablemente los procesos arbitrales laborales serán cobrados, y como hemos analizado este fenómeno puede llevarnos a establecer una indefensión fáctica del trabajador en virtud de una configuración de denegación de acceso a la justicia. Sin embargo, este problema quedaría solucionado estableciendo el principio de que la excepción de cláusula compromisoria dentro de la justicia ordinaria sería única y exclusivamente oponible por parte del trabajador.

Esto debe ser entendido desde la óptica de la naturaleza social del Derecho del Trabajo y desde una perspectiva garantista del trabajador, puesto que cerrar a los altos costos del sistema arbitral al trabajador desnaturizaría por completo la

propuesta del arbitraje privado en esta materia. Con los métodos alternativos de resolución de controversias no se busca un fraude al trabajador, sino una resolución más especializada, económicamente más eficaz, y mucho más celeridad.

3.6. Limitación al arbitraje en derecho

Como ya analizamos anteriormente²¹⁰ nuestra ley prevé que los arbitrajes locales pueden ser sustentados en derecho o en equidad. Por arbitraje en derecho S. FELDESTEIN Y H. LEONARDI entienden que “el arbitro *iuris* dicta su laudo ajustado a las normas estrictas de un derecho determinado, con arreglo a la ley y procedimiento fijado”²¹¹, por el contrario por arbitraje en equidad el árbitro “resuelve *ex aequo et bono*, es decir según su leal saber y entender a verdad sabida y buena fe guardada, dándole la ley en este caso mayor margen de discrecionalidad en la búsqueda de la solución de la controversia”²¹². Este mayor margen de discrecionalidad, o desapego de la ley, que se le concede al árbitro es incompatible con la naturaleza social –de orden público– del Derecho del Trabajo como institución, en virtud de que, por más odiosa o favorables de cierta circunstancia o disposición legal resulte para el árbitro, esta no puede aplicarse sino en el sentido previsto o más favorable al trabajador, pero nunca desatendiéndose a lo dispuesto por la misma, por que cualquier alejamiento del orden normativo acarreará renuncia de derechos, ergo la tantas veces repetida sanción de nulidad del arbitraje. En conclusión debemos decir que el arbitraje en equidad es incompatible, aun por silencio de las partes, con el arbitraje privado para la resolución de conflictos laborales individuales, por lo tanto solo será admisible un arbitraje en derecho

3.7. *Kompetenz-kompetenz*

La posibilidad de los tribunales arbitrales para decidir sobre su propia competencia constituye un rasgo característico de los procesos arbitrales que contrastan con la concepción tradicional de las instancias múltiples conocidas en la jurisdicción judicial, en donde los problemas relativos a la jurisdicción son resueltos

²¹⁰ Ver *supra* § 1.4.

²¹¹ S. FELDESTEIN DE CÁRDENAS; H. LEONARDI DE HERBÓN, *El arbitraje*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p 13.

²¹² *Ibidem* p. 13.

a través de procedimientos especiales de los cuales conocen determinados tribunales. No obstante, en el caso del arbitraje la solución es distinta: siguiendo la línea argumentativa del principio de “competencia por competencia”, corresponde sólo al Tribunal arbitral dirimir todos los cuestionamientos sobre su poder para conocer sobre el conflicto sometido a su conocimiento. La mayoría de las legislaciones siguen este principio como lo enuncia la Ley Modelo UNCITRAL:

Artículo 7º. El tribunal arbitral está facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto el acuerdo de arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no conlleva la nulidad del acuerdo de arbitraje.²¹³

El principio *kompetenz-kompetenz*, más conocido como competencia de la competencia, o competencia por competencia, nace con el autor alemán BÖHLAU²¹⁴ en 1876, y luego seguido por SCHMITT en 1928 en su obra *Verfassungslehre*²¹⁵ ya se establece dentro de la doctrina alemana, entendiéndose que el árbitro sea el mismo quien decida en última instancia, sin revisión posterior, sobre su competencia y aspectos relativos a la misma²¹⁶. Pese a que muchas legislaciones han optado por consagrar una revisión posterior de este pronunciamiento nuestra legislación optó de manera clara por el principio alemán, impidiendo la posterior revisión de la decisión por parte de los jueces ordinarios. Situación no ajena a nuestro sistema puesto que los únicos métodos de comunicación que pueden existir entre el sistema jurisdiccional y el sistema arbitral son los previstos por la propia ley, a saber: acción de nulidad, ejecución forzosa del laudo y de medidas cautelares, excepción de litispendencia y de convenio arbitral.

²¹³ Disponible en

http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html. Visitado el 24 de noviembre de 2008

²¹⁴ G. ANDRADE, “Komptenz-Kompetenz (competencia por competencia)”, en *A&M Despacho de Abogados*, 31 de enero de 2007. Disponible en <http://amlegal.wordpress.com/2007/01/31/kompetenz-kompetenz-competencia-por-competencia/>. Visitado el 24 de noviembre de 2008.

²¹⁵ *Ibidem*

²¹⁶ C. MATHEUS LÓPEZ, “Asuntos sobre el principio de la competencia de la competencia” en *Arbitraje comercial internacional*. Disponible en

http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/P/principio_de_la_competencia_en_matria_arbitral/principio_de_la_competencia_en_matria_arbitral.asp?CodIdioma=ESP&CodSeccion=1. Visitado el 24 de noviembre de 2008.

