

Reflexiones sobre el arbitraje como mecanismo alternativo para la solución de conflictos individuales de trabajo

*María Elena Jara Vásquez**

RESUMEN

El Ecuador carece de experiencia en la utilización del arbitraje para solucionar conflictos individuales de trabajo. El presente análisis explora esta alternativa, haciendo hincapié en los problemas que pueden presentarse para el acceso a la justicia de los trabajadores y en posibles soluciones. En síntesis, se sostiene la idea de que si bien el arbitraje es un cauce de ejercicio del acceso a la justicia, en los conflictos individuales de trabajo, dada la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los trabajadores, es necesaria una serie de medidas tanto a nivel sustantivo como procesal para evitar que el arbitraje termine inhibiendo el acceso a la justicia para los trabajadores.

PALABRAS CLAVE: Constitución, arbitraje laboral, acceso a la justicia para trabajadores en relación de dependencia.

ABSTRACT

Ecuador lacks experience in labor arbitration for individual conflicts. This article explores this alternative, especially from the perspective of the advantages and challenges related to the access to justice. In summary, this article support the idea that arbitration is a vehicle to make access to justice easier. However, considering the situation and vulnerability of workers, special substantive and procedural provisions are indispensable in order to avoid that arbitration becomes a barrier to those seeking access to justice.

KEYWORDS: Constitution, labor arbitration, access to justice for workers.

FORO

* Docente del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

INTRODUCCIÓN

Ecuador está atravesando por un período de transición en materia procesal. Si bien el COGEP ha visto la luz bajo la necesaria promesa de celeridad, es evidente que existen muchas dudas sobre su aplicación. El ámbito laboral no es la excepción. De hecho, en este mismo número de *FORO*, Dana Abad expone una serie de inquietudes sobre la aplicación del COGEP en materia laboral.

Ahora bien, recogiendo el discurso de expansión de los medios alternativos de solución de conflictos que ha primado en las últimas décadas, se podría argumentar que en este período de adaptación, y ante los problemas que se avizoran en el ámbito laboral debido a la entrada en vigencia del COGEP,¹ es conveniente volver los ojos hacia el arbitraje.² Sin embargo, el arbitraje no debe ser visto como una solución coyuntural. Es necesario pensar en él como una vía de ejercicio del derecho a la autodeterminación en materia procesal,³ el cual tiene un importante impacto en la democratización de la administración de justicia.⁴ El ejercicio de esta autodeterminación, obviamente, resulta más relevante cuando el sistema de administración de justicia se vuelve excesivamente rígido –uno de los riesgos del sistema de audiencia única del COGEP–.

Este artículo analiza la posibilidad de que los conflictos laborales individuales sean conocidos en sede arbitral en el contexto jurídico ecuatoriano, con énfasis en las ventajas y desafíos que esta alternativa representa desde la perspectiva del derecho de acceso a la justicia.

-
1. Desde la entrada en vigencia plena del COGEP, el 22-V-2016, el régimen de los juicios laborales es el previsto en tal cuerpo legal para los juicios sumarios, según lo previsto en la disposición reformativa sexta y la disposición derogatoria octava del COGEP.
 2. En este trabajo se entenderá al arbitraje como un mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos al que por regla, los justiciables se someten convencionalmente.
 3. Ver sentencia SU. 174/07, 14-III-2007, Corte Constitucional, Colombia: “la justificación constitucional de este mecanismo de resolución de conflictos [el arbitraje] estriba no solo en su contribución a la descongestión, eficacia, celeridad y efectividad del aparato estatal de administración de justicia, sino en que proporciona a los ciudadanos una opción voluntaria de tomar parte activa en la resolución de sus propios conflictos, materializando así el régimen democrático y participativo que diseñó el Constituyente”.
 4. Richard Reuben, “Democracy and dispute resolution: the problem of arbitration”, *Law and Contemporary Problems*, Duke University (2004): 297: “el arbitraje tiene la capacidad de mejorar la gobernanza democrática de varias formas importantes. Primero, es posible para el arbitraje lograr ganancias de eficiencia para la justicia pública, al reducir la carga procesal de las cortes estatales. Adicionalmente, el arbitraje voluntario realza la autonomía personal al proveer medios de solución de disputas ejecutables, como complemento de la adjudicación pública”.

