



**UNIVERSIDAD DEL AZUAY FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS**

ESCUELA DE DERECHO

**APLICACIÓN DEL PRINCIPIO FAVOR ARBITRALIS EN
CLÁUSULAS PATOLÓGICAS**

**TRABAJO DE GRADUACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN
DEL TÍTULO DE ABOGADA DE LOS TRIBUNALES DE
JUSTICIA DE LA REPÚBLICA**

AUTORA: DANIELA ANDRADE ÁLVAREZ

DIRECTOR: ABG. GUILLERMO OCHOA RODRÍGUEZ

CUENCA, ECUADOR

2015

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTOS	v
RESUMEN	vi
ABSTRACT	vii
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO PRIMERO	12
EL ARBITRAJE Y EL CONVENIO ARBITRAL	12
1.1 Definición, naturaleza y conceptualización del Arbitraje	12
1.1.1 La voluntad de las partes y la renuncia a la Justicia Ordinaria	16
1.2 Principios.....	18
1.3 Clasificación.....	21
1.4 El Convenio Arbitral	26
1.4.1 Definición.....	26
1.4.2 Importancia.....	28
1.4.3 Contenido	28
1.4.3.1 Elementos de existencia.....	29
1.4.3.2 Elementos de validez	31
1.4.4 Clasificación	34
CAPÍTULO SEGUNDO	37
CLÁUSULA ARBITRAL PATOLÓGICA.....	37
2.1 Definición.....	37
2.2 Supuestos de patología	40
2.3 Clasificación doctrinaria	44
2.4 Clasificación según la Convención de Nueva York de 1958	49

CAPÍTULO TERCERO	55
PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN “FAVOR ARBITRALIS”	55
3.1 Principios de Interpretación del Convenio Arbitral	56
3.1.1 Principio Kompetenz-Kompetenz	56
3.1.2 Principio de Autonomía del Convenio Arbitral.....	60
3.1.3 Principio Efecto Útil.....	63
3.1.4 Principio de Buena Fe	66
3.1.5 Principio Contraproferetem	68
3.2 Principio Favor Arbitralis.....	70
3.2.1 Historia y Definición	70
3.2.2 Criterios de Interpretación	75
3.2.3 Aplicación del Principio Favor Arbitralis en Cláusulas Patológicas	80
CAPÍTULO CUARTO	86
RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES	86
4.1 Recomendaciones.....	86
4.2 Conclusiones	91
BIBLIOGRAFÍA	95

DEDICATORIA

A mi perfecto Padre, que me consiente con su inmensa gracia

A mi amado Jesús, que le ha dado un sentido a mi vida

Al hermoso Espíritu Santo, que pinta mis días de color

Al Dios de mi corazón...

AGRADECIMIENTOS

A mi familia, por calentar mi corazón en tiempos difíciles

A mi padre, por hacer de mis sueños suyos

A mi madre, por amar hasta el sacrificio

A mis hermanos:

Diego, por reír conmigo

Yeshua, por alegrar mis días

Sami, por endulzar mi vida

A cada uno de los que me tendió la mano cuando lo necesité, mi gratitud es infinita

Y a todos aquellos que aún sin saberlo, han hecho de esta etapa que acaba, un gran
viaje...

RESUMEN

La presente tesis, constituye un estudio sobre la forma en la que los tribunales arbitrales han interpretado el principio favor arbitralis al encontrarse frente a cláusulas arbitrales patológicas. Se establecerá la importancia de dicho principio al momento de declararse el tribunal competente para conocer controversias suscitadas en ambientes en los que la cláusula arbitral no es del todo clara.

En este contexto, en primer lugar se realizará un estudio sobre el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos en el cual se analizará con especial detenimiento a la cláusula arbitral, para proceder a internarnos en lo concerniente al convenio arbitral patológico.

A lo largo de este análisis se hará referencia también al principio favor arbitralis como pilar fundamental del arbitraje, tomando en consideración varios instrumentos normativos de interés tanto dentro del Ecuador, como fuera de él.

ABSTRACT

This thesis is a study of the way in which arbitral tribunals have interpreted the favoring arbitration principle when facing pathological arbitration clauses. The importance of this principle will be established at the moment the court takes jurisdiction to hear disputes aroused in environments in which the arbitration clause is unclear. In this context, first a study on arbitration as a conflict resolution mechanism will be held, in which the arbitration clause will be analyzed with special caution in order to deepen into the pathological arbitration agreement. Throughout this analysis, there will also be references to the favoring arbitration principle as a fundamental pillar for arbitration, taking into consideration several regulatory instruments of interest both inside of Ecuador and abroad.



Translated by,
Lic. Lourdes Crespo

INTRODUCCIÓN

El arbitraje constituye un método alternativo de resolución de controversias que en los últimos cincuenta años ha cobrado importante fuerza dentro de la esfera del derecho. Cada vez son más las controversias que son dirimidas a través de un laudo, en lugar de fallos y sentencias. El crecimiento del comercio internacional, que es el área que mayormente ha utilizado al arbitraje como herramienta idónea para manejar sus controversias.

En este contexto resulta importante realizar un análisis en materia arbitral, en virtud de que en el Ecuador no contamos con un desarrollo amplio de esta materia. Este precisamente es el objetivo del presente estudio, aportar de alguna manera con la expansión del arbitraje en el país.

Las cláusulas patológicas son un tema al que se enfrentan los árbitros día a día. El reto de resolver las mismas y lograr interpretarlas a favor del arbitraje será el tema del presente trabajo.

En principio decimos que el pilar fundamental que permite la existencia misma del arbitraje es la voluntad de las partes, esta se encuentra normalmente plasmada en una cláusula o convenio arbitral, mismo que deberá cumplir con determinados requisitos que lo hagan existente, válido y además ejecutable. Existen cláusulas que adolecen de invalidez o nulidad, estas son llamadas cláusulas patológicas. El término “acuerdos arbitrales patológicos” se refiere a aquellos acuerdos de arbitraje que detentan defectos capaces de generar inconvenientes en el normal desarrollo de un procedimiento arbitral.¹

¹ (Fouchard, Galliard y Goldman)

Estas cláusulas necesitan ser interpretadas por los árbitros, es decir que, para que una cláusula sea patológica no necesariamente debe impedir la intervención de los árbitros, sino que por el contrario son ellos quienes deben interpretar este tipo de cláusulas.² Los Tribunales Arbitrales, en virtud del principio Kompetenz-Kompetenz, tendrán autoridad para decidir si dicha cláusula, que adolece de patologías puede llegar a ser subsanable o no; y de serlo se llevaría a cabo el procedimiento arbitral establecido para la resolución de la controversia. Es entonces cuando entra en la mesa de juego el Principio Favor Arbitralis.

Existen, dentro de la rama del arbitraje, algunos principios de interpretación que ayudarán a los árbitros a juzgar una cláusula o convenio. Uno de ellos y de inigualable importancia, es precisamente el Principio Favor Arbitralis o Pro Arbitraje. El mismo establece que cualquier duda debe ser resuelta a favor del arbitraje, es decir, a manera de expandir y dar eficacia práctica al derecho fundamental de los justiciables a ir a arbitraje³. Este enunciado, recogido por todos los instrumentos internacionales y domésticos que regulan el arbitraje constituyó en un principio una manera de impulsar el proceso arbitral y darle de cierta manera “preferencia” frente a la justicia ordinaria.

Sin embargo, entendemos que este principio, si bien constituye una piedra angular del arbitraje, no es absoluto y existirán casos en los que el arbitraje no pueda ser llevado a cabo. Es justamente este, el punto controvertido, ya que, a lo largo del tiempo y la cada vez mayor aplicación de procedimientos arbitrales para la resolución de controversias, los tribunales se han visto en la necesidad de determinar a qué cláusulas es aplicable dicho principio y en cuáles no. Al existir variedad de patologías, no encontramos jurisprudencia uniforme en ninguno de los dos sentidos.

Es así que resulta común el conflicto entre la amplitud del principio pro arbitraje y la patología de la cláusula arbitral. En este sentido, este trabajo tiene por objeto encontrar

² (Cavalieri)

³ (Hernández-Bretón)

las limitaciones de la aplicación del favor arbitri, de modo que, sea aplicado cuando realmente refleje una voluntad de las partes de someterse a justicia arbitral.

**“APLICACIÓN DEL PRINCIPIO FAVOR
ARBITRALIS EN CLÁUSULAS PATOLÓGICAS”**

CAPÍTULO PRIMERO:

EL ARBITRAJE Y EL CONVENIO ARBITRAL

1.1 Definición, naturaleza y conceptualización del Arbitraje

El arbitraje se origina en la voluntad de las partes. En realidad, el arbitraje es un método alternativo a la resolución de conflictos, en el que los interesados son quienes deciden someterse ante una jurisdicción arbitral, absteniéndose de acudir a los tribunales ordinarios establecidos por el Estado. Siendo un tercero, llamado árbitro, quien toma la decisión que pone fin al litigio.⁴ Innumerables doctrinarios han elaborado conceptos que dilucidan la esencia del arbitraje; Patricio Aylwin por ejemplo establece de una manera muy acertada lo siguiente: “El juicio arbitral o arbitraje es aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios interesados [...]”⁵ En este contexto, Mongalvy entiende que “el arbitraje es una jurisdicción en la que la voluntad de las partes o la ley da a simples particulares para pronunciarse sobre una o más controversias siempre que no sean de aquellas que por su naturaleza no pueden someterse a compromiso.”⁶ Encontramos también una definición más sencilla proporcionada por el tratadista Roque Caivano, quien expresa que “el arbitraje es un sistema alternativo, a través del cual pueden ser resueltos determinados conflictos de intereses, con exclusión -total o parcial- de los órganos judiciales”⁷

Dentro de todas estas definiciones, existen varios elementos en común, mismos que también se encuentran recogidos en algunos instrumentos jurídicos. En el caso de

⁴ (Redfern)

⁵ (Aylwin)

⁶ (Mongalvy)

⁷ (Caivano)

Ecuador por ejemplo, hacemos referencia a la Ley de Arbitraje y Mediación (LAM), la cual establece en su artículo 1: “El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.”⁸

Por otro lado están dos de los instrumentos de arbitraje internacional más importantes y utilizados que son la Convención de Nueva York de 1958 y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 y sus enmiendas del año 2006. El primero de ellos fue publicado en el Registro oficial 293 del 19 de Agosto de 1985, sin embargo, en el segundo caso, no ha sido ratificado por nuestro país. Aun así es importante incluir esta última ley dentro del análisis que se hará a lo largo de este trabajo, ya que nos da luces sobre la manera en la que se entiende al arbitraje en el entorno global.

En este contexto, encontramos algunos elementos reiterativos dentro de las definiciones proporcionadas, es así que el arbitraje está compuesto de un carácter de institución jurídica, la autonomía de la voluntad de las partes que se refleja en el acatamiento de la decisión del árbitro; el distanciamiento de la jurisdicción ordinaria; y la capacidad de los árbitros para dirimir la controversia que nace de la voluntad de las partes siempre y cuando la ley así lo permita.

De acuerdo a lo establecido por el profesor Gimeno Sendra, el arbitraje consta de tres elementos esenciales, es heterocompositivo ya que a diferencia de otros métodos, ninguna de las partes en litigio soluciona el conflicto, sino que lo hace un tercero y a diferencia de la conciliación y mediación, en las que el tercero se limita a aproximar a las partes, aquí el tercero es quien impone la solución al conflicto. También se diferencia del proceso en que el árbitro no ostenta potestad jurisdiccional, ya que su nombramiento no proviene de la soberanía popular sino de la voluntad de las partes en conflicto. Por otro lado, establece como otro elemento, el conflicto intersubjetivo y disponible, que

⁸ (Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador)

implica el principio dispositivo donde se encuentra el fundamento de la institución arbitral ya que a los particulares no se les puede obligar a que solucionen sus litigios a través del arbitraje. A su juicio, el tercer componente del arbitraje constituye el acuerdo de voluntades, una sumisión de las partes a la institución arbitral, esta sumisión puede ser posterior a la existencia de un conflicto pero no necesariamente ya que pueden acordarlo con relación a conflictos que puedan surgir en el futuro.⁹

Teniendo entonces claro lo referente a los elementos que constituyen el arbitraje, es importante sentar una posición sobre la naturaleza de esta materia. Se ha debatido extensamente sobre este tema en el sentido de determinar si es contractual o si es jurisdiccional. Es así que por un lado encontramos la tesis contractualista, promovida principalmente por el profesor Alfredo Rocco, la cual sostiene que “los árbitros son particulares, designados por las partes que así mismo son personas privadas. En consecuencia el vínculo entre árbitros y partes es privado y contractual.”¹⁰ En este sentido, entendemos que, al ser los árbitros designados simplemente por particulares, carecen de *imperiu*. En otros términos, un tribunal puede tomar una decisión sobre una controversia, sin embargo no cuenta con la potestad de hacer ejecutar lo juzgado. Es así que la etapa de ejecución de una decisión arbitral o laudo le correspondería de cualquier manera a los órganos jurisdiccionales del Estado.

En la otra mano encontramos quienes sostienen la naturaleza jurisdiccional del arbitraje, defendida originalmente por LAINNE en 1899. Esta nace en respuesta justamente a la exclusión del Estado propuesta por la teoría contractualista, ya que se entendió al arbitraje como un simple pacto entre particulares. De este modo, la naturaleza jurisdiccional del arbitraje establece que “los árbitros, no obstante ser particulares, quedan revestidos de jurisdicción, porque la ley ha concedido a las partes la potestad de trasladarles una parte de la soberanía del Estado [...] a efecto que puedan resolver la disputa.”¹¹ En este caso encontramos que si bien los árbitros son designados por

⁹ (Sendra)

¹⁰ (Alberti)

¹¹ (Alberti)

particulares, la potestad de dirimir controversias constituye precisamente *imperium*, y esto lo hace de naturaleza jurisdiccional.

Ha existido controversia en los últimos años en relación con ambas posiciones, a la vez que se ha desarrollado una doctrina moderna, la que a entender de numerosos doctrinarios es la más apropiada para la realidad del arbitraje. Esta es llamada la Teoría Autónoma y, a pesar de que matiza en una sola las teorías anteriores, considera además, que el arbitraje es una institución autónoma, ni contractual ni jurisdiccional.¹² En conclusión, podemos entender a la materia arbitral con una única y propia naturaleza; que dependerá de las circunstancias del país y legislación a la que se rija. De esta manera, encontramos tres características que se considera conforman la naturaleza jurídica del arbitraje:

a) Juicio: En primer lugar es indispensable resaltar que el arbitraje se diferencia de una mediación o de procesos con amigables compondores justamente debido a esta característica ya que, dentro del proceso arbitral existe una contienda entre las partes que va a ser sometida a la decisión del árbitro o del tribunal. Como método alternativo de solución de conflictos, el arbitraje está recogido dentro de aquellos con método adversarial, ya que justamente las partes son contendientes. Es así que encontramos que un proceso arbitral consta de todas las partes constitutivas de un juicio como lo es la controversia, la decisión final tomada por el tribunal que será de obligatorio cumplimiento para las partes, las partes contendientes y un tribunal con potestad para conocer y decidir acerca de dicha controversia.¹³

b) Autónomo: Como ya se explicó anteriormente, las legislaciones reconocen al arbitraje como método válido para solución de conflictos, y esto a su vez pero supone un convenio entre las partes para acudir ante un tribunal arbitral y alejarse de los tribunales ordinarios.

¹² (Salcedo)

¹³ (Aylwin)

c) Investidura privada del tribunal arbitral: Esta característica especial del arbitraje supone que en virtud del acuerdo previo de sometimiento a arbitraje, recién se conforma el tribunal arbitral en el momento en el que existe la controversia, ya que este no se encuentra constituido permanentemente como es el caso de los tribunales o cortes ordinarias. Es así que existe una obligación de privados, entre las partes y el árbitro a llevar a cabo un proceso arbitral.

1.1.1. La voluntad de las partes y la renuncia a la Justicia Ordinaria

Sin libertad no hay arbitraje, sino que este nace y permanece en la voluntad de las partes que son las que determinan que se opte por esta vía de resolución de conflictos.¹⁴ Esta voluntad de las partes debe estar manifestada de manera categórica en pro del arbitraje para que este pueda surtir efectos. Es así que el arbitraje está directamente involucrado con el principio de la autonomía de la voluntad el cual se encuentra recogido en innumerables instrumentos normativos, entre ellos el Protocolo de Ginebra de 1923¹⁵, que establece que “el arbitraje, incluida la constitución del tribunal arbitral, se regirá por la voluntad de las partes...”. Por otro lado la Convención de Nueva York de 1958, uno de los instrumentos más recurridos en temas arbitrales, establece que cuando “el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes”¹⁶ el laudo estará viciado de nulidad.

La voluntad constituye la piedra angular del arbitraje, ya que es la única manera en la que individuos acogidos por el derecho de acudir a la justicia ordinaria, se someten a una decisión tomada por un particular llamado árbitro o tribunal. Es de vital importancia tomar en cuenta que las partes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, renuncian de manera concluyente a ser juzgadas por un ente estatal. Esta voluntad no comprende solamente el renunciar a la justicia ordinaria, también resuelve lo referente a la forma y

¹⁴ (Asociación Europea de Arbitraje)

¹⁵ (Protocolo Relativo a las Cláusulas de Arbitraje en materia Comercial de Ginebra de 1923)

¹⁶ (Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras)

procedimiento de constitución del tribunal arbitral, número de árbitros, quiénes serán los árbitros, la sede del arbitraje, la legislación a la que se someterá la controversia, etc. Facultades que se encuentran anuladas dentro de un proceso ordinario.

De esta misma forma lo ha considerado la Presidencia de la Corte Provincial de Pichincha, que dentro de su jurisprudencia ha establecido que “El poder de los árbitros para resolver determinado conflicto tiene su origen en la voluntad compartida de las partes de atribuirles competencia y en virtud del reconocimiento que de los efectos de dicha voluntad hizo el Estado en su ordenamiento jurídico. La autoridad de los árbitros se funda entonces, en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas, en el sentido de sustraer la resolución de sus disputas del sistema estatal de administración de justicia.¹⁷

Establecido ya el principio de la autonomía de la voluntad, devenga de esto la posibilidad antes mencionada de renunciar a la justicia ordinaria. Como conocemos la jurisdicción arbitral es un procedimiento de excepción; es decir, las partes solo someterán sus controversias a esta, si manifiestan su voluntad de hacerlo. En este sentido, no solamente se acepta la posibilidad de someterse a jurisdicción arbitral sino que también se expresa la voluntad de renunciar a los tribunales ordinarios. La Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, al igual que varios otros cuerpos normativos, contempla la renuncia a la justicia ordinaria en su artículo 7, el cual predica: “El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria. Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días. Si las partes han decidido someterse a arbitraje, aparece como efecto inmediato la derogación de la

¹⁷ (Causa No. 97-2009)

jurisdicción ordinaria. La cláusula arbitral priva a los jueces comunes de su poder para conocer y juzgar.”¹⁸

A este respecto, este artículo pondera directamente la voluntad de las partes de someterse a un procedimiento arbitral al punto que textualmente expresa que se *privará* a los jueces de conocer una controversia a la que se aplique una cláusula compromisoria.

