



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

“LAS CLÁUSULAS PATOLÓGICAS EN LOS CONVENIOS ARBITRALES  
Y SUS EFECTOS JURÍDICOS”

Autora

Ana Sofía De Castro Peralvo

Año  
2018



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

“LAS CLÁUSULAS PATOLÓGICAS EN LOS CONVENIOS ARBITRALES Y  
SUS EFECTOS JURÍDICOS”

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos  
establecidos para optar por el título de Abogada de los Juzgados y Tribunales  
de la República.

Profesor Guía  
MSc. José Gabriel Terán Naranjo

Autora

Ana Sofía De Castro Peralvo

Año  
2018

## **DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA**

“Declaro haber dirigido el trabajo, Las cláusulas patológicas en los convenios arbitrales y sus efectos jurídicos, a través de reuniones periódicas con la estudiante Ana Sofía De Castro Peralvo, en el semestre 2018-1, orientando sus conocimientos y competencias para un eficiente desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

---

José Gabriel Terán Naranjo  
Master Universitario en Abogacía  
CC. 0502272792

## **DECLARACIÓN DEL PROFESOR CORRECTOR**

“Declaro haber revisado este trabajo, Las cláusulas patológicas en los convenios arbitrales y sus efectos jurídicos, de la estudiante Ana Sofía De Castro Peralvo, en el semestre 2018-1, dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación”

---

Ivana Valeria Noboa Jaramillo  
Magister en Estudios Socioambientales  
CC. 02015085439

## **DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE**

“Declaro que este trabajo es original, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

---

Ana Sofía De Castro Peralvo  
CC. 1717940249

## **AGRADECIMIENTOS**

A José Gabriel Terán Naranjo, por su paciencia y dedicación durante el desarrollo de este trabajo, y por todo lo que ha logrado transmitirme a lo largo de mi formación académica.

A Rafael Lugo Naranjo, por sus consejos y apoyo durante mi proceso de titulación.

## **DEDICATORIA**

A mi mamá, Lourdes, por estar presente en cada paso, por todas sus enseñanzas y por cada muestra de amor. Eres mi ejemplo, mi fuerza y mi más grande motivación.

A mi familia, en especial a mis tías, Elizabeth y Rocío, por todo su cariño y apoyo incondicional.

A mis amigas

## RESUMEN

El presente trabajo de titulación trata acerca de los efectos jurídicos generados ante la identificación de una cláusula patológica en un convenio arbitral. Las cláusulas patológicas son aquellas que, a pesar de estar presentes en un convenio arbitral, imposibilitan la resolución directa de una controversia por parte de un árbitro o tribunal arbitral, pero tampoco otorgan esta competencia directamente a los jueces ordinarios.

Las cláusulas patológicas generan la necesidad de que los árbitros realicen un análisis del convenio, utilizando herramientas de interpretación como la jurisprudencia y el Código Civil, para que amparados en el principio pro arbitraje y la facultad que les otorga el principio Kompetenz-Kompetenz, puedan decidir acerca de su propia competencia y dar inicio al proceso arbitral, que concluirá en un laudo.

Un convenio arbitral está conformado por un contenido necesario y otro facultativo, al ser el contenido necesario las disposiciones obligatorias que deben constar en el texto para que pueda surtir efectos, el facultativo son aquellas directrices que las partes pueden incluir para personalizar su proceso arbitral. Es en este último contenido en el que por agregar detalles excesivos o determinaciones muy específicas, las partes pueden incurrir en alguna patología.

La naturaleza jurídica del convenio arbitral aún no está bien definida, es por este motivo que podemos identificar una teoría contractualista, otra jurisdiccional y finalmente una ecléctica que vuelve a las dos primeras complementarias. A raíz de considerar la última teoría la más completa, y la inclusión en ella de la teoría contractualista, el presente trabajo, define la validez, nulidad y eficacia como efectos jurídicos propios de los actos y declaraciones de voluntad, en los que se incluyen los pactos arbitrales, y determina cuál será aplicable a cada tipo de cláusula patológica.



## **ABSTRACT**

The following degree project deals with the legal effects generated when a pathological clause is identified in an arbitration agreement. The pathological clauses are those that, despite being present in an arbitration agreement, preclude the direct resolution of a controversy by an arbitrator or arbitral tribunal, however they do not grant this competence directly to ordinary judges.

Pathological clauses generate the need for arbitrators to carry out an analysis of the agreement, using tools for interpretation such as jurisprudence and the Civil Code, so that protected by the principle of arbitration and the power granted by the Kompetenz-Kompetenz principle, they can decide about their own competence and start the arbitration process, which will conclude in an award.

An arbitration agreement is made up contents which are necessary and others which are optional, since the necessary contents are the mandatory provisions that must be stated in the text so that it can supply effects, the optional contents are those guidelines that the parties can include to personalize their arbitration process. It is in this last mentioned content where the parties may incur some pathology due to the addition of excessive details or very specific determinations.

The legal nature of an arbitration agreement is not yet well defined, it is for this reason that we can identify a contractualist theory, a jurisdictional one and finally an eclectic one that goes back to complement the first two. As a result of considering the last theory the most complete, and the inclusion in it of the theory of contractualism, the present work, defines validity, nullity and effectiveness as legal effects of the acts and declarations of will, which include the arbitration agreements, and determines which will be applicable to each type of pathology.

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	1
1. CAPÍTULO I. EL CONVENIO ARBITRAL .....	2
1.1 Definición del convenio arbitral .....	3
1.2 Naturaleza jurídica del convenio arbitral. ....	5
1.3 Contenido necesario y facultativo del convenio arbitral. ....	10
1.4 Principio Kompetenz-Kompetenz .....	15
2. CAPÍTULO II. PATOLOGÍAS EN LOS CONVENIOS ARBITRALES.....	18
2.1 Definición de convenio arbitral patológico.....	18
2.2 Principio pro arbitraje .....	19
2.3 Tipos de cláusulas patológicas .....	21
2.3.1 Acuerdos de arbitraje optativos .....	21
2.3.2 Cláusulas carentes de certeza .....	22
2.3.3 Acuerdos de arbitraje inoperantes o inejecutables.....	23
2.4 Ejemplificación de cláusulas patológicas .....	23
3. CAPÍTULO III. EFECTOS JURÍDICOS DE LAS CLÁUSULAS PATOLÓGICAS EN LOS CONVENIOS ARBITRALES.....	26
3.1 Herramientas jurídicas para interpretar las cláusulas patológicas.....	26
3.2 Validez, nulidad y eficacia.....	36
3.2.1 Validez.....	36
3.2.2 Nulidad .....	37
3.2.3 Eficacia.....	38
4. CONCLUSIONES.....	41
REFERENCIAS .....	44

## INTRODUCCIÓN

La trayectoria del arbitraje en el Ecuador se remonta a la época colonial, pues estaba contemplado en la legislación española y fue, por asociación, reconocida en nuestra legislación. Sin embargo, el concepto moderno de arbitraje se consagró por primera vez con el Código de Procedimiento Civil ecuatoriano del año 1960, donde se incluyó un título con referencia al “Juicio Arbitral”, con disposiciones poco prácticas y excesivamente formalistas, motivo por el cual fue derogado y sustituido por la Ley de Arbitraje y Mediación, aprobada por el Congreso Nacional el 21 de agosto de 1997 y publicada en el Registro Oficial No. 145. (Salcedo, 2001, pp. 28 - 31).

Actualmente, con el reconocimiento constitucional con el que cuenta el arbitraje en el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador del año 2008 y con la Ley de Arbitraje y Mediación del año 2006, los sujetos de relaciones contractuales y no contractuales pueden someter sus controversias libremente a este método alternativo de solución de conflictos a través de la celebración de un convenio arbitral.

El convenio o pacto arbitral, es aquel acuerdo de voluntades mediante el cual los sujetos de una relación jurídica manifiestan su voluntad de someter sus controversias al sistema arbitral restándole jurisdicción y competencia a la justicia ordinaria. Tiene un contenido necesario, mismo que se encuentra determinado en la Ley de Arbitraje y Mediación, y un contenido opcional que se encuentra amparado en el derecho a la libre contratación, contemplado en el numeral 16 del artículo 66 de la Constitución de la República del Ecuador, pues poniendo en práctica el principio de autonomía de la voluntad que este incluye, las partes que acuerdan someterse a un arbitraje tienen la posibilidad de incluir en su convenio una gran cantidad de elementos que individualizan su compromiso y lo adaptan a su relación jurídica.

Las partes pueden considerar que el hecho de incluir una gran cantidad de detalles sobre cómo se desenvolverá el proceso arbitral les garantizará

seguridad jurídica, no obstante, en palabras de Rafael Arenas y Cristián Oró “La práctica pone de manifiesto que cuando más específica y detallada sea una cláusula, mayor es el riesgo de que sea sometida a impugnaciones; y, con carácter complementario, una cláusula oscura o ambigua puede impedir el normal desarrollo del procedimiento arbitral” (Arenas y Oró, 2012, p. 170).

Estas cláusulas oscuras o ambiguas que pueden presentarse en los convenios arbitrales se denominan cláusulas patológicas. Esta investigación se centrará en los efectos jurídicos que las cláusulas patológicas pueden generar, toda vez que, si bien es cierto que existen herramientas en nuestra legislación que pueden servir como apoyo para interpretar las patologías de los convenios arbitrales, como el Código Civil y la jurisprudencia, sus efectos jurídicos no se encuentran claramente definidos y pueden generar problemas tanto a árbitros, como a las partes que quisieron someter sus controversias al sistema arbitral.

Los efectos jurídicos que pueden presentarse a raíz de una cláusula patológica en un convenio arbitral son la nulidad, invalidez o ineficacia, mismos que se encuentran vinculados entre sí. El identificar la invalidez del convenio arbitral a causa de una patología puede, adicionalmente y según lo que contemple la ley, acarrear a una nulidad y al ser declarado un convenio nulo, el mismo carecerá de eficacia y no generará los efectos que las partes esperaban obtener al celebrarlo.

Por consiguiente, el problema jurídico de esta investigación se resume en la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los efectos jurídicos de los convenios arbitrales patológicos en el Ecuador?

## **1. CAPÍTULO I. EL CONVENIO ARBITRAL**

El convenio arbitral es el sustento principal del arbitraje, es en él donde se contempla la voluntad de las partes para someterse a un proceso arbitral y se retira la jurisdicción y competencia a la justicia ordinaria.