ANTECEDENTES

A) LA NECESIDAD DE TUTELA EFECTIVA DIFERENCIADA PARA LOS TRABAJADORES

El fin de todo proceso es dispensar tutela efectiva, derecho de protección⁵ consagrado en el art. 75 de la Constitución.⁶ Bajo el paradigma del Estado de Derechos y Justicia acogido en la Constitución ecuatoriana, la tutela efectiva constituye un elemento central, pues, como ha sostenido la CC, “los derechos constitucionales dejarían de tener sentido si no estuvieran garantizados por la tutela efectiva”,⁷ la que permite materializar los otros derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este sentido, la CC ha caracterizado la tutela efectiva como un *derecho-garantía*⁸ aplicable a *todo procedimiento*.⁹

La tutela efectiva, se ha dicho muchas veces, es un derecho de carácter complejo. Al respecto, la CC ha sostenido que la tutela efectiva impone un proceso

que reconozca un conjunto de garantías básicas, como son: “a) A concurrir ante los tribunales de justicia y a obtener de ellos una sentencia útil; b) A acceder a una instancia judicial ordinaria y a lograr un control judicial suficiente sobre lo actuado [...]; c) A un juez natural e imparcial; d) A la eliminación de las trabas que impidan u obstaculicen el acceso a la jurisdicción; e) A la interpretación de las normas reguladoras de los requisitos de acceso a la jurisdicción en forma favorable a la admisión de la pretensión, evitándose incurrir en hermenéuticas ritualistas (*in dubio pro actione*); f) A que no se desestimen aquellas pretensiones que padecen de defectos que pueden ser subsanados; g) A la no aplicación en forma retroactiva de nuevas pautas jurisprudenciales con relación a los requisitos de admisibilidad, a fin de evitar situaciones de desamparo judicial; h) A peticionar y obtener tutela cautelar para que no se torne ilusorio el derecho que se defiende; i) Al cumplimiento de todas las etapas del procedimiento legalmente

-
5. Ver sentencia 0004-10-SEP-CC, 24-II-2010, CC para el período de transición, R.O. 159-S, 26-III-2010: “Como derechos de prestación, hoy concebidos derechos de protección en la Constitución, es posible determinar que del Estado se pueden obtener beneficios, ya sea porque impone la actuación de la jurisdicción en el caso concreto, o porque exige que el Estado cree los instrumentos para que el derecho pueda ser ejercido y la justicia prestada” Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho constitucional*, 8a. ed. (Madrid: Marcial Pons, 2002), 489.
 6. Art. 75, CE: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.
 7. Sentencia 021-12-SEP-CC, 8-III-2012, CC para el período de transición, R.O. 688-S, 23-IV-2012.
 8. Ver por ejemplo sentencias de la CC para el período de transición: 012-12-SIS-CC, 3-IV-2012, R.O. 731-S2, 25-VI-2012; 139-12-SEP-CC, 12-IV-2012, R.O. 735-S, 29-VI-2012.
 9. Ver por ejemplo sentencias 023-10-SCN-CC, 19-VIII-2010, R.O. 285-S, 23-IX-2010 de la Corte Constitucional para el período de transición: “De esta forma, el derecho a la tutela efectiva, imparcial y expedita, consagrado en el artículo 75 de la Constitución, es de observancia general y obligatoria en todos los procesos judiciales y administrativos”.