1.2 Principios

La institución del arbitraje lleva consigo ocho principios fundamentales que funcionan como ejes transversales dentro de los procesos arbitrales, diferenciándola del resto de procedimientos de resolución de controversias. Varios doctrinarios han hecho referencia a los principios rectores, llegando a un consenso sobre los siguientes:

- a) Principio de Libertad: Este principio implica el “reconocimiento de facultades potestativas a las partes para adoptar medios alternativos al proceso judicial para la resolución de sus controversias.”¹⁹ En este sentido, se habla de libertad ya que ambas partes podrán acordar, a través de un pacto arbitral, el procedimiento, los árbitros, en el caso de arbitrajes internacionales, será facultad de las partes la determinación de la sede, el idioma e incluso la legislación a la que se someterán. El único limitante en este sentido, será la transigibilidad de la materia. Con transigibilidad hacemos referencia a la mayoría de ordenamientos jurídicos en el mundo, los cuales contemplan la no arbitrabilidad de ciertas materias por la sensibilidad que estas conllevan. Por ejemplo en la mayoría de los países, materias penales o de familia no pueden ser sometidas a arbitraje por expresa prohibición legal como es el caso de Ecuador. Es así entonces que este se constituiría el único limitante al principio de libertad.

¹⁸ (Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador)

¹⁹ (Rodríguez Mendoza)

- b) Principio de Flexibilidad: Con esto se hace referencia a la característica del arbitraje que permite que, de existir acuerdo entre las partes, el procedimiento sea determinado por estas. Es decir, dentro de esta materia no existe, como en las ramas ordinarias una sola vía, sino que, considero el arbitraje se caracteriza, en este sentido por ser irritual. El curso que tomará el proceso dependerá de lo establecido en la cláusula compromisoria. El arbitraje bajo este principio, permite cambiar los procesos (con limitaciones) de acuerdo a la conveniencia de los involucrados.

- c) Principio de Privacidad: Al celebrar un procedimiento arbitral, y no involucrarse las partes en la esfera pública, estas gozarán de privacidad sobre los asuntos que el tribunal esté conociendo. Es así que, de ser necesario, existirán compromisos de confidencialidad y reserva entre las partes y el tribunal en cuanto al procedimiento y sobre todo a cerca de la sentencia o laudo; de manera que el buen nombre de las partes intervinientes no se vea afectado por el hecho del litigio.

- d) Principio de Idoneidad: Las partes, al tener libertad de decidir quiénes serán los árbitros que conozcan la controversia, tendrán la posibilidad de tomar en cuenta precisamente la formación, conocimientos, posiciones y trayectoria de los árbitros acerca de la materia objeto de arbitraje. A partir de esto podrán determinar un tribunal calificado con anticipación al surgimiento de cualquier desacuerdo. En este sentido es importante resaltar la ventaja que esto representa, ya que en el caso de los tribunales ordinarios en el Ecuador, las causas son sorteadas sin un criterio de especialidad profundo.

- e) Principio de Celeridad: En este caso, encontramos algunos tipos de procedimientos arbitrales en diferentes cuerpos normativos como en la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, o en la Ley Modelo Uncitral. De ello rescatamos que el trámite dentro del arbitraje es mucho más ágil si lo comparamos con los procedimientos ordinarios. Además, es importante resaltar que en esta materia, las partes podrán señalar su propio

procedimiento (con algunas limitaciones legales claro está), y esto brinda la posibilidad de agilizar aún más la consecución de un laudo. De este principio de celeridad, surge la economía del proceso arbitral, si se tiene en cuenta que resulta más oneroso para las partes el transcurso del tiempo que los costos y gastos procesales que se ocasionen con motivo del proceso arbitral. En el Ecuador precisamente, dentro de la Constitución de 2008, se contemplan varias mecanismos de métodos alternativos de solución de controversias, justamente con el fin de cumplir uno de los principios constitucionales de celeridad, para alcanzar el ideal *justicia*. En este sentido, el arbitraje, como mecanismo alternativo de solución de conflictos encaja en esta corriente al propugnar la agilidad en la consecución de la sentencia o laudo.

- f) Principio de Igualdad: Este es uno de los principios rectores de cualquier instrumento jurídico, en el caso del Ecuador lo encontramos incluso dentro de las disposiciones constitucionales, lo cual implica que rige también esta materia. Refiere a dar a cada parte las mismas oportunidades de hacer valer sus derechos procesales, proporcionándoles por ejemplo los mismos términos y la misma posibilidad de participación dentro del proceso, de manera que se evite cualquier tipo de parcialidad.
- g) Principio de Audiencia: El principio de audiencia se refiere a la oralidad de los procedimientos alternativos. Es decir, el procedimiento arbitral se caracteriza por ser oral, permitiendo una interacción más directa entre los árbitros y las partes.
- h) Principio de Contradicción: Consiste en dar a cada parte litigante la oportunidad de confrontación entre ellas. Poder negar las afirmaciones de la otra parte, contradecir las alegaciones de manera que puedan defenderse en igualdad de condiciones.

En suma, asentando todos estos principios a la realidad ecuatoriana, podemos decir que el fin último del sistema procesal del Ecuador según la propia constitución es alcanzar la justicia. Para ello se han planteado también varios de estos principios como ejes transversales. En este sentido el reconocimiento del arbitraje en nuestro país es un medio que cumple con los principios procesales para alcanzar el fin: justicia.

1.3 Clasificación

En cuanto a la clasificación del arbitraje, encontramos que existen varias ramificaciones de este. A continuación, se expondrá la clasificación más aceptada por la mayoría de doctrinarios. Entre ellos Roque Caivano en su libro *Negociación, conciliación y arbitraje: mecanismos alternativos para la resolución de conflictos*.

a) Por su naturaleza

a.1. En Derecho: También denominado Arbitraje Iuris, es aquel en el cual los árbitros deben fundamentar su laudo teniendo en cuenta las normas sustantivas vigentes y la tarifa legal probatoria.²⁰ En este sentido, los árbitros deberán aplicar el sistema jurídico previsto por las partes en el acuerdo arbitral, sin excluir normas que por su uso común puedan ser también aplicadas. Es el caso por ejemplo de la *lex mercatoria*, misma que actualmente se ha generalizado para resolver litigios de derecho mercantil internacional. La decisión final que tomen los árbitros deberá fundamentarse tomando en cuenta las normas vigentes, es decir, los árbitros toman en cuenta las normas sustantivas vigentes y las reglas del derecho probatorio al momento de dictar el laudo. En este caso el laudo debe ser motivado y fundamentado.

a.2. En Equidad: Arbitraje también llamado de conciencia, hace referencia a aquel en que los árbitros profieren su fallo sin la sujeción a las reglas del derecho probatorio ni al derecho sustantivo vigente. Es así que para llevar a cabo este tipo de arbitraje, se tendrá como estándar

²⁰ (Gil Echeverri)

valores como la justicia, y a partir de ello, se laudará según su leal saber y entender, aplicando los principios de la equidad, el sentido común, la verdad sabida y buena fe. El arbitraje en equidad encuentra sus orígenes en la ponderación del ser humano por sobre una aplicación pura de la norma, es así que al tener las partes la posibilidad de escoger sus juzgadores, y varios temas procesales como la norma a la cual someterse, resulta lógico que las partes puedan también decidir ser juzgados bajo los principios de la equidad. Esto nace, nuevamente del principio de autonomía de la voluntad que rige el procedimiento arbitral. Este tema ha sido ampliamente recogido y aceptado por innumerables autores, entre ellos el famoso profesor Philippe FOUCHARD, en su libro *Relationships between the arbitrator and the parties and the arbitral institution*.

b) Por su origen

b.1. Voluntario: Dentro de este tipo de arbitraje, son ambas partes, que de común acuerdo deciden someter los futuros o presentes conflictos a jurisdicción arbitral. Esto se realiza generalmente a través de la suscripción de un pacto compromisorio celebrado libremente, que implicará la renuncia a los tribunales ordinarios.

b.2. Forzoso: En este caso en cambio, el procedimiento arbitral se lleva a cabo de una manera necesaria, obligatoria o legal, en razón de varios factores que determinan que ciertas controversias deberán ser resueltas mediante arbitraje. Por ejemplo un arbitraje puede ser forzoso de acuerdo a la materia, por disposición de la ley.²¹ En este caso, el origen mismo del arbitraje forzoso es la ley, de tal manera que las partes ya no son quienes deciden, mediante pacto arbitral, solucionar sus diferencias ante terceras personas, sino más bien se encuentran obligadas a someter sus controversias a un proceso arbitral. Sin embargo cabe resaltar que este tipo de arbitraje es más bien de excepción e incluso en muchas legislaciones no se encuentra previsto.

²¹ (Noodt Taquela)

c) Por la fuente

c.1. Contractual: Mediante un acuerdo entre dos o más partes, mediante el cual expresan su voluntad de someter sus diferencias a arbitraje.

c.2. Testamentario: En este caso, el arbitraje es impuesto a las partes de acuerdo a la voluntad del testador. Por ejemplo, en el caso en el que el causante deje establecido dentro de las cláusulas testamentarias que cualquier controversia que se presente entre herederos o legatarios, deberán ser dirimidas mediante arbitraje. Las partes involucradas en la controversia, se verán obligadas a someter cualquier conflicto a tribunales arbitrales, siempre y cuando este sea de índole hereditaria.

d) Por el ámbito territorial

d.1. Nacional o doméstico: El arbitraje nacional es aquel que se desarrolla en un país con sujeción a las leyes de ese país, para resolver litigios sobre derechos y obligaciones que producen efectos jurídicos en territorio de ese país. En el caso ecuatoriano, el arbitraje nacional es aquel celebrado de acuerdo a normas ecuatorianas, acomodado a la realidad del Ecuador y destinado a que surta efectos y que tenga eficacia legal en el territorio nacional.²²

d.2. Internacional: Es aquel que produce efectos en diferentes Estados, y se rige de conformidad con el derecho internacional público, cuando las partes son sujetos de ese derecho, o por el derecho internacional privado, del arbitraje comercial internacional, cuando las partes son personas privadas. A su vez, Moreno Baldivieso advierte que se debe tomar en cuenta varios elementos conformadores de carácter jurídico: el acuerdo celebrado en un Estado distinto al del domicilio de las partes o que el objeto de la controversia se encuentre situado fuera del domicilio de las partes.²³ Es importante establecer que el origen del arbitraje internacional

²² (Moreno-Baldivieso)

²³ (Moreno-Baldivieso)

se remonta a la segunda mitad del siglo XX, época en la cual el proceso de globalización empezó su despunte, por tanto los temas contractuales entre privados de distintas nacionalidades fueron tomados con matices nuevos y las controversias contenían aristas novedosas que no incluían una sola legislación. El arbitraje internacional (como sucede en la práctica jurídica) se tornó en uso antes de ser recogido en un cuerpo normativo. Fue entonces que la Convención de Nueva York sobre ejecución de sentencias extranjeras de 1958 sentó el origen positivo del arbitraje internacional.

e) Por el funcionamiento del arbitraje

e.1. Arbitraje Ad Hoc: También llamado arbitraje independiente, en este tipo de procedimiento, serán las partes quienes estipulen libremente el mismo. De esta manera el curso del proceso dependerá de lo que hayan acordado los involucrados, es así que serán ellas quienes determinen la forma de constitución del tribunal, las etapas que se llevarán a cabo, la duración de los términos. Podrán incluso redactar su propio reglamento o elegir algún modelo de reglamento, como por ejemplo el de la CNUDMI, o un reglamento de arbitraje de cualquier Cámara o Institución encargada de ello. Cabe resaltar que la utilización de reglamentos institucionales no implica que el arbitraje mismo sea institucional ya que las partes únicamente adoptaran este instrumento, sin embargo no requerirán la asistencia de alguna institución.

e.2. Arbitraje Institucional: Al cual también se lo denomina arbitraje administrado, se llevará a cabo cuando las partes hayan decidido sustanciar el proceso arbitral bajo las reglas de procedimiento establecidos por un centro de arbitraje. El proceso arbitral es sometido a un centro especializado que administrará el proceso y proveerá servicios requeridos para llevar a cabo el arbitraje. En este sentido el centro escogido normalmente proporciona en primer lugar listas de árbitros de los que las partes podrán escoger dependiendo de la especialidad, además

se utilizará el reglamento previsto por dicho centro, proveerá las instalaciones para llevar a cabo las audiencias, entre otros servicios. En este sentido, la institución administradora deberá solamente encargarse de la organización de temas logísticos sin involucrarse en lo concerniente al fondo mismo de la controversia. Una de las instituciones arbitrales más reconocidas por su destacada labor como institución administrativa de arbitrajes internacionales es la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en Paris-Francia.

g) Por los intereses objeto de la controversia

g.1. Arbitraje de Derecho Privado: Es aquel que conoce de controversias que tienen su causa en normas de Derecho Civil o Mercantil.

g.2. Arbitraje de Derecho Público: Aquel en el que al menos una de las partes representa intereses públicos o nacionales que prevalecen en el proceso.

h) Por la tecnología utilizada

h.1. Arbitraje Online: Es aquel procedimiento que se desarrolla a través de Internet, mediante el uso de plataformas digitales o cibernéticas o por medios telemáticos o similares. En estos casos es imprescindible el uso de la firma electrónica además del certificado digital necesario. Las eventuales audiencias serán virtuales.²⁴

h.2. Arbitraje Tradicional: Aquel comúnmente llevado a cabo mediante audiencias presenciales en alguna institución, más no en plataformas cibernéticas.

²⁴ (Roca Aymar)

1.4 El Convenio Arbitral

De todo lo expuesto, es entonces evidente que el arbitraje nace de la jurisdicción convencional, es decir de la voluntad de las partes. Debe haber una concurrencia de voluntades para se abandone la justicia ordinaria y que las partes sometan sus conflictos a un tribunal arbitral.²⁵ El acuerdo de voluntades de las partes se fija en lo que se conoce como “Acuerdo Arbitral”, o como la Ley de Arbitraje y Mediación lo llama “Convenio Arbitral”.

1.4.1 Definición

Innumerables autores coinciden al afirmar que el convenio arbitral consiste en un contrato en virtud del cual dos o más partes manifiestan voluntariamente su deseo de resolver por la vía arbitral, conflictos actuales o futuros, originados en una relación jurídica contractual o extracontractual.²⁶ Por otro lado encontramos otra definición que parte desde Europa, en España, en donde se entiende al convenio arbitral como todo pacto sea que se le denomine cláusula compromisoria, pacto arbitral, convenio de arbitraje, acuerdo arbitral, compromiso, contrato de arbitraje en el que las partes acuerdan someter a arbitraje cualquier diferencia existente o que pueda existir, referente a un contrato o relación jurídica no contractual.²⁷

En este contexto, es importante exponer lo establecido por los cuerpos normativos en estudio acerca del convenio arbitral para tener una visión integral de este concepto. Es así que el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador señala: “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”²⁸. En acuerdo con esta definición, encontramos la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su artículo

²⁵ (Salcedo)

²⁶ (González de Cossío)

²⁷ (Ramos Méndez)

²⁸ (Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador)

7.1, que define a un convenio arbitral como “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.”²⁹

Es parte de este estudio también lo dispuesto por la Convención de Nueva York de 1958, que en su artículo II.1 y 2 establece

³⁰“1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”

En acuerdo con la definiciones legales que se han transcrito, el doctrinario Cremades ha establecido que un convenio arbitral debe como objetivo primario cristalizar la voluntad de las partes de someter las controversias presentes o futuras a un procedimiento arbitral, además de dejar sentado que el voluntad debe estar expresada de manera escrita, en la que existe cruce de oferta y aceptación del arbitraje.³¹

De todas estas definiciones, generalmente coincidentes y aceptadas, encontramos cuatro puntos de concordancia que resulta importante resaltar, que cualquier convenio arbitral debe contener. En primer lugar encontramos que el convenio arbitral se entiende como un contrato independiente del contrato principal, es decir que cuenta con autonomía.

²⁹ (Ley Modelo Uncitral, COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL)

³⁰ (Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras)

³¹ (Cremades)

Como segundo punto cabe recalcar que las partes son quienes tienen la posibilidad de acordar de manera libre y voluntaria el someterse a arbitraje y renunciar así a su derecho a acudir a tribunales ordinarios. En tercer lugar el convenio deberá cumplir con la función de someter a jurisdicción arbitral controversias presentes o futuras. Y finalmente este pacto de arbitraje deberá realizarse respecto de una determinada relación jurídica, es decir se encuentra dentro de un negocio en específico.

1.4.2 Importancia

El convenio arbitral resulta ser la piedra angular del arbitraje, o como lo han denominado varios autores, este es el núcleo de esta materia, ya que a partir de su existencia podemos vislumbrar la manifestación de voluntad de las partes, además de la manera en la que este deberá llevarse a cabo. Al ser tan determinante dentro de un proceso arbitral, será de vital importancia que el mismo sea redactado correctamente. Adelantándonos al tema mismo de este trabajo, podemos decir que la deficiencia en su redacción, puede estropear el proceso arbitral y embaucar a las partes en controversias adicionales como la competencia del tribunal arbitral por ejemplo.

En este sentido su importancia se refleja en la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, ya que en la misma podemos encontrar alrededor de catorce artículos que regulan lo concerniente al convenio arbitral.

1.4.3 Contenido

Dentro de este apartado, establecemos que dentro de un convenio arbitral deberán existir ciertos elementos que propugnen a la efectividad de dicha figura. Al ser este considerado un contrato, existe concordancia en que deberá contener determinadas características para constituirse con convenio arbitral. En este sentido existirán dos tipos de elementos; en primer lugar aquellos que determinan su existencia y validez, llamados elementos esenciales, y aquellos que fijan la vida jurídica de dicho convenio.

En cuanto a los elementos esenciales, varios autores han coincidido en que el convenio arbitral deberá ser tratado como cualquier otro contrato, es así que deberá pasar por el filtro de existencia y validez contenido en el artículo 1461 del Código Civil Ecuatoriano. Así también existen tres elementos concordantes por los tratadistas que debería incluir cualquier convenio arbitral, estos son, el sometimiento a arbitraje; el ámbito del acuerdo de arbitraje y; el carácter definitivo e inapelable del laudo arbitral.³²

1.4.3.1 Elementos de existencia

Al analizar los elementos de existencia es importante destacar que sin ellos el convenio arbitral no es considerado nulo si no que se entiende que jamás nació a la vida jurídica. Estos elementos son a) mutuo consentimiento (elemento psicológico) y b) El objeto y la forma (elementos objetivos). Cabe hacer hincapié en que ha existido discusión sobre la inclusión de este último como requisito de existencia.

a. Mutuo Consentimiento

Según el principio de autonomía de la voluntad, el consentimiento libre y voluntario brindado por las partes constituye un requisito sine qua non para que estas puedan acudir al arbitraje. En este sentido, existe consenso en que esta voluntad debe ser manifestada de una manera expresa e inequívoca. La formulación del acuerdo de las partes supone siempre su necesaria declaración positiva, descartándose, en principio, el convenio patológico por su ambigüedad o contenido contrario o no acomodado a la Ley de Arbitraje.³³ En este contexto entendemos que todo compromiso arbitral deberá contener una afirmación de voluntades clara y precisa.