## 1.1 Definición del convenio arbitral

El convenio arbitral, al ser el soporte fundamental para someter una controversia al sistema arbitral, ha sido definido por varios autores. Jorge Hernán Gil Echeverry, por ejemplo, define al convenio arbitral como:

“Un contrato mediante el cual las partes manifiestan su voluntad de deferir la solución de sus conflictos de intereses actuales o futuros, originados de una relación contractual o en situación de hecho, a la justicia arbitral, quedando derogada la jurisdicción ordinaria.” (Gil,1993, pp.14 -15).

Por otra parte, Ernesto Salcedo Verduga lo conceptualizó como “el acuerdo de voluntades que tiene como finalidad excluir de jurisdicción en determinadas controversias susceptibles de ser transigidas a la justicia ordinaria, para remitirlas a la decisión de particulares llamados árbitros”. (Salcedo, 2001, p. 63).

Ramiro Bejarano Guzmán también se refirió al convenio arbitral e indicó:

“Se entiende por pacto arbitral el acuerdo de voluntades que da lugar a un negocio jurídico, en virtud del cual las partes involucradas en un conflicto deciden no ventilarlo delante de los jueces ordinarios, sino ante un tribunal arbitral, integrado por particulares investidos transitoriamente de la función pública de administrar justicia.” (Bejarano, 2016, p. 393).

En virtud de estas definiciones, podemos decir que un convenio o pacto arbitral, -pues pueden tomarse como sinónimos- es aquel por el cual las partes de una relación contractual o no contractual deciden voluntariamente someter sus controversias, siempre que estas versen sobre materia transigible, a terceros imparciales llamados árbitros, restándole jurisdicción y competencia a la justicia ordinaria.

El convenio arbitral es el género y contiene a la cláusula y al compromiso arbitral como especies de creación contractual del arbitraje. Estas dos especies se identifican por el momento en el que se da el acuerdo entre las partes para someterse al sistema arbitral.

Cuando el convenio se da previo al surgimiento del conflicto, se denomina cláusula compromisoria; cuando las partes deciden que se someterán al arbitraje una vez que ya existe una controversia identificada, se denomina compromiso arbitral (Bejarano, 2016, p. 393). Ambas generan los mismos efectos jurídicos y tienen un objetivo común: “someter la resolución de los conflictos intersubjetivos, actuales o futuros, a la decisión de terceros llamados árbitros”. (Salcedo, 2001, p. 64)

Según el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador, los métodos alternativos de solución de conflictos se aplican con sujeción a la ley en materias en las que por su naturaleza se puedan transigir. “Los asuntos de naturaleza transigible, comprende todo aquello que puede ser objeto de libre disposición, negociación o renuncia de por las partes en conflicto y, en consecuencia, se incluyen dentro de la órbita de su voluntad” (Yuquilema y Criollo, 2016, p.19). Por lo tanto, no existirá un convenio arbitral válido sobre materias no transigibles.

Nuestra legislación considera una materia como “transigible” a aquella que cumple con las dos condiciones que determina el artículo 11 del Código Civil: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia.” (Código Civil, 2005, art. 11)

El artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación contiene la definición de convenio arbitral, además señala los requerimientos mínimos que debe cumplir e incluso contempla la posibilidad de que las partes dejen de lado la tramitación de un juicio ante la justicia ordinaria, siempre que pueda ventilarse ante el

sistema arbitral, y soliciten el archivo de la causa adjuntando un convenio arbitral. En su parte principal indica:

“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 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 (...). (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, art. 5)

A modo de conclusión, podemos decir que no cualquier materia puede ser sometida al sistema arbitral, debe tratarse de materia transigible cuya renuncia de derechos afecte de manera individual a quien decide hacerlo y que además legalmente no esté prohibida. Una vez que se verifique esta exigencia, se cumplirán con los requisitos que impone la Ley de Arbitraje y Mediación para la redacción de un convenio arbitral que resulte plenamente válido.

## **1.2 Naturaleza jurídica del convenio arbitral.**

La naturaleza jurídica de los convenios arbitrales aún no se encuentra definida, pero existen dos tesis principales que han sido identificadas. La contractualista, defiende que esta institución jurídica pertenece al derecho privado y la jurisdiccional defiende que estamos en la esfera del derecho público. (Verduga, 2001, p. 54)

Acerca de estas dos teorías principales, Alfredo Gonzáini, considera que, si el arbitraje se mira como una decisión voluntaria y libremente concertada, su fundamento puede tener una naturaleza contractual y regirse por normas sustantivas. Por otra parte, si se atiende a la manera de resolución del conflicto, se puede defender la naturaleza jurisdiccional en virtud de la presencia clásica de las partes procesales y el tercero imparcial. Ambas teorías pueden fusionarse en una tercera que pretende demostrar que ninguna es absoluta y que tienen aciertos y errores. (Gonzáini, 1995, p.116).

A partir de estas consideraciones podemos decir que la teoría contractualista se enfoca en el acuerdo de voluntades, característica fundamental de los contratos, mientras que la teoría jurisdiccional se centra en el aspecto procesal en el que se desarrollará el arbitraje, hasta que finalmente culmine en un laudo, produciendo efectos de cosa juzgada. Quienes consideran que ambas teorías tienen características válidas pero absolutistas y que podrían llegar a ser complementarias pueden optar por una tercera teoría que nace con la fusión de estas dos teorías principales.

La teoría contractualista nace a raíz del convenio arbitral. Tiene su fundamento en que el arbitraje es un contrato que nace de la voluntad de las partes y son estas las que permiten que el arbitraje surja y se desarrolle. Su origen contractual debe observarse desde una perspectiva civilista, tomando en cuenta la capacidad de los sujetos contratantes y demás elementos de validez requeridos. (Ledesma, 2010, p. 30)

Jaime Guasp, autor material de la Ley de 22 de diciembre de 1953, que reguló los Arbitrajes de Derecho Privado en España, apoya esta teoría y sostiene que, cuando las dos partes de la relación contractual se ponen de acuerdo para llamar a un tercero a que resuelva su controversia, estamos inequívocamente ante un arbitraje; esto no supone que se está ante un proceso judicial, ni que el árbitro sea igual que un juez, sino que la intervención del tercero obedece únicamente al acuerdo de voluntades destinadas a crear este efecto jurídico. (Guasp, 1956, p. 24)



El mismo autor señala, haciendo referencia al arbitraje, lo siguiente: “Su sede propia será, pues, la regulación de los contratos dentro del derecho civil.” (Guasp, 1956, p. 24) De esta manera reconoce su origen contractualista y la aplicación del Código Civil como norma que regula el acuerdo de voluntades y la exigibilidad de las obligaciones que genera.

Finalmente, esta teoría sostiene que los árbitros no son jueces, sino particulares que no revisten de la calidad de servidores judiciales y que por lo tanto, no administran justicia y resuelven las controversias en nombre del Estado. Como consecuencia, el cumplir con la decisión contenida en el laudo, aun con la intervención de un juez para su ejecución, no se puede comparar con la ejecución de una sentencia, sino que se trata de el cumplimiento de contrato por vía judicial (Salcedo, 2001, p. 55).

Podemos afirmar que esta teoría tiene su eje central en la atribución del origen del arbitraje al poder que tienen las partes para acordar someter sus controversias, a este, mediante un convenio. Este acuerdo privado puede equipararse a un contrato y, por lo tanto, encontrará su regulación en un cuerpo normativo de derecho privado; es decir, en el Código Civil, y deberá cumplir con los requisitos que aquí se contemplan para la validez de los contratos, permitiendo que el proceso arbitral arranque y se pueda desenvolver de acuerdo con lo que voluntariamente dispusieron las partes, dejando de lado la intervención estatal.

En contraposición a la teoría contractualista tenemos a la teoría jurisdiccional que atiende la forma de solucionar el conflicto, la participación de las partes en la resolución de la controversia y un tercero imparcial. Como el tercero imparcial, denominado árbitro, no representa la voluntad de las partes sino la suya misma, esta decisión está revestida de un sentido de justicia que basta para que se lo pueda encuadrar en un carácter jurisdiccional. (Gonzáini, 1995, p. 119).

Ulises Montoya Alberti (1998, p. 32) identifica los puntos básicos de esta teoría en cuatro puntos básicos:

1. Los árbitros serán considerados jueces al ejercer la actividad jurisdiccional del Estado. Lo que hace el convenio arbitral únicamente es ampliar las funciones del Estado trasladando jurisdicción a particulares.
2. A pesar de no ser servidores judiciales, los árbitros quedan revestidos de jurisdicción otorgada por las partes, esta posibilidad de otorgar jurisdicción a los árbitros mientras dure el desempeño de sus funciones se puede dar gracias a que la ley le concede a las partes la potestad de dotar de competencia para resolver sus conflictos, al sistema arbitral.
3. El laudo es una verdadera sentencia y consideramos los efectos que produce. Es por este motivo que el artículo 363, numeral 2, del Código Orgánico General de Procesos lo considera, al igual que a la sentencia ejecutoriada, un título de ejecución.
4. La responsabilidad de los jueces y de los árbitros se puede equiparar.

Esta tesis también se sustenta en que “sin desconocer su origen contractual, su eficacia no puede lograrse sin la intervención de la jurisdicción” (Ledesma, 2010, p. 33). Por lo tanto, si bien es cierto que la competencia para emitir un laudo y decidir acerca de la controversia está en el árbitro, la jurisdicción sigue cumpliendo un rol subsidiario, complementario y revisor.

Parte fundamental del sustento de esta teoría tiene que ver con el efecto que la ley otorga al laudo arbitral. Esto es, de cosa juzgada, que se equipara a los efectos de una sentencia emitida por la justicia ordinaria y, es por ello que no se puede desconocer la decisión del árbitro y acudir a un nuevo proceso en el que intervengan los mismos elementos subjetivos y objetivos, y se puede pedir su ejecución (Ledesma, 2010, p. 32).

Por lo que podemos decir que la teoría jurisdiccional se enfoca en el desenvolvimiento de la resolución del conflicto y los efectos procesales que genera el arbitraje. Todos los autores mantienen como punto en común que el arbitraje depende, a pesar de nacer por la voluntad de las partes, del reconocimiento y aceptación que le otorga el Estado y de la ayuda que le brinda la jurisdicción ordinaria en aspectos fundamentales como la ejecución del laudo arbitral.

Además, afirmar que otorgar jurisdicción a un árbitro no implica quitársela al Estado sino ampliarla, tiene sentido toda vez que durante el ejercicio de sus funciones los árbitros deben someterse a las disposiciones que rigen a los jueces y a las mismas limitaciones y prohibiciones en el desempeño de sus funciones.