previsto, el cual deberá asegurar la posibilidad del justiciable a ser oído, y a ofrecer y producir la prueba pertinente antes de dictarse sentencia; j) A una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas; k) A impugnar la sentencia definitiva; l) A tener la posibilidad de ejecutar en tiempo y forma la sentencia y, por ende, a su cumplimiento por parte de la autoridad condenada; m) Al desarrollo del proceso en una dimensión temporal razonable; n) A contar con asistencia letrada”.¹⁰

Esta tutela se puede dispensar a través de diferentes medios. Así, la justicia estatal, o la justicia arbitral—todos estos espacios jurisdiccionales reconocidos como tales por el Estado—¹¹ permiten dispensar tutela efectiva, en tanto ofrezcan un marco adecuado de garantías para los justiciables. Para que la tutela sea realmente *efectiva*, es necesario que los procesos se adapten a las necesidades específicas de la materia sobre la que versa la controversia. Por esta razón, los procedimientos ante la justicia ordinaria en los cuales se conocen reclamaciones individuales de trabajadores están orientados por un principio dispositivo atenuado y requieren reglas específicas dirigidas a equilibrar de alguna forma la relación entre las partes.

En este sentido, el COGEP establece reglas especiales; por ejemplo, la prohibición de renuncia del domicilio del trabajador (art. 11, num. 2); el juramento deferido del trabajador como prueba del tiempo de relación laboral y de la cuantía de remuneración en caso de no existir otras pruebas al respecto, e inclusive de la existencia misma de la relación laboral en el caso de adolescentes (art. 185). En cualquier cauce en el cual se procese la solución de conflictos laborales es necesario un conjunto de mecanismos que tienda a equiparar la situación entre las partes, aspecto sobre el que posteriormente insitiré.

B) EL USO DEL ARBITRAJE PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES COLECTIVOS

El Ecuador carece de experiencia para la utilización del arbitraje para la solución de conflictos individuales de trabajo.¹² La situación es distinta con relación al uso del

-
10. Ver las siguientes sentencias de la CC para el período de transición: 057-12-SAN-CC, 27-III-2012, R.O. 735-S, 29-VI-2012; 109-12-SEP-CC, 8-III-2012, R.O. 718-S, 6-VI-2012. Ver también sentencia 302-15-SEP-CC, 16-IX-2015, CC, R.O. 725-S, 4-IV-2016: “La vulneración de la tutela efectiva, indiscutiblemente implica situar en un estado de indefensión a cualquiera de los justiciables, ya sea por la marginación, parcialidad, condiciones personales o como resultado de arbitrariedad o discrecionalidad infundada del operador de justicia”.
 11. Ver art. 7, inc. 4, Código Orgánico de la Función Judicial: “Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley”.
 12. Personalmente, he tenido conocimiento apenas de un solo caso de arbitraje individual, conocido por un tribunal arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. En otros países también ha sido escaso el uso del arbitraje laboral. La situación española se documenta, por ejemplo, en Sebastián de Soto Rioja, “El arbitraje en los conflictos individuales”, *Temas Laborales*, No. 70 (2003): 340.

arbitraje para la solución de conflictos colectivos de trabajo, al cual ya la Constitución de 1929 –precursora del constitucionalismo social– se refirió explícitamente.¹³

Los arbitrajes colectivos se rigen por el Código de Trabajo (CdT) y presentan claras diferencias con aquellos regulados por la LAM: son arbitrajes a los que la doctrina comúnmente denomina *forzosos*, es decir, a los cuales debe someterse obligatoriamente el conocimiento de conflictos colectivos de trabajo, sin que los justiciables puedan optar por otra alternativa; los llevan adelante tribunales en los que necesariamente deben intervenir empleadores, trabajadores y la autoridad laboral (art. 481 CdT); tratan conflictos jurídicos y económicos –estos últimos exclusivos del derecho laboral–;¹⁴ y admiten recurso de apelación ante el tribunal superior de conciliación y arbitraje (art. 495 CdT), recurso actualmente expresamente prohibido en el caso de arbitrajes regidos por la LAM, en los cuales cabe únicamente acción de nulidad del laudo arbitral.

