



Universidad Del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

“El alcance y eficacia del Convenio Arbitral para solventar las controversias complejas derivadas del contrato de Fideicomiso Mercantil: Una perspectiva desde el Complex Arbitration”

Trabajo de Graduación previo a la obtención del título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República

Autora: Gabriela Estefanía Ortega Abad.

Director: Dr. Santiago Jara Reyes

**Cuenca – Ecuador
2018**

DEDICATORIA

A mi familia, por ser el pilar fundamental en mi vida.

Al equipo de arbitraje de la Universidad del Azuay, con quienes he compartido durante varios años lo fascinante y enriquecedor de entender y reflexionar el Derecho.

Gabriela.

AGRADECIMIENTOS

Agradezco a mis padres Mónica y Patricio, por ser un apoyo incondicional en todas las etapas de mi formación personal y profesional.

Agradezco a mis abuelos, Segundo, Laura, Bolívar, Aidita, por ser el ejemplo perfecto de amor, paciencia, entrega y sabiduría; espero algún día poder devolverles todo lo que me han enseñado.

A mis hermanos, María Emilia, Gustavo y Rafaella, por inspirarme a ser mi mejor versión.

A Mateo, por enseñarme a ver la vida desde otra perspectiva, gracias por ser incondicional.

A mis amigos Juan David y Juan David, por compartir y por la amistad; con ustedes me llevo de los mejores momentos en la vida universitaria.

Un especial agradecimiento al Doctor Santiago Jara, por ser mi director de tesis, maestro, compañero de profundas charlas, discusiones y debates, amigo; quien me ha enseñado y demostrado que el Derecho se estudia, si, pero sobre todo se razona; gracias por todo.

Gabriela.

ÍNDICE

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTOS	III
ÍNDICE	IV
RESUMEN	VIII
ABSTRACT	IX
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I	8
EL ARBITRAJE COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:	8
ANÁLISIS DE LAS CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS QUE RIGEN EL SISTEMA ARBITRAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.	8
1.1. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO:	8
1.2. NOCIÓN Y DEFINICIONES DEL ARBITRAJE COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.	9
1.3. PRINCIPIOS RECTORES DEL ARBITRAJE.	13
1.4. EL CONVENIO ARBITRAL.	17
<i>i. Definición y características.</i>	17
1.5. EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL.	22
<i>i. Elementos de existencia y validez del convenio arbitral.</i>	23
<i>ii. La aplicabilidad y ejecutabilidad del convenio arbitral como elementos que inciden en su eficacia.</i>	42
<i>iii. Consideraciones finales respecto la eficacia del convenio arbitral.</i>	45
1.6. EL ALCANCE DEL CONVENIO ARBITRAL.	45
<i>i. El alcance subjetivo.</i>	47
<i>ii. El alcance objetivo.</i>	49
1.7. CONSIDERACIONES FINALES:	51
CAPÍTULO II	53
LOS PROCESOS ARBITRALES COMPLEJOS:	53
ANÁLISIS DE LA PROBLEMÁTICA DE LA DOCTRINA DEL ARBITRAJE COMPLEJO (COMPLEX ARBITRATION)	53
2.1.INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO:	53
2.2.INTRODUCCIÓN A LA DOCTRINA DEL ARBITRAJE COMPLEJO (COMPLEX ARBITRATION):	54

2.3. EL TRATAMIENTO DEL ARBITRAJE MULTI-PARTES (<i>MULTIPARTY</i>): ANÁLISIS DE ARGUMENTOS JURISDICCIONALES EN LOS CASOS EN LOS QUE SE VEN INVOLUCRADAS MÁS DE DOS PARTES.	57
<i>i. Distinción entre partes del convenio arbitral y signatarios del convenio arbitral:</i>	
58	
<i>ii. Análisis de la denominada “teoría de las partes no signatarias del convenio arbitral”.</i>	59
<i>iii. Razones que permiten la aplicación de la teoría de las partes no signatarias en la legislación ecuatoriana.</i>	70
2.4. EL TRATAMIENTO DEL ARBITRAJE DE CONTRATOS O RELACIONES JURÍDICAS MÚLTIPLES (<i>MULTI CONTRACT</i>): ANÁLISIS DE ARGUMENTOS JURISDICCIONALES DERIVADOS DEL ALCANCE OBJETIVO DEL CONVENIO ARBITRAL.	74
<i>i. Escenarios frecuentes en el Arbitraje Multi Contract.</i>	75
<i>ii. Alcance de los efectos de un convenio arbitral contenido en un negocio jurídico a otro negocio jurídico que no contiene un convenio arbitral.</i>	76
<i>iii. Alcance de un convenio arbitral para abarcar reclamos derivados de otros contratos que también contienen convenio arbitral.</i>	87
<i>iv. Alcance de los efectos de un convenio arbitral contenido en un negocio jurídico a otro negocio jurídico que contiene una cláusula de sometimiento expreso a la jurisdicción ordinaria.</i>	93
2.5. LA COLIGACIÓN, CONEXIDAD, E INTERRELACIÓN DE CONTRATOS COMO FACTOR DE APLICACIÓN DE LA TEORÍA: NECESIDAD DE SU DELIMITACIÓN.	94
<i>i. El test de coligación contractual: Como un intento de evitar su aplicación indiscriminada.</i>	98
2.6. LA POSIBILIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ARBITRAJE <i>MULTI CONTRACT</i> EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.	102
2.7. CONSIDERACIONES FINALES:	106
CAPITULO III.....	109
EL FIDEICOMISO MERCANTIL COMO CONTRATO COMPLEJO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA	109
ANÁLISIS DE SU ESTRUCTURA COMPLEJA A EFECTOS DE APLICAR LA DOCTRINA DEL ARBITRAJE COMPLEJO A LAS CONTROVERSIAS QUE SURJAN EN RELACIÓN A ESTE CONTRATO.....	109
3.1. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO:	109
3.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA FIGURA:	110
3.3. CONCEPTO Y DEFINICIONES.	114
3.4. NATURALEZA DEL CONTRATO.	118
<i>i. Naturaleza del Fideicomiso Mercantil según la clasificación de los contratos realizada por el Código Civil ecuatoriano:</i>	119
<i>ii. Naturaleza del contrato de Fideicomiso Mercantil de conformidad con la clasificación de los contratos realizada por la doctrina.</i>	131
3.5. ELEMENTOS DEL CONTRATO:	133

i. <i>El elemento subjetivo: Primer elemento de estructura que incide en la naturaleza compleja.</i>	134
ii. <i>El elemento objetivo: Segundo factor de estructura que incide en su naturaleza compleja.</i>	153
3.6. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO:	158
i. <i>Irrevocabilidad y temporalidad:</i>	159
ii. <i>Inembargabilidad:</i>	160
iii. <i>Referencia al derecho general de prenda:</i>	162
3.7. CLASES DE FIDEICOMISO MERCANTIL: ESTRUCTURAS COMPLEJAS QUE PUEDEN GENERARSE A RAÍZ DE SU CELEBRACIÓN.	164
i. <i>El Fideicomiso Mercantil de Garantía:</i>	165
ii. <i>El fideicomiso mercantil inmobiliario:</i>	167
3.8. CONSIDERACIONES FINALES:.....	169
CAPÍTULO IV	171
LA APLICACIÓN DEL COMPLEX ARBITRATION EN EL CONTEXTO DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL:	171
ANÁLISIS DE LAS SITUACIONES DE TENSIÓN JURÍDICA GENERADAS EN LA DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DEL CONVENIO ARBITRAL A LAS RELACIONES JURÍDICAS DERIVADAS DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL.	171
4.1. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO:	171
4.2. LA ADHESIÓN AL FIDEICOMISO MERCANTIL: SITUACIONES DE TENSIÓN GENERADAS A CONSECUENCIA DE LA APLICACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN LA ADHESIÓN AL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL.	173
i. <i>Planteamiento de la situación de tensión:</i>	173
ii. <i>Factores que deben analizarse a efectos de determinar el alcance del convenio arbitral en la situación de tensión planteada.</i>	174
iii. <i>Soluciones respecto de la situación de tensión: Lineamientos que deben seguirse para determinar el alcance del convenio arbitral en la adhesión al fideicomiso mercantil:</i>	189
4.3. EL BENEFICIARIO EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL: ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN DE TENSIÓN GENERADA EN RAZÓN DEL ALCANCE DEL CONVENIO ARBITRAL AL BENEFICIARIO QUE NO COMPARECE EN LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO.	195
i. <i>Planteamiento de la situación de tensión:</i>	195
ii. <i>Factores a considerarse a efectos de analizar la situación de tensión planteada:</i> ..	197
iii. <i>Soluciones a la situación de tensión planteada: Lineamientos que deben considerarse a efectos de determinar el alcance del convenio arbitral respecto del beneficiario en un contrato de fideicomiso mercantil.</i>	203
4.4. EL FIDEICOMISO MERCANTIL COMO UN MECANISMO PARA INSTRUMENTAR UN PROYECTO INMOBILIARIO: LAS SITUACIONES DE TENSIÓN GENERADAS EN EL ANÁLISIS DEL ALCANCE DEL CONVENIO ARBITRAL EN LAS RELACIONES QUE SE CREAN A CONSECUENCIA DE LA ESTRUCTURA DE UN PROYECTO INMOBILIARIO.....	203
i. <i>Planteamiento de la situación de tensión:</i>	203

<i>ii. Análisis del primer escenario: El alcance del convenio arbitral contenido en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil al contrato de mutuo celebrado entre el constituyente y el fideicomiso mercantil:</i>	207
<i>iii. Análisis del segundo escenario: El alcance del convenio arbitral contenido en el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario al fideicomiso mercantil en garantía.</i>	
214	
4.5. CONSIDERACIONES FINALES:	218
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	220
BIBLIOGRAFÍA	226

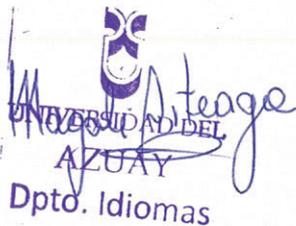
RESUMEN

¿Quiénes son parte del arbitraje? y ¿qué debe ser resuelto en vía arbitral? son dos interrogantes necesarias al momento de resolver respecto de la competencia de un tribunal arbitral, cuya respuesta requiere la determinación del alcance del convenio arbitral.

La presente tesis analiza los lineamientos que deben considerarse a efectos de determinar el alcance del convenio arbitral en las controversias complejas derivadas del contrato de Fideicomiso Mercantil. Para ello, se realizará un estudio de los elementos que aporta la doctrina del Arbitraje Complejo, la cual basa su análisis en aquellos procesos arbitrales cuyo tratamiento involucra cierto grado de complejidad, ya sea por factores que inciden en el ámbito subjetivo o en el ámbito objetivo. Posteriormente, se revisarán los elementos que conforman la estructura del contrato de Fideicomiso Mercantil con el objetivo de evidenciar las controversias complejas que pueden derivarse de este contrato, a fin de aplicar los postulados del Arbitraje Complejo en la resolución de aquellas.

ABSTRACT

Who takes part in an arbitration process? and what should be resolved by arbitration? are two necessary questions when deciding on the competence of an arbitral tribunal. Their response required the determination of the scope of the arbitration agreement. This thesis analyzed the guidelines that must be considered to determine the scope of the arbitration agreement in complex disputes arising from commercial trust agreements. A study of the elements that the doctrine of complex arbitration contributed was made. The analysis was based on those arbitration processes dealing with a certain degree of complexity due to factors that affected the subjective or the objective scope. Subsequently, the elements that formed the structure of the commercial trust agreement were reviewed. The objective was to demonstrate the complex controversies that could arise from this contract to apply the principles of complex arbitration in its resolution.




Translated by
Ing. Paul Arpi

INTRODUCCIÓN

En el arbitraje, entre las decisiones de mayor trascendencia e importancia, sin duda alguna se encuentra aquella que conlleva la resolución respecto de la competencia del tribunal arbitral. Y es que, en virtud del principio Kompetenz - Kompetenz, la ley atribuye a los árbitros la decisión de resolver respecto de su propia competencia, la cual a su vez dependerá de la verificación del consentimiento de las partes de someterse a un proceso arbitral, al ser el arbitraje un mecanismo alternativo de resolución de conflictos cuya naturaleza es consensual y extraordinaria.

Es precisamente por estas características que la jurisdicción arbitral se encuentra condicionada bajo ciertos límites que son determinantes en la procedencia de este sistema. El acuerdo de voluntades de someterse al arbitraje, forma parte de este conjunto de límites, toda vez que la ley supedita la legitimidad de este método de solución de controversias a la constatación del acuerdo de las partes de optar por la vía arbitral; de esta manera, el actuar de los árbitros tendrá que adecuarse a lo que las partes hayan decidido y pactado, constituyendo entonces un límite directo al accionar de un tribunal arbitral.

De conformidad con nuestra legislación, el acuerdo en virtud del cual las partes deciden someter sus controversias al arbitraje se denomina convenio arbitral, en consecuencia, al ser este un requisito de procedencia y el cause originario del sistema, la resolución respecto de la competencia del tribunal requerirá necesariamente del análisis de este convenio, teniendo en consideración que al ser el pacto arbitral un negocio jurídico, le son aplicables las normas que rigen a los negocios jurídicos en general.

Así, en el convenio arbitral deberán verificarse todos los elementos de existencia y validez del negocio jurídico, entre ellos, el consentimiento y el objeto. De esta manera, frente a un convenio arbitral encontraremos un elemento de carácter subjetivo que estará conformado por las partes que hayan prestado su consentimiento y un elemento objetivo que consistirá en

los supuestos de hecho (las controversias) que las partes deciden someter a la decisión de un árbitro.

En este sentido, es importante considerar que en relación a un convenio arbitral pueden hacerse diversos análisis, empero, en todos los casos, ameritará examinarlo a efectos de responder las siguientes dos interrogantes que, en cuanto menos, deberá plantearse un tribunal arbitral al momento de resolver sobre su competencia: ¿quién debe ser parte del arbitraje? ¿qué asuntos deben ser resueltos en la vía arbitral?, pues como se dijo, el convenio arbitral constituye el límite del actuar del árbitro.

La determinación del alcance del convenio arbitral pretende dar respuesta a estas interrogantes. En el derecho arbitral, el término alcance se utiliza para establecer la relación, tanto subjetiva como objetiva, entre el convenio arbitral que es invocado por alguna de las partes como requisito de inicio y procedencia del proceso arbitral, y la relación jurídica controvertida a cuya resolución se pretende llegar en el proceso, así el convenio arbitral debe reflejar su alcance tanto subjetivo como objetivo respecto de la controversia planteada.

Es decir, la determinación del alcance del convenio arbitral tiene como finalidad establecer si las partes procesales respecto de las cuales el proceso será sustanciado, son efectivamente partes del convenio arbitral invocado, así mismo, si el objeto de la controversia sobre el cual se trahará la litis, es objeto del convenio arbitral.

La importancia de analizar el alcance del convenio arbitral deriva de los efectos que trae consigo la naturaleza consensual del arbitraje, toda vez que la fuente de la competencia de un tribunal arbitral es precisamente la voluntad de las partes, en consecuencia, un árbitro carece de competencia respecto de quien no ha manifestado su consentimiento de someterse a la vía arbitral y a su vez quien no consiente en el arbitraje tiene derecho a ser juzgado por la autoridad competente. De igual manera, un tribunal arbitral no será competente para conocer respecto de controversias que no hayan sido objeto del pacto arbitral.

En esta línea, la respuesta a las preguntas antes referidas (¿quiénes? y ¿qué?) no siempre será sencilla. Si bien puede no ameritar mayor discusión aquellos casos en los que se pretenda iniciar un arbitraje respecto de una controversia que refleje incuestionablemente la similitud entre las partes que pretenden activar la vía arbitral (o contra quienes se pretenda hacerlo) y las partes que hayan consentido en el arbitraje, así mismo cuando no exista mayor duda respecto de si el objeto de la controversia se equipara con el objeto del convenio arbitral; sin embargo, cuando nos encontramos frente a controversias en las que intervienen varias partes o en aquellas en las que el objeto de la litis versa sobre varios contratos o varias relaciones jurídicas, esta paridad o similitud puede no ser evidenciada a simple vista; razón por la cual, en este escenario, la respuesta a las referidas interrogantes requerirá de un análisis mucho más detallado a efectos de poder determinar, con certeza, el consentimiento de las partes.

La doctrina del Arbitraje Complejo, o más conocida como Complex Arbitration, establece elementos y criterios para solucionar estas situaciones complejas relacionados con procesos arbitrales que deben ser llevados a cabo en este tipo de escenarios. Esta corriente doctrinaria, cuyo origen radica en el derecho arbitral internacional, parte de aquellos casos en los que un proceso arbitral debe sustanciarse entre múltiples partes, o respecto de dos o más contratos y relaciones jurídicas; es decir, procesos en los cuales la resolución respecto de la competencia de un tribunal arbitral revestirá cierta dificultad al momento de determinar el alcance subjetivo y objetivo del convenio arbitral.

Tanto la doctrina como la práctica arbitral coinciden en que dentro las áreas más desafiantes para el estudio del arbitraje, tanto teórico como práctico, es la tratamiento de disputas entre múltiples partes, contratos múltiples, reclamos múltiples y procedimientos múltiples, calificando al estudio del Arbitraje Complejo, como un área que implica un análisis técnico y minucioso de las circunstancias que giran en torno a esta materia.

Vale indicar, que de conformidad con estadísticas establecidas por instituciones arbitrales internacionales, la mayor parte de los arbitrajes que se sustancian en ellas son procesos que por lo general involucran tres o más entidades, así mismo, procesos cuyo objeto requiere el análisis de dos o más negocios jurídicos. Es por esta razón que el derecho arbitral se ha empeñado en estudiar los elementos que conforman los procesos arbitrales complejos, para así poder establecer las soluciones pertinentes para aquellos casos en los que la resolución respecto de la competencia de un tribunal arbitral revista cierta dificultad por la naturaleza de la relación jurídica controvertida.

Por otro lado, el contrato de Fideicomiso Mercantil es un contrato que por sus peculiares características ha sido considerado como una de las figuras jurídicas con mayor desarrollo y evolución en los últimos tiempos, siendo su versatilidad y la seguridad que brinda este contrato para la consecución del fin esperado por las partes, lo que ha permitido categorizarlo como un contrato predilecto para la instrumentación de diversos tipos de negocios que requieren de una estructura flexible y adaptable a las necesidades de las partes.

Nuestra legislación, lo define como el contrato por el cual una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporeales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, el cual está dotado de personalidad jurídica, dicha transferencia se realiza para que la fiduciaria, que es su representante legal, cumpla con las finalidades instituidas en el contrato de constitución, ello puede ser bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

Del referido concepto podemos observar que incluso desde la configuración más simple de este contrato, en todos los casos intervendrá al menos un constituyente, una fiduciaria, un beneficiario, y el patrimonio autónomo como entidad dotada de personalidad jurídica creada en consecuencia del contrato. Es decir, el fideicomiso mercantil supone una estructura subjetiva

que por la naturaleza misma del contrato, se encuentra conformada por más de dos calidades. A ello se le agrega la posibilidad que la misma norma incluye respecto de que un contrato de fideicomiso mercantil este conformado por varios constituyentes y varios beneficiarios. De esta manera, se puede constatar, en cuanto menos, un elemento subjetivo complejo en este contrato.

En adición a ello, como bien se indicó en líneas anteriores el fideicomiso mercantil ha sido considerado como una figura jurídica idónea para estructurar e instrumentar proyectos de gran envergadura. La naturaleza de este contrato, ha permitido catalogarlo como una figura morfo genética, es decir en base a la cual encuentran su origen una infinidad de contratos. Ello obedece también a la naturaleza de los proyectos que subyacen a la constitución de un contrato de fideicomiso mercantil, los cuales para su consecución requieren de la celebración de varios contratos alrededor de aquel.

En este sentido, el contrato de fideicomiso mercantil es fuente de relaciones jurídicas complejas, y en tal virtud, será potencialmente fuente de controversias complejas, las cuales requerirán de la aplicación de los postulados de la doctrina del Arbitraje Complejo en caso de verificarse el consentimiento de las partes de someter al arbitraje los conflictos derivados de un determinado contrato fideicomiso mercantil.

Con estos antecedentes, lo que se propone en el presente trabajo es realizar un análisis respecto del alcance y la eficacia del convenio arbitral para resolver controversias complejas que se deriven del contrato de fideicomiso mercantil, con la finalidad de esbozar los lineamientos que deben seguirse y considerarse al momento de determinar la competencia de un tribunal arbitral, análisis que se realizará en el marco de la doctrina del Arbitraje Complejo, la cual aporta elementos trascendentales y necesarios para resolver respecto de esta situación.

Para ello, en el primer capítulo se introducirá al arbitraje como método alternativo de solución de controversias en la legislación ecuatoriana, se analizarán las reglas y principios que rigen al arbitraje en nuestra legislación, así como se realizará un análisis de los elementos que

conforman y revisten al convenio arbitral, haciendo énfasis en el estudio de su alcance y eficacia. Este capítulo nos permitirá establecer bases claras sobre las cuales se apoyará el estudio de los postulados de la doctrina del Arbitraje Complejo, teniendo en cuenta que, al ser esta una doctrina cuyo origen se encuentra en la práctica arbitral internacional, es necesario conocer los factores y elementos base sobre los cuales el Arbitraje Complejo podrá ser aplicado en el Ecuador.

En el segundo capítulo se estudiará, con detalle, la doctrina del Arbitraje Complejo y los elementos que la misma aporta para resolver situaciones jurisdiccionales en procesos arbitrales complejos. Se analizarán los escenarios que de conformidad con esta doctrina deben ser catalogados como complejos, así como los criterios que deben considerarse a efectos de resolver respecto de la competencia de un tribunal arbitral en este tipo de arbitrajes. En este capítulo jugará un papel muy importante el estudio de casos en los cuales los elementos que aporta el Arbitraje Complejo han sido aplicados para la determinación del alcance del convenio arbitral. Así mismo, se analizará la pertinencia de la aplicación de estos postulados con fundamento en la legislación ecuatoriana.

En el tercer capítulo, se estudiará el contrato de fideicomiso mercantil en la legislación ecuatoriana. Se revisarán sus principales características y elementos a efectos de advertir su naturaleza compleja, así como las posibles controversias complejas que pueden derivar de este contrato. Es importante tener en consideración que si bien los postulados de la doctrina del Arbitraje Complejo pueden ser aplicados en todos los escenarios que evidencien situaciones multi partes y multi contratos, empero se ha escogido como objeto de análisis al contrato de Fideicomiso Mercantil por su especial estructura y naturaleza.

Finalmente, en el capítulo cuarto se aplicarán los postulados de la doctrina del Arbitraje Complejo para resolver escenarios complejos derivados del contrato de fideicomiso mercantil, para tal efecto, se plantearán situaciones de tensión jurídica con la finalidad de esbozar aquellos

lineamientos que deben ser considerados al momento de resolver respecto de la competencia de un tribunal arbitral en cada escenario propuesto. Este capítulo tiene un fin netamente práctico y de aplicación, toda vez que el análisis del alcance de un convenio arbitral responde a una *questio facti*, debido a que la determinación del consentimiento de las partes para arbitrar varía dependiendo de la circunstancia en concreto de que se trate, empero, se determinarán aquellos elementos que deben ser considerados en la generalidad de los supuestos de hecho que conformen los escenarios propuestos.

CAPITULO I
EL ARBITRAJE COMO MÉTODO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE
CONTROVERSIAS:

Análisis de las características y principios que rigen el sistema arbitral en la legislación
ecuatoriana.

1.1. Introducción al capítulo:

El presente capítulo tiene por objeto introducir al arbitraje como método alternativo de solución de controversias en la legislación ecuatoriana.

La importancia de conocer los principios y normas que rigen al arbitraje en el Ecuador radica en la necesidad de una plena comprensión de la base normativa sobre la cual la doctrina del Arbitraje Complejo será estudiada y aplicada. Es por ello que, se considera pertinente, en primer lugar, abordar respecto de los elementos que son necesarios para entender aquellos factores que sirven como fundamento de la problemática que se planteará en capítulos posteriores.

A lo largo del presente capítulo analizaremos cuales son las bases sobre la cual nace la institución del del arbitraje como método de solución de disputas en la legislación ecuatoriana, exponiendo los factores que inspiran esta institución, entre los cuales el convenio arbitral ocupará un espacio importante en el desarrollo del capítulo.

Pondremos especial atención en el tratamiento del alcance y eficacia del convenio arbitral, toda vez que de su correcta apreciación dependerá la comprensión de los temas a tratarse en momentos posteriores.

1.2. Noción y definiciones del arbitraje como método alternativo de solución de controversias en la legislación ecuatoriana.

A manera general, el arbitraje es un método heterocompositivo de solución de controversias, el cual se deriva de la voluntad de las partes quienes deciden sustraer de la jurisdicción ordinaria la solución de los conflictos que surjan entre ellas, para que los mismos sean resueltos por privados revestidos de la facultad de administrar justicia.

En palabras del Dr. Salcedo Verduga:

“El arbitraje en la época actual, en todos los países del mundo cuyas legislaciones lo preveen es una institución que se presenta como un mecanismo de reacción contra las deficiencias e ineficacias de la administración de Justicia del Estado, no con el propósito de convertirse en un mero auxiliar de la Función Judicial, sino con pretensiones de sustituir al Poder Judicial en una serie de campos y actividades donde se considera que el sistema formal y estatal no es eficiente”. (2007, pág. 38)

Es decir, consiste en un verdadero sistema de administración de justicia, al cual por su naturaleza, se le aplican reglas y principios propios que reflejan su alternabilidad a la jurisdicción ordinaria.

Roque Caivano (2013) define al arbitraje como aquel sistema en el que la decisión que pone fin al conflicto no emana de los jueces del Estado, sino de particulares. A él se llega generalmente en forma voluntaria, a través de cláusulas mediante las cuales las partes deciden someter determinadas cuestiones a resolución de árbitros en lugar de acudir a los jueces.

El sustento normativo del arbitraje en la legislación ecuatoriana se encuentra, en primer lugar, en la Constitución de la República del Ecuador la cual en su Art. 190 reconoce al Arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos, así como también en el texto de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana que define al sistema arbitral como 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.

De lo expuesto podemos deducir que las características principales del arbitraje en el contexto ecuatoriano son las siguientes:

~ **Es un mecanismo que resuelve conflictos.** Para que un proceso arbitral pueda ser llevado a cabo se requiere una contienda entre las partes. Ello en virtud de que la naturaleza misma de este sistema es la resolución de un conflicto, el cual de conformidad con el Diccionario de la Lengua Española (2016), consiste en un “*combate, lucha, pelea*”, es decir en un enfrentamiento de intereses contrapuestos.

Según el criterio de Salcedo Vergduga, en estricta técnica jurídica el arbitraje esta destinado a resolver controversias, ya sean presentes o futuras y de conformidad con la ley no habría arbitraje si se tratase de un asunto no controvertido.

~ **La voluntad de las partes es su cause originario.** No hay arbitraje si no existe voluntad de someterse a este mecanismo. A mas de ser una característica, es un principio que rige e inspira la totalidad del sistema arbitral.

Como veremos más adelante, esta voluntad se ve reflejada en el convenio arbitral, que será el detonante para la declaratoria de competencia de un tribunal arbitral y además fijará los límites del actuar de los árbitros.

En este sentido, la naturaleza del arbitraje es convencional y excepcional a la justicia ordinaria.

~ **Sustraer la controversia del ámbito de la competencia judicial.** Esta consiste en una de las finalidades principales del arbitraje, al ser la consecuencia inmediata de someter las controversias a la decisión de árbitros.

Cabe recalcar que esta característica de ninguna manera atenta contra la garantía al juez natural, toda vez que al encontrarse garantizado el arbitraje como mecanismo de solución de controversias en la Constitución del Ecuador, el Estado faculta a que en ciertos casos haya una suerte de desplazamiento de las facultades jurisdiccionales a privados para que resuelvan una determinada controversia.

De tal forma que, lo que si vulneraría la garantías constitucionales, de manera concreta la garantía a ser juzgado por un ente competente, sería el llevar a cabo un proceso en justicia ordinaria cuando exista un convenio arbitral pactado por las partes.

~ **La decisión es tomada por un privado.** En consecuencia de la característica anterior, en el arbitraje, aquel privado, que actúa como tercero imparcial para la emisión de un veredicto sobre pretensiones controvertidas se denomina árbitro.

Los árbitros no forman parte de la función judicial del Estado, ni mucho menos están investidos de imperium, sin embargo la ley les atribuye la potestad de administrar justicia para cada caso en concreto, prescindiendo así del poder judicial.

En relación a ello, Roque Caivano, sostiene que las diferencias entre jueces y árbitros se derivan principalmente de la diversidad del origen y de su status, y manifiesta lo siguiente:

“Los jueces deben su jurisdicción a la Constitución Nacional y a las leyes dictadas en su consecuencia, que organizan el servicio de administración de justicia a través del Poder Judicial de la Nación y de los respectivos Poderes Judiciales provinciales. La jurisdicción de los jueces es, por lo tanto, permanente y genérica, con la sola limitación de la competencia en que -por territorio y materia- dividen la tarea. En el caso de los árbitros, su jurisdicción depende en forma mediata de las normas que admiten la

instauración de un sistema particular de administración de justicia, si bien en forma inmediata la facultad de juzgar les es atribuida por los litigantes que los nombran para resolver un caso concreto”

De esta premisa se desprende la obligación del árbitro de pronunciarse exclusivamente respecto de aquello que las partes le han encomendado.

~ **El laudo es definitivo e inapelable.** En efecto, el Art. 30 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana dispone que los laudos son inapelables y sobre los mismos no podrá interponerse ningún otro recurso más que los de aclaración y ampliación.

Así mismo, el Art. 32 del mismo cuerpo normativo establece que un laudo arbitral tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, por lo que se ejecutarán de la misma forma que las sentencias de última instancia. Al respecto, Salcedo Verduga (2007) manifiesta:

“por un lado el laudo resuelve de carácter definitivo las controversias sometidas al arbitraje y, por otro, dicha decisión, tomada en un proceso de única instancia, no admite el recurso de apelación, por lo que se torna irrevocable y no puede ser revisado en vía jurisdiccional”. (pág. 53)

Sin perjuicio de lo indicado, respecto del laudo se puede interponer la acción de nulidad prevista en el Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, invocando las causales que taxativamente enumera el referido artículo, no obstante debe tenerse en cuenta que la revisión que se hace del laudo mediante esta acción recae únicamente respecto de vicios o errores *in procedendo*, es decir defectos en el procedimiento, más no respecto de vicios *in iudicando* o errores en el fondo.

Según lo expuesto, podemos observar que el arbitraje se presenta como un mecanismo con características especiales y atractivas para quienes pretenden evitar la jurisdicción ordinaria para resolver sus controversias. Por esta razón en la actualidad se evidencia cierta predilección por acudir a la vía arbitral para solventar conflictos, teniendo en cuenta que si bien en el

Ecuador ha existido un gran avance en materia arbitral, aún nos queda mucha tela por cortar en relación con países vecinos, en los cuales el desarrollo de esta materia es notablemente mayor.

1.3. Principios rectores del arbitraje.

Los principios que se enuncian a continuación servirán como pilar fundamental para la interpretación de todas las normas que integran el sistema arbitral, así como para la interpretación de los convenios arbitrales.

i. La Alternabilidad:

En palabras del Dr. Edgar Neira Orellana (2012), la alternabilidad es la característica principal del arbitraje de la cual derivan todas las demás. Esta característica se desprende de la literalidad del Art. 190 de la Constitución de la República del Ecuador, y en tal virtud debe entenderse como un mandato de más alto rango normativo.

El término “alternativo” proviene del latín *alternātus*, y significa “opción entre dos o más cosas”, razón por la cual, la alternabilidad ubica al arbitraje como una opción de un sistema paralelo a la justicia ordinaria para resolver controversias.

En este sentido, el caracterizar al sistema arbitral de esta manera, implica a su vez que los elementos que componen el mismo sean tratados de igual forma; por lo tanto, el conjunto de normas que comprenden el sistema arbitral será también calificado como alternativo.

Este principio nace de una premisa que si bien puede parecer sencilla, en la práctica ha traído algunas discusiones respecto de su interpretación y aplicación: el sistema alternativo de solución de conflictos es diferente del sistema de justicia ordinaria.

La doctrina ha manifestado varios efectos o consecuencias de la alternabilidad del arbitraje, a continuación nos referiremos a dos en particular, que a nuestro criterio ratifican esta importante característica:

~ **La especialidad de las normas:** Se considera que a consecuencia de la alternabilidad el régimen procesal del arbitraje se sujeta a normas que le son propias, diferentes de las aplicables a los juicios ordinarios. En relación a ello el Dr. Edgar Neira Orellana (2012) manifiesta:

“Las normas que regulan al arbitraje son diversas y se rigen por un principio de especialidad. Institutos y métodos de interpretación, que son propios del arbitraje”. (pág. 40)

De tal forma que, al proceso arbitral se le aplicarán las normas especiales que el legislador ha previsto para esta materia, lo que excluye la aplicación de las normas procesales previstas para los procesos que se ventilan en justicia ordinaria.

En relación a ello, el artículo 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana dispone que las reglas de procedimiento civil son aplicables supletoriamente a los arbitrajes en derecho, de tal forma que las mismas se aplicarán exclusivamente en caso de silencio normativo.

Sin perjuicio de ello, existen casos puntuales en los que la Ley de Arbitraje y Mediación se remite a las normas procesales aplicables para los juicios ordinarios, tales como el Art. 9 en relación a las medidas cautelares, el Art. 10 respecto de los requisitos de la demanda, el Art. 11 de la citación y contestación de la demanda arbitral, entre otras.

La especialidad de las normas que rigen el sistema arbitral ha sido discutida no solo a nivel de doctrina sino también en la jurisprudencia, ello en virtud de que existen diversos criterios al momento de resolver confrontaciones jurídicas relacionadas con la aplicación directa de normas procesales “no especiales” a la materia arbitral.

~ **El impedimento de interferencia de los jueces sobre el arbitraje:** El autor anteriormente citado indica que “el impedimento a la interferencia de los jueces sobre el arbitraje, constituye uno de los instrumentos procesales más idóneos para precautelar la

alternabilidad del método compositivo frente al juez ordinario cuyo reconocimiento ha sido ampliamente regulado en todos los ordenamientos legales” (Neira Orellana, 2012, pág. 48).

Así, la alternabilidad genera una prohibición de intromisión por parte de los jueces ordinarios en el arbitraje. Este obstáculo se refleja principalmente en las siguientes premisas:

- i. No procede el anuncio de competencia entre árbitros y jueces.
- ii. Las decisiones tomadas por un tribunal arbitral no pueden ser revisadas, en cuanto al fondo, por los órganos judiciales.

En este mismo sentido, el Art. 30 del referido cuerpo normativo, dispone que sobre un laudo arbitral no cabe ningún recurso sino los horizontales de aclaración y ampliación; prevee también la acción de nulidad del laudo arbitral cuando se hayan cumplido las causales que taxativamente determina la citada norma. Este artículo también es una consecuencia directa del principio de alternabilidad.

ii. La Transigibilidad:

La transigibilidad es otro principio que se deriva de la literalidad del texto constitucional, toda vez que el Art. 190 de la Carta Fundamental, dispone que los procedimientos alternativos de solución de conflictos aplicarán “con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”; lo que vuelve a la transigibilidad en un principio de procedencia del arbitraje.

Es este mismo sentido el Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que 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.

Para poder analizar cuales son las controversias que podrán ser susceptibles de transacción, debemos ubicarnos en el contexto del Art. 2348 y subsiguientes del Código Civil Ecuatoriano, que regulan el contrato de transacción. De igual manera debemos situarnos en los

límites que dispone el Art. 11 del Código Civil respecto de la renuncia de derechos, al ser la transacción un contrato que por su naturaleza implica la renuncia de derechos controvertidos.

De esta forma, podemos concluir que la transigibilidad determina la arbitrabilidad objetiva de las controversias que pretendan ser sometidas a un arbitraje.

iii. Kompetenz – Kompetenz:

El Kompetenz - Kompetenz consiste en la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia.

Este es un principio que deriva no solo del texto de la Ley de Arbitraje y Mediación, sino también del principio de Alternabilidad del Arbitraje, toda vez que es un principio propio del Arbitraje como método Alternativo de Solución de Controversias.

El Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, dispone que:

“Art. 22.- Una vez constituido el Tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el Secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el Tribunal resolverá sobre su propia competencia”

Es decir, dentro de esta norma que regula una de las audiencias que deben darse en un procedimiento arbitral como lo es la Audiencia de Sustanciación, se incluye la obligación de los árbitros de decidir sobre su competencia, para lo cual el tribunal arbitral decidirá en base al alcance del convenio arbitral que haya sido invocado por el demandante en su acto de proposición.

Téngase en cuenta además que el texto de la norma citada, permite realizar la conclusión de que el Tribunal Arbitral debe decidir sobre su competencia antes de conocer los méritos de la controversia, por lo que las partes litigantes en un proceso arbitral, deberán esgrimir todos los argumentos jurisdiccionales para que el tribunal se declare competente o por el contrario se declare no competente.

iv. La voluntad de las partes como principio rector:

De conformidad con lo que manifiesta el autor Roque Caivano (2015) el consentimiento es la “piedra angular del arbitraje”, por lo que los efectos de este principio permanecerán como pilar fundamental durante todo el proceso arbitral.

Y es que el carácter de extraordinario del arbitraje, requiere la verificación de la voluntad de las partes de renunciar a la jurisdicción ordinaria, la cual constituye el fundamento de la existencia de este mecanismo de resolución de conflictos.

Tal como lo analizaremos en líneas posteriores, el consentimiento al arbitraje se verá reflejado en el convenio arbitral, por lo tanto si bien las formas de consentir al arbitraje puede variar dependiendo del caso en concreto, en el arbitraje siempre se buscará la verificación de este elemento, que consiste pues en el cause originario del arbitraje.

De tal forma que el análisis de la voluntad de las partes en el convenio arbitral, es un requisito *sinae cuanon*, para determinar el ámbito de la litis, pues no procede un arbitraje en el que se intente resolver situaciones de hecho que no se encuentren detalladas en el convenio arbitral, y ello, aunque suene redundante, debido a que la voluntad de las partes así lo ha establecido. Sobre estas situaciones volveremos con más detalle posteriormente.

1.4. El Convenio Arbitral.

i. Definición y características.

La doctrina ha caracterizado al convenio arbitral como la piedra angular del arbitraje. Y es que la concurrencia de voluntades que da lugar a este mecanismo alternativo de solución de controversias se ve reflejada en el convenio arbitral, el cual a su vez constituye el punto de partida para la procedencia de esta vía.

El Dr. Ernesto Salcedo Verduga (2007) define al convenio arbitral como “un acto contractual que expresa la voluntad de las partes de conferir una jurisdicción especial a

particulares denominados árbitros para que resuelvan en derecho o en equidad las controversias litigiosas susceptibles de transacción, presentes o futuras, excluyéndolas de la intervención de los órganos jurisdiccionales del Estado”. (págs. 105,106)

Según Francisco González de Cossío (2004) el convenio arbitral es un contrato en virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje.

En concordancia con los criterios expuestos, el Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, define al convenio arbitral como “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”.

El Art. 6 del mismo cuerpo normativo, dispone lo siguiente:

“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”.

De conformidad con lo expuesto, podemos distinguir las siguientes características del convenio arbitral:

~ **En un contrato generador de obligaciones:**

De conformidad con el Art.1454 del Código Civil ecuatoriano, el contrato es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. En el caso del convenio arbitral, las partes se obligan a someter a un procedimiento arbitral las controversias que se susciten entre ellas, lo cual produce dos efectos: uno positivo y uno negativo.

El efecto positivo del convenio arbitral consiste en la obligación de las partes de acudir al arbitraje cuando surja entre ellas una determinada controversia. Al respecto el autor Bernardo Cremades sostiene que:

“los efectos positivos del convenio arbitral se traducen en la obligación de las partes de estar y pasar por lo estipulado, por lo que si una controversia se encuentra cubierta por el convenio arbitral no puede una de las partes rechazar el arbitraje”. (Cremades, 2011, pág. 668)

Por otro lado, y consecuentemente, el efecto negativo consiste en el impedimento de los jueces ordinarios para conocer respecto de relaciones jurídicas controvertidas sobre las cuales se ha pactado un convenio arbitral.

Así, podemos observar que entre las partes subyace una obligación de hacer, al ser su deber el acudir al arbitraje en caso de suscitarse un conflicto entre ellas. Sin embargo, de forma paralela nace también una obligación de no hacer, al estar las partes impedidas de acudir a la justicia ordinaria en caso de acontecer una controversia.

Que el convenio arbitral sea un contrato conlleva la aplicación de las reglas y principios aplicables a los contratos y a las declaraciones de voluntad. El Dr. Hernán Coello García (2010) sostiene que son tres los efectos que producen los contratos: **i) el principio de la ley del contrato**, por el cual se genera un efecto vinculante que obliga a las partes, quienes no pueden unilateralmente dejar sin efecto lo pactado; **ii) el principio de la buena fé contractual¹**, o más

¹ Este principio se encuentra contenido en el Art. 1562 del Código Civil ecuatoriano que dispone: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella”.

conocido como *pacta sunt servanda*, por el cual los contratos deben ser ejecutados de buena fé y por consiguiente obligan a todas las cosas que emanan de la naturaleza misma de la obligación; **iii) el principio de la responsabilidad contractual**, que nace de “la posibilidad de que los contratos puedan otorgarse ya en beneficio recíproco de los contratantes, ya en utilidad de una sola de las partes, lo cual da lugar a que el grado de responsabilidad sea diferente” (Coello, 2010, p.124).

Sin perjuicio de aquello, es preciso recalcar que las obligaciones generadas por el convenio arbitral tienen una naturaleza particular que lo distinguen de las otras clases de contratos, toda vez que su objeto implica la renuncia a la jurisdicción ordinaria, la cual, de conformidad con nuestra legislación, es en esencia extraordinaria.

Al respecto, la autora Myriam Castro Salcedo, citada por García Larriva (2012) manifiesta que:

“el arbitraje nace de un negocio jurídico que como tal, proviene de la libre expresión de la voluntad de las partes vinculadas por el pacto arbitral. Sin embargo por medio del contrato de arbitraje las partes invisten de jurisdicción a personas privadas con el fin de que decidan definitivamente un conflicto que los involucra”. (págs. 69,70)

Por último, vale hacer hincapié en que el convenio arbitral como contrato de generador de obligaciones, no produce exclusivamente efectos *inter partes*, sino que además, de su naturaleza se desprenden efectos para el tribunal arbitral y para los órganos jurisdiccionales, quienes por mandato legal deberán adoptar un determinado comportamiento frente a la presencia de un convenio arbitral.

~ **Es un contrato autónomo:**

A más de ser una característica, la autonomía de la cláusula arbitral constituye un principio rector del sistema arbitral, también conocido como principio de separabilidad, el cual

se traduce en la siguiente premisa: el convenio arbitral no se ve necesariamente afectado por los vicios que pueda sufrir el contrato que lo contiene.

Ernesto Salcedo Verduga (2007) indica que este principio tiene una doble razón de ser, la razón jurídica que se sustenta en la necesidad de contrarrestar el resultado que acarrearía el hecho de que el contrato que incluye una cláusula arbitral estuviera viciado ya sea de invalidez o de inexistencia, esto es la invalidez o inexistencia del convenio arbitral; y la razón de ser fáctica que hace alusión a la imposibilidad de que pudiera resolverse mediante arbitraje la existencia de un vicio en el contrato principal.

Recalca el autor, que de no existir este principio, el incluir a la controversia un aspecto sobre la validez o existencia del negocio principal necesariamente traería aparejado que su deseo original de arbitrar fuera frustrado, toda vez que el asunto debería resolverse en justicia ordinaria.

El inciso tercero del Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, contiene este principio y dispone que “la nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”, determinando su status autónomo.

Por otro lado, separabilidad el convenio arbitral se encuentra estrechamente vinculada con el principio Kompetenz- kompetenz, a tal punto que es posible afirmar que la eficacia del primero se ve reflejada en la correcta aplicación del segundo.

Roque Caivano (2015) sostiene que al ser la función del kompetenz- kompetenz el evitar la sustracción prematura de la jurisdicción de los árbitros, este principio complementa la premisa de la separabilidad y autonomía en virtud de que les corresponde a los árbitros pronunciarse sobre los vicios de existencia y validez de la cláusula a efectos de declararse competentes o no competentes para conocer el fondo del asunto.

En este sentido, la aplicación correcta del principio de separabilidad va de la mano con la aplicación del principio Kompetenz- Kompetenz, por lo que los árbitros “habrán de discernir si la causal que se invoca para pretender la inexistencia, ineficacia o nulidad del contrato es también susceptible de afectar al “contrato dentro del contrato”” (Caivano, 2015, pág. 29).

Cabe precisar que, si bien en un inicio el principio de autonomía y separabilidad fue creado para proteger al convenio arbitral de los vicios de nulidad que pueda tener el contrato que lo contiene; no obstante, la evolución y desarrollo de este principio ha permitido que en la actualidad no aplique de forma exclusiva para la nulidad, sino que se proteja también de vicios que acarren la suspensión e ineficacia del contrato principal.

1.5. Eficacia del convenio arbitral.

Hablar de la eficacia de un contrato es, en estricto sentido, hablar de la producción y surtimiento de sus efectos jurídicos. De conformidad con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la eficacia consiste en la “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera”, de tal forma que para determinar si un contrato es eficaz se deberá, en primer lugar, identificar los efectos que se espera que este produzca.

En el caso del convenio arbitral, como se indicó ya anteriormente, sus efectos comprenden la obligatoriedad de las partes de someter sus controversias al arbitraje (efecto positivo) y el impedimento de los jueces ordinarios de conocer respecto de aquellos asuntos sometidos al arbitraje (efecto negativo).

Siendo así, por la naturaleza contractual y procesal del convenio arbitral, sus efectos no se limitan exclusivamente a la relación entre las partes sino que además se espera que el mismo surta efectos frente a un tercero: el árbitro, en los casos de iniciar una demanda arbitral en la que se buscará la declaratoria de competencia del tribunal, y el juez en los casos en que el convenio arbitral sea alegado como excepción en un proceso iniciado en justicia ordinaria.

De tal forma que, la eficacia del convenio arbitral estará supeditada a la concurrencia de los elementos que sean suficientes para que por un lado, permitan a un tribunal arbitral declararse competente para conocer una controversia, y por otro, generen la abstención de conocer tal controversia por parte de los órganos jurisdiccionales.

La doctrina considera que el análisis de la eficacia de los actos jurídicos no es una tarea sencilla, ello en virtud de que la mayor parte de los regímenes jurídicos no regulan de forma expresa las consecuencias de la ineficacia. En la legislación ecuatoriana, por lo general la eficacia se determina con la verificación de los requisitos de existencia y validez de los negocios jurídicos; no obstante, cuando se trata del convenio arbitral la concurrencia de aquellos si bien es necesaria (es decir hace falta indispensablemente) no es suficiente (es decir no basta) para atribuirle al convenio arbitral el carácter de eficaz.

Conuerdo con los profesores Alesandri, Somarriva y Vodanovick, quienes sostienen que se puede hablar de la ineficacia en sentido amplio y en sentido estricto. Con la primera se hace referencia a un acto que no genera sus efectos propios o deja de producirlos por una causa intrínseca o inherente a la estructura del acto mismo (es decir por sus elementos constitutivos como los de existencia y validez), o ya sea que dicha causa consista en un hecho extrínseco o ajeno a el.

Por otro lado, de conformidad con los autores, la ineficacia *strictu sensu* supone que el acto existe y es válido, sin embargo no puede surtir los efectos que espera a causa de circunstancias ajenas a los requisitos de existencia y validez. En el presente acápite se analizarán los elementos que pueden incidir en la ineficacia del convenio arbitral ya sea en un sentido amplio o en un sentido estricto.

i. Elementos de existencia y validez del convenio arbitral.

Hemos dicho ya en reiteradas ocasiones que el convenio arbitral es un contrato al cual se le aplican las reglas y principios de los contratos y de las declaraciones de voluntad en

general. En tal virtud, se le aplicarán también los requisitos de existencia y validez que prevé nuestra legislación para los negocios jurídicos, con la precisión de que los mismos deben ser interpretados en armonía con los requisitos dispuestos por la Ley de Arbitraje y Mediación como norma especial².

Partamos de la siguiente diferenciación: un negocio jurídico es inexistente cuando, por omisión de alguno de sus requisitos de “existencia” no surte efectos, por tanto no nace a la vida jurídica. La inexistencia opera ipso iure y en caso de haberse producido algún efecto de hecho, las cosas deben restituirse.