Sobre el principio *kompetenz-kompetenz* y la facultad del árbitro de decidir en última instancia su competencia ya se ha pronunciado nuestra jurisprudencia. En el caso REPSOL YPF ECUADOR S.A. vs. INTERNATIONAL SECURITY SOCIETY SOCIETEG CIA. LTD el tribunal disidió:

VISTOS.- Agréguese al proceso los escritos presentados y la documentación adjunta.- Siendo obligación fundamental para una correcta Administración de Justicia, del juzgador, verificar la validez procesal, presupuesto sin el cual no cabe pronunciamiento alguno, ya que éste debe recaer sobre una cosa válida, que se hayan observado todas las solemnidades sustanciales y no se haya violado ritual procesal alguno.- En el presente caso, de la revisión prolija del proceso, en especial de la documentación que en copia certificada corre de fs. 21 a 60, se tiene “ Contrato de Servicios Generales entre YPF Ecuador Inc e International Security Society ‘SOCIETYSEG CIA LTDA’ SECCIÓN 19: JURISDICCION Y COMPETENCIA...19.2.-Las PARTES irrevocablemente convienen que cualquier disputa, controversia o reclamo que se origine de, o con relación a este CONTRATO se someterán a la jurisdicción exclusiva de, y será, finiquitada por el Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, al cual, por medio de este documento, las partes se someterán, de acuerdo con la Ley de Conciliación y Arbitraje Comercial del Ecuador.”.- De la audiencia de sustanciación (fjs.45), efectuada el 19 de Enero del 2.005, el Dr.-Edgar Neira Orellana, Arbitro único, en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso segundo del Art.-22 de la Ley Arbitraje y Mediación, que textualmente dice: “Si el Tribunal se declara competente, ordenará que se practiquen en el término que el Tribunal señale, las diligencias probatorias solicitadas en la demanda, contestación, reconvencción, modificación y contestación a ésta, etc.”, en concordancia con el inciso segundo del Art.3 del cuerpo legal antes invocado que dispone: “ Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica..etc”.- De lo anterior, se desprende que, el Arbitro único del Tribunal Arbitral de Equidad del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, con el acto realizado, ha resuelto respecto de la competencia, asumiendo la misma para conocer la demanda arbitral; resultando inadecuado que la demanda planteada se sujete a la Jurisdicción y Competencia Ordinaria, en razón de la materia, y al no concurrir en la especie la solemnidad sustancial, determinada en el numeral 2º del Art. 355 del Código de Procedimiento Civil, da lugar a la consiguiente violación de trámite que de hecho puede influir en la decisión de la causa.-En consecuencia, atento lo manifestado por el Dr. Edgar Neira Orellana, Arbitro único del Tribunal Arbitral de Equidad del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y del Representante Legal de International Security Society Societyseg Cia. Ltda., conforme lo dispone el Art. 1067 del Cuerpo Legal invocado, se declara la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso, a partir de fs 19, y por incompetencia del suscrito se ABSTIENE de tramitar la presente causa.-Tómese en cuenta el casillero judicial señalado, para sus notificaciones.- NOTIFIQUESE²¹⁷

3.8. Nulidad del laudo

Otro asunto que es menester analizar es el resultado propio del arbitraje: el laudo. Si bien pueden ser validos el convenio arbitral y el arbitraje en sí mismo; y

²¹⁷ Juzgado Décimo Primero de lo Civil de Pichincha, Juicio No. 2005-0100, 4 de Marzo de 2005

carecer, ambos, de algún vicio de nulidad, cabe preguntarse si podría existir una causal de nulidad del laudo, fuera de las establecidas por la LAM, en virtud del principio de irrenunciabilidad de los derechos establecidos por el constituyente. Al menos caben dos respuestas, aceptarlo o rechazarlo.

La primera tesis, que aceptaría la nulidad del laudo en virtud de renuncia de derechos, se fundamenta en lo establecido en el Art. 326 numeral 2 de la Constitución Política de la república que establece que “los derechos laborales son irrenunciables e intangibles” y que “será nula toda estipulación en contrario”. Al establecer la Constitución que la nulidad se extiende a toda estipulación el constituyente no ha hecho distinción alguna con respecto a que actos se ven afectados por esta sanción, y al no hacer distinción debemos entender que quedan incluidas en esta disposición toda estipulación, sea cual sea su naturaleza u origen, y es más, al ser una disposición constitucional, según el Art. 424 de la Carta Magna, se sobrepone a cualquier otra norma dentro del ordenamiento jurídico y debe tener aplicación preferente por parte de cualquier juez o autoridad. Este razonamiento mantendría una lógica concordante con la lógica social del Derecho del Trabajo y al decir de TORILLO GONZÁLEZ para que exista una validez plena del arbitraje laboral “se requiere, además, que la vía jurisdiccional social permanezca abierta. Condición que no se alcanzaría si se excluyese la posterior revisión judicial del laudo”²¹⁸; y agrega, “tanto si con ello –proceso arbitral- se pretende beneficiarse de las ventajas inherentes a este medio de solución de conflicto como si lo que pretenden las partes es una solución más apegada a criterios económicos que criterios jurídicos. Pero todo ello, siempre que quede abierta la vía jurisdiccional y ante ella pueda impugnarse el laudo arbitral”²¹⁹. De igual manera para IGLESIAS CABRERO²²⁰ aún bajo a la aceptación de medios privados de composición debe permitírseles a las partes acudir en última instancia a un Juez cuando hayan sido vulnerados sus derechos constitucionales. Sostiene que es una asunto de suma trascendencia, pues en virtud de que, en la medida en la que se abra demasiado la posibilidad de

²¹⁸ F. J. TORILLO GONZÁLEZ, “El arbitraje en los conflictos de trabajo tras la reforma laboral”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Madrid, 1995, p. 31.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 33.

