

# *Ley de Arbitraje y Mediación* **Transigible y** **Arbitraje en Equidad**

*Miguel Andrade Cevallos*

## **Sumario**

1. Materia transigible. 1.2 El sistema arbitral. 1.3 La Transacción. 1.4 Materia transigible y Derechos Irrenunciables. 2. Arbitraje de Equidad. 2.1 Capacidad para ser Designado Árbitro. 2.2 Laudo. 2.2.1 Sometimiento a las Leyes de orden público. 2.2.2 Procedimiento. 3. Arbitraje en Derecho o Equidad.

En este artículo desarrollaré dos temas puntuales sobre el arbitraje en el Ecuador: La materia transigible como objeto del sometimiento a arbitraje y la resolución de controversias aplicando la equidad.

## **1. MATERIA TRANSIGIBLE**

La Ley de Arbitraje y Mediación, en adelante LAM, en su artículo primero establece:

“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.”

Los tribunales de arbitraje administrado o árbitros independientes designados por las partes de una controversia pueden resolver los conflictos susceptibles de transacción que se presenten de acuerdo con lo que dispone el artículo 1 de la LAM.

La Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008, contiene en el Título IV, Participación y Organización del Poder, Capítulo Cuarto "Función Judicial y Justicia Indígena", once secciones que desarrollan los principios generales, la organización, el funcionamiento, los órganos de control, el régimen penitenciario, del sistema de administrar justicia en la República.

De acuerdo con el artículo 167 de la Constitución, la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la función judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución. El artículo 178 señala los órganos jurisdiccionales.<sup>1</sup>

La Constitución en el artículo 190 reconoce, al arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

El artículo 5 del Código de Procedimiento Civil, codificado señala:

1. Constitución de la República del Ecuador. artículo 178. - Los órganos jurisdiccionales, sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes:
  1. La Corte Nacional de Justicia.
  2. Las cortes provinciales de justicia.
  3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley.
  4. Los juzgados de paz.El Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial.  
La Función Judicial tendrá como órganos auxiliares el servicio notarial, los martilladores judiciales, los depositarios judiciales y los demás que determine la ley.  
La Defensoría Pública y la Fiscalía General del Estado son órganos autónomos de la Función Judicial. La ley determinará la organización, el ámbito de competencia, el funcionamiento de los órganos judiciales y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia."

Artículo 5.- La jurisdicción se ejerce por los tribunales y juzgados que integran la Función Judicial. También la ejercen, de acuerdo con la Constitución de la República y sus leyes propias: las juezas y jueces, los árbitros, los tribunales de conciliación y arbitraje y las autoridades de los pueblos indígenas.

La Ley de Arbitraje y Mediación en armonía con la Constitución, limita la competencia de los árbitros para resolver conflictos sobre aquellas controversias susceptibles de transacción existente o futura. Es importante estudiar el universo de controversias que pueden ser encargadas a la resolución de árbitros, una vez que conocemos la limitación constitucional y legal.

## 1.2 El Sistema Arbitral

La Ley hace referencia a un "sistema arbitral", lo que implica que ya existe un "conjunto de principios, normas o reglas, lógicamente enlazados entre sí, acerca de la materia arbitral"<sup>2</sup>. En verdad ello es así, tanto en el Ecuador como internacionalmente. El arbitraje ha sido reconocido por nuestra legislación desde el primer Código de Procedimiento Civil y, en verdad, es un mecanismo alternativo al de la justicia ordinaria para resolver controversias. El sistema arbitral ha tenido mucho auge en la última década como un mecanismo para tratar de solucionar la cada vez mayor congestión que presenta el sistema judicial por un lado y, por otro, tratar de dar mayor seguridad, confianza y certeza a la población. También hemos visto, dentro del plano internacional, la cada vez mayor exigencia de los países para incluir sistemas arbitrales para resolver las controversias entre los ciudadanos de diferentes estados, sobre todo en los convenios que garantizan inversiones.

2. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Guillermo Cabanellas. 12 edición. Editorial Heliasta. Buenos Aires. 1979. p. 187. Tomo 6.