Por otro lado, un negocio jurídico es nulo cuando por falta alguno de los requisitos de “validez” la autoridad competente declare su nulidad. En este caso, el acto nace a la vida jurídica y produce todos sus efectos mientras la nulidad no sea declarada.

Arturo Alessandri Besa, aporta a esta distinción con el siguiente criterio:

“la nulidad se aplica a negocios jurídicos que han nacido a la vida jurídica, que tienen existencia como tales, pero que contienen un vicio que afecta su plena eficacia, vicio que

² Cabe mencionar que en los arbitrajes nacionales, no existe mayor dificultad en la determinación de la normativa aplicable para los requisitos de existencia y validez del convenio arbitral, sin embargo cuando se trata de arbitrajes internacionales su determinación constituye un elemento crucial, sobre todo por que en la mayoría de los casos la *lex arbitri*, la ley sustantiva que regulan el fondo de la disputa, y la ley que sustantiva que regula al convenio arbitral como contrato, son distintas, en tal caso la determinación de los requisitos de existencia y validez del convenio arbitral implicará un análisis mucho más elaborado del que se realiza usualmente en los arbitrajes nacionales.

puede acarrear su invalidez. Este vicio no impide que el acto produzca todos sus efectos, sino que autoriza para pedir su anulación a la Justicia”.

Si bien en la legislación ecuatoriana no se regula de manera concreta el régimen aplicable a la inexistencia de los negocios jurídicos, sin embargo en varias disposiciones normativas se utilizan expresiones como “no surten efectos”, “no celebrados”, las cuales en estricta técnica jurídica hacen alusión a la inexistencia del acto; empero, la jurisprudencia de alguna manera ha tratado de solventar este problema, considerando en su mayoría que la inexistencia de los actos jurídicos se sanciona con la nulidad absoluta.

a) Elementos de existencia:

~ El consentimiento:

Si el convenio arbitral es la piedra angular del arbitraje, el consentimiento es la piedra angular del convenio arbitral. Louis Josserrand (2008) indica que el consentimiento es el acuerdo de voluntades con la intención de crear obligaciones. Este requisito no debe ser confundido con el concepto de contrato, al ser este la consecuencia de aquel, empero deberá reunir ciertas condiciones y ser expresado de cierta manera para que pueda considerarse un elemento constitutivo de contrato.

La formación del *cum sentire*³ resulta de la verificación de dos etapas: **i) la oferta:** que consiste en el acto jurídico en virtud del cual una parte propone a otra la celebración de un contrato (Coello García, 2006, p.65); **ii) la aceptación:** que consiste en el acto jurídico por el cual una persona, a la que va dirigida a oferta, manifiesta expresa o tácitamente al oferente su conformidad con ella (Coello García, 2006, p.65).

³ Este término refleja la consideración etimológica del consentimiento y significa: “sentir con el otro”.

En este sentido, la concurrencia de voluntades para formar el consentimiento no se manifiesta de manera simultánea, sino que necesariamente la oferta deberá presentarse en un momento anterior a la aceptación. Recalco esta situación en virtud de la importancia que pueden tener los actos coetáneos y anteriores a la aceptación para efectos de interpretar la voluntad de las partes, así como la importancia de conocer el momento preciso en el que se formó el consentimiento⁴.

En adición a ello, existen dos formas de aceptar una oferta, la forma expresa y la forma tácita. La primera, en palabras del Dr. Gonzalo Bascur Retamal (2010) hace alusión a la aceptación contenida en una declaración en la cual el aceptante, en términos explícitos y directos, revela su intención de celebrar una determinada convención en los términos propuestos en la oferta. Por otro lado la aceptación tácita es la que se desprende de un comportamiento que revela inequívocamente el acuerdo de celebrar una convención (Bascur Retamal, 2010, p.108).

La formación del convenio arbitral requiere de la concurrencia de voluntades de conformidad con lo antes indicado, empero ¿cabe la manifestación tácita de someterse al arbitraje?

Existen varios criterios al respecto. Hay quienes sostienen que no procede esta posibilidad al implicar el convenio arbitral la renuncia a la jurisdicción ordinaria, y al ostentar

⁴ Bascur Retamal (2010) sostiene que las razones principales por las que es importante conocer el momento en el que se forma el consentimiento son las siguientes: 1. Las partes al momento de la celebración del contrato deben ser legalmente capaces; 2. El contrato comienza a producir efectos desde el momento en el que se perfecciona; 3. La formación del consentimiento pone fin al derecho de revocar la oferta; 4. El momento de la formación del consentimiento determina si hubo o no objeto ilícito.

el arbitraje el carácter de extraordinario, por lo que la voluntad debe necesariamente ser expresa por ser el arbitraje un proceso excepcional⁵.

Por otro lado, hay quienes sostienen que no existe impedimento para que el consentimiento de arbitrar sea tácito, más aún cuando “existen diversas operaciones que, ya sea por razones prácticas o lógicas, se viven y cumplen sin que las partes celebren formalmente un contrato por escrito y con sus firmas” (Gonzalez de Cossio, pág. 13).

La respuesta a esta interrogante tiene estrecha relación con el análisis de la “forma” del convenio arbitral, la cual se encuentra regulada en el Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación al disponer que el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Si bien esta situación será analizada un poco más adelante, cabe advertir que la nueva tendencia en material arbitral, que ha servido de fundamento para el desarrollo de varias teorías que centran su atención esclarecer las maneras adecuadas para verificar la presencia del acuerdo de voluntades como elemento central del arbitraje, afirma una tesis más consensualista y menos formalista del convenio arbitral.

En este sentido, cabe acotar que el Art. 6 de la Ley de Arbitraje y Mediación, reconoce también otras formas de someterse al arbitraje y dispone lo siguiente:

⁵ En esta línea argumentativa se pronunció el Tribunal Arbitral en el caso No.028-09 de la Cámara de Comercio de Quito, el cual se declaró incompetente al considerar que el convenio arbitral necesariamente debe constar por escrito, sin estar previsto en la legislación ecuatoriana el convenio arbitral tácito ni el allanamiento a la jurisdicción arbitral por parte de quien no lo ha suscrito, indicando que de conformidad con los Art. 5 y 6 de nuestra Ley de Arbitraje y Mediación no se encuentra prevista la aceptación tácita, como se expondrá más adelante, me encuentro en desacuerdo con esta tesis.

“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”

De ello se desprende entonces que nuestra legislación permite consentir al arbitraje a través de cualquier medio de comunicación escrito del cual pueda existir una constancia documentada, siendo clara la posibilidad de que el consentimiento no necesariamente debe manifestarse de forma simultánea.

Sin embargo, para analizar estrictamente el consentimiento tácito de un acuerdo arbitral, a mi criterio, debemos analizar si es que la formalidad escrita del acuerdo arbitral conlleva un impedimento para esta posibilidad, considerando que el término “escrito” no ha sido definido en la ley.

Para ello es necesario precisar que el consentimiento tácito no es sinónimo de acuerdo verbal, pues es plenamente viable celebrar un contrato verbalmente en el que tanto la oferta y la aceptación sean expresas. Así mismo, el consentimiento expreso no es sinónimo de acuerdo escrito, toda vez que podría ser tácita la voluntad expresada de forma escrita, es decir podría no contener términos explícitos y directos.

En este sentido, a criterio personal, al no haberse previsto en la ley que el consentimiento para someterse al arbitraje debe ser expreso, podemos concluir que si cabría la posibilidad de someterse tácitamente al arbitraje siempre y cuando se deje constancia documental de la concurrencia de voluntades.

No obstante, cabe indicar que cuando se trate del sometimiento al arbitraje en contratos de adhesión, que se encuentren protegidos por el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la ley exige que la aceptación de la cláusula arbitral en el contrato de

adhesión debe ser expresa, caso contrario la misma será considerada nula de pleno derecho. En este sentido, el numeral 4 del Art. 43 del referido cuerpo normativo dispone lo siguiente:

“Art. 43.- Cláusulas Prohibidas.- Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que:

4.Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento” (el subrayado me corresponde).

~ **La forma del convenio arbitral:**

Las formalidad como elemento esencial específico de un negocio jurídico, consisten en una “especial manera de manifestar la voluntad para ciertos actos y contratos” (Coello García, 2006, p. 141, 142). Su fundamento radica en la intención del legislador de proteger la voluntad de celebrar aquellos actos jurídicos que son considerados de especial relevancia.

En este sentido, la forma es una norma protectora cuyo fin es procurar que la trascendencia del acto jurídico que esta en vías de celebrarse, sea correctamente evaluada, más aún cuando ello implica la renuncia de tribunales estatales (Gonzalez de Cossio, pág. 4).

El desarrollo histórico de la formalidad del convenio arbitral en nuestra legislación, evidencia la intención del Ecuador de acoger ciertos lineamientos en materia arbitral que han sido reconocidos por legislaciones de países vecinos o por normas de carácter internacional.

A consecuencia de ello, la Ley de Arbitraje y Mediación Ecuatoriana vigente, prescinde del requisito de escritura pública para la celebración de un convenio arbitral, así como de la exigencia de la firma de quienes suscriben el acuerdo de arbitraje.

En relación a ello, Francisco Gonzáles de Cossío sostiene que:

“La abolición del requisito de firma tiene implicaciones importantes. Quiere decir que, en lo sucesivo, la determinación de la existencia de consentimiento no se centrará en determinar si las partes plasmaron su rubrica, sino en saber si se está en presencia de algo mucho más importante: un acuerdo de voluntades”. (Gonzalez de Cossio Abogados, S.C., pág. 12)

En este contexto, como lo hemos mencionado ya en el punto anterior, la formalidad que exige la ley consiste en que el convenio arbitral conste por escrito. Respecto de aquello se ha discutido ampliamente si el requisito debe ser considerado como una solemnidad *ad solemnitatem* o como una solemnidad *ad probationem*, ello a efectos de concluir sobre la posibilidad de aceptar otras formas de sometimiento al arbitraje.

La Ley Modelo UNCITRAL, utiliza un estándar bastante amplio respecto del tema, permitiendo que se cumpla con la formalidad del convenio arbitral con la simple constancia de su contenido a través de cualquier forma.

Así la opción uno del Art. 7 del referido cuerpo normativo dispone lo siguiente:

- 1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
- 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.
- 3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya *concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.*

4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

A diferencia de lo que ocurre con nuestra legislación, la Ley Modelo detalla que es lo que debe entenderse por acuerdo “escrito”, e incluye dentro de este concepto al acuerdo verbal, así como al intercambio de demanda y contestación en la que no exista negación respecto del convenio arbitral. Gonzales de Cossío, haciendo un análisis de esta norma sostiene que:

“La definición no puede ser más amplia. Abarca todo. Es decir, en lo sucesivo, “escrito” significa también “no escrito” (como lo entiende el derecho civil).²⁴ Es decir, para efectos de la forma del acuerdo arbitral, existe una regla especial de obligaciones que se aparta de su contenido bajo el *ius commune*”. (pág. 12)

El autor concluye indicando que se ha disminuido con la Ley Modelo UNCITRAL el rigor de la forma del convenio arbitral, ello con la intención de que el requisito pase de ser una solemnidad *ad solemnitatem* a una formalidad *ad probationem*, ello con la finalidad de que la

determinación de la existencia de un acuerdo arbitral sea el resultado de analizar lo que al respecto establece el cuerpo legal idóneo para realizar dicha determinación, como lo es el derecho de las obligaciones aplicable. Esto en virtud de que tratar a la exigencia formal como un elemento de prueba en vez de un requisito de existencia se apega mucho más a la realidad del tráfico jurídico.

Trayendo este análisis al caso ecuatoriano, Hugo García Larriva (2012) sostiene que luego de la revisión de algunos precedentes arbitrales puede llegarse a la conclusión de que “la mayoría del foro ecuatoriano que trata el tema, concluye que el requisito de escrituración previsto en los artículos 5 y 6 de la LAM constituyen solemnidades *ad probationem*, que como lo es ya común para la doctrina internacional pretende basar el análisis sobre la existencia del consentimiento más que sobre la existencia de tal o cual forma” (García Larriva, 2012, págs. 82,83).

De tal forma que, a criterio del citado autor, la interpretación de este requisito debe ser en el sentido de que lo que se exige es un indicio de prueba por escrito de la existencia de convenio arbitral, más no el consentimiento por escrito por parte de quien pretenda vincularse al convenio arbitral.

Concuero con el criterio que sostiene el autor, sin embargo, vale la pena precisar que la existencia de debate sobre este tema, amerita un mayor esfuerzo por parte de quienes practican en esta área del derecho, para encontrar argumentos que atribuyan de buenas razones al árbitro para resolver sobre un caso en particular, teniendo en cuenta además que como se detallará en el siguiente capítulo, el análisis que pueda hacerse respecto del consentimiento en el arbitraje dependerá del caso en concreto.

~ **El Objeto:**

De conformidad con el Art. 1476 del Código Civil, toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. De la interpretación literal de la referida norma, el objeto del negocio jurídico consiste en aquello que a su vez será objeto de la obligación de dar, hacer o no hacer, que nace en virtud del acuerdo de voluntades.

Doctrinarios como Louis Josserand, Manuel Albaladejo, y Gonzalo Bascúr Retamal sostienen que debe hacerse una distinción entre el objeto del contrato y el objeto de la obligación procedente de ese contrato⁶.

“Cuando el Código habla del objeto del contrato, se salta una etapa, refiriéndose al “objeto del objeto del contrato” (cosa o hecho). El contrato crea la obligación, que a su vez recae sobre una prestación determinada”. (Bascur Retamal, 2010, p.171)

De tal forma que, el objeto del contrato, consiste en el nacimiento de una o varias obligaciones, y el objeto de la obligación será aquello sobre lo cual recaiga la ejecución de dicha obligación.

Manuel Albaladejo (2002) señala que el objeto como materia del negocio debe ser entendido como aquella realidad sobre la que el negocio versa, la materia de este, es decir los

⁶ Cabe señalar que los referidos autores basan su análisis en códigos civiles de tradición romanista, cuyo origen, al igual que en el caso ecuatoriano, se deriva del Código Civil francés. Respecto del presente análisis debe considerarse especialmente el criterio de Gonzalo Bascur Retamal quien basa su análisis en la legislación chilena, la cual es en gran parte idéntica a la ecuatoriana. El Art. 1460 del Código Civil Chileno respecto del objeto dispone lo siguiente: “Art. 1460. Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer. El mero uso de la cosa o su tenencia puede ser objeto de la declaración”.

bienes, utilidades, intereses o relaciones sobre que recae la voluntad negocial, por tanto las que se regulan por el negocio.

El mismo criterio aplica respecto del convenio arbitral. Tal como lo indicamos anteriormente, el convenio arbitral tiene por objeto la creación de la obligación de las partes de someterse al arbitraje para solventar sus controversias, y consecuentemente la obligación de abstenerse de acudir a la justicia ordinaria para solventar aquello sobre lo cual se pacto el arbitraje. Por otro lado, el objeto de esta obligación recaerá en la relación jurídica sobre la cual surtirá efectos el convenio arbitral, así como los presupuestos fácticos cuya solución las partes deciden excluir de la justicia ordinaria y someter al arbitraje.

Cabe recalcar que el Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación exige que se determine la relación jurídica sobre la cual el convenio arbitral surtirá efectos⁷. Aquello se relaciona con la exigencia de nuestra legislación respecto de que todo negocio jurídico debe estar determinado.

En este sentido podemos hablar del objeto del convenio arbitral desde un doble punto de vista: **i)** en un sentido amplio, como la obligación de las partes de someterse al arbitraje; **ii)** en un sentido estricto, como la relación jurídica y los supuestos de hecho que las partes deciden someter al arbitraje.

Es preciso indicar que el objeto constituye un elemento fundamental a efectos de analizar el alcance del convenio arbitral, toda vez solo aquellos supuestos de hecho que se hayan

⁷ El Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone lo siguiente: “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*” (el subrayado me pertenece).

pactado en el convenio arbitral podrán ser resueltos en arbitraje, y en consecuencia solo respecto de aquellos el tribunal arbitral podrá declararse competente.

~ **La Causa:**

La causa como elemento de existencia del negocio jurídico ha sido objeto de largas discusiones doctrinarias respecto de su pertinencia como elemento esencial en los actos jurídicos. Es por esta razón, que no se encuentra fácilmente uniformidad en la definición de este elemento.

Pese a ello, la doctrina ha distinguido tres teorías en relación a la causa:

- a) **La teoría de la causa eficiente:** Se entiende por esta al “*elemento generador del efecto, el que da origen a algo que antes no existía, lo cual, concretado a las obligaciones, significa el acto que les da vida, la fuente de donde emanan*” (Bascur Retamal, 2010, p. 192).

De conformidad con esta teoría la causa consiste en la fuente de la obligación, esto es el hecho jurídico que le da origen.

- b) **La teoría de la causa final:** De conformidad con esta teoría, la causa constituye el fin directo e inmediato que la parte se propone en razón del acto. Bascúr Retamal (2010) cita a Luis Claro Solar, quien sostiene que la causa es el fin o propósito inmediato e invariable de un acto, siendo entonces una finalidad constante del acto independientemente de sus móviles individuales.

A esta se la conoce también como doctrina clásica, cuyos precursores como Domat y Pothier, indican que para conocer la causa se debe atender al tipo de contrato de que se trate, así en los contratos bilaterales, la causa de la obligación de una de las partes es la obligación de la contraparte y viceversa; en los contratos reales, la causa es la entrega de la cosa; en los contratos gratuitos, la causa es la liberalidad.

c) **La teoría de la causa ocasional o subjetiva:** Según esta teoría, la causa equivale a los motivos de carácter individual que han llevado a las partes a realizar el acto. *“Al estar la causa constituida por los motivos o móviles psicológicos, esta podrá ser distinta en cada acto o contrato”* (Bascur Retamal, 2010, p.193).

Esta teoría es la más criticada en virtud de que no permite formular un criterio de causa objetivo aplicable a una misma especie de actos jurídicos, en virtud de que los motivos pueden variar infinitamente.

En este sentido, la definición de causa como elemento esencial del contrato, dependerá del criterio que sea acogido por un determinado ordenamiento jurídico. Al igual que en Chile, en el Ecuador se discute si la legislación acoge la teoría de la causa final o de la causa ocasional, sin embargo, del criterio expuesto en algunas resoluciones judiciales, se desprende que la teoría mayormente aceptada es la de la causa final, por lo que al ser el convenio arbitral un contrato bilateral, podemos concluir que la causa de una parte de renunciar a la justicia ordinaria y someterse a un arbitraje, consiste en la carga obligacional de la otra parte de someterse al arbitraje, y viceversa.

b) Elementos de Validez:

~ Capacidad.-

El Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que *“podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma”*; por tanto, podrán ser parte de un convenio arbitral quienes tengan capacidad legal para celebrar actos jurídicos.

El Dr. Hernán Coello García (2006), define a la capacidad en general como la aptitud que reconoce la ley a favor de las personas para hacerlas titulares de la facultad de adquirir derechos y obligaciones y ejercitar tales derechos. De tal forma que se regula la capacidad desde un doble sentido, por un lado la capacidad de goce entendida como la facultad para adquirir

derechos y obligaciones, que es connatural a la calidad de persona; y por otro, la capacidad de ejercicio, que consiste en la facultad de la persona de obligarse por si misma sin el ministerio ni la autorización de otra⁸.

De conformidad con el Art.1462 del Código Civil “*toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces*”, por lo que en nuestro sistema la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, de tal forma que lo que corresponderá es verificar si aquella persona que consintió en el arbitraje incurre o no en los supuestos de incapacidad previstos en la ley.

En este sentido, las incapacidades se clasifican de la siguiente manera: i) **Incapacidades absolutas:** Cuyo efecto es la nulidad absoluta, en esta clasificación se encuentran comprendidos los dementes, los menores impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito; ii) **Incapacidades relativas:** Cuyo efecto es la declaratoria de nulidad relativa, y comprende a los menores púberes, los interdictos y las personas jurídicas; iii) **Incapacidades particulares:** Son prohibiciones que la ley realiza respecto de determinadas personas que si bien son capaces ante la ley, se les impone una prohibición para celebrar ciertos actos jurídicos.

Por tanto, en caso de que el tribunal arbitral llegue a advertir que alguna de las partes incurre en uno de los supuestos de incapacidad, no podrá declararse competente para conocer la controversia al estar el convenio arbitral viciado de nulidad.

Cabe recalcar que la importancia de la capacidad como elemento de validez del convenio arbitral ha sido reconocida expresamente por normas de carácter internacional como

⁸ De conformidad con Bascur Retamal (2010) la capacidad de ejercicio, a diferencia de la adquisitiva, no pertenece a todas las personas, toda vez que pudiendo ser titulares de derechos existen sujetos que no pueden ejercerlos por si mismos.

lo son por ejemplo la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras y la Ley Modelo UNCITRAL, las cuales califican a la incapacidad de alguna de las partes como causal de nulidad e inejecutabilidad del laudo arbitral⁹.

~ **Consentimiento libre de vicio.-**

Para que el convenio arbitral sea válido, deberá verificarse que el consentimiento se haya manifestado libre de vicios. Enunciaremos brevemente los factores que de conformidad con nuestra ley pueden viciar el consentimiento:

- a) **El error:** Louis Josserand (2008) indica que el error consiste en el defecto de concordancia entre la voluntad verdadera o voluntad interna, y la voluntad declarada.

⁹ El Art. 34 de la Ley Modelo UNCITRAL, en relación a la petición de nulidad de un laudo arbitral dispone lo siguiente: *“El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6 cuando: a) la parte que interpone la petición pruebe: i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7 estaba afectada por alguna incapacidad (...).”*

Por su parte, el Art. V de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras dispone: *“Solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:*

- a) *Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable (...).”*

Deben distinguirse tres clases de errores: el error esencial que consiste en aquel error de hecho que recae sobre la especie o naturaleza del acto o contrato¹⁰; el error sustancial que ocurre cuando la sustancia o calidad del objeto sobre el que versa un acto o contrato es distinta de lo que se cree, así mismo puede ocurrir cuando el error recae sobre la persona con la que se contrata; por último el error accidental que no vicia el consentimiento puesto que recae sobre “*cosas que ni esencial ni naturalmente corresponden al contrato y que las partes agregan mediante cláusulas accidentales*” (Coello García, 2006, p.73).

- b) **La fuerza:** Bascur Retamal (2010) manifiesta que la fuerza es la coacción física o psicológica que se ejerce sobre una persona con el objeto de atemorizarla y determinarla de esta forma a celebrar un acto o contrato.

La fuerza puede ser física o psicológica, para que la segunda vicie el consentimiento deberá reunir ciertos requisitos: ser grave, injusta, determinante, y actual.

¹⁰ Gran parte de la doctrina considera que esta clase de error evidencia más que un vicio, una ausencia de consentimiento, calificándolo como un impedimento para la formación misma de aquel, por lo que sugieren tratarlo como un elemento de inexistencia del negocio jurídico. Existen también autores como Arturo Alessandri Rodríguez, quienes sostienen que la sanción que debería aplicarse a esta clase de error es la nulidad absoluta, debido a que el consentimiento en un acto jurídico debe referirse tanto al objeto como a la causa, por lo que si hay error en ellos no se forma el consentimiento y el acto carece de objeto y de causa, en tal virtud si la causa ilícita y el objeto ilícito son sancionados con la nulidad absoluta, su ausencia con mayor razón debería acarrear esta sanción.

c) **El dolo:** *“Equivale a aquella maquinación fraudulenta destinada a engañar a una persona para determinarla a que preste su voluntad con el fin de celebrar un determinado negocio jurídico”* (Bascur Retamal, 2010, p.142).

Los requisitos que debe cumplir el dolo para que constituya vicio del consentimiento son: **i)** debe ser principal, es decir que la declaración de voluntad haya sido realizada precisamente en razón de la gestión dolosa; **ii)** la gestión dolosa debe ser ejecutada por una de las partes y no por un tercero.

~ **Objeto lícito.-**

Hemos dicho ya que el análisis del objeto del convenio arbitral conlleva el análisis tanto de su sentido amplio como de su sentido estricto; por tanto, la licitud de su objeto deberá ser examinada según ambas perspectivas.

De conformidad con el Art.1478 y subsiguientes del Código Civil, existe objeto ilícito en todo lo que contravenga el Derecho Público ecuatoriano; así mismo, habrá objeto ilícito en la enajenación de cosas que no están en el comercio, de derechos y privilegios que no pueden ser transferidos a otra persona y de las cosas embargadas por decreto judicial; además se considera también como objeto ilícito las deudas contraídas en juegos de azar y en los demás casos previstos en el Art. 1482 del Código Civil.

En este contexto, si analizamos el objeto del convenio arbitral en sentido amplio, este de ninguna manera podría adolecer de objeto ilícito, debido a que en todos lo casos el objeto consistirá en la obligación de las partes de someterse al arbitraje, la cual es lícita; no obstante, podemos observar que el objeto del convenio arbitral en sentido estricto si podría generar esta situación de ilicitud.

Recordemos que en sentido estricto el objeto del convenio arbitral consiste en todos aquellos supuesto fácticos que las partes deciden someter al arbitraje, por esta razón en caso de

que las partes decidan incluir dentro del objeto algún supuesto que por su naturaleza no pueda ser resuelto en arbitraje, podría concluirse que el convenio arbitral adolece de objeto ilícito.

Nos referimos particularmente a la materia inarbitrable. Tal como se indicó anteriormente, el Art. 190 de la Constitución de la República del Ecuador determina la transigibilidad de la materia arbitral como presupuesto de procedencia del arbitraje; en esa misma línea, el Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación delimita también como requisito que procedencia a la transigibilidad de la materia, en tal virtud no podrá someterse al arbitraje aquello que por naturaleza es intransigible¹¹.

En este sentido, un convenio arbitral que tenga por objeto el sometimiento al arbitraje de aquellas controversias que por su naturaleza son intransigibles, contradice lo dispuesto tanto en la Ley de Arbitraje y Mediación como en la Constitución de la República, es decir, contraría el Derecho Público ecuatoriano, lo cual constituye uno de los supuestos de objeto ilícito.

~ **Causa lícita.-**

La licitud de la causa del convenio arbitral dependerá de la teoría de la causa que adopte un determinado sistema jurídico. En el caso ecuatoriano, como hemos indicado ya, predomina la teoría de la causa final, por lo tanto, es plenamente lícito que la causa de la renuncia a la justicia ordinaria de una parte del convenio arbitral sea la carga obligacional de la otra parte de someterse al arbitraje.

¹¹ Deben recordarse los supuestos de materia transigible indicados en el punto 2.2. del presente capítulo.

ii. La aplicabilidad y ejecutabilidad del convenio arbitral como elementos que inciden en su eficacia.

Se ha visto tanto a nivel de doctrina como en la práctica arbitral, que la eficacia de un convenio arbitral no supone únicamente constatar la presencia de sus elementos de existencia y validez, sino que además se requiere la verificación de aquellas condiciones que le otorguen al convenio arbitral la calidad de suficiente e idóneo para producir todos sus efectos. Es decir, se requiere además que el convenio arbitral sea aplicable y ejecutable.

La introducción de estos términos en el lenguaje arbitral, es el resultado de las disposiciones contenidas en los cuerpos normativos internacionales de mayor trascendencia en materia arbitral como lo son la Ley Modelo UNCITRAL y la Convención de Nueva York de 1958 para el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

El Art.8 de La Ley Modelo UNCITRAL, que regula la remisión al arbitraje de los procesos iniciados ante un tribunal judicial, dispone que ante la presencia de un convenio arbitral el tribunal deberá remitir a las partes al arbitraje, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es “nulo, ineficaz o de ejecución imposible”.

Por su parte la Convención de Nueva York de 1958 para el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, en el numeral tercero del Art. II, establece al igual que la Ley Modelo, la remisión de las partes al arbitraje “a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

El contenido de las referidas normas, ha sido el detonante para una amplia discusión doctrinaria y jurisprudencial respecto de la terminología que en ellas se utiliza, ello a efectos de conocer cuales son las circunstancias que vuelven al convenio arbitral inaplicable o de ejecución imposible.

Francisco Gonzales de Cossío sostiene que la inaplicabilidad del convenio arbitral, hace referencia a una causal fáctica no jurídica, la cual abarca casos en los que el convenio arbitral si bien es válido y obligatorio, existe alguna situación de hecho que imposibilita su cumplimiento. En palabras del autor, las razones pueden ser que el acuerdo arbitral carece de claridad, no es inteligible o no puede ser cumplido, es decir carece de requisitos prácticos necesarios su para su ejecución.

En este sentido, el autor indica que los ejemplos más comunes de inaplicabilidad de un convenio arbitral son las denominadas cláusulas patológicas, las cuales consisten en:

“aquellas cláusulas compromisorias que por adolecer de algún vicio presentan problemas para su inteligencia y aplicación por parte de los árbitros, bien sea porque declinan competencia reconociendo que no la tienen al tenor del texto arbitral en cuestión, o ya también porque asumen una competencia que en realidad de verdad no les ha sido conferida por las partes”. (Serrano Puig, 2017, pág. 8)

Los ejemplos de cláusulas patológicas pueden variar dependiendo de diversos factores que inciden como causa de este vicio¹², aquello no será analizado al no ser las cláusulas patológicas objeto del presente estudio; no obstante debe quedar claro que la patología hace relación a un defecto en el texto del convenio arbitral, en su redacción¹³.

¹² Cabe aclarar que cuando se habla de cláusula patológica la utilización del término “vicio” no hace referencia a los vicios del consentimiento que fueron analizados anteriormente, sino que se hace alusión a un defecto, es decir una carencia o imperfección del convenio arbitral.

¹³ A criterio del Dr. Armando Serrano Puig (2017), las patologías que se encuentran con mayor frecuencia en las cláusulas arbitrales son las siguientes: i) **Las cláusulas alternativas:** son aquellas en las que las partes acuerdan someter la solución de su litigio, bien a los jueces

Por otro lado, el convenio arbitral de ejecución imposible, ha sido en muchos casos considerado como sinónimo de inaplicable, ello en virtud de que para algunos autores el espíritu legislativo tanto de la Ley Modelo UNCITRAL como de la Convención de Nueva York es el mismo.

En relación a ello, la Suprema Corte de Hong Kong, en el caso Lucky-Goldstar International (H.K.) Ltd. Vs Ng Moo Kee Engineering Ltd. sostuvo que el convenio arbitral de ejecución imposible será aquel que no pueda producir sus efectos en virtud de circunstancias de hecho que abarcan situaciones que van mucho más allá de los defectos en la redacción del convenio arbitral, tales como la negativa del árbitro designado o incluso la disolución de un Centro de Arbitraje posterior a la fecha de la celebración del acuerdo arbitral.

Si bien frente a estas situaciones se han evaluado formas de "subsana" las deficiencias, sobre todo apelando a la búsqueda de la verdadera intención de las partes; no obstante, en muchos casos este intento ha fracasado y el convenio arbitral no ha podido surtir sus efectos.

Es por ello que, podemos afirmar que las causas que vuelven al convenio arbitral inaplicable o de imposible ejecución, son causas que al igual que la falta de los requisitos de existencia y validez, generan en *ultima ratio* la ineficacia del convenio arbitral.

ordinarios, o ya también a los jueces árbitros, normalmente a elección de la parte que actúe como actor o demandante; **ii) Las cláusulas contradictorias:** Son aquellas en cuyo texto contienen diversas estipulaciones que en lugar de ser concordantes unas con otras y complementarias entre sí, se contradicen entre ellas, anulan o modifican sus efectos y alcances; **iii) Cláusulas diminutas:** Aquellas que son tan generales, vagas y difusas, que resulta difícil conocer y comprender si en verdad las partes quisieron pactar arbitraje, y si en realidad lo hicieron.

iii. Consideraciones finales respecto la eficacia del convenio arbitral.

De lo expuesto hasta ahora, podemos afirmar que el convenio arbitral deberá atravesar una serie de filtros que permitan concluir si es o no eficaz.

Para explicar mejor este tema, planteo el siguiente ejemplo: Si se examina el consentimiento como elemento de la eficacia del convenio arbitral, las etapas de análisis se graficarían de la siguiente manera:

1. **Filtro de existencia:** Concurrencia de voluntades.
2. **Filtro de validez:** Concurrencia de voluntades libre de vicio.
3. **Filtro de aplicabilidad y ejecutabilidad:** Concurrencia de voluntades libre de vicio que sea inequívoca y que sea susceptible de ejecutarse conforme lo pactado por las partes.

Como resultado tendríamos un convenio arbitral eficaz.

Por lo tanto, la ineficacia del convenio arbitral constituye el género, en consecuencia la invalidez, inaplicabilidad o inejecutabilidad, son la especie.

Tal como lo habíamos indicado al inicio de este acápite, nuestro objetivo es determinar la eficacia del convenio arbitral tanto en un sentido amplio como en su sentido estricto, por lo que vale advertir que al final de esta tesis se establecerán los lineamientos que deben considerarse para determinar la eficacia del convenio arbitral para solventar las controversias derivadas del contrato de fideicomiso mercantil.

1.6. El alcance del convenio arbitral.

La jurisdicción arbitral, al ser de carácter de voluntario y excepcional, se encuentra condicionada bajo ciertos límites que determinan su procedencia. Roque Caivano (2012) sostiene que estos límites pueden ser clasificados de dos maneras: por un lado los que provienen

de la condición privada del sistema arbitral, y por otro los que provienen de su origen voluntario.

Los primeros son aquellos límites impuestos por el propio ordenamiento jurídico cuya finalidad es restringir la autonomía de la voluntad de las partes al regular respecto de las materias que pueden ser sometidas al arbitraje (por ejemplo, lo dispuesto en nuestra legislación respecto de la materia transigible), es decir, es una limitación que va dirigida hacia las partes.

La segunda clasificación la conforman las limitaciones impuestas propiamente por las partes, aquellas “están dirigidas a los árbitros y se derivan, precisamente de lo que ellas pactaron en cada caso: quienes se sometieron a arbitraje y para que materias” (Caivano, 2012, pág. 7). El alcance del convenio arbitral parte de esta premisa.

Cabe señalar que el término alcance, comprende la “capacidad de alcanzar o cubrir una distancia” (Real Academia de la Lengua, 2016), de tal forma que el alcance del convenio arbitral no es sino el ámbito de aplicación de sus efectos jurídicos.

El análisis del alcance del convenio arbitral permitirá responder las dos interrogantes que necesariamente deben plantearse los árbitros al momento de resolver sobre su competencia para conocer un determinado asunto: ¿quienes deben ser parte del arbitraje? y ¿qué situaciones de hecho pueden ser resueltas en el arbitraje?.

En este sentido, se deberá verificar una identidad entre lo que se pretende someter al arbitraje en un determinado proceso y lo que realmente las partes sometieron al arbitraje, así mismo debe constatarse una paridad entre quienes pretenden iniciar un arbitraje y quienes realmente son parte del convenio arbitral.

Así, el análisis debe hacerse tanto en el ámbito subjetivo (en relación a las partes) como en el ámbito material u objetivo (en relación al objeto del convenio), de tal forma que el

convenio arbitral debe ser obligatorio tanto en sentido material como en sentido personal. A continuación revisaremos que implica cada uno.

i. El alcance subjetivo.

El alcance subjetivo del convenio arbitral, responde a la pregunta del *¿quienes?* y consiste en la capacidad del convenio arbitral para producir sus efectos en relación a las partes, estableciendo su obligatoriedad en sentido personal.

El principio *res inter alios acta* constituye el principal fundamento del alcance subjetivo. De conformidad con este axioma los contratos solo obligan y surten efectos entre las partes, en consecuencia no producen efectos respecto de terceras personas, por tanto, resulta evidente que el convenio arbitral, al ser un contrato, producirá sus efectos entre quienes han prestado su consentimiento de someterse al arbitraje.

De la misma forma se aplica el contenido del Art.1561 del Código Civil, según el cual el contrato es ley para las partes, y por lo tanto son aquellas quienes deberán respetar lo pactado en el convenio arbitral.

Si bien estos dos principios generales en el derecho de los contratos parecerían ser suficientes para justificar el alcance subjetivo del convenio arbitral, es preciso agregar a la exposición que la naturaleza jurisdiccional o procesal del convenio arbitral, la cual implica la renuncia de las partes a la jurisdicción ordinaria, profundiza la necesidad de una adecuada determinación del alcance subjetivo del contrato arbitral, toda vez que a nadie se le puede obligar a renunciar a la jurisdicción ordinaria para someterse de manera forzada a un arbitraje.

En este sentido, en todo proceso arbitral deberá constatarse la identidad entre quienes sean o vayan a ser parte en el arbitraje y quienes son parte del convenio arbitral que se invoca para activar esta vía.

La Dra. María Elena Jara (2016) sostiene que “la constatación de este particular por los árbitros es necesaria para su declaratoria de competencia en la etapa inicial del proceso y también para la expedición del laudo arbitral cuya fuerza de cosa juzgada afectará a los sujetos intervinientes en el proceso arbitral” (pág. 121), de aquí su importancia.

Cabe acotar que nuestra legislación no prevé un mecanismo adecuado mediante el cual se pueda impugnar la decisión de un tribunal arbitral que se declare competente para conocer una controversia respecto de aquellos que se encuentren fuera del alcance subjetivo del convenio arbitral, tal es así, que incluso la doctrina ha calificado a esta situación como uno de los obstáculos de índole procesal que pueden impedir el acceso a la justicia a través del cauce arbitral¹⁴.

No obstante, a mi criterio la relevancia del alcance subjetivo debe persistir y verse reflejada en las actuaciones de los árbitros, quienes necesariamente deben ser analizarlo como fundamento de su decisión de competencia (ya sea para declararse competentes o no

¹⁴ Esta problemática se ve reflejada en el texto del Art. 31 de Ley de Arbitraje y Mediación, al no estar tipificada ninguna causal que permita solicitar la anulación del laudo arbitral por razones derivadas del alcance subjetivo del convenio arbitral. María Elena Jara (2016) cita la sentencia de 5-XII-2013, de la Corte Provincial de Justicia del Pichincha en un caso de acción de nulidad de un laudo arbitral en el que se invoca la causal contenida en el literal d del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, alegando la inexistencia del convenio arbitral vinculante para una de las partes que fueron legitimadas pasivamente en el proceso. La acción de nulidad fue rechazada en base al siguiente razonamiento: “En el texto de la demanda el vicio que, según los accionantes anula el laudo arbitral tiene que ver con la falta de jurisdicción e incompetencia del Tribunal Arbitral, pero esta causal, como se señaló, no consta en el catálogo del artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, por lo que no puede ser considerada”.

competentes). Ello en virtud del desarrollo evolutivo que esta atravesando la materia arbitral en el Ecuador, y sobre todo en aras de buscar una adecuada práctica arbitral que garantice los principios fundamentales del sistema y las garantías básicas de las partes.

Este análisis resulta más importante aun cuando nos encontramos frente a los postulados de la doctrina del Arbitraje Complejo, toda vez que, como se verá más adelante la multiplicidad de sujetos trae consigo la discusión de factores que suman dificultad a la cuestión.

ii. El alcance objetivo.

Por su parte, el alcance objetivo del convenio arbitral responde a la pregunta del *¿qué?*, la cual se encuentra determinada por la capacidad del convenio arbitral para cubrir el supuesto de hecho controversial que se pretenda someter al arbitraje.

Siendo así, el tribunal arbitral deberá verificar la paridad “entre las cuestiones que se someten o proponen someterse a arbitraje y aquellas para las cuales el arbitraje se pactó” (Caivano, 2012, pág. 8), ello en aras de constatar la obligatoriedad material del convenio arbitral que servirá de fundamento para la declaratoria de competencia.

Nuevamente es el principio *pacta sunt servanda* el que sirve de sustento en virtud de que las partes deberán respetar los supuestos controversiales que incluyeron en el convenio arbitral y solo aquellos podrán ser solventados en esta vía. De este mismo razonamiento se desprende que los árbitros deberán respetar aquello que las partes pactaron como objeto (en sentido estricto) del convenio arbitral, toda vez que su competencia deriva precisamente del acuerdo de voluntades y en consecuencia no son competentes para pronunciarse respecto de aquello que no ha sido pactado.

A diferencia de lo que ocurre con el alcance subjetivo, nuestra legislación si prevé la forma de impugnar la decisión del tribunal de resolver respecto de aquello que se encuentra

fuera del alcance objetivo del convenio arbitral, toda vez que el literal d del Art.31 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone lo siguiente:

“d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado” (el subrayado me corresponde).

Tanto la doctrina como la jurisprudencia arbitral han sostenido que esta causal permite anular el laudo cuando la decisión se encuentra fuera del alcance objetivo del convenio arbitral. Juan Manuel Marchán (2012) cita el caso PETROINDUSTRIAL vs. Di-Chem del Ecuador S.A. en el cual respecto de esta causal la Presidenta de la Corte Provincial de Pichincha sostuvo que se puede invocar la referida causal en el siguiente supuesto:

“i) Cuando el laudo recae sobre materias que no fueron contempladas en la laudo arbitral de conformidad con lo acordado voluntariamente por las partes, en tanto, como se dijo, los límites dentro de los cuales pueden actuar válidamente son señalados por ellas en el objeto de la cláusula compromisoria o pacto arbitral tomando en consideración el límite material del arbitraje”. (Marchan, 2012, pág. 26)

De tal manera que los árbitros, en su deber de precautelar por la validez del laudo, deberán pronunciarse estrictamente respecto de aquello que se encuentre cubierto por el alcance objetivo del convenio arbitral, y en caso de que el objeto de la litis se encuentre fuera de este, deberán declararse no competentes para conocer los méritos de la controversia.

Al igual que lo que ocurre con el alcance subjetivo, el análisis del alcance objetivo reviste mayor dificultad cuando nos encontramos frente a casos en los que el objeto de la litis se deriva de relaciones jurídicas complejas en las cuales se encuentran inmersas situaciones como la multiplicidad de contratos y la coligación de objetos contractuales; el tratamiento de estos escenarios será analizado mas adelante.

1.7. Consideraciones finales:

En razón de lo expuesto, podemos concluir que el Arbitraje como método alternativo de solución de controversias, es un sistema extraordinario cuyo fundamento radica en la voluntad de las partes quienes renuncia a la jurisdicción estatal y someten las disputas que resulten de sus relaciones jurídicas al arbitraje.

Al ser el arbitraje un sistema por naturaleza consensual, su razón de ser se ve reflejada en el convenio arbitral, que consiste precisamente en el acuerdo de las partes de someterse a esta vía. Así, el convenio arbitral constituye el factor determinante de la competencia del tribunal arbitral.

Son dos los principales efectos que produce un convenio arbitral, por un lado el efecto positivo consiste en la obligación de las partes de acudir al arbitraje cuando surja entre ellas una determinada controversia, y por otro lado, el efecto negativo que en consecuencia del primero, consiste en el impedimento de los jueces ordinarios para conocer respecto de relaciones jurídicas controvertidas sobre las cuales se ha pactado un convenio arbitral.

La eficacia del convenio arbitral estará supeditada a la concurrencia de los elementos que sean suficientes para que por un lado, permitan a un tribunal arbitral declararse competente para conocer una controversia, y por otro, generen la abstención de conocer tal controversia por parte de los órganos jurisdiccionales. Es precisamente la producción de estos efectos lo que las partes pretenden al momento pactar un acuerdo de arbitraje.

En virtud de la naturaleza consensual y procesal del convenio arbitral son varios los factores que influyen en su eficacia. Dentro de ellos se encuentran el consentimiento y la forma del convenio arbitral como elementos de existencia. En este capítulo pudimos constatar que si bien para que el acuerdo arbitral nazca a la vida jurídica se requiere de la concurrencia de voluntades, empero nuestra legislación abre la puerta a la discusión respecto de si la forma

escrita del convenio arbitral constituye un impedimento para que la voluntad de arbitrar pueda ser manifestada de forma tácita.

Como lo expusimos en líneas anteriores, la tendencia actual respecto de este tema se apega más a una tesis consensualista y menos formalista respecto del arbitraje, en donde lo fundamental no es constatar requisitos de forma, sino indagar en la intención de las partes. La posición de los tribunales arbitrales ecuatorianos respecto de este tema será analizada en el siguiente capítulo.

Además, el alcance del convenio arbitral es el elemento que define y delimita el actuar de los árbitros, toda vez que con fundamento en el mismo el tribunal arbitral podrá resolver las preguntas del ¿quiénes deben arbitrar? y ¿qué se debe arbitrar? las cuales deberán ser solventadas a efectos de decidir sobre su propia competencia.

La importancia del alcance del convenio arbitral se verá reflejada en todo proceso arbitral, empero, como lo veremos en el siguiente capítulo estas interrogantes ameritarán un análisis mayor cuando en el objeto de la litis se constate la presencia de más de dos partes o más de dos relaciones jurídicas.

Por último, si lo que pretenden las partes al momento de pactar un convenio arbitral es que el mismo produzca sus efectos (positivo y negativo), si un tribunal arbitral evidencia que el objeto de la controversia no se enmarca en el alcance del convenio arbitral, deberá declararse no competente para conocer la disputa; así, si bien el convenio en sí mismo puede reunir los elementos que en principio le permitan ser eficaz, empero, la activación de la vía arbitral se verá frustrada en tal circunstancia. Por esta razón la eficacia y alcance del convenio arbitral son dos conceptos que deberán permanecer en armonía para que un arbitraje pueda ser puesto en marcha conforme la intención de las partes.

CAPÍTULO II

LOS PROCESOS ARBITRALES COMPLEJOS:

Análisis de la problemática de la doctrina del arbitraje complejo (Complex Arbitration)

2.1.Introducción al capítulo:

Ya lo expusimos anteriormente, el alcance del convenio arbitral es el elemento determinante en la competencia de un tribunal arbitral. La determinación del alcance puede no ameritar mayor discusión cuando se pretenda iniciar un arbitraje respecto de una controversia que refleje nítidamente la paridad entre las partes que pretenden activar la vía arbitral, o contra quienes se pretenda hacerlo, y las partes que hayan consentido en el arbitraje; así mismo cuando no exista mayor duda respecto de si el objeto de la controversia se equipara con el objeto del convenio arbitral, pensemos por ejemplo en una controversia suscitada en razón de un contrato de compraventa de un vehículo, celebrado entre A y B, en el cual A inicia un arbitraje en contra de B solicitando el incumplimiento del contrato por falta de pago.

No obstante, la situación es distinta en aquellos casos en los que el objeto de la litis se encuentre conformado en base a una relación jurídica que implique más de dos partes, o más de dos contratos, sin duda el escenario cambia.

En el presente capítulo, abordaremos lo que la doctrina conoce como procesos arbitrales complejos, los cuales se conforman precisamente en razón a estos escenarios en los que la multiplicidad de partes o contratos generen inconvenientes respecto de la determinación del alcance tanto subjetivo como objetivo del convenio arbitral.

Para poder tener una visión clara de las situaciones que comprenden este tipo de arbitrajes, así como para poder entender la problemática que se plantea en ellos, en el presente capítulo abordaremos los criterios expuestos por la doctrina respecto de este tema, así como los

criterios que han sido esbozados por los distintos tribunales arbitrales que para tomar sus decisiones han acogido los elementos que fundamentan esta doctrina. Todo ello, a efectos de poder aplicar en un momento posterior los postulados del Arbitraje Complejo en el contexto del contrato de fideicomiso mercantil.

2.2.Introducción a la Doctrina del Arbitraje Complejo (Complex Arbitration):

Al inicio de esta tesis introdujimos ya la noción que debe dársele al término complejo a efectos de esta investigación, entendiéndolo como aquello que está conformado por varios elementos. Lo expuesto aplica también para la comprensión de la doctrina del Arbitraje Complejo, puesto que, tal como se expondrá a continuación, esta doctrina estudia precisamente lo relacionado con aquellos procesos arbitrales que se inician respecto de relaciones jurídicas compuestas, y que consecuentemente devienen en procesos conformados por varios sujetos procesales o cuya litis se deriva de una pluralidad de objetos.

Para iniciar con el estudio de esta corriente doctrinaria, es necesario partir de lo que sostienen sus principales expositores al respecto.

Jeffrey Waincymer (2012) sostiene que una de las áreas más desafiantes en el arbitraje, tanto en la teoría como en la práctica, es el tratamiento de las disputas relacionadas con múltiples partes, multiplicidad de pretensiones y multiplicidad de procedimientos. Ello se debe a que en este tipo de procesos surgen una amplia gama de preguntas entre las cuales se encuentran las siguientes: ¿quiénes son las partes del convenio arbitral? ¿cuándo los no signatarios deben ser incluidos? ¿en que ocasiones un convenio arbitral debe surtir sus efectos frente a un grupo de varios contratos? ¿en que ocasiones un tribunal arbitral debe interpretar

que un convenio arbitral es vinculante para resolver controversias de otros contratos?¹⁵. El autor concluye indicando que el Arbitraje Complejo se encarga de resolver estas interrogantes.