²²⁰ Cfr. M. IGLESIAS CABRERO, “Garantías de las partes interesadas en el arbitraje”, en A. OJEDA AVILÉS, *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa: VI Congreso nacional del trabajo y de la seguridad social*, Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, Madrid, 1996. p. 88-96.

impugnar judicialmente el laudo, este medio de solución alternativa de conflictos perderá interés, pero si se la cierra demasiado o en absoluto podrían verse comprometidas las garantías que ofrece la constitución. En un sentido similar, al referirse sobre la ejecutoria de una sentencia que vulnera derechos laborales la CSJ ha declarado:

“Que a petición de parte, el Juez haya aprobado mediante sentencia, en nada desvirtúa el hecho de que lo único que se está haciendo es aprobar una transacción, que en su momento las partes han considerado procedente. Cabe aquí recordar que estamos tratando del Derecho Laboral, es decir, del derecho quizá más representativo de lo que en doctrina se conoce como Derecho Social, el cual ha sido y es materia de protección en nuestra legislación, actualmente, la Constitución vigente, dispone en su Art. 35 número 4. que: "Los derechos del trabajador son irrenunciables. Será nula toda estipulación que implica renuncia, disminución o alteración..."; y luego, en el número 5. Dice: Será válida la transacción en materia laboral, siempre que no implique renuncia de derechos es decir, normas Supremas que prevalecen ante cualesquiera otras y que deben ser respetadas y aplicadas por sobre las que se les opongan; en consecuencia, la sentencia aprobatoria de la transacción no soporta la excepción de cosa juzgada.”²²¹

El problema que surge al admitir esta tesis, además del desmedro al sistema arbitral, es el relativo al trámite que debería seguirse con respecto a la nulidad del laudo. Es claro que nuestra legislación no prevé un trámite específico, lo que no implica que no se pueda resolver ni tramitar, porque el juez debe resolver aún a falta de ley, y, justamente, para estos casos se ha previsto los trámites ordinarios. La primera opción es decir que se debe sustentar por el trámite ordinario previsto en el CPC, la segunda opción es sostener que, al ser materia laboral, debería ser el trámite ordinario previsto para esta materia, ergo, deberíamos sostener que debería ser el trámite oral previsto por el CT. Otra cuestión a analizar es ante quien se debería interponer la acción de nulidad. Una opción sería ante el juez de lo civil, pero, nuevamente en virtud de la especialidad de la materia, debería ser ante el juez del trabajo.

Sin embargo de lo dicho, considero que, por el beneficio del trabajador, por la celeridad del trámite, y porque contribuye al fortalecimiento del sistema arbitral, si se admite esta causal, al ser básicamente la misma acción –nulidad de laudo arbitral-, aunque dependa de una causal que se encuentra consagrada en una norma legal distinta a la LAM, debería seguirse el mismo trámite previsto para todos los laudos

²²¹ SC de la CSJ, Gaceta Judicial. Año C. Serie XVII. No. 2. Pág.. 495. (Quito, 28 de octubre de 1999)

arbitrales, puesto que sigue siendo una acción de nulidad del laudo, acción que sí se encuentra prevista en nuestro sistema, lo único que difiere es la ubicación orgánica de la causal.

Por último, la segunda tesis, que sostendría la imposibilidad de accionar la nulidad por una causal distinta a las previstas por la LAM se basa básicamente en dos razones. La primera tiene como punto básico, nuevamente, el análisis del Art. 326 de la Carta Magna. Desde esta postura no se niega que el texto constitucional contempla una sanción de nulidad *in genere* sobre cualquier estipulación, pero justamente es en este punto donde se encuentra la diferencia. Al referirse la Constitución a toda estipulación lo está haciendo en su sentido natural, es decir en el sentido negocial de la palabra, como sinónimo de acuerdo, de expresión de la voluntad, en consecuencia nos encontramos en el mundo de las partes que intervienen dentro de la relación laboral, porque quienes más sino las partes son las únicas facultadas a estipular algo, es decir a dar, hacer o no hacer algo. Una declaración judicial y arbitral jamás podrá ser considerada como una estipulación, pues el producto del ejercicio de la potestad pública encargada a cada uno de ellos – sentencia y laudo- jamás pertenecerá al mundo negocial. Un juez no estipula; él manda, ordena u obliga. En este sentido la disposición constitucional no alcanza los actos de poder de estos funcionario. Este razonamiento guarda su lógica en la función que deben cumplir tanto el juez como el árbitro, ser garantes y fieles cumplidores de la ley, constitución y demás normas, son los llamados a mantener y promover el orden público, y repugna a la lógica el hecho de que sean éstos mismos, *a priori*, los que violen los principios rectores del sistema. La segunda argumentación a favor de la tesis de imposibilidad de ejecutar la acción de nulidad es de orden procesal. En nuestro sistema la nulidad de los actos y demás son la excepción del mismo. Nuestro ordenamiento jurídico se basa y se construye de actos llamados a producir sus efectos jurídicos, es decir válidos, tan es así que están dotados en todos sus casos de una presunción legal de eficacia, lo que conlleva que el sacarlos del ordenamiento jurídico sea la excepción a la regla general. Esto lleva como consecuencia que la nulidad sea *numerus clausulus*, es decir taxativa, constreñida a un número determinado de causales establecidas de manera clara previamente por una ley. En el caso de los laudos arbitrales donde no existe causal legal alguna que haga

referencia a la irrenunciabilidad de derechos, por lo tanto una acción de esta naturaleza sería inválida y no prosperaría.

3.9. Acción extraordinaria de protección

Un punto muy interesante que debemos analizar es, si cabe o no la interposición de la acción extraordinaria de protección contra el laudo en materia laboral individual. Nuestra Constitución, en su Art. 94, establece:

La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

Cabe mencionar que por la novísima naturaleza de este recurso en nuestro país, no existe ni jurisprudencia ni doctrina al respecto, por lo que, cualquier análisis que se haga, viene, en esencia, de la interpretación que se pueda hacer al artículo citado en referencia al sistema que trata de normar.