El artículo 7 del Código Orgánico de la Función Judicial establece claramente que los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales de acuerdo a lo que establece la ley y la Constitución. Así mismo, los artículos 19 y 21 de la Ley de Arbitraje y Mediación, remiten al Código de Procedimiento Civil, cuerpo normativo que fue derogado y reemplazado a partir del 22 de mayo del 2015 con la publicación en el Registro Oficial del Código Orgánico General de Procesos, para aplicar las mismas causales de recusación y excusa de los jueces de jurisdicción ordinaria a los árbitros.

En virtud de las dos teorías principales antes descritas nace una tercera teoría denominada ecléctica, que encaja y las torna complementarias considerando que el arbitraje es una institución de naturaleza contractual en su origen, pero jurisdiccional en sus efectos. Está regulado tanto por normas civiles, como por normas procesales (Ledesma, 2010, p. 36).

Chillón Medina y Merino Merchán describen los aspectos insuficientes de las dos teorías para defender una mixta y complementaria. Acerca de la contractualista dicen que “no conviene todos los elementos de que se compone

la institución del arbitraje, y solamente explica alguno de sus elementos (compromiso, dación y recepción de árbitros y procedimiento arbitral)". (Chillón Medina y Merino Merchán, 1991, p.118)

En cuanto a la teoría jurisdiccional, mencionan que "pretende considerar el juicio arbitral como un juicio de cognición y al laudo como sentencia perfecta de declaración, olvidando, en cambio, la originación contractual del mismo" (Chillón Medina y Merino Merchán, 1991, p.118)

Esta última teoría puede considerarse como la más completa de todas, pues no niega el origen contractual del arbitraje ni su regulación en disposiciones que rigen los contratos contempladas en el Código Civil. Indudablemente someterse a un arbitraje requiere de un convenio en el que se plasme expresamente la voluntad de las partes sin contravenir lo que se encuentra prohibido legalmente, pero a pesar de esta necesidad no podemos dejar de lado que el proceso arbitral no se desvincula de la jurisdicción estatal.

Prueba de la vinculación de la jurisdicción estatal y el arbitraje se encuentra en el hecho de que éste existe únicamente por su reconocimiento legal, por otro lado, las disposiciones legales que rigen a los jueces y su función de administrar justicia, también se aplican a los árbitros. Además, no podemos desconocer que es en esta jurisdicción estatal donde el arbitraje encontrará apoyo para ejecutar su laudo y revisar el desenvolvimiento del proceso.

### **1.3 Contenido necesario y facultativo del convenio arbitral.**

El contenido facultativo del convenio arbitral, se refiere a la información que puede ser agregada por las partes contractuales en el convenio arbitral. Pero, de no hacerlo, puede ser suplida por disposiciones legales existentes. Este contenido está apoyado en la posibilidad que tienen las partes, al pactar un arbitraje, de hacer predominar su autonomía de voluntad. "La posibilidad de configurar libremente el procedimiento distingue al arbitraje de la rigidez de un proceso judicial" (Cremades, 2011, p. 665)

Autores como Ernesto Salcedo Verduga (2001, pp.71-72) Paul Friedland y Rafael E. Llano Oddone (2010, pp.111-125) consideran que, por lo general, este contenido facultativo es integrado por las siguientes disposiciones:

1. La manera en la que los árbitros decidirán para resolver el conflicto puede ser en derecho o en equidad. Ante la falta de disposición, el artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que se decidirá en equidad.
2. La designación específica de los árbitros principales y alternos, el número de árbitros que conformarán el tribunal y la determinación de las reglas del procedimiento a seguir. El artículo 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación contempla la posibilidad de suplir la designación específica mediante la realización de un sorteo en el centro de arbitraje ante el que sustanciará el proceso, si se trata de un arbitraje independiente se debe acudir al director del centro de arbitraje más cercano para que proceda de la misma manera.
3. La posibilidad de que sean los mismos árbitros quienes ejecuten sus propias medidas cautelares, sin la necesidad de acudir a los jueces ordinarios. El artículo 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que en caso de no expresarse esta posibilidad en el convenio cualquiera de las partes podrá solicitar esta ejecución a un juez ordinario.
4. Las partes pueden convenir la confidencialidad del proceso arbitral, esto está respaldado en el artículo 34 de la Ley de Arbitraje y Mediación, pero de no hacerlo, la solución puede encontrarse en haber sometido la resolución de su conflicto a un centro de arbitraje cuyo reglamento imponga como regla general del proceso la confidencialidad.
5. El lugar donde debe darse el arbitraje también es parte del contenido facultativo del convenio arbitral. El artículo 35 de la Ley de Arbitraje y

Mediación contempla tres posibilidades en caso de que no conste en el convenio. En primer lugar, se puede acudir al lugar de los efectos del acto o contrato materia del arbitraje; como segunda posibilidad, si es que así él lo decide, puede optarse por el domicilio del demandante; y por último, de manera residual al no existir tribunal de arbitraje en los referidos lugares, se acudirá al de la localidad más próxima

6. Las partes también tienen la posibilidad de convenir el idioma en el que se sustanciará su proceso arbitral, esto es mucho más común en los arbitrajes internacionales. El artículo 36 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece como idioma en el que se debe sustanciar el arbitraje el castellano.

La posibilidad de contar con un contenido facultativo en un convenio arbitral dota al arbitraje de flexibilidad y permite que cada arbitraje logre personalizarse de acuerdo con las necesidades individuales presentes en la relación de las partes. Se debe tomar siempre en cuenta que a pesar de que este contenido sea una prerrogativa para las partes que acuerdan un arbitraje no puede contravenir ninguna disposición legal.

El contenido facultativo de los convenios arbitrales es opcional en vista de que en caso de no agregarse a su texto, es fácilmente suplido por disposiciones legales expresas de la Ley de Arbitraje y Mediación. Por lo tanto, las partes que suscriben el pacto arbitral deberían considerar este contenido como excepcional, para fines específicos, y evitar que una regulación excesiva pueda afectar de alguna manera el desarrollo de su proceso arbitral.

Cuando hablamos del contenido necesario o esencial del convenio arbitral, debemos tener en mente que son los requerimientos mínimos que deben estar expresados en el convenio arbitral y que la ley no es capaz de suplir, que permiten que el convenio sea ejecutable y eficaz.

A partir de las obras de los tres autores antes citados podemos decir que existen tres requisitos esenciales que debe contener un pacto arbitral:

1. En primer lugar, se encuentra la voluntad de las partes para someterse al arbitraje. Por regla general, las controversias surgidas a partir de una relación contractual o no contractual se resuelven ante jueces ordinarios por lo que siendo el convenio arbitral fuente originaria del arbitraje y al ser la autonomía de la voluntad el principio rector del mismo, en éste debe estar contemplada clara e inequívocamente la voluntad que tuvieron las partes para someterse al sistema arbitral y otorgar jurisdicción a los árbitros.

Al respecto Ernesto Salcedo Verduga señala “Evidentemente, si no media esa voluntad expresa e inequívoca, por escrito, el convenio arbitral adolecerá de falta de consentimiento que, en nuestra legislación positiva, acarrea la nulidad absoluta del acto o contrato (...)” (Salcedo, 2001, p. 70)

2. Determinación de la relación jurídica que se someterá al arbitraje, sea esta contractual o no contractual. Este requisito busca fundamentalmente evitar la indeterminación del asunto que será sometido al sistema arbitral. Al hablar de determinación no implica enumerar de forma restrictiva cada conflicto que pueda suscitarse, es completamente válido y recomendable establecer que se sustanciaran vía arbitraje todos los conflictos transigibles que se originen de un contrato, lo importante es dejar en claro el alcance que tiene la jurisdicción que otorga ese convenio arbitral a los árbitros.

Es importante tomar en cuenta que:

“(...) una cláusula arbitral que contemple en forma ambigua el sometimiento a arbitraje de ciertas controversias, que no abarque

todo el universo de disputas que pudiere surgir del contrato o guardara relación con éste, es una invitación a litigar respecto al alcance de la jurisdicción de los árbitros.” (Friedland y Llano, 2010, p. 97)

3. Finalmente, y a pesar de que no sea parte del contenido sino de la forma, un convenio arbitral debe constar siempre por escrito. Este requisito se contempla en varios cuerpos normativos, como la Convención de Naciones Unidas, suscrita en Nueva York en 1958; en la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; y en la legislación ecuatoriana, en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Al respecto, Fernando Rodríguez Mendoza considera que:

“Este requisito no es solo exigible a los efectos de que pueda probarse el convenio arbitral sino porque, además, da cuenta de la existencia de una voluntad libre, conciente e inequívoca de las partes de querer solucionar sus conflictos por medio del arbitraje.” (Rodríguez, 2006, p.159).

En este contenido necesario del convenio arbitral y por la naturaleza contractual que reviste al arbitraje, concurrirán todos los elementos contemplados en el artículo 1461 de nuestro Código Civil, los que dotan de validez a un contrato; pues de lo contrario una persona natural o jurídica no puede obligarse a través de un acto o declaración de voluntad con otra. Estos son: el ser legalmente capaz, el consentimiento en dicho acto o declaración, el recaer sobre un objeto lícito y el tener una causa lícita.

El artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación hace una consideración especial de la capacidad para suscribir un convenio arbitral en caso de tratarse de entidades del sector público y establece, en lo principal, que el convenio arbitral



por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución y, adicionalmente, que en caso de querer someterse a un arbitraje una vez surgida la controversia, se debe consultar al Procurador General del Estado, cuyo dictamen es de obligatorio cumplimiento.

A raíz de todas estas consideraciones se puede concluir que el contenido facultativo del convenio arbitral es aquel que surge de la voluntad de las partes de individualizar el desarrollo de su proceso arbitral y tiene su sustento en la naturaleza contractualista del arbitraje. Por otra parte, el contenido necesario nace de las disposiciones legales que contienen requisitos específicos para que el convenio arbitral resulte eficaz ante la jurisdicción estatal.

#### **1.4 Principio Kompetenz-Kompetenz**

Este principio se origina en 1955 a partir de un fallo emitido por el Tribunal Superior de la República Federal de Alemania, posteriormente se reconoce oficialmente, por primera vez, en el artículo 21 numeral 1 del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, aprobado por la Asamblea General en el año 1976, que indicaba que “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado”.