Por su parte, Bernard Hannotiau (2006) sostiene que el desarrollo de los arbitrajes que involucran más de dos partes y más de dos contratos, ha ido incrementando en los últimos tiempos, lo cual ha servido de fundamento para la realización de varios estudios que abordan el tratamiento que debe dársele a este tipo de arbitrajes, sobre todo la necesidad de búsqueda de argumentos que permitan aclarar el complicado panorama que reflejan estos procesos.

El mismo autor, coincide con Waincymer e indica que el Arbitraje Complejo pretende dar solución a las interrogantes que ya fueron expuestas, no obstante agrega algunas situaciones adicionales como las siguientes: ¿hasta qué punto se puede llevar a un único procedimiento de arbitraje a las diversas partes que han participado en una única transacción económica a través de varios contratos? ¿puede una parte perteneciente a la estructura compleja del contrato intervenir voluntariamente en el procedimiento?.

En esta misma línea el autor Herbert Smith (2015) , sostiene que el Arbitraje Complejo estudia los argumentos jurisdiccionales sobre ¿quién puede arbitrar contra quién? y ¿cómo?;

¹⁵ La cita textual en el idioma inglés es la siguiente: “*One of the most challenging areas for arbitration design, both theoretical and practical, is the treatment of multi-party, multi-claim and multiple proceedings disputes. There are a range of questions that typically arise. These include, who are the parties to the relevant contract and/or arbitration clause; when may non-signatories be included; when can several contracts be described as a single economic transaction such that one arbitration agreement will apply to all; how broadly may a tribunal interpret an arbitration clause to encompass claims under other contracts (...)*”. (Waincymer, 2012, p.1)

así mismo sostienen que esta corriente doctrinaria analiza lo que sucede en caso de que se inicien procedimientos paralelos (es decir, cuando se inicia más de un arbitraje que involucra las mismas cuestiones y/o las mismas partes) que a su vez pueden conducir a resultados contradictorios, duplicación significativa y costos adicionales innecesarios.

De lo expuesto por los referidos autores podemos colegir que el estudio de la doctrina del Arbitraje Complejo aborda respecto de lo siguiente:

- i.** Análisis de argumentos jurisdiccionales en los casos en que se ven involucradas más de dos partes.
- ii.** Análisis de argumentos jurisdiccionales en los casos en los que se ven involucrados dos o más contratos.
- iii.** Análisis de aquellos procesos en los cuales es necesaria la vinculación de terceros.
- iv.** Análisis de de aquellos casos en los que se evidencia la necesidad de realizar una consolidación de procesos.

El presente trabajo centrará su análisis respecto de las dos primeras cuestiones indicadas a efectos de poder determinar que argumentos o razones jurisdiccionales, es decir que incidan en la competencia de un tribunal arbitral, pueden aplicarse al momento de determinar el alcance del convenio arbitral el contexto del contrato de fideicomiso mercantil.

Previo a empezar con el análisis, es importante tener en cuenta las siguientes premisas que servirán como pilar transversal a lo largo del estudio:

- a) El arbitraje es consensual y los efectos del convenio arbitral alcanzan a quienes lo han consentido:** Si bien este presupuesto ha sido reiterado a lo largo del presente trabajo, vale recalcar que de conformidad con esta doctrina, la dificultad que revisten los arbitrajes en los que se ven involucrados más de dos partes o más de dos contratos, deriva precisamente

de los problemas que puede acarrear la verificación del consentimiento de las partes en estas situaciones (Hanotiau, 2006, págs. 3,4).

b) El alcance objetivo y subjetivo del convenio arbitral ocupan un lugar fundamental en la discusión: Tal como se expuso en el acápite anterior, los límites del actuar de los árbitros se encuentran determinados por el alcance subjetivo y objetivo del convenio arbitral, de tal forma que el análisis de los argumentos jurisdiccionales implicará necesariamente ubicar como punto de partida en la discusión el alcance del convenio arbitral.

Para efectos del estudio, se intentará sistematizar los posibles escenarios que aborda esta doctrina, sin embargo, debemos tener en cuenta que “la multiplicidad de contratos y partes potencia las posibilidades de cuestionamientos, dadas todas las posibles combinaciones” (Caivano, 2007).

2.3.El tratamiento del Arbitraje Multi-partes (*Multiparty*): Análisis de argumentos jurisdiccionales en los casos en los que se ven involucradas más de dos partes.

Teniendo claro el objeto de estudio del Arbitraje Complejo, es preciso resaltar que de conformidad con el criterio del Dr. Roque Caivano (2012), los problemas que plantea la multiplicidad de partes, aun en el más sencillo de los casos en el cual exista un solo contrato, son variados y de distinta naturaleza. Algunos de ellos se relacionan con aspectos de fondo y ponen en juego la interpretación del alcance subjetivo del convenio arbitral, ello con la objetivo de responder la interrogante de ¿son todos los involucrados parte en el acuerdo arbitral?

Existen otros que son de índole mayormente procesal, y tienen que ver con la posibilidad de concentrar o acumular en un mismo arbitraje pretensiones dirigidas contra partes diferentes.

En esta sección, analizaremos los argumentos jurisdiccionales, es decir aquellos que tienen relación con la resolución de competencia del tribunal arbitral, respecto del alcance subjetivo del convenio arbitral en aquellos casos en los que se ven involucradas múltiples partes.

Tal como lo sostuve en líneas anteriores, es importante recalcar que la primera cuestión a resolver por parte de los árbitros en un proceso arbitral en el que se vean involucradas más de dos partes, será la constatación de si todos aquellos que dicen ser partes o a quienes se les pretende vincular como partes, son efectivamente partes del convenio arbitral. Es por ello que el análisis de este punto se centrará en esbozar los criterios que deben considerarse a efectos de resolver sobre esta cuestión.

i. Distinción entre partes del convenio arbitral y signatarios del convenio arbitral:

Para comenzar con el tratamiento del arbitraje multi-partes, es necesario partir de la distinción entre los términos “partes” de un convenio arbitral y “signatarios” del mismo, la cual a simple vista puede parecer elemental, no obstante para efectos del estudio y aplicación de esta corriente doctrinaria sus consecuencias son trascendentales.

En estricto sentido, el término signatario es sinónimo de firmante, empero no es sinónimo de parte. Algo advertimos ya respecto de esta situación al momento de tratar el consentimiento y la forma como elementos de existencia del convenio arbitral, al exponer que nuestra legislación, en armonía con los lineamientos modernos en materia arbitral, no requiere la verificación de la firma de quienes consienten en el convenio arbitral. Aquello, abre la puerta a la realización de esta diferenciación.

De tal forma que, la diferenciación recae en el hecho de haber plasmado o no la rúbrica en el documento que contiene el acuerdo de arbitraje. En tal virtud, frente a un convenio arbitral encontraremos las siguientes posibilidades: i) estarán quienes son partes firmantes; y ii) quienes son partes no firmantes; constituyendo la firma no un modo más de expresar el consentimiento.

Esta situación constituye el hecho generador de la problemática relativa a la necesidad de verificar quienes son “parte” del convenio arbitral, toda vez que si se consideraría exclusivamente a los signatarios, no existiría discusión al respecto, puesto que el árbitro se

limitaría a constatar la presencia de la firma, empero ello conllevaría a una “verdadera castración de la modalidad de solución de controversias regulada por la ley de arbitraje” (Gonzalez de Cossio , 2004).

Adicionalmente, es relevante hacer esta distinción en virtud de que muchas veces en la jerga arbitral hay quienes hacen referencia a “terceros no signatarios” cuando lo correcto es hablar de “partes no signatarias”, teniendo en cuenta que, como detallaremos posteriormente, lo fundamental es la determinación del consentimiento de quienes si bien no han firmado, son partes del convenio arbitral.

Por otro lado, la importancia radica también en la determinación de que “una persona puede haber firmado una cláusula arbitral sin quedar personalmente vinculada, por ejemplo porque la ha firmado en virtud de un poder de representación para vincular a su principal” (Marguerat, 2013, pág. 102). En este caso no sería parte del acuerdo de arbitraje.

De tal forma que, a efectos de analizar correctamente el alcance subjetivo del convenio arbitral, se deberá indagar en la determinación de las “partes” del convenio arbitral, para ello, como se verá a continuación, será necesario colegir su consentimiento al arbitraje; teniendo en consideración que “el principal problema que surge en el arbitraje complejo tiene raíz en el consentimiento, toda vez que forzar a un tercero ante un tribunal arbitral representa una violación de la premisa principal del arbitraje, esto es, la autonomía de la voluntad” (Born, 2014).

ii. Análisis de la denominada “teoría de las partes no signatarias del convenio arbitral”.

En virtud de que los problemas que se plantean en relación a este tema, han sido tratados a partir de la elaboración de una serie de teorías que intentan brindar una solución práctica al respecto, me remitiré a las mismas para abordar de manera correcta el tema que nos ocupa.

De manera acertada, Hugo García (2012) sostiene que la inferencia del consentimiento y la aplicación del principio de buena fé, han llevado a que los distintos tribunales arbitrales desarrollen un crisol de figuras que cumpliendo con estos requisitos tan complejos, desembocan en la extensión de efectos jurídicos a partes no signatarias.

Tanto la elaboración doctrinaria como jurisprudencial que existe respecto de esta teoría es amplia, no obstante, en el presente trabajo se analizarán las que con mayor frecuencia han sido desarrolladas sobre todo a nivel de doctrina y práctica arbitral.

Es preciso aclarar que en el próximo capítulo, se analizará respecto de la pertinencia de estas teorías en el contexto del contrato de fideicomiso mercantil.

Para empezar, la doctrina ha clasificado al conjunto que comprende la teoría de las partes no signatarias, en dos grupos: **i)** las teorías puramente consensuales, **ii)** las teorías no puramente consensuales (Born, 2014, pág. 8). Ello debido a que se considera que en las primeras el factor que incide mayormente es el consentimiento, y en las segundas la protección al principio de buena fé¹⁶.

Dentro del primer grupo se encuentran la incorporación por referencia, la estipulación a favor de terceros, la asunción de obligaciones, entre otras; y dentro del segundo grupo se encuentran la teoría del levantamiento del velo societario y la teoría de los actos propios. A continuación se esbozarán someramente cada una de ellas.

¹⁶ Debo aclarar que en los dos grupos de teorías inciden tanto el consentimiento como el principio de buena fé, empero la doctrina las ha clasificado de esta manera únicamente en razón de que, en algunas de ellas, un principio tiene mayor trascendencia que otro a efectos de llegar a las conclusiones que cada teoría plantea, sin embargo, de ninguna manera puede considerarse que son elementos excluyentes.

a) La incorporación por referencia:

En palabras del Dr. Alfredo Bullard (2016), esta teoría cubre el supuesto de que una parte queda vinculada a un convenio arbitral, así no lo haya suscrito, si el contrato que ha celebrado hace referencia a dicho convenio de manera que pueda derivarse la intención de quedar sujeto al mismo.

La forma en la que se entiende la derivación de la intención de quedar sujeto al convenio arbitral, a la cual hace mención el citado autor, es el factor determinante para la imposición de los requisitos que en general se han esbozado para la aplicación de esta teoría.

Por un lado, hay quienes sostienen que es suficiente que la referencia sea en general respecto del contrato que contiene la cláusula arbitral, siendo innecesaria la referencia específica al acuerdo de arbitraje. En esta línea Jean Marguerat (2013) sostiene que el ejemplo típico de la aplicación de esta teoría es el de un acuerdo que no contiene un convenio arbitral, pero que se refiere a condiciones generales, regulaciones, etc., que sí contienen una cláusula arbitral.

Por otra parte, existen quienes se han pronunciado si bien a favor de la incorporación en base a una referencia general al contrato, empero se ha agregado algún requisito adicional a la referencia, como lo es por ejemplo el criterio del autor Hugo García Larriva (2012) quien sostiene que “la condición para la aplicación de esta teoría es que la interdependencia de los contratos sea de tal manera que estos constituyan una unidad indisoluble” (pág. 97). Es decir, apela a la naturaleza de la relación jurídica de que se trate.

Por tanto, en base a esta teoría, se concluye que es parte de un convenio arbitral quien pese a no firmar el contrato continente del acuerdo de arbitraje, se remite al mismo en un documento o contrato distinto, ello en virtud a la inferencia del consentimiento que se desprende de este tipo de situaciones.

Hay quienes sostienen que la incorporación por referencia se encuentra regulada expresamente en el inciso segundo del Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana, que dispone:

“El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere”.

A criterio personal, considero que esta disposición no contempla propiamente la teoría de la incorporación por referencia como una de las doctrinas de las partes no signatarias, toda vez que, como ha sido expuesto anteriormente, esta pretende vincular a quien ha sido parte de un contrato que si bien no contiene un convenio se remite o refiere a otro documento que si contiene un acuerdo de arbitraje.

A *contrario sensu*, el Art. 5 de la LAM regula una situación distinta, debido a que hace relación a la posibilidad de celebrar un acuerdo arbitral en un documento distinto al del contrato sobre el cual surtirá efectos, en cuyo caso el convenio arbitral contendrá la referencia al otro contrato y no viceversa.

Un ejemplo de norma que si regula expresamente la incorporación por referencia en los términos antes expuestos es la Ley Modelo UNCITRAL, la cual en el numeral 6 del Art. 7 opción I, establece que se entenderá que existe acuerdo de arbitraje cuando:

“La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

No obstante, lo señalado no excluye la existencia de argumentos para poder aplicar esta teoría en la legislación ecuatoriana, sobre aquello se abordará más adelante.

b) La estipulación a favor de tercero:

Esta teoría basa su lógica en lo siguiente: quien acepte un beneficio derivado de un contrato, aceptará también las cargas y obligaciones pactadas en relación con el beneficio que acepta.

Alfredo Bullard (2016) sostiene que “el beneficiario que pretenda exigir el beneficio contractual estará sujeto al arbitraje pues, en buena fe, no podría solicitar una parte de lo acordado (aquello que lo beneficia) sin asumir las cargas y obligaciones que sean necesarias para exigir su derecho”.

Carlos Miguel Ibañez (2010) señala que en la estipulación a favor de tercero existe una relación triangular conformada por el “estipulante” quien contrata con otro denominado “promitente” para que se obligue a realizar una prestación a favor de un tercero quien será el “beneficiario”. En virtud de esta estructura, se desprenden las siguientes relaciones jurídicas que de conformidad con el autor se clasifican en: i) Relación de cobertura: la que se forma entre el estipulante y el promitente; ii) Relación de ejecución: entre el promitente y el beneficiario; iii) Relación valuta: entre el estipulante y el beneficiario.

El autor Julián López Richart (2001) realiza una explicación bastante clara a efectos de entender el rol que el tercero beneficiario desempeña en relación al contrato:

“El tercero ya no es aquí un mero destinatario de la prestación sino que se convierte en receptor del derecho de crédito y por tanto en sujeto activo de la relación obligatoria nacida del contrato. El concepto de beneficio adquiere de esta forma en el contrato a favor de tercero una significación bien precisa: no se trata de una ventaja económica cualquiera o una mera expectativa sino de la atribución de un derecho de crédito frente al promitente, lo que le faculta para exigir directamente al obligado el cumplimiento de la prestación”. (pág. 179)

En este sentido, podemos concluir que para que aplique esta teoría deberá demostrarse que el beneficiario no ostenta una mera ventaja económica derivada del contrato, sino que a su favor existe un verdadero derecho de crédito que le facultará en su momento exigir el cumplimiento de tal beneficio.

La aceptación por parte del beneficiario juega un papel muy importante, toda vez que es a partir de ese momento en el que se considerará al “tercero” como parte del convenio arbitral. Carlos Miguel Ibañez (2010) cita a Lopez de Zabalía quien sostiene que antes de la aceptación constituye una adhesión perfeccionante de la relación jurídica con el beneficiario, puesto que antes de la aceptación solo existe una expectativa y no se le podrá imponer un beneficio si este no lo acepta.

La estipulación a favor de tercero se encuentra expresamente regulada en el Art.1465 del Código Civil ecuatoriano, el cual dispone lo siguiente:

“Art. 1465.- Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.

Constituyen aceptación tácita los actos que sólo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato”.

Por lo tanto, la aplicación de esta teoría en el Ecuador, deberá circunscribirse a lo dispuesto en la norma citada, sobre todo en lo que se refiere a la forma en la que la aceptación tácita del beneficio tiene cabida.

Por último, cabe acotar que tal como lo señala Gary Born (2014) el requisito esencial para la aplicación de esta teoría es la verificación de la intención de las partes respecto de si pretendieron o no conferirle al tercero beneficiario el derecho y en consecuencia la obligación

de someterse al arbitraje. Aquello en virtud de que se ha considerado a la estipulación a favor de tercero como una excepción al principio *res inter alios acta*.

“La meta de este análisis es la determinación objetiva y en buena fé de las intenciones las partes”. (Born, 2014, pág. 26) (Traducción no oficial)

En conclusión, para vincular a un tercero beneficiario en base a esta teoría, el tribunal arbitral deberá constatar al menos lo siguiente:

- a) La presencia de la estructura subjetiva de una estipulación a favor de un tercero.
- b) La aceptación del tercero del beneficio derivado de la estipulación.
- c) La presencia de un derecho subjetivo a favor del tercero.
- d) La intención de las partes (estipulante y promitente) de vincular al beneficiario al convenio arbitral, cuya determinación se realizará en base a la buena fé.

Pensemos en el caso del beneficiario en el contrato de fideicomiso mercantil, quien no comparece a la celebración del contrato de constitución, empero adquiere los derechos pactados en el contrato, ¿alcanza el convenio arbitral con fundamento en esta teoría? a esta pregunta la responderemos en el capítulo cuarto de este trabajo.

c) Asunción de obligaciones:

Hugo García (2012) manifiesta que esta teoría basa su análisis en que, siendo una parte no signataria de un negocio jurídico continente de un convenio arbitral, esta asume las obligaciones que devienen del mismo y procede a su ejecución. De tal manera que deberá considerarse que “una parte que asume las obligaciones de un contrato consiente de suyo en el arbitraje contenido en el mismo, a *contrario sensu* implicaría un defraudamiento a la buena fé y consecuente inevitabilidad del arbitraje” (García Larriva, 2012, pág. 98).

Es decir, la aplicación de esta doctrina supone el consentimiento implícito de someterse a los efectos del convenio arbitral en caso de ejecutar las obligaciones del contrato que contiene

un convenio arbitral. Sin embargo, en palabras de Jeffrey Waincymer (2012) no basta solamente la verificación de la asunción de las obligaciones por parte del ejecutante sino que se deberá verificar también el consentimiento de las otras partes para arbitrar con quien ejecuto las obligaciones.

d) Grupo de sociedades:

Con su nacimiento en Francia, esta teoría responde a lo que algunos denominan una realidad económica indiscutible. Con esta doctrina se pretende vincular al convenio arbitral a sociedades que son parte de una misma realidad económica y en tal virtud “participan de manera determinante en la ejecución del contrato de manera tal que las partes signatarias del contrato reconocen la participación activa de estas en la misma” (García Larriva, 2012, pág. 96).

El caso que sentó el primer precedente de la aplicación de esta teoría, y que ha servido como base del desarrollo que se ha realizado respecto de la misma, es el caso *DOW CHEMICAL V. ISOVER SAINT GOBAIN (1982)*¹⁷, sustanciado ante la Cámara de Comercio Internacional de París, en el cual se resolvió respecto de la inclusión en el arbitraje de empresas

¹⁷ Este caso ha servido como precedente en las decisiones de competencia de varios arbitrajes a nivel internacional, así como para el desarrollo doctrinario de esta teoría. Incluso, tal como lo señala Alfredo Bullard (2016) el Art.14 de la actual Ley General de Arbitraje de Perú, se inspiró en la teoría del grupo de compañías. La referida norma dispone lo siguiente:

“Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral: El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

que si bien no fueron signatarias del convenio arbitral, forman parte del mismo grupo económico que las empresas que suscribieron el convenio arbitral.

La estructura del grupo “Dow Chemical” era la siguiente: i) La matriz: Dow Chemical Compañía (USA); ii) Subsidiaria 1: Dow Chemical Francia; iii) Subsidiaria 2: Dow Chemical AG (Suiza); iii) Subsidiaria de Dow Chemical AG: Dow Chemical Europa.

El caso se desarrollo entorno a de dos contratos que vinculaban a Dow Chemical AG y Dow Chemical Europa con la compañía Isover Saint Gobain, cuyo objeto era la distribución de equipo de aislamiento térmico. En ambos contratos se pactó que las entregas podían ser realizadas por Dow Chemical Francia así como por cualquiera de las otras empresas subsidiarias de Dow Chemical Compañía. En ambos contratos se pacto un convenio arbitral bajo las reglas de la CCI¹⁸.

Al surgir la controversia entre la partes, se inició un arbitraje en el cual actuaron como demandantes Dow Chemical AG, Dow Chemical Europa, Dow Chemical Francia y la matriz Dow Chemical Estados Unidos.

La compañía demandada, solicitó la exclusión de Dow Chemical Francia y Dow Chemical Estados Unidos, alegando que aquellas no eran partes del convenio arbitral, pues no lo habían suscrito.

Luego del análisis, el tribunal arbitral se declaró competente para conocer los méritos de la controversia con fundamento en lo siguiente:

- a) Se consideró que Dow Chemical Francia ocupó un roll preponderante en la ejecución de los contratos así como en el establecimiento mismo de la relación contractual. De tal manera que sus actos en el contexto de los hechos dan a entender

¹⁸ Cámara de Comercio Internacional.

que la intención común fue considerarla como verdadera parte de los contratos de distribución y en consecuencia del convenio arbitral contenido en ellos.

- b)** Se consideró también que los hechos demuestran que la empresa matriz fue el eje central de la relación contractual finalmente establecida entre ciertas entidades de su grupo y los distribuidores. Se tuvo en cuenta además la propiedad de la matriz respecto de las marcas comerciales bajo las cuales se comercializaron los productos, y su control absoluto sobre las compañías subsidiarias que estaban directamente involucradas en la relación contractual.
- c)** Se consideró finalmente que las empresas Dow Chemical son un grupo de compañías que constituyen una misma realidad económica, y aquello debe ser tomado en cuenta por el tribunal a efectos de resolver sobre su propia competencia.

De lo analizado podemos colegir que esta teoría se aplica a efectos de determinar el consentimiento implícito de someterse al arbitraje de quienes pertenecen al mismo grupo de compañías que la parte suscriptora del convenio arbitral. Para ello deben verificarse los siguientes requisitos: i) Que las compañías a quienes se pretenda vincular al arbitraje hayan ocupado un roll preponderante en alguna de las etapas contractuales; ii) Que entre la compañía no signataria y la signataria del convenio arbitral exista en común una misma realidad económica.

Por otro lado, Gary Born (2014) sostiene que la mayoría de las decisiones que se basan en la doctrina del grupo de sociedades involucran hechos que evidencian la intención de las partes de un contrato de vincular a los no signatarios que pertenecen a un grupo de compañías.

Indica el autor que la aplicación más directa de la teoría del grupo de compañías se verifica en el análisis del momento de la formación de un contrato, cuando la teoría se aplica para sostener que un no signatario se encontraba destinado a estar sujeto al contrato y al acuerdo

de arbitraje desde el momento de la formación del negocio. Manifiesta además que este resultado a veces se alcanza incluso sin adoptar la calidad de “grupo de empresas”.

e) La doctrina de los actos propios.

Se ha considerado que la doctrina de los actos propios es la que mejor desarrolla el principio de la buena fe contractual. Y es que el aforismo jurídico *venire contra factum proprium nulla condeditur* obliga a los sujetos de derecho a tener coherencia en sus actuaciones, prohibiendo así las conductas contradictorias.

De tal forma que, a criterio del Dr. Alfredo Bullard (2016) quien con su conducta acepte que se encuentra obligada por un contrato, por ejemplo al ejecutarlo, y luego pretende oponerse al convenio arbitral contenido en ese mismo contrato, alegando que no lo ha consentido, en base a esta teoría su conducta contradictoria no le permitiría excepcionar pues finalmente consintió que estaba dispuesta a arbitrar.

El mismo autor, explica el fundamento de esta teoría y sostiene que:

“El fundamento es que la mayoría de personas actúan, en base al principio de buena fe, confiando en los demás. Por lo tanto, si alguien actúa de tal manera que su conducta aparenta que no reclamará un derecho, no puede luego hacer valer ese derecho contra quien confió en tal apariencia. Se trata pues de una norma de buena conducta, basada en la buena fe. Pero su aplicación significa el nacimiento de una sólida confianza en la conducta futura del agente basado en indicadores claros que le den carácter vinculante a la conducta originaria”. (Bullard Gonzalez, 2016, pág. 105)

En consecuencia, la aplicación de esta teoría requerirá en primer lugar la verificación del consentimiento de arbitrar en base al comportamiento de una parte, por esta razón se le requerirá coherencia con dicho comportamiento, sin que pueda objetar la competencia del tribunal arbitral alegando que no ha consentido en el arbitraje.

iii. Razones que permiten la aplicación de la teoría de las partes no signatarias en la legislación ecuatoriana.

La aplicación de teoría de las partes no signatarias no es ajena a la práctica arbitral ecuatoriana. Como se mencionó en la primera parte de este capítulo, el tratamiento de la aplicación de esta teoría implicará una discusión respecto del sentido que debe dársele al Art. 5 de la LAM en relación a la forma escrita del convenio arbitral.

Para poder concluir las razones que han llevado a la aplicación de esta teoría en el Ecuador, es necesario analizar los criterios expuestos en algunos laudos arbitrales que han discutido y resuelto respecto de la inclusión de no signatarios del convenio arbitral.

~ En el caso **026-05 CAM CCQ**, citado por Hugo García (2012), una compañía presentó una demanda a un grupo de demandados, quienes al momento de contestar reconviene tanto a la compañía como al representante legal por sus propios y personales derechos. Al contestar la reconvenición no se propone ninguna excepción a la competencia del tribunal arbitral.

El tribunal arbitral se declaró competente y sostuvo que:

“Sin embargo, en el contrato referido no es parte el SEÑOR X, por lo cual este convenio arbitral no lo obliga por no haberlo suscrito.- Empero el mencionado SEÑOR X, al ser reconvenido personalmente por los demandados (nombres de todos los demandados) contesta por medio de su abogado, Dr. Y, a título personal, sin oponer excepción expresa de incompetencia del tribunal arbitral o de ausencia de cláusula compromisoria a dar ninguna otra indicación acerca de su renuencia a que la reconvenición planteada en su contra sea decidida por arbitraje, lo que determina que existe voluntad expresa tanto de los demandados que reconviene como de quien replica la reconvenición, SEÑOR X, de

someter la controversia a arbitraje, en los términos del Art. 6 de la Ley de Arbitraje y Mediación”. (García Larriva, 2012, pág. 105)

Es decir, en este caso el tribunal arbitral consideró válida y suficiente la falta de excepción a la competencia del tribunal arbitral por parte de quien no lo había suscrito, para hacerle extensivo los efectos del convenio arbitral que no refutó. Sin duda, en el razonamiento se evidencia la aplicación de los principios de buena fé procesal, así como del principio *venire contra factum*, según los cuales se permite consentir al arbitraje al no refutar la competencia en un proceso.

~ En el caso **036-10 del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil**, publicado en la Gaceta Arbitral No.1 (2013), se resolvió respecto de la adhesión tácita al arbitraje, consecuentemente su legitimación pasiva, por parte de un garante solidario. El Tribunal arbitral sostuvo lo siguiente:

“Por lo expuesto, es criterio del Tribunal, que encuentra suficiente respaldo doctrinario, que aun cuando el demandado S.P., efectivamente, no compareció al otorgamiento del contrato de fideicomiso y sus posteriores modificaciones, el hecho de garantizar personal y solidariamente una obligación específica, constante en un contrato que contenía una cláusula de solución de conflictos mediante vía arbitral, cuyo texto debió conocer y aceptar lo sujeta a dicha vía arbitral, puesto que el presupuesto de ejecución de dicha obligación excluyó la jurisdicción ordinaria, y precisamente, con sujeción a tales términos y condiciones, se vinculó como garante solidario de la referida obligación, lo que implica su adhesión tácita al convenio arbitral que rige la obligación asumida, por el principio de “favor arbitralis” consagrado en el segundo inciso del artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana”. 3.2. Los demandados Banco Amazonas y el señor SP conforman una litis consorcio pasiva que se hace necesaria para el destino de la controversia y para los intereses del accionante de involucrar en la

controversia, en calidad de demandados, a todas las personas o entes que tienen que ver con los efectos que pueda producir la sentencia a dictarse principalmente con relación a la cosa juzgada” (El subrayado me pertenece).

Podemos ver que en este caso el tribunal se remite expresamente a la posibilidad de consentimiento tácito del arbitraje, acudiendo al fundamento de que la naturaleza de la calidad en la que se obligó permite colegir que conocía el convenio arbitral y conociéndolo decidió obligarse, por lo que se entiende que consintió en el convenio arbitral pese a que no fue signatario del contrato de fideicomiso.

Este razonamiento evoca una mezcla de los fundamentos de la teoría de incorporación por referencia, así como de la asunción de obligaciones, las cuales, como se detallo anteriormente, tienen por objeto colegir el consentimiento en base a la forma en la que se relaciona un sujeto con el contrato que contiene un convenio arbitral.

Ello, en virtud de que en concordancia con el principio de buena fé, debe entenderse que quien se obliga o acepta un beneficio que deriva de un contrato, conoce que aquel contrato tiene efectos en su esfera jurídica, sin que se pueda desconocer tales efectos en un momento posterior.

Cabe recalcar además que del razonamiento del tribunal arbitral, se desprende que el argumento de la litis consorcio pasiva como un fundamento más para vincularle a la parte no signataria en el arbitraje.

~ En el caso **01-11-CAM-AMCHAM**, citado por Hugo García (2012), se presentó una demanda contra X y Y, no obstante solo Y suscribió el convenio arbitral en representación de una sociedad de hecho.

El tribunal asumió competencia inclusive contra el demandado que no intervino en la suscripción del convenio arbitral en base al siguiente argumento:

“Previo a su competencia el tribunal arbitral celebró algunas audiencias con el fin de que las partes alegasen sobre la competencia respectiva del tribunal. Como resultado de

este ejercicio el Tribunal estimó que encuentra indicios suficientes que, de manera *a priori*, le llevan a generar una convicción suficiente para considerar que Z había realizado actos ratificatorios que al parecer le vinculan de manera decisiva como parte del negocio jurídico origen del procedimiento arbitral”. (García Larriva, 2012, pág. 106)

En este caso se evidencia nuevamente la posibilidad de aceptación tácita de someterse al arbitraje, esta vez haciendo referencia a actos ratificatorios que permitan colegir el consentimiento al convenio arbitral en base a la vinculación con el negocio jurídico que lo origina.

De los criterios expuestos podemos observar que pese a lo dispuesto en el Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación, los árbitros ecuatorianos si han recurrido a los argumentos que se esbozan como consecuencia de la aplicación de la doctrina de las partes no signatarias, los cuales fundamentan su lógica en el principio de buena fé.

Empero, al ser el objetivo de la teoría analizar el consentimiento, este puede variar conforme la multiplicidad de casos que se planteen, debido a que el lenguaje contractual y los hechos que permitan colegir el consentimiento serán diferentes en cada situación. Por esta razón, la procedencia de cada una de las teorías debe ser analizada caso por caso.

Por último, coincido con la Dra. María Elena Jara (2016) en que la flexibilización de requisitos para probar el consentimiento para someterse a arbitraje no debe convertirse en una presunción indiscriminada de la existencia de un convenio arbitral, toda vez que si esto sucede, se lesionaría el derecho a la tutela efectiva en su vertiente del derecho de acceso a la justicia de quienes son obligados a someterse a arbitral.

2.4. El tratamiento del Arbitraje de contratos o relaciones jurídicas múltiples (*Multi contract*): Análisis de argumentos jurisdiccionales derivados del alcance objetivo del convenio arbitral.

Tal como lo sostiene Roque Caivano “la multiplicidad de relaciones entre las mismas partes también plantea problemas. Estos pueden ser divididos entre aquellos que se relacionan con el alcance –en este caso objetivo– del acuerdo arbitral y aquellos de índole procesal, relativos a la acumulación en un mismo arbitraje de pretensiones que si bien son controversias entre las mismas partes, provienen de relaciones jurídicas distintas” (2007, pág. 68).

Para analizar los problemas derivados del alcance objetivo del convenio arbitral, es preciso tener en cuenta que se ha observado que en varias ocasiones se ha pretendido someter a un proceso arbitral aquellas controversias que no han sido pactadas por las partes como susceptibles de arbitraje, o que si bien a simple vista parece estar claro que se encuentran cubiertas por el alcance objetivo del convenio, empero las excepciones a la competencia del tribunal interpuestas por las partes han generado discusión al respecto.

Frente a estas situaciones, el árbitro, si bien deberá realizar una labor analítica del texto del objeto del convenio arbitral, cuando se traten de controversias que versan sobre una multiplicidad de relaciones jurídicas se deberá tener en cuenta también en el análisis ciertos elementos, externos al texto del pacto arbitral, que son considerados como propios de este tipo de relaciones.

Aquello servirá para realizar una adecuada interpretación del convenio arbitral en el contexto de la naturaleza de la situación conflictiva que se discute.

Estos elementos o factores han sido desarrollados por la doctrina del Arbitraje *Multi Contract*, la cual se encarga de esbozar los factores jurisdiccionales que inciden en los siguientes supuestos:

- Multiplicidad de contratos o relaciones jurídicas entre las mismas partes.

- Multiplicidad de contratos o relaciones jurídicas entre partes también múltiples.

En el presente acápite se revisarán los elementos en común que pueden ser utilizados en ambos casos.

i. Escenarios frecuentes en el Arbitraje *Multi Contract*.

Los escenarios que son analizados en la doctrina del arbitraje *Multi Contract* pueden ser tantos cuantos se pueda conjugar según las diversas posibilidades de controversias que se puedan suscitar alrededor de relaciones jurídicas interrelacionadas. Sin embargo, los expositores de esta doctrina han tratado de sistematizarlos a efectos de objetivizar sus parámetros de aplicación.

Como indicamos ya anteriormente, el arbitraje *Multi Contract* puede darse en el contexto de relaciones entre las mismas partes, así como también en el contexto de partes distintas. En tal virtud, teniendo en cuenta que esta parte del Arbitraje Complejo enfoca su estudio en la problemática del alcance objetivo del convenio arbitral a efectos de analizar la conflictividad que puede acarrear respecto de aquel la multiplicidad de contratos o relaciones jurídicas, doctrinariamente se ha realizado la siguiente clasificación de los escenarios en el Arbitraje *Multi Contract*:

A) Situaciones en las que se encuentran involucradas partes distintas:

- ~ Escenarios en los que se pretende vincular dos o más contratos, ambos con cláusulas arbitrales que son compatibles.
- ~ Escenarios en los que se pretende vincular dos o más contratos, ambos con cláusulas arbitrales, pero estas son incompatibles.
- ~ Escenarios en los que un contrato contiene un convenio arbitral y otro contrato contiene una cláusula de sometimiento a la jurisdicción ordinaria, o no contiene un convenio arbitral.

B) Situaciones en las que se encuentran involucradas las mismas partes:

- ~ Escenarios en los que existen dos o más contratos entre las partes, ambos con convenios arbitrales compatibles.
- ~ Escenarios en los que existen dos o más contratos entre las partes, ambos con convenios arbitrales, pero estos son incompatibles.
- ~ Escenarios en los que existen dos o más contratos entre las partes, uno contiene un convenio arbitral y el otro no lo contiene, o contiene una cláusula de sometimiento expreso a la justicia ordinaria.

En las próximas líneas examinaremos cuales son los criterios que deben seguirse al analizar el alcance del convenio arbitral en esta diversidad de escenarios. Para efectos de sistematización realizaremos el estudio en base a los siguientes supuestos: **i)** Alcance de los efectos de un convenio arbitral contenido en un negocio jurídico a otro negocio jurídico que no contiene un convenio arbitral; **ii)** Alcance de los efectos de un convenio arbitral contenido en un contrato a otros negocios jurídicos que contienen también un convenio arbitral; **iii)** Alcance de los efectos de un convenio arbitral contenido en un negocio jurídico a otro negocio jurídico que contiene una cláusula de sometimiento expreso a la jurisdicción ordinaria.

Debo recalcar que al ser esta teoría un producto el análisis de casos en los que se ha resuelto respecto de los distintos escenarios planteados, en esta sección me remitiré a los criterios expuestos por los distintos tribunales que se han pronunciado respecto de este tema.

ii. Alcance de los efectos de un convenio arbitral contenido en un negocio jurídico a otro negocio jurídico que no contiene un convenio arbitral.

A) En el supuesto de que las partes sean distintas:

Para abordar este punto, considero pertinente remitirnos a tres casos que han sido considerados de gran importancia a nivel de la práctica arbitral internacional¹⁹, en los cuales se ha resuelto respecto de este escenario.

En primer lugar, el caso *Sea Spray vs Buyers United y Pali Financial Group*, citado por Bernard Hanotiau (2006) en el cual el tribunal arbitral decidió declararse competente para conocer una controversia derivada de un contrato que no contenía una cláusula arbitral. A breves rasgos, los hechos de la controversia fueron los siguientes:

- i.** La compañía *Buyers United Inc.* celebró un contrato de préstamo con la compañía *Infotopia Inc.* en el cual esta última prestó a la primera la cantidad de \$500.000. Ese mismo día, entre las partes se otorgó un pagaré a la orden, en garantía del préstamo realizado. El contrato de préstamo tenía un convenio arbitral.
- ii.** Posterior a ello, *Infotopia* celebró un contrato de seguro con la compañía *Sea Spray*, con el objeto de asegurar el préstamo que había realizado a *Buyers*. Al contrato se le adjuntó el pagaré a la orden otorgado por *Buyers*, documento al cual se le tituló como el objeto de interés de seguridad. El contrato de seguro contenía una cláusula de sometimiento a la justicia ordinaria.
- iii.** Antes de la fecha de vencimiento del pagaré, se realizó un cambio de acreedor, con el consentimiento de *Buyers*, se le entregó a la compañía *Pali Financial Group*, el pagaré a la orden.
- iv.** *Buyers* realizó los respectivos pagos a *Pali Financial Group*, y por tanto se le entregó de vuelta el contrato de préstamo original y el pagaré en el que se sentó una nota que decía: “obligación pagada en su totalidad”.

¹⁹ Bernard Hanotiau (2006) indica que estos casos han servido de fundamento en varios laudos arbitrales posteriores, en los cuales se ha discutido situaciones análogas.

- v. La controversia se suscitó en virtud de que Sea Spray demandó en justicia ordinaria a Buyers y a Pali Financial Group, alegando que la cesión del pagaré que se había hecho, no surtía efectos respecto de los derechos para con esta última. Los demandados se excepcionaron con la existencia de convenio arbitral solicitando la remisión del proceso al arbitraje.
- vi. Ante esta petición, Sea Spray alegó que no se encontraba vinculado por el convenio arbitral en virtud de que no tenía ninguna relación con el contrato de préstamo, y que su reclamo derivaba exclusivamente del pagaré, que constituía un documento separado e independiente.
- vii. Luego de las discusiones pertinentes, los jueces deciden remitir el proceso al arbitraje, en el cual el tribunal arbitral se declaró competente, al indicar que “el contrato de préstamo y el pagaré constituían una transacción única: ambos instrumentos se ejecutaron en la misma fecha, entre las mismas partes, se refirieron entre sí y abordaron el mismo tema, esto es la realización de un préstamo entre Buyers e Infotopia” (Hanotiau, 2006, pág. 105) (Traducción no oficial).
- viii. De esta manera se sostuvo que los efectos del convenio arbitral contenido en el contrato de préstamo alcanzaban al pagaré, por lo tanto Sea Spray, como cesionaria de los intereses de Infotopia en la garantía especificada, le correspondían los mismos derechos y obligaciones que esta última.

En este sentido, el autor citado anteriormente sostiene que “aquello que aparece en primer lugar como una situación de múltiples contratos que involucra a diferentes partes y cláusulas de jurisdicción y arbitraje incompatibles, finalmente puede ser interpretado por un tribunal como una estructura contractual bipartita sometida a la cláusula de arbitraje contenida en uno de los acuerdos” (Hanotiau, 2006, pág. 108) (Traducción no oficial).

Es importante también recalcar que cuando nos encontramos en el supuesto de diversidad de partes, serán trascendentales los argumentos relacionados con el alcance subjetivo del convenio arbitral, como la referencia que hizo el tribunal a la cesión de derechos en el caso *sub judice*. Sin perjuicio de aquello, lo fundamental para efectos del análisis del alcance objetivo en el caso analizado fue considerar al contrato de préstamo y al pagaré como una “transacción única”, toda vez que a consecuencia de ello el tribunal se declaró competente para conocer respecto del pagaré que no contenía en su texto un convenio arbitral.

En segundo lugar, siguiendo esta misma línea, en el caso CCI No.8708, citado también por Hanotiau (2006), el tribunal arbitral se declaró competente para conocer respecto de una controversia suscitada en relación a un contrato que no contenía un convenio arbitral, invocando un acuerdo de arbitraje contenido en un contrato marco. La controversia se suscitó en el siguiente contexto:

- i. Con la finalidad de brindar financiamiento a C, entre A, B, y C se celebró un contrato denominado “El Protocolo”. El Protocolo preveía la celebración de acuerdos posteriores entre A y B, B y C, y A y C, de la siguiente manera:
 - ~ Entre A y B se celebró un contrato de préstamo por medio del cual A prestó a B la cantidad de dinero necesaria para la adquisición de una propiedad. Se estipuló que el plazo de 15 años para el cumplimiento de la obligación de pagar el dinero prestado.
 - ~ Entre B y C se celebró un contrato de compraventa de la propiedad que se adquirió con el dinero prestado por A.
 - ~ Entre B y C se celebró un contrato de arrendamiento con opción de compra mediante el cual B arrienda a C la propiedad adquirida. El plazo de este contrato fue de 15 años, y el canon arrendaticio fue de igual valor al de las cuotas en las que B tenía que pagar a A el préstamo.
 - ~ A celebró un contrato de hipoteca sobre el bien arrendado, con la finalidad de garantizar la obligación del contrato de préstamo.

- ii. En el Protocolo se pactó un convenio arbitral cuyo ámbito aplicación se extendía a todas las disputas que pudieran surgir con motivo de la interpretación y aplicación de alguno de los contratos que rigen la relación entre los signatarios del Protocolo.
- iii. Todos los contratos entre las partes contenían un convenio arbitral con el mismo texto del Protocolo, con excepción del contrato de compraventa entre B y C.
- iv. La controversia surgió con la solicitud de arbitraje realizada por A y B como demandantes en contra de C, el objeto de la demanda se relacionó con el contrato de venta y arrendamiento entre B y C.
- v. El demandado se excepcionó a la competencia del tribunal arbitral alegando que el Protocolo tenía una naturaleza preliminar, por lo que con la celebración de los contratos de implementación el Protocolo ya deja de surtir efectos, incluyendo los efectos del convenio arbitral. Adicionalmente alegó que el contrato de compraventa fue el único contrato sin convenio arbitral, lo que evidencia la voluntad de las partes de excluir el arbitraje en ese contrato.
- vi. El tribunal arbitral se declaró competente en virtud de que “decidió que todos los acuerdos constituían un grupo de contactos caracterizados por un acuerdo marco, seguidos por seis acuerdos de implementación que trataban varios aspectos de la transacción definidos en el acuerdo marco. En estas condiciones, el alcance de la cláusula de arbitraje contenida en este último debía extenderse a todas las disputas derivadas del esquema contractual, ya que esta era claramente la voluntad de las partes” (Hanotiau, 2006, pág. 109) (Traducción no oficial).

Del análisis realizado en este caso, podemos colegir que el alcance del convenio arbitral para resolver disputas relacionadas con otro contrato, fue determinado en virtud de la naturaleza de la relación jurídica que subyacía entre las partes, estos es, la vinculación objetiva y subjetiva en razón de un contrato marco, el cual establecía regulaciones generales para los otros contratos que se celebraron, a los cuales se les denominó acuerdos de implementación.

Debe tenerse en cuenta también que de conformidad con el criterio del tribunal, del ámbito del convenio arbitral se desprendió la voluntad de las partes de resolver todas las controversias de todos los contratos mediante arbitraje, pese a que uno de ellos no contenía un convenio arbitral.

En tercer lugar, el caso No. 2273/95 de la Cámara de Comercio de Zurich, en el cual se desarrolló en el siguiente contexto:

- i.** Con la finalidad de emprender un proyecto de suministro de materia prima, se inició una relación comercial entre un proveedor ruso y una compañía de procesamiento argentina la cual estaba interesada en encontrar una fuente confiable de suministro de materia prima para sus obras con la intención también de expandirse a Europa del Este.
- ii.** Para la ejecución de este proyecto se celebraron cuatro acuerdos:
 - ~ Dos Protocolos (P1 y P2) en los que se establecían las obligaciones generales del suministro de materiales, en cada uno se pactó un convenio arbitral en la Cámara de Comercio de Zurich. Ambos protocolos fueron suscritos tanto por el proveedor como por la empresa argentina.
 - ~ Dos acuerdos de implementación (I3 y I4), los cuales regulaban la forma específica en la cual se realizaría la entrega de la materia prima, en el contrato M4 se pactaron las condiciones específicas de la entrega a una empresa de procesamiento en Hungría (la empresa argentina era su accionista mayoritaria) la cual también fue signataria de este acuerdo.
 - ~ Tanto en I3 como en I4 fueron signatarios el proveedor y la empresa argentina, y solo en este último acuerdo la empresa húngara. En I3 se pactó un convenio arbitral en las mismas condiciones que en los protocolos, sin embargo el acuerdo I4 no contenía un convenio arbitral.

- iii.** Cabe aclarar que todas las entregas de la materia prima debían realizarse a través de una compañía española en la cual el proveedor tenía el 95% de las acciones.
- iv.** El proveedor dejó de realizar las entregas correspondientes de conformidad con lo pactado, razón por la cual las empresas de procesamiento de Hungría y de Argentina, iniciaron un arbitraje en contra del proveedor, demandando los daños y perjuicios a consecuencia del incumplimiento contractual.
- v.** El demandado objetó la jurisdicción del tribunal alegando que el acuerdo I4 no contenía un convenio arbitral, y por lo tanto el tribunal carecía de competencia respecto de este.
- vi.** El tribunal arbitral se declaró competente para conocer las pretensiones de los demandantes con el siguiente razonamiento: “Cuando en los acuerdos de cobertura superior las partes hayan previsto un tipo particular de arbitraje, cualquier disputa que surja bajo un contrato de una cobertura inferior, como lo es la pretensión de los demandantes, se regirá por la cláusula de arbitraje contenida en un contrato de cobertura superior a menos que se haya pactado una cláusula de jurisdicción ordinaria en un contrato de nivel inferior. En este sentido todos los reclamos están cubiertos por las cláusulas de arbitraje pactado en los protocolos. Además los contratos de nivel inferior están cubiertos por la cláusula de arbitraje en el acuerdo marco del primer demandante . Todas estas cláusulas de arbitraje, aunque redactadas de manera diferente, significan lo mismo. Bajo estas circunstancias, la voluntad de las partes es otorgar efectos a la misma jurisdicción arbitral, o para varios tribunales arbitrales establecidos por la misma institución” (Hanotiau, 2006, pág. 110) (Traducción no oficial).
- vii.** Por último el tribunal concluyó que al ser el contrato I4 parte del grupo de contratos que regulaba toda la relación comercial, entonces si la voluntad de las partes hubiese sido excluir ese contrato del arbitraje, debían haberlo señalado así expresamente en el convenio arbitral,

o en su defecto, pactar una cláusula de jurisdicción ordinaria, toda vez que su silencio milita a favor de la aplicación del convenio arbitral.

La importancia de este caso, radica en la interpretación que el tribunal realiza respecto de la voluntad de las partes cuando existen contratos de cobertura superior y cobertura inferior como lo son los protocolos, contratos marco, y los acuerdos de implementación, debido a que es precisamente esta estructura la que permite colegir una especie de interpretación armónica en la forma de resolución de disputas que deriven de todos los contratos.

Tal es así, que en el caso sub judice se interpreta como regla general la aplicación de los efectos del convenio arbitral contenido en el contrato marco, por tal razón se exige una especie de renuncia a los efectos del convenio arbitral en caso de pretender desvincular a un contrato de rango o cobertura inferior, siendo el silencio insuficiente para desvincularlo.

De los tres casos analizados se desprende que el alcance de los efectos de un convenio arbitral a un contrato que no contiene un acuerdo de arbitraje se supedita a la verificación de los siguientes supuestos: **i)** La existencia de una realidad comercial común en un grupo de contratos, que permita calificarlos como parte de una misma transacción, **ii)** la presencia de un contrato marco en el cual se establezcan condiciones generales aplicables a los contratos de cobertura inferior; **iii)** falta de sometimiento expreso a la jurisdicción ordinaria.

