

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL
CONVENIO ARBITRAL INSUFICIENTE:
INTERPRETACIÓN Y ALTERNATIVAS**

Ana Germania Egas Maldonado

**Tesis de grado presentada como requisito
para la obtención del título de Abogada**

Quito, junio de 2010

**© ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE
EL CONVENIO ARBITRAL INSUFICIENTE:
INTERPRETACIÓN Y ALTERNATIVAS**

Ana Germania Egas Maldonado 2010

A Dios.

A mis padres: José y Germania
A mi hermano José Eduardo
Por su constante cariño y apoyo.

A mis tías: Beatriz, Aurora y Mariana,
A Daniel
Por enseñarme a luchar cada día.

RESUMEN

El objetivo de la presente investigación es proporcionar herramientas que sirvan para resolver algunos problemas prácticos que surgen por la deficiente redacción del convenio arbitral. Para ello, se ha abordado el tema desde la óptica de la legislación ecuatoriana, junto con la Convención de Nueva York, la Ley Modelo de la CNUDMI, precedentes internacionales y locales. En primer lugar, se desarrolla un análisis enfocado al tratamiento del convenio arbitral. En segundo lugar se estudia los principios que ayudan a su interpretación para finalmente proponer algunas alternativas que conlleven a evitar que las partes celebren convenios incorrectos y generar pautas útiles que faciliten las decisiones de los árbitros frente a convenios arbitrales insuficientes.

ABSTRACT

The objective of the present investigation is to provide recommendations to solve some practical problems which arise from poor drafting of an arbitration clause. For that, this theme has been tackled from Ecuador's legislation, New York Convention, UNCITRAL Model Law, and from international and local law of precedents. First, it develops an analysis focused on arbitral clause's treatment. Second, it studies principles of interpretation to finally propose some alternatives to avoid parties from celebrating incorrect agreements and to facilitate arbitrator's decisions.

TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|--------------------|---|
| INTRODUCCIÓN | 9 |
|--------------------|---|

CAPÍTULO PRIMERO: El convenio arbitral

| | |
|---|----|
| 1.1. SECCIÓN PRIMERA: ANTECEDENTES | 14 |
| 1.1.1. La Ley de Arbitraje Comercial de 1963 y el Código de Procedimiento Civil..... | 14 |
| 1.1.2. Ley de Arbitraje y Mediación de 1997..... | 16 |
| 1.1.3. Instrumentos de Arbitraje Internacional..... | 18 |
| 1.2. SECCIÓN SEGUNDA: EL CONVENIO ARBITRAL | 19 |
| 1.2.1 Naturaleza del Convenio Arbitral..... | 19 |
| 1.2.2. Definición del Convenio Arbitral..... | 20 |
| 1.2.3. Importancia del convenio arbitral..... | 22 |
| 1.2.4. Contenido del convenio arbitral | 22 |
| 1.2.4.1. Elementos esenciales..... | 23 |
| 1.2.4.1.1. Elementos de Existencia | 23 |
| 1.2.4.1.1.1. Mutuo Consentimiento | 23 |
| 1.2.4.1.1.2. Objeto | 25 |
| 1.2.4.1.1.3. Forma | 25 |
| 1.2.4.1.2. Elementos de validez..... | 26 |
| 1.2.4.1.2.1. Capacidad | 26 |
| 1.2.4.1.2.2. Consentimiento libre de vicios..... | 28 |
| 1.2.4.1.2.3. Cuestión litigiosa lícita | 29 |
| 1.2.4.1.2.4. Causa Lícita..... | 30 |
| 1.2.4.1.2.5. Contenido Facultativo..... | 30 |
| 1.2.4.1.2.5.1. Ley aplicable | 30 |
| 1.2.4.1.2.5.2. Modalidad del arbitraje: institucional o <i>ad hoc</i> | 32 |
| 1.2.4.1.2.5.3. Sede del arbitraje | 33 |
| 1.2.4.1.2.5.4. Nombramiento de los árbitros..... | 33 |
| 1.2.4.1.2.5.5. Carácter definitivo e inapelable del laudo..... | 34 |
| 1.2.4.1.2.5.6. Otros elementos..... | 34 |
| 1.2.5. Efectos del convenio arbitral | 34 |
| 1.2.5.1. Efecto Positivo..... | 34 |
| 1.2.5.2. Efecto Negativo | 35 |
| 1.3. SECCIÓN TERCERA: EL CONVENIO ARBITRAL INSUFICIENTE | 36 |
| 1.3.1 Definición del convenio arbitral insuficiente | 37 |
| 1.3.2. Supuestos de insuficiencia..... | 39 |
| 1.3.3. Clasificación de los convenios arbitrales insuficientes según Yves Derrains..... | 40 |
| 1.3.4. Clasificación de los convenios arbitrales insuficientes según Serrano Puig | 42 |
| 1.3.5. Art. II (3) de la Convención de Nueva York de 1958 y el convenio inaplicable | 44 |
| 1.3.5.1. El Convenio Arbitral Nulo..... | 44 |
| 1.3.5.2. El convenio arbitral ineficaz..... | 45 |
| 1.3.5.3. El convenio arbitral inaplicable | 46 |

CAPÍTULO SEGUNDO: Principios e Interpretación del Convenio Arbitral

| | |
|---|----|
| 2.1. Principios aplicables al convenio arbitral | 50 |
| 2.1.1. La autonomía del convenio arbitral y el principio <i>kompetenz-kompetenz</i> | 50 |
| 2.1.2. El principio de autonomía del convenio arbitral | 51 |
| 2.1.3. El principio <i>kompetenz-kompetenz</i> | 52 |
| 2.1.4. Efectos derivados del principio <i>kompetenz-kompetenz</i> | 53 |
| 2.1.5. El principio <i>kompetenz-kompetenz</i> y el convenio arbitral insuficiente | 54 |
| 2.1.5.1. La declaratoria de competencia..... | 54 |
| 2.1.5.2. La declaratoria de incompetencia..... | 55 |
| 2.1.5.3. La declaratoria parcial de competencia..... | 56 |
| 2.1.6. Principio pro-arbitraje | 56 |
| 2.1.6.1. Problemas de aplicación del principio pro-arbitraje..... | 58 |
| 2.1.7. Principio del Efecto Útil..... | 61 |
| 2.1.8. La buena fe y la lealtad negocial | 63 |
| 2.2. La interpretación del convenio arbitral | 65 |
| 2.2.1. La interpretación restrictiva | 67 |
| 2.2.2. La interpretación amplia | 68 |

CAPÍTULO TERCERO: Alternativas ante el convenio arbitral insuficiente

| | |
|---|-----|
| 3.1. Alternativa para las partes: La redacción del convenio arbitral | 78 |
| 3.2. Alternativas para el tribunal arbitral: Pautas para resolver supuestos de insuficiencia . | 83 |
| 3.2.1. Referencia a jurisdicción ordinaria y arbitral..... | 84 |
| Caso 1: Juicio 037-09 CAMCCQ | 84 |
| Caso 2: Juicio 018-98 CAMCCQ | 86 |
| Caso 3: Juicio 016-98 CAMCCQ | 87 |
| Caso 4: Juicio 027-99 CAMCCQ | 88 |
| Caso 5: Juicio 068-09 CAMCCQ | 90 |
| 3.2.2. Referencia a dos instituciones arbitrales..... | 90 |
| Caso 6: Juicio 023-03 CAMCCQ | 91 |
| Caso 7: Juicio 007-99 CAMCCQ | 92 |
| 3.2.3. Designación inexacta o incorrecta de la institución administradora de arbitraje o del reglamento aplicable | 93 |
| Caso 8: CCI Arbitraje entre una empresa danesa y una empresa egipcia | 95 |
| Caso 9: Ley Modelo de la CNUDMI Sentencia alemana del 28 de febrero de 2000 | 96 |
| Caso 10: Sentencia alemana, Tribunal de Berlín (28 Sch 17/99)..... | 97 |
| 3.2.4. El arbitraje y los sistemas alternativos para la resolución de conflictos en el mismo convenio | 99 |
| Caso 11: Juicio 010-98 CAMCCQ | 99 |
| 3.2.5. La conformación del tribunal..... | 102 |
| Caso 12: Juicio 049-03 CAMCCQ | 103 |
| Caso 13: ICC Caso No. 5836/MB- Siemens AG y BKMI Industrienlagen GmbH v Dutco Construction Company (1992)..... | 106 |
| Caso 14: Juicios 046-00 y 071-04 | 107 |
| 3.2.6. Convenio arbitral no vinculante..... | 108 |
| Caso 15: Arbitraje Internacional CCI..... | 109 |
| 3.2.7. Convenios arbitrales vacíos | 110 |
| Caso 16: Juicio 068-04 CAMCQ..... | 110 |

| | |
|--|------------|
| Caso 17: Corte de of Hong Kong entre Continental Corporation (No 2) y la firma Vicenzo Fedele | 111 |
| 3.3. Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional N° 0006-10-SEP-CC, Caso N° 0712-09- EP | 111 |
| CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES..... | 120 |
| BIBLIOGRAFÍA | 126 |
| ANEXO 1 | |
| Sentencia de la Corte Constitucional N° 0006-10-SEP- CC..... | 131 |

TABLA DE ABREVIATURAS

| | |
|--------------------------|--|
| CAMCCQ | Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito |
| CCI | Cámara de Comercio Internacional de París, Francia |
| Convención de Nueva York | Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 |
| LAYM | Ley de Arbitraje y Mediación |
| Ley Modelo UNCITRAL | Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Internacional |
| Reglamento CAMCCQ | Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito |
| Reglamento CCI | Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional de París, Francia |
| Principios UNIDROIT | Principios UNIDROIT Sobre los Contratos Comerciales Internacionales |
| UNCITRAL | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional |

INTRODUCCIÓN

El arbitraje es un mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en el que las partes someten de mutuo consentimiento controversias susceptibles de transacción para que sean resueltas por tribunales arbitrales y no por la justicia ordinaria. Este sistema es convencional y se encuentra reconocido principalmente en nuestra Constitución Política (Art. 190) y en la Ley de Arbitraje y Mediación (Art. 1).

En los últimos años, el arbitraje ha adquirido mayor acogida debido a que brinda seguridad e independencia al momento de ponerlo en práctica. Esta alternativa presenta características efectivas que poco a poco han generado mayor confianza para quienes buscan obtener un proceso satisfactorio. Entre las características se encuentran la imparcialidad, inapelabilidad, rapidez, especialidad, economía procesal, eficacia, flexibilidad y privacidad.

Como requisito previo para acceder al sistema arbitral, el Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que las partes deben celebrar un acuerdo escrito denominado "convenio arbitral". Esta figura tiene tanta trascendencia que sin su incorporación, el arbitraje no puede originarse.

La redacción del convenio arbitral es un factor determinante para que el tribunal se declare competente o incompetente. Sin embargo, en la práctica se le ha prestado poca atención. En la mayoría de los casos, no se le da la importancia que debiera a la redacción, sin considerar que mientras más clara y sencilla sea, se evitará la existencia de ambigüedades y que menor será el riesgo de tener problemas en torno a la efectividad del convenio. Esto ha generado muchas veces que los procedimientos se extiendan, que sean rechazados, que las resoluciones no se acomoden a la intención de las partes y que se presenten obstáculos al momento de reconocer y ejecutar el laudo. Es justamente aquí donde surge mi preocupación.

Frente a este problema descarto la necesidad de plantear nuevas reformas a la Ley por dos razones:

- 1) La Ley es clara al identificar cuáles son los elementos que deben concurrir para que el convenio arbitral exista y sea válido, por lo que el error no se origina ni debe corregirse en la legislación, sino en que las partes expresen claramente sus ideas.
- 2) No es posible contemplar todas las posibilidades de error en las que las partes puedan incurrir. En efecto, los convenios arbitrales deben ser estudiados de manera individual para determinar si las partes han expresado inequívocamente su voluntad de acudir al arbitraje.

A estos acuerdos que contienen errores los hemos identificado como “convenio arbitral insuficiente”, conocidos también como “*clause d’arbitrage pathologique*”. Este último término fue incorporado al estudio del Derecho por el entonces Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje, el Dr. Frédéric Eisemann en el año 1974. Él afirmaba que “*al igual que el sistema de iluminación más perfecto se muestra inútil si el interruptor falla, el sistema jurídico más favorable al arbitraje no puede rendir frutos sin un acuerdo de arbitraje correctamente redactado.*”¹ De ahí que en algunos lugares se ha estudiado la incidencia que las deficiencias pueden generar en el desarrollo del arbitraje y la necesidad de redactar correctamente el convenio. Lamentablemente, los estudios realizados en nuestro país no son suficientes para resolver dos cuestiones urgentes: Por un lado, que las partes eviten repetir los mismos errores que otras; y, por otro, facilitar la labor de los árbitros al momento de interpretar el convenio arbitral.

Con respecto a ello, José Fernando Merino Merchán y José María Chillón Medina, autores del libro “Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional”, mencionan lo siguiente:

¹ D. JIMÉNEZ FIGUERES, “*El Acuerdo de Arbitraje: Patologías y Soluciones*”, Ponencia de Arbitraje Internacional para América Latina: La Perspectiva de la CCI, Noviembre de 2005, en https://www.u-cursos.cl/derecho/2008/1/D129C07_28/.../163569, última visita realizada: 26/01/2010

“(..) quizá lo más interesante de la cuestión no sea la presentación de los fines o funciones de la cláusula, que dejan de cumplir las que adolecen de alguna patología, sino realizar un inventario de cláusulas defectuosas extraídas de la práctica, con un doble objetivo: evitar en la medida de lo posible caer en defectos que generan una fácil patología de la cláusula, con frecuencia insubsanables, y mostrar el criterio por las instancias intervinientes para decretar su ineficacia, o bien para sanearlas haciéndolas eficaces.”²

Precisamente es este el problema que me ha llevado a desarrollar esta investigación. Destapar un tema que por confidencial se ha limitado; y, en el que se puede identificar qué sucede en la práctica y cómo se han resuelto este tipo de controversias.

Para ello he dividido mi trabajo en tres capítulos. El Primero desarrolla un tema más teórico que práctico. Abarca tres cuestiones importantes: Antecedentes del convenio arbitral en la legislación ecuatoriana; La definición y análisis del convenio arbitral, junto con sus elementos (existencia y validez) y los efectos que produce (positivo y negativo); para concluir, desarrollo los conceptos, particularidades y clasificaciones que la doctrina y la Convención de Nueva York de 1958 han otorgado al convenio arbitral insuficiente. El Segundo Capítulo trata sobre los principios de interpretación. Partiendo del principio *kompetenz-kompetenz*, el tribunal tiene la jurisdicción para interpretar el convenio arbitral. Por este motivo, he incluido algunos principios que en la práctica son aplicados al momento de interpretar. Estos son el pro-arbitraje, efecto útil, buena fe y lealtad negocial. En base a esta investigación, concluyo el Capítulo con una mención de las normas de interpretación del Código Civil y su aplicación respecto del convenio arbitral. Finalmente, el Tercer Capítulo se divide en dos partes. La primera se refiere a cómo las partes pueden evitar que la redacción del convenio arbitral sea incorrecta y la segunda es una propuesta de pautas de interpretación según las insuficiencias más comunes en el arbitraje nacional e internacional en base a algunos de los casos más representativos de convenios arbitrales insuficientes en la Cámara de Comercio de Quito y en algunas resoluciones internacionales.

² CHILLÓN MEDINA, J. M., Y MERINO MERCHÁN, J. F.: *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, 2da ed., Ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 546

CAPÍTULO PRIMERO:

EL CONVENIO ARBITRAL

Con el fin de identificar y comprender cuál es el tratamiento que la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997 ofrece al convenio arbitral, es necesario realizar un breve estudio referente a los antecedentes históricos del mismo. Por ello, en la primera sección de este capítulo, analizaré los cuerpos legales que dieron nacimiento a la institución del arbitraje en la legislación ecuatoriana. Mencionaré las innovaciones que han ayudado para dar forma, desarrollar y concebir al convenio arbitral como la pieza clave para que se consolide y sea efectivo el sometimiento a esta institución.³ En la segunda sección identificaré los aspectos propios del convenio arbitral: su definición, naturaleza, importancia, contenido y efectos. Finalmente, una vez estudiado el convenio arbitral, analizaré en la tercera

³ Cfr. A. MONTESINOS GARCÍA, "Algunas Reflexiones sobre el Convenio Arbitral", en la *Revista de la Corte Española de Arbitraje 2006*, Madrid, Ed. Cámara de Comercio, Industria y Navegación de España, 2006, pp. 23

sección algunas particularidades sobre el tratamiento del convenio arbitral insuficiente.

1.1. SECCIÓN PRIMERA: ANTECEDENTES

Como se verá a continuación, en la historia jurídica del Ecuador, la hoy derogada Ley de Arbitraje Comercial de 1963, el Código de Procedimiento Civil y la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997, son los textos que dieron cabida al arbitraje, para que en la actualidad sea considerado como una institución respetable y de cada vez mayor aceptación para la resolución de controversias.

El convenio arbitral, elemento esencial para que las partes puedan acudir al arbitraje, es una figura que con el tiempo ha ido evolucionando. En la actualidad el Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación determina su tratamiento.

1.1.1. La Ley de Arbitraje Comercial de 1963 y el Código de Procedimiento Civil

La inclusión del arbitraje en el Ecuador constituyó un fenómeno que introdujo grandes variantes a la cultura de las relaciones jurídicas. Una de ellas fue la flexibilidad, la cual permitió a las partes acordar sus propias reglas de procedimiento. Sin embargo, como todo sistema jurídico nuevo, se enfrentó a dificultades, resistencias y temores de jueces, abogados e incluso de los propios árbitros, debido al respeto que se tenía frente a las normas procesales, al ritualismo y al formalismo⁴.

Antes de 1997, el Código de Procedimiento Civil de 1953 (cuyas normativas se mantuvieron en las codificaciones de 1960 y 1978) y la Ley de Arbitraje Comercial de 1963, instituida por el Decreto Supremo 735 del 23 de octubre de 1963, eran los únicos textos en el Ecuador que contenían disposiciones referentes

⁴Cfr. C. CORONEL JONES: Arbitraje y Procedimiento”, en la Revista *Iuris Dictio*, del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Quito, Año VII N° 11, Octubre, 2007, pp. 37

a la manera cómo debía regularse la institución del arbitraje. Esta última aplicaba exclusivamente para arbitrajes comerciales administrados por una cámara de comercio o institución arbitral, mientras que el Código de Procedimiento regulaba los demás, incluso los comerciales *ad hoc*.⁵

Conforme a lo previsto en el Art. 21 de la Ley de Arbitraje Comercial, el Ministro de Industria, Comercio e Integración, por medio del Acuerdo Ministerial 79 del 22 de enero de 1974, aprobó el Reglamento para los tribunales arbitrales de las cámaras de comercio. Esta regla se aplicaba si las partes referían la disputa a una Cámara de Comercio existente en el Ecuador y que complementaba las disposiciones legales.⁶

Salcedo Verduga realiza un análisis con respecto a la aprobación social de esta Ley. El afirma que el legislador ecuatoriano y quienes se relacionaban con él, no consideraban que el arbitraje podía ser un método realmente eficaz para solucionar disputas. Por el contrario, el arbitraje era visto como un procedimiento que abría la posibilidad de quebrantar el monopolio jurisdiccional del Estado, el cual, a pesar de que cometía ciertos errores, tenía un fuerte apoyo y credibilidad.⁷

A pesar de lo que se creía en la práctica, esta Ley fue dictada con el propósito de facilitar y generar mayores garantías para la resolución de conflictos relacionados a temas comerciales. Es así que el Art. 1 de la Ley mencionaba que sin perjuicio de lo establecido en la sección 33 del Código de Procedimiento Civil vigente, se reconocía la validez de la cláusula compromisoria o convenio relativo a controversias de carácter comercial presente o futuro, en lo que acordaba someterse a los Tribunales de Arbitraje. Regulaba también el procedimiento de cómo acudir al arbitraje y contemplaba la posibilidad de retirarse del proceso únicamente cuando así lo hayan acordado las partes, cumpliendo previamente ciertas formalidades.