Además de estas diferencias, es evidente que la correlación de fuerzas de las partes que intervienen en estos conflictos: comité de empresa de trabajadores y empleador, tiende a equilibrar la relación entre las partes, conjuntamente con la posibilidad de huelga legal bajo determinadas circunstancias.¹⁵ En cambio, en el caso de conflictos individuales de trabajo es evidente que existe un desequilibrio entre las partes, del que las normas sustantivas y procesales deben preocuparse.

C) EL CARÁCTER ARBITRABLE DE LA MATERIA LABORAL

La *arbitrabilidad objetiva*, es decir, la definición de lo que puede ser conocido por los árbitros,¹⁶ constituye uno de los límites para el principio de la autonomía de

13. Constitución de 1929 (art. 151, num. 24); Constitución de 1945 (art. 148, lit. y); Constitución de 1946 (art. 185, lit II); Constitución de 1967 (art. 64, num. 13); Constitución de 1979 (art. 31, lit. k).

14. Julio César Trujillo, “Solución alternativa de conflictos laborales”, en *Medios Alternativos en la Solución de Conflictos Legales* (Quito: Corporación Editora Nacional, 1994), 49.

15. Julius Getman, “Labor arbitration and dispute resolution”, *Yale Law Journal*, No. 88 (1978-1979): 918 “El reconocimiento y la legitimación de las asociaciones de trabajadores y los contratos colectivos son los responsables del éxito del arbitraje en el campo laboral, no viceversa” y 934: “La íntima relación entre arbitraje laboral y contratación colectiva hacen dudoso su valor como precedente para otros contextos”. En el mismo sentido ver Lewis Maltby, “Private justice: employment arbitration and civil rights”, *Columbia Human Rights Law Review*, No. 30 (1998-1999): 34.

16. María Fernanda Vásquez Palma, “La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno”, *Ius et Praxis*, vol. 12, No. 1 (2006): s.p.: “[...] la arbitrabilidad es una materia transversal, ya que constituye un presupuesto de la institución entera del arbitraje. Lo es de su existencia, al ser un requisito de validez y eficacia del convenio arbitral; es también, un límite a la facultad de las partes; y, al mismo tiempo, es poder y competencia de los árbitros”. Ver también Armando Serrano Puig, “La autonomía de la voluntad en el convenio arbitral. Alcances y limitaciones. El caso ecuatoriano”, en Carlos Alberto Soto, dir., *Tratado de Derecho arbitral*, tomo I (Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Peruano de Arbitraje y Grupo Editorial Ibáñez, 2011), 574.

la voluntad, que tanta relevancia tiene en el sistema arbitral.¹⁷ La Constitución ecuatoriana y la LAM permiten que se sometan a arbitraje los conflictos susceptibles de transacción,¹⁸ es decir, los que versan sobre materia libremente disponible.

La transigibilidad de los conflictos no es sinónimo de renunciabilidad.¹⁹ La Constitución recoge nítidamente esta diferencia en materia laboral, pues señala que los derechos laborales son irrenunciables, y a la vez, que cabe la transacción en materia laboral.²⁰ En este sentido, el ámbito natural de aplicación de la transacción laboral son los derechos que se encuentran pendientes de definición –por ejemplo, los que se derivan de un despido intempestivo–.

Siendo la materia laboral susceptible de transacción, resulta objetivamente arbitrable. De hecho, así se ha reconocido por la justicia estatal. Así, en la sentencia de 22 de febrero de 2012, dentro del juicio 1861-11-3, conocido por la Segunda Sala de lo Laboral, Niñez y Adolescencia de la Corte Provincial de Justicia del Guayas –CPJG–, la parte actora argumentaba la existencia de una relación laboral a pesar de haber firmado un contrato que formalmente era de carácter civil (lo que no ha sido ordinariamente obstáculo para que los jueces laborales, buscando la realidad del contrato, determinen que existe relación laboral). Ante la existencia de un convenio arbitral en tal contrato civil, la CPJG determinó que no era competente para conocer el caso y que este debía ser conocido por un tribunal arbitral.