Como ya se mencionó en líneas anteriores, el hecho de que las partes sean distintas ameritará una importante discusión a nivel del alcance subjetivo, sin embargo algunos de los elementos que se han mencionado para el análisis del alcance objetivo, podrían incluso ser utilizados para analizar la arbitrabilidad subjetiva de la disputa.

B) En el supuesto de identidad de partes:

Respecto de este supuesto, Hanotiau y Leboulanger coinciden en que se ha observado en la práctica un criterio mucho más uniforme de que si dos acuerdos entre las mismas partes

están estrechamente relacionados y uno encuentra su origen en el otro, o es el complemento o la implementación del otro, la ausencia de un convenio arbitral en uno de los contratos no impide que las disputas derivadas de los dos acuerdos se presenten a un tribunal arbitral y se decidan juntas.

Para entender este razonamiento analizaremos dos casos. El primero, el caso *Fletamentos Maritimos SA vs Effjohn International BV*, el cual se resolvió en base a los siguientes hechos:

- i.** Las dos compañías celebraron un acuerdo de cooperación para establecer un negocio de cruceros. El acuerdo contenía un convenio arbitral.
- ii.** Posteriormente, las partes adquirieron un buque.
- iii.** Surgieron disputas entre las partes, y la compañía Fletamentos Marítimos SA demandó en arbitraje a Effjohn International alegando que no había pagado su parte de los costos de la adquisición del buque y solicitó intereses sobre la suma pendiente.
- iv.** El demandado se opuso a la jurisdicción de los árbitros alegando que las controversias derivadas de la compra del buque no se encontraban cubiertas por el convenio arbitral que estaba contenido en otro acuerdo.
- v.** El Tribunal sostuvo que el reclamo del demandante estaba dentro de la competencia de los árbitros en virtud de que la compra del buque se realizó dentro del contexto del acuerdo de cooperación que contiene la cláusula de arbitraje.

En este sentido, puede observarse que lo que motivó la decisión del tribunal arbitral fue precisamente considerar que la naturaleza del contrato de compra del buque pertenece a la realidad negocial que se desprende de la celebración del acuerdo de cooperación, toda vez que es a raíz de este último que tuvo cabida la adquisición del buque.

Este mismo enfoque se sostuvo en una decisión del Tribunal Supremo Francés, citado por Hanotiau (2006), en el cual los jueces remitieron la controversia al arbitraje al considerar

que el objeto de la disputa se encontraba dentro del alcance de un convenio arbitral. Los hechos del caso fueron los siguientes:

- i.** X acordó vender las acciones que tenía en dos compañías a una compañía Y. Por tal motivo se celebró un acuerdo de venta de acciones que contenía una cláusula de arbitraje. En el referido contrato se estipuló que el precio se determinaría de conformidad con la revisión de la contabilidad de las compañías cuyas acciones se vendían.
- ii.** Por otro lado, las partes también celebraron un contrato de depósito en garantía con dos agentes de depósito, por el cual conjuntamente tendrían nueve millones de francos en custodia y pagarían el dinero al vendedor un mes después de que finalmente se hubiera determinado el precio.
- iii.** Surgió una disputa entre X y Y sobre el precio, y por tal razón X inició un procedimiento ante los tribunales franceses. Entre otros asuntos, solicitó una orden judicial que establecía que los agentes de custodia debían liberar la suma que tenían.
- iv.** El acuerdo de depósito no contenía una cláusula de arbitraje. Sin embargo, el acuerdo de venta de acciones se refirió al acuerdo de depósito al disponer que los nueve millones de francos solo se liberarían después de la determinación final del precio.
- v.** El demandado argumentó que, como la cláusula de arbitraje pretendía aplicarse a todas las disputas derivadas del acuerdo de venta de acciones, también se aplicaba al acuerdo de depósito. Contradiciendo aquello, X señaló que la aplicación dependía únicamente de un contrato que no contenía ninguna cláusula de arbitraje y que, por lo tanto, el tribunal tenía jurisdicción para ordenar la liberación del dinero.
- vi.** Para resolver la situación el Tribunal Supremo francés sostuvo que si existía un vínculo entre el acuerdo de venta de acciones y el acuerdo de custodia toda vez que el objeto

del segundo nace como complemento del objeto del primero, y en tal virtud, el convenio arbitral contenido en el primer acuerdo también se aplicaba al acuerdo de custodia.

vii. Por lo tanto, el Tribunal Supremo dictaminó que los tribunales franceses no tenían competencia para resolver respecto de la pretensión del demandante.

Del análisis que hace el tribunal se puede observar que fundamenta su criterio en que la interrelación existente en los objetos de ambos contratos apelando a una suerte de causa efecto en la celebración del primero respecto del segundo.

Como se puede observar los criterios que se han utilizado para analizar la aplicación de un convenio arbitral a otro contrato cuando la disputa surge ente las mismas partes, no difieren en mayor manera con los ya expuestos respecto de la existencia de diversidad partes; sin embargo cabe agregar que en los casos analizados bajo el segundo supuesto (similitud de partes) los tribunales arbitrales han hecho mayor énfasis en determinar la complementariedad de los objetos de los contratos que se pretenden vincular.

Empero, la búsqueda de una realidad negocial común así como apelar a la existencia de contratos cuya naturaleza general permite abarcar a los otros que se generan como consecuencia del mismo, se mantienen como argumentos base para analizar en este segundo supuesto.

En este sentido, podemos colegir de todo lo expuesto que el tratamiento de este escenario del Arbitraje *Multi Contract* ha requerido analizar la naturaleza de la relación sustantiva que yace entre las partes, a efectos de determinar si constituyen o no contratos interrelacionados o conexos, y si esta vinculación es suficiente para poder aplicar los efectos de un convenio arbitral a otro contrato.

iii. Alcance de un convenio arbitral para abarcar reclamos derivados de otros contratos que también contienen convenio arbitral.

La doctrina ha enfocado el análisis de este escenario en la determinación de la compatibilidad entre los convenios arbitrales sobre los cuales verse la discusión.

Hanotiau (2006) sostiene que cuando se está ante la presencia de dos cláusulas idénticas o compatibles, no ha existido mayor discusión respecto de la competencia del tribunal arbitral, en virtud de que en la mayoría de los casos se ha considerado que la intención de las partes en cláusulas compatibles es precisamente otorgar competencia al tribunal arbitral para la resolución de las disputas de ambos contratos. No obstante, la incompatibilidad de las cláusulas es la que ha generado mayor discusión.

Para iniciar, es necesario señalar que el término incompatible no puede ser considerado como sinónimo de diferente, toda vez que en muchas ocasiones se encontrarán convenios arbitrales que en su redacción son diferentes, sin embargo no son incompatibles.

Para analizar esta situación revisaremos dos casos en los que se ha discutido respecto del tema, ambos citados por el autor antes mencionado.

El primero, el caso CCI No. 5989, en el cual el tribunal arbitral decidió que los convenios arbitrales no eran incompatibles y por tanto se declaró competente para conocer un asunto derivado de dos contratos distintos:

- i.** Con el objetivo de reorganizar una red de distribución de combustible, entre dos partes, Contratante y contratista, se acordó celebrar un contrato al que llamaron “contrato base” y varios acuerdos a los que llamaron “acuerdos de aplicación”.
- ii.** En la cláusula 4.3 del acuerdo base se pactó que, en caso de terminación, el contratante tendría derecho a comprar los materiales importados en el país por el contratista.

- iii.** La cláusula 20 del contrato base preveía la creación de un comité de coordinación que coordinaría las actividades de cada una de las partes y resolvería las disputas que pudieran surgir en el curso de la ejecución de las obligaciones contractuales. Por su parte la cláusula 21 establecía además que todas las disputas que no pudieran resolverse amistosamente con la intervención del comité de coordinación serían resueltas mediante arbitraje ante la CCI en Ginebra.
- iv.** Tres años más tarde, el contratante dio por terminado el acuerdo de aplicación No.1 y además expresó su intención de discutir las modalidades de la compra de los materiales.
- v.** Se celebró entre el contratista y el contratante un acuerdo de compra en el cual se dispuso que todas las disputas debían remitirse a un árbitro único y si las partes no podían llegar a un acuerdo sobre un árbitro único, la disputa debía resolverse mediante arbitraje ante la CCI en Ginebra.
- vi.** Unos meses más tarde, se celebró entre las partes un contrato de asistencia técnica y servicios que fue complementario al contrato de compra, este no contenía una cláusula de arbitraje separada.
- vii.** Tres años más tarde, el contratista solicitó formalmente el pago de ciertas sumas debidas en virtud de la compra y los contratos de asistencia técnica. Solicitó además una reunión del comité de coordinación y propuso que se nombre un único árbitro para resolver la disputa. También declaró que iniciaría un procedimiento de arbitraje si el comité de coordinación no cumplía o no llegaba a una solución o las partes no acordaban un árbitro único.
- viii.** Se celebró una reunión y se llegó a un acuerdo sobre el pago de los montos reclamados por el contratista.
- ix.** El pago de los montos acordados por las partes no se realizó en su totalidad y el contratista inició un arbitraje CCI contra el contratante. Solicitó al tribunal arbitral que

declare la terminación del contrato base debido a un incumplimiento de contrato por parte del contratante y reclamó varios montos en virtud del contrato de asistencia técnica y el contrato de compra.

- x.** El contratista basó su solicitud de arbitraje en las dos cláusulas contenidas en el contrato base y en el contrato de compra.
- xi.** El contratante sostuvo que la solicitud era inadmisibles porque se basaba en dos cláusulas de arbitraje diferentes. Solicitó al tribunal arbitral que declare que no tenía competencia sobre la solicitud del contratista basada en el contrato de compra. El razonamiento del contratante se fundamentó en que las dos cláusulas preveían dos mecanismos diferentes para la solución de controversias: por un lado el contrato de compra no preveía la intervención del comité de coordinación, sin embargo lo que si preveía era la condición de que cualquier disputa que no podía resolverse de forma amistosa se remitiera a un árbitro único, y solamente si las partes no pudieron llegar a un acuerdo sobre el árbitro único el caso se remitiría al arbitraje de la CCI. Alegó que esta situación difiere de lo pactado en el contrato base.
- xii.** El contratante argumentó que estas diferencias demostraban que las partes tenían la intención de evitar la aplicación de la cláusula de arbitraje contenida en el acuerdo base para las disputas que surgen en virtud del contrato de compra.
- xiii.** Finalmente alegó que incluso si las solicitudes del contratista eran admisibles, el tribunal arbitral solo podía decidir sobre la base de una de las dos cláusulas de arbitraje y no de ambas cláusulas al mismo tiempo. Indicó que la interpretación correcta que debe realizarse es que no puede decidir sobre la disputa basada en el contrato de compra, ya que esta cláusula de arbitraje fue invocada después de la cláusula de arbitraje contenida en el acuerdo base.

- xiv.** El tribunal arbitral inadmitió las excepciones del contratante y sostuvo que es indudable que las partes tenían la intención de resolver sus disputas mediante arbitraje, tanto es así que las cláusulas de arbitraje y las partes son idénticas. Además las pretensiones están conectadas de tal manera que, en el contexto de la naturaleza del arbitraje debemos admitir su análisis conjunto a la luz de la intención de las partes, tal como se expresa en las cláusulas de arbitraje. Hace énfasis en que el contrato de compra ha sido concluido en aplicación del acuerdo base.
- xv.** Sostiene además que el mero hecho de que se haya incluido una nueva cláusula arbitral en el contrato de compra no muestra la intención de las partes de descartar el procedimiento arbitral previsto en el acuerdo base, sino que por el contrario, el contrato de compra cae directamente dentro de las disposiciones contractuales del acuerdo base.
- xvi.** Así, el tribunal arbitral manifestó que el hecho de que se hubiera insertado una cláusula compromisoria en el acuerdo de compra no excluía la posibilidad de conocer todas las disputas en un arbitraje relativo a las reclamaciones surgidas entre las partes en virtud de un grupo de contratos celebrados en el marco de una operación comercial.

Con este criterio, se confirma que la diferencia en la redacción entre dos convenios arbitrales no los vuelve *prima facie* incompatibles, no obstante ¿qué factores inciden para determinar la incompatibilidad entre dos acuerdos arbitrales?

En el caso *Kiabi vs JDA Software y JDA Worldwide*, se intentó dar una respuesta a esta interrogante. Este interesante caso centro su discusión alrededor de dos convenio arbitrales, el uno contenido en un contrato marco y el otro contenido en un adendum al mismo.

Por un lado, el convenio arbitral contenido en el contrato marco disponía un arbitraje ad hoc que establecía el francés como idioma del arbitraje, el procedimiento bajo las reglas de la Ley Modelo UNCITRAL y un tribunal compuesto por tres árbitros.

Por otra parte, el adendum al contrato preveía igualmente un arbitraje ad hoc con sujeción a la Ley Modelo UNCITRAL, pero preveía un tribunal compuesto por uno o tres árbitros y además establecía que la sede del arbitraje sería París y que el procedimiento se realizaría en Inglés.

El tribunal arbitral se declaró competente para conocer las diferencias de ambos contratos, con fundamento en los dos convenios arbitrales. Con respecto al lenguaje del procedimiento, los árbitros decidieron que sería el francés para el acuerdo marco y el inglés para el adendum. Sin embargo, las partes estarían autorizadas a expresarse en inglés o francés tanto en sus presentaciones escritas y orales.

Los demandados acudieron al Tribunal de Apelaciones de Paris y demandaron la nulidad de la resolución preliminar de competencia dictada, sin embargo el Tribunal de Apelaciones confirmó la decisión.

En lo que respecta al lenguaje del arbitraje, el Tribunal de Apelaciones de París decidió que los árbitros no excedían su mandato al decidir que a pesar del hecho de que el francés sería el idioma del procedimiento para las controversias que entran dentro de la cláusula de arbitraje del acuerdo marco y el inglés para las disputas que entran dentro del alcance del convenio arbitral contenido en el adendum, el tribunal garantizó a las partes la posibilidad de expresarse en ambos idiomas en sus presentaciones escritas y orales. Es más el Tribunal de Apelaciones considero que esta decisión del tribunal arbitral garantiza los derechos al debido proceso que tienen las partes y favorece a la naturaleza consensual del arbitraje.

Por último el Tribunal, acogiendo el criterio del Profesor Train esbozó el siguiente criterio:

“Dos cláusulas de arbitraje no son incompatibles por la sola circunstancia de que son diferentes. El test de compatibilidad equivale a la determinación de la voluntad de las

partes en cuanto al alcance respectivo de las diversas cláusulas. En otras palabras, se tiene que determinar si las partes tenían la intención de renunciar a la extensión de la cláusula de arbitraje principal al proporcionar una disposición de arbitraje diferente en otro contrato del grupo. Las cláusulas se considerarán incompatibles si la diferencia se relaciona con un elemento fundamental del acuerdo de arbitraje: la naturaleza institucional o ad hoc del arbitraje, la sede, el número de árbitros, el procedimiento de nombramiento. Si, por otro lado, la diferencia se relaciona con un elemento secundario (ley aplicable a los méritos, pasos a seguir antes del inicio del procedimiento, etc.), las cláusulas se considerarán compatibles”. (Hanotiau, 2006, pág. 116) (Traducción no oficial)

De esta manera, podemos observar que la jurisprudencia arbitral ha demostrado una posición favorable a la competencia de los tribunales arbitrales en los casos de cláusulas que si bien son redactadas de forma distinta, no reflejan incompatibilidad.

En este sentido, lo que deberá realizarse es un test de compatibilidad a efectos de resolver si la voluntad de las partes ha sido la de vincular las controversias de ambos contratos, o en su defecto la de tratarlas en arbitrajes separados.

En adición a lo expuesto, es importante que se tenga en consideración para este análisis aquello que fue establecido por el tribunal en el caso *Lucky-Goldstar International (H.K.) Ltd. Vs Ng Moo Kee Engineering Ltd* citado anteriormente, al considerar como elemento fundamental para la determinación de aquello que corresponde al contenido necesario o facultativo de un convenio arbitral, la verificación del “propósito dominante” en el convenio arbitral pactado. Ello en el sentido de constatar si este propósito fue la voluntad de arbitrar sin importar las condiciones de dicho arbitraje, o si la forma de instrumentar el arbitraje tiene mayor trascendencia de conformidad con la voluntad de las partes.

Cabe recalcar que este escenario también debe ser analizado a la luz de los elementos que se expusieron ya para la resolución de los escenarios anteriores (existencia de un contrato marco, verificación de la misma realidad negocial etc.).

iv. Alcance de los efectos de un convenio arbitral contenido en un negocio jurídico a otro negocio jurídico que contiene una cláusula de sometimiento expreso a la jurisdicción ordinaria.

Algo advertimos ya al analizar el caso No. 2273/95 de la Cámara de Comercio de Zurich, en el cual el tribunal arbitral sostuvo que era factible la aplicación de un convenio arbitral a otro contrato siempre que no se constate la presencia de una cláusula de sometimiento expreso a la jurisdicción ordinaria.

Aquello resulta coherente con los principios que rigen todo el sistema arbitral, sobre todo al ser el arbitraje un mecanismo extraordinario de resolución de conflictos que implica la renuncia a la jurisdicción ordinaria; razón por la cual, si las partes optan por no renunciar sino expresamente someterse a la misma, el fundamento para la aplicación del arbitraje como mecanismo alternativo, no se vería configurado.

No obstante, lo señalado no afecta la posibilidad de que bajo el supuesto de interrelación contractual, el silencio respecto de la forma de resolución de conflictos pueda entenderse como aceptación a la forma de resolución de disputas pactada en otros contratos dentro del grupo, ello en virtud de que el silencio constituye también una forma de manifestar la voluntad, la cual deberá ser interpretada. De aquí que los elementos indicados en este acápite constituyen factores para analizar este consentimiento tácito al arbitraje.

Empero, cuando se trate de sometimiento expreso a la jurisdicción ordinaria la situación cambia radicalmente y deberá entenderse como renuncia expresa a la aplicación de los efectos del convenio arbitral pactado en otro u otros contratos pertenecientes al mismo grupo.

Lo que ameritará mayor discusión respecto de este punto, será la determinación de si la cláusula de jurisdicción ordinaria abarca todos los supuestos de hecho que puedan derivarse del contrato en la que inserte, toda vez que si existe alguno que quede fuera del ámbito de la cláusula de jurisdicción ordinaria, entonces aquello podría seguir siendo objeto del arbitraje pactado en los demás contratos.

2.5. La coligación, conexidad, e interrelación de contratos como factor de aplicación de la teoría: Necesidad de su delimitación.

Como se ha podido observar en el análisis realizado *ad supra*, la interrelación, coligación, y conexidad de los contratos es considerada como la base sobre la cual asienta sus raíces la doctrina del arbitraje de contratos y relaciones jurídicas múltiples.

Y es que la coligación de relaciones jurídicas, ha servido como causa para iniciar la búsqueda de soluciones en aquellos casos en los que resulta evidente que una pluralidad de figuras contractuales responden o persiguen un mismo fin.

En este sentido, el tratamiento de los contratos coligados, interrelacionados, o conexos, que de una u otra forma se ha ido desarrollando en las distintas ramas del derecho, ha sido el resultado de esta búsqueda, constituyendo en materia arbitral un factor que incide en una de las decisiones más importantes a tomarse en un proceso: la declaratoria de competencia del tribunal arbitral.

Empero, ¿en que consisten los contratos coligados, interrelacionados o conexos? y ¿qué características deben verificarse en los mismos para que puedan tener tal importancia?

Si bien en el análisis de los casos que se realizó el punto anterior pudimos de alguna manera observar los criterios de coligación e interrelación que pueden incidir en el arbitraje, sin embargo, también se pudo advertir que no existe un concepto determinado y unitario

respecto de estos elementos. Lo cual, sin duda amerita un análisis, al ser precisamente estos factores los que permiten la aplicación del Arbitraje *Multi Contract*.

Partamos de que la marcada fragmentación en materia contractual da paso a una “creciente vinculación negocial con la finalidad de satisfacer intereses “supracontractuales” que no pueden realizarse por medio de figuras negociales aisladas” (Esborraz, 2012, pág. 112); ello en virtud de que los agentes económicos, a decir del autor David Esborraz, ya no persiguen como objetivo último el convenir o acordar un contrato, sino más bien lo que buscan es concretar negocios.

En este sentido, la concreción de negocios o proyectos, requerirá la utilización de contratos como instrumentos para producir el fin deseado, contratos que serán agrupados e implementados de conformidad con el objetivo planteado.

El referido autor, sostiene que en la actualidad nos encontramos frente a estructuras contractuales “ensanchadas”, “descongeladas” y “vinculadas”, en virtud de que ya no abarcan solo las obligaciones nucleares -es decir las obligaciones que derivan exclusivamente del objeto contractual- sino también deberes secundarios, porque su vitalidad se extiende sin límite durante todo el iter negocial, y sobre todo, porque integra redes y cadenas de contratos.

Como ya lo indicamos, la mayor dificultad en la aplicación de esta teoría, resulta de la falta de una definición concreta que pueda hacerse respecto de estos términos, más aún cuando en legislaciones como la nuestra no existe un cuerpo normativo que los regule. Es por ello que, con la intención de aterrizar en la aplicación correcta de estos términos, revisaremos lo que expone la doctrina respecto de este tema.

Carlos Miguel Ibañez (2010) sostiene que los contratos conexos son una pluralidad de contratos, celebrados de forma simultánea o sucesiva, que si bien son autónomos se encuentran vinculados entre sí en razón de una misma operación económica, por lo que persiguen un objeto

en común. El autor menciona que la vinculación existe en virtud de una finalidad supra contractual.

En esta misma línea, Phillippe Leboulanger (1996) indica que en todos los casos en los que exista un vínculo económico entre los contratos, que resulte de la naturaleza de los mismos y la función mutua, estos acuerdos no deben considerarse como acuerdos autónomos, sino que deben analizarse en conjunto con todos los demás contratos relacionados.

De tal manera que, podemos observar que de conformidad con los autores la interrelación de contratos obedece a un término económico o funcional más que jurídico. Es por ello que, debe tenerse en cuenta que no son sinónimos de accesoriedad de los contratos en las condiciones en que este concepto ha sido desarrollado por nuestra legislación civil.

Bernard Hanotiau (2006) manifiesta que la coligación de los contratos amerita la siguiente distinción:

“Ellos se dividen en dos categorías. La primera categoría incluye grupos de contratos que coexisten para alcanzar un objetivo común: un acuerdo marco y acuerdos de implementación, un contrato principal y subcontratos, un contrato principal y un acuerdo accesorio para la financiación de la transacción principal, o un grupo de contratos de igual importancia unida por una causa u objetivo común. La segunda categoría abarca los contratos que están unidos en una relación de sustitución o, en otras palabras, grupos de contratos que consisten en dos acuerdos sucesivos entre las mismas partes, donde el segundo impacta al primero para enmendarlo o terminarlo: el original acuerdo y un contrato que estipule su terminación amistosa, una novación o un acuerdo”. (Hanotiau, 2006, pág. 101) (Traducción no oficial)

El autor concluye que ambas categorías de contratos sirven de fundamento para la aplicación de la interrelación de contratos en materia arbitral, toda vez que se habla de la

búsqueda de un negocio único fraccionado jurídicamente, siendo su realidad económica y funcional el elemento que los vincula.

Carlos Miguel Ibañez (2010) aporta un criterio interesante al sostener que el nexo entre los distintos contratos está dado por la existencia de una causa fin en su concepción objetiva-subjetiva. La causa así entendida es la posibilidad de que un determinado negocio, además de cumplir con su finalidad objetiva inmediata se integre con una finalidad subjetiva, consistente en el carácter determinante que otro negocio adquiere para su celebración.

Manifiesta el autor que la conexidad contractual no requiere de identidad entre las partes, pues implica que una persona si bien puede actuar ya sea como parte en ambos contratos o ya sea como parte en uno y tercero en otro, empero la conexidad ejerce igualmente una posición dominante entre ambos contratos.

Sin perjuicio de lo expuesto, autores como Sergio Muñoz Laverde (2015) sostienen que es necesario realizar una clasificación de los tipos de relaciones jurídicas que pueden ser calificadas como conexas, coligadas o interrelacionadas, sobre todo teniendo en consideración de que estos términos no son sinónimos. El autor sostiene que “no toda pluralidad de contratos es igual, no toda operación que exija la presencia de distintos contratos debe entenderse de la misma manera” (2015), por esta razón sugiere realizar una particular clasificación sobre la cual volveremos más adelante.

Teniendo en cuenta lo expuesto, debemos resaltar que los doctrinarios que exponen respecto de este tema, coinciden en que la interrelación de los contratos es importante en materia arbitral en virtud de que sirve como fundamento para interpretar la verdadera voluntad de las partes para así poder determinar el alcance objetivo del convenio arbitral en un caso concreto.

De tal forma que, la coligación de contratos no puede utilizarse de forma indiscriminada, sino solo en aquellos casos en que efectivamente se haya verificado de manera precisa y concreta, alguno de los otros factores que permitan su aplicación, a efectos de que pueda servir como elemento objetivo para la vinculación de varios contratos o relaciones jurídicas, y en consecuencia un elemento que permita determinar el alcance de un convenio arbitral.

i. El test de coligación contractual: Como un intento de evitar su aplicación indiscriminada.

Por más difícil que resulte, la única manera adecuada en la que podríamos hablar de una aplicación no indiscriminada de la coligación y conexidad de contratos como base del análisis del alcance del convenio arbitral entre relaciones jurídicas múltiples, es intentando establecer estándares objetivos cuya verificación permitirá concluir cuando dos o más contratos pueden calificarse como conexos, coligados, o interrelacionados.

Ricardo Lorenzetti, citado por José Fernando Márquez (2007) expresa que hay que identificar un elemento claro que permita decir que hay conexidad contractual, “de lo contrario sería posible vincular una gran cantidad de contratos y sujetos sin límite alguno, transformando la excepción (que viene dada por el principio de la relatividad de los efectos contractuales) en regla” (Marquez , 2007, pág. 9).

En este sentido, consideramos que la realización de un test comparativo que pueda ser utilizado para la determinación de la conexidad contractual, constituye la mejor vía para aquello. Empero, cabe advertir el riesgo de realizar esta comparación, ello en virtud de la multiplicidad de criterios que pueden existir a nivel de doctrina en relación a los referidos conceptos.

Teniendo en cuenta lo dicho, se realizará una clasificación de la interrelación de contratos, en base a los criterios adoptados tanto por doctrinarios que sostienen que tales elementos constituyen el factor de conexión para determinar el alcance del convenio arbitral,

así como con los criterios esbozados anteriormente por los tribunales que han decidido declararse competentes con fundamento en la interrelación contractual.

Vale advertir además, que los elementos que esbozaremos son aquellos que permitirán aplicar la figura de los contratos coligados en la materia arbitral, sin perjuicio de que su aplicación en otras materias requiera el análisis de factores adicionales.

La clasificación de los contratos interrelacionados que se propone es la siguiente:

i. Interrelación de contratos por voluntad expresa de vincularlos:

Este posiblemente sea el elemento de conexión que amerite menos discusión en la práctica, toda vez si de los contratos se desprende la intención expresa de las partes de interrelacionarlos, entonces habrá que recurrir a dicha manifestación expresa de voluntad como factor de conexión.

Por ejemplo, cuando en un contrato las partes acuerdan que las cláusulas contenidas en otro contrato formarán parte del mismo.

Dentro de esta clasificación se encuentran también aquellas manifestaciones de voluntad contenidas en documentos distintos al contrato, pero que sin embargo evidencien la voluntad expresa de relacionar un contrato con otro.

ii. Interrelación cuando no existe voluntad expresa de vincular los contratos:

- a) Cuando la voluntad de interrelacionar los contratos no es expresa, pero se desprende del texto del contrato.

Por ejemplo cuando las partes sin la necesidad de manifestar expresamente la voluntad de integrar en un contrato las cláusulas de otro, realizan remisiones a su contenido.

- b) Cuando la interrelación se desprende de la naturaleza de los contratos:

Este es el factor que traerá mayor discusión, toda vez que la interrelación no va a presentarse como la manifestación de la voluntad, ya sea expresa o tácita, de vincular los contratos, sino que se presentará en razón de las características que conforman la naturaleza de los contratos. En estos casos, se clasificarán en:

~ Contratos conexos: Dice Sergio Muñoz (2015) que en estos casos pueden o no ser las mismas partes, empero entre los contratos subyace una realidad supra contractual común, que es considerado como un nexo funcional o teleológico para obtener un resultado económico único.

Es decir, consisten en aquellos que se conforman de una pluralidad de contratos, los mismos son distintos, autónomos, heterogéneos, que concurren a la operación jurídica, y entre los cuales subyace una finalidad económica supra-contractual.

Indica el autor, citando a Ricardo Lorenzetti, que en estos casos el interés en la conexidad no es intra-contractual sino supra contractual, en virtud de que los contratos son un instrumento para la realización de un negocio global. En este sentido, el factor que une a los contratos es el interés del funcionamiento del sistema, más no del interés individual de quienes lo forman.

Se subdivide en lo siguiente:

- **Contratos de cobertura superior frente a contratos de implementación**: Presencia de un contrato marco, normativo, protocolo, estatuto, que regule condiciones aplicables a otros contratos. Este criterio, fue aplicado para determinar la competencia del tribunal arbitral en el caso CCI No.8708, así como en el No. 2273/95 de la Cámara de Comercio de Zurich, ambos citados anteriormente.

- **Contratos que sin ser de cobertura superior reflejan que son parte de una misma transacción u operación económica**: Como por ejemplo aquellos contratos que garantizan el

cumplimiento de obligaciones contenidas en otros contratos, adicionalmente aquellos cuyo objeto es la causa determinante del otro.

Este criterio fue el factor que determinó la competencia del tribunal arbitral en el caso *Sea Spray vs Buyers United y Pali Financial Group*, así como en *Fletamentos Maritimos SA vs Effjohn International BV*, citados *ad supra*.

~ Contratos coligados: Según Muñoz (2015) en estos casos si se requiere de la presencia de las mismas partes. Esta coligación se clasifica en:

- **Genética**: Se refiere al hecho de que un contrato pueda ser el origen del otro, como por ejemplo los contratos preparatorios, así como los contratos que aseguren el cumplimiento de una obligación, entre otros contratos cuyo origen dependa de otro contrato. Este criterio lo adoptó la decisión del Tribunal Supremo Francés en el caso del contrato de depósito frente al de venta de acciones, citado en líneas anteriores.

- **Funcional**: Según Sergio Muñoz, este tipo de coligación no tiene que ver con el origen de un contrato respecto del otro sino más bien con el funcionamiento de los contratos, el autor menciona que la coligación funcional implica nexos contractuales que están diseñados para explicar una operación que va más allá del fin individual de cada uno de los contratos, esta a su vez se clasifica en:

- i. **Unilateral**: Si un contrato es la causa del otro pero no viceversa, es decir un contrato se entendería sin el otro, pero el otro no se entendería sin el primero. Según el autor también caben aquí los contratos de garantía, toda vez que si bien el contrato garantizado se puede entender sin garantía, empero la garantía no se puede entender sin el contrato garantizado.

- ii. **Bilateral**: Los dos contratos son la causa del otro. El ejemplo que se plantea en este caso es la concesión y los contratos entre el cedente y el concesionario.

~ Mixta: Dice el autor, que la coligación mixta implica contratos en los que se requiere una única declaración que se nutre de concepciones contractuales plurales, como por ejemplo la venta de equipos con su instalación, cuya transacción conjuga elementos de compraventa y de ejecución de obra material, empero se requiere una sola declaración de voluntad.

En este contexto, podemos constatar, que según la doctrina y la práctica arbitral, el alcance objetivo del convenio arbitral en escenarios *multi contract* estará determinado por la verificación de alguna de las clases de coligación contractual indicadas anteriormente. Por lo tanto, si bien existirán contratos jurídicamente autónomos e independientes, con sus requisitos de existencia y validez propios, al constatarse su interrelación, permitirán, alcanzar los efectos de un convenio arbitral contenido en alguno de ellos, a otros pertenecientes a la misma estructura coligada o conexas.

Cabe recalcar que para los efectos del análisis del alcance del convenio arbitral, no es necesario constatar la presencia de todos los factores indicados (lo cual sería muy difícil en la práctica puesto que cada uno responde a una realidad diferente) bastará la verificación de alguno de los elementos expuestos, para que tenga lugar la naturaleza coligada de la relación.

Sin embargo, en virtud de que los mismos deberán ser utilizados a efectos de analizar la declaratoria de competencia de un tribunal arbitral, deberá tenerse en cuenta que mientras mas razones pueda tener el tribunal para fundamentar su resolución de competencia, dicha resolución garantizará de mejor manera los derechos de las partes.

2.6. La posibilidad de la aplicación de la teoría del arbitraje *multi contract* en la legislación ecuatoriana.

Como hemos visto a lo largo de esta sección, la doctrina del arbitraje *multi contract* basa sus postulados principalmente en las figuras de la coligación y conexidad contractual explicadas

anteriormente. Ello obedece a la lógica que inspira el arbitraje como método alternativo de solución de controversias: la determinación del consentimiento al arbitraje.

Esta lógica se ve desarrollada a lo largo de la doctrina del Arbitraje Complejo en general tanto en el tratamiento de procesos con múltiples partes como en los procesos que impliquen relaciones jurídicas múltiples. Sin perjuicio de ello, en el arbitraje *multi contract* el razonamiento se desarrolla en base a que la vinculación negocial- sea por cualquiera de las causales de coligación o conexidad antes expuestas- refleja la intención de las partes de incluir en la cláusula de solución de controversias aquello que debe ser entendido como parte de la relación jurídica en su contexto sistémico.

Esta postura que ha tenido su origen en la práctica arbitral internacional, puede ser aplicada en el contexto de la legislación ecuatoriana con fundamento en el principio rector del sistema arbitral, la autonomía de la voluntad de las partes.

Y es que en base a la autonomía de la voluntad, un individuo puede celebrar tantos negocios jurídicos que considere apropiados para la satisfacción de sus intereses, siempre y cuando no sobrepase los límites impuestos por el ordenamiento jurídico a la libertad contractual. Así los acuerdos celebrados entre las partes, simples, complejos, coligados o conexos, serán fuente de obligaciones y como tales deberán ser respetados.

En este sentido, cabe resaltar la protección constitucional que existe en el Ecuador respecto del principio de libertad contractual, toda vez que el Art.66 de la Constitución de la República, dentro de los derechos de libertad, dispone:

“Art.66.- Se reconoce y garantiza a las personas:

16. El derecho a la libertad de contratación”.

De tal forma que, tanto el ejercicio de la libertad de contratación y de la autonomía de la voluntad, en los términos antes indicados, permiten la aplicación de los postulados del arbitraje *multi contract* en el contexto ecuatoriano.

Adicionalmente, de conformidad con lo expuesto por Juan Manuel Farina:

“Tanto en los contratos nominados como en los innominados juegan los principios de la buena fe (buena fe lealtad y buena fe creencia) y la teoría del abuso del derecho. De modo que también el intérprete debe investigar cuándo, bajo la apariencia de un contrato innominado, se pretende simular un contrato nominado, así como también cuándo se da el caso de un negocio indirecto; o bien cuándo bajo la apariencia de varios contratos nominados formalmente independientes hay una causa unitaria que permite determinar que existe, a despecho de la forma propuesta, un contrato innominado único; o bien a la inversa” (Farina, 1978, pág. 26)

Es decir, el principio de buena fe contractual servirá como eje transversal para la interpretación de la autonomía de la voluntad de las partes al momento contratar e instrumentar las relaciones jurídicas de acuerdo a sus intereses. Ello en virtud de que nuestro sistema protege la voluntad real de los contratantes, otorgándole primacía en relación a la literalidad del texto del contrato.

Así, si se verifica la intención de las partes de celebrar negocios jurídicos conexos o coligados, su contenido deberá ser interpretado de manera sistemática y armónica, ello con la finalidad de darle a un contrato el verdadero sentido que las partes han pretendido. En esta línea se ha manifestado la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, en la Resolución No. 324-2000, publicada en el Registro Oficial No. 201 de 10 de noviembre del 2000, en la cual los señores jueces de la Sala sostienen:

“UNDECIMO.- El artículo 1588 del Código Civil consagra la regla de que el contrato es una ley para los contratantes; esto es, concurriendo los requisitos o condiciones que la ley exige para su validez del acto o declaración de voluntad que constituye el contrato, este existe y pasa a ser una ley obligatoria para los contratantes, tiene entre ellos la fuerza vinculante de una ley, como si el mismo Legislador la hubiese dictado. La fuerza obligatoria de los contratos, tan enfáticamente señalada en el artículo 1588 del Código Civil, se funda no solo en el respeto de la voluntad de los contratantes sino también en que el contrato es un instrumento esencial para la vida económica y la promoción de la riqueza”.

Nótese que la Sala reconoce expresamente la función económica del contrato, afirmando que el *pacta sunt servanda*, aplica también para dar una interpretación al contrato en el sentido que se apege a su naturaleza como instrumento esencial para la vida económica.

Sigue la resolución:

“Cuando el sentido y alcance de las cláusulas de un contrato y la forma en que éstas deben cumplirse son controvertidas por los litigantes, como sucede en el presente juicio, le corresponde necesariamente al juzgador determinar cuál es ese verdadero sentido y alcance de las estipulaciones, para lo cual ha de guiarse o seguir las pautas de hermenéutica previstas en el Título XIII del Libro Cuarto del Código Civil, (artículos 1603-1609), entre las cuales se hallan las contenidas en el artículo 1607, que dice: "Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra".- En el caso de que un contrato contiene varios acuerdos de voluntad, como en el caso sub lite, cada uno de los cuales es autónomo en cuanto a su naturaleza y efectos, pero están íntimamente vinculados entre sí, de tal suerte que forman una unidad, todas y cada una de sus cláusulas deben ser apreciadas en conjunto y con coordinación y armonía. El

Tribunal ad quem, dentro de sus privativas atribuciones de valorar los hechos, ha llegado a las conclusiones de la sentencia respecto a los intereses y comisiones, interpretando el contrato en su conjunto, y no aislando unas partes de otras".

De tal forma que, podemos observar, que la Sala reconoce expresamente a la interrelación de los contratos como un elemento necesario para determinar la verdadera intención de los contratantes, lo cual además habilita para interpretar las relaciones jurídicas vinculadas de manera armónica y sistémica.

Por lo tanto, la aplicación de la teoría del arbitraje *multi contract*, es procedente en el contexto normativo ecuatoriano, al encontrar coherencia y concordancia entre los postulados de la referida teoría con los principios y reglas que rigen tanto al arbitraje como método alternativo de solución de conflictos, así como los que regulan el derecho de las obligaciones y contratos en general.

2.7. Consideraciones finales:

En virtud de lo expuesto, podemos concluir que el Arbitraje Complejo o Complex Arbitration, es una corriente doctrinaria que intenta establecer soluciones para la resolución de escenarios complejos que se presenten en un proceso arbitral.

La complejidad de tales escenarios puede ser determinada en razón de una diversidad de factores, entre ellos, las controversias que impliquen multiplicidad de partes y de contratos.

El objeto de estudio de esta doctrina puede ser clasificado en dos tipos: por un lado se encarga de la determinación de razones o argumentos jurisdiccionales que permitan establecer criterios adecuados para resolver respecto de quienes deben ser parte de un proceso, y que situaciones de hecho pueden ser ventiladas en un arbitraje; y por otro lado se encarga también de analizar aquellas situaciones de índole estrictamente procesal respecto de la conformación de procesos con multiplicidad de partes y contratos.

En el presente trabajo, se estudió el primero de ellos, es decir lo referente a los argumentos jurisdiccionales que deben seguirse para establecer correctamente el alcance del convenio arbitral en una controversia que implique multiplicidad de partes o contratos. Vale la pena recalcar que son argumentos de índoles jurisdiccional en virtud de que incidirán en la resolución respecto de la competencia de un tribunal arbitral.

Podemos constatar que los argumentos o razones jurisdiccionales a las que hace referencia esta corriente doctrinaria, cuando se trata de determinar el alcance subjetivo del convenio arbitral, se parte de la distinción de partes del convenio arbitral y signatarios del mismo, ello en virtud de que la problemática que puede plantearse respecto de este tema se origina precisamente en la posibilidad de que una persona no sea firmante del convenio arbitral, empero lo consienta.

Es por ello que, lo que se pretende con esta teoría es determinar el consentimiento al arbitraje por parte de quien no lo ha suscrito. Para ello se plantean varias teorías que tienen como fin último llegar a determinar la voluntad de someterse al arbitraje.

Aquel se plantea como un el principal argumento jurisdiccional para determinar el alcance subjetivo, en virtud de que en todo proceso en el que existan más de dos partes deberá determinarse en un primer término si todos los que pretenden ser parte del proceso o en contra de quienes se inicia el mismo, son partes del convenio arbitral.

En relación a ello se ha podido constatar que en la legislación ecuatoriana la práctica arbitral intenta acoger los criterios expuestos por la doctrina y la jurisprudencia internacional en relación a este tema. Por tal razón, pese a la discusión que pueda genera el Art.5 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en varios casos los árbitros han decidido pronunciarse en esta línea, sobre todo al acoger la manifestación tácita de someterse al arbitraje.

En segundo lugar, en lo que refiere a los problemas que pueden suscitarse en razón de la multiplicidad de relaciones jurídicas, la teoría del arbitraje *multi contract* ha permitido brindar las soluciones para tratarlos. Así, hemos podido observar que el alcance del convenio arbitral en estas situaciones se ve determinado principalmente por la verificación de la denominada coligación o conexidad contractual, en base a la cual distintos tribunales arbitrales han decidido aplicar un convenio arbitral pactado en un contrato a otro negocio jurídico que no contiene convenio arbitral.

Así, se hemos esbozado los criterios que deben tenerse en cuenta para aplicar la figura de la conexidad o coligación contractual, para efectos de determinar el alcance del convenio arbitral, teniendo en cuenta que aquellos son conceptos indeterminados en nuestra legislación, empero obedecen a principios rectores tanto del sistema arbitral como del derecho privado en general, que el ordenamiento jurídico ecuatoriano considera también importantes, y como tal les otorga protección.

Por último, vale la pena recalcar que lo que la doctrina del Arbitraje Complejo plantea, es el establecimiento de puntos de conexión entre una determinada situación y un determinado convenio arbitral. Ello, en virtud de que las teorías y criterios que se esbozan tienen como finalidad última el indagar en el consentimiento de someterse al arbitraje, tanto en el ámbito subjetivo como en el objetivo, en tal razón pueden evidenciarse ya sea uno o varios puntos de conexión que permitan concluir la vinculación de una determinada relación jurídica al ámbito de aplicación del convenio arbitral.

De tal forma que, estos puntos de conexión podrán establecerse de conformidad con los criterios que hemos indicado ya anteriormente, sobre todo, teniendo como pilar el principio de buena fé contractual, axioma que fundamenta e inspira la aplicación de esta teoría.

CAPITULO III

EL FIDEICOMISO MERCANTIL COMO CONTRATO COMPLEJO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

Análisis de su estructura compleja a efectos de aplicar la doctrina del Arbitraje

Complejo a las controversias que surjan en relación a este contrato.

3.1. Introducción al capítulo:

Tal como se expuso en el capítulo precedente, el principal campo de aplicación de la doctrina del Arbitraje Complejo constituye aquel que se genera en razón de negocios jurídicos cuya naturaleza les permite ser catalogados como complejos o compuestos.

El contrato de fideicomiso mercantil, es un contrato que por sus características propias, puede ser fuente de relaciones jurídicas complejas, tanto en su estructura subjetiva como objetiva.

En virtud de que la estructura de un negocio jurídico es la consecuencia inmediata de la distribución de los elementos que lo componen y toda vez que la producción de efectos de un contrato esta determinada por el conjunto de componentes que dotan de características particulares a cada acto jurídico, en este capítulo estudiaremos los elementos que componen el contrato de fideicomiso mercantil, a efectos de evidenciar su naturaleza compleja.

Para ello, se abordarán las principales características del referido contrato, así como sus principales elementos integrantes de su estructura subjetiva y objetiva. Adicionalmente, nos remitiremos a las clases y tipos de fideicomiso mercantil, con la finalidad de establecer los factores que pueden incidir la formación de escenarios que sean susceptibles de la aplicación de la doctrina del Arbitraje Complejo.

3.2. Antecedentes históricos de la figura:

El contrato de fideicomiso mercantil, como lo conocemos hoy en día, es la consecuencia de la evolución de una institución de confianza. Tanto para el sistema anglosajón, como para el sistema romano germánico, la importancia del negocio fiduciario radica en la función de ofrecer confianza a las partes que intervienen en la formación del negocio jurídico.

En el derecho romano, existieron dos figuras que se utilizaban para instrumentar negocios de confianza: el *Fideicomissum* y el *Pactum Fiduciae*.

El *Fideicomissum*, según el autor Molina Sandoval (2009) consistía en el acto por el cual una persona encargaba a otra la transmisión de toda su herencia, de una cuota parte de ella, o de un bien determinado a una tercera persona. El encargo se basaba en el principio de buena fé del fiduciario, sin que en un principio existiera acción que permita reclamar su ejecución.

Ante la falta de acción para exigir el cumplimiento del *fideicomissum*, se concedió a los fideicomisarios un recurso administrativo ante los cónsules (quienes eran revestidos de *imperium*), para que coactivamente obliguen al fiduciario a cumplir el *fideicomissum*, y así surge la *actio fiduciae*²⁰, que posteriormente fue utilizada en toda clase de fideicomisos.

Por otro lado, el *Pactum Fiduciae*, en palabras del autor antes citado, consistía en un contrato real por el que una persona transmitía a otra la propiedad de una cosa, agregando una cláusula especial por la cual quien recibía la cosa se comprometía a restituirla a su transmitente,

²⁰ Según Carregal (2008), la *actio fiduciae* fue inicialmente establecida para obtener la restitución del objeto, sin embargo poco a poco fue extendida para garantizar toda violación de lo pactado y todo uso ilícito de la cosa, por lo que a consideración del autor, este hecho sirvió de antecedente para los países de tradición romana en cuanto a la posibilidad de realizar negocios fiduciarios sin el temor a los abusos desmedidos por parte del fiduciario.

o a utilizarla con un determinado fin al cumplirse una condición o plazo establecido por las partes. Se denominaba Fiduciante a quien transmitía la cosa, y Fiduciario a quien la recibía con obligación de restituirla o de usarla para un fin determinado. (Molina Sandoval, 2009)

El Pactum Fiduciae tenía dos formas de aplicación, por un lado existía la fiducia cum creditore contracta²¹, figura por la cual un acreedor recibía una cosa de su deudor con obligación de restituirla cuando el crédito sea cancelado. El autor Arrubla Paucar (2013) indica que antes de la creación de la actio fiduciae, el deudor debía confiar exclusivamente en la buena fé de su acreedor, de quien dependía el cumplimiento de lo pactado -la restitución de la cosa entregada- por lo que todos los riesgos los asumía el deudor.

Luego, con la actio fiduciae se reconoció la facultad del deudor para exigir el cumplimiento del pacto o para solicitar la indemnización de daños y perjuicios cuando la restitución de la cosa se volvía imposible (por ejemplo cuando el acreedor la enajenaba o cuando la cosa perecía o se destruía).

Es importante tener en cuenta, que desde la aplicación de la fiducia cum creditore contracta, se empezaron ya a visibilizar los derechos y obligaciones que derivan de la naturaleza de la figura, en especial las obligaciones de quien recibía la cosa con obligación de restituirla, el fiduciario.

Así, según Bonafante, el fiduciario debía emplear la diligencia necesaria en la custodia de la cosa que recibía como garantía de una obligación, el autor manifiesta:

“En sustancia el no podía gozar o usufructuar la cosa, que llamábase también fiducia, sino conforme el pacto. La actio fiducie establecida para obtener la restitución del objeto fue extendida poco a poco para garantizar toda violación de lo pactado y todo uso ilícito

²¹ Fiducia de garantía.

de la cosa. El fiduciario debía tratarla precisamente como fiducia, restituir los frutos si la cosa era fructífera y si él la poseía. En estos negocios hay que emplear con ella la diligencia debida”. (citado en Arrubla Paucar, 2013, p.102)

Por otro lado, existía también la fiducia cum amico contrato²², que era el negocio fiduciario de custodia o administración. Con esta figura se protegían fundamentalmente los intereses del fiduciante, quien buscaba asegurar sus bienes por motivos determinados.

Para efectos de esta figura, el fiduciario se volvía propietario de la cosa que recibía, y actuaba como tal. Esta circunstancia, en adición a la escasa regulación de la fiducia, fueron los factores que contribuyeron a que la misma sea objeto del uso abusivo por parte de los fiduciarios, situación que se intentó controlar con la actio fiduciae.