⁵ Cfr. J. R. CAIVANO: *La Cláusula Arbitral Evolución Histórica y Comparada*, Bogotá, Ed. Universidad del Rosario, 2008, pp. 49

⁶ Cfr. *Ibidem*, pp.164

⁷ Op. Cit. C. CORONEL JONES: *Arbitraje y Procedimiento*”, pp. 411

“A diferencia del Código de Procedimiento Civil (...) La Ley de Arbitraje Comercial de 1963 la concebía como una estipulación irrevocable mediante la cual las partes en un contrato se obligan a someter a arbitraje cualquier diferencia derivada de él. Aunque no existían mayores requerimientos formales, las partes debían indicar qué entidad sería la encargada de administrar el arbitral. En este contexto, y cumplido ese recaudo, la existencia de una cláusula arbitral podía ser opuesta para impedir el progreso de una acción judicial.”⁸

En 1997, la Ley de Arbitraje y Mediación derogó la Ley de Arbitraje Comercial y las normas relativas en el Código de Procedimiento Civil, lo cual permitió que su aplicación se extienda a todo tipo arbitraje, sin perjuicio de su materia.

1.1.2. Ley de Arbitraje y Mediación de 1997

Como se dijo, se expide finalmente la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial 145 del 4 de septiembre de 1997. Al igual que la anterior Ley de Arbitraje Comercial, su creación responde a una exigencia de carácter social debido a la necesidad de un método para resolver controversias que no siempre van al sistema judicial.

Con esta Ley desaparece el monopolio de los jueces estatales sobre la justicia y se genera una alternativa diferente para el individuo común, quien tiene ahora otra opción⁹ para escoger entre: la justicia tradicional, ordinaria o pública; o el Arbitraje como un medio alternativo de resolución de conflictos, tal y como lo establece el Art. 1 de la Ley:

El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.¹⁰

⁸ Op. Cit. J. R. CAIVANO: *La Cláusula Arbitral...* pp.166

⁹ Mayor participación, inmediatez, celeridad, economicidad, especialidad, imparcialidad, confidencialidad y satisfacción de las partes. Estos conceptos pueden encontrarse detallados en el libro “*Acción de Nulidad de Laudos Arbitrales*” de Bertini Chiriboga L., Págs. 28-29 y en el libro “*Arbitraje: Justicia Alternativa*” de Salcedo Verduga E. págs. 20-25

¹⁰ (Ecuador) Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en R.O. 145 del 4-sep-1997

Partiendo de este concepto, Salcedo Verduga, analiza algunas de las innovaciones que se incorporaron a esta Ley. Son tres las que interesan para el desarrollo del presente tema:

1. La unificación de los conceptos “cláusula compromisoria” y “compromiso arbitral”
2. La eliminación de las solemnidades del convenio arbitral
3. La autonomía del convenio arbitral¹¹

La primera innovación consta en el inciso primero del Art. 5. Las partes podrán incorporar o no el Convenio Arbitral en el contrato. En otras palabras, la cláusula arbitral ya vale por sí misma, sin que para ello sea necesario que las partes celebren un compromiso arbitral con los detalles de la controversia. En consecuencia, se equipara a estas dos figuras y se denominan de ahora en adelante: Convenio Arbitral. Esto quiere decir que mientras este último es el género, la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral, constituirán su especie.¹²

Hoy en día, en la Ley ecuatoriana de 1997, la diferencia entre estas dos figuras es mínima. En lo único que responde a la lógica, es en su forma. Como se verá más adelante, el segundo inciso del Art. 5 de la Ley mencionada, determina que en caso de que el Convenio Arbitral no se encuentre incorporado al contrato, debe identificar únicamente el nombre de las partes y el negocio jurídico sobre el que versará el arbitraje.

La segunda innovación se refiere a la eliminación de la escritura pública como exigencia para celebrar el Convenio Arbitral, conforme lo disponía el derogado Art. 956 del Código de Procedimiento Civil de 1956. Hoy en día, no encontramos ningún precepto en la Ley que obligue a las partes a celebrar el convenio arbitral por medio de escritura pública. Más aún, el Art. 6 determina como requisito único, la constancia de la concurrencia inequívoca de las partes de someter sus

¹¹ Cfr. E. SALCEDO VERDUGA, E.: *El Arbitraje (La Justicia Alternativa)*, 2da ed., Ed. Distrilib, Ecuador, 2007, págs.. 414-416

¹² Cfr. A. SERRANO PUIG, “El Convenio Arbitral Patológico” Ponencia N. 2, Primer Congreso Nacional de Arbitraje, Quito, 5 y 6 de junio de 2000

conflictos al Arbitraje, sea en una cláusula incorporada al contrato principal, en documento independiente, por intercambio de cartas o por cualquier otro medio:

“Art. 6.- Se entenderá que existe un Convenio Arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al Arbitraje.”¹³

Finalmente, la tercera innovación hace referencia a la independencia del Convenio Arbitral frente al contrato:

“Art. 5.- (...) La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral.”¹⁴

Aquí se manifiesta el principio de autonomía del convenio. Entendemos que no porque el contrato sea nulo, los árbitros estarán impedidos de declararse competentes o resolver la controversia fundada en el convenio. En efecto, *“con el convenio se ha de juzgar la validez y los efectos del contrato principal al que aquél accede”*.¹⁵ Por consiguiente, en este caso correspondería hacer una excepción del Art. 1458 del Código Civil¹⁶, debido a que el convenio arbitral es siempre accesorio, pero autónomo.

1.1.3. Instrumentos de Arbitraje Internacional

Entre los instrumentos de arbitraje internacional más importantes se encuentran la Convención de Nueva York de 1958, publicada en el Registro Oficial 293 de 19 de Agosto de 1961 y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 y sus enmiendas del año 2006, (este último no ha sido ratificado por el Ecuador). Es por ello, que desde un punto de vista metodológico, no se puede tratar el tema de la insuficiencia del convenio arbitral, sin hacer mención a sus disposiciones.

¹³ (Ecuador) Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en R.O 145, del 4-sep-1997

¹⁴ Loc. Cit.

¹⁵ Cfr. E. SALCEDO VERDUGA, *El Arbitraje (La Justicia Alternativa)*, pp. 415

¹⁶ Art. 1458.- El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención; y accesorio cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella.

1.2. SECCIÓN SEGUNDA: EL CONVENIO ARBITRAL

1.2.1. Naturaleza del Convenio Arbitral

El convenio arbitral de que trata la Ley, es la fuente de consentimiento del arbitraje que nace de la sola voluntad de las partes. Durante mucho tiempo, se ha discutido y propuesto diversas teorías que determinan la naturaleza del convenio arbitral. En primer lugar está la contractualista, que afirma que es un contrato privado que nace del consentimiento de las partes. Son éstas quienes determinan el tratamiento y la manera cómo se llevará el arbitraje, entre lo que se encuentra las funciones del árbitro o tribunal arbitral. Afirman que el carácter procesal y jurisdiccional que contienen sus disposiciones, se deriva meramente de los derechos y obligaciones del contrato. En segundo lugar, tenemos a la teoría jurisdiccional. Montesinos García asegura que esta teoría *“subraya la función jurisdiccional encomendada a los árbitros, insistiendo como elementos primordiales del arbitraje: El procedimiento seguido por los árbitros que responde a los principios esenciales de la actividad jurisdiccional o proceso y el laudo que pone fin a éste que produce cosa juzgada y es título ejecutivo”*¹⁷. Por tanto, no son las partes sino la Ley, la que reconoce al convenio arbitral disponer sobre el procedimiento arbitral y el carácter del laudo. En tercero y último lugar está la teoría mixta o ecléctica. En los últimos años, ninguna las dos teorías anteriores ha sido desarrollada de manera independiente y pura sin que se obtengan elementos de la una para complementar a la otra. Por esta razón se da paso a que surja esta teoría, que se obtiene al contemplar al convenio arbitral como un contrato privado en el que se estipula normas de procedimiento.

1.2.2. Definición del Convenio Arbitral

La mayoría de autores coinciden en que el convenio arbitral es un contrato en virtud del cual dos o más partes manifiestan voluntariamente su deseo de resolver

¹⁷ Op. Cit. A. MONTESINOS GARCÍA, “Algunas Reflexiones sobre el Convenio Arbitral”, pp. 23- 24

por la vía arbitral, conflictos actuales o futuros, originados en una relación jurídica contractual o extracontractual.¹⁸

Ramos Méndez señala que en España la doctrina ha llevado a comprender al convenio arbitral como todo pacto “sea que se le denomine *cláusula compromisoria, pacto arbitral, convenio de arbitraje, acuerdo arbitral, compromiso, contrato de arbitraje (...)*”¹⁹ en el que las partes acuerdan someter a arbitraje cualquier diferencia existente o que pueda existir, referente a un contrato o relación jurídica no contractual.

Al respecto, el Art. 5 de nuestra Ley de Arbitraje y Mediación establece que:

*“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.”*²⁰

Los Arts. 18 y 32 de esta Ley, enfatizan algunos aspectos importantes que surgen al celebrar un convenio arbitral. Por un lado, los árbitros (una vez que hayan aceptado el cargo) tienen la obligación irrestricta de cumplir con lo dispuesto en el convenio, lo cual constituye ley para las partes. Por otro, define que los laudos dictados en el proceso, tienen carácter obligatorio y efecto de sentencia de última instancia y cosa juzgada.

Otras legislaciones han coincidido también en las definiciones antes citadas. Entre ellas está el Art. 1416.1 del Código de Comercio de México²¹, la sección 6

¹⁸ F. GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje*, 2da. México, Edición, Ed. Porrúa, 2008, pp. 56

¹⁹ F. RAMOS MÉNDEZ, *Arbitraje y Proceso Internacional*, Librería Bosch, Barcelona 1987, pp. 79

²⁰ (Ecuador) Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en R.O. 145 del 4-sep-1997

²¹ Se define como: *el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.* Esta definición puede encontrarse en la Pág. Web: <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/Mexico/codcos.asp>, última visita: 30/03/2010

de la 1996 Arbitration Act de Inglaterra²² y el Art. 808 del Código de Procedimiento Civil italiano²³.

En la Ley Modelo de la CNUDMI Art. 7 1), se lo denomina como “acuerdo de arbitraje” y se define como:

“Un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.”²⁴

Y finalmente, la Convención de Nueva York, Art. II núm. 1 y 2, determina que cada uno de los países signatarios deberá reconocer el acuerdo por escrito, conforme al cual las partes pactaron someter al arbitraje diferencias:

- 1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.*
- 2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.²⁵*

Puede seguirse mencionando más significados, pero considero que con lo dicho se pueden obtener cuatro puntos importantes:

- El convenio arbitral es un contrato autónomo e independiente del contrato principal

²² *Definition of arbitration agreement: In this Part an “arbitration agreement” means an agreement to submit to arbitration present or future disputes (whether they are contractual or not).* Puede encontrarse en la Pág. Web. http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1996/ukpga_19960023_en_1, última visita: 30/03/2010

²³ *Le parti, nel contratto che stipulano o in un atto separato, possono stabilire che le controversie nascenti dal contratto medesimo siano decise da arbitri, purché si tratti di controversie che possono formare oggetto di compromesso. La clausola compromissoria deve risultare da atto avente la forma richiesta per il compromesso ai sensi dell'art. 807, commi 1° e 2°,* puede encontrarse en la Pág. Web: <http://www.ilcaso.it/procedura-civile/cpc-806-808quinquies.php>, última visita: 30/03/2010

²⁴ Ley Modelo de la CNUDMI

²⁵ (Ecuador) Convenio de Nueva York, R.O. 293 publicado el 19-ago-1961

- Las partes acuerdan de manera libre y voluntaria acudir al arbitraje y excluirse del sistema ordinario
- Cumple con el objetivo de someter controversias presentes o futuras
- Se pacta respecto de una determinada relación jurídica

1.2.3. Importancia del convenio arbitral

Autores como Cremades afirman que el convenio arbitral es el núcleo del arbitraje porque de allí nacen las normas procedimentales que guían el proceso²⁶. Por ello, es importante que las partes lo redacten de manera clara y sencilla.²⁷ Como se entenderá, el convenio arbitral, constituye la piedra fundamental para el desarrollo del arbitraje. Tanta importancia tiene, que los Arts. 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 22, 35, 38, 41 y 42 del Título I del Arbitraje y el Art. 62 de la Disposiciones Transitorias, hacen específica referencia.

Con lo expuesto hasta ahora, no se considera necesario hacer un análisis profundo en este punto. Lo que puede decirse es que la importancia radica en el contenido y redacción del convenio arbitral, puesto que tipifica la manera cómo se llevará a cabo el procedimiento, al ser la base y el lineamiento que conducirá el juicio.

1.2.4. Contenido del convenio arbitral

Con el fin de que la cláusula arbitral exista y sea válida y, en consecuencia, produzca efectos jurídicos, es necesario que las partes introduzcan elementos comunes para todos los contratos. La función que cumple cada uno es la de condicionar y limitar el procedimiento de arbitraje que ha de regular antes y después de que se dicte el laudo. De esta manera se justifica examinar cuáles son los elementos esenciales de la existencia y validez, y los elementos facultativos que determinan la vida jurídica del convenio arbitral.

²⁶ Cfr. B. M. CREMADES, "El Convenio Arbitral", en la Revista de la *Corte Española de Arbitraje* 2003, Madrid, Ed. Cámara de Comercio, Industria y Navegación de España, 2003, pp. 61

²⁷ Cfr. Op. Cit. A. MONTESINOS GARCÍA, "Algunas Reflexiones..." pp. 27

1.2.4.1. Elementos esenciales

Como cualquier otro contrato, la cláusula arbitral está sometida a los requisitos de existencia y validez de contratación que se determinan en el Art. 1461 del Código Civil²⁸.

Particularmente, en el derecho internacional, varios tratadistas han incluido tres elementos esenciales en la redacción, con el fin de evitar retrasos y problemas al momento de interpretar el convenio: 1) El sometimiento al arbitraje; 2) El ámbito del acuerdo de arbitraje; y 3) El carácter definitivo e inapelable del laudo arbitral.²⁹ (Este último será examinado más adelante).

1.2.4.1.1. Elementos de Existencia

La doctrina ha considerado de manera casi unánime que deben concurrir dos factores como presupuesto de existencia de un negocio jurídico: el psicológico (el mutuo consentimiento) y el objetivo (el objeto sobre el cual recaiga el derecho u obligación). Además de estos, existen constantes discusiones acerca de la pertinencia de la forma como requisito de existencia o de validez. Por las razones expresadas a continuación este último, será examinado junto con estos dos:

1.2.4.1.1.1. Mutuo Consentimiento

El origen del convenio arbitral es la autonomía de la voluntad, lo cual constituye un requisito *sine qua non* para que las partes puedan acudir al arbitraje nacional e internacional. Esto se verifica en el Art. 5 de nuestra Ley de Arbitraje y Mediación.

Para que los árbitros se declaren competentes, la voluntad debe manifestarse de manera expresa e inequívoca. A modo de ejemplo, en el Juicio 041-08

²⁸ Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: Que sea legalmente capaz; Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio; Que recaiga sobre un objeto lícito; y, Que tenga una causa lícita (...).

²⁹ J. M. MARCHÁN, "Como redactar cláusulas arbitrales efectivas patologías y alternativas" Ponencia, Quito, s/f

CAMCCQ el Tribunal Arbitral que se declaró incompetente al verificar la ausencia de estos elementos:

“Que la cláusula DÉCIMA CUARTA del “Contrato de (...)”, no contiene un compromiso arbitral claro e inequívocamente establecido, puesto que en dicha cláusula de redacción confusa y ambigua se establecen dos vías: la vía arbitral, para divergencias en la aplicación del contrato; y la justicia ordinaria, para la no ejecución del contrato. Tampoco se ha determinado la competencia expresa del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. (...)” (El subrayado es mío)

Por lo tanto, debe existir constancia de que las partes efectivamente buscaron someter sus controversias a un sistema diferente del judicial. Lorca Navarrete menciona que *“la formulación del acuerdo de las partes supone siempre su necesaria declaración positiva, descartándose, en principio, el convenio <<patológico>> por su ambigüedad o contenido contrario o no acomodado a la Ley de Arbitraje.”*³⁰ En efecto, esta afirmación se refiere a que incluso en el convenio insuficiente, debe contener alguna expresión que indique la existencia o posible existencia de la voluntad de las partes. Al respecto, la imprecisión en su redacción puede resultar fatal al ser imposible verificar qué desearon originalmente las partes.³¹

El Art. 6 ya citado, establece que además del documento firmado por las partes, la voluntad se puede manifestar por el intercambio de comunicaciones. El Art. II de la Convención de Nueva York se refiere al intercambio de cartas, télex, telegramas o cualquier otro medio de comunicación que deje constancia. A diferencia del convenio arbitral, estas comunicaciones consisten simplemente en una oferta y una aceptación por escrito, lo cual, en varias ocasiones puede resultar difícil comprobar. Algunos autores mencionan que esto se da en la aceptación

³⁰ LORCA NAVARRETE, A. M.: *Manual de Derecho de Arbitraje: Manual Técnico-Práctico de Jurisdicción Arbitral Española*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 220

³¹ Cfr. Op. Cit. F. GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje*, pp. 64

tácita³², en las cláusulas de sumisión, en los contratos de aceptación o cuando se han involucrado terceros.

1.2.4.1.1.2. Objeto

Cuando se habla del objeto en el arbitraje, se lo denomina ‘cuestión litigiosa’³³. Para la existencia del convenio arbitral, este segundo elemento debe ser visto en dos dimensiones. Primero, como la cuestión litigiosa directa, la cual es la creación y transmisión de derechos y obligaciones (del contrato principal). Segundo, como cuestión litigiosa indirecta, la cual constituye el objeto de la obligación (lo que se quiere someter a arbitraje dentro del contrato).

En el arbitraje internacional (aplicable al nacional) se debe identificar el ámbito al cual las disputas van a estar sometidas. Es decir, si son todas o específicas. Muchos autores recomiendan utilizar un lenguaje amplio que no restrinja la competencia de los árbitros. En otras palabras, someter todas las disputas que pueden originarse, para evitar inconsistencias con la justicia ordinaria.

1.2.4.1.1.3. Forma

Este elemento es el más importante de todos porque es fundamental para la constancia de la existencia del convenio. Según lo dispuesto en el Código Civil, Art. 1458, el convenio arbitral es un contrato formal, ya que de no cumplirse con la forma escrita que requiere la Ley, no podrá surtir efecto alguno.

Precisamente, esta formalidad es que conste por escrito, conforme el segundo inciso del Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Incluso el Convenio de Nueva York en el Art. 2, determina que “*Cada uno de los Estados Contratantes*

³² Reconocida en la convención de Ginebra Art. 1 (2) (a) y rechazada por el Convenio de Nueva York Art. II (2) En la Cámara de Comercio de Quito, dentro del juicio 028-09, en el cual la compañía X demanda solidariamente a una institución de educación universitaria, el Tribunal se ha pronunciado incompetente al afirmar *que de conformidad con los Arts. 5 y 6 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el convenio arbitral debe necesariamente constar por escrito, no estando previsto en la legislación ecuatoriana convenio arbitral tácito, ni el allanamiento a la jurisdicción arbitral por parte de quien no ha suscrito convenio arbitral.*

que conforme a los Arts. 5 y 6 de nuestra ley, no se encuentra prevista la aceptación tácita.

³³ Cfr. Op. Cit. L. MARTÍNEZ DE CASTRO, *La Cláusula Compromisoria en el Arbitraje Civil*, pp. 156

*reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir (...)*³⁴ y la Ley Modelo de CNUDMI, Art. 7, determina que “se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.”³⁵

La forma se establece como una manera de garantizar seguridad a las partes, puesto que su voluntad se verá reflejada en el escrito y cualquiera podrá hacer valer sus derechos cuando se presente una controversia.

1.2.4.1.2. Elementos de validez

Al tratar la validez nos referimos a la aptitud del negocio jurídico para producir consecuencias jurídicas. Por lo tanto, después de evaluar si el convenio arbitral ha superado la etapa de existencia, es necesario examinar si están presentes los supuestos de validez determinados en el Art. 1461: capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto lícito y causa lícita.