El artículo parte del supuesto de que existe una sentencia que viola los derechos y garantías constitucionales, entonces lo primero que debemos dilucidar es si la expresión de la constitución “sentencias” incluye o no a los laudos arbitrales. Los principios de hermenéutica establecidos en la constitución mandan que la primera forma en la que se debe llevar a cabo la interpretación de la misma sea aquella que más se acople al tenor literal e integridad de la misma. En este caso debemos entender que por sentencia se refiere a aquel acto que en nuestro ordenamiento concibe como tal, es decir, “la decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio”²²², o en otras palabras, por sentencia debemos entender sólo aquel acto auténtico que proviene del ejercicio de la jurisdicción por parte de un funcionario específico: el juez. No existe ninguna disposición normativa en nuestro sistema que haga referencia a la palabra sentencia en un sentido distinto al expresado. Por su parte la palabra laudo según lo define la doctrina es la “decisión dictada por uno o varios árbitros”²²³, y en este sentido se refiere el Art. 26 de la

²²² Art. 269 del CPC

²²³ C. A. ZWANCK, “Juicio de árbitros”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XVII, ed. Driskill, Buenos Aires, 1978, p. 221.

LAM al establecer “el laudo y demás decisiones del Tribunal se expedirán por mayoría de votos”, y en general, absolutamente toda nuestra normativa se refiere de esta manera al laudo, como producto del ejercicio de jurisdicción del árbitro. En este sentido, si bien el laudo, por la naturaleza del arbitraje, comparte la misma naturaleza que una sentencia –un acto jurisdiccional-, un laudo no es una sentencia²²⁴, son productos, cada uno, distintos, cuyas reglas de aplicación, ejecución, apelación y demás son diferentes, inclusive las formalidades de cada uno son especiales, verbigracia, el laudo no debe contener la frase sacramental de las sentencias ordenada por el Art. 179 de la LOFJ. Entonces, como conclusión categórica, podemos decir que, al no ser lo mismo un laudo que una sentencia, no procede el interponer una acción extraordinaria de protección contra un laudo arbitral, sea cual fuere su materia –laboral o no- puesto que no cumple con el supuesto normativo que prevé la Constitución. La acción que se puede interponer frente al laudo sigue siendo única y exclusivamente la de nulidad del mismo. Cabe mencionar que frente a la sentencia que pronunciare el Juez sobre la nulidad del laudo sí cabría la interposición de la acción extraordinaria de protección, claro está, si cumple los demás requisitos previstos por la Carta Magna.

Ahora, esta conclusión a la que hemos llegado, no nos obsta para analizar la tesis contraria, es decir, la tesis amplia que admite la acción extraordinaria de protección frente a los laudos arbitrales. Esta tesis se fundamenta en el hecho de que, al referirse la constitución a la palabra sentencia se refiere, en sentido general, a todo acto de producto jurisdiccional que ponga fin a un proceso. Esta interpretación viene de la mano del supuesto espíritu de la constitución. El constituyente al establecer este recurso, lo que pretendía era el control de la constitucionalidad de los actos de orden jurisdiccional, lo que necesariamente debería incluir los laudos arbitrales. No creemos que esta lógica es la que mejora se acopla al sistema, primero, por lo expresado en el párrafo anterior, segundo, porque, si admitimos en sentido genérico sentencia, debemos también entender que la constitución se refirió en sentido genérico al agotamiento de recursos, incluyendo en estos a las acciones, y, en este sentido sólo procedería la acción extraordinaria de protección contra los laudos cuando se ha agotado inclusive la acción de nulidad del mismo, por último

²²⁴ Cfr. C. A. ZWANCK, “Laudo”, en *Enciclopedia...*, p. 841

considero que admitir este recurso sería un menoscabo del propio sistema arbitral, que por esencia es distinto e independiente del sistema judicial, admitir esta acción sería dar un paso a favor de la judicialización del arbitraje, y es por esto que la misma LAM, no admite recurso alguno sobre el laudo que no sea el previsto por la misma: la nulidad.

CONCLUSIONES

El arbitraje privado es una forma de resolución de conflictos que dos o más partes pueden pactar dentro de un convenio arbitral para aquellas controversias que surjan en virtud de éste sean resueltos por un tribunal arbitral. Esta facultad que otorga el ordenamiento jurídico a los particulares para resolver los conflictos dentro de la esfera de sus intereses no es suprema ni absoluta, por el contrario se encuentra normada de manera plena por una ley especial. Esta ley impone una limitación tajante a este mecanismo heterocompositivo de conflictos: la materia. Es evidente que el legislador, en representación de los intereses del Estado y como tutelador del orden público, en teoría al menos, decidió que no todas las materias puedan ir a arbitraje, reservándose para sí, es decir, para los órganos propios del Estado –los juzgados–, aquellas materias que son sensibles y representan un mayor interés para la sociedad en su conjunto. Es así como, las únicas materias que pueden ser sometidas a causa de árbitros son aquellas materias transables. Esta limitación funda su lógica en que, si son materias transables, son de aquellas, *in genere*, que se encuentran dentro

de la esfera de la disposición de las partes, por lo tanto, el abstraerlos del control del monopolio estatal de la justicia –como principio ordenador del interés común y el sistema de orden público- no se riñe con los fines propios del estado. Ahora, la tesina que nos suscita, se plantea la interrogante, ¿es acaso la materia laboral aquellas que el estado se ha reservado el Estado para sí, única y exclusivamente, y no permite que los particulares dentro de nuestra esfera resolvamos los conflictos laborales con arreglo de nuestros intereses?