Así, puede observarse que las dos formas de aplicación del Pactum Fiduciae, si bien se diferenciaban en cuanto al sujeto cuyo interés se pretendía resguardar – el fiduciario en la primera y el fiduciante en la segunda- ambas implicaban el depósito de confianza en la persona que recibiría la cosa objeto de la fiducia, confianza que se traducía en la expectativa de buena fé en la ejecución del negocio por parte del fiduciario, toda vez que si bien se creó la actio fiduciae, la misma no fue suficiente para proteger a los fideicomitentes de todos los abusos por parte de los fiduciarios.

Por otra parte, el derecho anglosajón también ha servido como antecedente del Fideicomiso Mercantil, ello gracias a los elementos que aportó la creación de la figura del Trust en el Common Law.

Mario Carregal (2008) sostiene que el antecedente más remoto del trust es el “*use*”, que consistía en la transmisión de inmuebles a un tercero para que los destinara a beneficio del

²² Encargo de confianza.

propio transmitente o de otra persona. Continúa el autor indicando que las causas que originaron el use, entre otras, son: a) el régimen feudal, b) las prohibiciones que afectaban al marido para transmitir por testamento a la esposa, c) la promulgación del Estatuto de Manos Muertas del año 1217²³, que prohibía a las congregaciones religiosas ser propietarias de bienes inmuebles.

En este contexto, en el negocio intervenía el *feoffor to use*, o constituyente, el *feoffe to use*, quien era el encargado de cumplir la voluntad del constituyente, y el *cestui que use* o beneficiario.

Adicionalmente, el Derecho Inglés ha aportado de forma significativa a la figura del Fideicomiso, cuya estructura y lineamientos fueron recogidos por los sistemas latinoamericanos, que consideraron al trust como una forma óptima para administrar bienes a favor de personas o para alcanzar objetivos.

“El trust ha sido considerado por muchos como uno de los aportes más formidables del derecho inglés a la cultura jurídica universal a pesar de las dificultades de asimilación para los juristas de formación latina”. (Rodríguez Azuero, 2005, pág. 23)

²³ Según Arrubla Paucar (2013) por esa época las comunidades religiosas presentaban una serie de privilegios de orden contributivo con relación a sus propiedades inmobiliarias, toda vez que se consideraba que por la actividad que realizaban los religiosos no debía cobrarseles las contribuciones ordinarias que pagaban los predios de otras personas. Esta situación no era bien vista por algunos señores feudales y por monarcas, puesto que los religiosos no participaban activamente en las batallas, limitándose a rezar por el éxito de las mismas. Esta razón motivó a los señores feudales a optar por despojar a los religiosos de sus tierras y prohibirles adquirir nuevos inmuebles, por lo que este fue el espíritu de la promulgación del Estatuto de Manos Muertas.

Con lo expuesto, podemos concluir, en primer lugar, que el Fideicomiso Mercantil surge en virtud de la necesidad de encontrar una figura que permita garantizar de mejor manera el cumplimiento de las obligaciones, fundamentalmente las crediticias; en segundo lugar, que el fideicomiso responde al deseo de encontrar maneras adecuadas de instrumentar la custodia de determinados bienes con el carácter de temporal; y en tercer lugar, que el fideicomiso tuvo gran acogida por quienes pretendían buscar alternativas frente a las prohibiciones y estrictas regulaciones que existían respecto de ciertos negocios jurídicos, por lo que la estructura del negocio fiduciario se veía como la solución idónea para esos fines.

Este criterio lo comparte el autor citado anteriormente, quien manifiesta que lo más importante es destacar que en todos los sistemas analizados, la inexistencia de figuras contractuales que se acomoden a una determinada necesidad, o el deseo de buscar soluciones a algunas restricciones existentes en un momento dado, conducen a la estructuración de relaciones fiduciarias en las cuales no solo la confianza tiene un papel muy destacado, sino que además en ellas se suele conferir facultades jurídicas superiores a aquellas que se requerirían para alcanzar la finalidad económica buscada por las partes. Situación que es fundamental para comprender el marco normativo que regula el Fideicomiso Mercantil en la actualidad, lo que se analizará posteriormente.

3.3. Concepto y definiciones.

Una vez comprendido el contexto histórico del Fideicomiso Mercantil, es importante analizar las definiciones doctrinarias que se han realizado respecto de este contrato, así como la definición contenida en nuestra legislación, cuyo examen es necesario para poder determinar correctamente los elementos y estructura del Fideicomiso Mercantil y a su vez entender su naturaleza compleja. Consideramos pertinente partir del análisis de conceptos aportados por la doctrina.

Arrubla Paucar (2013), define a la fiducia mercantil de la siguiente manera:

“La fiducia mercantil es un contrato por el cual una persona encarga a otra que cumpla con una finalidad específica en relación a unos bienes concretos, cuya titularidad le transmitirá con el propósito de que pueda cumplir el fin propuesto, a favor de uno o varios beneficiarios, que puede ser, o dentro de los cuales puede estar, el mismo encargante. Por su labor, la persona que recibe el encargo obtiene una retribución” (Arrubla Paucar, 2013, pág. 124)

De este concepto podemos colegir algunas ideas, primero, que el Fideicomiso Mercantil es un contrato cuya esencia radica en el “encargo” de bienes de una persona a otra, para que esta última cumpla una finalidad específica respecto de aquellos. Segundo, que para tal efecto, es necesaria la transferencia de la titularidad de dominio de dichos bienes. Se colige además que la finalidad encargada con el contrato, puede ser en beneficio de una o más personas, incluyendo la posibilidad de que el encargante sea también beneficiario.

Nótese que el autor incluye en el concepto la frase “ *cuya titularidad le transmitirá*”; más allá del análisis que puede merecer la utilización del término transmitir, que hace alusión a los negocios jurídicos mortis causae, la importancia de esta frase recae en que según el autor la transferencia de bienes se la hace a la persona a quien se encarga el cumplimiento de la finalidad sobre esos bienes, esto es la titularidad del dominio de los bienes le corresponde a quien se hace cargo de ellos.

Consideramos que este criterio no obedece al contexto normativo ecuatoriano, toda vez que como se verá a continuación la titularidad del dominio en el contrato de Fideicomiso Mercantil, no la ostenta quien se hace cargo del cumplimiento de la finalidad del contrato.

Así mismo, recogiendo el criterio de Gustavin citado por Molna Sandoval (2009) los elementos que caracterizan a la figura del fideicomiso, son la transferencia de dominio para el cumplimiento de una finalidad, así como, una vez cumplida dicha finalidad, la obligación de restituir el bien que fue encargado. Vale recalcar que el autor introduce un elemento importante

en el concepto como lo es el de la temporalidad del fideicomiso, el cual se analizará con detalle posteriormente.

Giraldi lo define como un negocio jurídico consistente en la afectación de un patrimonio a un propósito determinado en beneficio de alguien y en el encargo a un sujeto ajeno la finalidad de realizar los actos tendientes a su cumplimiento.

La afectación de un patrimonio a la que hace referencia el autor, obedece a la concepción de algunas legislaciones y de cierto sector de la doctrina que sostiene que los derechos y obligaciones no tienen necesariamente como base, o centro de imputación, a las personas. Brinz y Bekker citados por Alessandri, Somarriva, y Vodanovic (2005) manifiestan que pueden existir patrimonios sin dueño, basados en la afectación a un fin único de todos los bienes que forman parte de ellos, teniendo esta afectación el carácter de propietario.

Según esta posición doctrinaria “(...) en el orden subjetivo hay solo una categoría de personas, las humanas o físicas; pero en el orden objetivo hay dos clases de patrimonios: los que pertenecen a una persona determinada (patrimonio de persona) y los que no perteneciendo a ninguna persona son atribuidos a un fin ideal o a un destino cualquiera (patrimonios de afectación)”. (Alessandri, Somarriva, & Vodanovic, 2005, págs. 346, 346)

Por su parte, Mario Carregal lo define de la siguiente manera:

“Habrá contrato de fideicomiso cuando una persona efectúe a otra un encargo a cumplirse con relación a determinados bienes, cuya propiedad fiduciaria le transfiere o conviene transferirle con ese fin. Agreguemos que el fideicomiso como patrimonio separado no quedará constituido sino desde el momento en que se perfecciona la transmisión de la propiedad de los bienes respectivos” (Carregal, 2008, págs. 69-70)

Esta definición agrega un elemento importante para el análisis. Hace referencia el autor al término patrimonio separado, el cual debe entenderse como aquel conjunto de derechos y

obligaciones de carácter económico pertenecientes a una determinada persona (en este caso al fideicomiso mercantil) que no se confunde con los bienes propios de quienes lo constituyen, ni de quienes lo administran.

Si bien este elemento será analizado con más detalle posteriormente, vale indicar que en palabras de Rodríguez Azuero (2005) la separación a la que se hace referencia es jurídica y busca fundamentalmente que los bienes constituidos en fideicomiso no se confundan con los propios del fiduciario ni con aquellos correspondientes a otros fideicomisos en cabeza de la entidad, esto es, que en cualquier momento sea posible identificar a todos de manera inequívoca, sin que se confundan con el resto del activo de la entidad que los administra.

Por su parte, el Art. 109 del Libro II, Título XV, del Código Orgánico Monetario y Financiero dispone lo siguiente:

“Art. 109.- Del contrato de fideicomiso mercantil.- Por el contrato de fideicomiso mercantil una o más personas llamadas constituyentes o fideicomitentes transfieren, de manera temporal e irrevocable, la propiedad de bienes muebles o inmuebles corporales o incorporales, que existen o se espera que existan, a un patrimonio autónomo, dotado de personalidad jurídica para que la sociedad administradora de fondos y fideicomisos, que es su fiduciaria y en tal calidad su representante legal, cumpla con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario”.

En este sentido, podemos observar que la definición que realiza nuestra ley, coincide en varios aspectos con los criterios establecidos por la doctrina; de la lectura de la norma citada podemos colegir lo siguiente:

- i. Es un contrato mediante el cual se realiza una transferencia de dominio para el cumplimiento de finalidades específicas.

- ii. Quienes intervienen en la estructura contractual son el o los constituyentes, la fiduciaria, el o los beneficiarios, empero en la celebración del contrato no se requiere la voluntad del beneficiario.
- iii. La transferencia de dominio se la hace a un patrimonio autónomo, que tiene personalidad jurídica propia, cuyo representante legal es la fiduciaria.
- iv. La transferencia de dominio será temporal, sujeta a las condiciones establecidas en el contrato.
- v. Mediante este contrato se imparten las instrucciones específicas que la fiduciaria deberá cumplir.

Como puede observarse, nuestra ley es concordante con las definiciones establecidas por los autores citados; no obstante, cabe recalcar que la norma atribuye de forma expresa personalidad jurídica al patrimonio autónomo, y esta precisión marca la diferencia entre el concepto legal y las definiciones establecidas por la doctrina, por lo que vale la pena tenerla en cuenta dentro de la definición para comprender la naturaleza jurídica de esta figura en el marco normativo ecuatoriano.

Desde ya se puede advertir que el fideicomiso mercantil, desde la acepción más básica de la figura, es un contrato en el que intervienen más de dos calidades, pese a que nuestra legislación permita que la calidad de constituyente y beneficiario puedan conluir en una misma persona.

3.4. Naturaleza del contrato.

La naturaleza de un negocio jurídico se determina con los caracteres y elementos que envuelven a la figura. Según el Diccionario Jurídico de la Real Academia de la Lengua Española, el término “naturaleza” significa:

“3. f. Virtud, calidad o propiedad de las cosas”

Por lo tanto, determinar la naturaleza de un negocio jurídico es determinar su esencia, lo cual es importante no solo a efectos de comprender la figura, sino además para realizar una labor de interpretación adecuada respecto de las normas que la regulan. Este análisis es de especial importancia en el presente trabajo en virtud de que solamente entendiendo la naturaleza del contrato de fideicomiso mercantil, podremos advertir su estructura compleja.

i. Naturaleza del Fideicomiso Mercantil según la clasificación de los contratos realizada por el Código Civil ecuatoriano:

Aunque parezca tautológico, para iniciar con este análisis, es necesario partir de la premisa de que el Fideicomiso Mercantil en nuestra legislación es ante todo un contrato, y por lo tanto se le aplican las normas del Código Civil respecto de los contratos.

Parto de aquello, en virtud de que para establecer los caracteres del contrato de Fideicomiso Mercantil, debemos remitirnos a la clasificación de los contratos que hace el Código Civil en el libro IV.

A) De conformidad con el código, la clasificación inicia con los contratos unilaterales y bilaterales. El Art. 1455 dispone lo siguiente:

“Art. 1455.- El contrato es unilateral cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna; y bilateral, cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente”

Realizando un comentario respecto de la interpretación de esta norma, el Dr. Hernán Coello García (2010), indica que el concepto dado por el Art. 1455 es inadecuado en virtud de que, a criterio del autor, no es correcto afirmar que una parte contractual no contrae obligación alguna, puesto que en todo contrato existe siempre algún tipo de carga obligacional para ambas partes, incluso en aquellos considerados por la doctrina como unilaterales como lo es por ejemplo la donación.

De tal forma que el autor sugiere que esta clasificación- por las partes que se obligan- debe acarrear más bien la distinción entre los contratos bilaterales perfectos y bilaterales imperfectos, siendo los primeros aquellos por los cuales las partes se obligan de manera recíproca, y en los segundos las obligaciones emergentes carecen de reciprocidad; no obstante, ambas partes se obligan.

Bascur Retamal (2010) indica que los contratos bilaterales imperfectos son aquellos que que nacen como contratos unilaterales pero con posterioridad generan obligación para aquella parte que en un inicio no se había obligado.

Este criterio es compartido por el autor Carlos Miguel Ibáñez (2010) quien manifiesta que los contratos sinalagmáticos²⁴ imperfectos son contratos que parecen sucesivamente unilaterales o bilaterales, según el momento en el que se consideren, en virtud de que en el momento de su formación generan obligaciones para una sola de las partes pero que con posterioridad pueden surgir también obligaciones para la otra.

No obstante, el citado autor indica que de conformidad con la doctrina mayoritaria no es conveniente caracterizar a estos contratos como una especie de contratos bilaterales, toda vez que hacerlo implica desdoblarse la esencia de la bilateralidad, que es precisamente la reciprocidad o correspectividad de las obligaciones nacidas del contrato, por lo que sugiere que

²⁴ El término “sinalagmático” es utilizado por lo general como sinónimo de bilateral, sin embargo, cabe indicar que de conformidad con varios doctrinarios como por ejemplo Planiol y Ripert, afirman que el referido término proviene del idioma griego y significa contrato, de suerte que sinalagmático es sinónimo de contractual, por lo que según los autores se estaría incurriendo en una tautología. Sin embargo, es importante tener en consideración su significado en virtud de que es común encontrar este término en varias obras de derecho civil.

los contratos bilaterales imperfectos salgan de esta categoría y sean tratados como una especie de contratos unilaterales²⁵.

Concluye el autor manifestando que el interés práctico de esta clasificación no deriva propiamente de la reciprocidad de las obligaciones, sino que la importancia radica en en la interdependencia de las prestaciones. De esta forma el autor señala:

“ Las obligaciones son recíprocas cuando son mutuas; cuando existen obligaciones a cargo de ambas partes, cada contratante tiene a la vez la calidad de acreedor y deudor.

En cambio, las obligaciones son interdependientes cuando hay una relación de subordinación entre ellas en cuanto a su existencia. En suma, compartimos el criterio de DELL’AQUILA cuando sostiene que el concepto de reciprocidad en sí no tiene nada de jurídico; es un simple hecho circunstancial que caracteriza ciertas obligaciones. Lo que sí es un concepto jurídico es la interdependencia ya que de aquí dado el supuesto de hecho surgen consecuencias jurídicas trascendentales” (Ibañez, 2010, pág. 173).

Por lo tanto, si se realiza un análisis desde la interpretación literal del Art. 1455 del Código Civil podemos observar que de conformidad con la definición y la figura contractual que se desprende del Art.109 del Libro II, Título XV, del Código Orgánico Monetario y Financiero, el contrato de Fideicomiso Mercantil es un contrato bilateral.

Si realizamos el análisis según los criterios doctrinarios expuestos, el contrato de Fideicomiso Mercantil es un contrato bilateral perfecto, por cuanto en todos los casos existirá

²⁵ El autor habla de la posibilidad de distinguir entre los contratos rigurosamente unilaterales y los no rigurosamente unilaterales, siendo los primeros aquellos por los cuales una de las partes se obliga hacia la otra sin que esta quede obligada, y los segundos aquellos en los cuales si bien existen obligaciones a cambio de ambas partes, falta el vínculo de reciprocidad.

al menos una obligación por parte del constituyente y al menos una obligación por parte del fiduciario, ambas correlativas y si se quiere interdependientes.

Ahora bien, recordemos que dentro de la estructura subjetiva del contrato de Fideicomiso Mercantil, de conformidad con la definición que hace el Art. 109, se encuentra el beneficiario. Si bien en el numeral 1.4 del presente capítulo se esbozará con más detalle respecto de aquel, es necesario analizar las connotaciones que trae este elemento en la naturaleza del contrato.

Así, parte de la doctrina considera que la presencia del beneficiario en este negocio jurídico podría implicar la necesidad de calificar al Fideicomiso Mercantil como un contrato plurilateral.

Molina Sandoval (2009) indica que los contratos plurilaterales son aquellos que tienen originaria o potencialmente más de dos centros de intereses diferenciados, sin que exista reciprocidad o interdependencia entre todas las prestaciones nacidas del contrato.

Por lo tanto, según este criterio, la plurilateralidad del contrato de Fideicomiso Mercantil la otorga el beneficiario, toda vez que constituye el centro de intereses sobre el cual gira entorno el objeto contractual, siendo el ente a cuyo favor se ejecuta el contrato.

Sin embargo, el beneficiario, en la gran mayoría de fideicomisos, no adquiere obligación para con el constituyente o el fiduciario, por lo que no existe en realidad una prestación que se encuentre a cargo del beneficiario en razón de la estructura básica del contrato.

Por otro lado, existen algunas posiciones doctrinarias que sostienen que no es correcto tratar al Fideicomiso Mercantil como un contrato plurilateral. Las principales razones para sostener esta posición son:

- a) Los contratos plurilaterales exigen la concurrencia del consentimiento de todas las partes que lo conforman, sin embargo, el consentimiento del beneficiario no concurre en la celebración del contrato.
- b) En los contratos plurilaterales el beneficio de una de las partes, redundando en beneficio de todas, no obstante, en el Fideicomiso Mercantil el beneficio que adquiere el beneficiario no acarrea el mismo beneficio para el constituyente o el fiduciario.

A nuestro criterio, si bien la presencia del beneficiario puede generar ciertos rasgos parecidos a los de un contrato plurilateral, coincidimos con la doctrina en que no es preciso tratarlo como tal por las razones expuestas anteriormente y además considerando que no se admite tal clasificación dentro de nuestra legislación.

En este contexto, surgen varias interrogantes con respecto a la naturaleza de la figura del beneficiario, siendo tal vez lo más importante, para efectos del presente trabajo, el determinar si el beneficiario constituye o no parte del contrato. Este problema será abordado posteriormente.

Cabe recalcar que la importancia de la clasificación establecida por el Art. 1455 del Código Civil radica en los efectos que acarrea para nuestra legislación la circunstancia de que un contrato sea bilateral, puesto que esta característica traerá consigo la presencia de ciertas instituciones jurídicas como lo son la condición resolutoria tácita, la teoría del riesgo, y la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus* o mora recíproca.

B) Continuando con la clasificación que realiza nuestro Código Civil, el Art. 1456 dispone lo siguiente:

“Art. 1456.- El contrato es gratuito o de beneficencia cuando sólo tiene por objeto la utilidad de una de las partes, sufriendo la otra el gravamen; y oneroso, cuando tiene por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro”

Es decir, esta clasificación se realiza según la utilidad que prestan los contratos en relación a las partes.

Carlos Miguel Ibáñez manifiesta que un contrato es oneroso cuando la ventaja de cada contratante se explica con un sacrificio correlativo, en otras palabras, cada parte persigue obtener una ventaja a cambio de un sacrificio, por cuanto el asumido por cada parte es la ventaja que recibe la otra²⁶.

“La onerosidad del contrato se determina comparando la ventaja que se recibe con el sacrificio que se experimenta, por lo que admite grados. El ideal es la equivalencia entre las ventajas y los sacrificios, dado que en caso de no configurarse dicha equivalencia existirá un beneficiado y un perjudicado, en la medida en que la ventaja que se recibe sea mayor en proporción al sacrificio que se experimenta” (Ibáñez, 2010, pág. 175).

Por otro lado, los contratos gratuitos, siguiendo al citado autor, son aquellos que proporcionan ventajas a una sola de las partes y la otra soporta el sacrificio sin contrapartida.

Es decir, en los contratos gratuitos existe la intención de liberalidad, esto es la conciencia en las partes de que una de ellas no persigue un provecho personal, sino el procurar una ventaja sin contrapartida equivalente.

En este sentido, consideramos que el contrato de Fideicomiso Mercantil es oneroso toda vez que el Código Orgánico Monetario y Financiero le otorga esta calidad al disponer que la

²⁶ El autor indica que los sacrificios y ventajas deben tener un carácter patrimonial y no puramente moral o de conciencia.

actuación de la fiduciaria será siempre remunerada y esta remuneración constará en el contrato²⁷.

Vale aclarar, que la onerosidad del contrato en el sentido del Art. 1456 del Código Civil, no debe confundirse con la naturaleza de la transferencia que se realiza a título de fideicomiso mercantil, por cuanto el Art. 113 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II, Título XV, del Código Orgánico Monetario y Financiero establece que:

“Art. 113. De la transferencia a título de fideicomiso mercantil: La transferencia a título de fideicomiso mercantil no es onerosa ni gratuita ya que la misma no determina un provecho económico ni para el constituyente ni para el fiduciario y se da como medio necesario para que éste último pueda cumplir con las finalidades determinadas por el constituyente en el contrato (...)”

Es por ello que, debe distinguirse la naturaleza de la transferencia²⁸ que se hace a título de fideicomiso mercantil -la cual es necesaria para cumplir con el objeto contractual- de la

²⁷ El Art. 132 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II, Título XV, del Código Orgánico Monetario y Financiero dispone: *“La actuación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos será siempre remunerada y constará en el contrato de fideicomiso mercantil”*.

²⁸ La transferencia de dominio, es un componente fundamental en el contrato de Fideicomiso Mercantil, pues sin ella no puede ejecutarse el objeto contractual. Mario Carregal (2008) manifiesta que el fiduciante o constituyente transfiere la propiedad a título de confianza, porque tiene la convicción de que el fiduciario habrá de cumplir con el encargo que acepta ejecutar, es por ello que, señala el autor: *“No existe transferencia onerosa (el fiduciario no adquiere para sí) ni gratuita (nadie le regala nada). La transferencia a título de confianza nos coloca frente a la propiedad fiduciaria (...)”* (p.72).

naturaleza misma del contrato, toda vez que si bien la transferencia no es ni onerosa ni gratuita, ello es distinto e independiente de que el contrato como tal sea oneroso de conformidad con la clasificación que realiza el Código Civil.

Molina Sandoval (2009) manifiesta que si lo que se analiza es la relación fiduciante-beneficiario, debe indagarse la sustancia del negocio subyacente para determinar la onerosidad de dicho fideicomiso. De tal forma que si el fideicomiso tiene aspectos similares a los de una donación, en la cual el fiduciante (donante) entrega un inmueble al fiduciario para que sin contraprestación alguna lo transfiera al beneficiario (donatario), estaremos entonces frente a un negocio que reviste naturaleza gratuita.

De igual forma, indica que si la misma transferencia se realiza con una contraprestación a cargo del beneficiario y el fiduciante también se constituye en beneficiario, entonces el contrato adquiere una matiz onerosa.

Por último, indica Sandoval que el panorama se complica aún más en aquellos casos en los que el beneficiario es el mismo fiduciante, el autor afirma lo siguiente:

“Si el fiduciante ocupa solo la posición jurídica de fideicomisario y existe un tercero beneficiario, la cuestión de la onerosidad o gratuidad tendrá un matiz especial derivado del especial vínculo existente.

Sin perjuicio de ello, en los casos en que no exista un tercero beneficiario y el fiduciante ocupe ambas posiciones (beneficiario y fideicomisario), la cuestión tiene otros matices por cuanto el negocio subyacente será la administración onerosa de un determinado activo, mas la transferencia en si misma no podrá decirse que sea onerosa o gratuita, *sino instrumental a los fines de la adecuada realización de dicho cometido*” (Molina Sandoval, 2009, pág. 73).

A nuestro criterio, la onerosidad del contrato de Fideicomiso Mercantil no varía en razón del carácter que pueda tener la relación fiduciante-beneficiario, en virtud de que, como se mencionó anteriormente, por mandato legal la Fiduciaria siempre recibirá un provecho económico, por lo que se cumple el presupuesto normativo para que un contrato sea catalogado como oneroso de conformidad con el Art. 1456 del Código Civil.

La importancia de esta clasificación, radica principalmente en: **i)** la responsabilidad que se le puede atribuir a los contratantes en función de la utilidad que les reporta el contrato, toda vez que de conformidad con el Art. 1563²⁹ del Código Civil el tipo de culpa varía dependiendo de a que parte le reporta utilidad un determinado contrato; **ii)** la aplicación de ciertas acciones previstas en la ley como es el caso de la acción rescisoria pauliana³⁰, de cuyos requisitos se desprende la necesidad de verificar si un contrato es oneroso o gratuito.

²⁹ El Art. 1563 del Código Civil dispone: “El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza sólo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima, en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio”.

³⁰ La acción pauliana se encuentra contemplada en el Art. 2370 del Código Civil: “En cuanto a los actos ejecutados antes de la cesión de bienes o la apertura del concurso, se observarán las disposiciones siguientes: 1. Los acreedores tendrán derecho para que se rescindan los contratos onerosos, y las hipotecas, prendas, anticresis o constitución de patrimonio familiar, que el deudor haya otorgado en perjuicio de ellos, estando de mala fe el otorgante y el adquirente, esto es, conociendo ambos el mal estado de los negocios del primero; 2. Los actos y contratos no comprendidos bajo el número precedente, incluso las remisiones y pactos de liberación a título gratuito, serán rescindibles, probándose la mala fe del deudor y el perjuicio de los acreedores; y (...)”.

C) La siguiente es una sub clasificación de los contratos onerosos, la cual se realiza en virtud de la equivalencia de las prestaciones; así, nos encontramos frente a los contratos conmutativos y aleatorios.

El Art. 1457 del Código Civil establece que el contrato es conmutativo cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez; y si el equivalente consiste en una contingencia incierta de ganancia o pérdida, el contrato se denomina aleatorio.

Es preciso indicar que el contrato se considera conmutativo cuando las ventajas y sacrificios de ambas partes sean ciertos al momento de la celebración el contrato. Por tanto, cuando el sacrificio carezca de certeza al momento de la celebración, estaremos frente a un contrato aleatorio.

Este criterio es compartido por el autor Carlos Miguel Ibáñez, quien afirma que en los contratos aleatorios, las ventajas y sacrificios de las partes se encuentran subordinadas a un acontecimiento incierto, lo cual no ocurre en los contratos conmutativos toda vez que las ventajas o sacrificios de las partes no se encuentran subordinados a ninguna incertidumbre.

En consecuencia, el autor manifiesta:

“Así, un contrato oneroso será conmutativo o aleatorio, según que en el momento de su celebración las partes conozcan la ecuación económico financiera del negocio que realizan, o bien que esta no se conozca por existir incertidumbre” (Ibáñez, 2010, pág. 179).

En este sentido, consideramos que el contrato de Fideicomiso Mercantil es conmutativo debido a que al momento de su celebración las partes pueden advertir cuales serán los efectos de su prestación, consecuentemente podrán prever las ventajas y riesgos que podrían generarse en razón de aquella, por ejemplo, la fiduciaria esta en capacidad de determinar si la

remuneración que recibirá es proporcional o no al trabajo e instrucciones impartidas por el constituyente.

De conformidad con el criterio de Hernán Coello García (2010) la trascendencia práctica de esta clasificación recae en la aplicación de los mecanismos establecidos por la ley para impedir desproporciones injustas en las prestaciones a cargo de las partes por concepto del contrato, dentro de estas medidas se encuentra por ejemplo la acción rescisoria por lesión enorme.

D) El Art. 1458 clasifica a los contratos por la manera en que existen. Así nos encontramos frente a los contratos principales, accesorios, dependientes.

De conformidad con la norma, el contrato es principal cuando subsiste por si mismo sin la necesidad de otra convención; y es accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.

La categoría de contratos dependientes no se encuentra dentro de la clasificación que hace nuestro código; no obstante, la doctrina ha establecido que estos contratos consisten en aquellos que para surtir los efectos que están llamados a producir necesitan de la celebración de otro contrato, del cual por ende depende su vigencia misma.

En este contexto, el Fideicomiso Mercantil es un contrato principal, por cuanto la producción de sus efectos depende de su naturaleza misma, y no de la celebración de otro contrato.

El efecto práctico de esta clasificación se relaciona con las diferentes reglas que aplican a los contratos accesorios como por ejemplo el principio en virtud del cual lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

E) La última clasificación que realiza el Código Civil es en razón de la manera en la se perfeccionan los contratos. Así, el Art. 1459 del referido cuerpo legal dispone que un contrato

es real cuando para que sea perfecto es necesaria la tradición de la cosa³¹; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no surte ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento.

En este contexto, el Fideicomiso Mercantil es un contrato solemne, toda vez que del Art. 110 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II, Título XV, del Código Orgánico Monetario y Financiero, se desprende que este contrato deberá ser otorgado mediante escritura pública, por tanto debemos entender que solo cuando se cumpla este requisito de forma, el contrato se entenderá perfeccionado.

Cabe recalcar que de conformidad con el Art. 1459 del Código Civil, la consecuencia de la omisión de las formalidades especiales en un contrato, acarrea que el mismo no surta ningún efecto civil. Hernán Coello García explica esta situación y señala:

“En los actos y contratos solemnes, cuyo concepto se puede deducir de la regla que formula el Art. 1459 cuando define los contratos solemnes expresando que son aquellos que son aquellos que se hallan sometidos al cumplimiento de ciertas formalidades especiales de manera que sin ellas no producen ningún efecto civil, tales solemnidades cumplen, a la vez, dos finalidades que son como corresponde a su naturaleza, las dos razones de ser de las formalidades, pues sirven tanto para que el acto o contrato surja válidamente a la vida jurídica (condición de validez en nuestro sistema y a la vez de

³¹ Hernán Coello García (2010) señala que el Art. 1459 se refiere de manera errónea al término “tradición de la cosa”, toda vez que de conformidad con los Art. 603 y 683 del Código Civil, la tradición es un modo de adquirir el dominio que consiste en la entrega de la cosa con el ánimo de transferir el dominio de una parte, y de la otra el ánimo de adquirirlo. De tal forma que el término debe ser interpretado como la simple entrega de las cosas a las que se refiere el contrato y no como un modo de adquirir el dominio.

existencia), como para que con la propia formalidad que debió cumplirse y se cumplió, se pruebe que el contrato se ha celebrado” (Coello Garcia, 2006, pág. 146).

En nuestra legislación la omisión de formalidades en un contrato solemne, puede tener 3 efectos:

- i) Nulidad del acto, de conformidad con lo dispuesto en el los Art. 1698 y 1699 del Código Civil.
- ii) Inexistencia del acto, de conformidad con la regla del Art. 1460 y Art. 1718 del Código Civil.
- iii) Origen de una obligación natural, de conformidad con el Art. 1486 del Código Civil.

En el caso de la omisión de las formalidades que la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II, Título XV, del Código Orgánico Monetario y Financiero establece para el contrato de Fideicomiso Mercantil -esto es la celebración del contrato mediante escritura pública- debemos entender que la consecuencia que produce es la imposibilidad de surtir efecto alguno en la vida jurídica.

ii. Naturaleza del contrato de Fideicomiso Mercantil de conformidad con la clasificación de los contratos realizada por la doctrina.

La doctrina ha desarrollado algunos criterios de clasificación de los contratos que no son recogidos por el Código Civil ecuatoriano; sin embargo, son necesarios para comprender la naturaleza del Fideicomiso Mercantil. A continuación se esbozarán algunos de ellos.

A) Según su denominación, los contratos pueden ser nominados o típicos, cuando su denominación esta expresamente establecida en la ley y su estructura se encuentra regulada por la misma; e innominados o atípicos cuando la ley no reconoce expresamente la figura contractual y sus cláusulas no se encuentran disciplinadas por la norma.

En este contexto el contrato de Fideicomiso Mercantil es un contrato típico y en consecuencia, le son aplicables todos los elementos que la legislación reconozca como propios de este contrato, así, podemos observar que el Código Orgánico Monetario y Financiero establece un capítulo propio para la regulación de este contrato. Adicionalmente, se aplican también las resoluciones expedidas por la Junta de Regulación Monetaria y Financiera.

Carlos Miguel Ibáñez (2010) manifiesta que según el contrato sea típico o atípico, dependerá su régimen jurídico. De tal forma que el contrato nominado se rige por las reglas que la ley dispone para regularlo y en caso de que las mismas no sean suficientes para resolver el problema, se deberá acudir a las reglas generales de los contratos.

Por el contrario, en los contratos innominados, al no existir una figura estructurada de la cual partir, estos contratos se rigen fundamentalmente por la autonomía privada en todo aquello que no contraríe el ordenamiento jurídico vigente.

B) Por otro lado, la doctrina también clasifica a los contratos según el tiempo en el que se cumplen, así tenemos los denominados contratos simultáneos y los de tracto sucesivo.

Los primeros son aquellos en los que las obligaciones se cumplen de una sola vez, es decir, sus efectos son producidos y se agotan en un momento determinado. Los segundos en cambio, son aquellos en los que las obligaciones van naciendo y extinguiéndose de manera sucesiva y periódicamente mientras dure la vigencia del contrato, de tal forma que una vez que se han cumplido parcialmente las obligaciones, estas quedan irrevocablemente firmes. (Coello Garcia, Obligaciones Tomo II, 2010, págs. 41,42)

La importancia de la presente clasificación radica en que en los contratos de tracto sucesivo no cabe demandar la devolución de las prestaciones realizadas, ni tampoco la resolución del contrato. Por lo tanto, en este tipo de contratos no procede la aplicación de la condición resolutoria tácita, sino que cabe únicamente demandar la terminación del contrato.

El Fideicomiso Mercantil es un contrato de tracto sucesivo, toda vez que la esencia misma del objeto contractual implica un cúmulo de obligaciones que deberán ser cumplidas a lo largo del tiempo en aras de cumplir con la finalidad del fideicomiso.

En consecuencia, en caso de incumplimiento del contrato de Fideicomiso Mercantil, no es posible aplicar la condición resolutoria tácita; esta situación constituye una excepción a la regla que se encuentra inmersa en todo contrato bilateral.

C) La doctrina también propone la clasificación de los contratos por la capacidad de contener condiciones generales para la aplicación de otros contratos, así existen los contratos marco, normativos, estatutos, frente a los contratos de implementación o subordinados.

El fideicomiso mercantil reúne las características de este tipo de contratos con condiciones generales de aplicación, en virtud de que en su texto pueden contener elementos que regirán otros contratos que se celebren en relación con el fideicomiso, sobre este asunto volveremos en el capítulo cuarto de esta tesis, al ser precisamente esta circunstancia parte del análisis de una de las situaciones de tensión que se plantean.

3.5.Elementos del contrato:

La estructura de un negocio jurídico es la consecuencia inmediata de la distribución de los elementos que lo componen. En otras palabras, la producción de efectos de un negocio jurídico esta determinada por el conjunto de componentes que dotan de características particulares a cada acto jurídico.

En esta sección estudiaremos el papel que desempeña cada elemento constitutivo del contrato de Fideicomiso Mercantil, para así poder comprender los efectos que produce cada uno de ellos en el contrato, así como reconocer las consecuencias que estos generan en las relaciones jurídicas derivadas de este contrato complejo.

i. El elemento subjetivo: Primer elemento de estructura que incide en la naturaleza compleja.

El elemento subjetivo del Fideicomiso Mercantil esta compuesto por los intervinientes en el contrato. Así, del Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II, Título XV, del Código Orgánico Monetario y Financiero se desprende un esquema tripartito en cuanto a dicha intervención: el constituyente, el fiduciario, y el beneficiario.

A continuación abordaremos el rol que desempeña cada uno de ellos:

~ **El constituyente o fideicomitente:**

a) Concepto y forma en la que participa en el contrato de fideicomiso mercantil.

De conformidad con el Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II, Título XV, del Código Orgánico Monetario y Financiero, el constituyente o fideicomitente es la persona que realiza la transferencia de dominio de ciertos bienes a un patrimonio autónomo, con la finalidad de que la fiduciaria cumpla – en relación a esos bienes- con las instrucciones impartidas a la misma en el contrato de constitución.

De esta norma podemos deducir, en un primer término, que el constituyente tiene a su cargo al menos dos obligaciones: i) transferir el dominio de los bienes al patrimonio autónomo; ii) impartir instrucciones a la fiduciaria para el cumplimiento de la finalidad del contrato. Como se verá más adelante el exigir a la fiduciaria el cumplimiento de las finalidades del contrato es un derecho del constituyente.

Por su parte el Art. 115 del mismo cuerpo normativo, en relación al constituyente dispone:

“Pueden actuar como constituyentes de fideicomisos mercantiles las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de

personalidad jurídica, quienes transferirán el dominio de los bienes a título de fideicomiso mercantil (...)

Como se observa, la ley no establece mayor restricción en cuanto a quienes pueden tener la calidad de constituyentes; por el contrario, la norma en este sentido es bastante amplia a tal punto que se incluyen a las “entidades dotadas de personalidad jurídica”, es decir, faculta a que un determinado Fideicomiso Mercantil pueda ser constituyente en otro. Sobre las entidades dotadas de personalidad jurídica volveremos más adelante.

No obstante, para responder la pregunta de ¿quién puede ostentar la calidad de constituyente en un Fideicomiso Mercantil? debemos estar a lo dispuesto en las reglas generales sobre la capacidad para celebrar actos jurídicos, considerando que en nuestra legislación la regla general es la capacidad y la excepción la incapacidad³².

Por lo que deberá cumplirse con este requisito al ser la transferencia de dominio parte del objeto del contrato de Fideicomiso Mercantil y una de las obligaciones de los constituyentes.

Por otro lado, doctrinarios como Carlos Molina Sandoval, sostienen que para determinar el esquema de incapacidades que rige al constituyente, es necesario indagar cual es la relación jurídica subyacente, toda vez que el Fideicomiso Mercantil es un contrato que a su vez puede dar origen a varios contratos, por lo que de no considerar la relación que subyace se estaría dejando una puerta abierta para el fraude a la ley.

De este razonamiento, se deriva un principio fundamental en el derecho fiduciario, mediante el cual el Fideicomiso Mercantil no puede realizar actos que el constituyente por si

³² Art. 1462 del Código Civil: “*Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces*”.

solo no pueda realizarlos, ello para evitar la utilización del Fideicomiso Mercantil como un mecanismo de fraude a la ley.

Por último, cabe señalar que la norma no limita el número de constituyentes que pueden intervenir en un Fideicomiso Mercantil, por lo tanto el contrato podrá tener el número de constituyentes que se quiera según su objeto y finalidad. Este criterio lo sostiene también Mario Carregal, quien manifiesta:

“Nada se opone a que exista más de un fiduciante, y con cierta frecuencia así sucede. Por ejemplo, en un proyecto inmobiliario que se pretenda llevar a cabo a través de un fideicomiso, puede suceder que un fiduciante transfiera la propiedad fiduciaria de un terreno, otro una suma de dinero y un tercero los planos de la edificación a construir” (Carregal, 2008, pág. 133).

De tal forma que, en el contrato de constitución se deberán detallar los derechos y obligaciones de cada uno, teniendo en cuenta que es condición *sine qua non* para ser constituyente el transferir la propiedad al patrimonio autónomo del Fideicomiso Mercantil.

Es importante hacer énfasis en este punto, toda vez que la posibilidad de que intervengan varios constituyentes en un Fideicomiso Mercantil es uno de los supuestos que evidencian la naturaleza compleja de este contrato.

b) Derechos y obligaciones.-

En el Art. 126 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II, Título XV, del Código Orgánico Monetario y Financiero dispone lo siguiente se encuentran los derechos del constituyente. Analizaremos brevemente los derechos contenidos en la norma citada, para entender el rol y la calidad en que juega el constituyente como interviniente en el contrato.

~ **Los derechos del constituyente establecidos en el contrato:** Sin lugar a duda, esta disposición obedece a uno de los principios más básicos, pero de gran transcendencia, sobre

los cuales se funda el Derecho Civil y el Derecho Privado en general: la autonomía de la voluntad³³, que consiste en la “*facultad que tienen las personas para celebrar actos o contratos que estimen convenientes, determinar su contenido, consecuencias del mismo y para estipular su término*”. (Bascur Retamal , 2010, pág. 74)

De tal forma que, en el contrato de constitución del Fideicomiso Mercantil podrán pactarse derechos adicionales a los contenidos en el Art. 126, siempre y cuando tales estipulaciones no sobrepasen los límites de la autonomía de la voluntad privada.

~ **El derecho de exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil:** Como se ha mencionado ya, el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso es parte esencial del contrato. Rodríguez Azuero indica que “*el negocio fiduciario se celebra para obtener una finalidad. Eso se busca en todos los negocios, es cierto, en cuanto su celebración y cumplimiento se enderezan a satisfacer los propósitos, explícitos o implícitos, perseguidos por los contratantes. Pero, en la fiducia, tal búsqueda constituye su razón de ser*”. (2005, pág. 131)

En este contexto, todas las obligaciones a cargo de la fiduciaria que se deriven del contrato deberán girar en torno al cumplimiento de su finalidad. Recordemos que el Fideicomiso Mercantil es un contrato de tracto sucesivo, por lo tanto el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato se realizará a lo largo del tiempo, de tal forma que la finalidad del contrato constituirá el marco de actuación de la fiduciaria durante todo este tiempo, siendo derecho del constituyente exigir dicho cumplimiento durante la vigencia del contrato.

³³ Como se verá más adelante, la autonomía de la voluntad es uno de los principios rectores del Arbitraje como mecanismo alternativo de solución de controversias.

~ **El derecho de exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales:** El autor citado anteriormente, manifiesta que este derecho corresponde a la obligación general del fiduciario que lo constriñe a presentar informes razonados sobre el estado del fideicomiso dentro de ciertos plazos ya sean fijados en la ley o en el contrato.

En el contrato se deberán pactar las condiciones para la realización de la rendición de cuentas. El numeral 11 del Art. 4 del Título XIII de la Codificación de Resoluciones de la Junta de Política Monetaria y Financiera determina que la rendición de cuentas debe realizarse de conformidad con el contrato, en la cual se precisarán los los parámetros, forma y periodicidad a los cuales debe sujetarse la rendición, siendo entendido que esta obligación, de conformidad con la norma citada, comporta el deber de informar, de manera detallada y pormenorizada.

En este contexto, debemos entender que el derecho del constituyente de solicitar la rendición de cuentas debe estar acorde con toda la normativa que regula dicha solicitud, considerando que la fiduciaria estará obligada a realizar aquello que se encuentre debidamente establecido en el contrato, en la forma y condiciones pactadas.

~ **Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa leve en el desempeño de su gestión:** Como se mencionó ya en líneas anteriores, el Fideicomiso Mercantil es un contrato oneroso, por lo que de conformidad con el Art. 1563 del Código Civil, la fiduciaria respondería por culpa leve en caso de incumplimiento en las instrucciones impartidas en el contrato, por lo que la disposición del Art. 126 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II, Título XV, del Código Orgánico Monetario y Financiero se encuentra conforme la regla del Código Civil.

La referida norma incluye además la responsabilidad en caso de “dolo” el cual, de conformidad con el Art. 29 del Código Civil, consiste en la intención positiva de irrogar injuria a la persona o propiedad de otro, el cual además equivale a la culpa grave de acuerdo con la misma norma. Sin embargo, consideramos que esta inclusión que hace el Art. 126 no es necesaria en virtud de que al establecer la responsabilidad por culpa leve, se entiende que por la lógica del Art. 29 del Código Civil responde también por culpa grave o lata.

Por otro lado, en relación a las obligaciones del constituyente, podemos decir que son fundamentalmente las siguientes:

~ **Transferir los bienes al patrimonio autónomo:** Como se ha insistido ya en varias ocasiones, la transferencia de los bienes es un elemento esencial del contrato, cuyo cumplimiento se encuentra a cargo del constituyente.

Esta obligación, está estrechamente vinculada con aquellos requerimientos que de conformidad con la ley sean necesarios para el perfeccionamiento de la transferencia de dominio que deba hacerse dependiendo de los bienes de que se trate, por ejemplo, si lo que se transfiere es un bien inmueble, estará a cargo del constituyente realizar la respectiva inscripción del contrato en el Registro de la Propiedad.

~ **Remunerar al fiduciario:** La ley determina que la labor del fiduciario será siempre remunerada, tal remuneración debe constar en el contrato expresando claramente los valores o la forma de calcular la remuneración que percibirá la fiduciaria por su gestión, así como la forma y fuente de pago, y la oportunidad en la que será cobrada.

Rodríguez Azuero (2005) indica que la razón que motiva a que esta constituya una obligación del constituyente, se debe a que en la práctica, y ante la imposibilidad de obtener los rendimientos suficientes en el manejo del fideicomiso para atender siquiera la remuneración del fiduciario, debe entenderse que el constituyente asumirá el costo de la gestión desempeñada

por el fiduciario como consecuencia de su decisión de crear un fideicomiso mercantil. Desde luego, este constituye un derecho del fiduciario.

~ **Salir al saneamiento por evicción:** De conformidad con el Código Civil ecuatoriano, el saneamiento por evicción consiste en la obligación que tiene el vendedor de sanear al comprador todas las evicciones que tengan una causa anterior a la venta, consistiendo la evicción en la privación de la cosa que sufre el comprador como consecuencia de una sentencia.

c) Sobre la posibilidad de constituyentes adherentes.

De conformidad con la normativa, es posible que un tercero, quien en un principio es ajeno al contrato, que no haya participado en el acto constitutivo del Fideicomiso Mercantil, pueda sin embargo ser parte del fideicomiso en calidad de constituyente adherente, en un momento posterior al acto de constitución. Esta posibilidad la contiene el inciso quinto del Art. 115 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II, Título XV, del Código Orgánico Monetario y Financiero que dispone:

“Cuando un tercero distinto del constituyente se adhiere y acepta las disposiciones previstas en un contrato de fideicomiso mercantil o de encargos fiduciarios se lo denominará constituyente adherente. Cabe la adhesión en los contratos en los que se haya establecido esa posibilidad”.

Es decir, para que la adhesión a un contrato de Fideicomiso Mercantil tenga lugar es necesario por lo menos: i) Aceptar las disposiciones del contrato de Fideicomiso Mercantil; ii) Que la posibilidad de adhesión este prevista en el contrato de constitución.

En el caso de que sea una entidad del sector público la que quiera adherirse, la norma exige que para ello deberán los constituyentes del contrato ser también entidades del sector público.

Es decir, cuando se trate de la adhesión a un contrato de fideicomiso mercantil, encontraremos al menos dos contratos, por un lado estará el contrato de constitución del fideicomiso y por otro el instrumento mediante el cual el tercero se adhiere. Claramente nos encontramos en frente a un escenario de multiplicidad de contratos, empero ¿su vinculación es suficiente como para que los efectos del convenio arbitral alcancen al instrumento de adhesión?

Intentaremos resolver esta pregunta en el próximo capítulo.

~ **La Fiduciaria:**

a) **Concepto y forma en la que participa en el fideicomiso mercantil.**

Del Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores, se colige que la Fiduciaria es aquella entidad que tiene a su cargo la administración de los bienes transferidos al fideicomiso mercantil, ostentando la calidad de representante legal del fideicomiso. La norma además dispone que la fiduciaria necesariamente será una sociedad “Administradora de Fondos y Fideicomisos”.

El Art. 97 y subsiguientes del mismo cuerpo legal, regulan lo referente a las sociedades Administradoras de Fondos y Fideicomisos, siendo sus principales características las siguientes: i) Debe necesariamente ser una compañía anónima³⁴, ii) su objeto social es limitado,

³⁴ Además, el Art. 1, de la Subsección I, Sección I, Capítulo III, de la Codificación de Resoluciones de la Junta de Política Monetaria y Financiera Tomo XX, dispone: “Denominación: Las compañías administradoras de fondos y fideicomisos, deberán incluir en su denominación la expresión "administradora de fondos y fideicomisos", la que solamente podrá ser utilizada por las compañías que sean constituidas y autorizadas por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, al amparo de la Ley de Mercado de

iii) deberá cumplir los parámetros y controles que realice el Consejo Nacional de Valores, iv) necesita la autorización de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros para iniciar con sus funciones.