En el ámbito internacional, la validez es también importante, ya que conforme al Convenio de Nueva York, cuando se pruebe que se ha dictado un laudo fundado en un convenio arbitral inválido, este no será susceptible de reconocimiento ni de ejecución.

1.2.4.1.2.1. Capacidad

La capacidad es la facultad que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones. Las disposiciones del Art. V (1) que la Convención de Nueva York y de la Ley Modelo de la CNUDMI, Art. 34 (2)(a)(i), prevén que para denegar el reconocimiento y ejecución de la sentencia y para declarar nulo un laudo, basta

³⁴ Op. Cit. (Ecuador) Convenio de Nueva York, R.O. 293 publicado el 19-ago-1961

³⁵ En la Cámara de Comercio no se encuentran registros de que se ha verificado un convenio arbitral pactado de forma verbal.

con que cualquiera de las partes pruebe que alguna de ellas estaba afectada por incapacidad, conforme a la ley aplicable.

En el juicio 053-09 CAMCCQ³⁶ se ha mencionado que la necesidad de analizarlo y estudiarlo es para determinar si el Tribunal tiene o no competencia, pues es necesario evitar que los procesos nazcan viciados, debido a que posteriormente pueden verse expuestos a acciones de nulidad, a recursos y a gastos. Tribunal ha dicho que al ser el sistema excepcional, la competencia de los Tribunales arbitrales, nace necesariamente de la voluntad de personas naturales o jurídicas, que deben tener capacidad para transigir.

Según el Código Civil, *“la capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”*³⁷. Para tener la facultad de celebrar negocios jurídicos, no basta con poseer capacidad de goce si la Ley expresamente determina que debe concurrir la capacidad legal. La diferencia entre las dos radica en que mientras la primera se refiere a ser el propietario de un derecho, la segunda es la posibilidad de ejercerlo³⁸. El Art. 1462 de este Código marca la regla general y determina que toda persona es legalmente capaz a excepción de aquellas que la Ley las considera incapaces absolutos (dementes, impúberes y sordomudos que no pueden darse a entender

³⁶ El Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que *“Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma”*. Por su parte, el Art. 5 del mismo cuerpo legal dispone que: *“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.”* Interpretando conjuntamente estas dos disposiciones normativas, es fácil concluir que la competencia de los tribunales arbitrales es excepcional. Nace necesariamente de la voluntad de personas naturales o jurídicas, que deben tener capacidad para transigir. Si no existe capacidad o no se cumplen las formalidades necesarias previstas en la ley, no hay forma para que una controversia se someta a ese tipo de procedimiento. Por lo dicho, es obligación primordial de los tribunales arbitrales analizar y asegurar su competencia para conocer una causa arbitral, con el fin de evitar que los procesos nazcan viciados y puedan ser objeto de la acción de nulidad y también para evitar el dispendio de recursos y dineros que un proceso arbitral conlleva.

³⁷ Op. Cit. (Ecuador) Código Civil RO-S 46, 24-jun-2005, último inciso del art. 1461 CC

³⁸ Cfr. L. PARRAGUEZ RUIZ, “Manual de Negocio Jurídico”, Universidad San Francisco de Quito I Semestre 2007-2008 afirma que *“la diferencia esencial entre ambas hipótesis radica en que para lo primero – la detentación del derecho – no se precisa que el titular exhiba otra cualidad o condición que el simple hecho de ser persona (...) para permitir el segundo, en cambio, - la operación de derechos mediante transacciones de cualquier tipo – es indispensable que la persona se encuentre en condiciones que le permitan realizar una gestión con mínima prudencia”*³⁸.

por escrito³⁹) e incapaces relativos (personas jurídicas, mayores adultos, ebrio consuetudinario y toxicómano). Este requisito es tan trascendente que si se omite, la Ley lo sanciona con nulidad absoluta o relativa, según corresponda (Art. 1697 y 1698).

En el Ecuador, las personas públicas también pueden tener calidad de partes en el arbitraje. La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública permite en su Art. 104 que cuando existan dificultades que no puedan ser solventadas, las partes podrán solucionar sus diferencias de conformidad con lo que se determina en la cláusula arbitral previamente pactada. El Art. 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación, al hablar de Arbitraje internacional, menciona que para que el Estado o cualquier institución que pertenezca al sector público se someta a arbitraje, deberá obtener previo informe favorable del Procurador General del Estado (a excepción de lo que se encuentre previsto en tratados y convenios internacionales) y una autorización expresa de la máxima autoridad de la institución. Además que debe cumplir con los requisitos establecidos en el Art. 4 de la Ley, so pena de nulidad del convenio.⁴⁰

1.2.4.1.2.2. Consentimiento libre de vicios

Como cualquier contrato, el consentimiento expresado en el convenio puede tener vicios. Según el Art. 1467 del Código Civil, estos defectos los denominamos vicios del consentimiento y pueden presentarse de tres formas: por error, fuerza o dolo. Hay que aclarar que no es necesario profundizar en los vicios del consentimiento, no es tema del estudio en cuestión.

1.2.4.1.2.3. Cuestión litigiosa lícita

³⁹ (Ecuador) Código Civil RO-S 46, 24-jun-2005, Art. 1463

⁴⁰ Cfr. (Ecuador) Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en R.O. 145 del 4-sep-1997, *Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento; La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual; En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y, 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.*

La Convención de Nueva York en el Art. 2 (i), al igual que la Ley de Arbitraje y Mediación en el Art. 5, consideran que se reconocerá el acuerdo de las partes que verse sobre diferencias respecto de una determinada relación jurídica que pueda someterse al arbitraje. Dicho en otras palabras, debe tratarse de un negocio jurídico específico con objeto transable. En el numeral (iii) del Art. 2 de la Convención se sanciona al convenio arbitral inválido e impide su reconocimiento y ejecución cuando se ha comprobado que un acuerdo no contiene los requisitos necesarios, entre los que se encuentra la cuestión litigiosa.

Vásquez de Castro señala debe existir libre disposición del objeto sobre el que se disputa el arbitraje⁴¹. Nuestro sistema jurídico, contempla las materias que son arbitrables: Acciones penales de hechos ilícitos (Art. 1483), validez o nulidad del matrimonio, derechos de sucesión (Art.1479), cosas que se encuentran fuera del comercio (Art. 1480), derechos personales (Art. 1480), derechos personalísimos (como el estado civil), cuestiones de orden público (Art. 1482 y 1477), litigio que ha terminado y acción de desahucio.

Es indispensable que se determine el objeto para prever cuáles son los límites del árbitro⁴² al momento en que dicte el laudo, ya que una vez que se lo haga, al tener carácter de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, constituye ley para las partes.⁴³

1.2.4.1.2.4. Causa Lícita

⁴¹ Cfr. Op. Cit. L. VÁSQUEZ DE CASTRO, *La Cláusula Compromisoria...* pp. 95

⁴² En esta cláusula por ejemplo, se establece solamente el sometimiento al Arbitraje: *“En caso de que se suscitaren divergencias que no pudieren ser solucionadas amigablemente por las partes, las mismas renuncian fuero y domicilio, sometiéndose al Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito”*. El Tribunal consideró que “se desprende que cualquier género de divergencia suscitada a partir de la ejecución del contrato y que no hubiere sido amigablemente resuelta entre los contratantes, quedará sometida a un procedimiento de arbitraje, previa renuncia que han hecho las partes de fuero y domicilio. Por otro lado, de esa cláusula también se desprende que las mencionadas partes no han limitado la jurisdicción asignada a los árbitros, a ciertas divergencias, por lo que, conforme a esa voluntad expresada en el contrato, todas las que se suscitaren a partir de la interpretación o ejecución del contrato deberían ser resueltas por el procedimiento arbitral administrado por la Cámara de Comercio de Quito (...)” (Juicio 006-08)

⁴³ Cfr. Op. Cit. (Ecuador) Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en R.O. 145 del 4-sep-1997

La causa es el móvil por el cual las partes acuerdan celebrar un negocio jurídico. Para ser lícita no debe estar prohibida por ley, oponerse a la moral, al orden público ni a las buenas costumbres. La causa típica en el convenio arbitral de someterse a este tipo de jurisdicción, es el deseo de excluirse de la competencia de los jueces ordinarios para que sean los tribunales arbitrales quienes tengan competencia de decidir sobre la controversia.

1.2.4.1.2.5. Contenido Facultativo

Después de analizar las generalidades, llegamos al punto que más nos interesa. Es importante poner cuidado en estos elementos porque también de estos se derivan las insuficiencias. El convenio arbitral, como contrato *sui generis*, tiene elementos necesarios para que cumpla con su finalidad. Si bien, la Ley suple cuando las partes no los han incluido, creemos que es trascendental que se los incluyan para evitar sorpresas durante el proceso. En el arbitraje internacional debemos considerar que el contenido debe delimitarse a lo esencial ya que en algunas legislaciones la interpretación del convenio puede entenderse en forma restrictiva. En su ponencia sobre “La Redacción de cláusulas arbitrales; problemas y sugerencias”⁴⁴, Carmigniani determina que el convenio arbitral insuficiente es existente, válido, pero inaplicable. Esto quiere decir, que a pesar de que concurren todos los elementos que normalmente harían válido a un convenio arbitral, existen otros que no permiten su normal desarrollo.

1.2.4.1.2.5.1. Ley aplicable

El Art. 38 de la Ley de Arbitraje y Mediación considera de manera supletoria que el arbitraje se sujetará a las normas determinadas en la Ley, al procedimiento de los centros de arbitraje, al procedimiento determinado en el convenio, al que las partes escojan y al de las normas supletorias. En la práctica, en el caso de que no se haya determinado, se aplica la norma que rige al contrato. En cambio, para la

⁴⁴ CARMIGNIANI, E., “La Redacción de cláusulas arbitrales: Problemas y Sugerencias”, Cámara de Comercio de Quito, Conferencia en Materia arbitral, 21 de abril de 2010

Ley Modelo CNUDMI y Convenio de Ginebra de 1961⁴⁵, se aplicará la Ley que determine las normas de conflicto. En el caso de escoger un arbitraje internacional en equidad, se deberá expresar que se falle como amigables componedores o aplicando la *lex mercatoria*.

Muchos autores aconsejan que no se omita la determinación de la ley aplicable, considerando que al no incorporarla, el tiempo y los costos, aumentarán. Este punto adquiere aún más importancia cuando el contrato surte efectos en un país diferente. Al no hacerlo, se deberá aplicar diversos sistemas de conflictos de ley, lo cual en muchas ocasiones puede generar sorpresas para las partes.

Juan Manuel Marchán en su ponencia sobre cómo redactar cláusulas arbitrales efectivas cita a Stephen Bond, quien pone como ejemplos dos cláusulas que debemos evitar:

*“La disputa será resuelta aplicando las normas aplicables a contratos internacionales”, y “Aplicando los principios de derecho vigentes en Europa occidental” o peor aún “Aplicando el derecho internacional”.*⁴⁶

Para Milko, cuando las partes han escogido expresamente un determinado sistema de leyes, la efectividad del convenio insuficiente se someterá a éste. Sin embargo, cuando no lo hayan pactado, será necesario encontrar qué ley es la aplicable. Para ello, explica que es importante establecer el método sustantivo aplicado por las cortes francesas. Esto es, no acudir a la regla de conflicto de leyes, sino evaluar directamente desde los principios internacionales reconocidos (sobre todo de la buena fe y lealtad comercial), para la protección de la construcción e interpretación de las expectativas de las partes al momento de la celebración del acuerdo. El objetivo de ello sería el alejar y mantener independencia del contrato frente a la norma de derecho interno que regule cómo se procede en el caso de no

⁴⁵ Convención de Ginebra, Art. VII (1) Las partes podrán según su libre criterio determinar de común acuerdo la ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia. Si no existiere indicación por las partes en lo concerniente al derecho aplicable, los árbitros aplicaran la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren propia en el caso en cuestión. En ambos casos, los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles

⁴⁶ Op. Cit. J. M. MARCHÁN, *Cómo Redactar Cláusulas Arbitrales...* cit. Stephen Bond

determinar la ley aplicable.⁴⁷ La razón por la cual se puede considerar que este método es útil en el derecho internacional es porque permite generar uniformidad en la interpretación de insuficiencias y mantener el deseo de las partes de desprenderse de la resolución de normas nacionales, para que su interpretación sea construida conforme a la tendencia mundial. Esto significa que en la práctica se necesitará que los jueces y árbitros den suficiente efecto a la voluntad de las partes, conforme los principios mencionados anteriormente.

1.2.4.1.2.5.2. Modalidad del arbitraje: institucional o *ad hoc*

En la Ley Modelo (Art. III) y en la Ley de Arbitraje y Mediación (Art. 2) se contemplan dos modalidades de arbitraje: El institucional que se desarrolla conforme a las normas y procedimientos de la Ley y del Centro de Arbitraje; y el *ad hoc* que se realiza conforme a lo pactado por las partes y con arreglo a la Ley.

En este último las partes adaptan a sus necesidades al proceso arbitral y no están limitados por los reglamentos dispuestos en los centros de arbitraje. Las partes deben cubrir con normas adecuadas todas las situaciones que puedan surgir, por lo que se necesita mayor experiencia y cuidado al redactar. En el caso de no contemplar algún aspecto, se deberá aplicar la ley de la sede arbitral, lo cual puede traer graves consecuencias. Sin embargo, se complica más cuando se han basado en reglamentos cuyas normas son inaplicables.⁴⁸

Por cuestiones prácticas, no solo el Dr. Marchán⁴⁹, sino también otros como Chillón Medina⁵⁰ autores se inclinan por el arbitraje institucional.

1.2.4.1.2.5.3. Sede del arbitraje

⁴⁷ Cfr. M., MOLFA: “*Pathological Arbitration Clauses and the Conflict of Laws*”, Hong Kong Law Journal, Vol. 37, Parte. 1, 2007, pp. 185-184

⁴⁸ Cfr. Op. Cit. J. M. CHILLÓN MEDINA y J. F. MERINO MERCHÁN, “Tratado de Arbitraje Privado...”, pp. 673

⁴⁹ Cfr. Op. Cit. J. M. MARCHÁN, Ponencia: “Como redactar cláusulas arbitrales...”

⁵⁰ Cfr. Op. Cit. J. M. CHILLÓN MEDINA y J. F. MERINO MERCHÁN, “Tratado de Arbitraje Privado...”, pp. 670-671

Es también importante escoger dónde será la sede del arbitraje. En el arbitraje internacional constituye una conexión subsidiaria a la ley de autonomía en la determinación de la ley aplicable al procedimiento⁵¹. En el caso de ser arbitraje institucionalizado este vacío se podrá resolver⁵², mientras que en el *ad hoc* pueden surgir mayores controversias. Aun así, creemos que es conveniente escoger como sede del arbitraje un país signatario de la Convención de Nueva York o uno en el que exista poca intromisión de las cortes locales y que tengan legislación pro-arbitraje como París, Ginebra y Nueva York, ya que *“depende hasta que punto podrá existir una fuerte intromisión de las cortes locales, las facilidades que podrán obtenerse para ejecutar el laudo arbitral y cuál será la ley aplicable al procedimiento arbitral”*.⁵³

1.2.4.1.2.5.4. Nombramiento de los árbitros

Este elemento tiene importancia sobre todo en el arbitraje *ad hoc*. Se deberá determinar el procedimiento para la designación, sustitución y para la resolución de conflictos que surjan en el nombramiento. Chillón Medina y Merino Merchán afirman que de no hacerlo, se tendrá al convenio como inoperante (pero conforme a la Convención de Nueva York será inaplicable). En el caso del sistema institucional, deberá estar correctamente identificada la institución, ya que de no hacerlo, el arbitraje podría ser rechazado.

1.2.4.1.2.5.5. Carácter definitivo e inapelable del laudo

⁵¹ Op. Cit. (Ecuador) Convenio de Nueva York, R.O. 293 publicado el 19-ago-1961 art. 5

⁵² Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, puede encontrarse en la Pág. Web. <http://www.sc.edu.es/dpwlonaa/legislacion/ARBITRAJE%20INTERNACIONAL/CCI.htm>, Art. 12 y el texto de la Ley Modelo de CNUDMI, puede encontrarse en la Pág. Web. http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html, Art. 16

⁵³ Cfr. Op. Cit. J. M. MARCHÁN, Ponencia: *“Como redactar cláusulas arbitrales...”*. *“Como ejemplos prácticos sobre la importancia de la sede podemos decir que en Arabia Saudita los árbitros deben ser obligatoriamente hombres y musulmanes”*⁵³ o en un caso entre una compañía Inglesa y una finlandesa en la cual se demandaba indemnizaciones por el no pago de regalías en un contrato de franquicia, al ser Inglaterra la sede y al existir una ley que determinaba que todo reclamo sobre no pago de regalías prescribía en un plazo de seis años significó que el árbitro decidió no dar paso al reclamo hecho por la compañía inglesa.”

En arbitraje internacional (en un Estado o para ejecutar en otro) es necesario incluir el carácter definitivo e inapelable del laudo ya que existen todavía legislaciones que permiten la revisión del fondo del asunto (ej. Perú), lo cual podría significar que la decisión se dilate a más instancias judiciales.

1.2.4.1.2.5.6. Otros elementos

Se podrán pactar también, el idioma, la confidencialidad, facultades de los árbitros, las medidas cautelares, los plazos en el procedimiento, la repartición de los costos entre otros.

1.2.5. Efectos del convenio arbitral

Como todo contrato, el convenio arbitral produce efectos de carácter jurídico para las partes que lo hayan suscrito. Estos efectos, son dos: por un lado, el positivo, denominado también efecto contractual o sustantivo, el cual vincula a las partes al arbitraje; por otro lado, el negativo o eficacia de la exclusión de la jurisdicción estatal.⁵⁴

Se desprende de los Arts. 1, 5 y 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación que al pactar un convenio arbitral, se decide someter las controversias al arbitraje y extraerse de la justicia ordinaria.

1.2.5.1. Efecto Positivo

El efecto positivo se recoge en los Arts. 1 y 5. Comprende la obligación que nace del convenio arbitral para que las partes acudan al arbitraje cuando surja la controversia. Montesinos García dice que consiste en una consecuencia general que se deriva de todo contrato. Justamente, las partes se encuentran en la obligación de cumplir con lo pactado, debido a que tiene fuerza de ley e impide pasar por alto lo estipulado⁵⁵. Como se determina en el Art. 1453 del Código Civil, las obligaciones nacen del concurso de la voluntad. El Art. 1454 ibídem determina

⁵⁴ Cfr. A. MONTESINOS GARCÍA, "Algunas Reflexiones sobre el Convenio Arbitral", pp. 40

⁵⁵ A.M. Lorca Navarrete, Derecho de Arbitraje Interno e Internacional, Madrid, Ed. Tecnos, 1989, pp. 63

que “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”⁵⁶. En este caso, es una obligación de hacer (efecto positivo) y no hacer (efecto negativo). La Sala del Tribunal Supremo de España de 25 de mayo de 1979 determinó que:

“Instaurado el arbitraje por vía contractual, el negocio jurídico que lo contiene obliga a las partes a pasar por lo estipulado de acuerdo con las normas generales del derecho de obligaciones..., de manera que la fuerza vinculante del laudo se basa en la voluntad misma de los contratantes manifestada al pactar la previa sumisión a la decisión arbitral.”⁵⁷

La obligación que nace de las partes al convenir en arbitraje es removible, a menos de que ellas mismas expresen su deseo de no hacerlo; para ello renunciarán al convenio arbitral conforme el Art. 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

1.2.5.2. Efecto Negativo

El convenio arbitral, además de obligar a las partes a cumplir con lo pactado, imposibilita a que las cortes ordinarias conozcan la cuestión litigiosa. Es así que el efecto negativo del convenio arbitral se presenta desde dos perspectivas: Como un impedimento de competencia para los jueces y como la obligación de las partes de resolver sus conflictos por medio del arbitraje⁵⁸. En efecto, cuando las partes han convenido resolver sus diferencias por la vía arbitral y una de ellas plantea una demanda ante un juez ordinario, este deberá plantear la excepción de arbitraje para que se declare incompetente (Art. 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación).