En el segundo capítulo, cuando confrontamos esta discusión, analizamos la naturaleza y algunos principios rectores de lo que conocemos como el Derecho Social del Trabajo, vimos que existían dos disposiciones constitucionales y legales que generan discusión sobre la transigibilidad de los derechos laborales, ergo sobre su admisibilidad dentro del arbitraje. Nos referimos a la discusión que nos planteamos con respecto a si la transacción en materia laboral –negocio jurídico reconocido por la legislación- lleva consigo una implícita renuncia de derechos en su composición. Vimos que existe una tesis, sostenida por la mayoría de la doctrina ecuatoriana, que trata de negar la viabilidad fáctica de la transacción en virtud de que, el hecho de emplazar concesiones mutas genera en una verdadera renuncia, pues, para ceder el trabajador a una pretensión del empleador, siempre tendrá que renunciar a un derecho. Esta tesis, respetable debemos decir, aunque represente la mayoría de la doctrina no quiere decir que sea la única perspectiva, ni la correcta, ni la más actual. Justamente en la presente tesina concluimos de manera totalmente diferente. En la presente tesina consideramos que la transacción en materia laboral es plenamente válida por las siguientes razones: primero, la prohibición constitucional está dirigida a los negocios jurídicos abdicativos –renuncias sin contraprestación- y no a los dispositivos –negocios con contraprestación-; segundo, la transacción y la renuncia de derechos son dos instituciones totalmente diferentes, la renuncia es un acto unilateral gratuito, la transacción es un acto bilateral oneroso, y es justamente esto, las contraprestaciones mutuas que conlleva la onerosidad de la transacción, lo que nunca implicará una renuncia de derechos, máxime un diferente equilibrio económico dentro de la relación jurídica sustantiva, distinto siempre es el caso de la renuncia –o negocios abdicativos- que siempre implicará un detrimento patrimonial no compensable; tercero, en la renuncia hay un desprendimiento de un

derecho que no se quiere ejercer, en la transacción existe, en cambio, un ejercicio claro y efectivo del mismo; por último, la renuncia siempre implicará una ruptura del equilibrio negocial, en la transacción, por su lado, no hay una ruptura del equilibrio, sino una mutación del mismo. Es en este sentido que concluimos que la transacción en materia laboral es plenamente válida.

De la misma manera, y como consecuencia lógica de lo anterior, como conclusión general y más importante de la presente tesina, podemos decir, que el arbitraje privado para la resolución de conflictos laborales individuales es plenamente válido, esencialmente porque cumple con el requisito básico para el mismo que prevé la legislación ecuatoriana, es decir, que la materia que se pretende someter a causa de árbitros sea transigible. Ahora, nuevamente surge una pregunta, ¿todos los aspectos de la relación laboral pueden ser sometidas a arbitraje? Durante el tratamiento de la presente tesina esbozamos cuatro escenarios de posibilidad del arbitraje laboral. El primer escenario es la viabilidad del arbitraje en cuanto a la determinación del contenido económico del derecho, es decir, las partes no difieren en la existencia del mismo, sino solo en la evaluación, liquidez de este. El segundo escenario que planteamos es la arbitrabilidad de las expectativas relativas a la conclusión de la hipótesis normativa. En este caso nos encontramos frente al escenario en el cual las partes no se encuentran de acuerdo sobre las situaciones de hecho que originan, como consecuencia jurídica, el surgimiento del derecho. El tercer escenario que planteamos en la presente tesina es el escenario en el cual las partes pueden llevar a arbitraje cualquier contenido de la relación laboral que provenga de la voluntad y del acrecimiento de las mismas, es decir cualquier aspecto que no vulnere los mínimos legales, inclusive cuestiones colectivas. Por último planteamos, a manera de ilustración, un posible escenario, con el cual no concordamos plenamente, pero que es interesante el discutirlo, este escenario que nos referimos es la arbitrabilidad incluso de cuestiones o mínimos provenientes de la ley. Esta última perspectiva puede causarnos un poco de moralidades, pero esto no excluye que sea una realidad, y mucho menos que sea menester el analizarlo.

Una vez admitido el arbitraje en materia laboral individual, en sus distintas perspectivas, cabe preguntarse si a este proceso se le deben aplicar, sin modificación alguna, los preceptos de la LAM. La única respuesta que podemos esbozar es un no,

in genere, así a secas. Sin embargo, a falta de ley, que lo regule, estas respuestas caen más en el ámbito de las recomendaciones, distando mucho de ser consecuencias categóricas. En todo caso, y como advertimos en el tercer capítulo de la presente tesina, nos encontramos en el mundo de los derechos procesales, ya no de los laborales, así que cualquier postura que se tome, si bien no se ve afectada por los principios rectores del Derecho Laboral, debe provenir en esencia de su inspiración.

La primera conclusión sobre estas implicaciones procesales del arbitraje laboral, es que este cumple con absolutamente todas las condiciones procesales para su validez, y no vulnera ningún presupuesto procesal de la ley laboral. La segunda conclusión se refiere a la admisibilidad de la fuerza objetiva dentro de nuestro sistema como vicio del consentimiento para la nulidad del convenio arbitral, con una clara condición, el conocimiento previo del estado de necesidad del trabajador, y que con ese conocimiento el empleador buscase aprovecharse de él para la obtención del consentimiento. Sobre la gratuidad del proceso, podemos sostener como conclusión *a priori*, de un análisis de los contenidos puramente legales, que los arbitraje por la excepción que la constitución hace a la gratuidad de los procesos mediante ley, y al ser la LAM ley especial de la materia, no tendrían que ser gratuitos, aunque en el análisis respectivo presentamos aspectos *mutatis mutandis* de la presente conclusión. Otra conclusión a la que avenimos es el que el proceso arbitral debe ser única y exclusivamente en derecho y no en equidad. Con respecto a la nulidad del laudo, no puedo llegar a una conclusión categórica pero sí a una conclusión por la que nos inclinamos, y esta es la de negar la admisibilidad de la nulidad del laudo arbitral fundamentado en la renuncia de derechos laboral. En referencia a la determinación de la competencia y la admisibilidad del arbitraje, llegamos a la conclusión que será una facultad exclusiva del árbitro que se determinará dentro de la audiencia de sustanciación. La última conclusión de la presente tesina, con respecto de la acción extraordinaria de protección, es la inadmisibilidad de la misma frente a los laudos arbitrales, en general.