Por otro lado, los conceptos que aporta la doctrina en relación al fiduciario no son del todo equiparables toda vez que las características del fiduciario dependerán de las particularidades que cada legislación realice respecto de este elemento contractual.

Así por ejemplo, Mario Carregal (2008) analizando la legislación argentina, señala que el fiduciario es quien recibe la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitidos y se compromete a cumplir con relación a ellos el encargo o encomienda fiduciaria, no obstante, en la legislación ecuatoriana el fiduciario no adquiere la propiedad fiduciaria de los bienes fideicomitidos, sino que la misma es transferida a un patrimonio autónomo siendo el fiduciario quien lo representa legalmente.

Sin embargo, la doctrina coincide en que es la fiduciaria quien se encargará de ejecutar la finalidad del fideicomiso, para lo cual administrará los bienes objeto del encargo y actuará en calidad de representante legal. Cabe indicar que en razón de su calidad de administradora de los bienes fideicomitidos, se genera la obligación de la fiduciaria de rendir cuentas de conformidad con lo pactado en el contrato, considerando que, como se dijo anteriormente, en el contrato se regulará la periodicidad con la cual debe realizarse dicha rendición de cuentas, y en caso de no pactarse nada al respecto, conforme el literal c del Art. 103 de la Ley de Mercado de Valores se realizará de forma trimestral.

Valores y sus normas complementarias, debiendo agregar la expresión peculiar que les permita diferenciarse entre sí”.

La función que cumple la fiduciaria como sujeto contractual es trascendental para la consecución del objeto del contrato. Coincidimos con Rodríguez Azuero (2005) quien señala: “De su competencia, de la diligencia que emplee en el cumplimiento de las instrucciones recibidas y del buen juicio con que tome las decisiones requeridas para el cumplimiento de la finalidad, dependerán la suerte y eficacia de la figura”. (pág. 225)

b) Derechos y obligaciones de la fiduciaria.-

Sin perjuicio de aquellos que puedan ser pactados en el contrato, son derechos de la fiduciaria los siguientes:

~ **Ser remunerada por su gestión:** Como se ha manifestado anteriormente, el Art. 120 de la Ley de Mercado de Valores califica a la remuneración de la fiduciaria como un requisito básico del contrato. Ello obedece a la finalidad de lucro que tiene la sociedad Administradora de Fondos y Fideicomisos al ser por naturaleza una sociedad mercantil.

~ **Exigir al constituyente y beneficiario el cumplimiento de sus obligaciones:** A más de ser una de las consecuencias del pacta sunt servanda, este derecho aparece como efecto de las obligaciones adquiridas por el constituyente y el beneficiario, aclarando que no solo se pueden exigir las obligaciones que vinculan directamente al constituyente y la fiduciaria, como por ejemplo la de el pago de sus honorarios, sino de todas aquellas a las que se haya comprometido el constituyente con el objetivo de cumplir con la finalidad del Fideicomiso Mercantil.

~ **Solicitar el reembolso de los gastos erogados:** A la fiduciaria no le corresponde asumir los gastos que se generen en virtud de los actos realizados para el cumplimiento de las instrucciones impartidas, en aras de cumplir con la finalidad del contrato.

Este derecho obedece al hecho de que los gastos que se eroguen en interés del Fideicomiso Mercantil deben ser cubiertos por quien obtenga el provecho del acto que ha

generado tales gastos, de tal forma que al no ser la fiduciaria quien obtiene el referido provecho sino el Fideicomiso Mercantil propiamente, entonces los gastos serán cubiertos con los fondos de este³⁵.

~ **Renunciar a su cargo:** El Art. 131 de la Ley de Mercado de Valores prevé la posibilidad de renuncia del fiduciario siempre que no cause perjuicio al constituyente, al beneficiario o a terceros vinculados con el fideicomiso mercantil.

Las causales de renuncia del fiduciario deben pactarse de forma expresa en el contrato, no obstante a falta de estipulación, la referida norma establece las siguientes causas de renuncia:

- a) Que el beneficiario no pueda o se niegue a recibir los beneficios de conformidad con el contrato, salvo que hubiere recibido instrucciones del constituyente de efectuar pago por consignación siempre a costa del constituyente; y,
- b) La falta de pago de la remuneración pactada por la gestión del fiduciario.

Para poder renunciar, la fiduciaria deberá solicitar autorización de la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros, para que aquella proceda con la entrega de los bienes a quien corresponda. Esta solicitud no será necesaria en caso de existir acuerdo entre las partes.

Por otro lado, las obligaciones del fiduciario, a más de las pactadas en el contrato, son aquellas que se detallan en el Art. 103 de la Ley de Mercado de Valores. Rodríguez Azuero (2005) manifiesta que las obligaciones del fiduciario pueden ser divididas según los siguientes criterios:

³⁵ Por ello, puede observarse que en la práctica los Fideicomiso Mercantiles llevan cuentas contables como caja chica, mediante las cuales se destina una parte de los ingresos que pueda tener el fideicomiso, o una parte de los aportes que se realicen, a un fondo que sirva para cubrir los gastos en que se incurran.

~ **Las derivadas de su condición de profesional:** Indica el autor que el fiduciario es, ante todo, un gestor profesional de intereses ajenos y como tal presta de forma masiva un servicio para el cual se requiere una preparación particular. En este sentido, a criterio del autor se entabla una relación que sugiere la existencia de una parte que puede resultar débil en el proceso de contratación, y en consecuencia el derecho interviene para proteger a esta parte exigiendo al profesional un comportamiento acorde al interés comunitario superior que tutela al más débil³⁶.

Es por ello que, las obligaciones que se generan a consecuencia de su calidad de profesional son las genéricas de: información, lealtad, eficiencia, y prudencia, las cuales se exigen en general a todos quienes prestan servicios profesionales.

La obligación de lealtad nace en virtud de la buena fé con la que debe actuar el fiduciario en aras de cumplir estrictamente la finalidad contractual. Dice el autor que esta obligación es la consecuencia de que las cláusulas se pactan con el propósito de que lo previsto se obtenga, es decir para que el negocio llegue a buen fin y no con la pretensión de traicionar la confianza depositada en el acuerdo.

La obligación de información, deriva de la obligación de lealtad y consiste en que el profesional debe hacer conocer al cliente, de manera pronta y adecuada, sobre el giro de sus operaciones. Señala Rodríguez Azuero que esta obligación no solo comprende hacer conocer las condiciones y calidades del servicio sino también los riesgos y precauciones que han de tenerse en cuenta con relación a ellos.

³⁶ Habla el autor de la posible relación de profesional-consumidor que puede generarse por motivo del contrato de Fideicomiso Mercantil al ser el fiduciario un profesional que presta sus servicios al constituyente.

La eficacia y prudencia, implican que el actuar del fiduciario debe generar al cliente fundadas razones para sentirse en las mejores manos, ello en virtud de la competencia que reviste su calidad de profesional. En consecuencia, su actuar deberá ser prudente y realizar de forma cauta y diligente los actos necesarios para la debida consecución de los fines del fideicomiso.

~ **Representar al patrimonio y llevar su vocería:** Como lo veremos con más detalle posteriormente, el patrimonio autónomo es un ente ficticio dotado de personería jurídica, y por tanto necesita ser representado. Lo señalado se relaciona con la obligación que tiene el fiduciario de separar su propio patrimonio del patrimonio del fideicomiso mercantil, y llevar una contabilidad independiente entre cada uno de los patrimonios que administre y represente (literal b del Art. 103 de la Ley de Mercado de Valores).

Ello en razón de que los bienes que integran el patrimonio del fideicomiso solo responden por las obligaciones contraídas en el cumplimiento de la finalidad del fideicomiso.

~ **Realizar los actos necesarios para la consecución de la finalidad:** El autor señala que si bien el alcance de esta obligación puede resultar amplio, basta advertir que la realización de los objetivos del fideicomiso comienza con la adecuada conservación y custodia de los bienes recibidos. Así, el fiduciario deberá realizar todos los actos necesarios para conservar y permitir que los bienes cumplan la finalidad económica correspondiente. En segundo lugar, deberá cumplir con las obligaciones que surjan de las leyes y reglamentos, como pagar impuestos por ejemplo.

Esta obligación esta ligada con la rendición de cuentas que debe hacer la fiduciaria, toda vez que al ser la representante legal del fideicomiso su actuar obligará al fideicomiso con terceros, por lo que parte de la rendición de cuentas será justificar que los actos realizados

influyen en la consecución de la finalidad del fideicomiso, y se encuentran dentro de las instrucciones impartidas en el contrato.

~ **El Beneficiario:**

a) Concepto y forma en la que participa en el contrato de fideicomiso mercantil.

Carlos Molina Sandoval (2009) define al beneficiario como “la persona individualizada en el contrato de fideicomiso a favor de quien se ejerce el dominio fiduciario” (pág. 36). Es decir, es la persona a cuyo favor se constituye el fideicomiso y quien será la destinataria de los efectos de la consecución de la finalidad del contrato.

El Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores es concordante con el referido concepto que realiza la doctrina, al disponer que la fiduciaria cumplirá con las finalidades específicas instituidas en el contrato de constitución, bien en favor del propio constituyente o de un tercero llamado beneficiario.

Al igual que lo que ocurre con el constituyente, nuestra ley es bastante amplia respecto de quienes pueden tener la calidad de beneficiarios de un fideicomiso mercantil, así el Art. 116 de la Ley de Mercado de Valores que dispone lo siguiente:

“Art. 116.- Beneficiarios.- Serán beneficiarios de los fideicomisos mercantiles o de los encargos fiduciarios, las personas naturales o jurídicas privadas, públicas o mixtas, de derecho privado con finalidad social o pública, nacionales o extranjeras, o entidades dotadas de personalidad jurídica designadas como tales por el constituyente en el contrato o posteriormente si en el contrato se ha previsto tal atribución. Podrá designarse como beneficiario del fideicomiso mercantil a una persona que al momento de la constitución del mismo no exista pero se espera que exista. Podrán existir varios beneficiarios de un contrato de fideicomiso, pudiendo el constituyente establecer grados de preeminencia entre ellos e inclusive beneficiarios sustitutos”.

Podemos observar que la ley incluso faculta que el beneficiario pueda ser una persona que no exista al momento de la celebración del contrato, y permite además la posibilidad de varios beneficiarios a la vez.

Si bien la norma es sumamente permisiva, no obstante -a diferencia de algunas legislaciones latinoamericanas- contiene una prohibición expresa en relación a que la fiduciaria pueda tener la calidad de beneficiaria del fideicomiso, ello se desprende del inciso tercero del Art. 116 de la Ley de Mercado de Valores que establece: “Queda expresamente prohibida la constitución de un fideicomiso mercantil en el que se designe como beneficiario principal o sustituto al propio fiduciario, sus administradores, representantes legales, o sus empresas vinculadas”.

Cabe agregar además, que el beneficiario debe estar determinado en el contrato, pudiendo las partes acordar respecto de beneficiarios sustitutos, teniendo en cuenta que en caso de renuncia, o en general cuando falte el beneficiario, siempre que no se hayan previsto beneficiarios sustitutos, y no se estipule nada en relación a quien sucederá en sus derechos, la ley dispone que el beneficiario será el mismo constituyente o sus sucesores, de ser el caso.

A nuestro criterio, esta especie de subsanación que realiza la ley en caso de falta del beneficiario, se debe a la especial calidad que este ostenta dentro de la estructura subjetiva del contrato, toda vez que si bien no hay fideicomiso mercantil sin beneficiario, no obstante, su voluntad no es imprescindible para que el contrato nazca a la vida jurídica, y de la misma forma su voluntad no incide en la ejecución contractual.

Para explicar mejor el tema, consideremos las causales de terminación del contrato dispuestas en el Art. 134 de la Ley de Mercado de Valores, de las cuales se desprende que la única que guarda relación con la voluntad de las partes es la resciliación del contrato dispuesta en el literal g de la referida norma. Por tanto, en virtud de que la resciliación o también denominada mutuo disenso, procede entre las partes que prestaron su consentimiento para la

celebración del contrato, evidentemente la voluntad del beneficiario queda fuera de esta posibilidad de terminación.

En este sentido, consideramos que el texto del Art. 116 de la Ley de Mercado de Valores es concordante con lo antes señalado, y evidencia la previsión que hizo el legislador del eventual escenario en el que falte un elemento trascendental del contrato pero cuya voluntad no afecta a la vigencia del mismo.

Es preciso aclarar que este supuesto se analiza en el caso de no existir estipulación contractual que disponga algo distinto, verbigracia, si las partes acuerdan que en caso de falta de aceptación del beneficiario el contrato de Fideicomiso Mercantil terminará.

De lo expuesto, podemos evidenciar el consentimiento del beneficiario no es necesario para la formación del contrato fideicomiso mercantil, empero es parte de la estructura subjetiva del contrato. En la doctrina existe discusión respecto de la pertinencia de considerar al beneficiario como “parte” del contrato, toda vez que no concurre a la celebración del mismo, en tal virtud ¿le alcanza el convenio arbitral pactado en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil?

Responderemos a esta pregunta posteriormente.

b) Derechos y obligaciones.-

El Art. 127 de la Ley de Mercado de Valores, establece los derechos del beneficiario, los cuales analizaremos a continuación.

~ **Los que consten en el contrato:** Al igual que en los casos anteriores, es evidente que de conformidad con el principio de autonomía de la voluntad de las partes, en el contrato se podrán pactar derechos adicionales a los establecidos en el Art. 127 de la Ley de Mercado de Valores. Debe considerarse además, que los derechos que se determinen en favor del

beneficiario ayudarán a comprender el rol que el beneficiario desempeña en relación al contrato.

~ **Exigir al fiduciario el cumplimiento de las finalidades establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil:** Cabe precisar, que este derecho, así como los que constan en los siguientes literales, derivan de los efectos propios que causan las obligaciones pactadas en un contrato, los cuales dependerán de la naturaleza de la obligación. Sin embargo, cabe señalar que en el caso particular del beneficiario es sumamente importante que la ley le conceda de forma expresa estos derechos, toda vez que de no hacerlo resultaría difícil que el beneficiario pueda hacerlos efectivos, recordemos que puede generarse cierta discusión respecto de la calidad que ostenta el beneficiario dentro del contrato.

Dicho esto, el beneficiario, al igual que el constituyente, tendrá el mismo derecho de exigir al fiduciario el cumplimiento de las instrucciones que se le imparten en el contrato y de todo aquello que derive de la consecución de la finalidad. Rodríguez Azuero (2005) sostiene que dentro de este derecho se encuentra la posibilidad de solicitar algunas acciones conservatorias para evitar que los bienes sufran pérdidas o menoscabo en el poder del fiduciario.

~ **Exigir al fiduciario la rendición de cuentas, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley y a las normas de carácter general que imparta el C.N.V., sobre la actividad fiduciaria y las previstas en las cláusulas contractuales:** Al igual que el constituyente, el beneficiario también podrá solicitar la rendición de cuentas a la fiduciaria de conformidad con las condiciones establecidas en el contrato y la Ley. Rodríguez Azuero considera además que el detalle con el que deben producirse las rendiciones de cuentas debe permitir en la práctica tener la información fundamental sobre el estado financiero del fideicomiso, siendo facultad del beneficiario solicitar las explicaciones y complementaciones que se requieran

~ **Ejercer las acciones de responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar, en contra del fiduciario por dolo, culpa grave o culpa leve en el desempeño de su gestión:**

Este derecho surge paralelamente con la posibilidad de ejercer acciones derivadas de un incumplimiento, teniendo en cuenta que de conformidad con la finalidad del fideicomiso el beneficiario será el destinatario del objeto del contrato, quien sufrirá un perjuicio si el objeto del contrato no llega a cumplirse.

~ **Impugnar los actos de disposición de bienes del fideicomiso mercantil realizados por el fiduciario en contra de las instrucciones y finalidades del fideicomiso mercantil, dentro de los términos establecidos en la ley:** A criterio del autor citado anteriormente este derecho deriva de aquellos actos que pueden ser anulados al ser celebrados en exceso de las atribuciones del fiduciario y los realizados en desmedro del patrimonio fideicomitado o de los derechos de los interesados. Indica además que algunos autores sostienen que esta facultad es similar a la acción pauliana consagrada a favor de los acreedores, quienes pueden impugnar los actos llevados en fraude o perjuicio de ellos, con el objeto de que las cosas vuelvan al estado anterior.

~ **Solicitar la sustitución del fiduciario, por las causales previstas en el contrato, así como en los casos de dolo o culpa leve en los que haya incurrido el fiduciario, conforme conste de sentencia ejecutoriada o laudo arbitral y, en el caso de disolución o liquidación de la sociedad administradora de fondos y fideicomisos:** Como puede observarse, este derecho supedita la solicitud del beneficiario a tres causales: i) en caso de que se incurra en alguna causal de sustitución que determine el contrato, teniendo en cuenta que de conformidad con el Art. 120 de la Ley de Mercado de Valores, las causales de sustitución del fideicomiso son parte del contenido básico del contrato; ii) cuando exista sentencia ejecutoriada que determine la responsabilidad del fiduciario por dolo o culpa leve en relación al contrato de fideicomiso mercantil de que se trate, esto es importante decirlo porque la sociedad Administradora de Fondos y Fideicomisos puede ser fiduciaria de varios fideicomisos a la vez; iii) en caso de disolución o liquidación de la fiduciaria, cabe aclarar que si bien el uno es

consecuencia del otro, los procesos de disolución y liquidación de una compañía no son sinónimos, siendo la disolución un acto previo a la liquidación. Por tanto se colige de esta norma que bastaría contar con la resolución emitida por la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros que declare la disolución de la sociedad.

En cuanto a las obligaciones del beneficiario, debemos resaltar que las mismas podrían resumirse en recibir el objeto del fideicomiso mercantil y brindar las facilidades que correspondan en el caso concreto, para la consecución de la finalidad del contrato. Teniendo en consideración que las obligaciones adicionales que se quieran atribuir al beneficiario, deberán estar detalladas expresamente en el contrato, en virtud de que nuestra ley no prevé otro tipo de obligación adicional sino las que se derivan de la estructura impuesta por el Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores.

Es decir, el beneficiario si bien no comparece a la celebración del contrato de constitución del fideicomiso, empero, en virtud de la ley, adquiere derechos y se le atribuyen obligaciones. Podemos ver que es necesario delimitar su estatus jurídico en caso de suscitarse controversias relacionadas con el contrato de constitución.

En consecuencia, podemos ver que la estructura subjetiva del contrato de fideicomiso mercantil evidencia su complejidad en virtud de que las tres calidades que convergen en razón de este contrato, todas, ostentan derechos y obligaciones propias que a su vez podrán ser causa de pretensiones y reclamaciones entre los intervinientes.

Pensemos en que en virtud de los derechos que ostenta el beneficiario, este podrá ejercer acciones en contra del constituyente y en contra del fiduciario. Así mismo, el constituyente podrá ejercer acciones en contra de otros constituyentes y en contra de la fiduciaria.

La fiduciaria a su vez, por los derechos que como gestora le corresponden podrá plantear las acciones pertinentes para el cobro de sus honorarios o el reembolso de dineros, etc.

Es decir, puede existir un sin número de posibilidades al conjugar estas calidades, todas ellas con base a una misma relación jurídica. Así se evidencia la complejidad en la estructura subjetiva de este contrato.

ii. El elemento objetivo: Segundo factor de estructura que incide en su naturaleza compleja.

Al igual que cualquier otro negocio jurídico, el Fideicomiso Mercantil no nace a la vida jurídica sin un objeto. Molina Sandoval (2009) señala que el objeto consiste en la operación jurídicamente considerada, el contenido concreto e integral del fideicomiso, el cual puede variar en razón del principio consensualista.

Si bien ello es cierto, consideramos que en el caso ecuatoriano, la Ley regula el objeto del fideicomiso como elemento esencial del contrato, en consecuencia la falta de concurrencia de los presupuestos normativos que integran el objeto contractual, nos situaría frente a un contrato distinto al del fideicomiso mercantil.

El Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores determina como elemento objetivo de este contrato: i) la transferencia de bienes, ii) la creación de un patrimonio autónomo al cual serán transferidos los bienes, iii) la destinación de dichos bienes al cumplimiento de una finalidad.

Así, concordamos con el criterio del autor citado anteriormente quien señala que el objeto en el contrato de fideicomiso mercantil es de naturaleza funcional, al ser un objeto de ejercicio continuado derivado de las características particulares del negocio fiduciario.

Podemos afirmar que el elemento que dota de una particularidad especial a este negocio jurídico y sobre el cual han recaído numerosas e interesantes discusiones doctrinarias, e incluso diferentes tendencias legislativas, es el patrimonio autónomo, esbozaremos ahora sus principales características.

a) El patrimonio autónomo como una excepción a la doctrina clásica.

Para iniciar, la doctrina clásica o teoría subjetiva, define al patrimonio como aquel conjunto de derechos y obligaciones de carácter económico pertenecientes a una persona, siendo el patrimonio una emanación directa de la personalidad. De conformidad con esta corriente, el patrimonio obedece a “la idea de la persona misma del hombre en sus relaciones con los bienes que le pertenecen” (Alessandri, Somarriva, & Vodanovic, 2005, pág. 329).

En palabras de los autores Alessandri, Somarriva, y Vodanovic (2005), esta teoría atribuye las siguientes características al patrimonio: i) toda persona ya sea física o jurídica, tiene un patrimonio, ii) el patrimonio no es transferible, aunque si transmisible por sucesión por causa de muerte, c) solo las personas pueden tener un patrimonio, d) una misma persona solo puede tener un patrimonio, el cual es indivisible.

Es importante recalcar que los derechos y obligaciones que no sean susceptibles de estimación pecuniaria, no ingresan al patrimonio y en efecto se denominan “extrapatrimoniales”.

En este mismo sentido, el patrimonio es algo distinto de los bienes que lo integran o componen en un momento dado de su existencia, por lo tanto, abarca no solo los bienes presentes de su titular, sino también los futuros, es decir los que adquiere después³⁷. En este

³⁷ En nuestra legislación ello se evidencia con lo dispuesto en el Art.2367 del Código Civil que dispone: “Toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el Art. 1634 y los demás casos previstos en la ley” (el subrayado me corresponde).

contexto afirman los autores citados que el patrimonio aparece más como una virtualidad, un potencial, que como una masa congelada de elementos.

Por otro lado, la teoría objetiva define al patrimonio como una simple masa de bienes que no se encuentra indisolublemente vinculada con la personalidad, así “la cohesión y unidad de los elementos del patrimonio no arranca de la voluntad de la persona sino del fin o destino a que está afecto el conjunto de bienes” (Alessandri, Somarriva, & Vodanovic, 2005, pág. 329). En consecuencia la afectación a un fin determinado justifica la existencia y razón de ser del patrimonio.

Esta teoría defiende la posibilidad de patrimonios sin titulares y la idea de que las personas pueden tener varios patrimonios, por lo que surgen figuras como el patrimonio separado y el patrimonio autónomo.

Los referidos autores, definen al patrimonio autónomo como aquel que transitoriamente carece de sujeto, cuyo fundamento y razón de ser es la conservación del patrimonio a fin de que no se vea abandonado mientras advenga su titular o sean empleados los bienes que lo forman.

A criterio de Cárdenas Mejía, lo primordial del patrimonio autónomo radica en ser un conjunto de derechos y obligaciones inseparablemente vinculados al estar todos afectos a un objetivo económico, siendo lo fundamental entonces esta afectación. Señala también que los patrimonios autónomos tienen su génesis en la ley que determina de alguna manera su conformación e identidad, ello en virtud de que esta figura surge como excepción al régimen general, y por tanto solo pueden ser creados por ley o por normas que tengan la misma fuerza normativa. (Autónomo, pág. 3)

En este contexto, el patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil constituye una excepción al lineamiento general de la legislación ecuatoriana que adopta la doctrina clásica o

subjetiva del patrimonio. De tal forma que el Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores define al patrimonio autónomo de la siguiente manera:

“(…) El patrimonio autónomo, esto es el conjunto de derechos y obligaciones afectados a una finalidad y que se constituye como efecto jurídico del contrato, también se denomina fideicomiso mercantil; así, cada fideicomiso mercantil tendrá una denominación peculiar señalada por el constituyente en el contrato a efectos de distinguirlo de otros que mantenga el fiduciario con ocasión de su actividad (…)”

Como puede observarse, la ley determina que el patrimonio autónomo sea la consecuencia directa e inmediata del contrato, constituyendo además el fideicomiso mercantil propiamente dicho.

b) El patrimonio autónomo como entidad dotada de personalidad jurídica.

A diferencia de lo que ocurre en otros países, la legislación ecuatoriana otorga personalidad jurídica al patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil. Los incisos tercero y cuarto del Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores disponen:

“Cada patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), está dotado de personalidad jurídica, siendo el fiduciario su representante legal, quien ejercerá tales funciones de conformidad con las instrucciones señaladas por el constituyente en el correspondiente contrato.

El patrimonio autónomo (fideicomiso mercantil), no es, ni podrá ser considerado como una sociedad civil o mercantil, sino únicamente como una ficción jurídica capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones a través del fiduciario, en atención a las instrucciones señaladas en el contrato.

Consecuentemente, el patrimonio autónomo es capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, ello tanto desde el punto de vista sustancial como para los efectos dentro de un proceso, es decir, para actuar como demandante o demandado en una controversia.

Cabe hacer hincapié en que si bien se le reconoce personalidad jurídica al patrimonio autónomo, la norma es enfática en establecer que el mismo no será considerado como una sociedad civil o mercantil, situación que le da una naturaleza especial y lo caracteriza como una entidad dotada de personalidad jurídica.

En este sentido, el patrimonio autónomo es una ficción jurídica y como tal consiste en un “artificio jurídico que permite otorgar efectos jurídicos a una situación o relación inexistente, como si se hubiera producido” (Real Academia de la Lengua Española, 2016). De tal forma que se entiende que existe en el mundo jurídico, no obstante, fuera de este no se lo puede concebir.

Por esta razón, la fiduciaria debe actuar como representante legal del fideicomiso mercantil – es decir del patrimonio autónomo- y en tal calidad ser su vocera y administradora. El Art. 119 de la Ley de Mercado de Valores otorga amplias facultades a la fiduciaria para que represente legalmente al fideicomiso, teniendo en cuenta siempre que sus actos deberán girar en torno a la consecución de la finalidad contractual.

Vale recalcar además, que de conformidad con la norma mencionada, la titularidad de los bienes que integran el patrimonio autónomo le corresponde al fideicomiso mercantil, esto a diferencia de otras legislaciones como por ejemplo la colombiana que otorga la titularidad de dominio a la fiduciaria.

De esta calidad especial que la ley otorga al patrimonio autónomo, se desprenden varias consecuencias jurídicas que son además características propias del elemento objetivo de este contrato, una de ellas, siendo talvez la más importante, consiste en la separación de bienes.

El Art. 118 de la Ley de Mercado de Valores determina que el patrimonio autónomo es distinto de los patrimonios individuales del constituyente, del fiduciario, y del beneficiario, así como de otros fideicomisos mercantiles que mantenga en fiduciario.

Si bien algo se advirtió ya en la parte inicial de este capítulo, vale recalcar que la doctrina sostiene que esta separación busca que los bienes constituidos no se confundan con los bienes de los sujetos contractuales, por tanto, supone la existencia de cuentas separadas para cada uno de los fideicomisos, de tal forma que sea posible identificar dichos bienes de manera inequívoca y que no quepa ninguna duda sobre la manera como están constituidos.

Es decir, el supuesto del patrimonio autónomo como ficción jurídica evidencia la necesidad de identificar correctamente los bienes, teniendo en cuenta que si bien el fideicomiso mercantil constituye una ficción, los bienes que lo integran no ostentan la misma calidad, toda vez que su existencia es real y no meramente jurídica, de ahí deviene la necesidad de separarlos.

Como se verá más adelante, la inembargabilidad de los bienes que constituyen el patrimonio autónomo es la consecuencia directa de la separación, así mismo, el hecho de que el patrimonio autónomo garantice exclusivamente las obligaciones contraídas para cumplir la finalidad contractual.

3.6. Características del contrato:

A lo largo del presente capítulo hemos abordado los rasgos generales del contrato de fideicomiso mercantil analizando su naturaleza y elementos, por lo que hasta aquí hemos evidenciado ya varias características que envuelven este contrato. No obstante, es preciso referirnos de manera especial a ciertas características sobre las cuales nuestra ley hace énfasis y que constituyen las razones fundamentales por las cuales en la práctica se opta por celebrar un fideicomiso mercantil.

i. Irrevocabilidad y temporalidad:

Tal como se desprende del Art. 109 de la Ley de Mercado de Valores, la transferencia de dominio que se realiza en razón del contrato es temporal e irrevocable. La temporalidad, es una característica que nace en virtud de que el fideicomiso mercantil no está sujeto a durar indefinidamente, sino que por el contrario su duración está subordinada al cumplimiento de la finalidad prevista.

Cabe mencionar que de conformidad con nuestro Código Civil, una de las características del derecho de dominio es la perpetuidad, la cual implica que solamente el titular del dominio es quien puede poner fin o término al derecho, siendo así “una vez que existe, no puede terminar, no se acaba, sino y solamente por la voluntad del dueño, únicamente cuando el dueño quiera se terminará el derecho” (Eguiguren, 2008, págs. 64,65).

La propiedad fiduciaria, constituye una especie de excepción a la perpetuidad, toda vez que en el fideicomiso mercantil no es la voluntad del dueño (que en este caso es el patrimonio autónomo) lo que podrá poner fin al derecho, sino que el mismo depende del cumplimiento de la finalidad del contrato o del cumplimiento de las condiciones ahí establecidas.

De tal forma que, al ser la temporalidad un elemento que la propia ley atribuye al fideicomiso mercantil, en el contrato deberán pactarse los lineamientos y cláusulas que sean concordantes con esta característica, siendo nulas las disposiciones contractuales que contraríen lo dicho.

Por otro lado, la irrevocabilidad del contrato de fideicomiso mercantil, es una cualidad que dota de una seguridad particular al contrato, toda vez que garantiza que no se pueda dar marcha atrás respecto del objeto del fideicomiso.

De conformidad con el Diccionario de la Lengua Española, el término revocar, significa dejar sin efecto una concesión, un mandato, una resolución, por lo que entendiendo este término

en el contexto normativo, podemos afirmar que la irrevocabilidad opera en relación con el constituyente, al ser quien realiza la transferencia de dominio de los bienes que formaran el patrimonio autónomo y quien determina las instrucciones para la fiduciaria.

Hacemos referencia a aquello debido a que no debe confundirse la irrevocabilidad con la posibilidad de resciliar el contrato con fundamento en el mutuo disenso de las partes, lo que es distinto a la revocatoria que implica la voluntad unilateral de dejar sin efecto la concesión realizada.

Concluimos entonces que el fideicomiso mercantil es irrevocable por tanto el constituyente no podrá dejar arbitrariamente sin efecto la transferencia de dominio realizada ni las instrucciones a la fiduciaria impartidas, sin perjuicio de que pueda ser objeto de resciliación por mutuo acuerdo de las partes y bajo los límites establecidos en el literal g del Art. 134 de la Ley de Mercado de Valores, que establece la posibilidad resciliar el contrato “siempre que no afecte los derechos del constituyente, de los constituyentes adherentes, del beneficiario, de acreedores del fideicomiso mercantil o de terceros”.

ii. Inembargabilidad:

La inembargabilidad de los bienes que integran el patrimonio autónomo, es el atributo necesario que la ley establece como consecuencia de la naturaleza misma del contrato, al ser la forma de asegurar la viabilidad del negocio que subyace a la celebración del fideicomiso mercantil.

El Art. 121 de la Ley de Mercado de Valores, dispone que:

“Los bienes del fideicomiso mercantil no pueden ser embargados ni sujetos a ninguna medida precautelatoria o preventiva por los acreedores del constituyente, ni por los del beneficiario, salvo pacto en contrario previsto en el contrato. En ningún caso dichos bienes podrán ser embargados ni objeto de medidas precautelatorias o preventivas por

los acreedores del fiduciario. Los acreedores del constituyente o del beneficiario podrán ejercer las acciones sobre los derechos o beneficios que a estos les correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil”

De la lectura de esta norma podemos colegir que es la separación de patrimonios el fundamento de esta característica. Coincidimos con Molina Sandoval (2009) quien señala que la separación patrimonial logra una verdadera impermeabilización del fideicomiso que separa no solo los bienes y derechos que conforman el activo sino también las deudas del fideicomiso.

En este sentido, las deudas que sean contraídas por los sujetos contractuales no podrán ser perseguidas en los bienes del patrimonio autónomo, de igual forma las obligaciones contraídas por el fideicomiso mercantil no podrán ser perseguidas en los bienes de los sujetos contractuales.

De conformidad con la norma, las partes podrían pactar en el contrato la embargabilidad de los bienes, no obstante será siempre una opción que deberá ser analizada con detalle por las partes, a fin de no perjudicar la consecución de la finalidad establecida en el contrato.

En relación a ello, la Doctrina IV del Mercado de Valores recoge este criterio:

“Como el propósito es que la masa de bienes alcance el fin determinado, es decir se cumpla con el pacto de fiducia, se le confieren las mayores seguridades, desvinculándolo de las contingencias del patrimonio del fiduciario y del fiduciante, con un sistema propio de responsabilidad”.

Por esta razón, el fideicomiso mercantil resulta ventajoso si lo que se pretende es asegurar que los bienes destinados a un negocio determinado, cumplan exclusivamente una finalidad establecida, sin el riesgo de que posibles acreedores pretendan hacer valer sus derechos en estos bienes.

Por último, cabe indicar que la norma, de forma expresa, dispone la excepción a la inembargabilidad respecto de los acreedores del constituyente y del beneficiario, no obstante debe tenerse en cuenta que la norma no faculta a que los acreedores hagan efectivos sus derechos sobre bienes del patrimonio autónomo, sino que, supedita esta acción por parte de los acreedores en bienes- que en este caso serían bienes incorporales- que les correspondan al constituyente o beneficiario en razón de los efectos del contrato; es decir, se refiere a los derechos fiduciarios³⁸ que les correspondan a cada uno y en consecuencia bienes que forman parte de su patrimonio propio más no del fideicomiso mercantil.

iii. Referencia al derecho general de prenda:

Los bienes que integran el patrimonio autónomo, garantizan exclusivamente las obligaciones contraídas por el fideicomiso mercantil.

Sin lugar a dudas, el contenido del Art. 122 de la Ley de Mercado de Valores³⁹ es una ratificación de las normas que regulan la separación de patrimonios e inembargabilidad analizadas anteriormente, pues resulta lógico que únicamente los acreedores

³⁸ De conformidad con la Doctrina X de la Ley de Mercado de Valores, un derecho fiduciario consiste en “la relación jurídica personal, que deviene del contrato de fideicomiso mercantil, da lugar al nacimiento de derechos, que conlleva la existencia de un titular de tales derechos fiduciarios”.

³⁹ El Art. 122 de la Ley de Mercado de Valores dispone: “Garantía general de prenda de acreedores del fideicomiso mercantil.- Los bienes transferidos al patrimonio autónomo respaldan todas las obligaciones contraídas por el fideicomiso mercantil para el cumplimiento de las finalidades establecidas por el constituyente y podrán, en consecuencia, ser embargados y objeto de medidas precautelatorias o preventivas por parte de los acreedores del fideicomiso

Es preciso hacer referencia nuevamente al Art.2367 del Código Civil que regula la garantía general de prenda y dispone lo siguiente:

“Art. 2367.- Toda obligación personal da al acreedor el derecho de hacerla efectiva en todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables, designados en el Art. 1634 y los demás casos previstos en la ley”.

En este sentido, quedan excluidos de la garantía general de prenda los acreedores del constituyente, fiduciario y beneficiario, teniendo en cuenta que en caso de fraude a terceros ocasionado por la celebración del contrato de fideicomiso mercantil, los interesados podrán ejercer las acciones respectivas para hacer valer sus derechos.

Por otro lado, el Art. 122 de las Ley de Mercado de Valores dispone que el patrimonio autónomo respaldará las “obligaciones contraídas por el fideicomiso mercantil para el cumplimiento de las finalidades establecidas por el constituyente”, lo que nos lleva a preguntarnos ¿que sucede en caso de que el fiduciario contrae una obligación extralimitándose de sus funciones? ¿ puede esta situación volver improcedente el derecho general de prenda que el acreedor de dicha obligación tiene respecto de los bienes del patrimonio autónomo?

Consideramos que la respuesta a estas interrogantes debe partir del principio de buena fé que sirve de fundamento para entender las normas que regulan los efectos frente a terceros que puede ocasionar la extralimitación de funciones del fiduciario, siendo la regla general la inoponibilidad.

mercantil. Los acreedores del beneficiario podrán perseguir los derechos y beneficios que a éste le correspondan en atención a los efectos propios del contrato de fideicomiso mercantil”.

Ello resulta coherente, pues un tercero que contrate con el fideicomiso mercantil no tiene la obligación de conocer con exactitud la finalidad prevista en el contrato, ni las instrucciones impartidas a la fiduciaria, sabiendo además que de conformidad con nuestra ley la fiduciaria goza de las facultades más amplias para actuar a nombre del fideicomiso. En todo caso si la extralimitación ocasiona un perjuicio, el constituyente o beneficiario podrá optar por activar las vías pertinentes para solucionar lo referente a la extralimitación; no obstante, en ningún caso ello podrá perjudicar a terceros que contratan de buena fé.

3.7. Clases de Fideicomiso Mercantil: Estructuras complejas que pueden generarse a raíz de su celebración.

Recordemos que el fideicomiso mercantil como figura contractual, surge como una forma de viabilizar ciertos intereses particulares que no podían ser desarrollados con las figuras jurídicas clásicas que en su momento existían.

Molina Sandoval (2009) señala que el fideicomiso, como cualquier vehículo apto para desarrollar negocios, debe valorarse en un sentido dinámico y como un medio flexible y necesario para la instrumentación de una amplia gama de posibilidades. Esta flexibilidad y un desarrollado esquema de organización del negocio subyacente han posicionado favorablemente al fideicomiso respecto de otras figuras que también permiten la canalización de similares proyectos de inversión (pág. 449).

Por ello, existen diversos tipos de fideicomiso mercantil, cuya clasificación depende del objeto y la finalidad contractual, la cual a su vez responde al interés negocial que subyace de la figura, teniendo en consideración que no necesariamente se limitará a una sola finalidad. Analizaremos a breves rasgos los tipos de fideicomiso cuya utilización se observa con mayor frecuencia en la práctica.

En nuestra legislación se reconocen algunos tipos de fideicomiso mercantil, como lo son por ejemplo el de administración, titularización, inmobiliario, de garantía, sin embargo, para efectos del presente trabajo revisaremos la composición de estos dos últimos.

i. El Fideicomiso Mercantil de Garantía:

La búsqueda de protección adecuada de un crédito, ha sido una de las preocupaciones primordiales de quienes forman parte del tráfico jurídico en sus diversos ámbitos. Ello, debido a la necesidad de los contratantes de disminuir el riesgo que implica la concesión de un crédito, razón por la cual quienes conceden créditos intentan protegerse patrimonialmente de dicho riesgo.

Así, en el derecho se han desarrollado varias formas de garantías, las cuales consisten en aquellas “medidas o modos de asegurar el cumplimiento de una obligación mediante la creación de un derecho subjetivo o de una facultad que se yuxtapone al derecho de crédito cuya satisfacción se quiere asegurar” (Molina Sandoval, 2009, pág. 384).

En este contexto, el fideicomiso mercantil de garantía se sitúa dentro de estas posibilidades, teniendo en cuenta que la estructura misma del contrato no difiere, debido a que siempre se tratará de una transferencia de dominio a un patrimonio autónomo para el cumplimiento de una finalidad e intervendrán: constituyente, fiduciario, y beneficiario.

Mario Carregal (2008) define al fideicomiso mercantil de garantía como aquel mediante el cual se asegura el cumplimiento de ciertas obligaciones contraídas por el fiduciante o por un tercero, ello con los bienes fideicomitidos y hasta la concurrencia del valor de realización de estos.

En este mismo sentido, el numeral 1 del Art. 17 de la Sección I, Capítulo I, Título XIII de la Codificación de Resoluciones de la Junta Política Monetaria y Financiera (Libro II, Tomo X) define al fideicomiso mercantil de garantía de la siguiente manera:

“1. De garantía: entiéndase por fideicomiso de garantía, al contrato en virtud del cual el constituyente, que generalmente es el deudor, transfiere la propiedad de uno o varios bienes a título de fideicomiso mercantil al patrimonio autónomo, para garantizar con ellos y/o con su producto, el cumplimiento de una o varias obligaciones claramente determinadas en el contrato”.

En este contexto, los efectos que genera el garantizar una obligación mediante un fideicomiso mercantil, y que consisten a la vez en ventajas en relación con otras figuras de garantía, son principalmente los siguientes:

~ **La extrajudicialidad:** Posiblemente esta es la característica mas atractiva al tomar la decisión de constituir un fideicomiso mercantil en garantía, toda vez que implica que no sea necesario recurrir a una instancia judicial o arbitral para la efectivización de la obligación, debido a que la ejecución de la garantía se realizará de manera directa por el fiduciario, quien deberá verificar el acontecimiento del supuesto de hecho que activa la posibilidad de ejecutar el contrato.

Coincidimos con Molina Sandoval quien señala que la extrajudicialidad permitirá ahorrar costos y tiempo al acreedor quien en otra situación deberá activar las referidas vías para hacer efectivo su derecho, toda vez que en nuestra legislación el incumplimiento de una obligación debe ser declarado. Es decir, esta característica vuelve al fideicomiso autoliquidable.

~ **La reutilización del activo:** Esta característica permite que un mismo bien sea reutilizado para los fines de garantía de varias operaciones. Molina Sandoval cita el siguiente ejemplo para graficar esta situación: “en caso de hipoteca, si el deudor (titular del bien) desea garantizar una determinada acreencia, deberá inscribir registralmente, previo cumplimiento de los recaudos legales, la hipoteca en cuestión. Si desea contratar con otro acreedor (aun cuando la hipoteca originaria haya sido cancelada) deberá repetir los pasos jurídicos. Esta situación no

se da en el fideicomiso de garantía, ya que una vez que el activo ha sido enajenado fiduciariamente, será suficiente la existencia de un contrato marco o la celebración de un nuevo contrato, para que el activo vuelva a garantizar otra acreencia” (2009, pág. 395).

Vale indicar que, de conformidad con Art. 17 de la Sección I, Capítulo I, Título XIII de la Codificación de Resoluciones de la Junta Política Monetaria y Financiera (Libro II, Tomo X), para la constitución del fideicomiso en garantía, la fiduciaria debe recibir por escrito la conformidad del acreedor sobre los bienes aportados al fideicomiso y sobre su valoración, so pena de liquidar el fideicomiso en caso de no recibir esta conformidad, esta obligación se impone también para el caso de designación de nuevos acreedores por parte del constituyente.

En virtud de lo expuesto, podemos observar que el fideicomiso mercantil de garantía constituye un contrato mediante el cual se asegura el cumplimiento de una obligación contenida en otro contrato, en tal virtud podemos advertir su naturaleza coligada o conexas en relación con los contratos que garantiza, recordemos que este constituye precisamente uno de los supuestos de interrelación analizados en el capítulo anterior.

ii. El fideicomiso mercantil inmobiliario:

La norma citada anteriormente, lo define como el contrato en virtud del cual el constituyente transfiere uno o varios inmuebles y/o dinero necesario para la adquisición del terreno o para el desarrollo del proyecto inmobiliario, con la finalidad de que la fiduciaria administre dichos bienes y realice gestiones administrativas ligadas o conexas para el desarrollo y ejecución del proyecto inmobiliario, de acuerdo con las instrucciones señaladas en el contrato y en favor de los beneficiarios instituidos en el mismo.

Rodriguez Azuero (2005) sostiene que la fiducia inmobiliaria supone la transferencia de un lote de terreno que pasa a integrar un patrimonio autónomo con el fin de desarrollar la construcción de un edificio, de manera que el fiduciario enajene al final las unidades de vivienda resultantes a los compradores interesados.

Podemos observar que este tipo de fideicomisos se constituye cuando el objetivo es desarrollar un proyecto, en el cual la estructura misma del fideicomiso permitirá la recaudación de cuotas periódicas y el desarrollo ordenado y progresivo del proyecto en si mismo. Para ello, los fideicomisos inmobiliarios cuentan con etapas de ejecución de las cuales se desprenden distintas obligaciones para los sujetos contractuales:

~ **Etapla preliminar:** En esta etapa se realizan análisis y discusiones respecto de aspectos fundamentales para el proyecto, por ejemplo, se hacen estudios se elaboran planos, entre otros.

No obstante, lo más importante de esta etapa consiste en obtener el “punto de equilibrio”, el cual en palabras de Rodriguez Azuero, consiste en un mecanismo que reduce el riesgo inminente en todo proyecto de inmobiliario, de que una vez acabada la construcción no logre venderse rápidamente o en su totalidad. Para evitar aquello, dice el autor, debe procederse con una vinculación temprana de interesados en adquirir una unidad del proyecto, con el fin de garantizar un número mínimo de compradores que aseguren la recuperación de los costos totales del proyecto.

~ **Etapla de desarrollo:** De conformidad con el autor, durante esta etapa se lleva a cabo el proyecto inmobiliario propiamente dicho, es decir la construcción del inmueble.

~ **Etapla de liquidación:** Esta etapa responde a la necesidad de realizar un sin número de tareas posteriores a la construcción, por lo que las obligaciones y eventuales responsabilidades no concluyen con la etapa de desarrollo.

Menciona el autor, que en esta etapa se producen la liquidación de todos los contratos celebrados con terceros, liquidaciones de créditos, entre otras.

Como puede observarse, la estructura de esta figura puede ser a su vez fuente de varios contratos coligados, conexos, y en general interrelacionados, toda vez que la finalidad el

proyecto que vaya a ser ejecutado, requerirá la celebración de varios negocios jurídicos que permitan el desarrollo de tal finalidad.

Pensemos por ejemplo en la ejecución de un proyecto de construcción, en el cual la finalidad del contrato implique la contratación de gerentes inmobiliarios, fiscalizadores, contratos de financiamiento, entre otros; en este supuesto, ¿se verifica la interrelación de todos aquellos contratos? ¿esta es suficiente para determinar el alcance del convenio arbitral contenido en el contrato de fideicomiso mercantil a todos los otros contratos celebrados en razón de la ejecución de la finalidad contractual? Sobre esta situación volveremos más adelante.

3.8.Consideraciones finales:

A manera de corolario de todo lo que se ha analizado en el presente capítulo, podemos afirmar que el fideicomiso mercantil es un contrato cuya estructura y funcionalidad debe ser catalogada como compleja, ello se refleja tanto en su estructura subjetiva como objetiva.

Las consecuencias que acarrea la complejidad de la estructura subjetiva del contrato, y que son importantes para el objeto de esta tesis, son aquellas que derivan tanto de la composición tripartita de los intervinientes, así como del roll que desempeña cada uno de ellos en relación al contrato.

A primera vista, la composición tripartita de la estructura subjetiva del contrato ya puede dar un indicio de su estructura compleja, toda vez que en un mismo centro de imputación concurrirán los intereses de tres calidades distintas. En este sentido, desde un punto de vista intra contractual las relaciones jurídicas que subsisten reflejaran la convergencia de mas de dos voluntades.

De tal forma que, al ser el fideicomiso mercantil un centro de imputación de intereses compuestos, y en virtud de que los derechos y obligaciones que les corresponden a cada sujeto que interviene en este negocio jurídico permiten atribuirles una calidad específica en el

contrato, las controversias que podrán suscitarse con fuente en el mismo contrato, podrán dar lugar a escenarios conformados por multiplicidad de partes.

En cuanto a la complejidad en su estructura objetiva, debemos partir de la premisa de que un contrato en general puede ser fuente de varias obligaciones, y a su vez de varias relaciones jurídicas; no obstante la naturaleza propia del fideicomiso mercantil, por su carácter de contrato flexible y moldeable según el interés de quienes lo conforman, permite calificarlo como una figura morfo genética en el encuentran su origen una infinidad de contratos (Molina Sandoval, 2009).

En este sentido, se ha evidenciado la naturaleza compleja del contrato de fideicomiso mercantil. Ahora, si bien esta complejidad conlleva la necesidad de aplicar los postulados de la doctrina del arbitraje complejo a efectos de determinar el alcance del convenio arbitral en la mayor parte de las controversias que surjan el mismo; no obstante, para efectos de este trabajo se propone el análisis de tres situaciones que permitirá la aplicación de esta teoría en el contexto controversial generado por el contrato de fideicomiso mercantil.

CAPÍTULO IV

LA APLICACIÓN DEL COMPLEX ARBITRATION EN EL CONTEXTO DEL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL:

Análisis de las situaciones de tensión jurídica generadas en la determinación del alcance del convenio arbitral a las relaciones jurídicas derivadas del contrato de Fideicomiso Mercantil.

4.1. Introducción al capítulo:

Hasta aquí se han abordado algunas situaciones de gran importancia. Por un lado, hemos analizado el contexto del contrato de fideicomiso mercantil en la legislación ecuatoriana, a fin de calificarlo como una fuente de relaciones jurídicas complejas, y por otro lado, hemos esbozado cuales son los elementos que aporta la doctrina del Arbitraje Complejo a efectos de analizar aquellos procesos en donde se ven involucradas relaciones jurídicas complejas.

En este capítulo se pretende hacer un ejercicio de subsunción de los elementos aportados por la doctrina del Arbitraje Complejo a los supuestos de hecho relacionados con el contrato de fideicomiso mercantil. Es necesario aclarar que las controversias que pueden derivarse del contrato de fideicomiso mercantil pueden ser de diversa índole, y tantas cuantas podamos conjugar sus elementos subjetivos y objetivos, sin embargo, se han escogido las que podrían ser consideradas como las más frecuentes en relación a este contrato.

Es importante aclarar que en el presente capítulo se pretenderá esbozar aquellos lineamientos generales que deben seguirse para la determinación del alcance del convenio arbitral en los distintos escenarios que a continuación se plantean, los cuales deben influir en el análisis independientemente de la lectura e interpretación que pueda hacerse respecto del texto del convenio arbitral pactado en cada caso.

Lo indicado, de ninguna manera quiere decir que el análisis del texto del convenio arbitral sea innecesario para efectos de determinar el alcance del convenio arbitral; por el contrario, sostenemos que su importancia es crucial, empero en el presente capítulo se abordarán aquellos elementos externos al convenio arbitral, que devienen de la propia naturaleza de la relación jurídica de la que se trata, los cuales deben servir incluso a efectos de realizar una interpretación adecuada del texto del convenio arbitral pactado en un contrato de fideicomiso mercantil.

Por último, en virtud de que el análisis del alcance del convenio arbitral es una *questio facti*, para efectos de este capítulo analizaremos tres escenarios a efectos dilucidar si es posible la aplicación de la doctrina del arbitraje complejo en cada uno de ellos.

En este contexto, proponemos el análisis de los siguientes escenarios, cuya tensión fue advertida ya en hojas anteriores:

- i. Primero, analizaremos la situación de tensión generada a consecuencia del alcance del convenio arbitral en la adhesión al fideicomiso mercantil, considerando el escenario complejo que genera este acto jurídico.
- ii. Segundo, analizaremos la situación de tensión generada a consecuencia del status jurídico del beneficiario en el contrato de fideicomiso mercantil, teniendo en consideración su especial calidad que ocupa en el contrato.
- iii. En tercer lugar, analizaremos los escenarios complejos que pueden generarse en razón del desarrollo de un proyecto inmobiliario instrumentado a través de un contrato de fideicomiso mercantil, ello con la finalidad de determinar el alcance del convenio arbitral en dichos escenarios.

El análisis que se realizará tendrá como objetivo la determinación de los lineamientos y parámetros que deben ser utilizados al momento de determinar el alcance del convenio arbitral en los escenarios que se proponen.

4.2. LA ADHESIÓN AL FIDEICOMISO MERCANTIL: Situaciones de tensión generadas a consecuencia de la aplicación del convenio arbitral en la adhesión al contrato de fideicomiso mercantil.

i. Planteamiento de la situación de tensión:

A manera de recapitulación, como bien lo indicamos en el capítulo primero de esta tesis, la estructura subjetiva del contrato de fideicomiso mercantil se ve reflejada en un esquema tripartito conformado por el o los constituyentes, la fiduciaria, y el o los beneficiarios.

En este contexto, como bien ya se había señalado, el Art. 115 de la Ley de Mercado de Valores contenida en del Libro II, Título XV, del Código Orgánico Monetario y Financiero, prevé la posibilidad de que un tercero distinto del constituyente se adhiera a un contrato de fideicomiso mercantil, a quien se le denominará constituyente adherente.

Resulta evidente que, en su calidad, el constituyente adherente no interviene en la celebración del contrato (de ahí el término adhesión), empero ¿cuál es el mecanismo para que un tercero se adhiera al contrato?

El Art. 20 de la Sección IV del Título XII Libro 2 Tomo X de la Codificación de las Resoluciones de la Junta de Política Monetaria y Financiera, dispone que:

“Cuando un tercero se adhiera a un contrato de fideicomiso o de encargo fiduciario, deberá suscribir el respectivo instrumento, mediante el cual acepta las disposiciones del contrato original y sus modificaciones”. (El subrayado me corresponde)

Así mismo, del Art. 25 del Reglamento a la Ley de Mercado de Valores se desprende que la adhesión al contrato deberá constar por escrito y será registrada por la fiduciaria.

De las normas citadas se colige que para que proceda la adhesión al fideicomiso mercantil, la ley exige un instrumento del cual se desprenda la aceptación de las disposiciones del contrato original y de sus modificaciones, claramente un documento distinto al contrato de constitución.

De tal forma que, en relación a los constituyentes adherentes encontraremos al menos dos contratos: **i)** el contrato por el cual consienten en adherirse al fideicomiso mercantil; **ii)** el contrato de fideicomiso mercantil al cual se adhieren.

En este contexto, de pactarse un convenio arbitral en el contrato de constitución al fideicomiso mercantil ¿alcanzan sus efectos respecto del contrato que debe suscribirse para que tenga lugar la adhesión al fideicomiso?

Evidentemente, nos encontramos frente a un caso que requiere la aplicación de la doctrina del Arbitraje Complejo.

Para poder analizar el alcance del convenio arbitral en este caso, debemos analizar ciertos elementos propios de la naturaleza de ambos contratos, teniendo en cuenta que, como se indicó en el capítulo anterior, la aplicación de esta doctrina no puede caer en la arbitrariedad y en el desconocimiento de sus límites, al ser teorías cuyo fin es la verificación del consentimiento al arbitraje (tanto en su ámbito subjetivo como en el objetivo) en base al principio de buena fé.

ii Factores que deben analizarse a efectos de determinar el alcance del convenio arbitral en la situación de tensión planteada.

Al evidenciarse en esta situación de tensión planteada, un escenario de multiplicidad de contratos, debemos analizar cuales son los factores que en virtud de la doctrina del Arbitraje Complejo deben ser aplicados para determinar el alcance del convenio arbitral.

a) El Fideicomiso Mercantil como un contrato marco o normativo:

Tal como lo estudiamos en el capítulo anterior, del test de interrelación contractual, se desprende que una de las causales de esta interrelación constituye precisamente la verificación de la existencia de un contrato marco que contenga condiciones generales para la aplicación de otros contratos.

La doctrina ha desarrollado a este tipo de contratos como una modalidad del fenómeno del contrato atípico, en el cual un contrato contiene condiciones generales que subordinan la aplicación de otros contratos que se celebren entre las mismas partes, entre algunas de las partes, frente a terceros, o a favor de terceros.

A esta modalidad contractual, se le ha otorgado una gran diversidad de calificativos y denominaciones. Así, existen contratos normativos, contratos estatuto, contratos marco o macro; no obstante, del análisis que se realiza respecto de estos conceptos puede observarse cierta uniformidad de criterios respecto del elemento principal que caracteriza a todos ellos: la presencia de condiciones generales que vinculan a otros contratos.

En este contexto, Juan Farina (1999) citando a Messineo, sostiene que los contratos normativos son aquellos en los que las partes prevén la celebración de una serie homogénea de futuros contratos de contenido semejante. En esta misma línea, López De Zavalía, citado por Farina, sostiene que el contrato normativo consiste en una modalidad especial que obliga, en caso de contratar, a hacerlo con arreglo a un determinado contenido.

De tal forma que “en este tipo de contratos se establecen unas reglas para contratos futuros que de celebrarse deben observar lo pactado en el contrato normativo” (Bernal Fandiño, 2018, pág. 3).

El contrato estatuto tiene una naturaleza similar, Farina (1999) se refiere a este contrato como aquel que constituye un sistema normativo de orden institucional al cual se someten quienes forman parte de la entidad regida por este, ya sea sus miembros fundadores, o quienes se incorporen luego, el autor señala como ejemplo el caso del estatuto de una sociedad anónima. Indica el autor que el interés fijado por la entidad supera el interés particular de sus miembros, de tal forma que quien ingrese posteriormente a la relación contractual habrá de adherirse a dicho estatuto.

Vale hacer mención a la definición que realiza el Diccionario de la Real Academia de la Lengua del término estatuto, definiéndolo como aquel “ordenamiento capaz para obligar”, por lo que su esencia es muy similar a la del contrato normativo.

De igual manera, al contrato marco se lo define como aquel que determine lineamientos generales para la aplicación de otros contratos permitiendo que los mismos

En su momento se discutió a nivel de doctrina, respecto de si los contratos marco podían o no generar obligaciones propias derivadas directamente del mismo, distintas a las obligaciones que establezcan las partes para la celebración de contratos futuros. Hoy en día la posición mayoritaria respecto de aquello consiste en aceptar que un contrato marco contenga tanto condiciones para la celebración de contratos futuros, como obligaciones propias aplicables al contrato en si mismo. En este contexto, Mariana Bernal (2018) sostiene que:

“Adicionalmente, al analizar la naturaleza jurídica de estos contratos se debe tener en cuenta que los contratos marco no pertenecen a un tipo de contrato sino a una modalidad de contratación en virtud de la cual las partes establecen unos parámetros para regular sus negocios futuros”. (pág. 4)

Así, la autora se refiere a la presencia de dos ámbitos que conforman el contrato marco, uno interno y otro externo. El primero regula aquellos elementos que conforman el contrato en si mismo y garantiza un contenido homogéneo en una serie de contratos sucesivos en el ámbito de una relación económica de larga duración; y por otra parte el segundo regula netamente las condiciones para la celebración de los futuros contratos entre las partes con terceros.

Este criterio es concordante con la premisa aceptada por nuestro Código Civil de que un contrato puede ser fuente de varias obligaciones.

Ahora bien, el contrato de fideicomiso mercantil se adecua a los criterios expuestos anteriormente. Para explicar aquello es necesario recordar lo que se analizó en el capítulo

primero en relación a la naturaleza y el contenido necesario del contrato de Fideicomiso Mercantil.

Del Art. 120 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, se desprenden los elementos que conforman el contenido necesario (básico) del contrato (ver punto ... del capítulo 1 de esta tesis), de los cuales se desprenden aquellos elementos que regularán la relación jurídica entre los que celebran el contrato de constitución, sin perjuicio de ello, se desprenden también elementos aplicables a las relaciones jurídicas con terceros.

Es el caso del literal d de la norma citada, la cual dispone que:

“d) Los derechos y obligaciones a cargo del constituyente, de los constituyentes adherentes, en caso de haberse previsto su adhesión, del fiduciario y del beneficiario”.

Es decir, en caso de que las partes acuerden la posibilidad de vinculación de constituyentes adherentes, en el contrato de constitución necesariamente se detallarán los derechos que se les atribuirán a ellos, así como las condiciones para su adhesión. En consecuencia, el contrato de constitución del fideicomiso mercantil conformará el conjunto de normas aplicables en general a los constituyentes adherentes, por ende a los contratos de adhesión al fideicomiso que se celebren.

En este sentido, el contrato de fideicomiso mercantil regulará los elementos aplicables a la relación jurídica que nace como consecuencia inmediata de la celebración del contrato (la cual estará conformada por constituyentes, fiduciaria, beneficiarios, y el patrimonio autónomo como entidad que se crea como resultado de la celebración del contrato), así como la relación jurídica con quienes si bien son terceros ajenos a la celebración del contrato, al momento de celebrar el instrumento de adhesión quedarán vinculados al fideicomiso en calidad de constituyentes adherentes.

Así, se puede evidenciar que el contrato de fideicomiso constituye ese contenido determinado en base al cual se deberán celebrar en el futuro los contratos de adhesión al fideicomiso, situación que permite calificarlo como un contrato normativo de conformidad con los criterios antes expuestos.

Podríamos decir incluso que el fideicomiso mercantil reúne los requisitos para ser considerado como un contrato estatuto, toda vez que si bien no se trata de una institución como tal o de una compañía, quienes ingresan en un momento posterior a la relación contractual, se adhieren a dicho “ordenamiento capaz para obligar”.

Es importante aclarar que, en cuanto a los efectos del contrato normativo, tal como lo sostiene Hineirosa citado por Farina (1999) los contratos futuros podrán ser de obligatoria celebración o no, pero de celebrarse, su contenido preestablecido será de acatamiento forzoso.

Por último, es importante aclarar que en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes podrían pactar varias otras condiciones y elementos en el contrato de constitución, que podrían configurar condiciones generales aplicables a otros contratos que se celebren en aras de cumplir con la finalidad del fideicomiso, aquello también constituiría un factor que permite atribuir al contrato de fideicomiso la calidad de contrato marco o normativo, sin embargo, aquello dependerá de cada caso en concreto sin que podamos establecer un punto de conexión objetivo al respecto.

A contrario sensu, lo que ocurre con la adhesión al contrato de fideicomiso mercantil, si nos permite colegir un elemento estándar aplicable a todos los casos en los que las partes prevean la posibilidad de vinculación de constituyentes adherentes, ya que en todos esos casos el contrato de constitución del fideicomiso, por mandato normativo deberá contener condiciones generales de aplicación a los respectivos contratos futuros que se celebren.

Por lo expuesto, en el caso analizado, se cumple con un primer elemento de conexión o interrelación que permite aplicar la doctrina del Arbitraje Complejo, el cual si bien por si solo

podría ser ya un detonante para determinar el alcance del convenio arbitral contenido en un contrato de constitución de fideicomiso mercantil (contrato marco o normativo) a un contrato de adhesión al fideicomiso, empero como se verá a continuación es importante también analizar otros factores adicionales.

b) Efectos de la adhesión al contrato de Fideicomiso Mercantil: La adquisición de una posición contractual.

La adhesión a un fideicomiso mercantil tiene como consecuencia adquirir una posición en la relación jurídica que se genera como efecto de la celebración del contrato.

Esta situación, distingue al fideicomiso mercantil de otros contratos que si bien contienen condiciones generales de aplicación (que vinculan a otros contratos) empero la aceptación de esas condiciones no reporta por si sola la adquisición de una calidad específica dentro de la estructura subjetiva del contrato que contiene dichas condiciones generales.

Tal como se desprende del citado Art.115 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero, quien se adhiera y acepte las disposiciones del contrato de fideicomiso mercantil, obtendrá la calidad de “constituyente adherente”.

En este sentido, al otorgarle la calidad de constituyente la norma prevé la inclusión del adherente como parte contractual, de tal manera que asume las obligaciones pactadas en el contrato respecto de los constituyentes, y de igual forma adquirirá los derechos que le correspondan en esta misma calidad.

Recordemos que el constituyente - y a su vez el adherente- ocupa un roll indispensable en la figura del fideicomiso mercantil puesto que es quien transfiere los bienes al patrimonio autónomo para el cumplimiento de su finalidad. De tal forma que el constituyente adherente

deberá cumplir también con su aporte al fideicomiso mercantil, así como acatar las obligaciones establecidas en tanto en la ley como en el contrato.

Siendo así, en caso de que en el contrato no se pacten obligaciones distintas para cada uno, la diferencia que existe entre el constituyente adherente y el constituyente, radica únicamente en el momento en el que se adquiere dicha calidad.

Lo expuesto, configura un vínculo mucho más estrecho –que a mi criterio resulta casi indisoluble- entre el adherente y el convenio arbitral pactado en el contrato de constitución del fideicomiso, ello en virtud de que el adherente deja de ser considerado como un tercero y pasa a ser una verdadera parte en la relación jurídica que subyace.

Es precisamente por esta razón que tanto la Ley de Mercado de Valores como la Codificación de las Resoluciones de la Junta de Política Monetaria y Financiera, exigen al adherente la aceptación de todas las disposiciones contenidas en el contrato de constitución del fideicomiso así como de sus modificaciones, pues todas ellas le serán aplicables como consecuencia de la celebración del instrumento de adhesión, incluyendo en este cúmulo de disposiciones al convenio arbitral.

Por lo tanto, es evidente que el constituyente adherente es parte del convenio arbitral contenido en el contrato de constitución, razón por la cual sostener lo contrario implicaría desconocer la naturaleza misma de la figura, así como la normativa que regula la materia.

Sin perjuicio de lo señalado, si bien esta situación puede ser suficiente al momento de analizar el alcance subjetivo del convenio arbitral; no obstante, para dar solución a la situación de tensión que se plantea es preciso complementar este análisis con factores que incidan directamente en el alcance objetivo del convenio arbitral (como lo es la conexidad contractual que ya fue analizada). Lo señalado no quiere decir que la adquisición de calidad parte en el contrato, causada como efecto de la adhesión, deje de ser un elemento de conexión muy importante a efectos de determinar el alcance del convenio arbitral en la hipótesis propuesta.

c) Las limitaciones de los contratos de adhesión: ¿Un impedimento a la aplicación del Complex Arbitration?

Para explicar este punto, es importante señalar que en razón de todo lo expuesto, queda claro que el constituyente adherente debe celebrar un instrumento mediante el cual consienta en adherirse al contrato de fideicomiso mercantil. En este contexto, ¿constituye este instrumento un contrato de adhesión?, teniendo en consideración que adherirse a un fideicomiso mercantil no es sinónimo de celebrar un contrato de adhesión.

La pregunta es importante a efectos de poder concluir si aplican o no las limitaciones que impone nuestra legislación a este tipo de contratos, y si ellas influyen en el escenario objeto de análisis.

Para iniciar, la figura del contrato de adhesión ha sido desarrollada como respuesta a la realidad que se observa en el tráfico jurídico comercial. Se ha constatado que en la práctica quienes integran el tráfico comercial buscan la concreción ágil y rápida de sus negocios, por lo que se ha evidenciado cierta insuficiencia en la modalidad del contrato tradicional para solventar estas necesidades, sobre todo en lo que refiere a la contratación masiva de bienes y servicios. Así, surgen las denominadas “nuevas modalidades de contratación”, entre ellas el contrato de adhesión.

Carlos Miguel Ibanez (2010) define al contrato de adhesión como aquel en el que una de las partes es la que determina el contenido del contrato, quedando la otra limitada a aceptar o rechazar en su totalidad dicho contenido sin poder discutir sus condiciones.

Esta concepción ha sido acogida de manera uniforme por la doctrina, Farina (1999) lo define también como aquel contrato cuyo clausulado general es predispuesto, es decir, redactado previamente por uno de los contratantes para regular uniformemente determinadas

relaciones convencionales, sin que el predisponente admita discusión alguna respecto de las cláusulas⁴⁰.

En su momento surgieron tesis anticontractualistas respecto del contrato de adhesión, las cuales criticaban que esta modalidad de contrato pueda ser considerada propiamente un contrato, ello en virtud de que se sostenía que la ausencia de discusión del contenido contractual suprime la voluntad común, por lo que no sería viable hablar de la concurrencia de voluntades sino de dos voluntades paralelas, unilaterales e independientes.

Frente a esta tesis, se encuentran quienes sostienen que este fenómeno constituye un verdadero contrato, toda vez que “no hay diferencias sustanciales entre los contratos de adhesión y los contratos paritarios o discrecionales, en todos los casos debe existir un acuerdo de voluntades, porque como todo contrato se trata de actos jurídicos bilaterales” (Ibañez, 2010, pags.127,128). Ello en virtud de que tanto en los contratos de adhesión como en los tradicionales, la prestación del consentimiento se genera libre y voluntariamente por quien acepta la oferta.

Si bien la posición mayoritaria concuerda en calificar al contrato de adhesión como un verdadero contrato, no obstante, su particular naturaleza ha motivado a regular la protección de la voluntad del aceptante, ello en virtud de que quien acepta sin discutir el contenido del

⁴⁰ Vale diferenciar a los contratos con cláusulas predispuestas de los contratos de adhesión, toda vez que los primeros consisten en aquellos contratos en los cuales la redacción de sus cláusulas esta preestablecida por una de las partes, sin embargo la otra parte no se ve limitada en la facultad de negociar y discutir respecto de las mismas, lo cual no sucede en los contratos de adhesión en los que el aceptante consiente pura y simplemente en las cláusulas que si bien han sido predispuestas, no admiten discusión ni negociación.

contrato puede encontrarse en una posición desequilibrada en relación a quien impone las disposiciones contractuales.

En la legislación ecuatoriana, el único cuerpo normativo que establece un concepto concreto de contrato de adhesión es la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, la cual en su Art.2 lo define como aquel contrato “cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor a través de contratos impresos o en formularios sin que el consumidor, para celebrarlo, haya discutido su contenido”. Es decir, la norma acoge el mismo criterio esbozado por la doctrina.

En este contexto, el instrumento mediante el cual un tercero se adhiere al contrato de fideicomiso mercantil será un contrato de adhesión siempre que se compruebe que su contenido no pudo ser discutido, ya sea por encontrarse impreso previamente, por realizarse a través de formularios, entre otras formas.

Cabe recalcar que de la normativa que regula el contrato de fideicomiso mercantil no se desprende un mandato normativo que exija que la adhesión a un fideicomiso mercantil deba ser configurada a través de un contrato de adhesión, ni tampoco se desprende norma alguna que califique a este acto jurídico como un contrato de adhesión; por el contrario, la norma tan solo exige el cumplimiento de dos requisitos: que sea un instrumento por escrito y que conste inscrito por la fiduciaria.

Sin embargo, en la práctica se evidencia cierta predilección por concretar la adhesión al fideicomiso mercantil a través de contratos de adhesión, por lo que es frecuente que la fiduciaria, en representación del fideicomiso, redacte el contrato y lo presente pre-impreso al

adherente; empero, no existe norma que impida que el contenido del instrumento de adhesión al fideicomiso mercantil pueda ser discutido y negociado por el adherente⁴¹.

En este sentido, es posible concluir que *prima facie* no se puede afirmar que la adhesión a un fideicomiso mercantil constituye un contrato de adhesión, empero si del análisis de la forma en la que se haya concretado tal adhesión se desprende que el adherente no tuvo oportunidad de discutir o negociar respecto del contenido del contrato, limitándose a aceptarlo o negarlo, entonces, la referida modalidad contractual sería plenamente aplicable.

Ahora bien, en el supuesto de encontrarnos efectivamente frente a un contrato de adhesión (como ocurre en la mayoría de los casos) se presenta un problema adicional que se deriva del efecto que la normativa aplicable respecto de la protección del aceptante en un contrato de adhesión puede generar en el análisis del alcance del convenio arbitral en la situación de tensión planteada al inicio de este acápite.

El capítulo VII de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor regula lo relativo a la protección contractual de los consumidores que suscriben contratos de adhesión. Dentro de este conjunto de normas, se encuentran previstas las cláusulas cuya inclusión en estos contratos esta prohibida, *so pena* de la declaratoria de nulidad de pleno derecho de dicha cláusula. El Art. 43 del referido cuerpo legal dispone lo siguiente:

“Art. 43.- Cláusulas Prohibidas.- Son nulas de pleno derecho y no producirán efecto alguno las cláusulas o estipulaciones contractuales que (...)
(...) 4. Impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento”.

⁴¹ Es preciso aclarar aquello que no podría ser objeto de discusión es la aceptación del adherente respecto de las disposiciones del contrato de fideicomiso mercantil, ello en virtud del mandato expreso que se desprende de la normativa aplicable.

Es decir, de conformidad con esta norma, las cláusulas arbitrales que se incluyan en los contratos de adhesión no surtirán efecto alguno, a menos que el adherente manifieste su consentimiento, a decir de la norma, “de forma expresa”.

En este sentido, ¿por qué esta norma podría causar inconvenientes al momento aplicar la doctrina del Arbitraje Complejo?.

Recordemos que las soluciones que plantea esta doctrina respecto del alcance del convenio arbitral, tienen como fundamento el análisis del consentimiento para someter al arbitraje una determinada controversia en todos aquellos casos en los que este no se ha establecido de forma expresa, siendo el consentimiento implícito el factor que permite atribuir competencia a un tribunal arbitral frente a estas situaciones. Tal consentimiento podrá ser determinado si se verifican los puntos de conexión suficientes (como lo es la coligación de contratos) para el efecto.

De tal forma que, si el Art. 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor exige que el consentimiento al arbitraje en los contratos de adhesión debe ser manifestado de forma expresa, podría resultar ineficaz la aplicación de la referida teoría. No obstante, como veremos a continuación, existen razones importantes que efectivamente permiten aplicar los elementos del Arbitraje Complejo en la adhesión al contrato de fideicomiso mercantil, pese a lo dispuesto en la referida norma.

Para analizar correctamente este tema, debemos tener en cuenta al menos las siguientes situaciones: **i)** el ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de defensa del Consumidor; **ii)** el efecto previsto en el Art. 43 de este cuerpo normativo en caso de que se incluya una cláusula catalogada como prohibida.

i) El objeto de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, consiste en normar las relaciones entre proveedores y consumidores, considerándose consumidor, de conformidad con

el Art. 2 de esta ley, “toda persona natural o jurídica que como destinatario final adquiriera utilice o disfrute bienes o servicios, o bien reciba oferta para ello”.

De tal forma que, únicamente cuando el constituyente adherente pueda ser calificado como consumidor tendría cabida la aplicación del Art. 43 del referido cuerpo normativo⁴².

Es preciso traer a colación el texto del Art. 3 de la Sección I Capítulo I Título XIII de la Codificación de Resoluciones de la Junta Política Monetaria y Financiera, el cual regula las cláusulas cuya estipulación está prohibida en un contrato de fideicomiso mercantil y dispone lo siguiente:

“Art. 3.- Estipulaciones prohibidas: Están prohibidas las cláusulas que desnaturalicen el negocio fiduciario, desvíen su objeto original, o se traduzcan en menoscabo ilícito de algún derecho ajeno. Tratándose de contratos de adhesión, las cláusulas ambiguas se interpretarán a favor del fideicomitente y/o beneficiario, según corresponda. Por lo demás, los contratos de adhesión deberán contemplar los requisitos que, para el efecto, señala la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor y demás leyes aplicables o pertinentes”. (El subrayado me corresponde).

⁴² En esta línea, debe tenerse en cuenta adicionalmente lo que dispone el Art. 45 del Reglamento a la Ley Orgánica de defensa del Consumidor: “Art. 45.- De conformidad con el artículo 43 de la ley, en los contratos de adhesión serán nulas las cláusulas y estipulaciones prohibidas en los numerales del 1 al 9 de dicho artículo; sin embargo, estas disposiciones no se interpretarán como una limitación a la autonomía privada en los contratos mercantiles y civiles en los cuales no intervengan consumidores finales, o en aquellos contratos en que por su naturaleza, las partes tengan la posibilidad de negociar y acordar su alcance y contenido” (El subrayado me corresponde).

Si bien esta disposición realiza una remisión a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, no obstante, de la literalidad de la norma podemos colegir que dicha remisión no se realiza respecto del Art. 43 de la Ley sino únicamente en relación a los requisitos que prevé dicho cuerpo normativo para los contratos de adhesión, los cuales se encuentran en el Art. 41 y consisten en: la redacción del contrato con caracteres legibles, no menores a un tamaño de fuente de diez puntos, los términos que se utilicen deben ser claros y comprensibles, entre otros que dispone la referida norma.

Por esta razón, la premisa indicada en un principio se mantiene pese a lo dispuesto en la Codificación de Resoluciones de la Junta Política Monetaria y Financiera.

ii) Por otro lado, del texto del Art. 43 del mencionado cuerpo legal, se desprende que la sanción a la estipulación de una cláusula prohibida consiste en la nulidad de pleno derecho de dicha cláusula, por lo tanto, la misma no surtirá efecto alguno.

En este sentido, aplicando la norma en el escenario objeto de análisis, si se considera que la cláusula arbitral pactada en un contrato de adhesión al fideicomiso mercantil es nula de pleno derecho en base a lo establecido en esta disposición, aquello no impediría que el convenio arbitral pactado en el contrato de fideicomiso mercantil surta efectos respecto del contrato de adhesión, ello en virtud de que la sanción impuesta por la norma recae exclusivamente sobre la cláusula pactada en el contrato de adhesión, sin que los efectos de esta nulidad puedan ser extendidos al contrato de constitución de fideicomiso mercantil.

Sin perjuicio de ello, indagando un poco más en el asunto, podría plantearse que en virtud de que el espíritu de la ley consiste en la protección de la voluntad del adherente, esta protección sería ineficaz si por un lado se considera nula la cláusula arbitral del contrato de adhesión al fideicomiso, empero se permite la vinculación al arbitraje en base a una cláusula contenida en el contrato que contiene las condiciones generales a las cuales el adherente se

vincula en el contrato de adhesión. Este argumento parte de una interpretación extensiva de la norma.

Sin embargo, a mi criterio, al tratarse de una norma *plus quam perfectae*, es decir que prevé la sanción máxima que puede imponérsele a un acto jurídico, debemos acudir a la interpretación literal de la norma, ello en virtud del principio de seguridad jurídica así como de conformidad con los principios que rigen la declaratoria de nulidad de un acto jurídico, por lo tanto el escenario que nos encontramos analizando quedaría fuera del margen de aplicación del Art. 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.

Adicionalmente, considero que el texto de esta norma es impreciso, e incluso podría resultar ineficaz al momento de aplicarse en cualquier caso, toda vez que quien suscribe un contrato de adhesión, por el hecho de suscribirlo, realiza una manifestación expresa de su consentimiento en todas las cláusulas del contrato, entre ellas el convenio arbitral, teniendo en cuenta que el consentimiento expreso, como lo hemos mencionado ya anteriormente, es aquella aceptación de una oferta contenida en una declaración en la cual el aceptante, en términos explícitos y directos, revela su intención de celebrar una determinada convención en los términos propuestos en la oferta.

En relación a lo dicho, el Art. 40 del Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor establece lo que debe entenderse como consentimiento expreso a efectos de interpretar el Art. 43 de la ley; la referida norma dispone lo siguiente:

“Art. 40.- El consentimiento expreso del consumidor de someterse a los procedimientos de arbitraje y mediación en los contratos de adhesión, se podrá manifestar mediante una ratificación impresa debajo de la cual suscriba el consumidor, o con una señalización en un casillero, de la que se desprenda la aceptación para someterse a arbitraje, o cualquier fórmula que permita entender inequívocamente la aceptación expresa de cualquiera de estos procedimientos por parte del consumidor”.

De esta norma podemos colegir que lo que en verdad se pretende con el numeral 4 del Art. 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, es el consentimiento al arbitraje en un documento independiente al contrato de adhesión, debido a que, aquello garantizaría el conocimiento pleno de esta cláusula por parte del adherente.

Por todo lo expuesto, podemos concluir que no en todos los casos aplicará el Art. 43 de Ley Orgánica de Defensa del Consumidor para regular los contratos de adhesión al fideicomiso mercantil; sin perjuicio de ello, incluso en aquellos casos en los que si sea aplicable este cuerpo normativo, aún así el convenio arbitral contenido en un contrato de constitución de fideicomiso mercantil puede surtir sus efectos respecto de las controversias derivadas del contrato de adhesión, por tanto, la referida norma no constituye un impedimento para la aplicación de los elementos de la doctrina del Arbitraje Complejo.

iii. Soluciones respecto de la situación de tensión: Lineamientos que deben seguirse para determinar el alcance del convenio arbitral en la adhesión al fideicomiso mercantil:

En esta sección hemos podido constatar que en lo que respecta a la figura de la adhesión a un contrato de fideicomiso mercantil, existen varios puntos de conexión que permiten aplicar la doctrina del Arbitraje Complejo y en consecuencia aplicar los efectos de un convenio arbitral contenido en un contrato de fideicomiso mercantil al instrumento mediante el cual un tercero se adhiere a tal fideicomiso.

A continuación se expondrán los parámetros o lineamientos que deben tenerse en cuenta a efectos de determinar el alcance del convenio arbitral en el escenario propuesto, advirtiendo que si bien para efectos de una explicación más didáctica se dividirá en los lineamientos para determinar el alcance subjetivo en primer lugar, y en segundo lugar aquellos que sirven para

determinar el alcance objetivo, no obstante debe tenerse en consideración que algunos elementos podrán servir para la determinación de ambos.

a) Lineamientos para analizar el alcance subjetivo del convenio arbitral en la adhesión al fideicomiso mercantil:

Como hemos visto, la especial condición que ostenta aquel que en un inicio es un tercero ajeno a la relación contractual pero que con la suscripción del instrumento de adhesión pasa a formar parte de la relación jurídica que subyace del contrato, permite vincular al constituyente adherente al convenio arbitral bajo la aplicación de algunos criterios, teniendo en cuenta que mientras más puntos de conexión se verifiquen, mayor sustento tendrá la declaratoria de competencia de un tribunal arbitral.

~ **La incorporación por referencia** puede ser utilizada como primer lineamiento. Recordemos que de conformidad con esta teoría, una parte queda vinculada a un convenio arbitral, así no lo haya suscrito, si el contrato que ha celebrado hace referencia a dicho convenio de manera que pueda derivarse la intención de quedar sujeto al mismo, siendo suficiente que quien suscriba un documento haga referencia al contenido de otro documento para vincularlo con el convenio arbitral pactado en el segundo, sin que sea necesaria una remisión expresa a la cláusula de arbitraje.

En este caso, se cumplen los requisitos para la aplicación de esta teoría en virtud de que el constituyente adherente no solo que hace referencia al contenido del contrato de constitución de fideicomiso mercantil, sino que además, por mandato normativo, acepta las disposiciones contenidas en el mismo. Es decir, existe una referencia al contrato que contiene el convenio arbitral, pero además una aceptación expresa de todas sus cláusulas.

De tal forma que, si bien aplica la teoría de incorporación por referencia, por cuanto se verifican sus requisitos, el nexo en cuanto al consentimiento se vuelve mucho más fuerte en el caso particular del constituyente adherente.

~ **La asunción de obligaciones** es un segundo lineamiento que debe ser considerado en este caso, toda vez que como se señaló en líneas anteriores, el constituyente adherente asume las obligaciones que en tal calidad le han sido atribuidas en el contrato de fideicomiso mercantil.

Esta asunción de obligaciones será evidenciada tanto en el contrato de adhesión al fideicomiso, mediante el cual el adherente acepta todas las disposiciones contenidas en el contrato de fideicomiso mercantil, sin distinción entre derechos y obligaciones asumidas; así como en la ejecución misma del contrato de fideicomiso, ello en virtud de que el constituyente adherente deberá cumplir por ejemplo con su aporte al fideicomiso, entre otras obligaciones, recordando que, con fundamento en el principio de buena fe, de la ejecución de un contrato se desprende la aceptación de su contenido.

~ Por último, considero que en razón de la especial calidad que ostenta el constituyente adherente al asumir una posición contractual, y en virtud de que de la normativa aplicable, se desprende el deber de aceptar las disposiciones contractuales del contrato que contiene el convenio arbitral, podríamos sostener incluso la presencia de una manifestación de consentimiento expresa de someterse al arbitraje pactado en el contrato de fideicomiso mercantil.

En este sentido nos encontraríamos frente a un caso que se deriva directamente de la aplicación del inciso segundo del Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación⁴³, lo cual evidencia

⁴³ Recordemos que el inciso segundo del Art. 5 de la LAM dispone que: “El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere”.

un vínculo aún mucho mas fuerte para determinar la arbitrabilidad subjetiva de la disputa en el caso objeto de análisis.

b) Lineamientos para analizar el alcance objetivo del convenio arbitral en la adhesión al fideicomiso mercantil:

Por su parte, para determinar el alcance objetivo, se deberá considerar que al ser el contrato de fideicomiso mercantil un contrato marco respecto de los adherentes –por las razones ya indicadas- se colige que la voluntad de las partes originarias del contrato es precisamente vincular a los otros contratos que permiten la implementación de alguna de las cláusulas del contrato normativo, como es el caso del contrato de adhesión al fideicomiso mercantil.

Es posible llegar a esta conclusión en virtud de la previsión necesaria que de conformidad con el literal d del Art.120 de la Ley de Mercado de Valores citado anteriormente, debe realizarse en el contrato de fideicomiso mercantil sobre la posibilidad de incluir a constituyentes adherentes, de tal forma que, de pactarse esta posibilidad en el contrato, inmediatamente surge una relación de subordinación entre el referido contrato y los instrumentos de adhesión que serán celebrados.

En este sentido, para poder determinar correctamente los lineamientos que deben ser utilizados para el alcance objetivo del convenio arbitral, es necesario remitirnos a los escenarios frecuentes del arbitraje multi-contractual que fueron estudiados en el capítulo segundo de esta tesis:

~ **Si el contrato de adhesión no contiene un convenio arbitral:** Este análisis se plantea en el caso de que el instrumento de adhesión omite determinar la forma de resolución de los conflictos derivados del referido instrumento, es decir, en caso de silencio respecto de la solución de controversias.

En este escenario, el punto de conexión que predominará en el análisis, será la naturaleza del fideicomiso mercantil como un contrato marco o normativo en relación a los contratos de adhesión al fideicomiso mercantil que se suscriban, teniendo en cuenta que este elemento es considerado como el factor principal para la determinación del alcance del convenio arbitral tanto en la doctrina como en la práctica respecto de aquellos arbitrajes donde se ven involucrados dos o más contratos, precisamente porque permite la constatación de la voluntad de las partes en armonía con el contexto de su realidad negocial, por lo que la voluntad de someterse a un arbitraje deberá ser analizada e interpretada en este mismo sentido.

Adicionalmente, otro elemento importante consiste en la voluntad de interrelacionar los contratos (el de constitución y el de adhesión) tanto por las partes que intervienen en la celebración del contrato de fideicomiso mercantil como de los constituyentes adherentes. Ello se colige en razón de los supuestos que ya fueron mencionados con anterioridad como lo son la aplicación del literal d del Art. 120 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero así como el Art. 115 del mismo cuerpo normativo, toda vez que de las referidas normas se desprende la necesidad de que ambas partes conozcan respecto de la existencia de ambos contratos y además acepten su contenido.

Por lo tanto, pretender desconocer los efectos de esta interrelación, conllevaría además el desconocimiento de la normativa aplicable al contrato de fideicomiso mercantil, lo cual de ninguna manera puede ser admisible al momento de discutir respecto de la competencia de un tribunal arbitral.

Por último, debe tenerse en cuenta que al ser este un caso de silencio respecto de la forma de resolución de conflictos en el contrato de adhesión, este silencio deberá ser interpretado en armonía con los elementos que hasta aquí se han analizado.

~ **Si el contrato de adhesión contiene un convenio arbitral:** A diferencia de lo que ocurre con el escenario analizado anteriormente, en este escenario no nos encontramos

frente al silencio respecto de la forma de resolver los conflictos en el instrumento de adhesión, sino que por el contrario, en este caso las partes han decidido optar por una acción positiva respecto de la solución de sus controversias, y así incluir en dicho instrumento un convenio arbitral.

En este sentido, no se puede hacer caso omiso a una disposición que ha sido expresamente incluida en un contrato, es por esta razón que la doctrina del Arbitraje Complejo plantea un análisis de compatibilidad en relación a los dos convenios arbitrales, para así poder concluir cual de ellos es el que puede surtir efectos en relación a una determinada controversia.

De tal forma que los lineamientos que deberán seguirse para solucionar este escenario, serán los siguientes:

- a) Si de los dos convenios arbitrales se desprende una redacción distinta, aquello no significa per se su incompatibilidad.
- b) La determinación de la incompatibilidad de las cláusulas evidenciará que la voluntad de las partes fue renunciar a la extensión del convenio arbitral contenido en el contrato marco.
- c) La incompatibilidad será verificada si existen diferencias respecto de aquellos elementos que pueden ser considerados como fundamentales en un convenio arbitral.
- d) A efectos de analizar si algún elemento es fundamental o no, deberá indagarse cual ha sido el “propósito dominante” de las partes al pactar el convenio arbitral contenido en el instrumento de adhesión, toda vez que este si se evidencia que dicho propósito dominante fue condicionar al arbitraje con aquellos elementos que no contiene el convenio pactado en el contrato marco, entonces estaríamos frente a un circunstancia en la que este convenio no podrá surtir efectos respecto del instrumento de adhesión, ya que aquello sería contrario a la voluntad de las partes.

~ **Si el contrato de adhesión contiene una cláusula de sometimiento a la justicia ordinaria:** En este escenario los puntos de conexión analizados anteriormente perderán fuerza. Tal como se estableció en el capítulo segundo de esta tesis, cuando se esté en presencia de un convenio arbitral contenido en un contrato marco (como lo es el contrato de constitución de fideicomiso mercantil) y una cláusula de sometimiento expreso a la jurisdicción ordinaria contenida en el contrato de implementación o subordinado (como lo es en este caso el instrumento de adhesión) la situación cambia y deberá entenderse que en el contrato subordinado las partes han optado por renunciar expresamente a la aplicación de los efectos del convenio arbitral pactado en otro u otros contratos pertenecientes al mismo grupo.

Debe tenerse en cuenta que este constituye uno de los presupuestos en los que el instrumento de adhesión, al igual que en el escenario anterior, también refleja una acción positiva de incluir una cláusula de resolución de controversias, y como tal debemos interpretar dicha expresión de voluntad, teniendo en cuenta también lo dispuesto en el Art. 1578 del Código Civil en cuanto a que “el sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de surtir efecto alguno”.

A mi criterio, este lineamiento debe ser necesariamente considerado para no caer en una aplicación desmedida, arbitraria, e indiscriminada del arbitraje, toda vez que aquello no solo sería ilegal sino además inconstitucional.

4.3. EL BENEFICIARIO EN EL CONTRATO DE FIDEICOMISO MERCANTIL: Análisis de la situación de tensión generada en razón del alcance del convenio arbitral al beneficiario que no comparece en la celebración del contrato.

i. Planteamiento de la situación de tensión:

Tal como se analizó en el capítulo precedente, el beneficiario es aquel sujeto de derecho que será el destinatario de los efectos de la consecución de la finalidad del contrato.

Sin perjuicio de ello, la participación del beneficiario en la celebración del contrato de fideicomiso mercantil no es un requisito para la formación y perfeccionamiento del referido contrato. En este sentido, como sucede en la mayoría de los casos, el beneficiario no concurrirá a la celebración del contrato de constitución de fideicomiso mercantil.

Adicionalmente, no solo que la voluntad del beneficiario no es un requisito para el perfeccionamiento del contrato, sino que además su voluntad tampoco será necesaria para la vigencia del mismo. Ello, en virtud de que de conformidad con el Art. 116 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero en el “evento de faltar o ante la renuncia del beneficiario designado y, no existiendo beneficiarios sustitutos o sucesores de sus derechos, se tendrá como beneficiario al mismo constituyente o a sus sucesores de ser el caso”; de tal forma que, la ley ha dispuesto una manera de subsanar la ausencia del beneficiario, evidenciando así que su consentimiento no es un elemento trascendental para la vigencia del contrato, toda vez que incluso sin este, el contrato seguirá surtiendo efectos jurídicos.

En tal virtud ¿alcanza el convenio arbitral pactado en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil al beneficiario de dicho contrato, pese a que este no comparece a su celebración, y pese a que su voluntad no constituye un elemento necesario para la vigencia del contrato?

Esta interrogante fue ya planteada en hojas anteriores, en la presente sección dareos respuesta a las mismas.

Para justificar la relevancia de tratar esta situación de tensión, es necesario tener presente que de conformidad con lo que analizamos en el capítulo precedente de esta tesis, con fundamento en la normativa aplicable, el beneficiario podrá iniciar acciones tanto en contra de la fiduciaria como en contra de los constituyentes.

Además, debemos recordar que es perfectamente viable que en un fideicomiso mercantil se determine la presencia de varios beneficiarios, por lo tanto, estas dos características, sumado al hecho de que uno de los objetivos de la doctrina del Arbitraje Complejo es determinar quien puede, o debe ser parte en un proceso arbitral, reflejan la necesidad de acudir a los postulados de esta doctrina, para resolver las cuestiones que puedan plantearse alrededor de la figura del beneficiario.

ii. Factores a considerarse a efectos de analizar la situación de tensión planteada:

En este escenario se deberán analizar los factores que inciden en la determinación del alcance subjetivo del convenio arbitral, sobre todo aquellos relacionados con la forma en la que interviene el beneficiario en el contrato de fideicomiso mercantil.

a) Status jurídico del beneficiario frente al contrato de fideicomiso mercantil: ¿Parte o tercero?

Antes de tratar respecto de si el beneficiario es o no parte del convenio arbitral, cronológicamente corresponde primero resolver si el beneficiario es o no parte del contrato, puesto que lo primero necesariamente incide en lo segundo.

La discusión es la siguiente, el concepto tradicional de parte contractual ha sido esbozado como aquel sujeto que interviene en la celebración de un determinado negocio jurídico, y en consecuencia, en palabras del autor de Carlos Miguel Ibáñez (2010), los efectos de un contrato se producen entre quienes se han puesto de acuerdo sobre la declaración de la voluntad común⁴⁴.

⁴⁴ En este mismo sentido se pronuncia Rene Abeliuk, quien sostiene que “son partes en un contrato quienes han concurrido a su celebración, personalmente o por intermedio de un representante legal o convencional. Todas las demás personas son terceros” (Abeliuk Manasevich, pag.78)

En este sentido, todo aquel que no hubiese concurrido a la declaración de la voluntad común de dicho contrato, será considerado como tercero ajeno a la relación jurídica contractual.

Precisamente, como ya lo mencionamos, el beneficiario respecto del contrato de fideicomiso mercantil, al no comparecer a la celebración del contrato, y al no ser su consentimiento imprescindible en la formación ni en la vigencia del mismo, ha generado el debate en relación a la pertinencia de considerar al beneficiario como parte del contrato de fideicomiso mercantil, o en su defecto considerarlo como un tercero a cuyo favor se realiza una estipulación.

Autores como Rodríguez Azuero (2005) sostienen que la estructura del fideicomiso mercantil evidencia la configuración de una estipulación a favor de tercero, que si bien la misma es legítima de conformidad con la legislación, su propia naturaleza implica mantener la postura de considerar al beneficiario como tercero y no como parte en el contrato.

Ello, en virtud de que cierto sector de la doctrina considera que si bien el beneficiario de la estipulación debe aceptar el beneficio que se le concede, sin embargo, “no es una aceptación contractual, ya que si lo fuera el beneficiario no sería un tercero sino, sino parte de un contrato plurilateral” (Ibañez, 2010, pag. 436).

Es en base a este mismo razonamiento que la doctrina considera que el beneficiario podrá exigir exclusivamente la prestación objeto de su beneficio, sin poder exigir ninguna disposición adicional pactada en el contrato entre el estipulante y promitente⁴⁵.

En este contexto, debo indicar que a nuestro criterio, las características propias del contrato de fideicomiso mercantil permiten colegir que si bien la estructura del objeto del

⁴⁵ Recordemos que en el capítulo segundo de esta tesis se estableció que los intervinientes en la estipulación a favor de tercero constituyen: promitente, estipulante, tercero beneficiario.

contrato implicará en *ultima ratio* una estipulación a favor de tercero, sin embargo, aquello no excluye la posibilidad de considerar al beneficiario como una verdadera parte contractual.

Para explicar lo indicado, en primer lugar, es preciso tener en consideración que en nuestra legislación el fideicomiso mercantil es un contrato nominado, y por tanto su contenido se encuentra regulado, en nuestro caso, en la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero.

Como contrato nominado que es, los derechos y obligaciones mínimos que se derivan del contrato son establecidos en el referido cuerpo normativo. De esta premisa es importante recalcar 2 situaciones:

La primera, que de la denominación del Capítulo II del Título XV del citado cuerpo legal, se desprende “De las obligaciones y derechos de las partes”, capítulo dentro del cual se encuentran los derechos y obligaciones de los beneficiarios.

La segunda, que de los derechos y obligaciones que la misma ley atribuye al beneficiario en su calidad, se coligen derechos que no se relacionan de manera exclusiva con la facultad del beneficiario de exigir la prestación objeto de su beneficio, sino que además se le atribuyen derechos que le permiten ostentar un rol activo no solo en lo que refiere a su prestación sino en el contexto del contrato en general, tales como solicitar la sustitución del fiduciario, exigir la rendición de cuentas, entre otros.

De tal forma que, en el caso ecuatoriano es la propia legislación la que atribuye la calidad de parte contractual al beneficiario del contrato de fideicomiso mercantil, en tal sentido, podemos concluir que el hecho de que el beneficiario no concurra a la celebración del contrato, si bien excluye la posibilidad de que el beneficiario constituya una parte *ad initio*, es decir al inicio del iter contractual, empero no excluye la posibilidad de que intervenga en las otras etapas de la vida del contrato.