Dentro de los cuerpos normativos en estudio, encontramos también que esta manifestación de la voluntad no deberá ser realizada necesariamente mediante un acuerdo o cláusula contenida en un contrato. Más bien se permite que esta

³² (Marchán)

³³ (Lorca Navarrete)

manifestación pueda ser verificada a través de intercambio de cartas, télex, telegramas o cualquier otro medio de comunicación que deje constancia. Estas comunicaciones son ofertas y aceptaciones por escrito, que si bien pueden exponer manifestaciones de voluntad, no siempre serán clara y comprobables. Es así que en algunos casos se habla incluso de aceptaciones tácitas.

b. Objeto

Cuando se habla de objeto en el arbitraje, se lo denomina cuestión litigiosa. Para la existencia del convenio arbitral, este segundo elemento debe ser visto en dos dimensiones. Primero, como la cuestión litigiosa directa, la cual es la creación y transmisión de derecho y obligaciones (del contrato principal). Segundo, como cuestión litigiosa indirecta, la cual constituye el objeto de la obligación (lo que se quiere someter a arbitraje dentro del contrato).³⁴

De esta manera es importante establecer qué disputas serán sometidas a arbitraje dentro de la cláusula, Prever cuáles, de las controversias que surjan de una relación jurídica, serán conocidas por árbitros. O podrán también las partes someter todos los conflictos futuros que surjan entre las partes por el negocio jurídico específico.

c. Forma

En este caso, la importancia de este elemento consiste en su capacidad probatoria. Eso lo establece la legislación ecuatoriana contemplada en el artículo 1458 del Código Civil, la cual establece que el convenio arbitral es un contrato formal. En este mismo sentido encontramos disposiciones ya transcritas de la Convención de Nueva York y de la Ley Modelo de la CNUDMI. De esta manera la forma se constituye un requisito esencial al garantizar la seguridad de las partes, en razón de que su voluntad quedará reflejada por escrito.

³⁴ (Martínez de Castro)

1.4.3.2 Elementos de validez

Una vez que se han constatado los elementos de existencia, se puede entonces verificar la validez de la cláusula arbitral. Esta característica hace referencia a la aptitud de un negocio jurídico para producir consecuencias jurídicas. Así el artículo 1461 del Código Civil ecuatoriano reconoce como elementos para determinar la validez de un contrato a la capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto lícito y causa lícita, y facultativamente el contenido. En este sentido, la Convención de Nueva York de ejecución de sentencias también reconoce la importancia de la validez de la cláusula, sancionando dicha invalidez con la prohibición de reconocimiento y ejecución de un laudo internacional.

a. Capacidad

El Código Civil ecuatoriano establece “la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra.”³⁵ Es así que cualquier individuo que celebre negocios jurídicos válidos deberá poseer capacidad legal. En nuestro ordenamiento jurídico, la capacidad es la regla mientras que la incapacidad resulta una excepción. Este tema se encuentra regulado en el artículo 1462 del Código Civil, además de enumerarse cuáles serán las incapacidades taxativamente. En este sentido encontramos a los incapaces absolutos, que son los dementes, impúberes y sordomudos que no puedan darse a entender por escrito; y los incapaces relativos que consisten en las personas jurídicas, mayores adultos, ebrios consuetudinarios y toxicómanos. Establecer la diferencia entre estos dos tipos de incapacidades resulta de vital importancia ya que dependiendo de ello se sancionará con nulidad relativa o absoluta.

Entendiendo que la consecuencia directa de la falta de capacidad es la falta de validez de un acuerdo arbitral, resulta entonces importante analizar en primer lugar esta característica en las cláusulas, así mismo lo ha considerado el Tribunal

³⁵ (Código Civil del Ecuador)

Arbitral que conoció el caso 059-09 CAMCCQ, el cual determinó que este análisis resulta imprescindible para evitar que los procesos nazcan viciados, ya que en la posteridad están expuestos a acciones de nulidad y otros recursos.

b. Consentimiento

Evidentemente, la cláusula arbitral podrá adolecer de vicios de consentimiento como cualquier otro contrato, en este sentido el convenio se regirá a lo establecido en el artículo 1467 de Código Civil del Ecuador, los cuales son denominados error, fuerza o dolo.

c. Objeto Lícito

Existirá libre disposición del objeto sobre el que se disputa el arbitraje.³⁶ No todas las materias pueden ser sometidas a arbitraje. Generalmente están determinadas las materias que no son arbitrables, en el caso de Ecuador, nuestro sistema jurídico establece aquellas que no pueden arbitrarse, estas son acciones penales de hechos ilícitos (artículo 1479 CC), validez o nulidad del matrimonio, derechos de sucesión (artículo 1483 CC), cosas que se encuentran fuera del comercio (artículo 1480 CC), derechos personales (artículo 1480 CC), derechos personalísimos tal como el estado civil de las personas, cuestiones de orden público (artículo 1482 y 1477 CC), los litigios terminados y las acciones de desahucio.

El objeto lícito es contemplado por la Convención de Nueva York en su artículo II, el cual castiga con prohibición de reconocimiento y ejecución de un laudo si se comprueba que el convenio que generó dicho laudo no alcanza a la cuestión litigiosa o en este caso el objeto de la controversia. Es así que resulta importante determinarlo, ya que constituye además el límite sobre el cual actuará y decidirá el árbitro o tribunal.

d. Causa lícita

³⁶ (Vásquez de Castro)

Como conocemos, la causa constituye la motivación final por el cual las partes celebran determinado negocio jurídico. Al señalarse que esta debe ser lícita, se hace referencia al simple hecho de que la misma debe estar permitida por la ley, no deberá oponerse a la moral o al orden público establecido, así como tampoco a las buenas costumbres. En el caso de los convenios arbitrales, la causa de celebrarlos será el separarse de la competencia de tribunales ordinarios, de tal manera que sean árbitros quienes diriman los conflictos suscitados entre las partes.

e. Contenido Facultativo

Si bien la ley ecuatoriana, así como tampoco los instrumentos internacionales contemplan una obligación de las partes de incluir otros elementos dentro del convenio arbitral, resulta necesario dotarlo con algunos detalles que determinarán el curso del arbitraje. Doctrinariamente podemos considerar los siguientes puntos importantes dentro de un convenio o cláusula arbitral:

e.1 Ley aplicable: En el caso de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, esta establece en su artículo 38 que el procedimiento determinado en dicha ley será supletorio, en caso de que las partes no hayan determinado un procedimiento en el convenio. Por otro lado, la Ley Modelo Uncitral establece que la ley aplicable en caso de no establecerse por las partes, será la que determinen las normas de conflicto. Para evitar estos análisis adicionales por parte de los árbitros, resulta importante incluir dentro del contenido la ley que las partes acuerden será aplicable a la controversia.

e.2 Modalidad del arbitraje: Como se ha dejado sentado anteriormente, existen dos tipos de arbitraje, el institucional y el arbitraje ad-hoc, esto lo encontramos contemplado en la Ley Modelo Uncitral, así como en la Ley de Arbitraje y Mediación nacional. En este contexto, dentro de la cláusula o convenio, resulta determinante señalar a qué tipo de arbitraje se

someterán las partes. En caso de no establecerse, se deberá aplicar la ley de la sede, lo cual podrá ocasionar conflictos.

e.3 Sede del arbitraje: Este tema es específicamente importante en el arbitraje internacional ya que como lo hemos mencionado antes, en caso de que no se determine una ley aplicable, lo será la del lugar de la sede. En el caso de un arbitraje doméstico, es importante de igual manera establecer una ciudad. La sede en el arbitraje internacional constituye una conexión subsidiaria a la ley de autonomía en la determinación de la ley aplicable al procedimiento.³⁷

e.4 Carácter definitivo e inapelable del laudo: Este tema es importante también en el ámbito internacional ya que, si bien no es el caso de Ecuador, existen varias legislaciones que todavía permiten la revisión de la materia de fondo de la controversia, lo cual implicaría una dilatación innecesaria a instancias judiciales de la decisión. Es por ello que determinar el carácter inapelable debería ser parte del contenido del convenio.

e.5 Otros elementos: Existirán más temas sobre los que las parte puedan convenir como por ejemplo el idioma, la confidencialidad, las facultades de los árbitros, medidas cautelares, términos y plazos, costas procesales, etc.

1.4.4 Clasificación

Existen dos tipos básicos de acuerdo: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.³⁸ La cláusula compromisoria o cláusula arbitral, como es mayormente conocida, es aquella que está integrada al contrato principal existente entre las partes y contiene el

³⁷ (Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras)

³⁸ (Gil Echeverri)

acuerdo de someter a arbitraje las posibles controversias que se puedan dar en un futuro. La cláusula arbitral es una convención que reviste los caracteres de un contrato, porque de ella nace para las partes la obligación de someter a arbitraje cualquier controversia,³⁹ es el acuerdo arbitral más usado y debe cumplir con ciertos requisitos para que se considere plenamente válida.

Por otro lado el compromiso arbitral es un acuerdo entre las partes para someter el conflicto a arbitraje cuando la controversia ya es existente. En este sentido se ha establecido que mediante el compromiso, las partes deciden someter a la consideración de la justicia arbitral las diferencias ya surgidas o existentes, respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, susceptibles de ser resueltas por el método del arbitraje.⁴⁰

La gran diferencia entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral es temporal, pues en cuanto a la primera es la puerta para resolver deferencia futuras a través de la justicia privada, definiendo la relación jurídica y declarando qué obligaciones futuras serán resueltas por el arbitraje, en el Compromiso los litigios ya existen, acordando las partes en dirimir sus conflictos a través del procedimiento arbitral.

Aun así se puede decir que ambos conceptos, aunque son distintos persiguen el mismo fin, por ello la Ley de Arbitraje y Mediación ha eliminado la distinción que existía entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral, unificando los conceptos en una figura única al cual llama “Convenio Arbitral”.⁴¹ Este convenio, ya sea cláusula o compromiso, es suficiente para impedir que los jueces ordinarios conozcan las cuestiones litigiosas que puedan ser arbitrables. La doctrina demuestra que ésta unificación del compromiso y la cláusula se está dando también a nivel internacional. Así, autores como González Campos señalan: “un examen comparativo de la evolución de los sistemas nacionales, en las últimas décadas, pone de relieve que la distinción entre “compromiso” y “cláusula compromisoria” tiende a desaparecer, en beneficio de una construcción unitaria del

³⁹ (Aylwin)

⁴⁰ (Salcedo)

⁴¹ (Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador)

“convenio de arbitraje.”⁴² Es así que actualmente todas las legislaciones arbitrales modernas entienden por convención de arbitraje tanto a la Cláusula Compromisoria cuanto al compromiso arbitral, a pesar de que aún exista una clasificación.

⁴² (González Campos)

CAPÍTULO SEGUNDO:

CLÁUSULA ARBITRAL PATOLÓGICA

Para que una cláusula arbitral exista, sea válida y además pueda producir efectos jurídicos, es necesario que los elementos mencionados en el anterior capítulo concurren. De otra manera, nos encontramos frente al motivo de estudio de este capítulo: las cláusulas arbitrales patológicas.

Este término hace referencia a convenios arbitrales que, por cualquier motivo no pueden cumplir el objetivo de someter la controversia a jurisdicción arbitral. A continuación se presentará un estudio detallado sobre dichas cláusulas.

2.1 Definición

Como se ha descrito en el capítulo anterior, las cláusulas arbitrales son básicamente el acuerdo mediante el cual las partes deciden renunciar a los foros ordinarios y someter sus controversias a procesos arbitrales.

La palabra patología, es extraída de la ciencia de la medicina y aplicada al derecho, hace referencia originalmente al “estudio de las enfermedades en su amplio sentido, es decir, como procesos o estados anormales de causas conocidas o desconocidas.”⁴³

Etimológicamente, patología proviene del griego *pathos*, que significa “todo lo que se siente o experimenta, estado del alma, tristeza, pasión, padecimiento, enfermedad. En la

⁴³ (Benedicto Chuaqui, Ignacio Duarte, Sergio González y Helmar Rosenberg Universidad Católica de Chile)

medicina pathos tiene la acepción de «estado anormal duradero como producto de una enfermedad», significado que se acerca al de «padecimiento».⁴⁴

Con este antecedente, cabe una analogía hacia el derecho, estableciendo que una cláusula patológica no es más que un convenio arbitral que no ha nacido sano, y que adolece de un padecimiento. Llevando esta definición a un contexto arbitral, encontramos que se hace referencia a una cláusula patológica generalmente cuando nos encontramos frente a acuerdos compromisorios que adolecen de errores de redacción por tanto tienden a ser ambiguos u oscuros.

El término acuerdos arbitrales patológicos se refiere a aquellos acuerdos de arbitraje que detentan defectos capaces de generar inconvenientes en el normal desarrollo de un procedimiento arbitral.⁴⁵ Según lo establecido por Chillón Medina y Merino Merchán; “un convenio arbitral insuficiente es aquel que por defectos de redacción, errores en la determinación de sus elementos constitutivos o insuficiencia en el contenido, resulta ineficaz para iniciar un arbitraje.”⁴⁶ Siguiendo esta línea, el profesor Matheus López ha establecido que las cláusulas patológicas “son aquellas que por defectuosas, imperfectas o incompletas impiden un normal desarrollo del arbitraje”⁴⁷ Por otro se ha definido a estas cláusulas como aquellas que adolecen de algún vicio, razón por la cual han presentado problemas en su aplicación. Este vicio puede hacer referencia a textos contradictorios, oscuros y hasta vagos, mismos que pueden obligar a los árbitros a negar su competencia para conocer la controversia o que asuman una competencia diferente a la de la intención original suscrita por las partes.⁴⁸

En este mismo sentido, Eisemann establece que al encontrarnos frente a una cláusula arbitral patológica, la misma no podrá cumplir con funciones tales como producir efectos vinculantes entre las partes, apartar la intervención judicial, otorgar el poder a los

⁴⁴ (Benedicto Chuaqui, Ignacio Duarte, Sergio González y Helmar Rosenberg Universidad Católica de Chile)

⁴⁵ (Hernández-Bretón)

⁴⁶ (Chillón Medina y Merino Merchán)

⁴⁷ (Matheus)

⁴⁸ (Serrano Puig)

árbitros para resolver las controversias, o permitir la puesta en marcha de un proceso en las mejores condiciones de eficacia hasta que se dicte sentencia.⁴⁹

La cláusula arbitral patológica, en la mayoría de los casos es consecuencia de querer resguardar todos los intereses mediante la regulación de diversos aspectos del arbitraje en el acuerdo arbitral, la falta de reflexión e investigación, o la presión y escasez de tiempo para incluir al convenio arbitral.⁵⁰

“Estas cláusulas son las que seguramente ocasionarán problemas más o menos graves en el desarrollo del arbitraje pudiendo incluso originar la imposibilidad del mismo o la nulidad de las actuaciones. El origen de las cláusulas patológicas suele estar vinculado a la falta de conocimiento de los procedimientos arbitrales, la premura y la copia de cláusulas ya obsoletas.”⁵¹

Es así que podemos deducir que la existencia de una cláusula patológica es determinante para el arbitraje en el sentido en que la misma lo restringiría. En este caso, que se haya pactado una cláusula patológica los efectos de la misma pudieran ser que los tribunales arbitrales tengan una competencia diferente a la pactada, que estos tribunales definitivamente no tengan competencia para conocer la controversia, o que en el caso del derecho internacional, se deniegue el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral.

Bien entendido que el concepto de convenio arbitral “patológico” hace referencia a aquel convenio válido, pero que presenta imprecisiones cuya aparición puede provocar la ineficacia del pacto. El concepto no comprende, por tanto, aquellos supuestos en que este es radicalmente nulo por una razón que afecte a su esencia misma, como la indisponibilidad de la controversia. El convenio arbitral patológico, válido pero no completamente definitorio de la voluntad de las partes, no figura en la generalidad de los

⁴⁹ (Jiménez Figueres)

⁵⁰ (González de Cossío)

⁵¹ (Hernández)

supuestos apuntados extendiéndose la nulidad a los supuestos de ausencia absoluta de consentimiento, de falta de capacidad de las partes y de fraude o error.⁵²

Resulta entonces que las cláusulas arbitrales patológicas son efectivamente acuerdos existentes y válidos en el sentido de que no se encuentran viciados de nulidad. De esta manera, la materia de estudio en las cláusulas arbitrales patológicas se remite a la inoperancia de las mismas.

Este término suele ser utilizado principalmente en la práctica arbitral y en doctrina, y no tanto en la propia legislación. Esto efectivamente sucede en la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, la cual no hace referencia directa a las cláusulas arbitrales patológicas ni a la forma de proceder frente a las mismas. La ley establece sí, los requisitos para constituirse un convenio arbitral válido, como se dejó sentado en el capítulo anterior. Además en su artículo cuarto contempla las causas de nulidad de un convenio arbitral en los casos en los que el Estado celebre una cláusula compromisoria.

2.2 Supuestos de patología

Las cláusulas arbitrales, como hemos señalado, pueden devenir en patologías, y estas a su vez pueden ser variadas, en este sentido diferentes autores han coincidido en determinar algunos supuestos de patologías, entre ellos Merino Merchán⁵³. Estos errores pueden clasificarse en los siguientes:

- a. Respecto de la institución encargada de administrar el arbitraje: Designación errónea, designación de una institución inexistente, localización errónea de la institución. Ejemplo:

“En caso de litigio entre las partes, toda cuestión relativa al presente contrato, la disputa será sometida al reglamento de la Asociación Arbitral Internacional aplicable en la ciudad de Londres, Inglaterra.”

⁵² (Artuch Iriberry)

⁵³ (Chillón Medina y Merino Merchán)

Se hace referencia a una institución como la Asociación Arbitral Internacional que no existe. Lo que presentará dificultades con respecto al reglamento a utilizar y a la designación de los árbitros.

- b. Respecto de la designación de los árbitros: mecanismo inoperante para la designación, excesiva previsión de requisitos, limitaciones que les impidan conocer determinadas materias, inexistencia de la forma de designación del tercer árbitro, designación contraria al reglamento, número par de árbitros. Ejemplo:

“El árbitro deberá ser de nacionalidad japonesa, que hable perfectamente inglés y español, de profesión abogado y economista y por lo menos con treinta años de experiencia en materia de propiedad intelectual.”