En palabras de José Carlos Fernández Rozas y Elena Artuch Iriberrí:

“El principio de la competencia competencia parte de la base de que no existe un recelo previo acerca de los árbitros y de que éstos están suficientemente capacitados para alcanzar una decisión a la vez equitativa y protectora de los intereses de la sociedad.” (Fernández Rozas & Artuch Iriberrí, 2011, p. 761)

Los mismos autores además indican que “si el efecto peculiar del convenio arbitral consiste en dotar de competencia a los árbitros para resolver la controversia negando el conocimiento del asunto a la jurisdicción ordinaria debe reconocerse a los árbitros la potestad para que, por sí mismos, o a solicitud de una de las partes, determinen a modo previo o, en ocasiones, en el momento de decidir el fondo del asunto, el título por el que intervienen en la controversia y el alcance de sus atribuciones.” (Fernández Rozas & Artuch Iriberry, 2011, p. 760)

Alegría Jijón Andrade encuentra el fundamento de la adopción de este principio en razones tanto prácticas como teóricas. Las razones teóricas se resumen en dos aspectos:

1. Que la intención implícita de las partes contenida en el convenio arbitral de que cualquier desacuerdo que surja de su relación jurídica, contractual o no contractual será sometido al arbitraje, incluyendo el decidir si éste es susceptible de ser sometido al arbitraje o no.
2. La facultad de revisar su propia jurisdicción es característica de los entes judiciales y forma parte de su capacidad para actuar. Es importante considerar que al ser el arbitraje una ampliación de la jurisdicción estatal, mediante el convenio arbitral, también se le reviste con esta característica.

Las razones prácticas para implementar este principio se resumen brevemente en evitar prácticas que ayuden a dilatar el proceso, disminuir la carga procesal de la justicia ordinaria y gozar de la experiencia de los árbitros que ya están familiarizados con este sistema en comparación con los jueces (Jijón A., 2015, p. 180).

El artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación contempla este principio e indica que en caso de que se proponga una demanda ante un juez y el

demandado alegue como excepción la existencia de un convenio arbitral, debe probarse y, de hacerlo, el juez debe inhibirse de conocer la causa, archivándola y permitiendo que los árbitros conozcan el conflicto y determinen su propia jurisdicción.

Además en cuanto a la posibilidad de que sean los mismos árbitros quienes determinarán su jurisdicción decidiendo acerca de su propia competencia. El artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación señala que:

“Una vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el tribunal resolverá sobre su propia competencia (...).”

María Fernanda Vásquez Palma señala el efecto positivo y negativo de la efectiva aplicación de este principio:

“Esta potestad se entiende, desde una perspectiva positiva, como la manifestación o prolongación del convenio arbitral y sus efectos; y desde la óptica negativa, que los tribunales estatales quedan inhibidos de poder pronunciarse sobre esta materia por estar entregada a la justicia arbitral”. (Vásquez, 2010, p.182).

Este principio brinda independencia al sistema arbitral del sistema estatal de administración de justicia y evita que un juez pueda intervenir en conflictos que previamente fueron destinados a ser resueltos en vía arbitral.

La exclusión de la justicia ordinaria se da desde un principio, por lo que los jueces no podrán decidir ni siquiera acerca de la competencia de los árbitros. Es a través de este principio que los árbitros empiezan el ejercicio de la jurisdicción que les otorga el convenio arbitral, dejando de depender de la justicia ordinaria para desempeñar su función.

En conclusión, un convenio arbitral es un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes pueden convenir someter sus controversias al sistema arbitral antes de que surja el conflicto o después. Contendrá elementos necesarios como: la voluntad de las partes, que se encuentre por escrito y que determine la relación jurídica que se someterá a arbitraje. Adicionalmente podría agregarse al convenio arbitral un contenido facultativo, que puede personalizar el proceso arbitral, pero también aumentará el riesgo de que una regulación excesiva impida el normal desarrollo del proceso.

## **2. CAPÍTULO II. PATOLOGÍAS EN LOS CONVENIOS ARBITRALES**

Tras definir el convenio arbitral e identificar su importancia en el sistema arbitral, es importante conocer que existen vacíos, puntos oscuros o ambigüedades en su texto, que pueden convertirlo en un convenio arbitral afectado por una patología.

### **2.1 Definición de convenio arbitral patológico.**

Una vez definido el convenio arbitral, y señalados todos sus requisitos, tanto necesarios como facultativos, es importante definir cuándo un convenio arbitral resulta patológico. En palabras de Carlos Matheus López, los convenios arbitrales patológicos son: "(...) aquellos que por defectuosos, imperfectos o incompletos impiden un normal desarrollo del arbitraje." (Matheus, 2011, p.638). Por tanto, su efectiva aplicación dependerá del esclarecimiento de sus imperfecciones para que el convenio arbitral pueda ejecutarse.

El término "cláusula patológica" fue utilizado por primera vez por Frederick Eisemann en 1974, secretario de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París. Para Eisemann no había forma de que un convenio arbitral diera frutos si su redacción tenía alguna anomalía y por lo tanto estableció que una cláusula arbitral es patológica si no cumple con cuatro funciones básicas:

1. Producir efectos que resulten obligatorios para las partes contratantes.
2. Impedir que la justicia ordinaria intervenga antes de que se emita el laudo arbitral.
3. Dotar de competencia para resolver el conflicto a los árbitros.
4. Brindar las condiciones necesarias para el desarrollo de un procedimiento organizado que concluya en un laudo. (Eisemann,1974, p.129)

Para Eduardo Picand Albónico, las cláusulas patológicas son “aquellas que presentan vicios formales que impiden el normal desarrollo del proceso arbitral” (Picand, 2005, p. 454). Según Antonio Pazmiño Ycaza, quien concuerda con esta definición, “la cláusula arbitral patológica es aquella que no enerva la jurisdicción ordinaria e impide la activación de la arbitral sea por no determinar claramente las intenciones de las partes de pactar arbitraje o (...) porque éste no puede prosperar por ser materialmente imposible de hacerlo.” (Pazmiño, 2014, p. 28).

Así, podemos concluir que una cláusula patológica es aquella que no otorga la posibilidad de resolver el conflicto directamente a los árbitros, como debería, pero tampoco implica automáticamente que los jueces ordinarios tendrán esta competencia, es por ello que requieren de un análisis y de herramientas de interpretación. Estas cláusulas adolecen de la determinación clara del designio de las partes para someterse al sistema arbitral o incluyen características que, a pesar de este designio, son materialmente imposibles de ejecutar.

## **2.2 Principio pro arbitraje**

Los puntos de vista frente a las patologías en los convenios arbitrales son varios, mientras que unos son más estrictos en afirmar que ante una

insuficiencia en el convenio hay que invalidarlo, otros consideran que es indispensable considerar el principio pro arbitraje y no restringir la aplicación de este método alternativo de solución de conflictos ante condiciones superables, que no afectan elementos esenciales del convenio.

Hilda Aguilar Grieder mantiene una interpretación restrictiva acerca de la aplicación del arbitraje cuando el convenio celebrado por las partes puede generar alguna duda acerca de su voluntad para someter su controversia al sistema arbitral y señala lo siguiente:

“(...) se considera que la jurisdicción estatal ofrece mayores garantías que la arbitral, y que el recurso a los tribunales estatales es un derecho que debe garantizarse a las partes. Por lo tanto, siguiendo este hilo argumental la “restricción” de este derecho que se produce como consecuencia de la sumisión a arbitraje, y la consecuente renuncia de las partes a las garantías inherentes a la jurisdicción estatal, no debe ofrecer duda alguna (...)” (Aguilar, 2001, p. 76).

Por otro lado, autores como Chillón Medina y Merino Beltrán han dicho 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” (Chillón Medina & Merino Beltrán, 1991, p. 673). El artículo 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana apoya esta interpretación a favor del arbitraje e indica que, en caso de duda, el órgano judicial respectivo, estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante este método alternativo de solución de conflictos.

El principio pro arbitraje es un mandato de optimización que busca hacer prevalecer la intención que tuvieron las partes de someterse a un proceso arbitral ante cualquier duda que surja en el convenio (Alexy, 1993, pp. 85 - 86). Por lo tanto, constituye una garantía al debido proceso al mismo tiempo que obliga a los jueces a inhibirse de conocer causas en las que el demandado ha opuesto la excepción de existencia de convenio arbitral.

En palabras de María Elisa Jara Vásquez, el principio pro arbitraje es “Una directriz que orienta la formulación y la aplicación que en normas que en última instancia precautelan el derecho a la tutela efectiva de los ciudadanos mediante la conservación de la vigencia del convenio arbitral o del laudo arbitral frente a intervenciones de la justicia estatal” (Jara, 2013, pp. 5 - 6).

Por lo tanto, podemos afirmar que el principio pro arbitraje apoya a los árbitros a declararse competentes para resolver un conflicto, haciendo prevalecer la evidencia de que existió la intención de las partes de someterse al sistema arbitral mediante la suscripción de un convenio por sobre las dudas que pueda este pueda generar.

### **2.3 Tipos de cláusulas patológicas**

El Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones) señala que: “Se utiliza la expresión cláusulas patológicas (“pathological [compromissory] clauses”) para hacer referencia a convenios arbitrales que, por su contenido, resultan o pueden resultar incoherentes, ambiguos o inaplicables. También se utiliza esta expresión para hacer referencia a convenios arbitrales que resultan en un arbitraje no idóneo para la correcta o eficiente resolución de la controversia entre las partes”. (González, 2011, p.352)

A partir de esta definición, Cristina Górgolas (2014, pp 3 - 4) identifica tres grupos en los que pueden encasillarse las cláusulas patológicas:

#### **2.3.1 Acuerdos de arbitraje optativos**

Estos convenios no excluyen claramente a la jurisdicción ordinaria, en su redacción se hace referencia a la justicia estatal para efectos de brindar asistencia judicial o ayuda con la ejecución del laudo, pero esta alusión puede generar dudas y controversias acerca de la voluntad de las partes para

someterse a un proceso arbitral. La falta de sometimiento claro a la jurisdicción ordinaria o al sistema arbitral resta efectividad al convenio arbitral y deja a las partes en un limbo jurídico.

En palabras de Ramón Escovar Alvarado (2009, p.73) “Un acuerdo de arbitraje es optativo en el caso de que no excluya la jurisdicción de los tribunales judiciales, esto es, cuando otorga a las partes la opción de someter sus controversias indistintamente a arbitraje o a tribunales judiciales.”

En conclusión, los pactos arbitrales optativos son aquellos que en su redacción no excluyen del todo a la jurisdicción ordinaria y por lo tanto puede generar dudas acerca de a quien le corresponde conocer la controversia, si al sistema arbitral o a la justicia ordinaria. Este tipo de pacto puede resultar en un laudo anulado en caso de que el tribunal arbitral haciendo uso del principio Kompetenz-Kompetenz se declare competente sin contar con el respaldo suficiente de un convenio arbitral que excluye efectivamente a la jurisdicción ordinaria.

### **2.3.2 Cláusulas carentes de certeza**

Estas cláusulas están presentes en los convenios arbitrales que contienen términos vagos e imprecisos. Acerca de estas cláusulas Ramón Escovar (2009, p.74) indica que “se debe tener presente que no existe una regla general para resolver la problemática de la falta de certeza en los acuerdos de arbitraje. El hecho de que un acuerdo de arbitraje carezca de certeza no implica per se que el mismo es nulo o ineficaz. Todo dependerá del grado defecto en el caso en concreto”.

Las cláusulas carentes de certeza son aquellas que en su redacción no identifican claramente el rumbo que las partes quisieron que tome su proceso arbitral. Pueden ser el resultado de agregar detalles excesivos con el afán de personalizarlo o por el contrario insertar disposiciones tan vagas y simples que puedan desembocar en un sin número de interpretaciones.



### **2.3.3 Acuerdos de arbitraje inoperantes o inejecutables**

Son aquellos en que el compromiso arbitral nunca se podrá llevar a cabo pues las condiciones en las que las partes acordaron someterse a este mecanismo de solución de conflictos son de imposible cumplimiento. “Puede hablarse de un acuerdo de arbitraje inoperante el caso de que éste sea redactado en términos excesivamente pormenorizados y, por ende, se haga prácticamente imposible su ejecución.” (Escovar, 2009, p.74)

Estos acuerdos tienen disposiciones totalmente válidas pero que dependen de factores externos al convenio arbitral y la voluntad de las partes. Pueden ser el resultado de agregar características muy específicas que en el caso de no lograr cumplirse en su totalidad lo conviertan en un pacto sin patología alguna a simple vista, pero inejecutable.

Podemos afirmar a partir de la definición de estos tres grupos que el supuesto de estar ante una cláusula patológica se puede comprobar identificando si existe alguna incoherencia, ambigüedad o algún elemento que haga el convenio inejecutable presentes en su redacción. A causa de alguno de estos elementos el convenio arbitral no será inmediatamente aplicable y requerirá de un análisis por parte de los árbitros para declararse competentes y excluir a la justicia ordinaria de la resolución del conflicto.

### **2.4 Ejemplificación de cláusulas patológicas**

Antonio Pazmiño Ycaza (2014, pp.31-34), identifica los siete tipos de patologías más comunes que en la práctica pueden ser identificadas en un convenio arbitral:

1. Realizar la designación específica de árbitros y que éstos a la fecha del conflicto hayan fallecido. Considerando que el proceso arbitral comienza con la declaración de competencia de los árbitros, a falta de los

específicamente designados y sin la voluntad de las partes para llegar a un nuevo acuerdo, el arbitraje jamás comenzaría.

2. Incapacidad relativa o absoluta de quien comprometió la controversia al sistema arbitral. Como elemento básico para comprometer su voluntad las personas necesitan capacidad, en el caso del arbitraje esta capacidad debe ser especialmente enfocada a poder transigir. El artículo 1461 del Código Civil define la capacidad legal de una persona como el poder obligarse por sí mismo y, sin el ministerio o autorización de otra.
3. Que se pacte convenio arbitral sobre materia no transigible. El artículo 11 del Código Civil identifica los requisitos para que una materia pueda considerarse transigible. Adicionalmente, las distintas leyes contemplan prohibiciones expresas acerca de la transacción. Por ejemplo, el artículo 2352 del Código Civil establece que no se puede transigir sobre el estado civil de las personas.
4. Defectuosa designación del centro de arbitraje al que se someterá la resolución del conflicto. Por ejemplo, si se indica que el arbitraje se llevará a cabo en el centro de arbitraje de la ciudad de Latacunga y en dicha ciudad no existe un centro de arbitraje, el convenio arbitral fallará, pues de no haber un acuerdo entre las partes para acudir a otro centro, dará paso a conflictos para mantener su eficacia.
5. Falta de designación de las leyes aplicables al convenio arbitral o proceso arbitral. Esta patología afecta sobre todo a arbitrajes internacionales pues es posible que se someta la decisión acerca de la validez del convenio a una normativa y aplicar otra para la resolución del conflicto. En caso de no hacerse ninguna especificación de a que normativa se someterá puede acudir a la Lex Mercatoria.

En el caso del Ecuador esta falta de designación no sería un problema, pues al tratarse de un arbitraje en derecho, se utilizará como fuente principal de derecho la Ley de Arbitraje y Mediación; y, para todo lo que este cuerpo normativo no prevea, según lo que menciona su artículo 37, se aplicará supletoriamente el Código Civil, Código de Comercio y otras leyes conexas.

6. No determinación del negocio jurídico materia del arbitraje. Esta omisión produce la nulidad del pacto arbitral, de acuerdo al artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación, se entiende la declaración de nulidad, pues es parte del contenido necesario del convenio.
7. Falta de intención de los contratantes de pactar arbitraje por escrito. Es fundamental para que exista un convenio arbitral y se someta un conflicto a este sistema que haya de por medio un acuerdo de voluntad y que éste conste por escrito. Este requisito también está considerado en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

A raíz de esto podemos identificar que hay patologías que desencadenan en la nulidad del pacto arbitral; otras, en cambio, en la invalidez y, finalmente en la ineficacia. Con un método de interpretación uniforme, las patologías que desencadenan en la ineficacia del pacto arbitral podrían ser fácilmente superables mediante una disposición legal expresa, haciendo preponderar el principio pro arbitraje y protegiendo la voluntad que tuvieron las partes al momento de suscribir el convenio arbitral.

Las patologías en los convenios arbitrales pueden presentarse en una gran cantidad de supuestos, no solo ante la omisión de requisitos legales si no cuando se encuentran presentes, pero por defectos en la redacción o dificultad para plasmar la verdadera intención que tuvieron las partes contratantes en el documento escrito se da paso a múltiples interpretaciones que dificultan el normal desarrollo del proceso.

Ante cualquier tipo de patología hay que tener presente el principio pro arbitraje, que de la mano con el Kompetenz-Kompetenz y una voluntad clara por parte de los sujetos contratantes, facilitará la labor de los árbitros para declararse competentes y excluir a la justicia ordinaria de la resolución del conflicto.

En conclusión, un convenio arbitral patológico es aquel que impide el normal desarrollo del convenio arbitral, no otorga la competencia de dirimir la controversia directamente a un árbitro o un tribunal arbitral, sino que genera duda acerca de la exclusión que hubo de la justicia ordinaria y por tanto debe realizarse un análisis del convenio en cada caso concreto. Los tres tipos de patologías más comunes e identificables son los acuerdos de arbitraje optativos, las cláusulas carentes de certeza y los acuerdos de arbitraje inoperantes o inejecutables.

### **3. CAPÍTULO III. EFECTOS JURÍDICOS DE LAS CLÁUSULAS PATOLÓGICAS EN LOS CONVENIOS ARBITRALES**

A pesar de que las patologías en los convenios arbitrales han sido identificadas doctrinariamente varios años atrás, sus efectos jurídicos no se encuentran claramente delimitados. Por este motivo, es importante identificar las herramientas legales con las que contamos para superar estas patologías y los efectos jurídicos que cada una de ellas puede producir.

#### **3.1 Herramientas jurídicas para interpretar las cláusulas patológicas**

En virtud del origen contractual del convenio arbitral, las cláusulas patológicas pueden ser interpretadas de acuerdo a las normas de interpretación de los contratos establecidas a partir del artículo 1576 del Código Civil. Esta posibilidad se desprende del artículo 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que establece que el Código Civil es una norma supletoria en los arbitrajes en derecho.

Del Código Civil se desprenden siete directrices fundamentales para la interpretación de contratos:

1. Si se conoce claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.
2. Aunque los términos de un contrato sean muy generales, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado.
3. Se debe preferir darle el sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno.
4. Cuando no exista voluntad en contrario dentro del mismo contrato, éste se debe interpretar de la manera que mejor cuadre con su naturaleza. Las cláusulas de uso común se presumen, aunque no estén contempladas expresamente.
5. En un contrato las cláusulas se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Las cláusulas de un contrato pueden también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre una misma materia o por la aplicación que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de ellas con la aprobación de la otra.
6. Cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por sólo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extiende.
7. Cuando no puedan aplicarse alguna de las ya mencionadas reglas de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor. 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.

Las disposiciones antes mencionadas pueden resultar de gran utilidad ante la interpretación de una cláusula patológica en un convenio arbitral, sin embargo, encuentran su principal limitación al considerar que el Código Civil es aplicable como norma supletoria únicamente ante los arbitrajes en derecho, por lo tanto nuestra única opción frente a arbitrajes en equidad será aceptar la decisión de los árbitros conforme a su leal saber y entender, lo que puede implicar el vulnerar la seguridad jurídica de las partes.

Un arbitraje en equidad se refiere a aquel en que el árbitro o tribunal arbitral investigará la causa y el origen del conflicto entre las partes, su labor se centrará en obrar y decidir en base a su discrecionalidad, por lo que es necesario que forme su juicio de valor con argumentos racionales que tengan relación con los hechos del caso concreto. (Becerra, 2010, p.92)

El artículo 3 de la Ley de Arbitraje y Mediación contiene la posibilidad de que la decisión plasmada en el laudo arbitral sea tomada en equidad o derecho. Siendo el arbitraje en equidad aquel en el que los árbitros no necesitan ser abogados y deben fundar su laudo en su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica y por el contrario, el arbitraje en derecho, cuando un laudo es emitido en base a normas jurídicas, debiendo los árbitros ser abogados y atenerse a las fuentes del derecho.

Las patologías en convenios en los que se pacten arbitrajes en equidad podrían ser interpretadas de una manera uniforme si estas estuvieran contempladas en la Ley de Arbitraje y Mediación, cuerpo normativo que debe ser tomado en cuenta en cualquier tipo de arbitraje.

Otra herramienta jurídica que puede ser aplicada para dotar de eficacia un convenio arbitral que resulta afectado por una patología es la jurisprudencia,

entendiéndola como la doctrina que establecen los jueces y las magistraturas al resolver una cuestión que se les plantee (Calvo, 1992, p. 76), es decir, a través de decisiones tomadas por jueces en casos prácticos puestos su consideración y siguiendo ciertos parámetros establecidos en la norma, sus fallos pueden llegar a ser directrices para interpretar una norma o lograr determinar y unificar conceptos jurídicos que pueden ser aplicados posteriormente en casos análogos.

En el ámbito de las cláusulas patológicas en los convenios arbitrajes, existe jurisprudencia tanto nacional como internacional, este es el caso de la Sentencia No. 7/2012 de 25 de septiembre de 2012 emitida por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de País Vasco.

Esta sentencia resuelve una acción de nulidad interpuesta por algunos miembros de una comunidad de bienes en contra de uno de ellos, quien decidió acudir al sistema arbitral por incumplimientos en su contrato, alegando varias de las causales contempladas en el artículo 41.1 de la Ley de Arbitraje 60/2003, entre ellas el literal a), que indica “Resulta ser causa de nulidad el que el Convenio Arbitral no exista, o no sea válido.”