Por último, cabe acotar además que si bien el consentimiento del beneficiario que haya sido designado en el contrato, no infiere en la vigencia del mismo, puesto que su falta, ya sea por renuncia u otra causa, no impide que el contrato siga surtiendo efectos, ello no es contradictorio con el hecho de que quien haya sido designado como beneficiario del contrato, y haya aceptado tal beneficio, sea verdaderamente parte contractual mientras permanezca vinculado al contrato.

b) Status jurídico del beneficiario frente al convenio arbitral: El convenio arbitral alcanza al beneficiario incluso en el supuesto de no ser considerado como parte contractual.

A todo evento, el beneficiario será parte del convenio arbitral, incluso en el supuesto de que se considere como tercero en el contrato de fideicomiso mercantil.

Si bien como lo indicamos ya, en nuestra opinión el beneficiario es parte del contrato, insistimos en ello en virtud de que para un gran sector de la doctrina se le debe considerar como tercero, razón por la cual su status jurídico podría seguir siendo objeto de discusión.

Por tal motivo, y en razón de que el presente trabajo busca precisamente establecer los criterios para resolver las situaciones de confrontación respecto del tema, a continuación expondremos los motivos por los que el beneficiario, a todo evento, debe ser considerado como parte del convenio arbitral pactado en el contrato de constitución de fideicomiso mercantil

Para llegar a esta conclusión, debemos remitirnos a la teoría de las partes no signatarias analizada en el capítulo segundo, toda vez que el beneficiario constituye un no signatario del contrato de constitución del fideicomiso mercantil que contiene el pacto arbitral.

En este sentido, el punto de conexión pertinente para determinar el alcance del convenio arbitral en este caso, constituye la teoría de la estipulación a favor de tercero.

Sin intención de redundar en las explicaciones ya realizadas en el capítulo segundo de esta tesis (sobre todo en virtud de que el presente tiene por objeto la aplicación de conceptos ya

esbozados), recordemos la premisa que fundamenta esta teoría: quien acepte un beneficio derivado de un contrato, aceptará también las cargas y obligaciones pactadas en relación con el beneficio que acepta.

Así, corresponde explicar la pertinencia de la teoría en base a un análisis comparativo de sus requisitos:

e) La presencia de la estructura subjetiva de una estipulación a favor de un tercero:

Este requisito se cumple por cuanto la estructura subjetiva de esta figura se encuentra conformada por el “estipulante” que en este caso sería el constituyente al ser quien contrata con con otro denominado “promitente, que sería la fiduciaria, para que se obligue a realizar una prestación a favor de un tercero quien será el “beneficiario”.

Debe tenerse en cuenta que si bien en el caso del fideicomiso mercantil esta relación de conformará en base a la formación de un patrimonio autónomo que será administrado por la fiduciaria, empero la estructura subjetiva y la dinámica de la relación sigue la misma lógica.

f) La aceptación del tercero del beneficio derivado de la estipulación:

Al ser este elemento lo que el citado Lopez de Zabalía denomina como “adhesión perfeccionante” es un requisito cuya constatación es fundamental a efectos de aplicación de la teoría, toda vez que no se puede obligar a nadie a aceptar un beneficio que no desea, así mismo, esta aceptación constituirá el elemento de conexión con la vinculación del convenio arbitral, puesto que solo a partir de tal aceptación los efectos del acuerdo arbitral le serán oponibles.

En este sentido el beneficiario deberá aceptar, ya sea de forma expresa o tácita el beneficio objeto del contrato de fideicomiso mercantil.

g) La verificación de un derecho de crédito a favor del tercero.

Este requisito esta definido en base a la posibilidad de exigir aquello que ha sido objeto de la estipulación a favor del beneficiario, toda vez que se requiere la presencia de un verdadero

derecho que ingrese al patrimonio del beneficiario y le permita por tanto accionar en contra de quien ha estipulado a su favor, para solicitar su cumplimiento.

En este sentido, en el caso del fideicomiso mercantil, se cumple este requisito toda vez que los derechos fiduciarios, consisten en aquellos derechos que se generan en razón de la relación jurídica personal, que deviene del contrato de fideicomiso mercantil, constituyendo derechos personales cuya titularidad la ostentará el beneficiario.

Adicionalmente la facultad de exigir tales derechos, se encuentra regulada en la misma norma, al regular dentro de los derechos del beneficiario el exigir el cumplimiento de la prestación.

h) La intención de las partes (estipulante y promitente) de vincular al beneficiario al convenio arbitral, cuya determinación se realizará en base a la buena fé.

Este requisito será la consecuencia de los anteriores. Se entenderá que hubo tal intención si las partes no excluyen al beneficiario del ámbito del convenio arbitral pactado en el contrato de constitución de fideicomiso mercantil.

A nuestro criterio, la exclusión en este caso debe ser expresa, toda vez que si no se realiza ninguna precisión respecto de excluir del arbitraje al beneficiario, entonces deberá entenderse que el mismo aplica a todas las controversias que puedan surgir en torno a la relación jurídica que se conforma, incluyendo en ellas la relación con el beneficiario, toda vez que la exigibilidad de su derecho (en caso de una controversia) debe ser realizada en la forma en la que las partes han determinado para resolver las controversias suscitadas.

En este contexto, es procedente la aplicación de la teoría de las partes no signatarias al presente caso, en consecuencia, el alcance del convenio arbitral podrá ser determinado con fundamento en la misma.

iii. Soluciones a la situación de tensión planteada: Lineamientos que deben considerarse a efectos de determinar el alcance del convenio arbitral respecto del beneficiario en un contrato de fideicomiso mercantil.

A manera de corolario, los lineamientos para determinar el alcance subjetivo del convenio arbitral en la situación de tensión planteada son fundamentalmente los siguientes:

- a) Si se considera al beneficiario como *parte* del fideicomiso mercantil, entonces, no existirá mayor problema el calificarlo también como parte del convenio arbitral.
- b) En el supuesto de que se le considere como *tercero*, entonces el alcance del convenio arbitral deberá ser determinado en virtud de la premisa de la teoría de las partes no signatarias, en base a lo expuesto en el numeral anterior.
- c) Respecto del requisito expuesto en relación a la intención de incluir al beneficiario en el convenio arbitral por parte de quienes comparecen a la suscripción del contrato de fideicomiso mercantil, deberá ser determinado en base al texto del convenio arbitral, para tal efecto se considerará que no hubo intención de incluir al beneficiario en el ámbito del convenio arbitral, únicamente cuando se verifique una exclusión expresa del mismo.

4.4. EL FIDEICOMISO MERCANTIL COMO UN MECANISMO PARA INSTRUMENTAR UN PROYECTO INMOBILIARIO: Las situaciones de tensión generadas en el análisis del alcance del convenio arbitral en las relaciones que se crean a consecuencia de la estructura de un proyecto inmobiliario.

i. Planteamiento de la situación de tensión:

Las características del contrato de fideicomiso mercantil, le han permitido posicionarse como una figura idónea para canalizar proyectos y negocios.

“El fideicomiso como cualquier vehículo apto para desarrollar negocios, debe valorarse en un sentido dinámico y como un medio flexible y necesario para la instrumentación de una amplia gama de posibilidades”. (Molina, 2009, pag.449)

Así, se ha observado una predilección por instrumentar proyectos a largo plazo a través de los contratos de fideicomiso mercantil, al ser una figura que permite asegurar que el destino de los bienes sea dirigido al cumplimiento de la finalidad pretendida.

Por lo general el desarrollo de un proyecto requerirá la ejecución de distintas etapas o fases que le permitan concluir de manera eficiente, llegando al objetivo pretendido por las partes integrantes.

En este sentido, en la mayoría de casos, para lograr el objetivo pretendido por las partes, no será suficiente la suscripción de un solo contrato, sino que será necesaria la celebración de varios negocios jurídicos que permitan asegurar adecuadamente el cumplimiento de las distintas fases de un proyecto.

En este contexto, es perfectamente viable, con fundamento en la autonomía de la voluntad de las partes, que se utilicen varias figuras contractuales relacionadas al contrato de fideicomiso mercantil. Así como también es procedente la celebración de varios contratos de fideicomiso mercantil para desarrollar un proyecto.

En este escenario pueden confluir una mezcla de los distintos tipos de fideicomisos mercantiles que reconoce nuestra legislación, según sea el más conveniente para los intereses de las partes.

En adición a ello, que el fideicomiso mercantil sea dotado de personalidad jurídica, le permite que participe como parte contractual en la celebración de otros negocios jurídicos, siendo posible además que participe como constituyente o beneficiario en otros fideicomisos mercantiles que sean celebrados, recordemos que aquello se encuentra expresamente

reconocido en el Art. 115 de la Ley de Mercado de Valores contenida en el Libro II del Código Orgánico Monetario y Financiero.

Para efectos del análisis de esta sección, consideramos pertinente analizar el siguiente ejemplo práctico, consistente en un esquema contractual de un proyecto inmobiliario suscitado en la ciudad de Cuenca-Ecuador. En virtud de la confidencialidad que debe mantenerse respecto de este caso no se revelarán los nombres de las partes, empero vale aclarar que los datos fueron obtenidos de una recopilación de información realizada en un estudio jurídico de la ciudad de Cuenca.

El esquema contractual fue el siguiente:

La compañía A, compañía B y compañía C constituyen un fideicomiso mercantil inmobiliario denominado “Fideicomiso Mercantil ABC”, con el objeto de desarrollar un proyecto de construcción de un hotel, siendo los mismos constituyentes los beneficiarios del contrato.

El objeto de este fideicomiso consiste en la ejecución de: i) la primera etapa de construcción, en la cual las instrucciones a la fiduciaria se dirigen con el objetivo de construir el edificio en un lote de terreno que para el efecto será adquirido; y ii) la etapa de administración, que será desarrollada posterior a la construcción del edificio, para lo cual el fideicomiso mercantil se convertirá en uno de administración (ello se desprende de lo pactado por las partes); iii) luego del cumplimiento de las obligaciones adquiridas para el proyecto, se procedería con la liquidación del fideicomiso, la cual se concreta con la entrega de los beneficios correspondientes.

Al concurrir en A,B,C la calidad de constituyentes y beneficiarios, se pactó en el contrato que los beneficios que se recibirían al momento de la liquidación del fideicomiso, se les entregará a prorrata de sus aportes.

En este contrato de fideicomiso mercantil se pactó un convenio arbitral.

La mismas compañías A y B (constituyentes y beneficiarias en el fideicomiso descrito anteriormente) en calidad de beneficiarias del “Fideicomiso Mercantil AB” constituyeron un fideicomiso mercantil en garantía denominado “Fideicomiso Mercantil G1”

Este fideicomiso fue constituido con la finalidad de garantizar operaciones de crédito otorgadas a favor del FMABC por una institución financiera X, realizadas con la finalidad de obtener financiamiento para el desarrollo del proyecto inmobiliario.

Es decir, la estructura subjetiva del Fideicomiso Mercantil GI la conforman: Compañías A y B como constituyentes, el FMABC en calidad de deudor, la fiduciaria designada, y la institución financiera X.

En este fideicomiso los constituyentes A y B aportaron sus respectivos derechos fiduciarios en el “FMABC”, es decir, el patrimonio autónomo del “Fideicomiso Mercantil G1” está conformado por los derechos fiduciarios del “FMABC”.

En el contrato de fideicomiso se pactó que de incumplirse con la obligación crediticia contraída por el FMABC, se realizaría la cesión de derechos fiduciarios aportados al patrimonio autónomo, a favor de la institución financiera X, cesión que debía ser realizada de conformidad con el avalúo patrimonial del fideicomiso FMABC con corte al último período.

En este contexto, a continuación se plantean como situaciones de tensión a ser analizadas, dos escenarios derivados del esquema contractual antes indicado, sobre los cuales se pretenderá esbozar los lineamientos para analizar el alcance del convenio arbitral en cada uno de ellos.

a) Escenario uno:

En caso de que se realice un préstamo de dinero por parte del Constituyente A y el fideicomiso FMABC, con la finalidad de obtener recursos para el cumplimiento de la finalidad contractual, de suscitarse una controversia en relación al contrato de préstamo, ¿alcanzan los efectos del convenio arbitral pactado en el contrato de constitución del

fideicomiso mercantil FMABC a la controversia suscitada en razón del contrato de préstamo?

b) Escenario dos:

En caso de suscitarse una controversia derivada del fideicomiso mercantil en garantía G1, relacionado con la ejecución de dicha garantía, ¿es posible que el convenio arbitral pactado en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil FMABC produzca efectos respecto del fideicomiso mercantil en garantía G1?

ii. Análisis del primer escenario: El alcance del convenio arbitral contenido en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil al contrato de mutuo celebrado entre el constituyente y el fideicomiso mercantil:

a) Factores a analizarse para determinar el alcance del convenio arbitral en el escenario planteado:

Al constatar la presencia de dos contratos, el alcance del convenio arbitral en este escenario deberá ser determinado de conformidad con los elementos planteados por la doctrina del arbitraje *multi contract*. Para tales efectos, veremos si en este caso se pueden verificar los elementos de la coligación o conexidad contractual planteados como factores de aplicación del arbitraje *multi contract*.

~ El contrato de mutuo y el contrato de fideicomiso mercantil forman parte del mismo negocio subyacente:

Si se adoptaría la noción del contrato asilado, el contrato de mutuo no sería sino un contrato aislado al contrato de fideicomiso mercantil, pues, su existencia y validez en nada se relacionan con el contrato de fideicomiso mercantil.

Sin embargo, desde la interpretación sistémica de las relaciones negociales, cuya procedencia sostenemos, entre el fideicomiso mercantil y el contrato de mutuo puede verificarse

una relación contractual coligada, que a su vez podría permitir que el convenio arbitral pactado en uno de ellos surta efectos respecto de ambos contratos. Las consideraciones para ello son las que se explican a continuación.

En el capítulo segundo se estableció que uno de los elementos que pueden servir como factor de conexión entre un contrato y un convenio arbitral pactado en otro contrato, constituye precisamente la realidad negocial supra contractual subyacente entre los dos contratos en cuestión. Empero ¿en que consiste esta realidad negocial supra contractual?

Respecto de este concepto, someramente se advirtió ya en el capítulo precedente, no obstante, es pertinente realizar algunas precisiones más concretas. El Dr. Ernesto Rengifo (2015), sostiene que si bien todo contrato tiene su propia causa, es la suma de las causas en un determinado grupo de contratos, lo que evidencia una “supra causa” que a su vez permite que el fin último del contrato se cumpla.

El autor Piero Francisco Ríos indica que esta finalidad supra contractual en los contratos esta determinada por la función teleológica del negocio que determina un propósito práctico común entre los sujetos de una relación jurídico obligatoria, especificando la utilidad del negocio y la correlativa satisfacción de los intereses.

Es decir, se refiere a una causa que no depende de los intereses propios de cada parte, sino que obedece a la utilidad que puede reflejar una determinada operación económica subyacente en los contratos que se analizan.

Vale aclarar que esta causa teleológica, se distingue de la causa fin y causa eficiente, que sirven para determinar los requisitos de existencia y validez de un acto jurídico, y ello tiene su lógica en virtud de que esas concepciones de la causa se utilizan para un análisis inter-contractual y no supra contractual, como lo es el que se pretende

En este contexto, el autor Mario Carregal (2008), sostiene que “cualquier fideicomiso es una estructura de protección para un negocio que no sea el fideicomiso mismo” (Carregal, 2008, pag. 379).

Es decir, parte de la naturaleza propia de cada fideicomiso mercantil consiste en la protección de un negocio determinado cuyo desarrollo y consecución constituirá el interés de las partes que deciden celebrar el referido contrato.

En este sentido, si bien en todo contrato de fideicomiso mercantil se verifica la presencia de un negocio subyacente, en el caso particular del fideicomiso mercantil inmobiliario, a decir del citado autor, los negocios más frecuentes que subyacen a la formación del contrato son los siguientes:

- ~ Venta de un terreno cuyo precio fijo será pagado prioritariamente al vendedor con los ingresos que se obtengan de la enajenación de las unidades.
- ~ Aporte al fideicomiso de un terreno para participar en un proyecto inmobiliario.
- ~ Negocio en participación entre personas que se han comprometido a aportar fondos para la compra de un terreno y construcción de un edificio o proyecto para participar en los resultados que se obtengan.

En el escenario objeto de análisis, el negocio subyacente que se verifica es el tercero, toda vez que los constituyentes han aportado sumas de dinero al fideicomiso mercantil FMABC, respecto del cual, al momento de la liquidación del fideicomiso, serán beneficiarios a prorrata de sus aportes.

En este sentido, queda claro que el negocio que se encuentra por debajo del contrato del fideicomiso mercantil FMABC está determinado por el desarrollo de un proyecto de construcción y la participación en los resultados que del mismo se obtengan.

Por su parte, si bien el contrato de mutuo, que de conformidad con el Art. 2099 del Código Civil consiste en el préstamo de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas de la

mismo género y cantidad, puede verse como un contrato autónomo e independiente, el contexto en el que fue celebrado no le permite ser considerado como un contrato aislado.

Debemos tener en cuenta que la finalidad de financiamiento, que en este caso fue determinante para la celebración del contrato de préstamo, necesariamente vincula al contrato de mutuo con el cúmulo de contratos que sirven para el cumplimiento de una misma finalidad negocial: el desarrollo del proyecto de construcción.

En esta línea, al igual que el fideicomiso mercantil, podemos decir que el negocio que subyace de la celebración del contrato de préstamo es el financiamiento del mismo negocio que subyace en el contrato de fideicomiso mercantil.

De tal forma que, encontramos dos contratos autónomos, heterogéneos, cada uno con sus requisitos de existencia y validez propios; sin embargo, ambos obedecen a la misma realidad negocial que motivó a la celebración del fideicomiso mercantil inmobiliario en primer término, y luego a la celebración del contrato de préstamo.

Esta coligación de ambos contratos se encuentra prevista también por la normativa aplicable, toda vez que en el inciso cuarto del Art. 30 de la Codificación de Resoluciones de la Junta de Política Monetaria y Financiera dispone:

“Sin perjuicio de la obligación que tienen los fideicomitentes de aportar el dinero para la compra del terreno sobre el que se va a desarrollar el proyecto inmobiliario o de aportar el o los inmuebles u otros bienes para el mismo fin, los fideicomitentes podrán conceder préstamos o mutuos al fideicomiso para el desarrollo del proyecto inmobiliario”

Es decir, en concordancia con el criterio expuesto en líneas anteriores, de conformidad con la norma existe una interrelación entre el contrato de préstamo y el contrato de fideicomiso mercantil con fundamento en el financiamiento del proyecto del cual tanto el constituyente como la fiduciaria son parte. De tal forma que este vínculo establecido por la norma refleja a

su vez que el mutuo sirve para el financiamiento del proyecto determinado en el contrato de fideicomiso mercantil, y en tal sentido le sirve para el cumplimiento de su realidad negocial subyacente.

En consecuencia, de ello, podemos concluir que la función del contrato de préstamo y su finalidad, son dependientes de la realidad negocia impuesta por contrato de fideicomiso mercantil, de tal forma que su funcionamiento estará estrictamente vinculado con el funcionamiento del contrato que le sirvió de fuente para su creación.

En tal virtud, puede afirmarse que desde una visión sistémica de los contratos, ambos son necesarios para hacer efectiva la operación económica que cubre la finalidad negocial subyacente.

~ **La voluntad de las partes de interrelacionar los contratos:**

Si bien en el escenario analizado se verifica la presencia de una coligación necesaria de los contratos, la cual procede en razón de su naturaleza y finalidad teleológica, que puede a su vez ser constatada independientemente del análisis que pueda realizarse respecto de la voluntad de las partes de interrelacionar los contratos; no obstante, en el referido escenario también se constata la presencia de la voluntad de las partes de interrelacionarlos.

Ello se desprende de la calidad que ostentan los comparecientes de ambos contratos, en tanto y en cuanto les permite conocer la finalidad que inspira el negocio subyacente al contrato de fideicomiso mercantil y en consecuencia la funcionalidad del contrato de préstamo celebrado en dichas condiciones.

Para explicar de mejor manera este punto, debemos tener en cuenta que el contrato de préstamo es celebrado con el constituyente del fideicomiso mercantil, el cual si bien celebra el contrato de préstamo en calidad de mutuante, ello no lo desvincula de su calidad de constituyente, sobre todo en el contexto en el que se celebró el contrato.

Adicionalmente, como solicitante del crédito se encuentra la fiduciaria en calidad de representante y vocera del patrimonio autónomo, que si bien tiene personalidad jurídica propia, sigue siendo la entidad que se crea como consecuencia de la celebración del contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario.

En este sentido, la voluntad de las partes de interrelacionar los contratos debe ser determinada y deducida en base a dos premisas fundamentalmente:

- ~ Las calidades que ostentan las partes que les permiten tener pleno conocimiento del contexto en el que se celebra el contrato de préstamo.
- ~ El principio de buena fé contractual impide que las partes vayan en contra de sus actos propios, y aleguen desconocimiento de lo que conlleva obligarse en una u otra calidad.

Es pertinente esta explicación, en virtud de que una de las críticas a la teoría de la conexidad y coligación contractual, se realiza en virtud de que no en todos los casos se podrá afirmar que una parte integrante de un contrato que pertenece a su vez a un grupo de contratos con la misma realidad negocial (como ocurre en el presente caso) conoce efectivamente que el contrato que celebra pertenece a dicho grupo de contratos. En tal razón, la verificación de este desconocimiento dificultaría la aplicación de esta teoría.

Por último, sin perjuicio de lo expuesto, vale hacer mención al hecho de que la práctica común respecto de la celebración de estos contratos, ha demostrado la presencia de una cláusula de “Antecedentes” o “Considerandos” estipulada en los contratos para efectos de poder conocer la intención de las partes de celebrar un determinado negocio jurídico. No obstante, esta cláusula puede o no estar pactada en el contrato, ello dependerá de diversos factores que exceden los límites del presente trabajo, empero, vale la pena tener en consideración este hecho toda vez que de verificarse, constituiría un punto de conexión adicional, puesto que reflejaría de manera expresa la voluntad de interrelacionar ambos contratos.

b) Lineamientos que deben seguirse para analizar el alcance del convenio arbitral contenido en el contrato de constitución del fideicomiso mercantil al contrato de mutuo celebrado entre las partes:

En virtud de que como lo dijimos ya en líneas anteriores, el alcance del convenio arbitral dependerá de los puntos de conexión que se encuentren entre un determinado supuesto de hecho y un convenio arbitral. En el presente escenario analizado, los puntos de conexión verificados son los siguientes:

- a) La interrelación necesaria entre el contrato de préstamo y el contrato de fideicomiso mercantil basada en el proyecto inmobiliario como negocio subyacente al contrato de fideicomiso mercantil.
- b) La voluntad de interrelacionar los contratos basada en el principio de buena fé como elemento determinante al momento de atribuir a los comparecientes la obligación de mantener coherencia con sus actos, el cual impide que alguna de ellas alegue desconocimiento de los efectos que el un contrato produce respecto del otro.

De tal forma que la verificación de los dos puntos de conexión mencionados nos da el siguiente resultado en relación con el alcance del convenio arbitral.

i. Lineamientos para determinar el alcance subjetivo:

- ~ Podemos concluir que en cuanto al ámbito subjetivo debe estarse al principio básico en relación a que los comparecientes de ambos contratos son partes del convenio arbitral por cuanto son partes del contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario que lo contiene.

ii. Lineamientos para determinar el alcance objetivo:

- ~ El alcance objetivo del convenio arbitral estará determinado en base a la coligación contractual, tanto necesaria como voluntaria, de tal forma que se cumple con uno de los

presupuestos de la doctrina del arbitraje complejo para que un convenio arbitral contenido en un contrato surta efectos respecto de otros contratos que no lo contienen.

iii. Análisis del segundo escenario: El alcance del convenio arbitral contenido en el contrato de fideicomiso mercantil inmobiliario al fideicomiso mercantil en garantía.

a) Factores a analizarse a efectos de determinar el alcance del convenio arbitral en la situación de tensión planteada:

En este escenario, la labor de interpretación de la voluntad de las partes en razón del principio de buena fé contractual jugara un papel muy importante. Recordemos que de conformidad con la doctrina del Arbitraje Complejo, una de las clases de coligación contractual es la que deviene de la voluntad de las partes de interrelacionar los contratos, para lo cual se deberán analizar aquellas circunstancias que permitan colegir si de conformidad con el principio de buena fé existe o no coligación o conexidad contractual.

A continuación se esbozarán tales elementos.

~ **La forma de ejecutar la garantía como el elemento fundamental en el contrato de fideicomiso mercantil en garantía.**

En el capítulo precedente de esta tesis se expusieron los elementos que conforman el denominado fideicomiso mercantil en garantía. Entre estos elementos, indicamos que una de las características fundamentales que envuelven esta figura consiste en la extrajudicialidad, toda vez que la misma permitirá que la ejecución de la garantía establecida en el contrato la pueda realizar directamente el fiduciario al constatar la verificación de la condición que permite dar inicio con la ejecución del fideicomiso mercantil.

Esta posibilidad distingue a la fiducia en garantía de las otras formas tradicionales, por llamarlas de alguna manera, que permiten asegurar el cumplimiento de una obligación. De esta

manera, es evidente que el acreedor que consiente en que su obligación sea garantizada con un fideicomiso mercantil en garantía, consiente y está de acuerdo con la forma en la que dicha garantía habrá de ejecutarse en caso de incumplimiento por parte del deudor.

Así, tanto la obligación como la garantía deberán estar claramente establecidas en el contrato de fideicomiso mercantil, a efectos de que la ejecución de la misma no se vuelva ineficaz.

En virtud de lo dispuesto en el inciso tercero del numeral 1 del Art. 17 de la Codificación de las Resoluciones de la Junta de Política Monetaria y Financiera, el acreedor deberá manifestar expresamente la conformidad con los bienes que son aportados al fideicomiso para cubrir las obligaciones. La referida norma dispone que:

“Para la constitución del fideicomiso en garantía, la fiduciaria debe recibir por escrito la conformidad del acreedor sobre los bienes aportados al fideicomiso y sobre su valoración. En caso de no recibir por escrito esta conformidad, el fiduciario inmediatamente debe liquidar el fideicomiso”.

En este contexto, la seguridad que mantiene al acreedor al ser beneficiario en un fideicomiso mercantil en garantía, se resume en la forma en la que ejecutará dicha garantía, la cual se encuentra debidamente protegida por el fideicomiso.

De tal forma que podemos concluir que el elemento fundamental en el fideicomiso mercantil de garantía constituye la forma extrajudicial de ejecutar dicha garantía, sobre la cual el acreedor centrará su interés en el contrato.

~ **Una obligación garantizada con derechos fiduciarios permite que el garantizado conozca que un determinado patrimonio autónomo producirá efectos en su esfera jurídica.**

Ahora bien, en el caso analizado, los constituyentes del referido fideicomiso mercantil en garantía G1, aportaron al patrimonio autónomo sus derechos fiduciarios que les

corresponden en el fideicomiso mercantil inmobiliario FMABC. Así, se pactó que la forma de ejecución de la garantía consiste en la cesión de los derechos fiduciarios aportados, a favor del acreedor.

Vale indicar, que los aportes al fideicomiso mercantil en garantía, podrán ser de diversa índole en virtud de que nuestra legislación no limita el tipo de bienes que pueden formar parte del patrimonio autónomo, siendo plenamente viable el aporte de bienes incorporales.

Sin perjuicio de aquello, la obligación garantizada con derechos fiduciarios implica un análisis particular, toda vez que su ejecución conllevará que el acreedor se convierta en parte del fideicomiso mercantil inmobiliario, pues ese será el efecto de la cesión de derechos que se concrete en caso de incumplimiento.

Adicionalmente, en el caso analizado, se pactó que la cesión de derechos fiduciarios se la realizaría con base en el avalúo del patrimonio autónomo del fideicomiso mercantil inmobiliario FMABC, ello de conformidad con lo dispuesto en el inciso cuarto del numeral 1 del Art. 17 de la Codificación de las Resoluciones de la Junta de Política Monetaria y Financiera.

“En el contrato puede establecerse que la fiduciaria practique o contrate avalúos periódicos de los bienes en garantía, a fin de mantener actualizado su valor comercial” Aquello es lógico, puesto que el resultado del avalúo permitirá conocer si los bienes aportados al fideicomiso mercantil en garantía cubren o no la totalidad de la deuda, es decir, permitirá la constatación de la satisfacción de la obligación garantizada.

En este esquema, que la determinada obligación haya sido garantizada con derechos fiduciarios, implica fundamentalmente dos circunstancias en relación con el contrato de fideicomiso mercantil FMABC:

- a) Que el acreedor conozca y consienta que el contrato de fideicomiso mercantil FMABC produciría efectos sobre su esfera jurídica, en tanto y en cuanto ese consiste en su interés al aceptar dicha garantía.
- b) Un interés directo sobre el patrimonio autónomo de dicho fideicomiso.

En consecuencia, del escenario se desprende la clara voluntad de todas las partes que intervienen en la celebración del fideicomiso mercantil en garantía, de interrelacionar ambos contratos. Incluso podría decirle que de los tres escenarios analizados posiblemente este consista el más claro ejemplo de coligación de contratos por voluntad de las partes, toda vez que por un lado los constituyentes y la fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo, consienten en vincular ambos contratos al constituir la garantía para el aseguramiento del crédito concedido por el acreedor, y por otra parte este último consiente en interrelacionar los contratos al aceptar que su crédito sea garantizado con derechos fiduciarios en el patrimonio autónomo del fideicomiso FMABC.

b) Soluciones a la situación de tensión: Lineamientos para analizar el alcance del convenio arbitral al contrato de fideicomiso mercantil en garantía.

En este escenario se han verificado los supuestos de una interrelación voluntaria de contratos, toda vez que del caso se desprenden ciertos elementos que, con fundamento en la buena fé, deben ser entendidos como conocidos por las partes, y es en este sentido que se verifica la voluntad de interrelacionar los contratos.

En sentido, podemos concluir que los lineamientos para determinar el alcance del convenio arbitral son los siguientes:

i. Lineamientos para determinar el alcance subjetivo:

- ~ La incorporación por referencia podrá ser utilizada en la medida en la que el contrato de fideicomiso mercantil de garantía se refiere al contrato de fideicomiso mercantil

FMABC. Aquello se podría evidenciar del la cláusula en la que se pacta la ejecución de la garantía.

~ Podría aplicarse también la doctrina de los actos propios en el sentido de que las partes no podrán desconocer aquello que en virtud del principio de buena fé debe entenderse conocido por las partes.

ii. *Lineamientos para determinar el alcance objetivo:*

~ En este caso, estamos ante la presencia de una coligación contractual determinada por la voluntad de las partes de relacionar los contratos, la cual constituye uno de los elementos que según el arbitraje *multi contract* determina el alcance del convenio arbitral.

4.5. Consideraciones finales:

El desarrollo del presente capítulo confirma una premisa planteada en líneas anteriores: el alcance del convenio arbitral debe ser determinado de conformidad con la naturaleza de la relación jurídica sobre la cual verse la discusión.

Se ha podido evidenciar que en el contexto del contrato de fideicomiso mercantil, son varios los elementos o puntos de conexión que pueden ser verificados entre las situaciones de hecho originadas con causa en el contrato de fideicomiso mercantil, y el convenio arbitral pactado en el contrato de constitución del fideicomiso.

En la primera situación de tensión planteada, hemos podido observar que en razón de la naturaleza del contrato de fideicomiso mercantil, respecto de los instrumentos de adhesión que se celebren en relación al mismo, el convenio arbitral pactado en el referido contrato alcanza y produce efectos respecto de los contratos de adhesión al fideicomiso.

Hemos podido también verificar que si bien puede generarse una discusión respecto de la aplicación del Arbitraje Complejo en razón de las limitaciones que pueden imponer nuestra

legislación a los contrato de adhesión, empero existen razones fundamentadas para concluir que no constituyen un impedimento a la aplicación de la teoría.

En el segundo escenario analizado, hemos podido verificar que, el beneficiario, pese a no comparecer a la celebración del contrato de constitución del fideicomiso mercantil, y pese a la discusión doctrinaria que exista sobre el tema, puede ser efectivamente considerado parte del contrato. Sin perjuicio de ello, a todo evento, verificamos la posibilidad de vincular al beneficiario con el convenio arbitral con fundamento en la teoría de las partes no signatarias que fue debidamente expuesta.

En el tercer escenario, hemos visto como el desarrollo de un proyecto, a través de un contrato de fideicomiso mercantil, puede generar situaciones que ameriten la aplicación del arbitraje *multi contract* si se verifica la presencia de un convenio arbitral en el contrato de constitución del fideicomiso.

Así, hemos visto que puede aplicarse la figura de la coligación y conexidad contractual en aquellos contratos que se celebren en razón de la consecución de la finalidad del fideicomiso.

Especial mención vale realizar respecto de la posibilidad de verificar la intención de las partes de interrelacionar los contratos, la cual se desprende de la naturaleza del contrato que celebran y sobre todo de aquellas situaciones que en base al principio de buena fé contractual deben entenderse conocidas por las partes.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

i. Conclusiones generales:

1. En el arbitraje, la resolución respecto de la competencia del tribunal arbitral constituye uno de los actos procesales de mayor transcendencia. En virtud de las características y principios que rigen el sistema arbitral, esta resolución deberá ser tomada con fundamento en el convenio arbitral, el cual a su vez constituye el cause originario del sistema.
2. La resolución de competencia, es una decisión que deberá tomar el tribunal arbitral con el afán de responder a las interrogantes de ¿quiénes deben ser parte del arbitraje? y ¿que asuntos se deben ventilar en el proceso arbitral?. Para lo cual deberá proceder con el análisis del alcance subjetivo y objetivo del convenio arbitral, toda vez que el origen voluntario del arbitraje constituye un límite al actuar de los árbitros.
3. De tal forma que se deberá verificar una identidad entre lo que se pretende someter al arbitraje en un determinado proceso y lo que realmente las partes sometieron al arbitraje, así mismo debe constatarse una paridad entre quienes pretenden iniciar un arbitraje y quienes realmente son parte del convenio arbitral, ello a efectos de constatar la obligatoriedad personal y material de la controversia.
4. Si bien la constatación del alcance subjetivo y objetivo del convenio arbitral es una labor que en cualquier proceso arbitral ameritará de un análisis pormenorizado de las situaciones de hecho que se pretendan poner a conocimiento de los árbitros, en los casos en que la litis se pretenda conformar por más de dos partes, o que tenga por objeto dos o más relaciones

jurídicas, la resolución respecto de la competencia ameritará un análisis más detallado y preciso respecto del tema.

5. La doctrina del arbitraje complejo determina los lineamientos y criterios que deben tenerse en consideración al momento de analizar al alcance del convenio arbitral, en aquellos casos en los que *prima facie* no resulta tan claro quienes son parte del convenio arbitral y que relaciones jurídicas las partes han decidido someter al arbitraje.
6. El primer lineamiento jurisdiccional propuesto por el arbitraje complejo para determinar el alcance subjetivo del convenio arbitral se desprende de la necesidad de distinguir entre quienes han suscrito o firmado el documento que contiene el convenio arbitral, de quienes han consentido en ser parte del mismo. La firma no constituye un requisito para la formación del consentimiento de arbitraje sino una manera más de probar el mismo.
7. El arbitraje es consensual, por lo tanto los efectos del convenio arbitral alcanzan a quienes lo han consentido. Por lo que el primer objetivo de la doctrina del arbitraje complejo consiste en la verificación del alcance subjetivo del convenio arbitral, en base a la determinación de la voluntad real de los contratantes. Para ello se plantea varias teorías y doctrinas cuya finalidad en *ultima ratio* consiste en la determinación del consentimiento al arbitraje.
8. El segundo objetivo de la doctrina del arbitraje complejo consiste en determinar las soluciones que pueden plantearse a efectos de determinar el alcance objetivo del convenio arbitral en aquellos casos en los que se ven involucrados dos o más contratos. Los postulados de esta doctrina permiten concluir que el alcance objetivo del convenio arbitral

debe ser determinado en base a la naturaleza de los contratos cuyo alcance se analice, teniendo en cuenta que la voluntad de las partes puede verse reflejada en base a la realidad negocial que subyace en cada negocio jurídico.

9. Así, se ha podido constatar que la doctrina del arbitraje complejo plantea soluciones que se derivan del desarrollo de los principios de buena fé contractual, autonomía de la voluntad y libertad de contratación, así como de las formas en las que el consentimiento como elemento esencial del acto jurídico puede ser determinado. Todas ellas se encuentran en armonía con la legislación ecuatoriana, en virtud de que nuestro ordenamiento jurídico protege los mismos principios y fundamentos expuestos por la referida teoría.

10. Se ha podido observar que el consentimiento al arbitraje, tanto en el ámbito del alcance subjetivo como objetivo, se aleja de ser una fórmula matemática de la cual se pueden sacar conclusiones invariables para todos los casos. El consentimiento como piedra angular del arbitraje habilita que el intérprete realice sus mejores esfuerzos en indagar cual ha sido la verdadera voluntad de los contratantes al momento de celebrar un determinado acto jurídico.

ii. Conclusiones específicas:

11. La aplicación de la doctrina del arbitraje complejo en el contexto del contrato de fideicomiso mercantil, puede realizarse en virtud de que este contrato por sus características y naturaleza, es un contrato susceptible de ser fuente de relaciones jurídicas complejas. Tanto el análisis de su estructura subjetiva como objetiva permiten colegir un sin número de escenarios complejos que puede acarrear la conjugación de sus elementos.

12. Los parámetros de aplicación y lineamientos que deben seguirse a efectos de analizar el alcance del convenio arbitral contenido en un contrato de fideicomiso mercantil, se encuentran establecidos con fundamento en la naturaleza del contrato, la cual permite evidenciar puntos de conexión entre una determinada situación de hecho y u convenio arbitral.

13. La determinación del alcance del convenio arbitral, si bien dependerá necesariamente de la lectura del texto del convenio arbitral, existen ciertos factores externos al mismo que también inciden en la lectura que pueda dársele a un determinado pacto arbitral. Lo que se ha estudiado a lo largo de esta tesis son precisamente aquellos factores que deben incidir en la determinación del alcance del convenio arbitral, incluso de manera independiente a la lectura que se realice del texto del convenio.

14. En los tres escenarios planteados como objeto de análisis se ha podido constatar la posibilidad de aplicación de la doctrina del Arbitraje Complejo, al verificar los puntos de conexión necesarios para su aplicación.

15. En relación con la adhesión al contrato de fideicomiso mercantil, hemos podido observar que en razón de la naturaleza del contrato, respecto de los instrumentos de adhesión que se celebren en relación al mismo, el convenio arbitral pactado en el referido contrato alcanza y produce efectos respecto de los contratos de adhesión al fideicomiso, toda vez que la relación que se verifica entre ellos es la de un contrato marco o normativo frente a un contrato de implementación.

16. En relación al beneficiario de un contrato de fideicomiso mercantil, hemos podido verificar que, el beneficiario, pese a no comparecer a la celebración del contrato de constitución del fideicomiso mercantil, y pese a la discusión doctrinaria que exista sobre el tema, puede ser efectivamente considerado parte del contrato. Sin perjuicio de ello, a todo evento, verificamos la posibilidad de vincular al beneficiario con el convenio arbitral con fundamento en la teoría de las partes no signatarias.

17. En el escenario complejo creado en razón de la ejecución de un proyecto inmobiliario instrumentado a través de un contrato de fideicomiso mercantil, resulta aplicable la figura de la coligación y conexidad contractual en aquellos contratos que se celebren en razón de la consecución de la finalidad del fideicomiso. Debe tenerse en cuenta la frecuencia de la celebración de este tipo de proyectos en nuestro medio.

iii. Recomendaciones:

1. Las recomendaciones que se plantean serán dirigidas desde dos enfoques. El primero, dirigido en el ámbito de quienes aplican el derecho, en especial jueces, árbitros, y abogados. La recomendación específica que se plantea es la consideración de los elementos que puede aportar la doctrina del Arbitraje Complejo a efectos de resolver sobre el alcance del convenio arbitral.

Debe tenerse en cuenta que pese a los problemas que pueda acarrear nuestra Ley de Arbitraje y Mediación vigente, existen razones y argumentos que, con base en los principios rectores del arbitraje y del derecho de las obligaciones y contratos, son pertinentes y útiles al momento de resolver respecto del alcance del convenio arbitral.

2. Adicionalmente, la recomendación se dirige en el sentido de que el convenio arbitral debe dejar de ser considerado como una cláusula de menor importancia al momento de celebrar un determinado negocio jurídico, ello en virtud de que existen ciertos elementos externos al acuerdo de arbitraje, como son los propios que devienen de la naturaleza del contrato, que podrán incidir en la determinación de su alcance respecto de una determinada relación jurídica, por tal razón debe tenerse en cuenta este factor a fin de que la redacción de cláusulas arbitrales se realice con verdadero apego a las intenciones de las partes al momento de celebrar un determinado negocio jurídico.

3. Sin perjuicio de lo expuesto, de forma general, considero que el sistema arbitral ecuatoriano, a efectos de evitar interpretaciones dispersas y diversas de las instituciones que lo integran, y con el afán de crear un ambiente más uniforme respecto de la aplicación de sus principios y presupuestos, amerita una actualización normativa que permita consolidar el sistema arbitral ecuatoriano con las situaciones que frecuentemente se ven inmersas en un procedimiento arbitral, para que así se logre una aplicación más uniforme respecto de esta materia.

BIBLIOGRAFÍA

- Salcedo Verduga, E. (2007). *El Arbitraje, La Justicia Alternativa*. Guayaquil, Guayas, Ecuador: DISTRILIB EDITORIAL .
- Caivano, R. (2013). *Revista Electrónica de Derecho Comercial* . Recuperado el 20 de Junio de 2018, de El Arbitraje: Nociones Introdutorias : <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/Arb-001.pdf>
- Neira Orellana, E. (2012). La Relación Procesal entre Órganos de Administración de Justicia y Tribunales de Arbitraje. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* , 43-69.
- Neira Orellana, E. (2012). La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 33-63.
- Caivano, R. (2015). *El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene*. Recuperado el julio de 2018, de SEDICI Repositorio Institucional de la Universidad de la Plata: http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/49947/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1
- Gonzalez de Cossio , F. (2004). *Arbitraje* . Mexico: Editorial Porrúa .
- Cremades, B. (2011). *Consolidación de la Autonomía de la Voluntad en España: El Convenio Arbitral* . Obtenido de B CREMADES Y ASOCIADOS: <https://www.cremades.com/pics/contenido/File634523793302025811.pdf>
- García Larriva, H. (2012). Partes no signatarias del convenio arbitral: entre la realidad económica y la ficción jurídica. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 65-110.
- Josserand, L. (2008). *Teoría General de la Obligaciones* . Santiago de Chile, Chile : Editorial Palermento Ltda.

- Gonzalez de Cossio, F. (s.f.). *Gonzalez de Cossio Abogados, S.C.* Obtenido de LA NUEVA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL: AUN OTRA VICTORIA DEL CONSENSUALISMO:
<http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/FORMA%20ACUERDO%20ARBITRAL.pdf>
- Serrano Puig, A. (2017). *Multi Lenguaje Document*. Obtenido de Cláusulas Patológicas:
<https://vdocuments.site/clausulas-patologicas-armando-serrano-puig.html>
- Caivano, R. (2012). *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*. Obtenido de La Cláusula Arbitral y la cesión del contrato que la contiene :
<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado-ns/article/view/7246/6525>
- Jara Vasquez, M. E. (2016). *El Arbitraje desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva en Ecuador*. Obtenido de Repositorio UASB-DIGITAL:
<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/5303/1/TD081-DDE-Jara-El%20arbitraje.pdf>
- Marchan, J. M. (2012). La aplicación de la acción de nulidad de laudos arbitrales en el Ecuador. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 17-30.
- Waincymer, J. (2012). Part II: The Process of an Arbitration, Chapter 7: Complex Arbitration. En J. Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* (págs. 495-608). Kluwer Law International.
- Hanotiau, B. (2006). *Complex Arbitrations Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*. Kluwer Law International .
- Smith Freehills, H. (15 de 6 de 2015). *Dealing with MultiParty and MultiContract Arbitration Issues*. Obtenido de HERBERT SMITH FREEHILLS ARBITRATION NOTES:

<https://hsfnotes.com/arbitration/2012/06/11/dealing-with-multi-party-and-multi-contract-arbitration-issues/>

Caivano, R. (2007). Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples. *Revista Peruana de Arbitraje* , 65-129.

Marguerat, J. (2013). Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes. En B. d. Freyre, *Arbitraje Comercial Internacional en Europa: Aspectos Actuales y Regímenes Jurídicos* (págs. 97-120). Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C. .

Born, G. (2014). Chapter 10: Parties to International Arbitration Agreements. En G. Born, *International Commercial Arbitration* (págs. 1404-1524). Kluwer Law International.

Bullard Gonzalez, A. (2016). ¿Y quienes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el Art. 14 de la Ley Peruana de Arbitraje. En A. Bullard Gonzalez, *Litigio Arbitral, El Arbitraje desde otra perspectiva* (pág. 128). Lima: Palestra .

Lopez Richart, J. (2001). *El Contrato a Favor de Tercero* . Obtenido de Repositorio Institucional de la Universidad de Alicante :
<https://rua.ua.es/dspace/handle/10045/4161>

Dow Chemical France, The Dow Chemical Company and others vs Isover Saint Gobain, 4131 (International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce 23 de septiembre de 1982).

Laudo arbitral publicado en la Gaceta Arbitral No. 1 , 036-08 (Tribunal Arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Guayaquil 2013).

Esborraz, D. (2012). El Fenómeno de la Vinculación Negocial en el Ambito de los Contratos y su Incidencia sobre la regla RES INTER ALIOS ACTA. *Revista de Derecho Privado, edición especial* , 111-163.

- Leboulanger, P. (1996). Multi-Contract Arbitration . *Multi-Contract Arbitration* . Journal of International Arbitration .
- Muñoz Lavende, S. (24 de junio de 2015). El Arbitraje y los Contratos Coligados. *Tertulia "El Arbitraje y los Contratos Coligados"*. Bogotá, Colombia: Cámara de Comercio de Bogotá.
- Marquez , J. (2007). Conexidad Contractual. Nulidad de los contratos y del programa . *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 151-173.
- Farina, J. M. (1978). Los Contratos Innominados y el Derecho Comercial . *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones* , 61-66.
- Real Academia de la Lengua Española. (27 de abril de 2016). *Diccionario del español jurídico*. Recuperado el 24 de junio de 2018, de Real Academia de la Lengua Española : <http://dej.rae.es/#/entry-id/E125240>
- Molina Sandoval, C. (2009). *El Fideicomiso en la dinámica mercantil* . Buenos Aires, Argentina: B DE F Ltda.
- Arrubla Paucar, J. (2013). *Contratos Mercantiles: Contratos Contemporáneos* . Bogotá, Colombia : Legis Editores S.A.
- Rodriguez Azuero, S. (2005). *Negocios Fiduciarios: Su significación en América Latina* (1a Edición ed.). Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A.
- Alessandri, A., Somarriva, M., & Vodanovic, A. (2005). *Tratado de Derecho Civil, Partes Preliminar y General*. Santiago , Chile: Dislexia Virtual .
- Carregal, M. (2008). *Fideicomiso: Teoría y aplicación a los negocios* . Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta S.R.L.
- Coello Garcia, H. (2010). *Obligaciones Tomo II*. Cuenca, Ecuador: Fundación Chico Peñaherrera.

- Bascur Retamal , G. (2010). *Enfoque Multidisciplinario del Negocio Jurídico*. Chile: Talca Universidad.
- Ibañez, C. (2010). *Derecho de los Contratos, Parte General* . Buenos Aires, Argentina: Editorial Abaco de Rodolfo Depalma S.R.L.
- Coello Garcia, H. (2006). *Teoría del Negocio Jurídico* . Cuenca, Ecuador : Universidad del Azuay Fundación Chico Peñaherrera .
- Valores, D. I. (s.f.). *Superintendencia de Compañías Valores y Seguros* . Obtenido de Portal de la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros :
<http://181.198.3.74/wps/wcm/connect/06c04865-5025-4ba0-8a75-55937e727d8d/20110811063635.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=06c04865-5025-4ba0-8a75-55937e727d8d>
- Autónomo, E. C. (s.f.). *Asociación de Fiduciarias de Colombia* . Obtenido de <http://www.asofiduciarias.org.co/images/El-contrato-de-fiducia-y-el-patrimonio-autonomo.pdf>
- Eguiguren, G. (2008). *Derecho de Propiedad en el Ecuador* . Quito, Ecuador: Corporación Editora Nacional.
- Farina, J. M. (1999). *Contratos Comerciales Modernos, Modalidades de contratación empresaria* . Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Bernal Fandiño, M. (2018). *Reflexiones sobre los contratos Marco* . Obtenido de Reflexiones sobre los contratos Marco :
<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/20928/20126>