Con respecto a los obstáculos que enfrenta el arbitraje privado en materia laboral, como dice CRUZ VILLALÓN²²⁵, en los conflictos individuales jurídicos, se ha observado un desmesurado uso de la litigiosidad judicial, esto producto de la poca capacidad que el legislador ha dado a las partes dentro de la relación laboral para poder avenir en soluciones a sus conflictos, lo que ha producido un congestionamiento claro del sistema de composición de controversias laborales. Estos factores, sostiene el autor²²⁶, se pueden evidenciar en dos aspectos, primero, la amplia presencia del Estado en la normativa laboral (intensa producción de normas), y, segundo, una destacada actuación por parte de los poderes públicos a los que se les asigna la competencia de aplicación y/o ejecución de la legislación laboral. Este tipo de intervencionismos se justifican cuando la acción judicial es gratuita, relativamente rápida, marcadamente profesionalizada y con un alto prestigio respecto del resultado de sus decisiones; ninguna de las cuales –a excepción de la gratuidad- se cumplen en el Ecuador.

Otro obstáculo para el desarrollo del arbitraje en nuestro sistema, es la clara posibilidad del abuso del mismo, como producto de la falta de madurez de las partes sociales para comprender los objetivos perseguidos por los métodos alternativos de resolución de conflictos por una mera mecánica de sustitución de la intervención judicial.

En España, donde hay mayor poder de las partes para solucionar sus controversias, y donde las avenencias conciliatorias suelen superar en general el 40% de los conflictos -70% en el caso de los despidos-²²⁷, el Tribunal Supremo de Cataluña²²⁸ ha sostenido que el arbitraje privado se trata de un sistema voluntario, sin que ostente la exclusividad en tal materia, ergo, es viable que las partes libremente se sometan a cualquier arbitraje privado. Así mismo en el anteproyecto de Convenio Interprofesional sobre Procedimientos Extrajudiciales de Solución de

²²⁵ J. CRUZ VILLALÓN, “El arbitraje laboral en la reforma legislativa”, en . OJEDA AVILÉS, *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa: VI Congreso nacional del trabajo y de la seguridad social*, Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, Madrid, 1996, p. 18.

²²⁶ *Ibidem*, p. 19.

²²⁷ *Ibidem*, p. 37.

²²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Cataluña, 27 de diciembre de 1994, citado en J. CRUZ VILLALÓN, “El arbitraje...”, p. 38.

Conflictos de Trabajo de las Islas Canarias²²⁹, prevé que si fracasada la conciliación privada, el mismo tribunal conciliatorio puede convertirse en tribunal arbitral privado, que luego de tres días de aportación de prueba, y previo a la firma del convenio arbitral, deberá resolver en tres días. En el caso de no lograrse la suscripción del convenio arbitral, cualquiera de las partes podría solicitar una recomendación del tribunal sobre como se debería resolver el caso.

²²⁹ J. JIMÉNEZ GARCÍA, “El anteproyecto de convenio interprofesional sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en Canarias”, en OJEDA AVILÉS, *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa: VI Congreso nacional del trabajo y de la seguridad social*, Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, Madrid, 1996, p. 139.

RECOMENDACIONES

Como hemos evidenciado dentro de la presente tesina, las implicaciones que conlleva la propia naturaleza social del Derecho del Trabajo nos llevó a concluir que la aplicación estricta de la LAM al arbitraje laboral individual, pareciese, al menos, insuficiente, en otras palabras, es recomendación de la presente tesina que se planteen reformas dentro de la LAM para que haya una mayor eficiencia y plena eficacia de los arbitrajes privados.

Consideramos que una reforma interesante que ayudaría a subsanar varias de las inquietudes procesales, sería el establecer que al suscribir el convenio arbitral, el empleador asumirá los costos del arbitraje, así quedarían subsanadas la nulidad del convenio por fuerza objetiva, porque no afectaría la suscripción del mismo, el tema de la gratuidad del proceso y la excepción de convenio arbitral en la justicia ordinaria.

Otra reforma legal que debería implementarse es la limitación directa del arbitraje al un arbitraje de derecho.

Por último la legislación deberá dar solución al siempre controversial tema de la nulidad del laudo, cual de las alternativas esbozadas dentro de la presente tesina, o cualquier otra, puede adoptarse. Lo mismo podemos decir con referencia a la acción extraordinaria de protección.

BIBLIOGRAFÍA

ALBIOL MONTESINOS, IGNACIO; CAMPS RUIZ, LUIS MIGUEL; LÓPEZ GANDÍA, JUAN; SALA FRANCO, TOMÁS, *Derecho del Trabajo: Tomo II Contrato Individual*, Ed. Tirant Lo Blanch, 6º Edición, Valencia, 2004.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO, *De los contratos*, Coedición Ed. Temis y Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1999.

ANDRADE, GUILLERMO, “Komptenz-Kompetenz (competencia por competencia)”, en *A&M Despacho de Abogados*, 31 de enero de 2007. Disponible en <http://amlegal.wordpress.com/2007/01/31/kompetenz-kompetenz-competencia-por-competencia/> . Visitado el 24 de noviembre de 2008.

ARTURO DE DIEGO, JULIÁN, *Manual de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Ed. Abeledo-Perrot, 4º edición, Buenos Aires, 2000

AYLWIN AZÓCAR, PATRICIO, *El Juicio Arbitral*, Ed. Jurídica de Chile, 5ta. edición, Santiago de Chile, 2005.