### **1.3 La Transacción**

De acuerdo con la LAM son susceptibles de arbitraje las controversias susceptibles de transacción.

Para establecer el ámbito de competencia de los árbitros y delimitar su campo de acción debemos, necesariamente, remitirnos a la definición constante en el código civil sobre el contrato de transacción, el objeto de este contrato será la pauta para delimitar todas y cada una de las materias que pueden ser sometidas a arbitraje.

El artículo 2348 del Código Civil dice:

*“Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.”*

Al desarrollar el contrato de transacción, el Código Civil establece únicamente una prohibición expresa para celebrar este tipo de contratos así, se señala:

Artículo 2352. *“No se puede transigir sobre el estado civil de las personas.”*

El artículo 2353, señala que la transacción sobre alimentos futuros de las personas que se deba por Ley, no valdrá sin autorización judicial.

En resumen, las controversias sobre estos dos temas: estado civil de las personas y alimentos forzosos, no pueden ser materia de arbitraje. Sobre todo el resto del universo de controversias, incluyendo la acción civil que nace de un delito (artículo 2351 del Código Civil) los árbitros serían competentes para conocer y decidir.

En nuestra jurisprudencia encontramos el siguiente razonamiento respecto al contrato de transacción:<sup>3</sup>

“Por la transacción se hace el abandono de una pretensión o de un derecho que se creía tener, y ella importa, por esto, una disposición o una enajenación de este derecho; y, por otra parte, no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetivos comprendidos en la transacción; de aquí que, para transigir a nombre de otra persona sea necesario su poder especial, con indicación de los bienes, derechos y acciones sobre que debe versar la transacción; pues, de otra suerte, habría de resultar que el mandatario pudiera usar a voluntad de la facultad para transigir, y también a voluntad disponer de los bienes y derechos de su mandante; lo cual es inaceptable.

El doctor Carlos Larreátegui Mendieta<sup>4</sup>, en su libro “Contribución al Estudio del Arbitraje Privado” señala:

“No pueden someterse a arbitraje los asuntos sobre estado civil y capacidad de las personas y en general los relativos a derechos de familia, porque ellos están fuera del comercio de los hombres. Tampoco puede ser sometido a arbitraje los conflictos individuales de trabajo en razón de que los derechos del código laboral que concede a los trabajadores son irrenunciables ni las cuestiones que interesen al orden público, a la moral y a las buenas costumbres. La materia de orden penal no son arbitrales pero si la indemnización civil derivada del delito.”

El abogado Ernesto Salcedo Verduga<sup>5</sup> al referirse a este tema señala:

“La materia transigible, la constituyen todos aquellos bienes y derechos de contenido patrimonial sobre los cuales,

3. Gaceta Judicial. Año XIX. Serie IV. Nro. 42, p. 336 (Quito, 24 de Junio de 1920).
4. LARREÁTEGUI MENDIETA, Carlos. Contribución al Estudio del Arbitraje Privado. Quito, 1982, p. 85.
5. SALCEDO VERDUGA Ernesto. *El Arbitraje: La Justicia Alternativa*. Editorial Miguez Mosquera. Guayaquil, 2001. p. 76.

las partes tienen capacidad legal para disponer libremente de ellos; bienes y derechos estos cuya existencia y disposición no deben ser contrarios a la Ley, al orden público ni a las buenas costumbres”.

La Ley de Arbitraje Española<sup>6</sup>, en sus considerandos dispone:

“El artículo 2 regula las materias objeto de arbitraje sobre la base del criterio de la libre disposición, como hacía la Ley 36/1988. Sin embargo, se reputa innecesario que esta ley contenga ningún elenco, siquiera ejemplificativo, de materias que no son de libre disposición. Basta con establecer que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes. En principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Es concebible que por razones de política jurídica haya o pueda haber cuestiones que sean disponibles para las partes y respecto de las que se quiera excluir o limitar su carácter arbitrable. Pero ello excede del ámbito de una regulación general del arbitraje y puede ser objeto, en su caso, de disposiciones específicas en otros textos legales.”

Por lo expuesto, podríamos resumir que el objeto de una transacción puede incluir todos los asuntos que están en el comercio, que son de libre disposición de las personas, es decir, se puede transigir sobre todos los objetos y derechos que la persona puede libremente disponer. Estrecha vinculación existe con los derechos que nacen del dominio, tal cual lo regula y desarrolla el código civil, artículos 599 y siguientes. Se puede transigir sobre todas aquellas cosas que están en el comercio, que son objeto del derecho de dominio (cosas corporales e incorporales) las personas que pueden transigir son sus propietarios: personas naturales o jurídicas, personas de derecho privado o público.

6. Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. España.

#### 1.4 Materia Transigible y Derechos Irrenunciables

La ley de arbitraje y mediación sustituyó el esquema que sobre arbitraje contenía el código de procedimiento civil, la entonces ley orgánica de la función judicial y la ley de arbitraje comercial. Desde la fecha de vigencia de la ley de arbitraje y mediación, esto es, a partir del 4 de septiembre de 1997 las materias sujetas a arbitraje no se regulan por los parámetros que estaban vigentes y que hasta hoy abogados y jueces suelen aplicar.

El artículo 87 de la ley orgánica de la función judicial decía:

“artículo 87.- Pueden decidirse por árbitros solo las controversias sobre bienes o derechos que, siendo renunciables, puedan transmitirse por acto entre vivos.”

Este artículo fue derogado al expedirse la ley de arbitraje y mediación, ley s/n, publicada en registro oficial 145 (Pág. 10) de 4 de septiembre de 1997.

Al haberse derogado esta norma, hoy, la posibilidad de someter a arbitraje las controversias se ha ampliado. Se limita exclusivamente a que sean controversias susceptibles de transacción.

Con este antecedente nos preguntamos: ¿Se puede someter a arbitraje derechos irrenunciables? De acuerdo con el texto legal en estudio la respuesta es afirmativa. Lo transigible no es oponible a lo irrenunciable. El ejemplo claro de esta afirmación son las transacciones que diariamente se suscriben en materia laboral. Incluso, los juicios laborales, muchas veces terminan por acuerdo de la partes en la junta de conciliación, mediante transacción que es aprobada por el juez del trabajo. El juez velará para que los derechos irrenunciables del trabajador no se vean conculcados, pero evidentemente que la transacción será válida. Lo mismo sucede en los juicios de inquilinato, y en general, en todos los juicios en los que, dentro del procedimiento se prevé la

junta de conciliación, es posible que la controversia termine por transacción.

Como lo señala el doctor ALFONSO TROYA CEVALLOS,<sup>7</sup> el desistimiento es un acto procesal unilateral del actor; el allanamiento lo es del demandado. La transacción es también un modo anormal de dar fin a un proceso, pero necesita el concurso de las voluntades de las partes. Por definición es, según el artículo 1372 del Código Civil un contrato extrajudicial en que las partes terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. Es evidente que para precaver un litigio eventual, el negocio jurídico llamado transacción es extrajudicial; pero para terminar un litigio pendiente no es indispensable la extrajudicialidad prevista por el Código Civil desde que hay la posibilidad de que en el acto conciliatorio dispuesto en el artículo 426 del Código de Procedimiento Civil, las partes se pongan de acuerdo sobre las reclamaciones planteadas; acuerdo que de encontrarlo lícito debe ser aprobado por el juez y dar por terminado el proceso, mediante sentencia que deberá inscribirse, cuando fuere necesario para que se sirva de título.

Tenemos, en consecuencia, para el análisis de las controversias susceptibles de arbitraje, que un campo amplio son aquellas denominadas transacciones extrajudiciales y cuyo objeto está regulado en el Código Civil. De otro lado, la transacción judicial que puede darse dentro de diferentes procesos judiciales. Estos procesos al incluir la posibilidad de transar hacen que la materia sea arbitrable. Incluye procesos de índole laboral, de inquilinato y otros. Desde un aspecto procesal, todas las controversias, en principio, son susceptibles de transacción en la medida en que en el procedimiento incluya la audiencia de conciliación como modo de terminar un proceso judicial.

Una vez determinada las materias que pueden ser objeto de procesos en los cuales se ha previsto la posibilidad de termina-

7. TROYA CEVALLOS Alfonso. Derecho Procesal Civil. Tomo 2. 3ra edición. Quito, Pudeleco. 2002. p. 701.

ción del mismo en la junta o audiencia de conciliación debemos necesariamente analizar si dicha transacción implica o no cuestiones irrenunciables o sometidas a un juez especial o por ley prohibidas de someterse a arbitraje.

Como conclusión podemos sostener que, separándonos de la antigua interpretación sobre las materias que pueden ser sometidas a arbitraje, interpretación que nace históricamente de la aplicación de las disposiciones correspondientes al arbitraje contenidas en el Código de Procedimiento Civil, Ley Orgánica de la Función Judicial y Ley de Arbitraje Comercial, normas que estuvieron vigentes hasta la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación en la que solamente se podía someter a arbitraje cuestiones que podían ser renunciables, las cuestiones de índole comercial o las cuestiones que no afecten al orden público. Hoy, el tratamiento es diferente y se ha establecido como regla general que todas las controversias susceptibles de transacción son a la vez susceptibles de ser sometidas a arbitraje. Esto quiere decir que controversias que involucran derechos irrenunciables pueden ser objeto de transacción, en consecuencia, objeto de decisión arbitral. Si se ha sometido una materia que incluye derechos irrenunciables, a juzgamiento de árbitros, estos deberán cuidar esos derechos para que su laudo tenga eficacia.

En el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y en el Centro de Arbitraje de la Cámara de la Construcción, se han dictado muchos laudos en los que los Tribunales se han declarado competentes para conocer asuntos de inquilinato, terminación de contratos de arrendamiento tanto de locales para viviendas como para oficinas.

Personalmente me ha tocado decidir sobre competencia en varios juicios arbitrales, cuyo objeto han sido contratos de arrendamiento, tanto de oficinas como de vivienda. Coincido con la posición adoptada por la mayoría de colegas árbitros, de que es perfectamente legal someter temas regulados en la Ley de Inquilinato a arbitraje. Los árbitros deberán velar que se respe-

ten los derechos irrenunciables del inquilino, que de ninguna manera podrían ser afectados por un laudo.

En materia arbitral la tendencia, en los tiempos modernos, ha sido la de ampliar el marco de acción de los árbitros y en general de los medios alternativos de solución de controversias. Si la base de estos compromisos arbitrales se encuentra en la voluntad de las personas, es prudente y lógico convenir que ellas como actoras de su destino y patrimonio puedan renunciar a utilizar la justicia ordinaria y entregar a la justicia alternativa la resolución de sus conflictos aún en materias que históricamente han sido reservadas a la decisión de los órganos judiciales.

En el Ecuador el sistema judicial ha colapsado. La razón principal para reservar la administración de justicia a órganos del poder estatal, ha sido históricamente, la de proteger al ciudadano a quien el Estado le garantiza seguridad por medio de jueces imparciales, probos, eficaces, sabios, que administren justicia y den a cada uno lo suyo. Esta aspiración no ha podido cristalizarse y actualmente no existe, si, tal vez, alguna vez existió en el Ecuador. La justicia penal no puede ser más cuestionada. La justicia Contencioso Administrativa no puede ser más tardía, caótica y desconfiable. La justicia sobre asuntos de la niñez y adolescencia, de la mujer, del consumidor, del comerciante, de la familia, no otorga ninguna seguridad, confiabilidad, oportunidad.

Esta libertad de los ciudadanos de resolver sus asuntos en forma autónoma frente a la regulación estatal, de imperio, ha sido motivo de grandes discusiones, razonamientos encontrados y enfrentamientos durante la historia. En la actualidad, como vemos, siguen vigentes, habiendo renacido posiciones que parecían enterradas definitivamente. El punto central y lógico, radica en la imparcialidad que tiene que tener un juez. En adición, el libre acceso a esa justicia imparcial, debe ser otorgado a todos los habitantes de la República para cumplir la aspiración de la justicia que es, dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde en derecho. La seguridad ciudadana depende de ello. La tranquilidad

de la población, la estructura familiar, la estructura económica del Estado, depende que los ciudadanos puedan acceder a un sistema de justicia imparcial, civilizado, que sea administrado por personas serias, capaces y conocedoras del derecho que apliquen la Ley con un sentido de justicia y equidad adecuados. Si el sistema judicial, llámese este judicial o llámese este convencional no brinda seguridad, no cumple el rol que la civilización le ha otorgado. No es cuestión de copiar o trasladar principios estructurales elementales de toda civilización, copiarlos e imprimirlos y adoptarlos en nuestra Constitución. De qué nos sirve tener organización del sistema judicial perfectamente redactada y copiada de países que si lo aplican, cuando no tenemos los recursos económicos ni humanos para lograr el objetivo principal, de dar seguridad a la población, de que existe un sistema judicial sano, oportuno, imparcial que impedirá que la justicia sea tomada por mano propia y que la gente viva en paz, con el convencimiento de que, un problema, tiene solución. Que esa solución va a ser provista por un Juez o Tribunal imparcial y sabio.

## **2. ARBITRAJE DE EQUIDAD**

El Artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece:

“Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad. 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. En este caso los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados. Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la Ley, a los principios universales del derecho, a la Jurisprudencia y a la Doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados”.

La decisión de una controversia aplicando criterio de equidad, es materia poco tratada en nuestra doctrina. Si bien la Ley de Arbitraje Comercial contenía esta clase de arbitraje, su aplicación fue muy escasa. A ello debemos añadir que la cultura jurídica ecuatoriana está inspirada en un sistema legalista que, obviamente, ha instruido a jueces y abogados para esperar de un fallo aquello que está previamente establecido en la Ley y que marca un campo limitado y más o menos previsible de una sentencia en el proceso.

El Diccionario del Derecho Usual de Cabanellas trae la siguiente cita que subraya los "peligros" atribuidos al arbitraje por equidad:

"Ahora bien, cabe repetir la frase que aquellos litigantes en Francia durante siglos atrás, clamaban diciendo ¡librenos Dios de la equidad! Precisamente por no estar definida, ni siquiera determinados sus puntos esenciales, es peligroso esta aplicación de la equidad como fuente de derecho"<sup>8</sup>.

Es un hecho cierto la inseguridad que puede crear el someterse a la decisión de árbitros que para dictar su fallo no requieren de sometimiento a normatividad alguna, que adicionalmente, por no requerírseles preparación jurídica, pueden desconocer normas esenciales del debido proceso, análisis sobre legalidad de documentos y diligencias probatorias, principios de sana crítica, equidad y normas de orden público, nos podemos encontrar ante un campo abierto a la incertidumbre de juzgadores, partes y abogados patrocinadores. ¿Cuáles son los límites de acción de los árbitros de equidad? ¿Qué normas jurídicas están obligados a aplicar? ¿Cuáles son sus responsabilidades frente a las partes? ¿Quiénes pueden ser árbitros de equidad? ¿Cuáles son los principios que deben seguir? ¿Cuál es la ventaja de un arbitraje en equidad? ¿Qué esperar de la contienda legal?

8. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Edit. Heliasta. Buenos Aires 1979. Tomo III, p. 143.

Estas interrogantes son aspectos que brevemente se tratarán de contestar a la luz de nuestro sistema jurídico y de la ley. Estos temas, sin embargo, presentan diversidad de criterios y soluciones, por ello, su enfoque buscará sustentarse en la lógica jurídica y en criterios personales basados en el "leal saber y entender y ateniéndonos a los principios de la sana crítica".

## **2.1 Capacidad para ser Designado Árbitro**

El artículo 19 de la LAM establece que no podrán ser designados árbitros las personas que carezcan de capacidad para comparecer por si mismas en juicio.

De acuerdo con el artículo 1462 del Código Civil todas las personas son capaces excepto las que la Ley declara incapaces. La capacidad es la regla, la incapacidad la excepción. Por tanto no podrán ser árbitros en equidad:

El menor de edad y cuantos se hallen bajo tutela o curaduría y las personas jurídicas. Así lo establece el artículo 33 del Código de Procedimiento Civil al señalar quienes no pueden comparecer en juicio como actores ni como demandados. Dichas personas, sin embargo, pueden comparecer en juicio debidamente representados. Para ser árbitros se tiene que tener la capacidad de comparecer por si mismos, sin representantes ni apoderados.

Esta disposición permite que cualquier persona capaz, ecuatoriana o extranjera sea apto para desempeñarse como árbitro de equidad. La nueva Ley ha eliminado la absurda disposición contenida en el Artículo 3 de la Ley de Arbitraje Comercial por la cual únicamente los ecuatorianos podían ser árbitros, limitando la voluntad de las partes. Tal vez, el hecho de que las personas jurídicas requieren actuar por medio de un representante motivó incluir la limitación para nombrarlas como árbitros, punto un tanto cuestionable si entendemos que las personas jurídicas especializadas y serias podrían arbitrar procedimientos si así las

partes lo desean. Es una limitación al libre criterio individual que no la encuentro justificable pero si explicable en esta etapa de difusión del arbitraje.

Los árbitros en derecho, adicionalmente, deben ser abogados. Debe entenderse abogados con título reconocido en la República del Ecuador, si lo que se va a decidir es un asunto que involucra el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Cabe preguntarse si existe o no la facultad de designar un abogado con título extranjero si la Ley escogida no es la ecuatoriana. Estimo que no existe prohibición y por tanto la voluntad de las partes deberá prevalecer. Incluso, no está claro, si el título de abogado otorgado en el extranjero es suficiente no obstante la aplicación de la ley ecuatoriana. Este aspecto si bien no está especificado, por lógica y responsabilidad del árbitro, debe entenderse limitado a los abogados con título reconocido por universidades ecuatorianas si la ley aplicable es la del Ecuador.

## 2.2 Laudo

Los jueces ordinarios, al igual que los árbitros que deben fallar en derecho, tienen la obligación de emitir su fallo en base a la Ley. El Artículo 18 del Código Civil<sup>9</sup> establece las reglas de

9. & 4o. Interpretación de la Ley Artículo 18.- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: 1a.- Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu. Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento; 2a.- Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal; 3a.- Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso; 4a.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía. Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto; 5a.- Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes; 6a.- En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural; 7a.- A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.

interpretación a las que deben sujetarse los jueces. La falta de aplicación de normas legales vigentes podría dar lugar a acciones civiles e incluso penales como la prevista en el Artículo 277 del Código Penal que trata sobre el prevaricato<sup>10</sup>. El sistema judicial ecuatoriano entonces, se basa en el principio de legalidad, incluso la costumbre, no constituye derecho si la ley no se remite a ella. (Artículo 2 Código Civil).

Los Jueces ordinarios, que ejercen la jurisdicción legal, están sujetos a normas estrictas de interpretación y aplicación de la Ley para aquellos casos sometidos a su decisión; sin embargo, la Ley, en ciertas ocasiones específicas, les concede un margen para aplicar criterios de sana crítica y equidad.

Apartándose de este sistema jurídico, en un arbitraje de equidad, los árbitros solamente deben guiarse para dictar su fallo en "su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica". Su decisión la tomarán recurriendo a su conciencia, sentido de justicia, valores, impresiones, y voluntad. El fallo justo o injusto no está sujeto a análisis jurídico alguno. El fundamento de la decisión será la convicción personal del árbitro y nada más.

Es esencial entonces que los árbitros que van a fallar en equidad, sean concedores del medio que rodea el caso específi-

10. Código Penal. Del prevaricato Artículo 277.- Son prevaricadores y serán reprimidos con uno a cinco años de prisión: 1o.- Los jueces de derecho o árbitros *juris* que, por interés personal, por afecto o desafecto a alguna persona o corporación, o en perjuicio de la causa pública, o de un particular, fallaren contra Ley expresa, o procedieren penalmente contra alguno, conociendo que no lo merece; 2o.- Los jueces o árbitros que dieran consejo a una de las partes que litigan ante ellos, con perjuicio de la parte contraria; 3o.- Los jueces o árbitros que en la substanciación de las causas procedieren maliciosamente contra leyes expresas, haciendo lo que prohíben o dejando de hacer lo que mandan; 4o.- Los empleados públicos de cualquier clase que, ejerciendo alguna autoridad judicial, gubernativa o administrativa, por interés personal, afecto o desafecto a alguna persona o corporación, nieguen, rehusen o retarden la administración de justicia, o la protección u otro remedio que legalmente se les pida o que la causa pública exija, siempre que estén obligados a ello; o que, requeridos o advertidos en forma legal, por alguna autoridad legítima o legítimo interesado, rehusen o retarden prestar la cooperación o auxilio que dependan de sus facultades, para la administración de justicia, o cualquiera necesidad del servicio público; 5o.- Los demás empleados, oficiales y curiales que, por cualquiera de las causas mencionadas en el numeral primero, abusen dolosamente de sus funciones, perjudicando a la causa pública o a alguna persona; y, 6o.- Los jueces o árbitros que conocieren en causas en las que patrocinaron a una de las partes como abogados o procuradores.

co. Si es un asunto civil que conozcan el ambiente, costumbres, tradiciones; ese conocimiento, les dará elementos para aplicar la equidad a esa relación temporal y conflictiva. Si es un asunto comercial, el árbitro deberá conocer el área de negocios y ambiente comercial, aplicando valores éticos, mercantiles, costumbres y usos, y, obviamente, la Ley que reguló sus actos, aun cuando no estén obligados a acatarla. En este aspecto, el arbitraje en equidad, tiene un alcance mucho más amplio al que se le atribuye a los "jurados" en otras legislaciones quienes, generalmente, resuelven cuestiones de hecho. En el arbitraje en equidad se decide el hecho y también se dicta el fallo.

Del análisis de la actual Ley de Arbitraje y Mediación se puede llegar a las siguientes conclusiones de carácter general que deben ser vigiladas y tomadas en cuenta por cualquier árbitro designado para fallar en equidad:

### *2.2.1 Sometimiento a las Leyes de orden público*

La Constitución de la República del Ecuador fija los derechos y obligaciones de los ecuatorianos, extranjeros y de las personas que están en su territorio. Existen normas que miran al interés general de la sociedad llamadas normas de orden público. Dichas normas, puede conferir derechos o establecer obligaciones que son de estricto cumplimiento e irrenunciables.<sup>11</sup> En cambio, dentro de la esfera privada, existen derechos reconocidos por la ley, que sólo miran al interés individual de la persona y que no afecta a terceros (Artículo 11 Código Civil). Estos derechos son renunciables. Con este antecedente, concluiremos que los árbitros en equidad están obligados a observar únicamente las normas establecidas, la LAM y el convenio arbitral, normas eminentemente procesales. En materias transigibles la voluntad

11. "...En el arbitraje de equidad, también llamado *ex aequo et bono*, los árbitros no están obligados a aplicar las normas legales ni en cuanto al fondo ni en lo relativo al procedimiento, y resuelven según su leal saber y entender. Además el laudo que pronuncian es generalmente definitivo. Ello no significa en modo alguno, que el árbitro de equidad disponga de absoluta libertad para el ejercicio de su cargo, ya que ha de respetar las normas y principios de orden público y ciertas disposiciones imperativas..." LARREÁTEGUI MENDIETA Carlos. Obra citada, p. 33.

de las partes que someten la decisión a un árbitro en equidad, implica darle total libertad al árbitro para que decida, sin observar otro criterio que no sea su leal saber y entender.

### 2.2.2 Procedimiento

El Art. 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación cuando señala que “el laudo” debe expedirse fundado en equidad confirma el criterio de que a los árbitros no les está facultado aplicar los criterios de equidad para asuntos de procedimiento y deben, necesariamente sujetarse a las disposiciones contenidas en la Ley de Arbitraje y Mediación. Complementa la aseveración anterior el artículo 31 de la LAM que sanciona con nulidad las violaciones al debido proceso y derecho de defensa.<sup>12</sup>

Por lo tanto, debe entenderse que los árbitros en equidad deben sujetarse a la Ley de Arbitraje y Mediación o al convenio en cuanto al procedimiento especialmente, deben cuidar de no violentar los derechos de defensa, prueba y oportunidad. En el momento de dictar el laudo, es decir, de tomar la decisión sobre los puntos en que se trabó la *litis*, deben fallar única y exclusivamente sometiendo su decisión a su sano criterio y a su sentido de equidad y justicia. Ello no implica que deben abstenerse de estudiar la situación jurídica que rodeó al hecho, analizar la costumbre, la Ley y, los planteamientos dados por las partes en cuanto a los hechos y el derecho.

12. La Ley de Arbitraje y Mediación señala: Nulidad de los laudos.- Artículo 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; o, b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y éste hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; o, 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; o, d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado. Este recurso se interpondrá ante el tribunal que conoció la causa y éste, a su vez, sin pronunciarse sobre la ...

La facultad de fallar en equidad busca el imperio de la justicia sobre la Ley.

En este aspecto, los árbitros no deben sujetarse como norma supletoria ni al Código Civil ni al Código de Comercio ni al Código de Procedimiento Civil. Deben sujetarse a los criterios que les dicte su conciencia. Así lo establece el Artículo 37 de la LAM<sup>13</sup>.

Al igual que en la antigua Ley de Arbitraje Comercial el arbitraje en equidad no tiene normas ni límite para determinar la forma de actuar las pruebas. En la práctica las pruebas incluso se pueden receptar prescindiendo del Código de Procedimiento Civil, cuestión permisible en este régimen.

El convenio arbitral podría apartarse de esta regla. Incluso el Reglamento del Centro de Arbitraje podría contener normas distintas a las contenidas en el Código de Procedimiento Civil. Así lo establece el artículo 35 de la LAM.

La LAM ha establecido acertadamente un régimen de gran amplitud para adecuar el arbitraje a los requerimientos y necesidades de las partes. Los Centros de Arbitraje dentro del arbitraje administrado mediante sus reglamentos, tienen la facultad de llenar los vacíos de la Ley.

### **2.3 Arbitraje en Equidad o en Derecho**

Cuándo pactar un arbitraje en derecho o equidad. La relación obligacional que se someta a arbitraje determinará tomar esta decisión. En un marco de relación sofisticado donde las partes han contado con asesores y conocen el entorno legal, un arbitraje en derecho dará más certeza a las partes. Por el contrario,

13. Ley de Arbitraje y Mediación, Normas Supletorias.- Artículo 37.- En todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate, de arbitraje en derecho.

en una relación informal o si por la naturaleza del asunto la Ley no se la considera justa, la equidad será una buena alternativa. Este aspecto genera una nueva interrogante de análisis. ¿Es legal y válido para las partes suscribir convenios, eminentemente nulos o sin valor a la Luz de la legislación vigente pero que al someterlos a arbitraje quedarían validados, si la equidad va a resolver la controversia. Un caso concreto sería el de firmar un contrato privado cuando la Ley exige escritura pública como por ejemplo una promesa de venta de inmuebles sin la formalidad de escritura pública, luego demandar el cumplimiento en arbitraje de equidad. Los árbitros deberán conocer el conflicto, no obstante que el contrato es nulo y que las partes conociendo o debiendo conocer la nulidad, lo pactaron (artículo 5 LAM).

El orden público supone que todos los miembros de la sociedad se sometan a un orden establecido y aceptado por los miembros de una comunidad. La alternativa de resolución de conflictos, aun por equidad, no debe llevar a la anarquía y, los árbitros que tienen esta potestad deben sujetarse a principios básicos de convivencia civilizada, observando dentro de su sana crítica leyes y principios de orden público y el entorno de la relación sometida a su decisión. El planteamiento responde a un razonamiento lógico, pero, ciertamente, que tal cual está concebida la Ley, se deja abierto al criterio de los árbitros, aplicar o no estos principios. Este y otros aspectos deben profundizarse para formar una verdadera cultura del arbitraje que fundamente adecuadamente las bases de un procedimiento confiable y justo.