ARBITRAJE LABORAL Y ACCESO A LA JUSTICIA

El derecho a optar libremente por el arbitraje forma parte del derecho a acceso a la justicia no solo por expandir la gama de mecanismos de solución de conflictos legalmente admisibles,²¹ sino por admitir un alto grado de participación de los justiciables en el diseño del proceso, como se destacó previamente. En este sentido, la Asamblea Cons-

17. Otro límite viene dado por los postulados del debido proceso.

18. Art. 1, LAM y art. 190, 1er inc., Constitución: “Estos procedimientos [MASC] se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”. Por su parte, el Código Civil (CCiv) se refiere a la materia no transigible, y por lo tanto, no arbitrable en las siguientes disposiciones: art. 2352: “No se puede transigir sobre el estado civil de las personas”; art. 2354: “No vale la transacción sobre derechos ajenos o derechos que no existan”.

19. Ver Miguel Andrade Cevallos, “Ley de Arbitraje y Mediación: materia transigible y arbitraje en equidad”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 2011 (2012), 209.

20. Art. 325, num. 2 y 11, Constitución: “2. Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario. 11. Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente”.

21. Ver Mauro Cappelletti, “Alternative dispute resolution processes within the framework of the world-wide access-to-justice movement”, *The Modern Law Review*, vol. 56 (1993): 288.

tituyente ecuatoriana de 2008 fue muy clara respecto al significado del arbitraje como mecanismo de acceso a la justicia.²² Adicionalmente, varios tribunales internacionales se han pronunciado de la misma manera.²³ La posibilidad de someter los conflictos a arbitraje es un derecho de los justiciables cuya importancia fue destacada históricamente desde la Constitución francesa de 1791²⁴ así como la Constitución española de 1812.

Este derecho a someter a los conflictos a arbitraje se vincula con el respeto de la autonomía de la voluntad. El arbitraje libremente elegido por las partes, materializa el derecho de acceso a la justicia. A la inversa, el arbitraje impuesto constituye una restricción a este derecho.²⁵ Desde una perspectiva práctica, dado el carácter oneroso del arbitraje regulado por la LAM así como la restricción de mecanismos de impugnación que implica, parece natural concluir que quienes se someten a este sistema de resolución de conflictos deben escogerlo libremente.

A) REFLEXIONES SOBRE EL LIBRE CONSENTIMIENTO PARA SOMETERSE A ARBITRAJE EN CONTRATOS INDIVIDUALES DE TRABAJO

Ante la inclusión de una cláusula arbitral en un contrato de trabajo, ¿cabe sostener la existencia de consentimiento real e informado por parte de los trabajadores para someterse a arbitraje y, por lo tanto, para dejar de lado la administración de justicia estatal? Para algunos, la posibilidad de que las partes se sometan a arbitraje en estos contratos es una expresión del valor supremo de la libertad y resulta digna de promoverse;²⁶ es más, dado el nivel de flexibilidad del arbitraje, resulta no solamente posible sino digna de promoverse,²⁷ posición por la que se han decantado varias sen-

22. Ver acta 36 de la Asamblea Constituyente de 2008.

23. Ver por ejemplo sentencia de 28-II-2008, Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, Venezuela: “[...] En otras palabras, puede decirse que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos, evidentemente el arbitraje”. Ver también sentencia 330-00, 22-III-2000, Corte Constitucional, Colombia: “No obstante, la garantía constitucional de acceso a la justicia no significa que todas las disputas entre los particulares deban ser resueltas por los jueces, pues precisamente el artículo 116 de la Carta garantiza la existencia de mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación o el arbitraje, los cuales pueden ser ampliados por el Legislador. Al respecto, esta Corte ha dicho que ‘es competencia del legislador, de acuerdo con los parámetros que determine la Carta Política, el fijar las formas de composición de los conflictos judiciales’, los cuales –no sobra aclararlo– no siempre implican el ejercicio de la administración de justicia”.