De esta cláusula se desprende que probablemente se redactó pensando en una persona específica que: i) pudiera no estar disponible, ii) pudiera tener conflicto de intereses, o iii) o si no se pensó en una persona concreta pudiera ser muy difícil llegar a encontrar un árbitro con tales características.

- c. No determinar de manera inequívoca el sometimiento al arbitraje: coexistencia con otro modo de solución de conflictos, imprecisión de recurrir al arbitraje, falta de vinculación. Ejemplo:

*“Todas las controversias que resulten de este Contrato o que guarden relación con éste **podrán** ser sometidas al arbitraje. El proceso se llevará a cabo en idioma español. Este Contrato será regido por los Principios UNIDROIT 2004”*

La cláusula descrita no cumple con la función de producir efectos obligatorios para las partes, sino que únicamente les confiere una mera facultad de someter el litigio a arbitraje. Al establecerse que las partes podrán

someterse a arbitraje no excluye la posibilidad de recurrir a la justicia ordinaria y consecuentemente la cláusula deviene inválida.

- d. Posibilidad de apelar ante jurisdicciones estatales en materia internacional.

Ejemplo:

“En caso de disputa, las partes acuerdan someterse al arbitraje, pero en caso de litigio, el Tribunal de la Seine tendrá jurisdicción exclusiva”⁵⁴

En este caso, la presente cláusula resultaría inoperante, debido a su ambigüedad y la contradicción existente para la selección del mecanismo para resolver el conflicto. Esto es un obstáculo insalvable para la efectiva invocación de la jurisdicción arbitral ya que cuando hay dos cláusulas de selección de foros, estas se cancelan por ser contradictorias.

- e. Designar una normativa derogada o inexistente. Ejemplo:

“El arbitraje será llevado a cabo en derecho bajo las normas de comercio latinoamericanas.”

En este tipo de cláusulas se determina que los árbitros tendrán que juzgar aplicando una legislación que no existe. En este caso la aplicación del arbitraje deja de ser inequívoca.

- f. Fijación de plazos que imposibiliten la práctica del arbitraje. Ejemplo:

“El arbitraje deberá llevarse a cabo en un plazo de treinta días, plazo después del cual el laudo será emitido.”

⁵⁴ (Sofe)

Dentro de este tipo de cláusulas, se establecen plazos excesivamente rigurosos, que en la práctica resultan inejecutables debido a los tiempos razonables que toman la designación de los árbitros, la fijación de audiencias y en general todo el proceso arbitral.

- g. Estipular convenio ambiguo. Ejemplo:

“Las partes podrán resolver sus controversias mediante negociación o arbitraje.”

En el presente caso, el verbo "poder" indica facultad, no obligación, por lo tanto la redacción con carácter potestativo ocasionaría problemas.

- h. Convenio en blanco: Omitir norma de designación de árbitros o la modalidad de arbitraje. Ejemplo:

“Cualquier disputa relativa de la interpretación del presente contrato será resuelta por un tribunal arbitral con sede en un país distinto al de las partes, bajo legislación del país sede.”

En la cláusula anterior se revela justamente que se dejan elementos importantes sin esclarecer lo que degenera usualmente en inoperancia del arbitraje.

- i. Incluir elementos opuestos. Ejemplo:

“Todos los esfuerzos serán hechos para resolver por negociación toda controversia que pueda eventualmente surgir entre el comprador y el vendedor. Si resulta imposible llegar a un acuerdo sobre una divergencia con respecto a la ejecución o interpretación del presente contrato, el caso será sometido a la decisión de una Corte de Arbitraje. La Corte de Arbitraje se establecerá en Estocolmo y será compuesta por tres miembros, uno nominado por el comprador, uno por el vendedor y uno por la Cámara de

Comercio de Estocolmo, este último tendrá la calidad de Presidente. Los árbitros no deberán ser ni Franceses, ni Finlandeses, ni estar domiciliados en Francia o Finlandia. La Corte de Arbitraje se deberá conducir de acuerdo a los procedimientos publicados por la Cámara de Comercio Internacional para sus propios arbitrajes, en la medida que dichos procedimientos no sean contrarios a estas estipulaciones”⁵⁵

Esta cláusula supone resolver una cuestión preliminar relativa a la naturaleza del arbitraje. A pesar de que se trata de un arbitraje ad hoc, la cláusula hace referencia al reglamento de la CCI (institución arbitral) sin especificar que artículos son aplicables. Afirma Eisemann que la cláusula está sujeta a discusión y podría ser la fuente de múltiples incidentes procedimentales.

En todo lo anteriormente anotado, podemos encontrar que las patologías pueden ser determinadas objetivamente, sin embargo estas pueden ser subsanables o no y esto último sí dependerá de los lineamientos y principios de interpretación a ser utilizados por los árbitros que conozcan la ejecutabilidad de la cláusula.

2.3 Clasificación Doctrinaria

Dentro de este apartado dejaremos sentadas dos de las clasificaciones, propuestas por distinguidos doctrinarios, las cuales se consideran importantes en cuanto a los convenios arbitrales patológicos, según la concepción de diferentes doctrinarios. En primer lugar encontramos el criterio anunciado por el profesor Ramón Escobar Alvarado han clasificado las cláusulas patológicas en tres grupos, los cuales han buscado englobar todos los supuestos de patologías, a continuación una reseña de los mismos:

- a. Cláusulas híbridas: Un acuerdo de arbitraje recae en este grupo cuando se vuelve optativo, es decir que no excluya la jurisdicción de los Tribunales judiciales. En el caso por ejemplo de que el convenio haga referencia a recibir asistencia judicial de tribunales estatales, o en cualquier caso en el que

⁵⁵ (Eisemann)

la redacción pueda plantear dudas sobre la voluntad de las partes de someter las controversias del contrato a arbitraje o a los Tribunales ordinarios. En estos supuestos, tradicionalmente se ha entendido que no cabía considerar que existía una sumisión válida a arbitraje ya que el sometimiento a arbitraje no era claro. Del mismo modo, también se concluía que de la redacción de la propia cláusula se desprendía que no había una clara sumisión a la jurisdicción ordinaria. En definitiva, este tipo de cláusulas no tiene efectividad y dejaba a las partes en un “limbo jurídico” según la mayoría de tribunales. Aun así existen sentencias en las que se reconoce la validez de estas cláusulas, entendiéndose que las partes pueden diferir su decisión de acudir a una u otra vía (arbitraje o jurisdicción ordinaria) hasta el momento en que surja el conflicto, sin tener que optar anticipadamente por una de ellas.

b. Cláusulas carentes de certeza: hace referencia a las cláusulas confusas anteriormente citadas, en este caso se ha realizado una subclasificación estableciéndose:

b.1. Definiciones extremadamente cerradas del tipo de disputas relativas a un contrato sometidas a arbitraje, sería el caso por ejemplo en el que se estipule que se someterán a arbitraje solamente las disputas sobre la interpretación del contrato. No se incluyen fórmulas suficientemente abiertas y flexibles que permitan que el arbitraje pueda efectivamente resolver el conflicto como por ejemplo si se hiciera alusión a conflictos resultantes o relacionados con el contrato.

b.2 En caso de estipularse un arbitraje institucional, es común que se den errores en la identificación de la institución de arbitraje, lo cual conlleva la imposibilidad de conocer qué institución querían las partes que administrara el arbitraje, o puede también surgir confusión entre dos o más instituciones. Es el caso por ejemplo en el que se pacte una cláusula que establezca que las partes acuerdan someter cualquier discrepancia o litigio derivado del contrato a los *tribunales de arbitraje*. En este sentido

encontramos claramente la voluntad de ambas partes de someterse a un proceso arbitral institucional, sin embargo y a pesar de ello, el mismo no es factible ya que no se designa específicamente la institución arbitral. Claro que de surgir la controversia, las partes podrán acordar acudir a un tribunal arbitral concreto y someterse a su reglamento, o en su defecto podrán determinar la institución arbitral mediante tribunales ordinarios. Sin embargo en estos casos es muy común encontrar que, la jurisdicción ordinaria es precisamente la que termina conociendo este tipo de conflictos, ya que evidentemente existe una cláusula patológica y muy seguramente una de las partes se opondrá al arbitraje.

b.3 Convenios arbitrales en los que se pretende pactar un arbitraje institucional pero que: no incluyen un sometimiento de las partes al reglamento de la institución; cuyo tenor literal plantea dudas sobre la intención de las partes de designar a la institución únicamente como autoridad nominadora y no para administrar el arbitraje; o incluyen exclusiones de las reglas del reglamento de la institución no aceptables para ésta.

c. Cláusulas inoperantes o inejecutables: Se hace alusión a los convenios arbitrales que si bien existen y son válidos, no se pueden llevar a cabo. En este sentido se ha realizado también una subclasificación de los mismos:

c.1. Designación de una autoridad nominadora que no existe, como consecuencia de errores en el nombre o porque ha desaparecido posteriormente.

c.2. Inclusión de un conjunto de requisitos (nacionalidad, dominio de diversos idiomas, titulaciones, experiencia, etc.) que deban cumplir los árbitros y que limite en la práctica excesivamente o incluso imposibilite que se puedan encontrar candidatos que cumplan la totalidad de los requisitos exigidos la cláusula.

c.3. Sometimiento al arbitraje de uno o varios árbitros concretos que luego no pueden aceptar su nombramiento, sin prever un sistema de designación de nuevos árbitros para esta eventualidad.

En este mismo contexto encontramos la clasificación de los convenios arbitrales insuficientes o patológicos propuesta por el profesor Serrano Puig, quien ha determinado cuatro clases de convenios arbitrales defectuosos: las cláusulas alternativas, las cláusulas contradictorias, cláusulas diminutas y cláusulas confusas.

- a. Cláusulas Alternativas: En el presente caso se hace alusión a acuerdos en los que se deje la posibilidad de que las controversias sean dirimidas mediante arbitraje o a través de jurisdicción estatal. En este sentido cabe hacer una diferencia ya que existen cláusulas patológicas en las que una sola de las partes se guarda la facultad de elegir el foro, y en este caso nos encontramos frente a una patología especial, ya que, se ha logrado subsanar el error en los casos en los que ambas partes se han atribuido el derecho de acudir a tribunales ordinarios, sin embargo cuando es una de las partes, esta patología tiende a ser considerada insubsanable ya que se entiende que existe una declaración unilateral de someterse a arbitraje y no un acuerdo de voluntades como es necesario.
- b. Cláusulas Contradictorias: Este tipo de convenios se hacen presentes usualmente en los casos en los que la redacción de los mismos es demasiado extensa, además puede ser fruto de la falta de experiencia de las partes en cuanto a procedimientos arbitrales. En este sentido algunos doctrinarios han denominado a este tipo de cláusulas como combinadas ya que contienen tantos elementos que al no complementarse, se contradicen entre sí, de tal manera que quitan efecto al arbitraje.⁵⁶
- c. Cláusulas confusas: Como se estableció anteriormente, existe convenios arbitrales que contienen abundante detalle, y es justamente en estos casos en

⁵⁶ (Guerrero del Río)

los que los mismos se tornan confusos. Se las ha llamado también cláusulas desastrosas ya que es imposible dilucidar la existencia de un convenio arbitral debido a su ambigüedad. En este tipo de acuerdos suelen perderse los elementos constitutivos del convenio arbitral.⁵⁷

- d. Cláusulas diminutas: Este tipo de cláusulas tienen tres características, son generales, vagas o difusas; también pueden ser llamadas cláusulas blancas o vacías. En algunos casos son tan oscuras que generan una duda razonable en los árbitros de que las partes verdaderamente quisieron llevar a cabo un procedimiento arbitral.

Por otro lado, el Dr. Gerardo Martín Hernández, miembro del Centro de Arbitraje y Mediación de Nicaragua, ha proporcionado una clasificación paralela en los siguientes términos:

- a. La cláusula indecisa: como en las anteriores clasificaciones, nos encontramos frente a aquellas cláusulas que establecen el arbitraje como un mecanismo para solución de conflictos pero también establecen la opción de acudir a la vía judicial. Tiende a darse en los casos en que el ámbito de los problemas a resolverse mediante arbitraje se fija de forma limitada y queda la duda si conflictos no mencionados en la cláusula deben resolverse en la vía arbitral o en la vía judicial. El ejemplo citado por Hernández: “Las partes acuerdan que cualquier desacuerdo relativo a la interpretación del contrato se resolverá en la vía arbitral, los demás conflictos se resolverán en la vía judicial.”⁵⁸
- b. La cláusula con expectativas no realistas: en este tipo de cláusula, las partes establecen criterios muy difíciles de conseguir, tales como calificaciones especiales de los árbitros demasiado rigurosas que se tornan difícilmente cumplibles o la fijación de plazos demasiado breves para resolver asuntos complejos. Por ejemplo “los árbitros deberán ser abogados especialistas en

⁵⁷ (Jiménez Figueres)

⁵⁸ (Hernández)

derecho marítimo, hablar español, francés, mandarín e italiano y deberán dictar el laudo en un plazo no mayor de un mes.”⁵⁹

- c. La cláusula “Código de Procedimiento”: se extiende intentando abarcar y prever todas las situaciones posibles, como si fuese un verdadero código de procedimiento.
- d. La cláusula desfasada: esta se origina cuando se hace uso de una cláusula antigua que contempla la intervención de algún organismo que ya no existe o que simplemente no intervendrá en el proceso arbitral por no ser parte de sus funciones. Por ejemplo hacer referencia a que “el tercer árbitro será nombrado por el presidente de la República.” En este sentido, creo que este tipo de cláusulas podría asimilarse a aquella con expectativas no realistas ya que finalmente ambas dejan de cumplirse por imposibilidades de facto.

2.4 Clasificación según Convención de Nueva York de 1958

Como se ha establecido, la Convención de Nueva York de 1958 sobre ejecución de sentencias es uno de los instrumentos internacionales más utilizados e importantes en el entorno arbitral internacional. Es así que resulta indispensable establecer lo que este cuerpo normativo dispone en cuanto a la clasificación de acuerdos arbitrales insuficientes o patológicos. En artículo II (3) de dicha Convención establece:

*“El tribunal de todo Estado Contratante, al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, deberá, a instancia de una de ellas, remitirlas a arbitraje, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”*⁶⁰

⁵⁹ (Hernández)

⁶⁰ (Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras)

Esta convención establece algunos requisitos para que se pueda proceder con la ejecución y reconocimiento de laudos extranjeros. Uno de ellos es precisamente que el convenio arbitral por el cual se llevó a cabo el proceso no sea nulo, ineficaz o inaplicable. En este sentido ha existido variada doctrina y jurisprudencia que ha determinado la no ejecución ni reconocimiento de sentencias por considerar que un convenio recae en uno de los tres supuestos. Es así que se ha entendido que esta norma es el último filtro de control de la cláusula arbitral, ya que ha sido en primer lugar aprobada por el tribunal y si se ha generado una acción de nulidad posterior al laudo, la cláusula debió haber sobrevivido a la misma para poderse ejecutar en otro país. Al ser tan importante esta disposición de la Convención de Nueva York, ha existido diversa interpretación de la misma. A continuación un análisis.

- a. Cláusula Arbitral Nula: El profesor Albert Jan van den Berg encuentra que la nulidad podrá remitirse a un convenio arbitral que se encuentra afectado desde un principio por alguna clase de invalidez.⁶¹ Como lo hemos analizado con anterioridad, la nulidad se manifiesta cuando los requisitos de validez hayan sido omitidos en la cláusula; estos son capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto lícito, causa lícita. En este sentido se ha encontrado que en la práctica resultaría muy poco frecuente una alegación de convenio arbitral nulo ya que se aplicaría en primer lugar el principio de independencia del convenio arbitral sobre el contrato, es decir si no existiere consentimiento, esta falta deberá demostrarse específicamente sobre el convenio; y en segundo lugar al establecerse en el artículo II (2) de la misma convención que el acuerdo deberá constar por escrito, se presumirá que las partes han acordado someterse a un proceso arbitral. En este contexto encontramos jurisprudencia que ha establecido:

“El significado del Art. II (3) –el más consistente con el objetivo general de la Convención- es que un acuerdo arbitral es “nulo” únicamente (a) cuando está sometido a una defensa internacionalmente reconocida, tal como

⁶¹ (Marchán y Robalino)

coerción, erro, fraude o renuncia, o (b) cuando contraviene políticas fundamentales del Estado en donde se celebra el arbitraje. La expresión “nulidad” debe interpretarse en forma restrictiva, ya que los países signatarios han declarado conjuntamente una política general acerca de la exigibilidad de los acuerdos para arbitrar. No se debe permitir que los intereses localistas del Estado sede ni de los de aquellos Estados que tienen una relación más significativa con la disputa reemplacen aquella presunción. Se cumplirá mejor la intención de la Convención mediante un enfoque que conduzca a defender los acuerdos para arbitrar”⁶²

Es entonces que el convenio nulo resultaría ser una extraña excepción al reconocimiento y ejecución de sentencias ya que en principio la validez del mismo se entiende comprobada al haberse dictado ya un laudo en virtud de la cláusula supuestamente nula.

- b. Cláusula Arbitral Ineficaz: Dentro de este grupo encontramos a aquellos convenios que efectivamente han nacido válidos, sin embargo, posteriormente han dejado de producir efectos válidos. En doctrina se los conoce también como acuerdos arbitrales caducados⁶³. Se hace referencia a aquellos en los que la caducidad no debe ser entendida de manera adjetiva, sino más bien en relación con los efectos de dicho acuerdo arbitral, según el cual las partes hayan acordado someter las controversias a arbitraje en un plazo determinado, después del cual, las partes no podrán acogerse al arbitraje si no a justicia ordinaria. En este sentido el tratadista González de Cossío ha considerado varios supuestos de convenios arbitrales ineficaces, en el caso de que existan condiciones para llevar a cabo el arbitraje que no puedan ser cumplidas, o que el convenio haya sido revocado, modificado, novado o que en su defecto la controversia ya haya sido conocida y dirimida

⁶² (Marchán y Robalino)

⁶³ (Matheus)

por tribunales de justicia ordinaria.⁶⁴ Se ha señalado también que la ineficacia puede provenir del hecho de que las partes hayan dado por terminado el contrato principal.

- c. Cláusula Arbitral Inaplicable: En este último caso establecido por la Convención, encontramos a la inaplicabilidad de un convenio arbitral, que hace referencia básicamente al objeto del acuerdo arbitral, es decir al sometimiento al arbitraje. En este sentido se entiende que el convenio inaplicable comprende una imposibilidad de poner el sistema arbitral en funcionamiento, es decir tiene un carácter más fáctico que jurídico en virtud de que este acuerdo podrá contener inconsistencias, oscuridad e ininteligibilidad.