BARAJAS MONTES DE OCA, SANTIAGO, *Conceptos básicos del derecho del trabajo*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1995

BATALLAS GÓMEZ, HERNÁN RODRIGO, “La aplicación del arbitraje interno en materia tributaria en el Ecuador”, Tesina para la obtención del Título de Abogado, Inédita, Universidad San Francisco de Quito, Quito, 2005.

BETTI, EMILIO , *Teoría General del Negocio Jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, 2da. edición, Madrid, 1959.

BONIVENTO FERNÁNDEZ, JOSÉ ALEJANDRO, *Los principales contratos civiles y comerciales, Tomo II*, Ed. Librería del Profesional, Bogotá, 1991.

BORJA CEVALLOS, RODRIGO, *Sociedad, Cultura y Derecho*, Editorial Ariel, Quito, 2007.

BORRAJO DACRUZ, EFRÉN, *Introducción al derecho del trabajo*, Ed. Tecnos, 10^o Edición, Madrid, 2000

CABANELLAS DE TORRES, GUILLERMO, *Compendio de Derecho Laboral*, Ed. Heliasta, 3^o edición, Tomo I, Buenos Aires, 1992.

CAIVANO, ROQUE, *Arbitraje*, Ed. Ad-Hoc, 2da. edición, Buenos Aires, 2000.

CAPÓN FILAS, RODOLFO, *Derecho del trabajo*, Ed. Librería Editora Platense, La Plata, 1998.

CASTILLO LARRAÑAGA, JOSÉ; DE PINA, RAFAEL, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Ed. Porrúa, 2da. edición, México D.F., 1950.

CEVALLOS, SALVADOR, *Doctrina Social Católica*, Licencia eclesiástica otorgada por Mons. Jorge M. Bergoglio S.I. Arzobispo de Buenos Aires, Buenos Aires, 1998.

CORDÓN MORENO, FAUSTINO, *El Arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1995.

CRUZ VILLALÓN, JESÚS, “El arbitraje laboral en la reforma legislativa”, en . OJEDA AVILÉS, *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa: VI Congreso nacional del trabajo y de la seguridad social*, Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, Madrid, 1996.

DE BUEN, NESTOR, *Derecho del trabajo, Tomo I*, Ed. Porrúa, 11ma. edición, México D. F., 1998

DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO, “El Derecho Civil ante la post-modernidad”, en *Iuris Dictio*, Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, Año II, No. 4, Agosto 2001.

DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO, “Postmodernidad y pluralismo jurídico”, en *Iuris Dictio*, Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, Año III, No. 5, Febrero 2002.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, SARA; LEONARDI DE HERBÓN, HEBE, *El arbitraje*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

GALINDO CARDONA, ÁLVARO, “Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador”, en *Iuris Dictio*, Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, Año II, No. 4, Agosto 2001.

GARCÍA FERAUD, GALO, “Lo jurisdiccional en el arbitraje”, en *Revista Jurídica*, Universidad Católica de Guayaquil, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas, No. 17, 2004.

GARIBOTTO, JUAN CARLOS, *Teoría General del Acto Jurídico*, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1991.

GÓMEZ LARA, CIPRIANO, *Teoría General del Proceso*, Ed. Oxford, 9na. edición, México D. F., 2002.

GONZALO QUIROGA, MARTA, “Latinoamérica en la nueva ley española de arbitraje”, en *Iuris Dictio*, Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia, Año V, No. 9, Octubre 2005

GOZAÍNI, OSVALDO ALFREDO, *Los mecanismos alternativos de resolución de las controversias tributarias*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995.

GUERRÓN AYALA, SANTIAGO, *Flexibilidad laboral en el Ecuador*, coedición Universidad Andina Simón Bolívar y Ediciones Abya Yala, Corporación Editora Nacional, Serie Magíster Volumen 31, Quito, 2003.

HANAU, PETER, “Principios del derecho del trabajo postmoderno”, en OJEDA AVILÉS, ANTONIO, *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa: VI Congreso nacional del trabajo y de la seguridad social*, Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, Madrid, 1996.

IGLESIAS CABRERO, MANUEL, “Garantías de las partes interesadas en el arbitraje”, en OJEDA AVILÉS, ANTONIO, *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa: VI Congreso nacional del trabajo y de la seguridad social*, Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, Madrid, 1996

JIMÉNEZ GARCÍA, JUAN, “El anteproyecto de convenio interprofesional sobre procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en Canarias”, en OJEDA AVILÉS, ANTONIO, *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa: VI Congreso nacional del trabajo y de la seguridad social*, Ed. Tecnos y Junta de Andalucía, Madrid, 1996.

JOSSERAND, LOUIS, *Cours de droit civil positif français*, Tomo II, 3ra edición, Recueil Sirey, París, 1932.

LLAMBIAS, JORGE JOAQUÍN, *Código Civil Anotado*, Tomo II-B, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

LOCKE, JHON, *Segundo Tratado del Gobierno Civil: Capítulo V: De la Propiedad*, disponible en <http://www.paginasobrefilosofia.com/html/Locke2/capitu5.html>. Visitada el 9 de diciembre de 2008.

LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, *Derecho de arbitraje interno e internacional*, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, *La naturaleza jurídica del arbitraje*, disponible en http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/naturaleza_arbitraje.php. Visitada el 13 de octubre de 2008.

LORCA NAVARRETE, ANTONIO MARÍA, *Manual de derecho de arbitraje*, Ed. Dykinson, Madrid, 1997.

MALUQUERA DE MOTES, CARLOS, *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Ed. BOSCH, Barcelona, España, 1ra. edición, 1993.

MATHEUS LÓPEZ, CARLOS ALBERTO, “Asuntos sobre el principio de la competencia de la competencia” en *Arbitraje comercial internacional*. Disponible en http://www.arbitrajecomercial.com/BancoConocimiento/P/principio_de_la_competencia_en_matria_arbitral/principio_de_la_competencia_en_matria_arbitral.asp?CodIdioma=ESP&CodSeccion=1. Visitado el 24 de noviembre de 2008.