1.3. SECCIÓN TERCERA: EL CONVENIO ARBITRAL INSUFICIENTE

⁵⁶ Cfr. (Ecuador) Código Civil RO-S 46, 24-jun-2005, Art.1561

⁵⁷ A. MONTESINOS GARCÍA, “Algunas Reflexiones sobre el Convenio Arbitral” pp. 40

⁵⁸ Cfr. Op. Cit. B. M. CREMADES, “El Convenio Arbitral”, pp. 60

Un convenio existe y es válido cuando los elementos mencionados concurren y permiten que los efectos positivos y negativos se desarrollen de manera correcta. Cuando esto no sucede, se está en la presencia de un convenio arbitral insuficiente.

El término “cláusulas patológicas” – *clauses pathologiques*- fue propuesto por el Secretario General de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, Frédéric Eisemann, quien decía que “*Al igual que el sistema de iluminación más perfecto se muestra inútil si el interruptor falla, el sistema jurídico más favorable al arbitraje no puede rendir frutos sin un acuerdo de arbitraje correctamente redactado.*”⁵⁹ A partir de esta investigación, se puede afirmar que no existe una razón específica que determine cuándo van a presentarse cláusulas insuficientes. Lo que se puede afirmar es que por cuestiones prácticas, éstas se manifiestan en mayor cantidad al suscribir cláusulas compromisorias que compromisos arbitrales.⁶⁰

Según Cossio, algunas de las razones por las cuales se presentan las cláusulas insuficientes que son: 1. Querer resguardar todos los intereses mediante la regulación de diversos aspectos del arbitraje en el acuerdo arbitral. 2. *La falta de reflexión e investigación, y*, 3. La presión y escasez de tiempo para incluir al convenio arbitral, ya que no es raro que el acuerdo arbitral sea la cláusula del “*cuarto-para-las-doce*” o “*cláusula de media noche*”. Es decir, redactado sin brindar la importancia y trascendencia que tiene la expresión inequívoca de voluntad.⁶¹

Como cualquier otro contrato, al incluir los elementos facultativos, se puede incurrir en errores. Por estos motivos, en esta última sección se tratará acerca del

⁵⁹ D. JIMENEZ FIGUEREZ, *El Acuerdo de Arbitraje: Patologías y Soluciones*, Conferencia de Arbitraje Internacional en América Latina: La perspectiva de la CCI, Noviembre de 2005.

⁶⁰ Cfr. A. Serrano Puig, Ponencia N. 2, pp. 12 afirma que esto se debe a que “*al momento de celebrar la cláusula compromisoria no ha surgido aún una controversia o conflicto entre las partes, sino que éstas anticipándose lo que en el futuro pueda presentarse, acuerdan someter a resolución arbitral determinadas o todas las controversias que en relación con un negocio jurídico determinado puedan presentarse en lo posterior. Entonces, por cláusula compromisoria las partes han estipulado lo venidero, para el futuro incierto, para lo desconocido, y lo hacen anticipándose a los hechos aun no producidos*”.

⁶¹ Cfr. F. GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje*, pp. 56

concepto de las cláusulas insuficientes, los errores más frecuentes, sus clasificaciones según la doctrina y la manera cómo el Convenio de Nueva York las categoriza para efectos de reconocimiento y ejecución.

1.3.1. Definición del convenio arbitral insuficiente

Un convenio arbitral insuficiente es aquel que por defectos en la redacción, errores en la determinación de sus elementos constitutivos o insuficiencia en el contenido, resulta ineficaz para iniciar un arbitraje.⁶² De acuerdo a la definición de Eisemann, el convenio arbitral insuficiente no puede cumplir con las siguientes funciones⁶³:

- a) Producir efectos vinculantes entre las partes
- b) Apartar la intervención judicial, al menos antes del laudo
- c) Otorgar el poder a los árbitros para resolver las controversias
- d) Permitir la puesta en marcha de un proceso en las mejores condiciones de eficacia hasta que se dicte sentencia.

Examinando por separado el origen de la denominación “cláusula patológica”, se obtienen los siguientes significados:

Cláusula: “Cada una de las disposiciones de un contrato, tratado, testamento o cualquier otro documento análogo, público o privado”⁶⁴ y Patológico: “1. adj. Perteneiente o relativo a la patología. 2. adj. Que se convierte en enfermedad. V. anatomía patológica.”⁶⁵

Se puede decir entonces que cláusula patológica es cualquier disposición de un contrato que no goza de suficiente claridad. Por lo tanto, para mantener la vigencia del arbitraje y de los laudos, es necesario redactar un convenio arbitral sano y coherente, que permita que el proceso arbitral, se ventile conforme la intención que las partes pactaron.

⁶²Cfr. J. M. CHILLÓN MEDINA Y J. F. MERINO MRCHÁN, “Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional”, pp.689

⁶³ Cfr. D. JIMENEZ FIGUEREZ, *El Acuerdo de Arbitraje: Patologías y Soluciones*

⁶⁴ Diccionario de la Real Academia de la Lengua, puede encontrarse en la Pág. Web. www.rae.es, última visita: 25/02/2010, Voz. “Cláusula”

⁶⁵ *Ibíd*em, Voz. “Patológico”

En el presente trabajo se ha utilizado la denominación “convenio insuficiente” porque se ha considerado que el término “patológico” tiene una connotación más de carácter médico que legal. “Insuficiente”, por su lado, es más apropiado porque se refiere a una falta de aptitud e idoneidad (en la redacción de los convenios arbitrales).

Otros autores como Matheus López consideran que “*son aquellos que por defectuosos, imperfectos o incompletos impiden un normal desarrollo del arbitraje*”⁶⁶. Finalmente, Serrano Puig los define como aquellos convenios que adolecen de algún vicio y por ello presentan problemas para su aplicación, ya que al contener un texto contradictorio, oscuro y hasta vago, puede obligar a los árbitros a negar su competencia para conocer la controversia o que asuman una competencia diferente de la intención original suscrita por las partes.⁶⁷ En otras palabras, cuando la declaración de la voluntad de las partes sea coincidente, los árbitros estarán legitimados para resolver los conflictos que se presenten. Sin embargo, cuando no lo sea, se resta idoneidad en la identificación de la intención de las partes, ya que el convenio perdería su efectividad, dando como resultado tres escenarios: 1. Competencia diferente a la pactada, 2. la falta de competencia de los árbitros o 3. en el arbitraje internacional, el no reconocimiento y la no ejecución del laudo inaplicable cuyo convenio es insuficiente, a los términos que establece la Convención de Nueva York, en el Art. ii (3)⁶⁸.

⁶⁶ Matheus López, C.A.: *Breves Notas sobre el Convenio Arbitral*, en la Revista del Derecho Comercial, Argentina, Ed. LexisNexis Argentina S.A., Argentina, Año 38, 2005-B. Se lo puede encontrar también en la página web: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/4/cle/cle11.pdf> pp. 14. *Éstos se dividen a su vez en convenios arbitrales inválidos y convenios arbitrales susceptibles de validación. Entre los primeros se hallan aquellos que no serían tales por cuanto no se encontrarían dirigidos a iniciar un arbitraje. En cambio los segundos, serían convenios arbitrales en blanco o vacíos en la medida en que no facilitan la designación de los árbitros o el modelo de arbitraje o indican erróneamente una institución arbitral o aluden equivocadamente y, a la vez, al arbitraje y al proceso judicial (convenios arbitraje contradictorios) o convenios que tienen por objeto materias respecto de las que no es posible el arbitraje (convenios arbitrales ambiguos).*⁶⁶

⁶⁷ Cfr.. A. Serrano Puig, Ponencia N. 2, pp. 11

⁶⁸ *Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que*

1.3.2. Supuestos de insuficiencia

Muchos autores, entre ellos Guerrero del Río⁶⁹, Verdera Server⁷⁰, Chillón Medina y Merino Merchán⁷¹, han señalado algunos de los errores que afectan con más frecuencia al convenio:

1. Respecto de la institución encargada de administrar el arbitraje: Designación errónea, designación de una institución inexistente, localización errónea de la institución.
2. Respecto de la designación de los árbitros: mecanismo inoperante para la designación, excesiva previsión de requisitos, limitaciones que les impidan conocer determinadas materias, inexistencia de la forma de designación del tercer árbitro, designación contraria al reglamento, número par de árbitros.
3. No determinar de manera inequívoca el sometimiento al arbitraje: coexistencia con otro medio de solución de conflictos, imprecisión de recurrir al arbitraje, falta de vinculación.
4. Posibilidad de apelar ante jurisdicciones estatales en materia internacional.
5. Designar una normativa derogada.
6. Fijación de plazos que imposibiliten la práctica del arbitraje.
7. Estipular convenio ambiguo.
8. Convenio en blanco: Omitir norma de designación de árbitros o la modalidad del arbitraje.
9. Incluir elementos opuestos.

la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje;

⁶⁹ R. GERRERO DEL RÍO, "Algunas Reflexiones sobre la Cláusula Arbitral Compromisoria en el Arbitraje Comercial Internacional y sobre las Cláusulas Patológicas en Particular", en la obra colectiva dirigida por E. PICAND ALBÓNICO, *Estudios de Arbitraje*, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 2006, pp.633

⁷⁰ Cfr. Op. Cit. A. MONTESINOS GARCÍA:, "Algunas Reflexiones sobre el Convenio Arbitral" pp. 35 cita a server

⁷¹ Cfr. Op. Cit. J. M. CHILLÓN MEDINA Y J. F. MERINO MERCHÁN, "Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional", pp.690

Afortunadamente, existen convenios arbitrales insuficientes que son sanables, frente a otros no lo son. Como se verá más adelante, la labor de la interpretación es necesaria para inferir la voluntad de las partes.

1.3.3. Clasificación de los convenios arbitrales insuficientes según Yves Derrains

Para este autor, la insuficiencia en los convenios arbitrales se manifiesta en dos niveles: En el nombramiento de los árbitros y en la definición de la materia del arbitraje:

1.- Nombramiento de los árbitros:

La insuficiencia varía con respecto a la modalidad del arbitraje establecido. En el caso de escoger el sistema *ad hoc*, las partes pueden incorporar en el convenio sus propias reglas o las de cualquier reglamento, a modo de cubrir posibles situaciones (ej. rehusarse a nombrar un árbitro) y no frenar el proceso. Como dijimos en la parte superior, en el arbitraje *ad hoc* se corre el riesgo de que si no se contemplan determinados supuestos, las partes no podrán resolver sus disputas por medio del arbitraje. En la mayoría de leyes y reglamentos se establece que cuando se hayan pactado tres árbitros, dos serán escogidos por las partes y el tercero lo será por los dos árbitros. Asimismo, cuando una de las partes, actúe en rebeldía y no lo nombre, será la institución la que intervenga para conformar el tribunal. Evidentemente, en el caso del arbitraje *ad hoc*, una omisión así, será difícil de enmendarla. Normas como la determinada por la Ley Modelo CNUDMI puede solucionar este vacío:

Art. 11 (4) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, a) una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o b) las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o c) un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de

nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.⁷² (el subrayado es mío)

Nuestra Ley de Arbitraje y Mediación también establece que en el evento de no cumplirse con el nombramiento, cualquiera de las partes puede pedir la designación ante director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor. Por otro lado, en el arbitraje institucional, no se tendrá este mismo problema pero sí el riesgo de mencionar erróneamente a la institución arbitral. Un ejemplo es designar a la Cámara de Comercio Internacional de Ginebra.⁷³

2.-La materia arbitral

Como ya se mencionó, en la sección de los elementos del convenio arbitral, es necesario que las partes definan el alcance por medio de la determinación de la materia que desean solucionar por medio del arbitraje. En muchas ocasiones los árbitros han visto limitadas sus funciones, lo cual genera insuficiencia del convenio. Esto podrá ser una causal para que las decisiones que se den en el arbitraje sean inconsistentes con aquellas no contempladas y resueltas por las cortes nacionales.

1.3.4. Clasificación de los convenios arbitrales insuficientes según el Serrano Puig

⁷² Op. Cit. Ley Modelo de la CNUDMI

⁷³ Cfr. Op. Cit. R. GERRERO DEL RÍO, "Algunas Reflexiones sobre la Cláusula Arbitral Compromisoria...", pp. 634 635. Véase también en la página Web. De la UNCAD: http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add39_en.pdf "The institution must be unequivocally mentioned in the clause. Unnecessary though it may seem, this recommendation is worth giving due consideration. There are frequently clauses in which disputes are submitted to an institution that does not exist as it is named. Since there are many with similar names, the parties must be careful and state the official name of the institution. We have seen clauses submitting disputes to the "Chamber of Commerce of Buenos Aires", an institution that does not exist. When one of the parties requested arbitration by the Argentine Chamber of Commerce (based in Buenos Aires), a controversy arose concerning the submission to arbitration itself. In another case, it had been agreed to submit a question to an institution that did not have an arbitral regime in force. Courts ruled that in such case, the arbitration must be understood as not agreed upon and the conflict must be settled by a court. There are other examples of "pathological" clauses where the claimant requested arbitration by the International Chamber of Commerce but the arbitration clause provided for arbitration by the International Chamber of Commerce of Geneva, the Paris Chamber of Commerce, the Arbitration Court in Zurich, Paris Chamber of Arbitration, or the Arbitration Commission of the Paris Chamber of Commerce and Industry, none of which exist."

Poca mención se ha hecho en el Ecuador respecto de los convenios insuficientes. Una de las clasificaciones que caracteriza de mejor manera a los convenios arbitrales es la que realiza Serrano Puig en su Ponencia sobre las cláusulas patológicas, la cual fue presentada en el Primer Congreso Nacional de Arbitraje el 5 y 6 de junio de 2000. La clasificación que se encuentra en la parte inferior, no es estricta, ya que pueden existir también convenios que pertenezcan a más de un tipo.

1.- Cláusulas de Arbitraje Alternativas

Son aquellas en las que las partes acuerdan de manera alternativa, someter sus controversias tanto al arbitraje como a la jurisdicción estatal, a elección de las dos partes o solo de una de ellas. Afortunadamente, para la vigencia del arbitraje, en muchos casos se ha subsanado este error. Sin embargo, cuando se establezca que solo una de ellas será la que tiene el “derecho” de elección, podrán surgir problemas. Muchos tribunales han considerado que en este caso no existe convenio arbitral porque para someterse a arbitraje debe existir mutuo acuerdo (Art. 1 y 5) y no solamente declaración unilateral.

2.- Cláusulas de Arbitraje Contradictorias

Los convenios contradictorios generalmente se presentan cuando la redacción es extensa. Guerrero del Río los denomina “cláusulas combinadas” y menciona que para que sea eficaz, no tiene necesidad de ser larga ni detallada, ya que lo más conveniente es que prime la sencillez y precisión en la selección de elementos⁷⁴. Este tipo de convenios se compone de varios elementos que en lugar de ser uniformes y complementarse unos con otros, se contradicen entre sí, de tal manera que anulan o modifican los efectos y alcances pactados por las partes, no haciendo posible que los árbitros sean competentes para conocerlas.

3.- Cláusulas de Arbitraje Diminutas

⁷⁴ Op. Cit. Cfr. R. GERRERO DEL RÍO, “Algunas Reflexiones sobre la Cláusula Arbitral Compromisoria...”, pp. 709. El afirma y nosotros coincidimos que “la práctica pone de manifiesto que cuando más específica y detallada es una cláusula, mayor es el riesgo de que sea sometida a impugnaciones”

Los convenios diminutos son aquellos cuyo contenido es general, vago y difuso. Otros lo denominan convenio arbitral “en blanco o vacío”. Afirman que no basta que el arbitraje se haya establecido claramente, ya que deben concurrir o incorporar elementos que permitan dar indicio a su tratamiento. En muchos casos podrá surgir la duda sobre si las partes realmente quisieron o no someterse al arbitraje.

4.- Cláusulas de Arbitraje Confusas

Finalmente, el convenio arbitral confuso se presenta en redacciones inapropiadas y en algunos casos extremadamente detalladas, al punto que resulta difícil determinar si existe o no un convenio arbitral. Algunos autores lo denominan también como “convenio desastroso” y afirman que su redacción es tan ambigua que no es posible identificar los elementos fundamentales que las partes han dispuesto a efectos de determinar el alcance y sentido del arbitraje. Se puede relacionar esta clasificación con los convenios arbitrales “imprecisos” que Jiménez Figuérez establece cuando existen ambigüedades. Entre los ejemplos que plantea, habla de cuando se ha indicado que las partes « pueden » acudir al arbitraje, o cuando se indica la sede de la institución como sede del arbitraje o el nombre de la institución « en » una ciudad distinta a la sede.⁷⁵

1.3.5. Art. II (3) de la Convención de Nueva York de 1958 y el convenio inaplicable

En lo relacionado al arbitraje internacional, es importante hacer referencia al Art. II (3) de la Convención de Nueva York que establece:

“El tribunal de todo Estado Contratante, al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, deberá, a instancia de una de ellas, remitirlas a arbitraje, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.”⁷⁶ (el subrayado es mío)

⁷⁵ Cfr. Op. Cit. D. JIMÉNEZ FIGUERES, “El Acuerdo de Arbitraje: Patologías y Soluciones”

⁷⁶ Op. Cit. (Ecuador) Convenio de Nueva York, R.O. 293 publicado el 19-ago-1961

Entre los requisitos que la Convención de Nueva York establece para que sea posible la ejecución y el reconocimiento, es que el convenio no sea nulo, ineficaz ni inaplicable. Aunque muchos autores mencionan que este artículo no fue discutido en la Conferencia de Nueva York de 1958 ni que ha sido interpretado de manera amplia por las cortes, el hecho de estar dispuesto en la Convención, significa que debe ser interpretado y aplicado de la mejor manera. Se considera que una de estas tres figuras, pueden comprender muchas razones para que en el derecho interno pueda cuestionarse cualquier convenio arbitral internacional defectuoso. Más aun puede resultar peligroso el dejar a disposición de las cortes esta declaratoria y sobretodo en situaciones en que existan intereses del Estado⁷⁷. Por este motivo es importante definir desde esta normativa cuándo existen insuficiencias.

1.3.5.1. El Convenio Arbitral Nulo

Albert Jan van den Berg considera que puede entenderse nulo un acuerdo arbitral que está afectado desde su comienzo por algún tipo de invalidez⁷⁸. Dicho de otra manera, la nulidad se constituye por la omisión de los requisitos de validez (capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícitos). Este mismo autor menciona que en la práctica sería extraño una alegación de esta naturaleza por dos razones: En primer lugar, la existencia de la autonomía del convenio respecto del contrato. En el caso de falta de consentimiento, deberá ser específico respecto del convenio. En segundo lugar, al ser una exigencia del Art. ii (2) que se encuentre por escrito, se tendrá como presunción que las partes acuerdan acudir al arbitraje. La jurisprudencia se ha manifestado de la siguiente manera:

“El significado del Art. ii (3) –el más consistente con el objetivo general de la Convención– es que un acuerdo arbitral es ‘nulo’ únicamente (a) cuando está sometido a una defensa internacionalmente reconocida, tal como coerción, error, fraude o renuncia, o (b) cuando contraviene políticas fundamentales del Estado en donde se celebra el arbitraje. La

⁷⁷ J. ROBALINO et J. M. MARCHÁN: “Acuerdo Nulo, Ineficaz o Inaplicable”, en la Obra colectiva dirigida por E. Zuleta y G. Tawil, El Arbitraje Comercial Internacional, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp. 313

⁷⁸ Ibídem pp.315-316

*expresión ‘nulidad’ debe interpretarse en forma restrictiva, ya que los países signatarios han declarado conjuntamente una política general acerca de la exigibilidad de los acuerdos para arbitrar. No se debe permitir que los intereses localistas del estado sede ni de los de aquellos de los Estados que tienen una relación más significativa con la disputa reemplacen aquella presunción. Se cumplirá mejor la intención de la Convención mediante un enfoque que conduzca a defender los acuerdos para arbitrar”.*⁷⁹

Por lo tanto, existe una clara limitación respecto de cuándo se podrá plantear esta excepción. Se podría citar más pronunciamientos acerca de la nulidad, pero no es necesario, debido a que no se aplica directamente al tema de esta investigación.

1.3.5.2. El convenio arbitral ineficaz

Son aquellos convenios que si bien han nacido válidos, *a posteriori* han dejado de producir efectos. Algunos autores que los han denominado “convenio arbitral caducado”⁸⁰ han determinado que no debe entenderse a la caducidad de manera adjetiva, sino con respecto de los efectos del convenio arbitral, en el que las partes han acordado dirimir sus conflictos por medio del arbitraje en un determinado plazo, fuera del cual, por vigencia temporal, las partes deberán acudir al los jueces. Cossio señala algunos casos como cuando existen condiciones, cuando el convenio ha sido revocado, modificado, novado o que ha sido resuelto ya por un tribunal ordinario⁸¹. Van den Berg considera estos casos y añade que también lo será ineficaz cuando las partes han dado por terminado el contrato.⁸²

En este segundo punto tampoco se hará mayor énfasis, ya que no se relaciona con el convenio arbitral insuficiente.

1.3.5.3. El convenio arbitral inaplicable

Finalmente, la inaplicabilidad se relaciona con el objeto del convenio arbitral, esto quiere decir, el sometimiento al arbitraje. En este último supuesto se

⁷⁹ Loc. Cit.

⁸⁰ Op. Cit. C.A., MATHEUS LÓPEZ, *Breves Notas sobre el Convenio Arbitral*, pp.16

⁸¹ Cfr. F. GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje*, pp. 417

⁸² Cfr. Op. Cit. J. ROBALINO et J. M. MARCHÁN: “*Acuerdo Nulo, Ineficaz o Inaplicable*”, pp.317

manifiesta la incidencia de la existencia del convenio arbitral insuficiente, ya que se vuelve inaplicable por la imposibilidad de acudir y poner al arbitraje en funcionamiento. La inaplicabilidad tiene más un carácter fáctico que jurídico ya que el convenio puede contener inconsistencias, oscuridad e ininteligibilidad.

*“Algunos ejemplos de circunstancias que pueden acarrear la “inaplicabilidad” del acuerdo arbitral son la mala redacción que propicie nudos gordianos – ej. Problema de designación –, que no se cuente con recursos para satisfacer el anticipo del arbitraje – así, alternatividad, designación de un árbitro que haya fallecido, cláusulas en blanco, fechas imposibles de cumplir... –. En la jerga arbitral se les alude con frecuencia como “cláusulas patológicas”.*⁸³

Como se entenderá, la insuficiencia de los convenios es muy común y por lo tanto muchos acuerdos se tornan inejecutables, para lo cual no resta otra opción que acudir ante los jueces comunes. Así lo afirman algunos autores:

*“Una cláusula arbitral redactada en forma defectuosa o ambigua puede dar lugar a largos procesos judiciales previo al inicio del arbitraje o cuando se busque la ejecución de un acuerdo o laudo arbitral, desnaturalizando de esta manera el principal objetivo del arbitraje, que es la resolución de disputas de una manera rápida y sin intervención de los jueces y cortes locales”.*⁸⁴

En muchos casos pueden sobre elaborar e incurrir en detalles que afecten la totalidad del convenio. El ejemplo planteado a continuación puede demostrarnos el alcance de las cláusulas:

“En caso de que cualquiera de las partes teman que el árbitro está desequilibrado por razones que han llegado a su conocimiento después del inicio del arbitraje, y acordaren que el árbitro ha perdido el juicio, deberán así notificarlo al árbitro. Las razones para dudar del sano juicio del árbitro deberán ser extremas, incluyendo pero no limitándose a realizar comentarios sin sentido, desconcentración continua y conductas extrañas como bailar en público sin razones justificables. En caso de que como resultado de un examen psiquiátrico se compruebe que el árbitro ha perdido el juicio deberá cada parte pagarle honorarios para su pronta recuperación de hasta 100.000 yenes y en caso de que del examen psiquiátrico no se compruebe que el árbitro ha perdido el

⁸³ Op. Cit. F. GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje*, pp. 416-417

⁸⁴ Op. Cit. J. ROBALINO et J. M. MARCHÁN: “Acuerdo Nulo, Ineficaz o Inaplicable”³¹⁹ citando

*juicio las partes acuerdan pagar un honorario de disculpa de hasta 100.000 yenes.*⁸⁵

En conclusión, la Convención de Nueva York da a entender que es necesario realizar una correcta redacción del convenio arbitral, ya que de no hacerlo, los efectos que se obtengan, pueden no solo limitar a las partes a que la competencia de los árbitros se vea disminuida o negada, sino que también puede ocurrir que en otro Estado se niegue la ejecución y el reconocimiento de un laudo cuando una de las partes plantee la excepción de inaplicabilidad, fundándose en la insuficiencia del convenio arbitral.

Como se sabe, el alcance del convenio arbitral determina todo el procedimiento que los árbitros deben dar a las partes. Por esta razón, para evitar caer en inconsistencias, es importante comprender que el convenio arbitral, no necesita de numerosos detalles o ni basta con una simple enunciación. Es necesario que se lo haga de una manera sencilla y amplia a modo de cubrir todas las disputas que surjan. Existe siempre el riesgo que las partes no sometan todas sus controversias al arbitraje, para lo cual, aquellas que quedan excluidas deberán seguir el procedimiento en el ejercicio de la justicia ordinaria. Conejero establece que lo más grave en este caso es que las decisiones seguidas por diferentes órganos de la jurisdicción tengan inconsistencias. En todo caso, no podemos olvidar que el alcance que se establezca en el convenio es fundamental para marcar los límites de la competencia arbitral, de modo que en el caso de que el laudo no se refiera a una diferencia prevista en el convenio, en base al Art. (ii)(3) de la Convención, podría negarse su ejecución y reconocimiento⁸⁶.

Por este motivo, los jueces y árbitros deben siempre interpretar la manera que más favorezca al arbitraje y que permita que éste desarrolle correctamente, para que a futuro no surjan problemas de aplicación. En el siguiente Capítulo se

⁸⁵ Op. Cit. J. M. MARCHÁN, Ponencia: "Como redactar cláusulas arbitrales efectivas patologías y alternativas"

⁸⁶ C. CONEJERO ROSS: "*¿Cláusulas Amplias o Cláusulas Detalladas? Lecciones y Reflexiones bajo la Convención de Nueva York*", en la Obra colectiva dirigida por E. Zuleta y G. Tawil, El Arbitraje Comercial Internacional, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, pp.153

analizará cómo deben los árbitros aplicar los principios de interpretación y las normas reconocidas en la legislación ecuatoriana.

CAPÍTULO SEGUNDO:

**PRINCIPIOS E INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO
ARBITRAL**

Hasta ahora se ha visto qué es el convenio arbitral y por qué motivos puede resultar insuficiente. Como es lógico, esto se verifica en el documento escrito, por lo que es necesario estar conscientes de la importancia de redactarlo correctamente, de modo que se puedan producir los efectos deseados por las partes.

La declaratoria de competencia es una figura que se vincula directamente con el convenio arbitral. Como se sabe, esta función pertenece exclusivamente al tribunal que conozca la causa. En el Ecuador y muchas legislaciones, se lo hace a través del principio *kompetenz-kompetenz* o competencia de la competencia, el cual se consagra en el Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación y se fusiona con el principio de autonomía. Es por medio de este primer principio que se deberán aplicar otros más que corresponden a la naturaleza del convenio arbitral para

dirigir la manera cómo se interpretará el convenio. Estos son los principios pro-arbitraje, del efecto útil, de la buena fe y lealtad negocial.

Este Capítulo se compone de dos partes. La primera es un análisis de los principios mencionados y la segunda trata sobre la aplicación de las normas de interpretación del Código Civil con respecto al convenio arbitral.

El objetivo de este segundo Capítulo es determinar cuáles son las opciones que trae la legislación ecuatoriana para resolver dudas en torno a la declaratoria de competencia, para que en el Tercer Capítulo puedan ser aplicadas a los supuestos de insuficiencia.

2.1. Principios aplicables al convenio arbitral

2.1.1. La autonomía del convenio arbitral y el principio *kompetenz-kompetenz*

El arbitraje tiene dos principios fundamentales: el de la autonomía del convenio arbitral y el *kompetenz-kompetenz*. La razón por la cual se ha decidido desarrollarlos de manera conjunta es por la relación que guardan. Como se explicará, esto no quiere decir que el principio *kompetenz-kompetenz* sea una consecuencia necesaria del Principio de la Autonomía, ni que este último sea el resultado del primero; sino que se complementan, orientando a que exista eficacia en el arbitraje y en el convenio arbitral.⁸⁷

En nuestra Ley (Arts. 5 y 22) y en la Ley Modelo de la CNUDMI (Art. 16 par. 1) se pueden encontrar incorporados. El principio *kompetenz-kompetenz* implica que el tribunal tiene la potestad para decidir de manera independiente sobre su propia competencia y sobre las excepciones planteadas en contra de la validez del convenio arbitral. La autonomía, por su lado, determina que el convenio es independiente frente al contrato principal.⁸⁸

⁸⁷ L. E. GRAHAM TAPIA: "La Cláusula Arbitral: Aspectos Prácticos", pp. 24

⁸⁸ Juicio 062-07 CAMCCQ, Adicionalmente, se debe tomar en cuenta que una piedra angular de los sistemas arbitrales, tanto del ecuatoriano como de los internacionales, es la autonomía del

Muchos confunden sus conceptos sin considerar que mientras el principio de autonomía trabaja sobre una cuestión de fondo, el *kompetenz-kompetenz* se manifiesta en el ámbito procesal. En el caso hipotético en que en nuestra legislación no se contemple el principio de autonomía, supondría que la nulidad o invalidez del compromiso principal, acarrearía también la del convenio arbitral. Esto significaría que el tribunal, al aplicar el principio *kompetenz-kompetenz* inmediatamente debería declararse incompetente. Por esta razón, se puede decir que gracias al principio de autonomía es posible afirmar la independencia del convenio y a su vez, gracias al principio *kompetenz-kompetenz* pueden los árbitros mantener su competencia incluso cuando el contrato sea nulo o inválido.

2.1.2. El principio de autonomía del convenio arbitral

Como se mencionó en el Primer Capítulo, a raíz de la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación, se incluyó, el principio de la autonomía del convenio arbitral. Existen discusiones importantes acerca de su alcance. Así, algunos autores han preferido utilizar la palabra “*separabilidad*”, ya que consideran que el convenio arbitral no siempre se disocia del contrato principal (por ejemplo en la novación).

Fernández Rozas asegura que mediante el principio de la autonomía:

“El tribunal arbitral está facultado para decidir sobre la invalidez o nulidad del contrato principal dentro de su propia competencia. La separabilidad, favorece de este modo el cauce arbitral al asegurar que este procedimiento sea siempre el modo de solución cualquiera que sean las vicisitudes del contrato en el que está inserto; por tanto, la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso iure la nulidad de la cláusula compromisoria.”⁸⁹

acuerdo o convenio arbitral, es decir que la cláusula arbitral es independiente de la eficacia o ineficacia del contrato principal, es un negocio autónomo que no depende de la nulidad o inexistencia del contrato, por lo que inclusive la doctrina la ha calificado como un *contrato dentro de otro contrato*. El referido art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación indica que “la nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral.”

⁸⁹ J. C. Fernández Rozas: “El Convenio Arbitral: Entre la Estabilidad y el Desatino”, en la obra colectiva dirigida por E. PICAND ALBÓNICO, *Estudios de Arbitraje*, Chile, Ed. Jurídica de Chile, 2006, pp. 72

En los Juicio 018-01 y 024-01 de la CAMCCQ, los tribunales han manifestado que la vida jurídica del convenio supera a la del contrato que la contiene y permite que la aplicación práctica pueda verificarse aun en los casos en que el contrato sea nulo, aplicando directamente el principio de autonomía, contenido en la normativa del Art. 5.

Autores como Cordón Moreno y Martínez de Castro afirman que la autonomía es sustancial⁹⁰ (la causa es diferente a la del contrato principal) y conflictual (en relación a las normas que rigen el contrato principal). Este principio es un factor imprescindible ya que rompe uno de los supuestos de la teoría contractual, al no adolecer de nulidad el convenio cuyo contrato principal lo fuera. Lo que significa que la competencia de los tribunales no está sujeta a los problemas que presente el contrato principal.

2.1.3. El principio *kompetenz-kompetenz*

En primer lugar, es necesario aclarar el concepto de competencia y diferenciarlo de la jurisdicción. Estas dos figuras que otorgan potestad, nacen de la Ley conforme el Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial. Por un lado, la jurisdicción se entiende como la potestad de administrar justicia que tiene todo juez y tribunal, entre los que se incluye al arbitral (Art. 1 CPC, inc. 1)⁹¹. La jurisdicción que asiste a este sistema se reconoce en la Constitución, en la Ley de Arbitraje y Mediación y en el Código de Procedimiento Civil. En éste último se establece que es convencional debido a que nace de la voluntad de las partes. La competencia en cambio, es un poder más específico para intervenir en causas determinadas (Art. 1 CPC inc. 2), sea por razón de territorio, materia, persona o grado. Se entenderá que no todos los árbitros o tribunales son competentes para conocer las cuestiones sometidas al arbitraje, sino que lo son conforme lo hayan dispuesto las partes o la Ley.

⁹⁰ Cfr. Op. Cit. L. MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, *La Cláusula Compromisoria en el Arbitraje Civil*, pp. 132

⁹¹ Devis Echandía, Hernando, "Compendio de Derecho Procesal Teoría General del Proceso", Bogotá, Ed. ABC, 1996, Pág. 77

Muchos autores coinciden en que el principio *kompetenz-kompetenz* es de carácter procesal, ya que constituye un poder inherente de todo tribunal arbitral al otorgar potestad para resolver sobre su propia competencia, antes que cualquier tribunal ordinario.

A través de la autonomía se busca garantizar que las excepciones planteadas por alguna de las partes sobre inexistencia o nulidad, no paraliquen al sistema. Por lo que en el caso de no aplicarlo, podría suspenderse el proceso para ser remitido al ordinario, con el fin de que sea éste último quien resuelva sobre la competencia arbitral. Aún más, esto implicaría que sólo después de que los jueces emitan su decisión, los árbitros podrán (en caso de ser favorable) dirimir el conflicto, evitando un proceso ágil y eficiente. Cantuarias afirma que:

“el principal efecto de esta disposición es que salvo, supuestos excepcionales, serán los árbitros competentes para conocer y fallar acerca de cualquier vicio del convenio arbitral, así como acerca de si la materia controvertida sometida a su conocimiento es legal y contractualmente arbitrable.”⁹²

Es determinante que los elementos del convenio arbitral se encuentren estipulados en términos claros y adecuados porque en muchos casos conducirán a pronunciamientos que denieguen la competencia. Existen vicios que aunque su redacción sea deficiente, pueden ser subsanados (*lesser pathology*), ya que se puede identificar la voluntad de las partes. En cambio, aquellos en los que no se verifica de forma clara, la insuficiencia no puede ser subsanada (*greater pathology*).

2.1.4. Efectos derivados del principio *kompetenz-kompetenz*

Son dos los efectos que derivan de este principio: uno positivo y otro negativo.

El efecto positivo permite que sean los propios árbitros quienes resuelvan sobre su competencia; en cambio, el efecto negativo excluye la posibilidad de

⁹² F. CANTUARIAS SALAVERRY: *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*, Ed. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Lima, 2007, pp.121

acudir a los juzgados ordinarios para que conozca un determinado caso. Al respecto, Roca afirma que:

*“El convenio arbitral produce un efecto negativo y condicionalmente excluyente de la justicia ordinaria, de manera que si es alegada la correspondiente excepción, los jueces y tribunales no pueden pronunciarse sobre materias sometidas a arbitraje”.*⁹³

Salcedo Verduga menciona que cualquier corte que esté conociendo sobre la competencia de un árbitro, deberá abstenerse de hacerlo.⁹⁴ Para ello será necesario que en su debido momento, la parte interesada invoque, la excepción de incompetencia para que el juez que esté en conocimiento ordene el archivo de la causa (Art. 8).

2.1.5. El principio *kompetenz-kompetenz* y el convenio arbitral insuficiente

En la mayoría de ocasiones, cuando el convenio arbitral presenta insuficiencias surgen problemas al momento de determinar la competencia de los árbitros. Lo ideal sería que las normas proporcionen soluciones. Sin embargo, resulta sumamente complicado el abarcar todas las posibilidades de error en las que las partes puedan incurrir, ya que éstas se generan en el fuero de la persona y no en las disposiciones de la Ley.

Entendemos que unas pueden ser subsanadas y otras que no, pero aún así sería necesario analizarlas una por una, ya que no será posible generalizarlas ni encontrar una normativa aplicable a cada caso. Por esta razón, es conveniente crear parámetros generales de interpretación que guíen a los tribunales al momento de pronunciarse sobre su competencia.

2.1.5.1. La declaratoria de competencia

⁹³ J. M. ROCA MARTÍNEZ: *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*, Ed. José María Bosh, Barcelona, 1992, pp. 167

⁹⁴ Cfr. Op. Cit. E. SALCEDO VERDUGA, *El Arbitraje (La Justicia Alternativa)*, pp. 151-152

Generalmente, cuando existan deficiencias en la redacción del convenio arbitral que puedan ser subsanadas, el tribunal interpretará a favor del arbitraje. Se ha observado que existe una fuerte tendencia hacia la declaración favorable de competencia, sobre todo cuando la materia que trata es comercial. En el Juicio 037-09 CAMCCQ (Caso 1 Tercer Capítulo) las partes incluyeron a su contrato un convenio arbitral con dos jurisdicciones. El tribunal resolvió que es incuestionable que al suscribir el convenio arbitral, las partes hayan sometido sus controversias al tribunal arbitral y excluido a la justicia ordinaria. Al mencionar también que en caso de no existir acuerdo, se renuncia al fuero y domicilio y se someten a la decisión de las cortes ordinarias de Quito nace la duda sobre qué órgano deberá conocer la controversia. Para ello se aplicará el Art. 7 de la Ley que advierte que al existir un convenio arbitral expreso, en el que se generen dudas sobre la jurisdicción, prevalecerá la arbitral.

Es de destacar que hay procesos similares en los que no se han declarado competentes⁹⁵. En todo caso, podemos afirmar que frente a un convenio arbitral insuficiente, los tribunales se declararán competentes siempre y cuando pueda identificarse la voluntad e intención de las partes.

2.1.5.2. La declaratoria de incompetencia

Este caso es contrario al anterior. Cuando el convenio arbitral sea insuficiente, el tribunal no siempre se pronunciará competente para conocer las diferencias. Si bien, no existe unanimidad en las decisiones de la Cámara de Comercio de Quito, dependiendo de la gravedad, pueden ser saneados.

Por lo general, las objeciones por incompetencia son presentadas al momento de responder a la demanda interpuesta ante el centro de arbitraje. Casi siempre, la parte demandada buscará dilatar el proceso, impedir que sean los tribunales arbitrales los que conozcan la materia y evitar que su contraria reciba la tutela efectiva para garantizar sus derechos. Por este motivo se insiste en la necesidad

⁹⁵ Op. Cit. Juicio 041-08 CAMCCQ

de generar pautas que proporcionen alternativas frente a las insuficiencias del convenio arbitral.

2.1.5.3. La declaratoria parcial de competencia

No siempre los tribunales adoptarán posiciones estrictas con respecto a la existencia o no de competencia. Esta tercera opción es un punto intermedio entre las dos anteriores. En muchos casos se ha observado que los tribunales se declaran parcialmente competentes. Esto quiere decir que el tribunal no va a conocer la totalidad del objeto que las partes sometieron al arbitraje, sino sólo una parte.

Nuestra jurisprudencia ha aceptado esta posibilidad, respaldando a este tipo de pronunciamientos. Ejemplo de ello es el Juicio 2005-0100 de la Primera Sala de la Corte Superior de Justicia de Pichincha que dice:

“en la resolución emitida por el tribunal arbitral, este debe expresar asuntos sobre los cuales va a decidir y excluir aquellos sobre los cuales se considere incompetente”.

En lo personal, considero que no siempre va a ser beneficioso para las partes dividir la jurisdicción entre los jueces y árbitros, puesto que no en todas las ocasiones las resoluciones dictadas por el tribunal arbitral y las cortes nacionales serán simultáneas y concordantes. Por este motivo, es también importante que los tribunales analicen la incidencia que este fraccionamiento de facultades podría generar para las partes.

2.1.6. Principio pro-arbitraje

En 1953 la CCI tomó la iniciativa de presentar el proyecto que actualmente conocemos como “Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras”, para promover el uso del arbitraje a nivel mundial con dos objetivos principales: facilitar los negocios e incitar al comercio internacional. Asimismo, la “Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional”, fue elaborada en 1985 por la Comisión de las

Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional, como legislación sustantiva arbitral ideal para crear uniformidad en el derecho procesal arbitral y para satisfacer las necesidades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional. Este cuerpo legal constituye una base para armonizar y perfeccionar los objetivos deseados en las leyes de las distintas nacionalidades sobre el arbitraje.⁹⁶ Por estos motivos, el principio pro-arbitraje tiene su origen en estos textos, con la común finalidad de promover el uso del sistema.

En nuestra legislación se puede afirmar que este principio es rector para el sistema arbitral. Al igual que estos textos, reconoce la validez del convenio arbitral como base para un buen proceso y de la misma manera, delimita con plazos y causales los recursos o acciones que puedan dar lugar después de haber emitido el laudo, y reconoce que ante la duda de la justicia ordinaria o la arbitral, prevalecerá la última, conforme el Art. 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación⁹⁷.

Por esta razón González de Cossio señala que:

“Al interpretar el acuerdo arbitral no debe tomarse a la ligera la posibilidad de que sea inválido. Las causales de invalidez (sea por nulidad, ineficacia o imposible ejecución) deben interpretarse como excepciones a la regla de validez del acuerdo arbitral.”⁹⁸

Dicho de otra manera, se debe partir de la idea de que el convenio arbitral y sus disposiciones son válidos. Este principio se relaciona con la figura *kompetenz-kompetenz* porque da una alternativa más amplia para que el árbitro resuelva que el convenio arbitral (insuficiente) le otorga competencia. El término *favor* demuestra un trato favorable a un privilegio o una tendencia hacia la competencia de los árbitros para que las partes tengan la facultad de acceder al sistema.

⁹⁶ Cfr. Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI sobre la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, puede encontrarse en la Pág. Web. www.sice.oas.org

⁹⁷ Art. 7.- El Convenio Arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria. Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días.” (Mi destacado)

⁹⁸ Cfr. Op. Cit. F. GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje*, pp. 128

2.1.6.1. Problemas de aplicación del principio pro-arbitraje

Frente a éste se yuxtapone el principio de la validez estricta del arbitraje. Esta figura se origina en el concepto de que mientras el arbitraje es la excepción, la regla general es la justicia ordinaria, y por lo tanto, se aplica el principio *exceptio est strictissimae interpretationis*. En consecuencia, la interpretación que se le dará será la excepción de la regla.

Esto genera problemas ya que en nuestra legislación la tendencia es a favorecer al arbitraje. Como ya se dijo, la mayoría de deficiencias versan sobre alternatividad en el órgano competente. No existe unidad en las resoluciones pero aún así, los tribunales se han inclinado a acreditar su competencia. En la mayoría de convenios en los que el tribunal no se ha declarado competente, ha sido básicamente porque no ha identificado el consentimiento de las partes⁹⁹. En la nota 110 de la obra “*Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*”, Chillón Medina y Merino Merchán mencionan que:

*“una vez acreditada la voluntad de las partes en acudir al arbitraje, la interpretación del convenio debe discurrir en el sentido de favorecer la implantación y el desarrollo del proceso arbitral. Tal es el sentido del principio pro arbitrato puesto de relieve por una cierta jurisprudencia internacional.”*¹⁰⁰

Por lo tanto, la primera condición es que pueda identificarse la voluntad de las partes. Los demás elementos deben interpretarse de manera que el arbitraje se vea favorecido. Para sustentar esto, debemos considerar los siguientes tres puntos:

1.- El principio de la validez estricta del arbitraje es contrario al principio pro-arbitraje reconocido en nuestra Ley

Al oponerse al principio de la validez estricta, el alcance del principio pro-arbitraje se verá limitado y no cumplirá con la función que proclama la Ley de Arbitraje y Mediación, la Convención de Nueva York y La Ley Modelo UNCITRAL.

⁹⁹ Se puede ver en el último tema del Capítulo tercero sobre cauística

¹⁰⁰ Cfr. Op. Cit. J. M. CHILLÓN MEDINA Y J. F. MERINO MERCHÁN, “*Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*”, pp.673

Estoy de acuerdo con Cossio, quien afirma que una norma debe ser estricta cuando contenga disposiciones que afecten directamente a cuestiones vulnerables. Estas son:

- Libertades (ej. infracciones y multas)
- Privaciones de derechos (ej. normas tributarias, normas penales)
- Excepciones (ej. causales de recursos y acciones)

No corresponde al primero ni segundo caso porque en nuestra legislación no forman parte de las materias arbitrales los temas penales, de libertades individuales y de privación de derechos. En cuanto al tercer caso pueden surgir dudas, ya que para muchos el sistema arbitral se entiende como excepción de la justicia ordinaria. Es comprensible esta idea, sin embargo es necesario concebirla en relación con la actualidad (el último punto tratará sobre este tema).

Como se dijo, la legislación ecuatoriana ha adoptado una línea a favor de la competencia del árbitro y, a su vez, el Ecuador ha ratificado la Convención de Nueva York y reconoce la Ley Modelo CNUDMI, los cuales se inclinan a favor del arbitraje. Por lo tanto, el principio de la validez estricta no es aplicable en el arbitraje. No obstante, es importante aclarar que cuando una de las partes pertenezca al sector público, la interpretación que realice el tribunal debe ser mucho más minuciosa.

Entre los que afirman esto, se encuentra Cossio quien asegura que:

*“el acuerdo arbitral no es excepción a regla alguna. Es un acuerdo más como lo son todos los demás. Por consiguiente, su regulación e interpretación como excepcional es improcedente”.*¹⁰¹

Más adelante se establecerán razones suficientes para sustentar esta última idea.

¹⁰¹ Cfr. Op. Cit. F. GONZÁLEZ DE COSSIO, *Arbitraje*, pp. 130

2.- En las controversias relacionadas a controversias comerciales y/o internacionales la tendencia actual ha sido considerar al arbitraje como el método por excelencia

Cada vez son más los conflictos de carácter comercial y/o internacional que se llevan a cabo por medio del arbitraje. Se puede afirmar que los beneficios que ofrece este sistema, en la mayoría de legislaciones, sobrepasan a aquellos que ofrecen las cortes nacionales.

Como se ha mencionado en la parte introductoria, el arbitraje es un sistema que brinda seguridad y garantiza imparcialidad en las decisiones adoptadas por el tribunal. En temas de carácter comercial internacional pueden existir intereses del Estado que posiblemente influyan en las decisiones de las cortes nacionales y que no brinden confianza al momento de resolver los conflictos. Es así, que en la mayoría de contratos internacionales comerciales, las partes han optado por acudir al sistema arbitral como medio para resolver sus conflictos.

Se ha podido ver también que en temas nacionales comerciales, es común que las partes incluyan el convenio arbitral. Si bien, el número no es tan alto como son los internacionales, se ha observado que la tendencia a optar por este sistema aumenta poco a poco¹⁰², esto significa que con el tiempo se va dejando atrás el carácter de excepción a la justicia ordinaria.

No obstante, cuando se trate sobre materias arbitrables diferentes a las mencionadas (como por ejemplo, el valor de las pensiones alimenticias a favor del alimentario que no han sido pagadas o los frutos obtenidos en el ejercicio de un derecho personal) no necesariamente se deberá aplicar la idea fundamentada en este punto, ya que su concurrencia no es tan común como lo son los contratos comerciales y/o internacionales. Por este motivo se considera necesario reducir la aplicación de esta tesina a la materia comercial.

¹⁰² El número de causas sometidas al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito han ido en aumento. En el año 2002 fueron 57; en el año 2003 fueron 61; en el año 2004 fueron 71 ; en el año 2005 fueron 71; en el año 2006 fueron 74; en el año 2007 fueron 66; en el año 2008 fueron 104; en el año 2009 fueron 135.

3.- Hoy en día el convenio arbitral no constituye la excepción para controversias de carácter comercial y/o internacional.

Este último punto se vincula directamente con el anterior. Depende de la materia del arbitraje, para determinar el carácter excepcional del convenio. Por lo tanto, si se lo ve desde el punto de controversias de índole comercial y/o internacional, se considerará que no es una excepción porque su uso es común.

2.1.7. Principio del Efecto Útil

Se han realizado diferentes observaciones sobre el efecto útil. Algunos insisten que es un principio, mientras que otros lo ven más como una forma de interpretación del convenio. En este trabajo se han abarcado estas dos visiones y se discutirá también algunos puntos del Código Civil en el Capítulo siguiente.

El tribunal deberá identificar las insuficiencias existentes en el convenio para determinar qué elementos son válidos y de qué manera afectan a la vigencia del arbitraje. Es importante contemplar al convenio desde su causa (deseo de solucionar sus controversias por medio de este sistema). Dicho de otro modo, el tribunal debe presumir que la intención de las partes es optar por este mecanismo. Fernández afirma lo siguiente:

*“no se trata de que el juez tenga la obligación de modificar el sentido literal de las cláusulas compromisorias, sino que debe reconstruir, si así lo considera oportuno, la voluntad deficientemente expresada por las partes de someterse al arbitraje y prescindir de una simple lectura meramente formal de la cláusula controvertida. Más tampoco ha de extralimitarse en su función y llegar a una revisión de la cláusula, lo cual implica que deba moverse en muchas ocasiones en un difícil equilibrio, pues si la imposibilidad de revisión de la cláusula se encuentra en un extremo de la balanza en el otro se halla una eventual déni de justice.”*¹⁰³

De acuerdo con este autor el principio del efecto útil conduce a identificar la verdadera intención de las partes prefiriendo dentro de lo posible, la competencia arbitral. Jiménez Figueres coincide con este punto de vista. Ella afirma que el solo

¹⁰³Cfr. Op. Cit. J. C. FERNÁNDEZ , “El Convenio Arbitral: Entre la Estabilidad y el Desatino”, pp. 712

hecho de haber incluido al convenio, es el indicio más claro de que las partes han resuelto acudir al arbitraje. Esto por ningún motivo significa que el árbitro tiene la facultad para imponer sus reglas y salir de lo establecido por la ley y por los principios de la sana crítica. Si bien, el principio del efecto útil puede resultar ambiguo, abre una puerta para concebir de manera amplia la voluntad de someter las controversias al arbitraje.

Ya se mencionó que cuando el carácter formal y sustancial de un convenio contiene insuficiencias, deberá ser analizado, con mayor profundidad para determinar si es válido o no; y, dependiendo de ello, para establecer si los árbitros pueden considerarse competentes. En este sentido, Fernández afirma que según lo que ha observado en la práctica arbitral, esta determinación se rige por el principio pro-arbitraje. Fernández pone el ejemplo del idioma que, aunque puede resultar un elemento importante, no se constituye de manera sustancial para determinar la aceptación o no de la voluntad de las partes para acudir al arbitraje. Por lo tanto, se puede afirmar que sin importar los elementos que se incluyan, lo importante es tener claro que la voluntad expresa de acudir al arbitraje es el elemento esencial:

“En el caso de convenios patológicos, la existencia misma del convenio arbitral no es cuestión que ofrezca duda. La mera comprobación fáctica concluye en su existencia material y su firma, junto con el resto del contrato. Respecto a la validez, es de señalar que no contradice ningún precepto legal, de manera que el arbitraje es válido y legítimo. La voluntad de las partes, debe aparecer expresada en el convenio arbitral, pero padece una concreta contradicción en su contenido o en el conjunto de cláusulas pactadas en el contrato.”¹⁰⁴

Es así que la existencia del convenio arbitral insuficiente no va a generar discrepancias porque físicamente se puede comprobar, sino que serán los elementos los que generen dudas. Esto sucede porque se establece de forma incierta los preceptos que pueden ser o no determinantes para la voluntad de las partes. Este principio es un llamado a no ignorar un convenio arbitral por el hecho

¹⁰⁴ Op. Cit. J. C. FERNÁNDEZ , “El Convenio Arbitral: Entre la Estabilidad y el Desatino”, pp. 713

de contener algún tipo de insuficiencia, sino de analizar detenidamente su contenido.

2.1.8. La buena fe y la lealtad negocial

Cuando existan deficiencias en la expresión de la voluntad de las partes, autores como Molfa mencionan que debe interpretarse de tal manera que surtan los efectos que las partes han establecido, el cual es disponer sus controversias al arbitraje. De esta manera se protegerán los intereses de las partes y sus expectativas.¹⁰⁵ Si se parte de la idea que el convenio arbitral va a cumplir con su finalidad se puede asegurar que solo en casos excepcionales existirá mala fe, la cual deberá ser probada para que no se admita la competencia. Las partes acuerdan libremente someter sus controversias al arbitraje, lo que supone que tanto el Código Civil, como la Ley de Arbitraje y Mediación, en la Convención de Nueva York y en la Ley Modelo UNCITRAL, exista presunción de que lo han hecho de buena fe y con lealtad negocial.

Existen dos proyecciones sobre el principio de la buena fe. La primera se refiere a la acción de las partes y la segunda a la del tribunal. En primer lugar, se presume que entre las partes existió una voluntad sana, positiva y razonable, inspirada en la justicia, equidad y certeza de celebrar el convenio arbitral. En segundo lugar, el convenio debe ser interpretado de forma razonable, teniendo en cuenta las circunstancias que rodean al caso en particular. Para ello se resolverá sobre bases de criterios éticos, prácticas comerciales y se valorarán los intereses de las partes según el tipo de operación que se trate.¹⁰⁶

El Art. 1562 de nuestro Código Civil contempla este principio:

Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella.

¹⁰⁵ Cfr. M. Molfa, "Pathological Arbitration Clauses and the Conflict of Laws" *Hong Kong Law Journal*, Hong Kong, Vol. 37, 2007, pp. 176

¹⁰⁶ Cfr. A. A. ALTERINI, et al, *Contratación contemporánea*, Ed. Temis S.A. Bogotá-Colombia, Ed. Palestra, Lima-Perú, 2001, pp. 347-348

Por ello Gaillard Goldman¹⁰⁷ afirma que la verdadera intención debe siempre prevalecer con respecto de la que ha sido declarada, cuando las dos no han sido las mismas. Para ello será necesario que se examine en contexto la verdadera intención de las partes. En otras palabras, tomando en cuenta las consecuencias por las que se ha previsto dicha decisión. Se deberá también examinar el comportamiento de las partes después de la celebración del convenio arbitral (lealtad negocial), ya que eso demostrará de qué manera las partes apreciaron el acuerdo.

La buena fe debe presumirse. En el caso que la verdadera intención de las partes no coincida con la intención declarada, el árbitro debe atenerse a la primera. Esto se verá a continuación. Este principio ha sido adoptado en múltiples ocasiones en la Cámara de Comercio Internacional, al señalar en sus laudos arbitrales que la inclusión del convenio en el contrato principal debe ser considerada como una presunción de la real intención de las partes de someter sus conflictos al arbitraje¹⁰⁸.

Este principio se liga directamente con el concepto de lealtad negocial. Éste último se entiende como el comportamiento que las partes han tenido antes, durante y después de celebrado un contrato. La Sentencia de la Corte Suprema de Colombia del 23 de junio de 1958 une estos dos conceptos de la siguiente manera:

“La expresión “buena fe” (bona fides) indica que las personas deben celebrar sus negocios, cumplir sus obligaciones y, en general, emplear con los demás una conducta leal. La lealtad en el Derecho se desdobra en dos direcciones: primeramente, cada persona tiene el deber de emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada

¹⁰⁷ Cfr. F., GAILLARD GOLDMAN: International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, Holanda. Pp. 257 Este autor asegura que el principio de la buena fe es una manera menos técnica de decir “*when interpreting a contract, one must look for the parties’ common intention, rather than simply restricting oneself for examining the literal meaning of the terms used.*” However, the moral connotation of the expression ‘*interpretation in good faith*’ is more in keeping with tenor of general principles of law.

¹⁰⁸ Caso ICC 2331 de 1974 entre dos compañías israelitas y el Gobierno de África

a las exigencias del decoro social; en segunda término, cada cual tiene el derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. (...).¹⁰⁹

Al conjugar la buena fe con la lealtad negocial, se intensifica su importancia, ya que se configuran como deberes de conducta que el árbitro debe tomar en cuenta al momento de interpretar el convenio arbitral.

Molfa asegura que estos principios se encuentran reconocidos como usos y costumbres del arbitraje comercial internacional y que se encuentran codificados en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales y otros cuerpos legales que configuran el “soft law” como por ejemplo los PECL (*Principles of European Contract Law*).¹¹⁰

En los Arts. 1.7, 1.8 y 4 de los Principios UNIDROIT se determina que:

Art. 1.7 (Buena fe y lealtad negocial)

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

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

Art. 1.8 (Comportamiento contradictorio. Venire contra factum proprium)

Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja.

Art. 4 (Intención de las partes)

(1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes.

(2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes.¹¹¹

Es así que la importancia de este principio, debe ser siempre reconocida para la interpretación de los convenios arbitrales.

2.2. La interpretación del convenio arbitral

¹⁰⁹L. PARRAGUEZ RUIZ, “Manual de Negocio Jurídico”, I Semestre 2007-2008 pp.25

¹¹⁰ Cfr. Op. Cit. M. Molfa, “Pathological Arbitration Clauses and the Conflict of Laws”, pp. 176-177

¹¹¹ Se lo puede encontrar en la Pág. Web.

http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles_2004/blackletter2004.pdf

Los principios mencionados son necesarios para considerar si un convenio arbitral proporciona o no competencia.

Autores como Ospina consideran que al interpretar un acto jurídico, se intenta averiguar cuál es el verdadero sentido y alcance de las estipulaciones que las partes acordaron al momento de celebrarlo. En el caso particular del convenio arbitral, son los propios árbitros quienes tienen la obligación de interpretarlo, con el fin de determinar si otorga o no competencia. Para ello, están llamados a entenderlo *rectamente*, lo cual resulta difícil cuando las partes lo han pactado de manera insuficiente. Por lo tanto, será preciso que el intérprete *desentrañe* el significado real de las declaraciones formuladas al momento de celebrar el convenio y armonizarlas con el resto del contenido.¹¹²

Espiasu considera que la finalidad de la interpretación es:

Averiguar el sentido del consentimiento, “en el bien entendido que, en el ámbito contractual, dicho consentimiento resulta del concurso de sendas declaraciones de voluntad (...) situadas en un mismo plano y emitidas libremente por las partes. Quiere ello decir que la interpretativa se orienta (...) a la fijación del que deba atribuirse a la declaración conjunta que resulta de la concurrencia de ambas.”¹¹³

De acuerdo con Galgano, existen dos razones excluyentes en las que cabe la interpretación. Por un lado, sólo se interpretan los textos ambiguos. Por otro, se interpretan todos los textos, pero si de su interpretación literal es posible obtener un resultado claro, éste último será el definitivo.¹¹⁴ Se puede afirmar que para nuestra legislación (para los contratos en general) la segunda opción es la aplicable. Se sabe que es obligación inherente al juzgador velar por la autenticidad del convenio arbitral, considerando que en el caso de declararse procedente, si

¹¹² G. Ospina Fernández et E. Ospina Acosta, “Teoría general del contrato y negocio jurídico”, Bogotá, Ed. Temis, Sexta edición, 2000, pp. 403

¹¹³ S. Espiau Espiau, “Bases de un derecho contractual europeo”, en la obra *Interpretación del contrato y bases del derecho contractual europeo*, Barcelona, Tiran lo Blanche, 2003, pp. 217

¹¹⁴ F. Galgano, “Interpretación del contrato y ‘lex mercatoria’” en la obra *Interpretación de los contratos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, pp. 141-142

alguna de las partes desea ejecutar el laudo en otro Estado, podría encontrar los problemas, que se refiere la Convención de Nueva York.¹¹⁵

Por esto es esencial la fase del procedimiento en la que el secretario da lectura al convenio, con el fin de que el tribunal lo interprete y decida si cumple o no con los parámetros necesarios para acudir al arbitraje, porque en el convenio consta todo el procedimiento.

Previo a determinar la manera cómo interpretar el convenio arbitral, es importante tener en cuenta cuatro aspectos:

1. Los principios pro-arbitraje, efecto útil, buena fe y lealtad negocial.
2. La prueba extrínseca de la existencia del convenio arbitral
3. La inteligibilidad del convenio arbitral
4. El equilibrio de las partes

Dicho en otras palabras: Deben considerarse los principios rectores del convenio arbitral, el documento fáctico que pruebe que realmente existe el convenio, qué tan clara es la redacción y finalmente, si las partes tienen iguales condiciones.

A continuación se hace mención a los preceptos generales de interpretación de los contratos detallados en el Título XIII del Código Civil. Muchos autores señalan que al igual que cualquier contrato, estas disposiciones deben ser aplicadas para el convenio arbitral, omitiendo que es *sui generis* y que comprende algunas particularidades que lo diferencian de los demás.

2.2.1. La interpretación restrictiva

Las decisiones que han adoptado los tribunales no se inclinan hacia la interpretación restrictiva¹¹⁶. Sin embargo, quienes la apoyan creen que la jurisdicción natural para cualquier tipo de resolución de conflictos es la justicia

¹¹⁵ Cfr. Op. Cit. (Ecuador) Convenio de Nueva York, R.O. 293 publicado el 19-ago-1961 Art. V

¹¹⁶ Cfr. F., GAILLARD GOLDMAN: International Commercial Arbitration, pp. 260

ordinaria y que mediante el convenio arbitral se constituye una excepción a la jurisdicción, lo cual lleva implícita la interpretación restrictiva. En el arbitraje internacional esta manera de interpretar no es consecuente con el hecho de que hoy en día este sistema es un método común para la resolución de conflictos.

Esto ya se discutió y se incluyeron motivos suficientes para eliminar esta vieja concepción del arbitraje comercial.

2.2.2. La interpretación amplia

Actualmente la mayoría de tribunales arbitrales han optado por la interpretación amplia, sobre todo cuando se trata de temas de carácter comercial. Los nuevos adelantos y la facilidad de comunicación permiten que las relaciones jurídicas crezcan cada vez más junto con el número de casos arbitrales. Por este motivo, es indispensable que la práctica se adapte constantemente a estos cambios, y la interpretación amplia es una forma de hacerlo.

Finalmente, con el objetivo de entender la lógica cómo los árbitros han fallado en sus laudos, se han analizado cinco puntos importantes sobre las normas generales de interpretación de los contratos y su aplicación al convenio arbitral. Estos son: La intención de las partes, la interpretación conjunta de los elementos del convenio arbitral, la preferencia a que surtan efectos del convenio, la incorporación de ejemplos y la interpretación a favor del sentido que más convenga a la naturaleza del contrato. Se analizarán a continuación:

1) La intención de las partes

Todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes¹¹⁷. Sin embargo, cuando existan dudas o conflictos, conforme lo expresa el Art. 1567 del Código Civil¹¹⁸, el tribunal (o en su caso juez) que conozca de manera clara la intención de las partes contratantes, deberá interpretar más allá de lo literal de las palabras.

¹¹⁷ Op. Cit. (Ecuador) Código Civil RO-S 46, 24-jun-2005, Art.1561

¹¹⁸ *Ibidem*, Art. 1576

Espiau¹¹⁹ afirma que en los PECL (*Principles of European Contract Law*) se establece:

“la voluntad o intención común de los contratantes no se desprende del mero tenor literal de las cláusulas contractuales consideradas aisladamente sino de una interpretación sistemática que resulta de relacionarlas entre sí y atribuirles el sentido derivado de atender al conjunto de todas ellas (art. 5:105).”

Por esto, el comportamiento de un contratante, distinto al pactado, no lo vincula con el otro, a no ser que éste último consienta en ello.

La búsqueda de la intención debe realizarse analizando la finalidad perseguida por las partes.¹²⁰ Se ha repetido que en el caso del convenio arbitral, la razón por la que las partes lo incluyen es para no solucionar sus conflictos por medio de la justicia ordinaria.

Verdera Izquierdo cree lo mismo. Ella afirma que cuando lo literal se ajusta a la voluntad de las partes, los árbitros deben ceñirse a lo pactado, ya que no existe duda de su intención. En efecto, al coincidir el texto del convenio con el propósito de las partes, no será necesario ahondar sobre la competencia del tribunal.¹²¹

Cuando una de las partes ha presentado excepciones que revelen disconformidad con el contenido y alcance del convenio arbitral o cuando el tribunal ha encontrado insuficiencias en el convenio:

“Los árbitros tendrán entonces que estudiar el conflicto de intereses por su naturaleza, características, contenido, la forma como ambas partes plantean su reclamación, etc., para poder llegar al recto sentido de la declaración de voluntad de los contratantes, que se recompone estableciendo juicios de valor sobre los antecedentes, causa y efectos de las divergencias conceptuales, que la mayoría de las veces versan

¹¹⁹ Op. Cit. S. Espiau Espiau, “Bases de un derecho contractual europeo”, pp. 233-234

¹²⁰ B. Verdera Izquierdo, “La Interpretación de los contratos a partir del derecho contractual europeo, en la obra *Bases de un derecho contractual europeo*, Barcelona, Ed. Santiago Espiau Espiau, 2003, pp. 222. Ella afirma que aunque hay que ver el consenso de voluntades, no debemos descartar la intención particular de cada parte debido a que ello privaría de la posibilidad de averiguar la eventual existencia de discordancias ante la declaración y la voluntad, o un vicio de ésta.

¹²¹ Loc. Cit.

sobre la transigibilidad del asunto y el tema decidendum que define la competencia de los árbitros”¹²²

Es así que los elementos que se han hecho referencia en el párrafo superior, conducirán a que dentro del proceso se determine o no la competencia de los árbitros.

En repetidas ocasiones el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional ha aplicado esta norma de interpretación. A manera de ejemplo, citamos el laudo preliminar de la ICC N°2321 del año 1974 que sostiene:

“Estoy de acuerdo (...) en que el alcance de un acuerdo arbitral debe ser interpretado restrictivamente. Sin embargo, esta máxima quizá no tenga el mismo efecto cuando se trate de la apreciación de la validez o efectividad de una cláusula arbitral. Por el contrario, cuando insertan (las partes) una cláusula arbitral en su contrato, se debe presumir que la intención de las partes es la de establecer un mecanismo efectivo para la solución de las disputas amparadas en la cláusula arbitral.”¹²³
(El subrayado es mío)

De acuerdo a esta resolución, el que en un contrato o en un documento separado, se establezca que de surgir problemas en alguna particularidad del contrato celebrado, acudirán al arbitraje como medio para resolverlos, constituye una manifestación clara y verídica de que en algún punto de su relación contractual decidieron prescindir de las cortes nacionales.

Asimismo, en el Juicio 005-08 CAMCCQ, cuyo convenio se ha transcrito en el Caso 1, el tribunal arbitral se declaró competente. Consideró que si bien la redacción del convenio arbitral es confusa, es evidente que la intención de las partes es renunciar a la jurisdicción ordinaria y someterse al arbitraje. Esto refleja que el precepto interpretativo de la literalidad y la intención de las partes para el

¹²² Academia Colombiana de Jurisprudencia, http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion%20becerra%20toro, Cali, 20 de abril de 2007, última visita 12-mar-2010

¹²³ S. SÁNCUIZ PALENCIA: *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*, Caracas, primera edición, Ed. Universidad Católica Andrés Bello, 2005, pp.190

convenio arbitral, no tiene mucha diferencia que el aplicado para cualquier otro contrato.

Con esto se puede concluir que cuando lo literal se acomode a la voluntad contractual, los árbitros deben interpretarlo así, ya que no existe duda alguna y la declaración coincide con la intención de las partes. En los convenios arbitrales la intención por la cual el convenio se incluye es para someter las controversias al arbitraje. En el caso de los convenios arbitrales alternativos, la jurisprudencia ha preferido resolver a favor del arbitraje, a menos que sea una insuficiencia tan grave que no permita identificar la voluntad de las partes. En cambio, para los convenios vacíos o difíciles, es posible no encontrar ni siquiera intención de las partes, por lo que los tribunales no fallarán a su favor. La escasez de elementos no hará del convenio uno inteligible. Finalmente, para los contradictorios y confusos es importante que se encuentre la intención de las partes, ya que puede surgir en cualquier otro elemento que obstaculice o ponga en duda.

2) La interpretación conjunta de los elementos del convenio arbitral

El Art. 1580 establece que:

“Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad.

Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia.”¹²⁴

Es importante que al momento de interpretar las disposiciones del convenio, se lo haga como un todo. A pesar de que al tratar el principio del efecto útil, se mencionó que para encontrar su sentido es preciso analizar los elementos válidos que se hayan incorporado, no quiere decir que debemos apreciarlo sin tomar en consideración todo lo dispuesto. Quizá esto resulte confuso pero es necesario interpretar de la mejor manera la voluntad de las partes, tomando en cuenta los elementos claros que sirvan de guía, sin omitir la existencia de los demás. Dicho de otra manera, al ser un solo cuerpo, debe apreciarse en conjunto con sus

¹²⁴ Op. Cit. (Ecuador) Código Civil RO-S 46, 24-jun-2005, Art.1580

insuficiencias porque su integridad es la que va a dar sentido para establecer si existe o no voluntad inequívoca. El punto importante es identificar cuál es el elemento insuficiente o cuál es el que prescinde, para determinar su alcance.

Es necesario también determinar la trascendencia que puede tener en este punto el tipo de interpretación que se le haga. Para la restrictiva el convenio arbitral insuficiente sería nulo en todas sus disposiciones con un simple elemento deficiente. Mientras que para la amplia, con miras a la causa y utilidad del convenio, podría considerarse eficaz cuando, a pesar de existir elementos confusos, se pueda identificar el mutuo consentimiento de las partes.

Por ello, es importante tomar en cuenta todos los elementos sin exclusión alguna. La mayoría de veces, el convenio vacío será insanable por la falta de indicios para la voluntad. En los convenios que tienen elementos que regulan el arbitraje, deben ser interpretados conforme se estructura el sistema arbitral. La interpretación amplia permite que no porque un elemento sea inválido, lo será todo el convenio. Por lo tanto, la insuficiencia debe ser interpretada en conjunto con todo el convenio arbitral para darle el mejor sentido a favor de la institución.

3) La preferencia a que surtan efectos del convenio

El Código Civil señala:

“Art. 1578.- El sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno.”¹²⁵

Lo que quiere decir es que todo aquello que se haya incorporado a un contrato, responde a una determinada lógica. No existen convenios arbitrales inútiles. Una cosa es que las partes lo hayan celebrado de manera insuficiente y otra muy diferente es el buscar la aplicación práctica de dichas estipulaciones. Se ha visto que es común que la redacción del convenio sea insuficiente. Por lo tanto, este precepto tiene mucho valor para inclinarse a que la validez del convenio sea vista de manera favorable.

¹²⁵ Op. Cit. (Ecuador) Código Civil RO-S 46, 24-jun-2005, Art.1578

Luis Claro Solar afirma que “Se debe razonablemente suponer que las partes no han querido insertar en su convención una cláusula inútil, y que su intención ha sido darle el sentido que mejor corresponda al contrato que celebran”¹²⁶.

Por este motivo se reitera la idea del legislador que cuando se realice la interpretación del convenio arbitral, debe hacerse de aquella forma que lo haga útil y a favor de que surtan efectos.

Cuando se presenta un convenio arbitral inserto en un contrato o como documento incorporado, no resulta difícil identificar la razón por la cual se lo ha incluido. Para ello, es útil acudir a la causa y considerar que si se lo ha incorporado es porque las partes voluntariamente han manifestado su deseo de acudir al arbitraje. Respecto de ello, en el Juicio 019-09 CAMCCQ, los árbitros han declarado que:

Cabe señalar que de existir dudas en cuanto a la interpretación de las cláusulas contractuales, es imperativo remitirse a las normas que para el efecto constan en el Título XIII del Libro IV del Código Civil, donde consta como última disposición la del Art. 1582 que dice que las cláusulas ambiguas de un contrato se interpretarán contra la parte que las hubiera extendido o dictado,(...) la cláusula décimo sexta del acuerdo refleja la intención de las partes de acudir al sistema arbitral para la solución de las controversias, por lo que aún en caso de existir alguna ambigüedad en los textos acordados, debe considerarse la norma del Art. 1578 del Código Civil que dice: “El sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de surtir efecto alguno. (El subrayado es mío)

Por lo tanto, esta resolución establece que aún cuando sean ambiguas, se puede remitir a la norma de interpretación que he tratado en este punto para asegurar su vigencia.

Finalmente, el convenio arbitral tiene un rol específico dentro del contrato principal. Si bien, el principio de la autonomía lo convierte en un contrato independiente, ello no quita que deban coincidir algunos elementos. Para interpretarlo es preciso identificar todos los puntos a modo que exista armonía

¹²⁶ L. Claro Solar: *Explicaciones de derecho civil Chileno y Comparado*, Vol. VI, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979, pp. 23

entre estos y aquellos que contenga el principal. Su utilidad se ve dada por la sola inclusión del convenio en el contrato. Por lo que no se hará diferencia alguna entre el convenio arbitral bien redactado y aquel que sea insuficiente.

4) La incorporación de ejemplos

Es común la incorporación de ejemplos en el convenio arbitral. Sin embargo, en muchos casos surge la interrogante acerca del alcance del convenio. En otras palabras, si las partes quisieron o no limitar al objeto enunciado. Al respecto, el artículo que se cita a continuación determina que cuando en un contrato se hayan dispuesto supuestos que sirvan para explicar la obligación acordada (en este caso el ámbito de aplicación del arbitraje), los árbitros no entenderán que se ha querido restringir la convención a dicho caso específico ni excluir los otros a los que surjan.

“Art. 1581 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 extienda.”¹²⁷

Es necesario analizar la manera cómo las partes se han expresado al redactar el convenio arbitral. Las fórmulas determinadas a continuación son muy comunes en la práctica:

Caso 1:

“En caso de controversias por la ejecución, interpretación, liquidación o terminación del presente contrato las partes se comprometen a recurrir con sus controversias ante el Centro de Arbitraje de la Cámaras de Comercio de Quito.”

Caso 2:

“Las partes se comprometen a someter al Centro de Arbitraje de la Cámaras de Comercio de Quito todas las controversias que surjan del presente contrato, tales como de su ejecución o interpretación.”

El primer caso no contempla ejemplos, sino que determina clara y excluyentemente los supuestos aplicables al arbitraje. Mientras que el segundo, sí

¹²⁷ Op. Cit. (Ecuador) Código Civil RO-S 46, 24-jun-2005, Art. 1581

los incluye y sirven como *meras ilustraciones* incluidas en sus disposiciones. En este último caso, el convenio arbitral no se sujetará ni limitará a lo determinado.

Por lo tanto, de acuerdo a la expresión de las partes, los ejemplos serán interpretados de manera restrictiva o amplia. Es importante considerar la expresión para determinar su alcance. Sin embargo, a modo de conservar la unidad y evitar la disparidad de resoluciones, los tribunales podrán evaluar si pueden introducirse en el objeto aspectos conexos, implícitos o incidentales que surjan.

5) La interpretación a favor del sentido que más convenga a la naturaleza del contrato

Es posible que la redacción del convenio arbitral se preste para numerosos caminos interpretativos. Frente a esto el Art. 1579 resuelve el dilema:

Art. 1579.- En los casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que más bien cuadre con la naturaleza del contrato.

La naturaleza del convenio arbitral es la de un contrato en virtud del cual las partes convienen voluntariamente en someter sus controversias al arbitraje (Art. 5). Por lo tanto, en miras a una interpretación amplia del convenio arbitral, no se debe omitir la esencia del convenio. Aunque el Art. 1579 excluye a los convenios en los que exista voluntad contraria, creo que con la interpretación amplia sí es importante aplicar la interpretación que más cuadre con la naturaleza, incluso al convenio arbitral insuficiente que no manifiesta claramente su voluntad (ej. convenio blanco).

Esta norma dispone que el tribunal deba preferir a la que encuadre de mejor manera con la naturaleza del contrato y que permita cumplir con lo que las partes han tenido presente al incluir el convenio arbitral.

Para terminar, puede decirse que cuando existan dudas sobre las posibles interpretaciones del convenio arbitral, debe preferirse a la que mejor cuadre con la

naturaleza y que cumpla con lo dispuesto por las partes, ya que en el arbitraje lo más importante es la voluntad de las partes.

CAPÍTULO TERCERO:

**ALTERNATIVAS ANTE EL CONVENIO ARBITRAL
INSUFICIENTE**

Nuestra Ley es clara al establecer cuáles son los elementos que debe contener el convenio arbitral y las excepciones o prohibiciones de cada uno. Asimismo, las instituciones arbitrales han desarrollado una buena labor al incluir cláusulas modelos que permitan asegurar el éxito para acudir al arbitraje. Sin embargo de ello, en la práctica se observa que las partes continúan incurriendo en errores que en algunos casos no pueden ser subsanados.

Por este motivo, se ha repetido que este hecho no se puede corregir por medio de modificaciones a la ley, sino por propuestas prácticas que direccionen a las partes a redactar correctamente el convenio arbitral y a los tribunales a resolver sobre su competencia.

3.1. Alternativa para las partes: La redacción del convenio arbitral

La primera alternativa se relaciona con las partes. Al ser éstas las que originalmente desean acudir al arbitraje, es necesario que lo redacten correctamente.

Para evitar incluir un convenio arbitral insuficiente, es imprescindible que al momento de redactarlo, las partes tengan presentes dos objetivos:

1. Asegurar que se incluya el sometimiento al arbitraje. Esto quiere decir, que pueda identificarse de manera inequívoca que las partes optaron por el arbitraje como medio de resolución de conflictos.
2. Una vez que se verifique el primero, establecer bases sólidas de procedimiento que permitan llevarlo de manera eficiente, para que posteriormente su laudo sea susceptible de reconocimiento y ejecución. La importancia de este segundo objetivo es el garantizar que mediante el procedimiento sea posible alcanzar los beneficios que proporciona el arbitraje, como por ejemplo la economía procesal, la celeridad y la certeza.¹²⁸

La razón por la cual se considera pertinente no ignorar estas dos observaciones es porque una vez que una o más partes pongan en marcha el convenio arbitral, lo primero que hará el tribunal es un examen para determinar que exista concurrencia de voluntades. Con esto, se asentarán las bases para seguir con el siguiente paso que es identificar qué reglas deben ser aplicadas para llevar a cabo el procedimiento, ya que de éstas depende el arbitraje. En caso de que falte algún elemento (ej. modalidad del arbitraje) serán estas normas las empleadas para subsanar.

Como se ha visto en reiteradas ocasiones, por la tendencia a favor del arbitraje, el convenio arbitral insuficiente puede eventualmente garantizar los beneficios mencionados en el punto dos. Sin embargo, no se considera suficiente, ya que aun cuando los resultados sean positivos, esto implica un mayor esfuerzo y gasto de recursos y tiempo para que el tribunal se declare competente. Por este

¹²⁸ Cfr. L. E. GRAHAM TAPIA: "La Cláusula Arbitral: Aspectos Prácticos", en la Revista de Derecho Privado, Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, Año 9, Núm. 26, Mayo-Agosto 1998, México", pp.

motivo insisto en la necesidad de redactar un convenio arbitral eficaz y eficiente que evite cualquier contratiempo.