Son este tipo de convenios los llamados cláusulas patológicas por excelencia, en primer lugar debido a la frecuencia con la que se presentan en el entorno arbitral, y además porque recogen todos los supuestos de error en la redacción de la cláusula que hemos revisado anteriormente en la doctrina. Es así que por ejemplo González de Cossío ha señalado que “algunos ejemplos de circunstancias que pueden acarrear la inaplicabilidad del acuerdo arbitral son la mala redacción que propicie nudos gordianos como el problema de la designación del centro, que no se cuente con recursos para satisfacer el anticipo del arbitraje, alternatividad, designación de un árbitro que haya fallecido, cláusulas en blanco, fechas imposibles de cumplir...En la jerga arbitral se les alude con frecuencia como cláusulas patológicas”.⁶⁵

La consecuencia directa y más común en estos casos, es precisamente que se termine acudiendo a justicia ordinaria (lo cual se pretendía evitar con el sometimiento a arbitraje) para solucionar la competencia del tribunal arbitral, en este contexto se ha señalado también que “una cláusula arbitral redactada en forma defectuosa o ambigua puede dar lugar a largos procesos judiciales

⁶⁴ (González de Cossío)

⁶⁵ (González de Cossío)

previo al inicio del arbitraje o cuando se busque la ejecución de un acuerdo o laudo arbitral, desnaturalizando de esta manera el principal objetivo del arbitraje, que es la resolución de disputas de una manera rápida y sin intervención de los jueces y cortes locales.”⁶⁶

Dentro de este tipo de convenios, la doctrina ha establecido una vez más que la complejidad de la cláusula puede sobrevenir en convenios inaplicables. Es decir cuando se ha incurrido en demasiados detalles que pueden llegar a confundir el proceso arbitral. A manera de ejemplificación, encontramos la siguiente cláusula que evidentemente no apunta a un desarrollo integral del arbitraje y lo entorpece: “En caso de que cualquiera de las partes teman que el árbitro está desequilibrado por razones que han llegado a su conocimiento después del inicio del arbitraje, y acordaren que el árbitro ha perdido el juicio deberán así notificarlo al árbitro. Las razones para dudar del sano juicio del árbitro deberán ser extremas, incluyendo pero no limitándose a realizar comentarios sin sentido, desconcentración continua y conductas extrañas como bailar en público sin razones justificables. En caso de que como resultado de un examen psiquiátrico se compruebe que el árbitro ha perdido el juicio deberá cada parte pagarle honorarios para su pronta recuperación de hasta 100.000 yenes y en caso de que del examen psiquiátrico no se compruebe que el árbitro ha perdido el juicio las partes acuerdan pagar un honorario de disculpa de hasta 100.000 yenes”.⁶⁷

Es entonces que la Convención de Nueva York propugna como es lógico a una correcta redacción de la cláusula arbitral, ya que en su defecto, los efectos de este convenio se verían limitados al negarse la competencia del tribunal. Además la convención contempla la posibilidad de que el reconocimiento y ejecución de las sentencias en diferentes Estados pueda ser negado en el caso de que existan errores en la redacción de la cláusula. En

⁶⁶ (Marchán y Robalino)

⁶⁷ (J. M. Marchán)

este contexto, si bien una cláusula puede permitir que el procedimiento arbitral se lleve a cabo, está sufriendo de patología si disminuye los efectos que en un principio ambas partes hubieran deseado otorgarle. Es así que si las partes no someten todas las controversias a arbitraje, aquellos conflictos excluidos deberán ser conocidos por tribunales ordinarios. La consecuencia directa de que existan decisiones tomadas por órganos arbitrales y ordinarios sobre un mismo tema, es que las sentencias contengan inconsistencias y contradicciones entre sí. Por ello es importante establecer el alcance que un convenio arbitral tendrá.⁶⁸

⁶⁸ (Conejero, Zuleta y Tawil)

CAPÍTULO TERCERO:

PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN “FAVOR ARBITRALIS”

Después de haber expuesto a detalle lo concerniente a la cláusula arbitral y ampliar el análisis sobre las cláusulas compromisorias patológicas, haremos referencia al tema que atañe a este estudio, la aplicación del principio favor arbitri en los convenios insuficientes por parte de los tribunales arbitrales.

Evidentemente existen ciertas variaciones en los procesos arbitrales, dependiendo de cada reglamento, sin embargo, en la generalidad de los casos, dentro de un proceso arbitral, en primer lugar el tribunal deberá declararse competente para conocer la controversia. Dicha competencia solamente será declarada cuando exista una cláusula compromisoria válida que someta a ambas partes a jurisdicción arbitral. Por ello, es deber del tribunal conocer la cláusula, analizarla y, de cumplir con los supuestos de existencia y validez, declarar su propia competencia (esto lo hacen en virtud del principio kompetenz-kompetenz).

En este contexto, cuando la cláusula arbitral no es totalmente clara y tiende a generar dudas sobre la voluntad de las partes, el tribunal se encontrará frente a dos posiciones dentro del proceso. Declarar su competencia en virtud de que la cláusula compromisoria sí puede causar efectos jurídicos válidos o fallar en el sentido de que esta cláusula no es vinculante para las partes y por tanto la controversia no es arbitrable.

En este sentido, la declaratoria de competencia resulta ser la puerta que permite el paso a la celebración de un proceso de arbitraje; y de ello deviene la importancia de una correcta interpretación de la cláusula compromisoria por parte del tribunal.

Es en este momento cuando entra en análisis el favor arbitri, que constituye uno de los principios, que fungen como herramientas de interpretación de un convenio arbitral, este conjuntamente con otros principios, servirá para la valoración de la cláusula por parte de los árbitros. Dentro del estudio se hará referencia a los principales principios de interpretación, empero, la razón por la que hemos elegido tratar específicamente el principio pro arbitraje con mayor detenimiento, consiste en la frecuencia con la que este es traído a colación dentro de un proceso arbitral con el objetivo de solicitar al tribunal que se valide una cláusula patológica.

3.1 Principios de Interpretación del Convenio Arbitral

En materia de arbitraje encontramos varios principios de los cuales se servirán los árbitros para interpretar el convenio arbitral. Algunos de ellos constituyen principios universales del derecho, mientras que otros han sido concebidos para el entorno arbitral puramente.

A continuación se hará referencia a los principios de interpretación del convenio arbitral de mayor relevancia.

3.1.1 Principio Kompetenz- Kompetenz

Como se ha establecido en la introducción de este capítulo el principio kompetenz-kompetenz implica el otorgamiento al tribunal arbitral de la potestad para decidir sobre su propia competencia para conocer determinada controversia. Evidentemente, al hablar de competencia, es importante dejar sentada la diferencia con la jurisdicción, diferencia que se encuentra reglada en varios cuerpos normativos. Nosotros haremos referencia a lo establecido en el artículo 150 del Código Orgánico de la Función Judicial que establece:

“Art. 150.- Jurisdicción.- La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia.”⁶⁹

⁶⁹ (Código Orgánico de la Función Judicial)

Del artículo transcrito podemos entender la diferencia entre estos dos conceptos, ya que la competencia supone la medida de la jurisdicción. En este sentido es importante también determinar la fuente de la competencia de los árbitros para administrar justicia. Esta nace precisamente de algunas disposiciones legales de varios instrumentos normativos, como la Constitución, la Ley de Arbitraje y Mediación y también el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 7:

“Art. 7.- Principios De Legalidad, Jurisdicción y Competencia.- La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones.

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas por la Constitución y la ley.

Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley.

Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales, de conformidad con la Constitución y la ley.

No ejercerán la potestad jurisdiccional las juezas, jueces o tribunales de excepción ni las comisiones especiales creadas para el efecto.”⁷⁰

Dentro de este contexto legal (subrayado me pertenece), ubicamos a la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador que precisa ya en un ámbito arbitral lo referente a la competencia en su artículo 22:

“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

⁷⁰ (Código Orgánico de la Función Judicial)

que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia.

Si el tribunal se declara competente ordenará que se practiquen en el término que el tribunal señale las diligencias probatorias solicitadas en la demanda, contestación, reconvencción, modificación y contestación a ésta, siempre que fueren pertinentes, actuaciones que deberán cumplirse durante el término señalado por el tribunal arbitral.

Si las partes se encontraren presentes en la audiencia podrán precisar las pretensiones y los hechos en las que ésta se fundamenta.”⁷¹

Cuando se hace referencia a la declaración de competencia en un sistema arbitral, como lo hace el artículo precedente, nos encontramos frente al principio materia de estudio de este apartado. Dentro del proceso arbitral concebido en el Ecuador, los árbitros tendrán oportunidad procesal para determinar su competencia y solo después de esto, se ventilarán los hechos y las pretensiones.

En este mismo sentido, la Ley Modelo Uncitral en su artículo 16, inciso primero reza:

“Artículo 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia

1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.”⁷²

Dentro de esta disposición encontramos también una referencia al principio de autonomía de convenio arbitral, mismo que suele ser fusionado con el principio

⁷¹ (Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador)

⁷² (Ley Modelo Uncitral, COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL)

kompetenz-kompetenz, sin embargo para el presente estudio, realizaremos análisis separados.

Ya en el ámbito doctrinario, este principio ha sido largamente recogido por diversos autores, en este sentido existe coincidencia en que el principio kompetenz-kompetenz es de carácter procesal, “ya que constituye un poder inherente de todo tribunal arbitral al otorgar potestad para resolver sobre su propia competencia, antes que cualquier tribunal ordinario.”⁷³

En su formulación inicial, bajo la vertiente alemana, el principio Kompetenz-Kompetenz, implicaba una facultad absoluta de los árbitros para decidir sobre su competencia. La formulación más moderna de este principio, ha implicado entenderlo como uno limitado, en el cual los árbitros tienen prioridad temporal para conocer de su propia competencia, sin perjuicio de que posteriormente, las cortes puedan revisar esta decisión.⁷⁴

Es importante resaltar la importancia que tiene una correcta declaratoria de competencia cuando hablamos de la anulabilidad de un laudo, ya que la mayoría de cuerpos normativos reconoce como una de las causales para la procedencia de la acción de nulidad del laudo, la falta de competencia del tribunal arbitral. Este es el caso por ejemplo de la Ley Modelo Uncitral que reconoce a la falta de competencia como motivo para anular el laudo, así también las leyes de arbitraje colombianas y peruanas.

El tratadista Roque Caivano, ha establecido siguiendo este criterio que “es admitido, casi universalmente, que la determinación de los árbitros acerca de su propia competencia está sujeta a control judicial.”⁷⁵

En este sentido, haciendo alusión al modelo ecuatoriano, debemos decir que el legislador dentro de la Ley de Arbitraje y Mediación, ha considerado que la falta de competencia

⁷³ (Egas)

⁷⁴ (Romero)

⁷⁵ (Caivano)

de un tribunal arbitral es un tema que los tribunales ordinarios no conocerán en ninguna instancia. Esto lo establece el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, en el cual se dejan sentadas las causales taxativas para la procedencia de la acción de nulidad del laudo:

“Artículo 31 LAM.- “Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando: a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o, e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral. ...”⁷⁶

De la disposición citada, puede dilucidarse la fuerza e importancia que refleja el arbitraje en Ecuador, ya que no resulta común encontrar legislaciones que otorguen un poder inapelable a los árbitros en este sentido.

3.1.2 Principio de Autonomía del Convenio Arbitral

Este principio rector del arbitraje, ha sido largamente analizado por innumerables doctrinarios, además de haber sido recogido reiteradamente dentro de la jurisprudencia. Este concepto también conocido como principio de separabilidad de la cláusula arbitral (proveniente del derecho anglosajón *Separability of the arbitration clause*), se refiere a que la validez del contrato principal, no afecta la validez de esta cláusula. Este hecho constituye una excepción al principio universal *Accesorium sed sequitur suum*

⁷⁶ (Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador)

principale (lo accesorio sigue la suerte de lo principal), ya que la cláusula compromisoria puede estar revertida de validez mientras que el contrato principal sea nulo o, viceversa.

En esta línea han fallado numerosos tribunales, entre ellos la Cámara de Comercio Internacional en el caso No 7929 de 1995, que en su motivación estableció “Que un tribunal arbitral estime que el contrato en el que se recogía el acuerdo de arbitraje es inexistente o nulo, no se traduce en que el acuerdo de arbitraje en sí devenga inexistente o nulo. Es un principio conocido en arbitraje internacional que el acuerdo de arbitraje es autónomo y separable del resto del contrato”⁷⁷

El fundamento jurídico para establecer dicho principio, establece que la cláusula compromisoria constituye un contrato per se, que es independiente del contrato originario que regla lo relativo al fondo del negocio jurídico. Es así que ambos contratos deberán cumplir, por separado con los requisitos de existencia y validez requeridos según la legislación aplicable.

Uno de los requisitos universales para constituir un contrato es la voluntad. Y sobre este elemento se ha hecho hincapié reiteradamente en materia arbitral ya que, para configurar un contrato de convenio arbitral que pueda producir efectos jurídicos, es necesario que exista expresa voluntad de las partes de someterse a jurisdicción arbitral. En este sentido la doctrina ha entendido que la cláusula arbitral es independiente de la eficacia o ineficacia del contrato principal, es un negocio autónomo que no depende de la nulidad o inexistencia del contrato, por lo que inclusive la doctrina la ha calificado como un contrato dentro de otro contrato.

Otro de los fundamentos del principio de autonomía de la cláusula arbitral es el razonamiento bajo el cual se establece que el objetivo de insertar una cláusula arbitral dentro de un contrato es precisamente que sean árbitros quienes diriman las controversias suscitadas en relación al contrato principal. En caso de que el contrato

⁷⁷ (9579)

principal contenga vicio de nulidad, será un tribunal quien lo declare ya que juntamente con el contrato principal, la cláusula compromisoria será nula, por tanto la controversia inarbitrable. Se dice que a través de la autonomía se busca garantizar que las excepciones planteadas por alguna de las partes sobre inexistencia o nulidad, no paraliquen al sistema.

“El principal efecto de este principio es que salvo, supuestos excepcionales, serán los árbitros competentes para conocer y fallar acerca de cualquier vicio del convenio arbitral, así como acerca de si la materia controvertida sometida a su conocimiento es legal y contractualmente arbitrable.”⁷⁸

En esta misma línea, Fernández Rozas establece que en virtud de este principio “el tribunal arbitral está facultado para decidir sobre la invalidez o nulidad del contrato principal dentro de su propia competencia. La separabilidad, favorece de este modo el cauce arbitral al asegurar que este procedimiento sea siempre el modo de solución cualesquiera que sean las vicisitudes del contrato en el que está inserto; por tanto, la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso iure la nulidad de la cláusula compromisoria.”⁷⁹

En cuanto a lo que refiere la ley ecuatoriana a este respecto, encontramos el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación que establece 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 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

⁷⁸ (Cantuarias)

⁷⁹ (Egas)

que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje.

La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral.

No obstante haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al Juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y, de hallarse pendiente un recurso, deberán, además, desistir de él.”⁸⁰

En esta sola frase se contempla también dentro de la legislación ecuatoriana el principio de autonomía del convenio arbitral, estableciendo que la cláusula compromisoria sobrevive a la nulidad del contrato principal.

3.1.3 Principio del Efecto Útil

Este principio de interpretación de la cláusula arbitral ha sido ampliamente aceptado, a la vez que se lo ha estudiado con algún detenimiento. Originario del derecho romano, y concebido en latín como “*principio ut res magis valeat quam pereat*”, hace referencia a que cuando existan dos posibles sentidos de un precepto, uno de los cuales produce consecuencias jurídicas y el otro a nada conduce, debe preferirse el primero.⁸¹ En este sentido, entendemos que en caso de existir dos interpretaciones contradictorias o dos posibles significados de la misma disposición, se debe, preferir la interpretación que proporciona un significado cierto a esas palabras, en lugar de seguir un enfoque que prive de significado.

El fundamento principal y lógico de este principio, está ligado a la idea de que si las partes incluyeron determinada norma dentro de un contrato, es porque debieron haber tenido la intención de que esta surta efectos, de otro modo no se hubiera pensado en la posibilidad de incluir términos que fueran totalmente ajenos a la voluntad de las partes.

⁸⁰ (Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador)

⁸¹ (92Se)

Siguiendo este razonamiento, encontramos la disposición 4.5 de los Principios Unidroit, conocidos por su aplicación generalizada internacionalmente en temas mercantiles y arbitrales. Este instrumento reconoce el principio de efectividad:

“Artículo 4.5.- (Interpretación dando efecto a todas las disposiciones) Los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos.”⁸²

Dentro de la legislación ecuatoriana, se encuentra regulado lo concerniente a este principio, es así que, el artículo 1578 del Código Civil ecuatoriano establece textualmente:

“Art. 1578.- El sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno.”⁸³

De las disposiciones anotadas podemos entonces decir que cualquier tribunal arbitral u ordinario, deberá preferir siempre otorgar sentido a un contrato o cláusula contenida en él, cuando existan dudas sobre la interpretación de la misma.

Este principio aplicado en materia arbitral deberá ser traducido al hecho de que los árbitros deberán tender a validar lo contenido en el convenio arbitral. Evidentemente para ello existirá en primer lugar un proceso de identificación de las insuficiencias existentes en el convenio de modo que se posible determinar qué elementos son válidos y de qué manera afectan a la vigencia del arbitraje.

“No se trata de que el juez tenga la obligación de modificar el sentido literal de las cláusulas compromisorias, sino que debe reconstruir, si así lo considera oportuno, la voluntad deficientemente expresada por las partes de someterse al arbitraje y prescindir

⁸² (PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES)

⁸³ (Código Civil del Ecuador)

de una simple lectura meramente formal de la cláusula controvertida. Más tampoco ha de extralimitarse en su función y llegar a una revisión de la cláusula, lo cual implica que deba moverse en muchas ocasiones en un difícil equilibrio, pues si la imposibilidad de revisión de la cláusula se encuentra en un extremo de la balanza en el otro se halla una eventual déni de justice.”⁸⁴

De la cita anterior podemos decir que el principio del efecto útil propugna, conjuntamente con el resto de principios de interpretación del convenio arbitral, a identificar y perseguir la verdadera intención de las partes, la cual deberá encontrarse reflejada en el contexto del contrato y de la redacción de la cláusula.

Existen autores con una tendencia arbitralista más marcada, que expresan que en el solo hecho de incluir un convenio arbitral dentro de un contrato, constituye prueba suficiente de que las partes han resuelto acudir al arbitraje, ya que de otra manera no hubieran imaginado redactar dicha cláusula. En este sentido existen también divergencias, ya que como se ha analizado en el capítulo anterior, el solo hecho de incluir una cláusula compromisoria no hace arbitrable una controversia, ya que la misma puede incluir tantas patologías que la intención de las partes se vea opacada. Frente a posturas tan contradictorias y criterios ambiguos, siempre será importante incluir elementos como la sana crítica dentro de la interpretación de la cláusula.

Esto mismo ha sido expresado por innumerables autores, entre ellos Fernández Rozas quien afirma que “en el caso de convenios patológicos, la existencia misma del convenio arbitral no es cuestión que ofrezca duda. La mera comprobación fáctica concluye en su existencia material y su firma, junto con el resto del contrato. Respecto a la validez, es de señalar que no contradice ningún precepto legal, de manera que el arbitraje es válido y legítimo. La voluntad de las partes, debe aparecer expresada en el convenio arbitral, pero padece una concreta contradicción en su contenido o en el conjunto de cláusulas pactadas en el contrato.”⁸⁵

⁸⁴ (Fernández)

⁸⁵ (Fernández)

El principio de efectividad, se encuentra íntimamente vinculado con el principio favor arbitralis, ya que ambos propugnan directamente a la interpretación positiva del convenio arbitral.

3.1.4 Principio de Buena fe

Los pactos deben ser cumplidos, y deben ser cumplidos de buena fe. Este aforismo originario del derecho romano, en latín *pacta sunt servanda*, hace referencia al principio universal en materia contractual, en la cual se presume la buena fe de las partes.

Este principio ha sido recogido en instrumentos jurídicos tanto nacionales como internacionales, en este sentido encontramos disposiciones en los Principios Unidroit que reza:

“Art.- 1.7 (Buena fe y lealtad negocial)

(1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional.

(2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber.”⁸⁶

En este mismo contexto se ha establecido este principio dentro de la legislación ecuatoriana en el Código Civil en el artículo 1562, el cual dispone:

“Art. 1562.- *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.”⁸⁷*

Estas normas reflejan la concepción universal dentro del derecho, según la cual, en caso de deficiencias en la expresión de la voluntad de las partes, la interpretación estará dirigida a despejar la intención de las partes, de tal manera que se pueda determinar cuáles fueron las obligaciones que cada uno constituyó. Además la buena fe supone un

⁸⁶ (PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES)

⁸⁷ (Código Civil del Ecuador)

confiar en la otra parte en un negocio jurídico ya que se habla de cumplir con las expectativas legítimas que se ha generado en el otro con las actuaciones propias.

Dentro del Ecuador, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Ecuatoriano-Americana, ha entendido al *bonis fides* de la siguiente manera:

“No puede este Tribunal prescindir de la aplicación del principio de buena fe. Quien prepara un contrato, con cláusulas relativas a la solución alternativa de conflictos está obligado a aplicarlas con la rectitud, ética y lógica que corresponde a ese principio esencial de la conducta contractual. Es contrario a la buena fe respaldarse en una cláusula con la que se pretendía aplicar un sistema arbitral, para sustraerse ahora a la aplicación de ese sistema, que estuvo en la intención de las partes cuando se firmó el contrato.”⁸⁸

De la cita anterior encontramos que una de las premisas sobre este principio es la idea de que la buena fe debe presumirse, y en esta línea los tribunales deberán conocer las actuaciones de las partes con dicha presunción. La buena fe siempre estará ligada a la intención de las partes. Nuevamente aquí existen posiciones según las cuales, si existe una cláusula arbitral en un contrato, y se busca la verdadera intención de las partes según el principio de buena fe, este hecho deberá ser considerado siempre como una presunción de la real intención de la partes de someter sus conflictos al arbitraje.

Evidentemente como se ha establecido en párrafos anteriores, la sola inclusión de la cláusula no siempre será motivo suficiente para entender que las partes han deseado someter sus controversias a arbitraje.

En este sentido entra también en juego el concepto de lealtad negocial que se encuentra estrechamente vinculado al de *bonis fides*. La lealtad negocial se entiende como “el comportamiento que las partes han tenido antes, durante y después de celebrado un contrato. La lealtad en el Derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta

⁸⁸ (Procesos Arbitrales)

ajustada a las exigencias del decoro social; en segundo término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad.”⁸⁹

Finalmente es importante aclarar que el presente principio no fue concebido ni es aplicado solamente dentro de la esfera arbitral, si no que funciona como principio rector del derecho en general. En este sentido la aplicación del mismo se vuelve de vital importancia, ya que conjuntamente con la lealtad negocial abarcan conceptos como la ética, las buenas costumbres, etc. Su aplicación es tan generalizada que actualmente se habla del hecho de que estos principios se encuentran reconocidos como usos y costumbres del arbitraje comercial internacional.

3.1.5 Principio Contra Proferentem

Este principio proveniente del derecho suizo pero con amplia tendencia romanista, hace referencia al hecho de que ninguna de las partes puede beneficiarse de su propio error. Es decir, si los términos de un contrato suministrados por una parte no son claros, una interpretación contra esa parte es preferible.

En este sentido por ejemplo el Código Civil ecuatoriano contempla esta regla de interpretación y dispone:

“Art. 1582.- No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

*Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.”*⁹⁰

De lo transcrito podemos concluir que en virtud del contra proferentem, al extender una de las partes determinada cláusula, para el presente caso una compromisoria, los jueces deberán interpretar los hechos de tal forma en la que dicha parte no se beneficie del no cumplimiento de esta cláusula.

⁸⁹ (Egas)

⁹⁰ (Código Civil del Ecuador)

Con este mismo criterio encontramos lo dispuesto en el artículo 4.6 de los Principios Unidroit, que establecen:

*“Artículo 4.6 (Interpretación contra proferentem) Si los términos de un contrato dictados por una de las partes no son claros, se preferirá la interpretación que perjudique a dicha parte.”*⁹¹

A manera de extender la legis ratio de lo dispuesto en los Unidroit, se han realizado comentarios oficiales sobre sus disposiciones. Para el caso del artículo 4.6 transcrito se ha analizado que “una parte puede ser responsable de la formulación de un término en particular de un contrato, ya sea porque esa parte lo haya redactado o de otra manera lo haya suministrado, por ejemplo, usando condiciones generales usadas por otros. Dicha parte debe asumir el riesgo de posible falta de claridad de la formulación elegida. Es por esta razón que este artículo establece que si los términos del contrato dados por una parte no son claros, hay una preferencia de la interpretación contra esta parte. El grado de extensión a la que esta regla aplica dependerá de las circunstancias del caso; lo menos que el término del contrato en cuestionamiento fue objeto de nuevas negociaciones entre las partes, mayor será la justificación para interpretarla en contra de la parte que la incluyó en el contrato.”⁹²

Aplicando este razonamiento en materia arbitral, deberíamos entender que cuando exista una cláusula arbitral que contenga oscuridades y sea atribuible a alguna de las partes, esta deberá interpretarse de tal manera en la que si bien no perjudique pero tampoco beneficie a la parte que haya proporcionado dicha cláusula.

Así mismo juzgó el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, en el proceso 016-98, que emitió un laudo según el cual, a apreciación del tribunal la parte que actora había redactado y sometido a la demandada para que posteriormente ésta lo revise y acepte una cláusula arbitral que contenía patologías insubsanables. Es importante establecer que los árbitros se acogieron a la disposición 1582 del Código Civil ecuatoriano transcrita anteriormente, que es la regla que suple los

⁹¹ (PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES)

⁹² (Morán)

vacíos de la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, que era la aplicable a la controversia.

Existe un famoso caso del Tribunal de Arbitraje Deportivo, que laudó en virtud del principio en mención. En el caso 2002/A/593 del 200442, en una disputa entre la Asociación de Fútbol de Gales (FAW) y la Unión de Asociaciones Europeas de Fútbol (UEFA). La UEFA buscaba que la FAW penalice a la Asociación Rusa de Fútbol por haber sido encontrada culpable de dopaje de uno de sus jugadores. Sin embargo, el tribunal desechó la pretensión y ante ello, la UEFA puso en duda la competencia del Tribunal de Arbitraje Deportivo, al alegar que la decisión era puramente deportiva y no referente a intereses económicos. En este sentido fue la UEFA quien suministró los términos del contrato en el cual se establecía que cualquier tipo de controversia debía ventilarse en sede arbitral, en el Tribunal de Arbitraje Deportivo. Utilizando el principio contra proferentem, las alegaciones realizadas por la UEFA fueron desestimadas.

3.2 Principio Favor Arbitralis

Como se ha dejado sentado a lo largo de este capítulo, existen variados principios de interpretación del convenio arbitral. Todo ellos deben ser tomados en cuenta por parte del juzgador al momento de validar una cláusula compromisoria. A continuación procederemos a analizar más a profundidad lo concerniente al principio favor arbitralis, que constituye precisamente el tema del presente estudio.

3.2.1 Historia y Definición

“La Real Academia de la Lengua Española, define a la proposición favor como la acción en beneficio y utilidad de alguien o de algo. Así mismo, Chocrón Giráldez refiriéndose a la terminología utilizada en este principio, afirma que recuerda a un trato favorable, a un privilegio, a una tendencia a proteger de modo especial la libertad de las partes.”⁹³

El principio pro arbitraje, evidentemente no encuentra sus orígenes en axiomas generales del derecho como era el caso de algunos de los principios anteriormente establecidos, y

⁹³ (Robalino)

esto resulta lógico ya que, el favor arbitralis recién halla cabida con el uso reiterado del arbitraje y en el desarrollo de la doctrina arbitral.

Es entonces que a mediados del siglo XX, precisamente en el año 1953, la Cámara de Comercio Internacional, que para efectos de arbitraje es el órgano internacional con mayor relevancia y práctica arbitral en el mundo, tomó la iniciativa de presentar el proyecto que eliminar de la actual “Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras”, misma que ha sido también objeto del presente estudio. La finalidad de dicho instrumento jurídico consistía en primer lugar en viabilizar los negocios, facilitándolos; y promover el comercio y las transacciones internacionales.

Con este antecedente en el entorno arbitral, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional elabora en 1985 Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Esta constituyó un gran paso hacia la unificación de los sistemas arbitrales alrededor del mundo, además de servir de modelo real y práctico en cuanto al establecimiento de un modelo procesal arbitral. En este sentido, se satisficieron innumerables inquietudes en arbitraje en el entorno internacional.

En consecuencia es importante destacar que existían varios tipos de legislaciones que regulaban lo concerniente al proceso arbitral. Todas ellas nacionales y diversas. Este último instrumento llevó a armonizar los procesos y objetivos deseados en las leyes de las distintas nacionalidades sobre el arbitraje.

Teniendo entonces a partir de 1985 dos importantes cuerpos normativos que regulaban lo referente a la práctica arbitral y que propugnaban una tendencia claramente arbitralista con relación a la justicia ordinaria, el principio favor arbitralis empieza a verse desarrollado. Es así que el arbitraje se encontraba en un estado tibio hasta ese entonces en la mayoría de legislaciones, las cuales no encontraban una manera para viabilizar e impulsar el desarrollo del arbitraje en derecho positivo, ya que para este entonces, la práctica ya era bastante común en ciertos ámbitos, especialmente comerciales.

El principio favor arbitralis empezó a verse reflejado en la Convención de Nueva York de 1958 en su artículo II, inciso 3 que establece:

*“Artículo II.3.- El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”*⁹⁴

En este sentido encontramos que el acuerdo arbitral cobró fuerza en virtud de que fue necesario que la cláusula fuera desvirtuada solamente bajo los supuestos de nulidad, ineficacia o inaplicabilidad, para que la justicia ordinaria pudiera intervenir. Evidentemente en este contexto no se utiliza el vocablo favor arbitralis dentro de la Convención, ya que este término se desarrolló posteriormente en un ámbito doctrinario.

En el caso de la Ley Modelo Uncitral, a lo largo de toda su redacción podemos encontrar una intención pro arbitraje. Por ejemplo el artículo 5 que dispone:

*“Artículo 5. Alcance de la intervención del tribunal En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga.”*⁹⁵

Así mismo este espíritu del favor arbitri se encuentra plasmado en el artículo 8, bajo el cual el proceso arbitral es ponderado sobre la justicia ordinaria:

“Artículo 8. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal:

1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

⁹⁴ (Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras)

⁹⁵ (Ley Modelo Uncitral, COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL)

2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal.”⁹⁶

Con este antecedente encontramos que dicho principio se solidificó internacionalmente con estos dos grandes instrumentos arbitrales, a partir de los cuales se ha desarrollado variada doctrina.

Específicamente dentro de la legislación ecuatoriana existente es importante desentrañar el soporte jurídico de dicho principio, ya que como se demostrará, el favor arbitralis resulta ser un eje transversal dentro el sistema arbitral.

Para ello es importante remontarnos a la Constitución de del 2008, la cual recoge el derecho a la tutela efectiva en su artículo 75, ampliando lo que había sido establecido en la Constitución de 1998. En este contexto, la tutela efectiva se entiende como “un derecho sustancial autónomo, que se manifiesta en la facultad de una persona para requerir el servicio de administración de justicia y obtener una sentencia, independientemente de que goce o no del derecho material.”⁹⁷

Dentro del concepto de tutela, se entiende que es obligación del Estado, respetar las reglas fundamentales que rigen el debido proceso. En este sentido, el proceso arbitral, si bien no se encuentra cubierto bajo el manto de los procedimientos judiciales ordinarios, sí deberá seguir un debido proceso específico. Es claro que el arbitraje constituye entonces uno de los medios por los cuales los individuos pueden hacer uso de la tutela efectiva del Estado. Y así lo ha entendido quien ha entendido que “La fuerza jurídica que el ordenamiento jurídico ha venido otorgando y otorga a la decisión arbitral, las garantías de los principios esenciales del proceso que se predicán y exigen del sistema arbitral en su conjunto, abogan por la consideración del arbitraje como uno de los medios de tutela que los ordenamientos jurídicos han querido presentar a los ciudadanos. Ese medio de tutela, al que se acude por ejercicio de la libertad, es controlado por el Estado, tanto desde el punto de vista legislativo –es el poder legislativo el que aprueba la

⁹⁶ (Ley Modelo Uncitral, COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL)

⁹⁷ (Rodríguez)

Ley de Arbitraje- como desde el punto de vista del poder judicial, a través de la posible anulación de un laudo en firme (...) o a través de la función de ejecutar lo juzgado por los árbitros”.⁹⁸

Con este antecedente constitucional, entendemos que el arbitraje es un medio idóneo para la consecución del ideal justicia como lo ha establecido la misma Constitución. Es entonces que podemos hacer referencia a las leyes que validan al arbitraje y reconocen el principio favor arbitri.

En primer lugar es importante hacer mención del Código Orgánico de la Función Judicial, mismo que en el artículo 17 reconoce que los árbitros prestan el servicio público de administración de justicia. De este modo los ciudadanos podrán acogerse a la justicia arbitral en virtud de la firma de una cláusula compromisoria, misma que se guía como hemos vistos, por los preceptos de la autonomía de la voluntad de las partes. En este sentido entonces entendemos que cuando un individuo participa en un proceso arbitral, se encuentra haciendo uso de su derecho a la tutela efectiva, con la salvedad de que no lo hace frente a los tribunales si no frente a un juzgador, llamado árbitro, escogido por el individuo y reconocido a nivel constitucional por el Estado.

En estos términos, en palabras de la Doctora María Elena Jara de la Universidad Andina Simón Bolívar: “La idoneidad del arbitraje para alcanzar tutela efectiva de los derechos de los ciudadanos, y la necesidad de proteger la autonomía de la voluntad, traducida para el caso en la opción de los justiciables para diseñar un procedimiento más expedito, mejor adecuado a sus necesidades, e inclusive escoger juzgadores que son más confiables ante sus ojos, justifican, en último término, la formulación del principio favor arbitri”⁹⁹

Bajo este razonamiento, encontramos justificaciones verdaderamente motivadas para que el arbitraje tenga algún tipo de privilegio frente a la justicia ordinaria. Es así que fungirá como mecanismo necesario para agilizar el sistema de justicia estatal en el Ecuador y a su vez coadyuva en la superación de la crisis de este sistema.

⁹⁸ (Barona)

⁹⁹ (Jara)

Con este antecedente, podemos entonces hacer referencia al artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador, que contempla justamente el principio favor arbitri en la legislación ecuatoriana y como principio del arbitraje:

“Art. 7.- El Convenio Arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria. Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley.

En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días.”¹⁰⁰

El texto citado expresa de manera categórica el principio motivo de este estudio. En el fragmento resaltado, se configura el principio *in dubio pro arbitri* consagrado ampliamente por la doctrina. Como podemos apreciar, el Ecuador contempla un sistema arbitral fuerte y la tendencia es a favorecer el arbitraje más que en otras legislaciones. Una muestra de ello constituye justamente el hecho de que haya suscrito la Convención de Nueva York y que en la práctica ecuatoriana se utilice como soft law la Ley Modelo Uncitral.

3.2.2 Criterios de Interpretación

El principio pro arbitraje ha sido largamente estudiado tanto doctrinariamente, como por tribunales y árbitros con el objetivo de fungir como motivación al laudar. Es así que se han identificado tres importantes elementos de este principio.

En primer lugar encontramos el Favor competencial y Favor del fallo. Ambos hacen referencia a la actividad jurisdiccional estatal. El tercer elemento de interpretación es el Favor legal que se concreta en la actividad legislativa de concepción de normativa, misma que determinará el nivel permitido de intervención estatal en los procesos arbitrales.

¹⁰⁰ (Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador)

Empezando con el Favor competencial, la doctrina ha identificado plenamente esta característica con el principio de interpretación kompetenz-kompetenz. El favor competencial consiste en privilegiar la competencia de los árbitros, frente a la competencia del órgano judicial estatal. Esta formulación establece que al juzgar los árbitros sobre su propia competencia, siempre deberán ponderar la competencia arbitral a la judicial. Y esto justamente suele entenderse como el favor arbitri en sentido completo, sin embargo, como daremos a conocer a continuación, el favor arbitralis consta de dos elementos más.

En cuanto al favor del fallo, se entiende que se restringe el control que podrá existir al momento de juzgar las motivaciones de los árbitros al laudar. Es decir los controles posteriores por parte de tribunales ordinarios sobre el fondo de la controversia. En este sentido, el favor del fallo hace referencia la limitación que existe dentro del arbitraje para la revisión de los laudos posteriormente. En la mayoría de legislaciones no se permite como se ha establecido, la revisión de la materia del laudo, sino solamente de cuestiones que se encuentren taxativamente determinadas en la ley.

Esto ocurre en el Ecuador, ya que la Ley de Arbitraje y Mediación enumera de manera específica los supuestos de nulidad del laudo arbitral. De esta característica nacen importantes efectos inherentes al arbitraje, ser irrecurrible e inapelable. En el caso de nuestro país se ha extendido la discusión con la existencia de la acción extraordinaria de protección que en un principio fue concebida en contra de sentencias arbitrales, sin embargo existen fallos que desvirtúan también laudos arbitrales. A pesar de no ser ese el tema del presente estudio, es importante dejar sentada esta cuestión.

La Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador prevé la inapelabilidad del arbitraje en su artículo 30 que dispone:

“Art. 30 Inapelabilidad de los laudos.- Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de este mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones

presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación.

*Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley.*¹⁰¹

Con este artículo resulta clara la ponderación del favor del fallo dentro de nuestra legislación. Posteriormente en el artículo 31 de la misma ley, encontramos lo referente a la acción de nulidad de los laudos arbitrales, artículo que contempla:

“Art. 31 Nulidad de los laudos.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:

a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;

b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;

c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;

d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,

e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal arbitral.

Del laudo arbitral podrá interponerse ante el árbitro o tribunal arbitral, acción de nulidad para ante el respectivo presidente de la corte superior de justicia, en el término de diez días contado desde la fecha que éste se ejecutorió. Presentada la acción de nulidad, el árbitro o tribunal arbitral dentro del término de tres días, remitirán el

¹⁰¹ (Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador)

proceso al presidente de la corte superior de justicia, quien resolverá la acción de nulidad dentro del término de treinta días contados desde la fecha que avocó conocimiento de la causa. La acción de nulidad presentada fuera del término señalado, se tendrá por no interpuesta y no se la aceptará a trámite.

Quien interponga la acción de nulidad, podrá solicitar al árbitro o tribunal arbitral que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte.

El árbitro o tribunal arbitral, en el término de tres días, deberán fijar el monto de la caución, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo.

La caución deberá constituirse dentro del término de tres días, contados a partir de esta notificación.”¹⁰²

Resulta importante transcribir la norma a efecto de reflejar el hecho de que existen solamente cinco motivos para solicitar la nulidad de un laudo arbitral y estos son verdaderamente específicos. Es importante en este punto hacer hincapié en el hecho de que la presente ley no establece una causal que es generalmente aceptada en la mayoría de legislaciones arbitrales. Esta es la causal que acepta la acción de nulidad en caso de errónea aplicación de la ley por parte del tribunal. Esto revela la ratio legis del legislador al momento de concebir dicha ley. Ya que se ha buscado restringir al máximo la intervención judicial en el arbitraje, para procurar así los efectos de celeridad propios de este mecanismo no judicial.

En conclusión, los dos objetivos principales de esta característica del favor arbitralis, consiste en primer lugar en evitar la incidencia del poder judicial en el proceso; y procurar que los laudos se ejecuten a la brevedad posible.

En cuanto al tercer criterio de interpretación, el favor legal, hace referencia a una tendencia positiva de acercar a los particulares a someterse a procesos arbitrales.

Bajo este razonamiento se explica que es el Estado a través de la Ley de Arbitraje y Mediación que pondera los métodos alternativos de solución de conflictos, entre los

¹⁰² (Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador)

cuales se encuentra inmerso el arbitraje. Esto se ha contemplado en principio en la Constitución del 2008, que a su vez se ha reflejado en la Ley de Arbitraje y Mediación en varios artículos, entre ellos el artículo 16 que establece textualmente:

“Art. 16. Designación de árbitros.- De no existir acuerdo total en la audiencia de mediación, el director del centro de arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros, para que de común acuerdo designen en el término de tres días los árbitros principales y el alterno que deban integrar el tribunal.

Los acuerdos parciales a que arriben las partes en la audiencia de mediación serán aprobados conforme a lo previsto en el artículo anterior.

Las partes, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro.

Las partes podrán acordar expresamente y por escrito que sea un solo árbitro el que conozca de la controversia. Este árbitro tendrá su alterno.

Si las partes no efectuaren la designación de alguno o varios árbitros o no se pusieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo, para lo cual el director del centro de arbitraje notificará a las partes a fin de que, en la fecha y hora que se señale y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el sorteo, de cuya diligencia se sentará el acta respectiva, quedando en esta forma legalmente integrado el tribunal de arbitraje.

En tratándose de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deban integrar el tribunal.

Si las partes no se pusieren de acuerdo para nombrar todos los árbitros, los designados, una vez posesionados, nombrarán a los que faltaren.

En el evento de que el árbitro o árbitros independientes no aceptaren o no se posesionaren de su cargo y los árbitros posesionados no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de los árbitros que faltaren, cualquiera de las partes podrá pedir la designación de éstos al director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del

actor. Dicha designación se la hará conforme a lo establecido en el presente artículo.”¹⁰³

En este artículo, las partes resaltadas reflejan la intención del legislador de que el arbitraje sea un mecanismo que efectivamente se lleve a cabo en la práctica común. En otras palabras, existe una búsqueda real de que los individuos se sustraigan de la justicia ordinaria y opten por este método alternativo.

El propugnar no dejar vacíos legales, como en el caso del artículo citado, denota la intención de satisfacer efectivamente la voluntad de las partes de obtener un laudo que resuelva las controversias.

“Concretamente, tomando las palabras de Salcedo Verduga, lo que quiere el Estado es que el arbitraje no sea letra muerta y que quienes se sustrajeron a su jurisdicción, no la invoquen cuando consideren que el arbitraje no satisfizo sus intereses, sino en casos muy extremos que tienen que ver por lo general con la vulneración de principios constitucionales o normas de orden público.”¹⁰⁴

3.2.3. Aplicación del Principio “Favor Arbitralis” en Cláusulas Patológicas

Una vez que contamos con información suficiente y necesaria que nos permite entender el comportamiento del principio favor arbitralis, y que además de ello, hemos hecho amplia referencia a las cláusulas patológicas, podemos profundizar sobre la aplicación e interpretación que realizan los tribunales del pro arbitraje en convenios arbitrales patológicos.

Con este criterio, entendemos que la problemática de la situación gira alrededor del razonamiento que deberán realizar los árbitros al encontrarse con una cláusula arbitral que contenga patologías. ¿Cómo aplicar el principio favor arbitralis? ¿Cómo favorecer al arbitraje en un panorama que no resulta claro? ¿Hasta qué punto resulta válido propender al arbitraje a costa de una cláusula arbitral patológica?

¹⁰³ (Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador)

¹⁰⁴ (Robalino)

Como se ha dejado claro a lo largo de este ensayo, nuestra legislación tiene una fuerte tendencia a favorecer al arbitraje. Por lo tanto, a pesar de que no existe unidad en las resoluciones, los tribunales se han inclinado a acreditar su competencia. Sin embargo, hay críticas hacia esta postura ya que, existen casos de laudos ilegítimos o ilegales que se encuentran cobijados bajo la tendencia arbitralista. En este sentido es importante destacar que existen legislaciones con criterios menos favorables al arbitraje.

En primer lugar como ya se ha establecido, lo primero que es necesario verificar para llevar a cabo un proceso en arbitraje es justamente la voluntad de las partes, con este criterio, “Medina y Merino Merchán mencionan que una vez acreditada la voluntad de las partes en acudir al arbitraje, la interpretación del convenio debe discurrir en el sentido de favorecer la implantación y el desarrollo del proceso arbitral. Tal es el sentido del principio pro arbitratu puesto de relieve por una cierta jurisprudencia internacional.”¹⁰⁵

Existen en este sentido dos criterios que sustentan la aplicación de este principio en cláusulas complejas:

1.- En primer lugar, los instrumentos normativos que hemos analizado como la Convención de Nueva York de 1958, la Ley Modelo Uncitral y la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador, promueven el principio favor arbitri y no el principio de la validez estricta del arbitraje.

Este último principio hace referencia a la idea de que por norma general, es derecho de los ciudadanos el acudir a la justicia ordinaria, por tanto la jurisdicción arbitral constituye una excepción a esta regla. Según este razonamiento al ser un tema tan delicado, la renuncia al derecho de acudir a tribunales ordinarios, la aceptación al arbitraje debe ser verificada minuciosamente.

Evidentemente dentro de nuestro ordenamiento, este principio no es el acogido, ya que resulta contrario al principio pro-arbitraje reconocido en nuestra ley. Es importante dejar claro, a pesar de no ser materia del presente estudio, que en los casos en los que el Estado sea una de las partes del arbitraje, deberán verificarse algunos requisitos

¹⁰⁵ (Egas)

adicionales y en este sentido la interpretación que realice el tribunal de una cláusula deberá ser mucho más minuciosa.

2.- En las controversias relacionadas a temas comerciales y/o internacionales la tendencia actual ha sido considerar al arbitraje como el método por excelencia. En este sentido, es importante destacar el hecho de actualmente los conflictos de carácter comercial son resueltos mayormente en tribunales arbitrales. Si hablamos de las controversias mercantiles internacionales, encontramos que el número de procesos arbitrales aumenta. Es así que encontrar una cláusula compromisoria en contratos internacionales y comerciales resulta más común en la actualidad que no encontrarlas.

Este hecho obedece en primer lugar al desprestigio que ha venido sufriendo la justicia ordinaria. Por ello en busca de procesos más efectivos y ágiles, las partes que pueden pagar un proceso arbitral, lo prefieren, en lugar de asumir los “riesgos” que constituye someterse a la justicia pública. A este tema también se suma la desconfianza sobre una posible intervención estatal en caso de existir intereses por parte de este último.

En el ámbito nacional, una estadística tomada del estudio “Algunas consideraciones sobre el convenio arbitral insuficiente” sugiere que desde el 2002 al 2009, la tendencia a someterse a justicia arbitral aumentó en casi un 150%, estadística que continúa en crecimiento.

Dejando anotado entonces que el principio favor arbitralis debe ser aplicado en cláusulas patológicas para determinar varios elementos, entre ellos la voluntad de las partes; procederemos a evidenciar la problemática que existe al determinar qué cláusulas patológicas someten al arbitraje y cuáles no.

El primero de ellos constituye un caso en el que exista efectivamente una cláusula arbitral, que pueda ser patológica, y que haya sido ignorada por los jueces ordinarios. Resulta evidente en términos legales que, la existencia de un convenio arbitral supone la obligación de un juez de abstenerse de conocer un caso que debe ser resuelto por árbitros, y esto en doctrina constituye precisamente el efecto negativo del convenio arbitral. Sin embargo en la práctica pueden darse variantes de este deber entender.

Al presentarse una controversia que contiene cláusula compromisoria, ante un juez, este tiene la obligación según el artículo 8.19 de la Ley de Arbitraje y Mediación de dar desconocer y ceder competencia a un tribunal arbitral al comprobar la existencia de dicho acuerdo compromisorio. A pesar de la claridad del artículo 8 LAM, la judicatura ordinaria no siempre admite la excepción de existencia de convenio arbitral para inhibirse del conocimiento de una causa. Dentro de estos supuestos, una de las partes alega patologías en la cláusula compromisoria y los jueces ordinarios, en múltiples casos han decidido conocer y juzgar dicha cláusula. Este supuesto es inaceptable, ya que la suficiencia o falta de suficiencia de la cláusula deberá ser juzgada por el tribunal competente para ello en virtud del principio de favor arbitri competencial, es decir el tribunal arbitral.

Es entonces que en este caso, el principio favor arbitri en una cláusula arbitral patológica resulta totalmente aplicable a mi criterio personal. En este mismo sentido ha fallado la corte Constitucional para el período de transición, que ha establecido que:

“Una vez que,... se configuró un convenio arbitral con todos sus efectos, la justicia ordinaria estaba impedida, por no tener jurisdicción ni competencia para este caso, de conocerlo, juzgarlo y resolverlo. Pues bien, como a pesar de este impedimento, tanto el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, la Primera Sala de lo Civil de la ex Corte Superior de Justicia de Pichincha, hoy Corte Provincial de Justicia, y la Segunda Sala de lo Civil de la ex Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, fallaron en el caso en mención, atribuyéndose una competencia que no la tenían, vulneraron claramente el derecho del accionante al debido proceso en lo que respecta a ser juzgado por un juez o autoridad competente, con observancia del trámite propio de cada procedimiento”¹⁰⁶

Existen también fallos que han aceptado la violación de la aplicación del principio favor arbitri en convenios insuficientes, a continuación se evidencia lo antedicho con una resolución de la Corte Suprema de Justicia:

“3.6.2. ... es evidente que las partes no establecieron inequívocamente, entre otras circunstancias, quien o quienes debían resolver las divergencias, ni tampoco las reglas

¹⁰⁶ (Caso Cobo vs. Misle Zaidan)

de procedimiento que regularían el arbitraje –si es que esa era su intención-, ni el caso en que nunca llegaren a ponerse de acuerdo en nombrar la terna de tres árbitros, razones demás suficientes para considerar que las provisiones contractuales previstas por las partes en los numerales 3.3 y 3.4 del convenio de 9 de abril de 1999, resultan inoperantes e inejecutables al momento de pretender someter los desacuerdos a la resolución del Ing. P. y/o de tres “árbitros” nombrados de mutuo acuerdo. (...) 3.7. Por lo analizado hasta aquí, esta Sala llega al convencimiento de que en la especie no existió convenio arbitral en términos que hicieren viable y ejecutable un eventual proceso ante árbitros respecto de la interpretación, ejecución e incumplimiento del Convenio de 9 de abril de 1999, por lo cual se desechan los cargos basados en las normas cuya violación se alega y fundamenta la causal 2 del Art. 3 de la Ley de Casación.”¹⁰⁷

De lo anotado, podemos evidenciar que la Corte se encontraba frente a una cláusula arbitral claramente patológica, sin embargo, se priva a los árbitros y se vulnera la voluntad de la partes de que sea un tribunal en arbitraje quien resuelva los asuntos relacionados a la existencia, validez o alcance del contrato de arbitraje.

Por otro lado, existen cláusulas arbitrales patológicas que demuestran ciertamente la intención de las partes de subsumirse al arbitraje a pesar de sus patologías. En este sentido, una vez que se haya identificado esta voluntad, los demás elementos podrán interpretarse a favor del arbitraje. Dicho esto es necesario traer a colación el concepto de cláusulas patológicas subsanables, y cláusulas insubsanables nuevamente ejemplificando la diferencia.

Si nos encontramos frente a una cláusula compromisoria patológica ambigua que establezca la solución de controversias mediante arbitraje, pero que a su vez deje abierta la puerta de la competencia ordinaria, resultará una oscuridad para el árbitro. La voluntad de las partes no resulta clara en cuanto a la decisión de renuncia a los tribunales ordinarios; pero aplicando el principio *in dubio pro arbitri*, el arbitraje resulta procedente

En concordancia con este criterio, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito estableció:

¹⁰⁷ (Resolución Corte Suprema de Justicia del Ecuador)

“Es incuestionable que las partes al suscribir una Acta de Acuerdo Total y ser parte de ella una cláusula compromisoria han sometido al Tribunal Arbitral la dirimencia de las controversias (...) Es también verdad que, en la cláusula compromisoria se menciona la renuncia de fuero y domicilio y el sometimiento a los jueces civiles competentes de la ciudad de Quito y al trámite verbal sumario. (...) La Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 7 advierte que en caso de haber duda sobre la jurisdicción, se establece que la arbitral prevalecerá sobre la ordinaria al existir un convenio arbitral expreso, como sucede en el presente caso (...).”¹⁰⁸

Con todos los antecedentes anotados, podemos concluir que el favor arbitri es, en principio efectivamente aplicable a cláusulas arbitrales patológicas en las que la voluntad de las partes de someter sus controversias a foro arbitral, sea eliminar vea manifestada.

¹⁰⁸ (Proceso arbitral 037-09 CAM CCQ)

CAPÍTULO CUARTO:

RECOMENDACIONES Y CONCLUSIONES

4.1 Recomendaciones

A lo largo del presente trabajo, se han desarrollado varios tópicos en materia arbitral. Se ha puesto en evidencia la problemática que deben resolver los tribunales arbitrales al conocer cláusulas patológicas en todas sus variedades. En consecuencia dentro de este capítulo, se señalarán las posibles alternativas a dichos convenios arbitrales, y la forma en la que, a mi criterio, podrían los árbitros aplicar el principio pro arbitraje en estas cláusulas patológicas.

En el arbitraje, como en cualquier otra área, resulta más beneficioso evitar la controversia, en lugar de solucionarla. Aterrizando esta idea, entendemos que en lugar de buscar la funcionalidad de un convenio arbitral insuficiente, lo ideal sería redactar una cláusula arbitral sin patologías.

Para ello las partes, al decidir someter sus controversias a arbitraje podrán tener en cuenta dos criterios importantes. En primer lugar, asegurarse de que su voluntad de someterse a un proceso arbitral se vea reflejada de manera clara e inequívoca. Y como reza el dicho, lo que abunda no daña, el incluir una renuncia expresa a la justicia ordinaria dejaría en firme la identidad de la voluntad de las partes. Además como segundo elemento, es importante que, ya que se ha plasmado dicha voluntad, las partes dejen sentados pilares firmes del procedimiento arbitral.

Tomando en cuenta lo que se ha establecido con anterioridad, que una de las patologías de la cláusula parte precisamente de la intención de las partes de reglar cada detalle del proceso; no cabe un detenimiento ni descripción excesiva del procedimiento. Sin embargo sí es imperante que existan bases que permitan llevarlo de manera eficiente, para que posteriormente su laudo sea susceptible de reconocimiento y ejecución.

En este sentido, es importante encontrar un equilibrio en la extensión y el detalle que debe contener una cláusula arbitral, ya que si bien como he establecido, la excesiva descripción del proceso puede llevar solamente a entorpecerlo, por no poderse llevar a cabo en facto, el simplificar una cláusula puede conducir a los árbitros a la duda sobre la intención de las partes. Ambas posibilidades contemplan riesgos, por ello la necesidad de redactar un convenio arbitral que refleje la voluntad de las partes y los lineamientos principales del proceso, sin detenerse en detalles que bien pueden ser suplidos por la ley o reglamentos.

Como se ha establecido, si bien, el principio favor arbitralis puede reemplazar de alguna manera las deficiencias en la redacción de la cláusula, tendiendo a la justicia arbitral en caso de duda; el solo hecho de que los árbitros se encuentren frente a una cláusula con defectos de redacción ya comprende un problema. Es decir, este proceso que se supone sería expedito, se verá retardado, al encontrarse sujeta la cláusula a un análisis de procedibilidad.

En conclusión, la sugerencia realizada por la mayoría de doctrinarios, consiste en hacer uso de una cláusula arbitral modelo. Este tipo de convenios han pasado ya por un exhaustivo proceso de redacción, en el cual, cualquier clase de patología ha sido prevista. Las cláusulas arbitrales modelo consisten en formatos diseñados por las instituciones que administran arbitrajes, de manera que estos puedan ser directamente utilizados en los contratos en los que las partes así lo decidan. Los modelos sirven de gran ayuda ya que contienen los elementos suficientes como para no recaer en patologías y podrán ser literalmente copiados con las adaptaciones que se requieran.

Una ventaja adicional de las cláusulas modelo, radica en que es una forma de economizar tiempo y recursos, ya que no son necesarias negociaciones sobre los detalles de la redacción de la cláusula.

Los ejemplos más comunes de cláusulas arbitrales modelo son los siguientes:

Reglamento de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

"Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tal como se encuentra en vigor.