MOLERO MANGLANO, CARLOS; SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, JOSÉ MANUEL; LÓPEZ ÁLVAREZ, MARÍA JOSÉ; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, ANA, *Manual de derecho del trabajo*, Ed. Thomson Civitas, Cuarta edición, Madrid, 2004.

MONTOYA MELGAR, ALFREDO, *Derecho del trabajo*, Ed. Tecnos, 22º Edición, Madrid, 2001

OSPINA FERNÁNDEZ, GUILLERMO; OSPINA ACOSTA EDUARDO, *Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico*, Ed. Temis, 6ta. edición, Bogotá, 2000.

PALACIO, LINO ENRIQUE, *Manual de derecho procesal civil*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

PARRAGUEZ RUIZ, LUIS SERGIO, *Cuarto Borrador del Manual de Negocio Jurídico*, Inédito, 2008.

PICAND ALBÓNICO, EDUARDO, “Algunas reflexiones sobre la naturaleza de la Justicia Arbitral”, en la obra dirigida por PICAND ALBÓNICO, EDUARDO, *Estudios de arbitraje*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

RAMÍREZ MARTÍNEZ, JUAN; GOERLICH PESET, JOSÉ MARÍA; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, FRANCISCO; SALA FRANCO, TOMÁS, *Curso de derecho del trabajo*, Ed. Tirant Lo Blanch, 13º Edición, Valencia, 2004

REGLERO CAMPOS, L. FERNANDO, *El arbitraje*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991.

ROBALINO BOLLE, ISABEL, *Manual de Derecho del Trabajo*, Fundación Antonio Quevedo, 2da. edición, Quito, 1998.

ROBBINS, STEPEHN; COULTER, MARY, *Administración*, Ed. Pearson Educación, 8va. edición, México D.F., 2005.

ROCCO, UGO, *Derecho procesal Civil Vol. 1*, Ed. Jurídica Universitaria, Serie Clásicos del derecho procesal civil, México 2001.

ROJINA VILLEGAS, RAFAEL, *Derecho Civil Mexicano*, Ed. Porrúa, México 1999

RUBIO CORREA, MARCIAL, “Jurisprudencia y precedente vinculante en la jurisprudencia del tribunal Constitucional”, en *Gaceta del Tribunal Constitucional*, No. 1, Lima, Enero-Marzo 2006, disponible en http://209.85.165.104/search?q=cache:Z6bFrC_Beu8J:www2.scjn.gob.mx/investigacionesjurisprudenciales/seminarios/2o-seminario-jurisprudencia/modulo-vii/11marcial-rubio-correa-jurisprudencia-y-precedente-vinculante.pdf+nucleo+duro+del+derecho+constitucional&hl=es&ct=clnk&cd=4. Visitada el 13 de octubre de 2008.

SANTOS AZUELA, HÉCTOR, *Elementos de derecho del trabajo*, ed. Porrúa, México D.F., 1994.

TORILLO GONZÁLEZ, FRANCISCO JAVIER, “El arbitraje en los conflictos de trabajo tras la reforma laboral”, en *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Madrid, 1995.

VALENCIA HARO, HUGO, *Legislación ecuatoriana del trabajo*, Ed. Universitaria, Quito, 1979.

VALENCIA ZEA, ARTURO, *Derecho civil*, Tomo I, Ed. Temis, 14ta. Edición, Bogotá, 1997.

VÁSQUEZ LÓPEZ, JORGE, *Derecho Laboral Ecuatoriano: Derecho Individual*, Ed. Jurídica Cevallos y USFQ, 1era. edición, Quito, 2004.

VÁZQUEZ VIALARD, ANTONIO, “El impacto del cambio socioeconómico-cultural sobre el Derecho del Trabajo”, en *Revista de Derecho Laboral*, Ed. Rubinzal-Culzoni, No. 2, Buenos Aires, 2002.

VELA MONSALVE, CARLOS, *Derecho ecuatoriano del Trabajo*, Ed. La Unión Católica, Quito, 1955.

ZWANCK, CARLOS ALBERTO, “Juicio de árbitros”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XVII, ed. Driskill, Buenos Aires, 1978.

ZWANCK, CARLOS ALBERTO, “Laudo”, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo XVII, ed. Driskill, Buenos Aires, 1978

LEYES CITADAS

CODIFICACIÓN DE LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, R.O. N° 417 de 14 de Diciembre del 2006.

CODIFICACIÓN DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL, R.O. Suplemento 58 de 12 de Julio del 2005.

CÓDIGO CIVIL, Codificación 10, R. O. Suplemento 46 de 24 de Junio del 2005.

CÓDIGO DEL TRABAJO DEL ECUADOR, Codificación 2005-17, RO Suplemento N° 167, del 16 de diciembre del 2005.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1812, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12260843118006070754624/index.htm>. Visitada el 6 de octubre de 2008

CONSTITUCIÓN FRANCESA DE 1791, disponible en http://www.antorcha.net/biblioteca_virtual/derecho/convocacion/constitucion_28.html. Visitada el 6 de octubre de 2008

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA ECUADOR, Aprobada por referéndum el 28 de septiembre de 2008, publicada en el R.O. 449 de 20 de Octubre de 2009.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Decreto Legislativo 000, Registro Oficial 1 de 11 de Agosto de 1998.

LEY 16/1976, de 6 de abril, de Relaciones Laborales

LEY MODELO UNCITRAL, disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html, visitada el 24 de noviembre de 2008.

LEY ORGÁNICA DE LA FUNCIÓN JUDICIAL DEL ECUADOR, RO 636 del 11 de septiembre de 1974

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral.