

EL CONVENIO ARBITRAL EN LA NUEVA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACION

Ab. Ernesto Salcedo Verduga

I. INTRODUCCION

El presente trabajo no encierra un comentario general a todo el articulado de la nueva Ley de Arbitraje y Mediación expedida por el Congreso Nacional el 29 de agosto de 1997 y publicada en el Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre del mismo año. Tal propósito rebasa el objetivo de este ensayo. Su contenido se limita a hacer un breve estudio de la nueva figura por la Ley instituida: el convenio arbitral, su concepto, sus sujetos, su objeto, su contenido, en suma, sus elementos configurativos, cuyo análisis nos permitirá una cabal comprensión del tema escogido.

La nueva Ley de Arbitraje y Mediación ha sido acogida, en general, de forma favorable por los diferentes sectores que de algún modo se hallan afectados por ella. Destaco en este trabajo la supresión que hace la Ley de la antigua distinción que había entre el contrato preliminar de arbitraje (cláusula compromisoria) y el compromiso, creando una nueva figura de carácter unitario, el convenio arbitral. Esta nueva Ley, podrá permitir que todos los que necesiten del auxilio del arbitraje, de manera particular, los comerciantes, resuelvan sus diferencias del modo más conveniente, sin tener que acudir a la administración pública de justicia.

II.- CONSIDERACIONES PRELIMINARES

De forma tradicional y particularmente en el ámbito de los negocios mercantiles y el comercio internacional, se ha venido considerando el arbitraje como la alternativa más adecuada para eludir los graves inconvenientes de que adolece la administración de justicia ordinaria, inconvenientes que residen fundamentalmente en su lentitud, su excesiva onerosidad y la publicidad del proceso. Frente a ella, el arbitraje se ha presentado como un método alternativo de solución más aconsejable para la resolución de las controversias, pues reúne las características de la rapidez, una onerosidad equilibrada y una mayor discreción, al tratarse de una justicia **privada**.

En materia de arbitraje internacional, la intervención del Derecho Convencional permite garantizar la ejecución del laudo en el país donde debiera hacerse efectivo. En la actualidad los textos convencionales (tratados bilaterales internacionales ratificados por los estados) recogen una serie de principios esenciales en materia de arbitraje internacional, principios que, además, se reflejan con mayor frecuencia en las legislaciones internas y en los que se inspira nuestra recién estrenada Ley de Arbitraje y Mediación. Tales principios son los siguientes: la sustracción de los litigios a la jurisdicción de los jueces comunes; la autonomía de las partes, como principio central en el derecho de arbitraje; la asistencia, no la intervención, de los tribunales judiciales internos después del desarrollo de la instancia arbitral; la autonomía de las convenciones arbitrales; la facultad reconocida al Estado de comprometerse, no obstante su posible incapacidad en Derecho interno; la reducción de consideraciones de orden público a un umbral mínimo y, en fin, el control muy limitado de las sentencias arbitrales por la jurisdicción de derecho común.

En la conveniencia de adecuar la legislación interna a estos principios esenciales del arbitraje y a las necesidades del tráfico comercial, se encuentra sin duda la causa de que en los últimos años muchos países hayan modificado su legislación arbitral. Al contrario, en el nuestro se mantenía vigente el llamado juicio por arbitraje, consignado en la Sección 30 del Título Segundo, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, cuyos fundamentos chocaban con aquellos principios, estando totalmente alejado de las necesidades y de la práctica diaria del tráfico comercial. Hoy, después de mucho tiempo de ser exigida y reclamada por la doctrina y los sectores afectados (empresas, instituciones, cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, abogados, etc), por fin, existe la nueva Ley de Arbitraje y Mediación que deroga la antigua del Código Procesal Civil.

Hechas las consideraciones que anteceden, pasemos al análisis de la nueva figura establecida por la Ley que sirve de objeto a este trabajo, esto es, el convenio arbitral.

III.- EL CONCEPTO DE CONVENIO ARBITRAL.- LOS ARTICULOS 1 Y 5 DE LA LEY

Existe mucha semejanza entre los artículo 1 y 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación, por la forma en que han sido redactados los textos de las normas que contienen. Así, tales normas dicen, respectivamente:

"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".

"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 pueden surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual".