El número de árbitros será... (Uno o tres);

La autoridad nominadora del tribunal arbitral será...;

El lugar del arbitraje será... (Ciudad o país);

El idioma... (O los idiomas) que se utilizará(n) en el procedimiento arbitral será(n)...”¹⁰⁹

De lo anotado podemos decir que, tanto la Ley Modelo Uncitral, como su reglamento, fueron redactados con el espíritu de que las legislaciones nacionales la tomen como una ley piloto. Evidentemente adaptándose a los requerimientos, circunstancias y necesidades de cada país y región. Además incluyó dentro del reglamento este modelo de convenio, que se destaca por ser bastante simplificado y contar con los elementos básicos que harán de un acuerdo arbitral eficaz y válido.

Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional

“Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con él serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por un árbitro nombrado conforme a este Reglamento de Arbitraje.

El presente contrato se regirá por el derecho [precisar el derecho aplicable]. La sede del arbitraje será [nombre de la ciudad / país]. El idioma del arbitraje será [precisar idioma].”¹¹⁰

Este modelo se encuentra entre aquellos que han sido más utilizados en arbitrajes internacionales. Evidentemente las cláusulas podrán extenderse con algunas

¹⁰⁹ (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional)

¹¹⁰ (CÁMARA INTERNACIONAL DE COMERCIO)

especificaciones, si las partes así lo requieren; sin embargo en el caso contrario, recortarlas no suele ser lo más conveniente.

En conclusión, en caso de que se elija una cláusula modelo o que se decida redactar una cláusula arbitral propia, es importante seguir los siguientes lineamientos:

En primer lugar, en lo que respecta al reglamento al cual acogerse. Evidentemente surgirá la pregunta acerca de cuál es el reglamento idóneo a escoger. Sin embargo, no existe un reglamento que sea idealmente aplicable a todos los supuestos. Para elegir correctamente el reglamento al cual las partes se someterán, deberán tomar en cuenta al menos lo referente a la cuantía de la disputa y lo referente a la materia de la controversia.

Cuando el contrato contiene un convenio arbitral modelo, es importante que se tome en cuenta los factores antes mencionados para maximizar los beneficios que trae consigo el arbitraje. Es así que por ejemplo en el caso de la cuantía, resulta necesario elegir la cláusula y el centro en proporción a la misma, ya que en algunos casos, los honorarios que deben ser pagados a las instituciones no son justificados por la cuantía de la controversia. En este sentido, fijándonos en el monto de la misma, pudiéramos hacer uso de la modalidad del arbitraje Ad-hoc, según la cual no es necesaria la intervención de un centro, por tanto no se incurre en el gasto del pago de estos valores.

En este caso cabe aclarar que, si a las partes se han acomodado con una cláusula modelo de una institución en particular, las mismas no están obligadas a acogerse al reglamento de la institución que ha redactado dicha cláusula modelo.

En cuanto a la elección del reglamento, también es importante verificar la naturaleza del contrato y de la potencial controversia. Para el efecto la disputa puede ser internacional o doméstica. Es de suma relevancia que las partes tengan en cuenta este hecho al momento de elegir el reglamento.

Como segundo factor, se deberá escoger la forma en la que se llevará a cabo el arbitraje. Como se estableció en el primer capítulo de este estudio, el arbitraje puede ser resuelto en equidad o en derecho. En el primer caso los árbitros juzgarán bajo las premisas de la

ética la sana crítica y la justicia, mientras que al juzgar en derecho, existirá derecho positivo al cual acogerse.

La decisión a tomarse por las partes en cuanto a este asunto dependerá de la confianza y el poder que las mismas deseen depositar en los árbitros, ya que al ser juzgados en equidad, el laudo deberá ser motivado, como sí es el caso de las resoluciones en derecho.

En el caso del Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 3, inciso primero, contempla que, de no acordar las partes en la cláusula compromisoria si el arbitraje deberá ser llevado a cabo en derecho o en equidad, los árbitros deberán laudar en equidad.

Finalmente, encontramos un tercer factor determinante que compone un convenio arbitral y en el cual se deberá tomar parte. Estos son los sistemas alternativos de resolución de controversias que se pueden incluir en las cláusulas. En las cláusulas modelo que hemos transcrito, no se establece procedimientos ajenos al arbitraje, y en general, las cláusulas modelo no suelen contener este tipo de disposiciones. Sin embargo resulta común que las partes pacten una negociación por un tiempo determinado antes de acudir a los tribunales arbitrales. También existen casos en los que se decide recurrir a una mediación obligatoria que sea anterior al arbitraje y en caso de que la misma no rinda frutos, se ejecutará el arbitraje. Estas cláusulas han sido denominadas por la doctrina como cláusulas escalonadas.

El uso de los convenios en mención ha sido bastante generalizado en las últimas décadas, además de que ha tenido buenos resultados. Sin embargo es importante tener el máximo cuidado posible al redactarlas ya que pueden llevar a confusión al juzgador sobre la intención de las partes de someterse efectivamente a arbitraje.

En el caso del Ecuador, nuestra Ley de Arbitraje y Mediación establece en su artículo 15 que las partes deberán someterse a un proceso de mediación previo al arbitraje. Del mismo modo lo ha contemplado el artículo 30 de la Ley Modelo Uncitral.

Como conocemos, el arbitraje consta de dos momentos importantes, el primero de ellos es la redacción y suscripción del convenio arbitral; y el segundo es la iniciación en sí del

arbitraje (cuando las partes acuden a los órganos competentes). Si en el primer momento, el convenio nace defectuoso, probablemente el curso del arbitraje se vea frustrado.

En el caso que las partes ya hayan incurrido en un convenio arbitral patológico, los árbitros deberán tener en cuenta algunos criterios, de modo que lo ideal sea fallar a favor del arbitraje. En este sentido resultará necesario analizar dos temas importantes.

En primer lugar el tribunal deberá establecer un filtro para conocer si la cláusula en cuestión cumple con las funciones que debe producir. Estas consisten, como se dio a conocer en el segundo capítulo, en producir efectos vinculantes entre las partes; apartar la intervención judicial, otorgar el poder a los árbitros para resolver las controversias; y permitir la puesta en marcha de un proceso en las mejores condiciones de eficacia hasta que se dicte sentencia.

En segundo lugar, el tribunal deberá tomar en consideración el hecho de que la cláusula pueda ser subsanable o no, y en esta línea encontramos ya cierta uniformidad en los laudos.

En este sentido se ha ahondado suficientemente en que es la intención de las partes de someterse a un proceso arbitral lo que debe rescatarse primordialmente del convenio.

Finalmente es importante dejar razón de que lo ideal es no incurrir en cláusulas compromisorias patológicas, pero de encontrarnos frente a una, los árbitros deberán juzgarla bajo la premisa de que favorecer al cumplimiento del arbitraje es el primer deber arbitral, según el principio pro arbitraje analizado durante este estudio.

4.2 Conclusiones

Una vez concluido el análisis de la aplicación del principio favor arbitralis en cláusulas patológicas, es necesario establecer algunas conclusiones.

Dentro del presente trabajo, se ha profundizado en variados temas que componen parte de la rama del derecho arbitral. Esta materia, ha cobrado bastante importancia en las últimas décadas, en unos países más que en otros. En cuanto al entorno internacional comercial, el arbitraje ha ido ganando terreno poco a poco, a tal punto en el que

actualmente se puede decir que la cláusula compromisoria constituye una cláusula más en este tipo de contratos.

Se han erigido varios instrumentos internacionales que han servido de pilar fundamental para esta oleada en el desarrollo del arbitraje. Instrumentos como la Convención de Nueva York de 1958 o la Ley Modelo Uncitral, han generado uniformidad en los fallos, en las legislaciones, en la doctrina y en los procesos arbitrales. En este sentido es importante el hecho de que en la actualidad podemos hacer un análisis sistemático y globalizado del arbitraje gracias a este tipo de cuerpos legales.

El Ecuador, como se ha demostrado, ha implementado una legislación bastante arbitralista con la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación. Esta ley nos trae una corriente favorable al arbitraje en un sentido amplio. Encontramos además disposiciones en la Constitución de 2008 y leyes como el Código Orgánico de la Función Judicial que propenden a desarrollar el arbitraje y establecer una práctica reiterada y uniforme.

De todo ello se desprende que el principio favor arbitralis se encuentre recogido y bastante desarrollado, tanto legislativamente como en doctrina, alrededor de todo el mundo y en el Ecuador. Sin embargo como se ha demostrado también, existen corrientes que limitan al arbitraje. Esto se ha visto reflejado en nuestra realidad, en fallos que desconfiguran la naturaleza prioritaria del arbitraje, fallos que han sido emitidos en Cortes Provinciales o incluso en Corte Nacional.

Se ha generado un estudio acerca de las instituciones básicas del arbitraje, así como se ha profundizado sobre el convenio arbitral. Este convenio será la piedra angular que configure el arbitraje, ya que contendrá la voluntad de las partes, la cual constituye el único medio por el cual existirá vínculo con un procedimiento arbitral.

El convenio arbitral o cláusula compromisoria, consiste en el acuerdo entre las partes de renunciar a la justicia ordinaria y someter las controversias que giren alrededor de un determinado negocio jurídico a competencia de árbitros que las partes designen. Dentro de la llamada cláusula se deberán además establecer lineamientos generales, según los cuales se deberá a llevar a cabo el procedimiento arbitral.

En este sentido, esta cláusula deberá contener elementos específicos que demuestren su existencia, validez y eficacia, según lo han establecido instrumentos jurídicos domésticos e internacionales.

Cuando este convenio no es ejecutable o eficaz, a pesar de cumplir con los requisitos de existencia y validez, nos encontramos frente a una cláusula patológica.

La ley ha dispuesto que, al encontrarse un juez frente a una cláusula que pudiera ser patológica, deberá de igual manera ceder su competencia a un tribunal arbitral para que sea este quien decida sobre su competencia.

Al encontrarse un árbitro, frente a un convenio insuficiente o patológico, deberá dilucidarlo conforme a los principios de interpretación generales del derecho y los específicos del arbitraje.

En este contexto, decidirá sobre su competencia en virtud del principio kompetenz-kompetenz, interpretará las intenciones de las partes conforme al principio del pacta sunt servanda, y aprobará la cláusula según le sea aplicable el principio favor arbitralis, entre otros principios.

Este estudio profundizó precisamente en el favor arbitri, por la manera reiterada en la que es traído a colación dentro de los procesos arbitrales.

El principio pro arbitraje, hace referencia a la prerrogativa que tiene la jurisdicción arbitral frente a la ordinaria. Evidentemente existe suficiente fundamentación legal para entender que en caso de existir duda acerca de la voluntad de las partes de someterse a justicia arbitral, deberá fallarse a favor de esta.

A lo largo de la presente tesis, se estudiaron cláusulas patológicas a las que les fue aplicable dicho principio por la naturaleza de la patología y las condiciones de la misma; y otras cláusulas que definitivamente no sobrevivieron al arbitraje.

Con todo este antecedente, concluyo en que es necesario mayor estudio en el Ecuador sobre temas arbitrales, y en específico sobre la manera en la que los jueces ordinarios juzgan asuntos relacionados al arbitraje.

Además en cuanto a las cláusulas patológicas, se demostrado que tanto las partes como los árbitros y los jueces deben tener el debido cuidado frente a la redacción e interpretación del convenio arbitral.

Las partes acarrear una responsabilidad importante al ser las encargadas de redactar la cláusula, sin embargo al momento de conocer dichas cláusulas, son los árbitros quienes deben fomentar la práctica del arbitraje a través de jurisprudencia uniforme en un sentido que favorezca razonablemente al arbitraje.

Sin pretender cerrar el debate en cuanto a cláusulas patológicas y su interpretación, este estudio ha buscado servir de ayuda, y proporcionar la mayor cantidad de herramientas posibles para que tanto partes como árbitros aseguren el cumplimiento de la intención inicial al concebir una cláusula arbitral, la intención de ponderar el arbitraje.

BIBLIOGRAFÍA

AUTORIDADES

- Alberti, Ulises. El Arbitraje Comercial. Lima: Cultural Cuzco S.A., 1988.
- Artuch Iriberry, E. El convenio arbitral defectuoso. s.f.
- Barona, Slvia. Impugnación de acuerdos sociales y arbitraje. Barcelona: Bosch, 2010.
- Caivano, Roque. Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario. Lima: Lima Arbitration, 2006.
- Cantuarias, Fernando. Arbitraje comercial y de las inversiones. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007.
- Cavalieri, José Luis. Nulidad, ineficacia y patología de la cláusula compromisoria. 2013.
- Chillón Medina , J.M y J.F Merino Merchán. Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional. s.f.
- Conejero, Ross, E. Zuleta y G. Tawil. «¿Cláusulas Amplias o Cláusulas Detalladas? Lecciones y Reflexiones bajo la Convención de Nueva York.» El Arbitraje Comercial Internacional. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008. 1.
- Cremades, Bernardo. «Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral.» Libro Convenio Arbitral 1. 2011.
- Eisemann, Frédéric. (s.f.).
- Fernández, José Carlos. El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino. 2006.
- Fouchard, Galliard y Goldman. s.f.
- Gil Echeverri, Jorge Hernán. «Curso práctico de Arbitraje.» s.f.
- Gonzáles de Cossío, Francisco. Arbitraje. Segunda Edición. México: Ed. Porrúa, 2008, pp. 56.

- González Campos. Sobre el Convenio de Arbitraje en el Derecho Internacional Privado Español. s.f.
- Guerrero del Río, R. Algunas Reflexiones sobre la Cláusula Arbitral Compromisoria. s.f.
- Hernández-Bretón, Eugenio. «Algunas Cuestiones de Derecho Internacional Privado del Arbitraje Comercial Internacional.» Tribunal Supremo de Justicia. En: Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren. Tomo 1. Caracas, 2001.
- «Internet y Piratería.» BSA (2012).
- Jara, María. Decisiones de la Justicia Estatal Ecuatoriana sobre el Arbitraje. Quito, 2013.
- Jiménez Figueres, D. «El Acuerdo de Arbitraje: Patologías y Soluciones.» Conferencia de Arbitraje Internacional en América Latina: LA perspectiva de la CCI. Noviembre de 2005.
- Lorca Navarrete. Manual de Derecho de Arbitraje: Manual Técnico-Práctico de Jurisdicción Arbitral Española. Madrid: Dykinson, 1997.
- Marchán, Juan Manuel. «Como redactar cláusulas arbitrales efectivas, patologías y alternativas.» Quito, 2012.
- Marchán, Juan y Javier Robalino. «Acuerdo Nulo, Ineficaz o Inaplicable.» El Arbitraje Comercial Internacional. Buenos Aires,: Abeledo Perrot, 2008. 313.
- Martínez de Castro. La Cláusula Compromisoria en el Arbitraje Civil. s.f.
- Matheus, López. «Breves Notas sobre el Convenio Arbitral.» Revista de Derecho Comercial (2005).
- Morán, David. Comentario a los Principios de UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1999.
- Moreno-Baldivieso, Ramiro. El Arbitraje Comercial. Moreno-Baldivieso Abogados, 2000.
- Noodt Taquela, Blanca María. El Arbitraje en Argentina. Montevideo Uruguay: Editorial Astrea, 2000.
- Ramos Méndez, F. Arbitraje y Proceso Internacional. Barcelona: Librería Bosch, 1987.

- Robalino, Daniel. «Repositorio Universidad San Francisco de Quito.» 2010. Control Constitucional de Laudos Arbitrales: Procedencia y Efectos. octubre de 2015.
- Roca Aymar, José Luis. El Arbitraje Comercial Internacional. Primera edición. Madrid: ICEX, 2006.
- Rodríguez Mendoza, Fernando. Procedimiento Arbitral, Primera Edición. Santa Cruz-Bolivia: Editorial El País, 2004.
- Rodríguez, Sol. «Repositorio UDLA.» 2014. La materia arbitrable en el sector público y el rol de la procuraduría general del Estado. octubre de 2015.
- Romero, Eduardo Silva. Breves observaciones sobre el principio Kompetenz-kompetenz. Bogotá: Legis Editores S.A y Universidad del Rosario, 2005.
- Sabaté, Muñoz. La recepción del arbitraje por la jurisdicción. Madrid: La Ley , 1995.
- Salcedo, Ernesto. El Arbitraje, La Justicia Alternativa. Segunda edición. Guayaquil: Distilib, 2007, p.
- Sendra, José. «Los convenios arbitrales de adhesión y su impugnación jurisdiccional.» Diario La Ley 8097. 2013. 2.
- Serrano Puig, A. Ponencia N° 2. s.f. 11.
- Sofe, Ingénieur V. «Affaire Techniques.» Revue de l'arbitrage (1979): 97.
- Vásquez de Castro. La Cláusula Compromisoria. s.f.

BIBLIOGRAFÍA DIGITAL Y PUBLICACIONES WEB

- Asociación Europea de Arbitraje. «Todo sobre Arbitraje.» 18 de mayo de 2010. 11 de 07 de 2015 <<<https://todosobrearbitraje.wordpress.com/2010/05/18/la-autonomia-de-las-partes-en-el-arbitraje/>>>.
- Egas, Ana. «Repositorio Universidad San Francisco de Quito.» 2010. 2015 <<http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/908/1/97403.pdf>>.
- Gestiopolis. 6 de Octubre de 2009. 15 de Junio de 2013 <<http://www.gestiopolis.com/Canales4/mkt/mexipira.htm>>.

- Hernández, Dr. Gerardo Martín. CMA - Centro de Mediación y Arbitraje. 2011. 09 de 09 de 2015 <<http://www.cmanicaragua.com.ni/index.php/documentacion-y-descarga/articulos-de-interes/sobreviviendo-una-clausula-patologica/>>.
- Unesco. Portal Unesco. 2011. 2013 de Junio de 15 <http://portal.unesco.org/culture/es/ev.php-URL_ID=39442&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>.

CUERPOS NORMATIVOS

- Código Civil del Ecuador. Registro Oficial Suplemento 24, 24-junio-2005.
- Código de Procedimiento Civil. Registro Oficial, 12 de Julio de 2005.
- Código Orgánico de la Función Judicial. 2015.
- Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York, 1958.
- Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador. Registro Oficial, 4 septiembre 1997.
- Ley Modelo Uncitral, COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. 1985.
- PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES. 2010.
- Protocolo Relativo a las Cláusulas de Arbitraje en materia Comercial de Ginebra de 1923. 1923.

CASOS Y FALLOS JURISPRUDENCIALES

- Proceso arbitral 037-09 CAM CCQ. N° 037-09. Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. 2009.
- Procesos Arbitrales. N° 015-06. CAM AMCHAM. 2006.
- Caso Cobo vs. Misle Zaidan. N° 172-09 EP . Corte Constitucional. Septiembre de 2010.

- Causa No. 97-2009. N° Causa No. 97-2009. Presidencia de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha. 9 de abril de 2010.
- Resolución Corte Suprema de Justicia del Ecuador. N° 151-2008 (R.O. 224-S, 29-VI-2010). Corte Suprema de Justicia del Ecuador. 2008.
- N° Sentencia T-001 . Corte Constitucional de Colombia. 1992.
- N° 7929. CCI. 1995.