24. La Constitución francesa de 1791, en su capítulo V, art. 1, núm. 5, declaró que era derecho de todos los ciudadanos terminar definitivamente sus conflictos por arbitraje.

25. Ver Vicente Gimeno Sendra, “La validez de los convenios arbitrales de adhesión en la doctrina del Tribunal Constitucional español”. Disponible en <<http://www.lozavalos.com.pe/alertainformativa/index.php?mod=documento&com=documento&id=3092>>.

26. Ver Maltby: “Employment arbitration and workplace justice”, 118.

27. Ver Getman, “Labor arbitration and dispute resolution”, 917.

tencias expedidas por las cortes estadounidenses desde inicios de la década de 1990,²⁸ a pesar de la oposición de un importante sector de la doctrina.²⁹

La necesidad muchas veces imperiosa para la supervivencia del trabajador y de su familia de celebrar el contrato –ni siquiera se trata en estos casos de la posibilidad de discutir su contenido, como podría planterse en los contratos de consumo–, coloca al trabajador en tal situación de vulnerabilidad, que vuelve cuestionable la posibilidad de que el trabajador renuncie a la firma del contrato a un sistema de administración de justicia gratuita y se someta a uno de administración de justicia oneroso. En este sentido se ha pronunciado la Corte Constitucional colombiana al declarar exequible una disposición del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social de ese país que permitía la procedencia de cláusulas compromisorias únicamente cuando estas se incorporaban a contratos colectivos:

no solo no se viola ninguna de las disposiciones constitucionales a las que se refiere el demandante con la restricción acusada, sino que se trata de una intervención legítima del legislador y justificada en la Constitución, con el fin de proteger al trabajador, para que no renuncie a la justicia ordinaria al suscribir individualmente la cláusula compromisoria, salvo si esta consta en convención o pacto colectivo, pues, en este caso, existe la presunción de que su inclusión fue objeto de amplio debate sobre su conveniencia, por parte del sindicato o de los representantes de los trabajadores, según el caso.³⁰

En síntesis, si bien los trabajadores son titulares del derecho de acceder a la justicia a través de los diferentes cauces que establece el ordenamiento jurídico y las características del proceso arbitral pueden beneficiar la solución heterocompositiva de conflictos laborales individuales, no cabe desconocer la situación en la que se encuentran la mayoría de trabajadores cuando participan en un contrato individual de trabajo.

Es, por lo tanto, necesario que el ordenamiento jurídico haga una distinción. Como regla general, el convenio arbitral debería reconocerse como válido una vez surgida la controversia, momento en el cual se puede garantizar que el trabajador no está condicionado a aceptar el sometimiento a arbitraje a fin de obtener un puesto de trabajo. Por excepción, cuando las características del trabajador: su grado de profesionalización y especialización y el nivel de demanda de sus servicios en el mercado laboral así lo ameriten, podría admitirse la suscripción de una cláusula arbitral en el contrato de trabajo.³¹

28. Ver Katherine Van Wezel Stone, “Mandatory arbitration of individual employment rights: the yellow dog contract of the 1990s”, *Denver University Law Review*, vol. 73 (1995-1996): 1017, 1022-1050, y s.

29. Ver Clide Summers, “Alternative Dispute Resolution in the United States”, en Patricia Kurczyn Villalobos, coord., *Derecho Social. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005), 303.

30. Sentencia C-878/05, 23-VII-2005, Corte Constitucional, Colombia.

31. Ver Francisco González de Cossío, *Arbitraje* (México: Porrúa, 2011), 203.

B) RESGUARDOS ESPECIALES PARA LA PROTECCIÓN DE TRABAJADORES

El sometimiento de trabajadores a arbitraje requiere de resguardos especiales, tanto a nivel sustantivo como a nivel procesal.

A nivel sustantivo, es necesario precautelar el equilibrio en el diseño de la cláusula arbitral, evitando por ejemplo que la parte con mayor poder —la parte empleadora— establezca reglas desequilibrantes a su favor para la designación de árbitros.³²

A nivel procesal, también es necesario que en el arbitraje laboral se respeten las garantías establecidas a favor de los trabajadores. No puede soslayarse el hecho de que, regularmente, el trabajador tiene acceso limitado a instrumentos probatorios relativos a la relación laboral.³³ La justicia arbitral no puede ser utilizada desde ninguna perspectiva como un mecanismo para imponer al trabajador la renuncia a garantías procesales establecidas para el procedimiento judicial, a las que se hizo previa referencia (como el juramento deferido). Es decir, los arbitrajes para conocer conflictos individuales de trabajo deberían respetar el mínimo de garantías procesales que se establecen ante la justicia ordinaria.³⁴

En todo caso, se necesitan contar con reglas específicas para procedimientos arbitrales laborales. Existen, desde mi punto de vista, dos esquemas que deben ser considerados:

El primero, el de un sistema especializado en arbitraje laboral, que tome como referencia el caso del sistema arbitral especializado en consumo español, es decir, la creación de centros de arbitraje especializados en materia laboral que funcionen descentralizadamente y que puedan financiarse con aportes de empresas y del Estado, a fin de ofrecer servicios gratuitos o al menos subsidiados a los trabajadores. Este sistema, si bien es el que mayor garantías presenta para los trabajadores, es el más difícil de implementar, y, al menos en las condiciones actuales del país, parece ser una alternativa a largo plazo.

32. Maltby, “Private justice: employment arbitration and civil rights”, 33. “la forma más directa en la cual un empleador puede establecer las reglas a su favor es mediante la elección del árbitro”. El problema de la elección de árbitros por una sola parte está estrechamente vinculado con la presunción de que la parte que acude con mayor frecuencia ante tribunales arbitrales puede ser beneficiaria de una inclinación a su favor por los juzgadores (*repeat player effect*). Para un estudio empírico del fenómeno del usuario frecuente ver por ejemplo Lisa Blomgren Amsler, “Employment arbitration: the repeat player effect”. Disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1324411>.

33. Ver Michael Vidal Salazar, “Oralidad y garantías constitucionales en el proceso laboral”, en Geovanny Priori Posada, edit., *Proceso y constitución: actas del II Seminario de Derecho Procesal* (Lima: Ara y Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011), 281.

34. Patricia Kurczyn Villalobos, Carlos Reynoso Castillo, y Alfredo Sánchez-Castañeda, *La justicia laboral: administración e impartición* (México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005), 151.

El segundo, más posible a corto plazo, consiste en la generación de reglas específicas para arbitrajes laborales por parte de los centros de arbitraje existentes, que contemplen una reducción de tarifa para el caso de demandas o contrademandas por parte de trabajadores,³⁵ y que incorporen las garantías previstas en las normas procesales generales en materia laboral.

CONCLUSIONES

Las siguientes son las conclusiones más relevantes del presente artículo:

1. El arbitraje constituye un medio para el ejercicio de la tutela efectiva, en general, y del acceso a la justicia, en particular, para todas las materias susceptibles de transacción, incluyendo la laboral.
2. En todo caso, la libertad de utilizar el arbitraje hace parte del derecho de acceso a la justicia.
3. Tanto el sometimiento al arbitraje como el procedimiento arbitral necesitan de reglas específicas, cuando intervienen trabajadores, a fin de ante la situación de vulnerabilidad de estos últimos, el arbitraje no pueda ser paradójicamente utilizado como un mecanismo de inhibición del derecho de acceso a la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

Andrade Cevallos, Miguel. “Ley de Arbitraje y Mediación: materia transigible y arbitraje en equidad”. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* 2011, 2012.

Blomgren Amsler, Lisa. “Employment arbitration: the repeat player effect”. Disponible en <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1324411>.

De Soto Rioja, Sebastián. “El arbitraje en los conflictos individuales”. *Temas Laborales*, No. 70, 2003.

Getman, Julius. “Labor arbitration and dispute resolution”. *Yale Law Journal*, No. 88, 1978-1979.

35. En general, es necesario que se prevean mecanismos de aplicación absolutamente excepcional para el caso de partes carentes de recursos, aspecto que por su complejidad requiere un estudio independiente. Basta al momento recordar lo establecido por la Sentencia 330/00, 22-III-2000, Corte Constitucional, Colombia: “a. Los efectos económicos que se derivan del arbitramento en materia laboral deben producirse teniendo en cuenta la capacidad económica de las partes enfrentadas, pues el arbitraje no es un mecanismo eficaz cuando su utilización se convierte en una forma de desconocer la desigualdad material entre trabajador y empleador, creando costos insuperables para una de las partes, que se convierten en un obstáculo para obtener justicia efectiva. En consecuencia, la persona que no se encuentre en capacidad de atender los gastos de un proceso debe tener la opción de invocar el amparo de pobreza”.

- González de Cossío, Francisco. *Arbitraje*. México: Porrúa, 2011.
- Kurczyn Villalobos, Patricia, y otros. *La justicia laboral: administración e impartición*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005.
- Reuben, Richard. “Democracy and dispute resolution: the problem of arbitration”. En *Law and Contemporary Problems*. s.l.: Duke University, 2004.
- Schwartz, David. “Enforcing small print to protect big business: employee and consumers right claims in the age of compelled arbitrations”. *Wisconsin Law Review*, No. 33, 1997.
- Serrano Puig, Armando. “La autonomía de la voluntad en el convenio arbitral. Alcances y limitaciones. El caso ecuatoriano”. En Carlos Alberto Soto, director, *Tratado de Derecho arbitral*, tomo I. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Peruano de Arbitraje y Grupo Editorial Ibáñez, 2011.
- Summers, Clide. “Alternative Dispute Resolution in United States”. En Patricia Kurczyn Villalobos, coordinadora, *Derecho social. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2005.
- Trujillo, Julio César. “Solución alternativa de conflictos laborales”. En *Medios alternativos en la solución de conflictos legales*. Quito: Corporación Editora Nacional, 1994.
- Van Wezel Stone, Katherine. “Mandatory arbitration of individual employment rights: the yellow dog contract of the 1990s”. *Denver University Law Review*. Vol. 73, 1995-1996.
- Vásquez Palma, María Fernanda. “La arbitrabilidad objetiva: aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno”. *Ius et Praxis*. Vol. 12, No. 1, 2006.
- Vidal Salazar, Michael. “Oralidad y garantías constitucionales en el proceso laboral”. En Geovanny Priori Posada, editor, *Proceso y constitución: actas del II Seminario de Derecho Procesal*. Lima: Ara y Pontificia Universidad Católica del Perú, 2011.

OTROS

- Constituciones ecuatorianas: 1929, 1945, 1967, 1979, 1998, 2008.
- Código Orgánico de la Función Judicial.
- Sentencias nacionales.
- Corte Constitucional para el período de transición.
- Sentencias extranjeras.
- Sentencia C-878/05, 23-VII-2005, Corte Constitucional, Colombia.
- Sentencia de 28-II-2008, Sala Constitucional, Tribunal Supremo de Justicia, Venezuela.

Fecha de recepción: 25 de julio de 2016
 Fecha de aprobación: 9 de agosto de 2016