La parte actora sostiene que la existencia de convenio arbitral requiere del consentimiento pleno y absoluto de los afectados por el mismo, pues se trata de quitar competencia a la jurisdicción ordinaria y otorgársela a un árbitro. Alega que tal circunstancia no se produce en el presente caso. En primer lugar, uno de los miembros de la comunidad de bienes se incorpora manera posterior a su constitución, momento en el que se pactó que cualquier conflicto se sometería al sistema arbitral.

Por otro lado, las cónyuges de quienes sí estuvieron presentes en la constitución de la comunidad de bienes, que también son accionantes, manifiestan que de manera personal no suscribieron u otorgaron convenio arbitral de ningún tipo, y tomando en cuenta, que cualquier resolución de

conflictos a raíz de esta comunidad también las afectaría, era necesario contar con esta manifestación expresa de su voluntad para someterse al sistema arbitral.

Concluyen que en este caso la ineficacia o invalidez del convenio arbitral deriva de la inexistencia de este, pues en ningún momento o circunstancia se ha manifestado en dicho convenio su voluntad inequívoca de renunciar a la jurisdicción ordinaria.

El Tribunal responde a estas afirmaciones dejando en claro que tanto accionante como demandado están de acuerdo en la existencia de una comunidad de bienes, que contiene en su cláusula decimoprimera un convenio arbitral redactado de la siguiente manera:

“Las partes acuerdan que todo litigio o discrepancia que se derive de este contrato, se resolverá definitivamente ante el Tribunal Arbitral de Comercio de Bilbao, al que se encomienda la Administración del arbitraje y la designación del árbitro o árbitros, según su Reglamento y estatutos, acordando la expresa sumisión al laudo arbitral que dicte dicho Tribunal.”

Ambas partes también están de acuerdo en que existe en la comunidad de bienes una cláusula en la que se exige que todos los miembros deben estar de acuerdo para ceder derechos a terceras personas y que por este motivo uno de sus miembros, ahora accionante, no es parte desde la constitución.

Además, se puede confirmar que constan en el expediente los documentos que comprueban que todas las participaciones de los comuneros fueron adquiridas para sus sociedades conyugales o con carácter ganancial.

Como hechos a considerar, el Tribunal señala que el miembro de la comunidad que se integró de manera posterior a su constitución no acude a las audiencias del proceso arbitral a las que fue citado y envía a la Secretaria de la Corte



Arbitral, mucho tiempo después de la expedición del laudo, una carta excusándose por su ausencia en la que indica se debe a la imposibilidad de cubrir con los costos del arbitraje, en ningún momento hace referencia a la falta de expresión de su voluntad para someterse al sistema arbitral.

El Tribunal a concluye que el alegato de la parte demandante de inexistencia de convenio arbitral es una evidente contradicción y argumenta que el artículo 9.1 de la Ley de Arbitraje 60/2003, eliminó la exigencia de que el convenio arbitral debe expresar la voluntad de forma 'inequívoca', término que sí se recogía expresamente en el art. 5.1 de la Ley 36/1988, lo que tiene sentido considerando el antiformalismo con el que se lo reviste.

Esta última consideración no quiere decir que el Tribunal no esté de acuerdo con la parte accionante en que la voluntad es un requisito indispensable para que un convenio arbitral sea válido, pero discrepa en su alegación de que esta voluntad no exista por parte de las cónyuges de los comuneros y de quien ingresó posteriormente a la comunidad de bienes por el simple hecho de no encontrarse sus firmas en el contrato de constitución.

La sociedad es un contrato del que nace una relación jurídica contractual duradera y cuando se incluye un convenio arbitral en los estatutos quedan integrados en el contrato de forma que este pasa a ser una cláusula estatutaria que vincula a los socios presentes, futuros y a cualquier nuevo socio subroga la posición de uno anterior, adicionalmente todas las participaciones de los comuneros fueron adquiridas para sus sociedades conyugales o con carácter ganancial vinculando tanto al miembro que firmo como a su cónyuge. Así, este Tribunal concluye que es imposible alegar que no ha existido convenio arbitral o que el que consta del contrato no es válido para alguno de los miembros.

Es claro que dentro de este caso estuvo presente un convenio arbitral que puede encuadrarse en uno carente de certeza. Esto debido a que se pone en duda su validez y existencia por alegarse la falta de voluntad expresa de

personas involucradas directamente en los efectos de la comunidad de bienes. Esta voluntad, como vimos anteriormente, forma parte del contenido necesario del convenio arbitral.

En Ecuador también podemos encontrar jurisprudencia que involucra cláusulas patológicas, este es el caso de la Resolución de la Corte Constitucional 6, Registro Oficial Suplemento 159, de 26 de marzo de 2010, en la que se resuelve una Acción Extraordinaria de Protección presentada en contra de tres sentencias emitidas por un juez de primera instancia, la Corte Superior de Justicia de Pichincha y la Corte Suprema, por desconocer un convenio arbitral suscrito.

En audiencia de primera instancia, celebrada ante el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, el demandado alegó como excepción la incompetencia del juzgador en virtud a la existencia de un convenio arbitral. De todas maneras, el proceso continuó y concluyó con una sentencia que resolvía el fondo del conflicto, aceptando las pretensiones del actor.

El convenio arbitral al que se hace referencia, contenido en la tercera cláusula del contrato objeto del proceso, en su parte pertinente, señala:

"3.3 En caso de desacuerdo las partes acudirán a la dirimencia de un árbitro mutuamente seleccionado. La decisión de este árbitro será obligatoria para los dos grupos. El costo de los honorarios el árbitro será pagado por el grupo al cual (sic) no le asita la razón de acuerdo a dicho fallo. Adicionalmente el grupo que no tenga la razón, reconocerá y pagará una multa de \$ 5.000,00 al otro grupo.

3.4 Las dos partes seleccionarán de común acuerdo a una terna de tres árbitros para que actúe, uno de ellos previo sorteo, de acuerdo a lo indicado en el numeral 3.3. Hasta tanto se designe esta terna, los dos grupos están de acuerdo que el árbitro sea el Ing. Pedro Pinto Rubianes".

Esta sentencia fue apelada ante la Corte Superior de Pichincha, que resolvió desestimar el recurso de apelación y confirmarla. En su fundamentación la Corte explica que la alegación de existencia de un convenio arbitral realizada por el demandado debió sustanciarse y resolverse como excepción, lo que no se hizo en el momento procesal oportuno, sino al resolver sobre lo principal en la sentencia. Acepta que esto constituye una irregularidad pero que ésta no influyó en la decisión de fondo, en su fallo señala que:

“(...) si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de defensa en juicio no hay porqué declarar la nulidad. Recuerda que las nulidades no tienen por finalidad satisfacer pruritos formales, así como que las omisiones o quebrantos procesales son saneables porque el fin primordial de la administración de justicia es el de buscar la paz social.”

Este análisis dio paso a que se interponga un recurso de casación, que fue resuelto por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia. Se desechó el recurso considerando que existía indeterminación en el árbitro designado por las partes, que no se sabía quién desempeñaría el cargo y como lo haría pues no se establecieron las reglas de procedimiento que regularían el arbitraje. Así, afirmaron que los numerales 3.3 y 3.4 del convenio arbitral al que hacemos referencia eran inoperantes e inejecutables.

Ante las tres sentencias mencionadas, el demandado interpone una Acción Extraordinaria de Protección ante la Corte Constitucional. En su resolución empieza por recalcar que la Constitución Política de 1998, vigente a la época de celebración del contrato que contiene el convenio arbitral, reconoce los métodos alternativos de solución de conflictos y la Constitución de la República del 2008, vigente al momento de interponer esta acción constitucional, también los reconoce en su artículo 190, por lo que someter las controversias a un árbitro, dejando de lado a la justicia ordinaria era y es plenamente válido.

En relación a la existencia del convenio arbitral, la Corte Constitucional cita el artículo 6 de la Ley de Arbitraje y Mediación e identifica que el convenio arbitral, objeto de este proceso, consta en documento escrito, en el que consta la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, la forma en la que se designarán a los árbitros y que, aunque no se señalen las directrices para que se lleve a cabo el procedimiento arbitral, pueden ser suplidas por ley.

Para analizar si el convenio arbitral surte efectos jurídicos, la Corte Constitucional hace mención a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, donde se cita a la autora mexicana Sofía Gómez Ruano, en un artículo escrito para la Revista Jurídica "Abogado Corporativo" titulado Checklist de Patologías en una cláusula arbitral, refiriéndose a otro autor, Frederic Eisemann, quien bautizó como cláusulas patológicas, a aquellas que traerán problemas en un arbitraje o que incluso lo hará inoperante.

Indica que para afirmar que un convenio arbitral es eficiente y eficaz debe cumplir con cuatro funciones esenciales: producir consecuencias obligatorias para las partes, excluir la intervención de autoridades judiciales, darle facultades suficientes al Tribunal Arbitral y crear un procedimiento que lleve a un laudo arbitral, el cual sea ejecutable.

Con base a esta cita, la Corte Suprema concluye que el convenio arbitral es patológico y no surte efecto jurídico alguno, criterio que difiere con el de la Corte Constitucional, que de manera contraria a esta interpretación tan restrictiva, considera que, ante la falta de alguno de los elementos señalados por la Corte Suprema para que surta efectos el convenio arbitral, es factible que ley supla, en virtud del artículo 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Al tratarse de un arbitraje independiente, el artículo antes citado, contiene disposiciones que complementan o suplen las omisiones que puedan estar presentes en él, descartando la idea de que no genera los efectos jurídicos para los que fue creado.

Finalmente, la Corte Constitucional menciona que el hecho de que la justicia ordinaria conozca un proceso que debió tramitarse mediante arbitraje vulnera los derechos consagrados en el artículo 75 y 76 de la Constitución de la República, sobre todo los de tutela judicial efectiva, seguridad jurídica y el debido proceso y por lo tanto dispone aceptar la Acción Extraordinaria de Protección y dejar sin efecto las tres sentencias emitidas por el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, dentro del proceso verbal sumario No. 2004-0327, por la Corte Superior de Justicia de Pichincha, dentro del proceso de apelación No. 269-06, y por la Corte Suprema de Justicia, dentro del proceso de casación No. 92-2007.

A partir de esta sentencia vemos como la justicia ordinaria justificó su intromisión en la resolución de un caso en el que no era competente alegando la existencia de un convenio arbitral patológico, convenio cuya redacción, aun con la designación de un árbitro temporal, resultaba claro.

El juez que conoció la causa en primera instancia, la Corte Superior de Pichincha en segunda instancia y la Corte Suprema al resolver sobre el recurso de casación, dejaron de lado no solo el principio fundamental pro arbitraje y el reconocimiento constitucional de este sistema como método alternativo de solución de conflictos si no que no tomaron en cuenta derechos constitucionales, que deberían resultar evidentes, como el derecho a ser juzgado por un juez competente, que forma parte del derecho a la tutela efectiva de derechos.

Además, en virtud al principio Kompetenz-Kompetenz en caso de que existiera duda sobre la validez del pacto arbitral y su generación de efectos jurídicos que excluyan a la justicia ordinaria, quien debía decidir sobre su competencia en primera instancia, era el propio árbitro y en caso de que este se hubiera declarado incompetente el conflicto podía pasar a conocerse por un juez de primera instancia.

## **3.2 Validez, nulidad y eficacia.**

### **3.2.1 Validez**

Entendemos por válido a aquel convenio arbitral que cumple con todos los requisitos formales y sustantivos. Mientras que la validez formal hace referencia al cumplimiento de los requisitos de forma del convenio arbitral, por ejemplo, aquel de encontrarse redactado por escrito, la validez sustantiva del convenio arbitral se refiere a que contenga claramente el consentimiento de las partes de acudir a arbitraje y que se lo acredite verificando si tenían capacidad suficiente para suscribir el convenio arbitral. (Estévez Sanz & Muñoz Rojo, 2017, pp.1-4)

Lo contrario a la validez es la invalidez, definida por Emilio Betti (1959, p. 349) destacado jurista y filósofo italiano, como: “Se denomina como inválido, propiamente, el negocio en el que falte o se encuentre viciado alguno de los elementos esenciales, o carezca de uno de los presupuestos necesarios al tipo de negocio a que pertenece.”

La invalidez puede ser total o parcial. Siendo la total aquella que quita toda la eficacia al acto jurídico, es decir que se entiende como nulidad. La parcial, por otro lado, es variable pues puede afectarse la eficacia del acto jurídico en distintos grados, por ejemplo, a través de una acción que invalide únicamente ciertos efectos, una nueva obligación que origine un nuevo acto jurídico contrario al anterior, o una excepción. (Savigny, 1879, p. 348)

Por tanto, se puede concluir que la validez en un acto jurídico se obtiene tras el cumplimiento de todos los requisitos que la norma señala de acuerdo al tipo. En caso de incumplimiento de alguno de estos requisitos y tomando en cuenta el grado de afectación que la misma ley prevé, el acto puede ser invalidado de una manera total o parcial.

### 3.2.2 Nulidad

En vista de que una de las teorías de la naturaleza jurídica del convenio arbitral es la contractualista, es natural pensar que a él se aplicaran las reglas de validez propias de los actos jurídicos civiles. “La nulidad está presente en aquel acto jurídico que al haberse dictado de manera contraria a la ley no debe considerarse eficaz ante el Derecho”. (Baraona, 2007, p. 63)

Arturo Alessandri habla acerca de la naturaleza de la nulidad y menciona que “la ley señala una serie de requisitos para que los diversos actos jurídicos produzcan todos los efectos que les son propios, y como la ley, para que se cumpla debe ser coercitiva, ha establecido la sanción de nulidad, con el objeto de que sus disposiciones sean respetadas y no constituyan letra muerta, cumpliéndose de este modo el fin que tuvo en vista el legislador al establecer dichos requisitos.” (2008, p. 4)

Por tanto, y después de haber analizado el significado de validez, un acto jurídico, en nuestro caso de estudio, un convenio arbitral, puede resultar inválido si no se cumple con los requisitos contemplados legalmente, pero adicionalmente como sanción a este incumplimiento la ley puede indicar que el acto en cuestión resultará nulo.

Al referirnos a los pactos arbitrales estamos ante un acuerdo de voluntades y a pesar de la autonomía de la voluntad, no podemos considerar que la nulidad puede acordarse en ningún supuesto, de llegar a existir una cláusula similar debe ser tomada en cuenta bajo su verdadero aspecto jurídico, es decir, una condición resolutoria que puede alegarse por el incumplimiento de una obligación. (Alessandri, 2008, p. 61)

En este punto, es importante señalar lo que indica el artículo 1697 del Código Civil con relación a la nulidad: “Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. (...)”

El mismo artículo posteriormente clasifica la nulidad en relativa y absoluta. La nulidad relativa o rescisión es “la sanción legal impuesta a las omisiones de los requisitos prescritos por la ley para la validez del acto o contrato en consideración a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan.” (Alessandri, 2008, p. 674.)

Esta clase de nulidad solo interesa a quienes celebraron el acto o contrato y la relación con sus intereses particulares es por esto que se aplican únicamente frente a ciertas personas. Por ejemplo, frente a negocios jurídicos celebrados por incapaces relativos o frente a aquellos celebrados con algún vicio que se relaciona únicamente con el interés de los sujetos contratantes. (Alessandri, 2008, p. 675).

La nulidad absoluta en palabras de Víctor Vial del Río “es la sanción a todo acto o contrato a que falte alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie.” (Vial del Río, 2006, p. 248) Es aquella “producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan; se refiere, pues, a los requisitos que miran la validez de los actos jurídicos.” (Alessandri, 2008, p. 8)

Según el Código Civil ambas nulidades deben ser declaradas por un juez, de su definición se desprende que la nulidad absoluta busca proteger el interés general y por este motivo puede ser solicitada por cualquier persona, mientras que la nulidad relativa protege el interés particular de los sujetos contratantes y la afectación personal que puede causar el hecho de que el acto jurídico surta efecto.

### **3.2.3 Eficacia**

La eficacia de un convenio arbitral se refiere a la posibilidad que este tiene de desplegar sus efectos. Un convenio arbitral puede considerarse ineficaz a



causa de la existencia en su redacción de lagunas o irregularidades. Este es el efecto típico de las cláusulas patológicas en los convenios arbitrales. (Estévez Sanz & Muñoz Rojo, 2017, p. 6)

En palabras de Marcial Rubio Correa “La eficacia del acto jurídico consiste en la aptitud de éste para producir los efectos pretendido por el sujeto o los sujetos que lo realizan”. (Rubio, 2003, p. 11) Este autor indica cuando un acto jurídico no tiene la capacidad de producir efecto alguno, estamos ante la ineficacia del acto, que puede ser dividida en cuatro (Rubio, 2003, p. 14):

1. Parcial: Cuando el acto produce algunos de sus efectos o cuando los produce solo para ciertos sujetos y no para todos los que celebraron el acto jurídico.
2. Total: Cuando no produce ninguno de los efectos que las partes buscaron conseguir, para ninguno de los sujetos que celebraron el acto jurídico.
3. Temporal: Cuando el acto jurídico no puede producir efectos hasta determinado momento. Este puede ser el caso de actos jurídicos que se celebran pero se encuentran condicionados, atados a un modo o plazo.
4. Permanente: Cuando el acto jurídico no podrá producir ninguno de sus efectos jurídicos en adelante, por ejemplo, un acto revocado, rescindido, prescrito o nulo.

La eficacia hace referencia al efecto jurídico natural de cualquier acto jurídico celebrado. Es la posibilidad de ejecutar lo que las partes han pactado y conseguir llegar al fin predeterminado por el acuerdo de voluntades.

Faustino Cordon Moreno (1982, p.150) distingue una doble eficacia en los convenios arbitrales. Por un lado, la eficacia positiva, que implica en la obligación de las partes de someter sus controversias a la decisión de un

árbitro, y por otro, la eficacia negativa, que consiste en sustraer la competencia para resolver una controversia de la justicia ordinaria.

Por lo tanto, el efecto jurídico que debería generar cualquier convenio arbitral por excelencia es la eficacia, excluyendo a la justicia ordinaria de la resolución del conflicto y otorgando un árbitro esta competencia y la atribución de emitir un laudo.

Estos tres efectos jurídicos que pueden resultar de un convenio arbitral con una cláusula patológica están íntimamente vinculados. Cuando un convenio arbitral no cumple con algún requisito legal, estamos ante un convenio inválido, si adicionalmente la norma sanciona esta omisión con una nulidad, esta puede ser declarada por un juez, y por lo tanto el mismo carecerá de eficacia pues no será ejecutable ni cumplirá con generar los efectos que las partes aspiraban al celebrarlo.

#### 4. CONCLUSIONES

La voluntad es un elemento primordial para someter la resolución de un conflicto al sistema arbitral, cuando por lo menos exista duda acerca de su existencia en un convenio arbitral, es importante tomar en cuenta el principio pro arbitraje y el principio Kompetenz – Kompetenz para que sea el mismo tribunal arbitral el que decida acerca de su competencia.

La consideración del principio pro arbitraje también debe estar muy presente para los jueces ordinarios, los que deben preferir darle valor a un convenio arbitral, y, en caso de ser los que resuelvan una acción de nulidad, preferir la interpretación que otorgue eficacia al convenio y no la que anule un laudo por consideraciones restrictivas acerca de la competencia otorgada a un tribunal arbitral.

La Ley de Arbitraje y Mediación contiene disposiciones para suplir elementos facultativos no regulados en un convenio arbitral, pero existen elementos necesarios que deben identificarse en el para su plena validez, como la voluntad de las partes, el objeto o negocio sobre el que recae y el constar por escrito. A estos requisitos deben agregarse los requisitos de validez comunes para todos los actos y declaraciones de voluntad, es decir, capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto lícito y causa lícita.

Los acuerdos optativos son aquellos que no aclaran si la solución de controversias estará en manos del sistema arbitral o la justicia ordinaria, siendo el consentimiento un requisito para la validez de los actos jurídicos, si se generan dudas acerca de su existencia puede resultar un acuerdo inválido, adicionalmente al ser la voluntad un requisito necesario en razón de la naturaleza del arbitraje, sin el consentimiento que la exteriorice, puede ser declarado nulo.

Las cláusulas arbitrales carentes de certeza son aquellas que pueden resultar válidas, por cumplir con los requisitos que la ley establece, pero que en vista de

su ambigüedad o términos imprecisos podrían resultar ineficaces y no llegar a ejecutarse.

También existe la posibilidad que la carencia de certeza y los términos imprecisos ocasionen la falta de identificación clara de algún requisito legal que las vuelvan inválidas o incluso, si la ley contempla esa sanción para la omisión, nulas. En este supuesto también resultarían cláusulas ineficaces.

Los acuerdos arbitrales inejecutables o inoperantes son aquellos que pueden resultar válidos, pues cumplen con todos los requisitos que contempla la norma, pero por factores externos llegan a ser inejecutables y por lo tanto ineficaces al no cumplir con la finalidad para la que fueron creados.

Las patologías en los convenios arbitrales pueden ser superadas siempre que no estén afectadas por causales de invalidez o nulidad, pues estas no aceptan una interpretación en contrario, ni pueden ser modificadas con la voluntad de las partes.

Superar una patología implica otorgar eficacia a la cláusula, y por tanto al convenio arbitral y para conseguir dicho objetivo se utilizarán las herramientas de interpretación a nuestro alcance, y de acuerdo al tipo de arbitraje, para que la resolución del conflicto se sustancie ante el sistema arbitral.

A raíz de la teoría ecléctica, que vuelve complementaria a la teoría contractualista y jurisdiccional, podemos decir que un convenio arbitral resulta eficaz, es decir cumple plenamente con su finalidad, no solo cuando logra que el conflicto materia del convenio se sustancie ante el sistema arbitral. El resultado esperado tras el desarrollo de este proceso es un laudo arbitral y el mismo no resultará eficaz y, por tanto, no cumplirá con su finalidad sin la intervención de la justicia ordinaria, es decir, del Estado directamente, para su ejecución.

A partir de este trabajo, podemos decir que generalmente se piensa que un convenio arbitral con muchos detalles que regulen todos los aspectos del proceso arbitral será mucho más efectivo para cumplir con su finalidad de resolver un conflicto. Por el contrario, esta regulación excesiva aumenta innecesariamente el riesgo de caer en alguna patología que lo llegue a afectar. Por lo tanto, a menos que se encuentre alguna finalidad específica para agregar un contenido facultativo, resulta recomendable agregar al convenio arbitral únicamente el contenido necesario que la ley exige y dejar que el resto sea regulado por la Ley y los Reglamentos de los centros de arbitraje.

## REFERENCIAS

- Aguilar Grieder, H. (2001). *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela.
- Alessandri, A. (2008). *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno Tomo I*. Santiago de Chile: Ediar Editores Ltda.
- Alessandri, A. (2008). *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno Tomo II*. Santiago de Chile: Ediar Editores Ltda.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Arenas, R. y Oró, C. (2012). En Sánchez, S. (coord.) *Cláusulas en los contratos internacionales: redacción y análisis*. Barcelona: Atelier.
- Baraona, J. (2007). La Nulidad de los actos administrativos y la nulidad de los actos y contratos del Código Civil: ¿Son tan distintas? *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 8, p. 63. Recuperado el 23 de noviembre de 2017 de: <http://www.redalyc.org/pdf/3708/370840820002.pdf>.
- Becerra, R. (2010). El arbitraje en equidad. *Revista Criterio Jurídico*, Vol 10, No 1. p. 92. Recuperado el 5 de diciembre de 2017 de <http://revistas.javerianacali.edu.co/javevirtualoj/index.php/criteriojuridico/article/view/342/1181>
- Bejarano Guzmán, R. (2016). *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Bogotá: Temis S.A.
- Betti, E. (1959). *Teoría General del Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Calvo, F. (1992). *La jurisprudencia ¿Fuente de Derecho?* Valladolid: Lex Nova.
- Código Civil. (2005). Registro Oficial 46 de 24 de junio de 2005 y Registro Oficial 526, Segundo suplemento de 19 de junio de 2015.
- Código Orgánico de la Función Judicial. (2009). Registro Oficial 544 de 9 de marzo de 2009 y Registro Oficial 75, Suplemento de 8 de septiembre de 2017.

- Código Orgánico General de Procesos. (2015). Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015 y Registro Oficial 19 de 14 de noviembre de 2017.
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 653, Suplemento de 21 de diciembre de 2015.
- Corte Constitucional del Ecuador. Acción Extraordinaria de Protección. Registro Oficial Suplemento 159, de 26 de marzo de 2010.
- Chillón, J. y Merino, J. (1991). Tratado de arbitraje interno e internacional. Madrid: Civitas.
- Cremades, B. (2011). Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: El convenio arbitral, Cremades y Asociados. Recuperado el 20 de noviembre de 2017 de <http://www.cremades.com/pics/contenido/File634523793302025811.pdf>
- Eisemann, Frédéric. (1974). Essais in Memoris de Eugenio Minoli. En *La clause d'arbitrage pathologique* (pág. 120 y ss.). Turín.
- Escovar, R. (Noviembre/Diciembre de 2009). Los Acuerdos de Arbitraje Patológicos. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje. Recuperado el 6 de enero de 2018 de [http://cedca.org.ve/sites/default/files/nov\\_dic.pdf](http://cedca.org.ve/sites/default/files/nov_dic.pdf)
- Estévez Sanz, M., & Muñoz Rojo, R. (2017). Validez y Eficacia del Convenio Arbitral. Centro Iberoamericano de Arbitraje. Recuperado el 24 de enero de 2018 de [http://ciarglobal.com/wp-content/uploads/2017/01/Validez-y-eficacia-del-convenio-arbitral\\_MEstevezyRMunoz.pdf](http://ciarglobal.com/wp-content/uploads/2017/01/Validez-y-eficacia-del-convenio-arbitral_MEstevezyRMunoz.pdf)
- Fernández Rozas, J. C., & Artuch Iriberrí, E. (2011). En Soto Coaguila (coord.), *Tratado de Derecho Arbitral, El Convenio Arbitral, Tomo I* (págs. 745-786). Bogotá: Ibañez.
- Friedland, P., & Llano Oddone, R. (2010). *Cláusulas de arbitraje para contratos internacionales, Primera Edición*. Buenos Aires: Abelado Perrot S.A.
- Gil Echeverry, J. H. (1993). En 1. E. Curso práctico de arbitraje. Ediciones Librería del Profesional.
- Gonzáini, O. A. (1995). *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Ediciones Depalma .

- González Collantes, J. L. (2011). Diccionario terminológico de arbitraje nacional e internacional (Comercial y de inversiones). Perú: Palestra Editores.
- González de Cossío, F. (s.f.). Sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. González de Cossío Abogados, SC. Recuperado el 14 de noviembre de 2017 de <http://www.gdca.com.mx/PDF/arbitraje/SOBRE%20LA%20NAT%20JD%20CA%20ARBITRAJE%20Hom%20%20Raul%20Medina.pdf>
- Guasp, J. (1956). *El arbitraje en el derecho español*. Barcelona : Bosch.
- Górgolas, C. (Abril de 2014). Cláusulas Arbitrales Patológicas: Identificación y mecanismos de defensa, REVISTA JURÍDICA ARBITRAJE, MEDIACIÓN Y OTROS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS, pp. 3-4. Recuperado el 15 de diciembre de 2017 de [http://www.barrilero.com/wp-content/uploads/2014/05/Clausulas\\_arbitrales\\_patologicas\\_identificacion\\_y\\_mecanismos\\_de\\_defensa.pdf](http://www.barrilero.com/wp-content/uploads/2014/05/Clausulas_arbitrales_patologicas_identificacion_y_mecanismos_de_defensa.pdf)
- Jara Vásquez , M. E. (2013). Decisiones de la justicia estatal sobre el arbitraje. Un análisis desde la perspectiva del principio favor arbitralis. Paper universitario, Universidad Andina Simón Bolívar: Recuperado el 15 de noviembre de 2017 de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3213/1/CON-PAP-Jara%2c%20M.E-Arbitraje.pdf>
- Jijón Andrade, A. (2015). Reconciliando el principio Kompetenz-Kompetenz con la autoridad supervisora de las cortes nacionales. Análisis bajo la Ley Modelo CNUDMI . En Mueriel, B. (coord.), *Revista ecuatoriana de arbitraje*, No. 6, pp. 177-186. Quito .
- Ledesma Narváez , M. (2010). *Jurisdicción y arbitraje*, Segunda Ed. Lima : Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ley de Arbitraje y Mediación. (2006). Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006 y Registro Oficial 506, Suplemento, de 22 de mayo de 2015
- Matheus López, Carlos Alberto. (2004). Reflexiones sobre el convenio arbitral en el derecho peruano. *Revista Javeriana*, Vol 53, Num 108, p.636.



Recuperado el 23 de enero de 2017 de  
<file:///C:/Users/USUARIO/Downloads/14752-52247-1-SM.pdf>

- Matheus López, Carlos Alberto. (2011). "Tratamiento del Convenio Arbitral en la nueva Ley de Arbitraje Peruana". *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje. San Sebastián, N° 1* , pp. 51-60.
- Montoya Alberti , U. (1998). *El Arbitraje Comercial* . Lima : Cultural Cuzco S.A.
- Pazmiño Ycaza, A. (2014). *Temas arbitrales: El control judicial en el arbitraje y los diferentes centros de arbitraje a nivel mundial*. Guayaquil: CEP.
- Picand Albónico , E. (2005). "Arbitraje comercial internacional" Tomo I. Santiago de Chile: Jurídica de Chile .
- Rodríguez Mendoza, F. (2006). El carácter escrito del convenio arbitral y los convenios incorporados en el contrato por referencias a cláusulas presentes en otros contratos o en condiciones generale. *Revista Bolivariana de Derecho*. Recuperado el 10 de noviembre de 2017 de <http://www.redalyc.org/pdf/4275/427540424008.pdf>
- Rubio, M. (2003). *Nulidad y Anulabilidad: La invalidez de un acto jurídico, Sexta Edición* . Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Salcedo Verguda, E. (2001). *El arbitraje: La justicia alternativa*. Guayaquil: Jurídica Míguez Mosquera.
- Savigny, F. K. (1879). *Sistema del Derecho Romano Actual, Segunda Edición, tomo III*. Madrid: Centro Editorial de Góngora .
- Tribunal Superior de Justicia de País Vasco (Sala de lo Civil y Penal). Sentencia No. 7/2012 de 25 de septiembre de 2012.
- Vásquez Palma, María Fernanda. (2010). COMPRESIÓN DEL PRINCIPIO "COMPETENCIA-COMPETENCIA" Y CONFIGURACIÓN DE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL ACUERDO ARBITRAL. *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 15, pág 181-196. Recuperado el 20 de enero de 2018 de [https://www.researchgate.net/publication/262511719\\_COMPRESION\\_DEL\\_PRINCIPIO\\_COMPETENCIA-](https://www.researchgate.net/publication/262511719_COMPRESION_DEL_PRINCIPIO_COMPETENCIA-)

COMPETENCIA\_Y\_CONFIGURACION\_DE\_LA\_NULIDAD\_O\_INEFICACIA\_DEL\_ACUERDO\_ARBITRAL.

Vial del Rio, V. (2006). *Teoría General del Acto Jurídico, Quinta Edición.*

Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Yuquilema , J. I., & Criollo Mayorga, G. (2016). *Teoría y práctica de la mediación y la conciliación.* Quito: CEP.