Lo primero que se advierte es que las transcritas normas confunden el arbitraje con la figura del convenio arbitral, esto es, se confunde el arbitraje como institución, con el contrato que le da vida y por el cual las partes acuerdan someter sus controversias ante una jurisdicción privada.

El arbitraje como institución, y tal como lo estructura la doctrina, consta de tres elementos esenciales: el convenio arbitral, de naturaleza claramente contractual; el denominado contrato de dación y recepción de arbitraje (*receptum arbitrii*); y el procedimiento arbitral, de naturaleza mixta, esto es, contractual y procesal. Si se quiere definir el arbitraje, ilustrativo es el concepto que nos trae la doctrina: "arbitraje es una institución de justicia privada en virtud de la cual los litigios se sustraen a la jurisdicción del Derecho común, para ser resueltos por árbitros investidos para la circunstancia de la misión de juzgar" (ROBERT, J. Tratado de arbitraje civil y comercial en derecho interno. París, 1955, pág. 7)

Arbitraje, como institución, significa que se ha iniciado el proceso arbitral, previo, claro está, el convenio arbitral y el nombramiento y aceptación de los árbitros. Un convenio arbitral que no desemboque en un procedimiento arbitral no puede ser definido como arbitraje sino tan sólo como un contrato por el que las partes acuerdan someter sus controversias al juicio de uno o más árbitros. Por supuesto que el convenio arbitral es requisito necesario para la configuración del arbitraje, pero también lo es el *receptum arbitrii* y el procedimiento arbitral. De manera que puede existir convenio arbitral sin *receptum arbitrii* y sin procedimiento arbitral, pero esto no es arbitraje. De arbitraje sólo se puede hablar cuando concurren la totalidad de sus elementos, esto es, el convenio arbitral, el *receptum arbitrii* y el procedimiento **arbitral**.

De ahí lo evidente del error del art. 1 de la Ley. No es mediante el arbitraje como mecanismo (el arbitraje no es un mecanismo, sino una institución), sino mediante el convenio arbitral, que las personas pueden someter sus controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras, a la decisión de uno o más árbitros, bajo el sistema del arbitraje administrado a través de los Centros de Arbitraje, o por árbitros independientes.

La definición de convenio arbitral que da el art. 5 de la Ley, coincide en lo sustancial con la contenida en el art. 7 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que dice que "acuerdo de arbitraje" es aquel "por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual".

IV.- EL NUEVO CONVENIO ARBITRAL

La Ley de Arbitraje y Mediación ha suprimido una figura técnica de amplia tradición en nuestro Derecho arbitral, como es la del contrato de compromiso, cuyo concepto abarcaba también el contrato preliminar de arbitraje o llamado también pacto o cláusula compromisoria. En su lugar ha dispuesto una nueva figura: el convenio arbitral.

Esta unificación constituye una de las reivindicaciones más sentidas por la doctrina, pues pretende dar los mismos efectos jurídicos al contrato de compromiso y a la cláusula compromisoria, a través del convenio arbitral.

Autores como GONZALES CAMPOS expresan que "un examen comparativo de la evolución de los sistemas nacionales, en las últimas décadas, pone de relieve que la distinción entre <compromiso> y <cláusula compromisoria> tiende a desaparecer, en beneficio de una construcción unitaria del <convenio de arbitraje>", y señalando que ésta ha sido también la evolución detectada en el Derecho Convencional. La conclusión del autor es que "tanto desde el plano de la unificación del derecho material del arbitraje como desde el derecho convencional internacional, se admite de forma general que el <compromiso> y la <cláusula compromisoria> poseen unos mismos efectos en orden a la realización del arbitraje" (GONZALEZ CAMPOS, J. Sobre el Convenio de Arbitraje. 1975 p. 5 y 42).

De este modo, con la figura del convenio arbitral, el pacto compromisorio se iguala en fuerza al contrato de compromiso.

Y es que el arbitraje ha venido marcado durante el presente siglo por un hecho fundamental: la creciente importancia de la cláusula o pacto compromisorio, conocida bajo la denominación de contrato preliminar de arbitraje, importancia que, en la práctica, relegó a un segundo plano a la figura del compromiso. Es más, toda vez que la ley, en su artículo 6, permite que el Convenio Arbitral se constituya "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", no es aventurado afirmar que el convenio arbitral será mucho más frecuente en su expresión de pacto compromisorio o cláusula arbitral, que de contrato de compromiso en los terminos y formalidades que el derogado Juicio por Arbitraje exigía.

A los efectos de conocer cuál es el alcance de la unificación introducida por la nueva Ley de Arbitraje, es conveniente conocer, aunque sólo sea "Agrosso modo", las características del pacto compromisorio y del compromiso.

Al pacto compromisorio se lo conoce como "contrato preliminar de arbitraje" que, en definición hecha por la doctrina, sería "el contrato por virtud del cual las partes se obligan a instituir un arbitraje o, lo que es lo mismo, a someter determinadas diferencias de posible surgimiento a juicio de árbitros". (DIEZ PICAZO. El Pacto Compromisorio, pág. 1156).

Mediante este contrato preliminar, también llamado "precontrato de arbitraje", las partes no comprometían sino que se obligaban a comprometer en el futuro. Se trataba de una preparación del arbitraje que consistía en un pacto por el cual las partes se comprometían a someter sus controversias, ante la eventual aparición de conflictos futuros, a la decisión de uno o más árbitros.

Por el contrario, el contrato de compromiso presupone ya un conflicto nacido. En el momento de la celebración de un contrato, las partes no se comprometían a someter las controversias futuras que surgieran del mismo a la decisión de árbitros, sino que ese acuerdo se producía a posteriori, una vez aparecido el conflicto.

En la vieja legislación procesal de arbitraje, derogada por la nueva Ley de Arbitraje y Mediación, la cláusula compromisoria estaba contenida en el convenio o compromiso de las partes de someterse a la decisión de árbitros, cláusula compromisoria y compromiso que podían ser anteriores a la controversia, o presentarse en cualquier estado de una causa pendiente.

Una característica esencial del contrato de compromiso establecido por el derogado Juicio por Arbitraje del Código Procesal Civil era la formalización judicial de compromiso. Mediante ella, las partes se obligaban en el mismo contrato a designar al juez de lo civil que debía dar posesión a los árbitros, intervenir en la causa en los casos en que ésta pasara a la jurisdicción legal, y ejecutar el laudo. También se le daban facultades al juez civil para compeler a los testigos rebeldes que se rehusaban a comparecer ante el llamado de los árbitros y a actuar como comisionados en la práctica de diligencias probatorias.

En la nueva ley, el convenio arbitral, es de suyo suficiente, para impedir a los jueces de la jurisdicción ordinaria común, el conocimiento de las cuestiones litigiosas susceptibles de transacción sometidas a arbitraje. Art. 7: "El Convenio Arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria".

Una de las modificaciones más relevantes de la nueva Ley de Arbitraje es, pues, la de suprimir esta función de la formalización judicial del compromiso, dotando al convenio arbitral de la potestad suficiente para impedir a los jueces comunes conocer de las controversias susceptibles de transacción que han sido sometidas a arbitraje.

V.- EL CONTENIDO NECESARIO DEL CONVENIO ARBITRAL

El convenio arbitral debe contener necesariamente las siguientes previsiones:

1) Debe de manifestar de forma expresa, por escrito, la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, de tal manera que no pueda inferirse de los actos de las partes.

Evidentemente si no media esa voluntad expresa e inequívoca el convenio arbitral será nulo. Desde mi punto de vista, la acción de nulidad del contrato por la causa indicada, deberá tramitarse por la vía ordinaria. La Ley de Arbitraje y Mediación no señala las causa de nulidad del convenio arbitral, excepto cuando en el art. 4, se refiere a la omisión de los necesarios requisitos a que deben acogerse las entidades que conforman el sector público que deseen someterse al arbitraje, por lo que, por analogía, debemos remitirnos a las normas del Código Civil que nos hablan sobre las causales de nulidad de los contratos en general. La nueva Ley sólo ha previsto, en el art. 31, causales específicas de nulidad del laudo, entre las que no se encuentra la falta de expresión de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje; además, determina un procedimiento puntual sobre la forma en que debe tramitarse el recurso de nulidad del laudo con fundamento en las causas señaladas en el indicado art. 31.

2) Debe determinar la relación jurídica, contractual o no contractual, de donde pueda surgir o haya surgido la controversia.

La Ley de Arbitraje y Mediación exige que las partes tengan definida la controversia que van a someter a la decisión arbitral. Con esto la Ley pretende dos objetivos. El primero de ellos es evitar que puedan someterse a arbitraje cuestiones que surjan de relaciones jurídicas que por su naturaleza están excluidas del ámbito de la Ley. El segundo es evitar la total y absoluta indeterminación.

En cuanto a este tema, el mismo permite el planteamiento de las siguientes interrogantes: en primer lugar, ¿puede ser objeto de un convenio arbitral una relación jurídica futura? Es mi opinión que sí, pues, relación jurídica determinada no significa relación jurídica actual o presente.

En segundo lugar, ¿es válido un convenio arbitral por medio del cual las partes someten a arbitraje todas las controversias que puedan surgir de relaciones jurídicas futuras entre ellas?

La premisa de la exigencia de la determinación del art. 5 de la ley, permitiría suponer una respuesta negativa. Sin embargo, sobre el asunto, la doctrina ha establecido que "hay que excepcionar de esta regla aquellas situaciones, bastante frecuentes en el tráfico comercial, de relacio-

nes periódicas y continuadas, sometidas muchas veces a las reglas del uso comercial o a una disciplina contractual uniforme, situaciones en las que es posible un convenio arbitral de carácter genérico para relaciones contractuales futuras". (**FERNANDO REGLERO**. El Arbitraje, pág. 88)

VI. LA OPCION POR EL ARBITRAJE DE DERECHO O POR EL DE EQUIDAD

De igual forma que en el derogado Juicio por Arbitraje del Código de Procedimiento Civil, en la nueva Ley las partes pueden optar por el arbitraje de derecho o por el de equidad (art.3). En ambas leyes, se establece como criterio aplicable en caso de silencio u omisión de las partes para acordar la clase de arbitraje, que ésta será en equidad, lo que cuadra mejor con la práctica, o bien, en el caso de que se encomiende el arbitraje a los Centros de Arbitraje, habrá de estarse a lo dispuesto en la misma Ley y a las normas y procedimientos expedidos por el Centro de Arbitraje y a sus reglamentos (arts. 2, 39 y 40).

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.

VII.- EL ARBITRAJE ADMINISTRADO O INSTITUCIONAL

La nueva Ley de Arbitraje y Mediación instituye el llamado "Arbitraje Administrativo o Institucional". Se lo conoce así, por oposición al arbitraje "personal" o "ad hoc" y se desarrolla a través de procedimientos expedidos por Centros de Arbitraje, instituciones especialmente facultadas por la Ley para practicarlos.

Los Centros de Arbitraje como tales, obvio es destacarlo, no pueden arbitrar sino por medio de sus integrantes, personas naturales. Pero vale

la distinción pues la responsabilidad del proceso y la autoridad de su resultado recaen sobre las propias entidades, que son preferidas por los interesados, y en grado extremo cuando se trata de conflictos internacionales.

Para citar tan sólo algunas con carácter ejemplificativo, tenemos la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), la Cámara Nacional de Comercio de México (CANACO), la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), la Cámara de Comercio de Guayaquil, que han adquirido tanto prestigio en su actividad, que constantemente crece el número de personas naturales y jurídicas que acuden a ellas en procura de solucionar sus conflictos.

El arbitraje administrado ofrece ventajas -e inconvenientes- que no presenta el arbitraje ad hoc. Según **CREMADES** "la institución como tal, no desaparece y difícilmente puede caer en situación de parcialidad en cuanto a las partes; ofrece buena garantía de eficaz gestión; vigila el procedimiento arbitral en todas sus fases, respaldando el laudo final con la autoridad y prestigio, no sólo del árbitro -que la propia institución designa- sino de ella misma, etc." (**CREMADES, Bernardo**. Estudios sobre Arbitraje, Madrid, 1977, pág. 148).

Por otra parte, los inconvenientes son: es necesariamente más lento que el arbitraje ad hoc y éste posibilita un mayor y más efectivo contacto del árbitro con las partes, máxime cuando ellas lo han designado teniendo en cuenta su propia persona y la confianza que ésta significa y despierta en los interesados.

DESIGNACION DE ARBITROS

El nombramiento de los árbitros es el acto jurídico por el que las partes se pronuncian acerca de cuántos y quiénes han de ser los árbitros que van a decidir la controversia, así como el momento en que se escoge la índole del fallo que ellos habrán de proferir.

De conformidad con la nueva legislación, el arbitraje se practicará de conformidad con la Ley y con las normas y procedimientos establecidos por los centros de Arbitraje cuando sea administrado; y, de acuerdo con lo que las partes pacten cuando es arbitraje independiente.

La demanda arbitral se presentará ante el director del Centro de Arbitraje correspondiente o ante el árbitro o árbitros independientes que se hubieren establecido en el convenio (art. 10). Presentada la demanda, el director del centro de arbitraje, o si fuere el caso, el árbitro o árbitros independientes previa su posesión, calificarán la demanda y mandarán a citar a la otra parte, (art. 11). Contestada o no la demanda, el director del centro de arbitraje o el árbitro de árbitros independientes notificarán a las partes, señalando día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación prevista por el art. 15 de la Ley, a fin de procurar un avenimiento de las partes.

De no existir acuerdo total en la audiencia de mediación, el director del centro de arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros, para que de común acuerdo designen en el término de tres días los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal. Las partes, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el centro e incluso, así mismo de mutuo acuerdo y por escrito, las partes podrán designar un sólo árbitro para que conozca la controversia. Este árbitro tendrá su alterno (art. 16).

La designación de los árbitros por las partes interesadas ha constituido históricamente el núcleo de la institución arbitral. La nueva ley evidentemente recoge este derecho y expresa en su art. 17 que el tribunal arbitral se conformará con tres árbitros principales y un alterno, quien intervendrá inmediatamente en el proceso en caso de falta, ausencia o impedimento definitivo de un principal.

Sin embargo, si las partes no efectuaren la designación de los árbitros o no se pusieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo, para lo cual el director del centro de arbitraje notificará a las partes a fin de que, en la fecha y hora que se señale y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el sorteo de los árbitros, para de esta forma, legalmente, integrar el tribunal de arbitraje.

Cuando se trate de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deben integrar el tribunal.

Sólo cuando no existe acuerdo para nombrar los árbitros independientes o éstos no aceptaren o no se posesionaren de su cargo, podrá inter-

venir el centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor, para designarlos en su lugar pero a petición expresa de cualquiera de las partes (art. 16).

Los preceptos citados nos permiten hacer las siguientes conclusiones:

a) El número de árbitros que conformen un tribunal de arbitraje ha de ser necesariamente uno o tres; situación que descarta la posibilidad de árbitros de un número par, o impar, distintos a los ya mencionados.

b) La Ley entiende que las partes deben nombrar a los árbitros, de común acuerdo, con lo cual se preserva el principio básico que se remonta al Fuero Juzgo de que los jueces voluntarios no podrían ser puestos sino por la avenencia de ambas partes sobre el particular.

c) El nombramiento de árbitros por parte de un tercero: Como ya se ha visto, la nueva Ley de Arbitraje permite, cuando las partes no se han puesto de acuerdo en la designación de los árbitros, que éstos sean nombrados por los centros de arbitraje. Este sistema garantiza el principio de imparcialidad que en alguna medida podría sentirse afectado con el nombramiento directo de las partes.

IX.- LA CAPACIDAD PARA CELEBRAR EL CONVENIO ARBITRAL

¿Cuál es la capacidad que la nueva Ley de Arbitraje exige a las partes de un convenio arbitral para que se considere válidamente celebrado? La Ley se limita a decir que podrán someterse al arbitraje "las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir" (art. 4).

Según el artículo 2373 de Código Civil "no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción". Quizá sería más exacto hablar del poder de disposición, es decir la facultad jurídica de desprenderse de un derecho, de gravarlo, de limitar o modificar su contenido.

La exigencia de la Ley de tener el poder de disposición de los objetos o derechos englobados en la transacción para ser capaz de celebrar ésta,

es razonable, porque toda transacción involucra la renuncia de un derecho y, cuando abarca la transferencia de un objeto, la enajenación del mismo. En efecto, renuncia y enajenación son formas de disposición.

Por tanto, aquella persona natural o jurídica que tiene capacidad para desprenderse de un objeto o derecho, renunciando a él o pudiendo transferirlo o enajenarlo a otra, es la que puede celebrar válidamente el convenio de arbitraje.

Este poder de disposición que legitima a las partes para celebrar el arbitraje no se refiere a los derechos en general, sino que se contrae a los que abarca el convenio arbitral. Es claro, entonces, que la capacidad a la que alude la ley para celebrar un convenio arbitral requiere un doble requisito: 1.- La capacidad general de actuar; y, 2.- El poder de disposición del derecho que es objeto del convenio.

Desde esta perspectiva, son incapaces para otorgar un convenio arbitral válido, de una parte, los incapaces absolutos según el art. 1490 del Código Civil. Ninguno de ellos puede celebrar acto jurídico alguno; en cuanto a los incapaces no absolutos como los menores adultos, los que se hallen en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas, en nombre y por cuenta de los mismos lo pueden hacer sus respectivos representantes legales: el padre, tratándose de un impúber, los curadores en otros casos y, los administradores de las personas jurídicas en los demás casos. Son pues los representantes legales, los que están legitimados para celebrar convenio arbitral sobre los bienes de sus representados. Naturalmente, y por otra parte, también son incapaces para celebrar válidamente el convenio arbitral, aquellos que aun teniendo capacidad general para actuar, se encuentran, por la circunstancia que fuere, desprovistos de la libre disposición del derecho objeto del arbitraje.

Respecto a las entidades que conforman el sector público, la Ley dice que éstas también pueden someterse al arbitraje, siempre que cumplan con los requisitos generales que señala la misma Ley, que tengan capacidad para transigir y que adicionalmente, cumplan otros requisitos complementarios. Así, dice el art. 4 de la Ley, que pueden pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia. Si acaso se quisiera firmar el convenio con posterioridad, es decir, después de surgida la controversia, tienen la obligación de consultar al Procura-

dor General del Estado, cuyo dictamen serán de obligatorio cumplimiento.

Además, la relación jurídica a la que se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual. El convenio incluirá también la forma de selección de los árbitros y será debidamente firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de la entidad pública.

El incumplimiento de cualquiera de los requisitos señalados, acarrea la nulidad del convenio arbitral.

X.- OBJETO DEL ARBITRAJE

Para que una determinada disputa se pueda someter a la decisión de un tribunal de arbitraje es preciso que cumpla con las siguientes condiciones:

a) Que la controversia surja entre personas naturales o jurídicas capaces de transigir, como lo manda el art. 4 de la Ley de Arbitraje, o sea que la Ley equipara el convenio arbitral al contrato de transacción regulado en el Código Civil, en cuyo artículo 2373, como ya vimos, dispone que "no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción", esto es, que este contrato sólo es posible entre personas plenamente capaces de disponer libremente de sus bienes, por lo cual no pueden ser partes en el proceso arbitral personas que adolecen de incapacidad absoluta.

b) Que el objeto del litigio o controversia sea susceptible de transacción, al tenor de la norma citada, o sea, que el asunto materia de la controversia no esté amparado o regulado por disposiciones de orden público, como son por ejemplo todo lo relacionado con el estado civil de las personas (art. 2376 del Código Civil); los alimentos futuros de personas con quienes se tenga obligación alimentaria (art. 2377, *ibídem*); no es posible el arbitraje sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen (art. 2378 *ibídem*); no cabe arbitraje respecto a la acción penal por la comisión de un delito, aunque es posible el arbitraje sobre la acción resultante del delito (art. 2375, *ibídem*). En todos estos casos está prohibido el arbitraje.

Tampoco pueden ser objeto de arbitraje bienes o derechos que por diversas razones la ley taxativamente los considera ineptos para el efecto.

Así, no cabe arbitraje sobre derechos de uso y habitación. Estos derechos tienen carácter personalísimo, son intransmisibles a los herederos y no pueden cederse a ningún título, prestarse ni arrendarse. Tampoco son materia de controversia arbitral los derechos establecidos por el Código del Trabajo, pues estos son irrenunciables.

De todo lo anterior, fluye que no se puede someter a arbitraje los derechos indisponibles, o sea, aquellos derechos ligados a la persona del sujeto y sustraídos a su poder dispositivo; tales son: a) los derechos que por su naturaleza no pueden concebirse sino en relación a un solo determinado sujeto (derechos de la personalidad, de familia, etc.), y b) aquellos derechos que independientemente de su naturaleza son puestos al servicio de un determinado sujeto por una norma legal inderogable, de manera que sea prohibido al sujeto mismo disponer de ellos.

XL LOS EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL

Según la doctrina sobre arbitraje, el convenio arbitral tiene dos efectos fundamentales: el llamado efecto positivo, que en nuestra Ley consiste en la obligación de las partes de 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, y el denominado efecto negativo, que se traduce en la prohibición a los órganos de la Función Judicial de conocer tales controversias.

En los que se refiere al efecto positivo, me remito a lo que ya expresé en líneas precedentes en el capítulo IV denominado "El nuevo Convenio Arbitral", en este mismo trabajo. Examinemos ahora, el efecto negativo del convenio arbitral.

La Ley ha instituido en el art. 7, lo que se denomina el efecto negativo, impositivo o preclusivo del convenio arbitral. Desde el punto de vista procesal, el mencionado artículo establece una declaración de falta de competencia objetiva de los órganos de la jurisdicción ordinaria,

con la salvedad de que, a diferencia de lo que ocurre en los casos de asuntos o controversias sometidos normalmente a esta jurisdicción, los jueces ordinarios no pueden apreciar de oficio su falta de competencia en los casos sometidos por las partes a arbitraje, pues para ello es necesario que la parte a quien interese la invoque mediante la oportuna excepción (art. 8 de la Ley de Arbitraje). Esta actividad procesal es exigencia rigurosa para la parte demandada, pues existe una presunción iuris et de iure de renuncia al convenio arbitral si el demandado, una vez que ha comparecido a juicio, realiza cualquier acto procesal que no sea el de proponer en forma la excepción de existencia del convenio arbitral que obligue al juez ordinario a inhibirse, por falta de competencia, para conocer la causa iniciada.

La prohibición de la Ley de Arbitraje dirigida a los jueces comunes de que conozcan de las controversias sometidas a arbitraje es una consecuencia lógica del verdadero alcance que debe darse al convenio arbitral, con el cual lo que tratan las partes es precisamente que despliegue su efecto negativo, esto es, sustraer sus controversias al conocimiento de la Función Judicial.

XII.- COMENTARIOS FINALES

Si la administración de justicia es la más cuestionada y delicada de las funciones que debe cumplir el Estado ecuatoriano, por cuanto sustenta la confianza de la sociedad en nuestro sistema de Derecho, esta circunstancia cobra más relevancia en el caso del arbitraje, porque el acto a través del cual se les defiende a árbitros el encargo de fallar un caso puntual y determinado impone siempre una manifestación de confianza de las partes, que se lleva a cabo en forma particular y concreta. Este aspecto de la cuestión resulta más importante cuando se conoce que dentro de las razones que inducen a las personas a buscar en el arbitraje la solución de eventuales diferencias o de aquellas ya existentes, tal vez la más destacable o primordial es el reconocimiento a la capacidad, pericia y especialidad del árbitro para resolver el conflicto que se le pide decidir, además de las consideraciones relativas a su absoluta imparcialidad y probidad.

Si a lo dicho agregamos que la nueva Ley de Arbitraje y Mediación establece el arbitraje administrado o institucional, resulta incuestionable que ahora el proceso de arbitraje del Código de Procedimiento Civil cuenta con las ventajas que proporcionan el prestigio y la seriedad

de los Centros de Arbitraje ya formados como el de la Cámara de Comercio o los que al amparo de la nueva legislación lleguen a constituirse, centros permanentes y especializados en donde los árbitros y el procedimiento se sujetarán no sólo a la Ley de la materia, sino también a lo señalado en los reglamentos o estatutos de esas instituciones.

Demos pues, la bienvenida a la nueva Ley de Arbitraje y Mediación y confiemos en que, gracias a ella, se impulsen los procesos arbitrales, haciendo del "arbitramento administrado" una herramienta eficaz que impida a los particulares seguir programando como conducta ordinaria, el incumplimiento de sus obligaciones, a sabiendas de que el aparato jurisdiccional no puede garantizar plenamente la defensa de los derechos que se desconocen maliciosamente, por el eterno problema de la "lentitud de la justicia". Aspiramos a que el nuevo arbitraje pueda constituir junto con otras medidas, un sistema que permita aplicar una justicia rápida y eficiente para quienes a él se acojan, produciendo de paso, la descongestión de buena parte de los asuntos que hoy se tramitan ante la justicia ordinaria.