Aunque la redacción del convenio arbitral es sencilla, parece que factores como la presión y el tiempo son algunas de las razones por las cuales las partes cometen errores¹²⁹. Siempre ha existido la disyuntiva entre incorporar o no un convenio que regule temas que fácilmente pueden suplirse con la ley aplicable. En la mayoría de casos, el incorporar extensas reglas de procedimiento (ej. plazos) solo ha ocasionado que el arbitraje se vea obstaculizado. Por este motivo, no es necesario incorporar extensas reglas ya que la Ley y Reglamentos de instituciones arbitrales también las contemplan. Tampoco es recomendable acortar todos los elementos, ya que (como se mencionó en el Capítulo Primero) deben concurrir los que proporcionan existencia y validez al convenio.

Las fórmulas que presentadas a continuación tienen un lenguaje y estructura similar. El primer caso corresponde a dos compañías que se sometieron a la Cámara de Comercio Internacional. Esta consideró que aunque sea demasiado sencilla y limitante, se pueden obtener los elementos necesarios para guiar correctamente al arbitraje. Por el contrario, en el segundo convenio no se pueden verificar estos elementos mínimos, por lo que el Tribunal de Apelación de Versalles no aceptó la demanda:

“En su caso, arbitraje. Derecho inglés. Londres conforme al reglamento de la CCI.”¹³⁰

“Resolución de disputas: Arbitraje, París.”¹³¹

Lo que se puede obtener de estos ejemplos es que un convenio va a ser exitoso cuando concurren los elementos que la Ley considera pertinentes. Creo que aunque la primera convención tiene todos los elementos, su redacción puede

¹²⁹ Ver nota 61

¹³⁰ L. E. GRAHAM TAPIA: “La Cláusula Arbitral: Aspectos Prácticos”, pp. 11 29

¹³¹ Resolution of disputes: arbitration, Paris. Op. Cit. M., MOLFA: “*Pathological Arbitration Clauses and the Conflict of Laws*”, pp. 165, Considered by the court of appeal of Versailles in *Ltd. Capital Rice v. SARL Michael Come*, 3 October 1991,

generar dudas y la interpretación que realice el tribunal, no va a asegurar siempre una declaración favorable de competencia.

Por este motivo, considero que la solución más efectiva, segura y certera es incluir una cláusula arbitral modelo. Éstas son formatos diseñados por las instituciones que administran arbitrajes para que sean copiados de manera literal y para evitar que las partes redacten con insuficiencias. Estas cláusulas que han sido desarrolladas por expertos en la materia, garantizan una correcta redacción y una manera segura de acudir al arbitraje. Además de ello, evitan o “ahorran” a las partes largas negociaciones sobre cómo llevar el procedimiento arbitral en caso de conflictos. Ejemplo de ello son:

Reglamento de la Ley Modelo de la CNUDMI

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

*El número de árbitros será... (uno o tres);
La autoridad nominadora del tribunal arbitral será...;
El lugar del arbitraje será... (ciudad o país);
El idioma... (o los idiomas) que se utilizará(n) en el procedimiento arbitral será(n)..."*

Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional

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

El presente contrato se regirá por el derecho [precisar el derecho aplicable].

La sede del arbitraje será [nombre de la ciudad / país].

El idioma del arbitraje será [precisar idioma]."

Como se ve, las cláusulas de arbitraje modelo contienen todos los elementos necesarios para garantizar un buen procedimiento. Además de las opciones que las partes deben llenar, incluyen también las siguientes alternativas:

1.- Respecto del reglamento:

“Toda cláusula modelo lleva implícita la incorporación de un reglamento de procedimiento. Luego entonces, la pregunta es cuál es el reglamento de arbitraje al que debe recurrirse en cada caso (...) No hay fórmula absoluta para integrar una cláusula de arbitraje con remisión a su vez, a un reglamento. Los factores a considerar para tomar la decisión de elegir el reglamento de arbitraje más adecuado para conducir un arbitraje son fundamentalmente: la cuantía de la disputa y la materia de la controversia.”¹³²

Graham Tapia asegura que la cláusula modelo de un reglamento puede utilizarse incluso cuando las partes no se sometan a la administración de la institución correspondiente.

Si se adopta una cláusula modelo, es preciso tener en cuenta los dos factores que propone el mismo autor. En muchas ocasiones, la proporción de la cuantía en relación a los honorarios que cobra la institución no justifica. Por este motivo, cuando la suma no amerite, será recomendable que, adoptando una cláusula de arbitraje modelo, las partes convengan en un arbitraje *ad hoc*. En el Primer Capítulo se advirtió que el riesgo de fijar esta modalidad de arbitraje es la falta de precisión en el procedimiento. Sin embargo, si se hace referencia a un reglamento, no se necesitará incorporar reglas adicionales. En lo relacionado a la materia de la controversia, es preciso considerar en qué ámbito del derecho se ubica la disputa: si es interno o internacional.

2.- Respecto de la forma del arbitraje:

Como se mencionó en el Primer Capítulo, las partes tienen la facultad de decidir de qué manera quieren que sus conflictos sean resueltos. En caso de no especificar, la Ley de Arbitraje y Mediación contempla de manera subsidiaria que se lo hará en equidad (Art. 3 inc.1).

3.- Respecto de otros sistemas alternativos:

¹³² Op. Cit. L. E. GRAHAM TAPIA: “La Cláusula Arbitral: Aspectos Prácticos”, pp. 30

Estas cláusulas de arbitraje modelo nada dicen sobre otros sistemas alternativos para la resolución de conflictos previos al arbitraje. No obstante, sí hay la posibilidad de pactarlos, de forma que las partes acudan previo al arbitraje. El más común es la mediación. En términos generales, este sistema ha tenido buenos resultados y acogida. Las partes resuelven de una manera más amigable y económica el problema. En caso de llegar a un acuerdo, las partes celebran un acta de mediación que tiene el mismo efecto que un laudo, conforme lo establece el Art. 15 de la Ley de Arbitraje y Mediación y el Art. 30 de la Ley Modelo UNCITRAL.

Es importante que las partes consideren estos puntos que se han explicado de manera breve. El convenio arbitral tiene dos momentos: el primero es la redacción del convenio, lo que implica que depende de las partes redactarlo correctamente o de manera insuficiente. El segundo momento se presenta cuando las partes acuden al arbitraje. Como se ha visto, declararse o no competentes está en el tribunal que examine el convenio. Por eso es que otra alternativa necesaria para resolver estas imprecisiones es crear algunas directrices.

Finalmente, como se estudió en el Segundo Capítulo, el tribunal resolverá su competencia según considere que la intención de las partes es someterse al arbitraje. Por lo tanto, en el caso de que el convenio arbitral sea insuficiente y aún así las partes insisten en acudir al arbitraje y subsanar los errores del convenio, el tribunal se deberá declarar competente (a menos que por Ley se prohíba ej. arbitrabilidad).

3.2. Alternativas para el tribunal arbitral: Pautas para resolver supuestos de insuficiencia

Para resolver cómo proceder frente a un convenio arbitral insuficiente es necesario analizar dos cuestiones:

1.- Que por su redacción no se cumplan con una o varias de las funciones consideradas por Frédéric Eisemann respecto de la “*clause d’arbitrage pathologique*”. Las cuales, como se vio en el Primer Capítulo, son:

- a) Producir efectos vinculantes entre las partes;
- b) Apartar la intervención judicial, al menos antes del laudo;
- c) Otorgar el poder a los árbitros para resolver las controversias; y
- d) Permitir la puesta en marcha de un proceso en las mejores condiciones de eficacia hasta que se dicte sentencia.

2.- Que la insuficiencia del convenio pueda ser subsanada.

No solo la Ley y los tratados han establecido que la intención de las partes de someterse al arbitraje es elemento esencial para el convenio, sino que también podemos verificarlo en jurisprudencia de instituciones internacionales como en la Cámara de Comercio Internacional e internas como el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito.

Se ha visto que en la mayoría de casos la intención será un factor primordial para suplir la insuficiencia y para que el tribunal se declare competente. Afortunadamente, la Ley de Arbitraje y Mediación y la Ley Modelo UNCITRAL (Art. 28) contienen reglas supletorias que pueden aplicarse cuando existan insuficiencias de los convenios.

Después de una extensa investigación sobre el tratamiento de los convenios arbitrales insuficientes, se han podido encontrar casos que pueden servir a los tribunales y árbitros al momento de pronunciarse acerca de la validez del convenio arbitral. Para ello, este tema se encuentra dividido por supuestos de insuficiencias, en los que se ha incluido el texto completo del convenio arbitral y la opinión emitida por el tribunal junto con un comentario personal. En los convenios pertenecientes al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, se mantiene la confidencialidad de las partes intervinientes.

3.2.1. Referencia a jurisdicción ordinaria y arbitral

En principio, la mayoría de tribunales han considerado que incluir de manera alternativa a la jurisdicción arbitral y a la judicial, no es suficiente para declararse incompetentes. Esta tendencia tiene su fundamento en el Art. 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el cual determina que frente a la duda entre estas dos

jurisdicciones, prevalecerá la arbitral. Sin embargo, este supuesto cambia de acuerdo a la manera cómo las partes han acordado elegir la jurisdicción.

No existe problema cuando las partes tienen la misma potestad para someter sus controversias al sistema arbitral o al judicial. Tampoco presentan problemas cuando se otorga de manera indiferente la facultad al actor o al demandado. No obstante, en el caso de que en el convenio se establezca que solo a elección de una parte determinada se podrá acudir al arbitraje, el tribunal no admitirá, fundándose en el requisito de mutuo acuerdo contemplado en los Arts. 1 y 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Estos son algunos casos:

Caso 1: Juicio 037-09 CAMCCQ

“5.2. En caso de que surjan controversias entre las partes, en relación al cumplimiento de las relaciones y obligaciones recíprocas y que no pueda ser resuelta extrajudicialmente, las partes expresamente aceptan someterse a las normas de la Ley de Arbitraje y Mediación y a los Procedimientos de Mediación y Arbitraje establecidos por la Cámara de Comercio de Quito. **En todo caso de no existir acuerdo renuncian a fuero y domicilio y se someten a los jueces civiles competentes de la ciudad de Quito y al trámite verbal sumario, señalando para todos sus efectos o consecuencias en esta misma ciudad de Quito (...)**”

Resolución y comentario:

El Tribunal Arbitral consideró que a pesar de la alternatividad entre la jurisdicción arbitral y la judicial, el convenio contiene la voluntad expresa de las partes de someterse al arbitraje. Para ello hace el siguiente análisis:

“1.3. Es incuestionable que las partes al suscribir una Acta de Acuerdo Total y ser parte de ella una cláusula compromisoria han sometido al Tribunal Arbitral la dirimencia de las controversias (...) Es también verdad que, en la cláusula compromisoria se menciona la renuncia de fuero y domicilio y el sometimiento a los jueces civiles competentes de la ciudad de Quito y al trámite verbal sumario. Así pues, el problema se presenta en dilucidar: ¿A cuál de los dos órganos jurisdiccionales le toca conocer la controversia? Al Tribunal Arbitral o a los jueces civiles? En primer término se expresa la voluntad de que una vez que surjan controversias las partes aceptan que éstas sean resueltas por el procedimiento arbitral administrado por la Cámara de Comercio de Quito, que ha sido escogido

para la composición definitiva de tales conflictos y divergencias; así pues, según el principio de la autonomía es el acuerdo expresado con libertad por las partes de someterse a la jurisdicción arbitral, cumpliendo los requisitos que la ley y el centro prevea. La Ley de Arbitraje y Mediación en su artículo 4 advierte que en caso de haber duda sobre la jurisdicción, se establece que la arbitral prevalecerá sobre la ordinaria al existir un convenio arbitral expreso, como sucede en el presente caso (...).”

Este convenio arbitral es uno de los más comunes en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito. Se puede ver que la voluntad de las partes de acudir al arbitraje es manifiesta aunque más adelante incluya a la judicial. Esto último impide que se cumpla con el tercer criterio establecido por Eisemann, referente a la renuncia de la jurisdicción ordinaria. Sin embargo, la resolución del Tribunal Arbitral es acertada al aplicar el Art. 4 de la Ley, debido a que de manera subsidiaria esta norma puede resolver la insuficiencia a favor de la competencia arbitral.

He encontrado casos más “graves”, en los que se puede identificar de manera más explícita la alternatividad entre ambas jurisdicciones. Ejemplo de ello es el juicio 040-07 CAMCCQ:

”...en caso de divergencias, las partes renuncian fuero y domicilio y se someterán al proceso de mediación y arbitraje de la **Cámara de Comercio de Quito, o a los jueces de inquilinato y al juicio verbal sumario, y la Ley de Inquilinato vigente**”

A pesar de que el grado de insuficiencia se manifiesta de manera más clara, la resolución adoptada por el tribunal fue mucho más sencilla. Éste consideró simplemente que existen dos procedimientos alternativos, de los que consta la concurrencia de voluntad de acudir a mediación y arbitraje en la Cámara de Comercio de Quito. Con ese corto análisis se declaró competente.

Si bien, no se cumple con lo determinado en el segundo criterio de Eisemann, referente a la renuncia de la justicia ordinaria, se puede decir que no sólo por la aplicación del Art. 4 que invoca al principio pro-arbitraje, si no por los principios del efecto útil y la buena fe, los tribunales en la mayoría de las veces han optado por

declararse competentes. Este caso puede ser fácilmente subsanado por el tribunal y por la Ley.

Caso 2: Juicio 018-98 CAMCCQ

“Las partes, en caso de controversia someterán sus diferencias al arbitraje de la Cámara de Comercio de la ciudad de Quito, cuyo laudo arbitral será remitido a los jueces de lo civil de la ciudad de Quito para su ejecución, renunciando en consecuencia las partes, fuero y domicilio **y sometiéndose para el efecto a los jueces de lo Civil de dicha ciudad.**”

Resolución y comentario

La redacción de este segundo convenio es también bastante común y en algunas ocasiones, la interpretación de los tribunales ha sido considerar que no existe insuficiencia y por lo tanto, declararse competentes para conocer la controversia:

“(…) Más allá de la deficiente redacción de la cláusula, para el Tribunal no hay duda de que la voluntad inequívoca de las partes fue someter las controversias al Centro de Arbitraje (...). En cuanto a la parte final de la cláusula, el Tribunal entiende que las partes previeron el evento de incumplimiento por cualquiera de ellas una vez que se hubiera obtenido el laudo arbitral definitivo, y resaltaron que la ejecución de ese laudo debía hacerse ante un Juez de lo Civil de la ciudad de Quito. **No se trata de una cláusula alternativa en la cual no existe la renuncia a la jurisdicción ordinaria, se trata del evento futuro de que cualquiera de las partes incumpla con la decisión del Tribunal Arbitral y por ese motivo, la otra parte, se vea obligada a ejecutar el laudo por la vía ordinaria.**”

Como dije, la redacción de este convenio es frecuente no solo en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio, sino también en instituciones de arbitraje internacionales. Como se desprende de la resolución, el Tribunal Arbitral no encuentra insuficiencia. El razonamiento que se realiza determina que las partes hicieron únicamente mención a la justicia ordinaria como medio para la ejecución de laudos. En otros casos los tribunales extienden su análisis a determinar que la razón de esa fórmula era establecer que la jurisdicción para ejecutar se otorgaba exclusivamente a los jueces de Quito.

Al igual que el primer caso, la insuficiencia que presenta no obstaculiza el desarrollo del arbitraje y, a pesar de la ambigüedad que contiene, la identificación del sometimiento al arbitraje es clara.

Una de las partes que celebra el primer convenio transcrito es una reconocida empresa de hidrocarburos, ésta ha incluido el mismo modelo de convenio en los juicios 033-01, 043-01, 043-04, 063-05, 009-07. En lo cuales todos los tribunales se declararon competentes.

Caso 3: Juicio 016-98 CAMCCQ

Las partes celebran un contrato en el que una de ellas demanda a la otra por incumplimiento y terminación unilateral cuyo plazo de dación era un año. Entre las cláusulas acordadas se incluyó el convenio arbitral mencionado, el cual consta de dos partes que al ser analizadas de manera conjunta presentan dudas por haber sido pactadas de forma alternativa:

“Cláusula Novena.- Efectos.- En caso de discrepancia o desacuerdo, las partes se regirán al arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito.- (Punto aparte).

Para efectos de este contrato, las partes se sujetarán a los jueces de lo civil de la ciudad de Quito y al trámite verbal sumario; para lo cual renuncian fuero y domicilio en forma expresa.”

Resolución y comentario

Durante la audiencia de sustanciación, el tribunal analiza la excepción de incompetencia propuesta por la parte demanda. Se afirma que el convenio arbitral no puede ser interpretado de manera literal debido a que ha sido celebrado de forma ambigua por incluir dos jurisdicciones sin determinar la prioridad de la una sobre la otra. Cita el Art. 37 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el cual determina que se empleará el Código Civil de manera supletoria en todo lo que no esté previsto. Es así que aplicando la regla del Art. 1609, se prevé que las cláusulas ambiguas se interpretarán a favor del deudor (el demandado), pero cuando éstas hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ellas, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de explicación. En la apreciación del Tribunal, la parte actora había redactado y sometido a la demandada para que posteriormente ésta lo revise y acepte.

El Tribunal, al interpretar el convenio arbitral, diferencia entre la ambigüedad y la alternatividad. Afirma que el presente caso, se lo ha pactado de forma alternativa y que se puede verificar que las partes han expresado claramente su voluntad de someter la resolución de sus conflictos a través del sistema arbitral. Considera que esta insuficiencia no es causa imperante para declararse incompetentes, ya que se puede identificar fácilmente el propósito de las partes al incluir el convenio en el contrato principal. En lo referente al Art. 1609, determinaron que no es aplicable dicha norma, ya que corresponde mayormente a los contratos de adhesión, lo cual no es el caso. Por este motivo se ignora la excepción realizada, el Tribunal se declaró competente y continuó con el trámite del juicio¹³³.

El hecho de que un convenio arbitral sea alternativo no excluye la posibilidad de que el tribunal decida que tiene la facultad para pronunciarse a favor de su validez. En efecto, el convenio arbitral insuficiente por causal de alternatividad no es rechazado cuando existe igualdad de condiciones y privilegios para las partes.

Caso 4: Juicio 027-99 CAMCCQ

“En caso de controversia, las partes se someterán a la decisión inapelable que pronuncie el Tribunal de Arbitraje Comercial de la Cámara de Comercio de Quito o a la jurisdicción contenciosa de los jueces de lo civil de Quito, **a elección de la compañía contratante o quien haga de sus veces.**”

Resolución y comentario

El equilibrio entre las partes es un factor importante que cualquier tribunal debe tomar en cuenta al momento de analizar el convenio arbitral. Como se mencionó en el Segundo Capítulo, entre las condiciones que deben existir para acudir al arbitraje está la igualdad de las partes.

No estoy de acuerdo con la resolución emitida por el Tribunal Arbitral declararse competente sin considerar que un principio básico del sistema arbitral es la aplicación de los Arts. 1 y 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Esto quiere decir que la concurrencia de voluntades es requisito primordial para que las partes

¹³³ Para ver convenios arbitrales insuficientes por alternatividad en varias cláusulas que sean más recientes puede encontrar los números 001-08, 002-08 y 005-08 CAMCCQ

se sometan al arbitraje. Incluso el Art. 18 de la Ley Modelo de la CNUDMI establece que se deberá tratar a las partes con igualdad, dando a cada una de ellas la oportunidad para hacer valer sus derechos.

De la lectura del convenio se advierte que se ha previsto de forma simultánea la posibilidad de acudir al arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito o a los jueces de lo Civil de Quito. Como ya se explicó, la alternatividad entre dos jurisdicciones no es motivo para que los árbitros se declaren incompetentes. Sin embargo, existe otra insuficiencia que llama más la atención: la facultad de elegir entre la una o la otra queda supeditada de manera exclusiva a la voluntad “*de la compañía contratante o quien haga de sus veces*”. Esto significa que si la otra parte desea someter alguna controversia al arbitraje, no podrá hacerlo a menos que la contratante así lo consienta, lo cual, desde el punto de vista de la parte contratante no cumple con la función vinculatoria del criterio de Eisemann. La jurisprudencia y la doctrina han considerado que es imprescindible que las dos partes se encuentren en iguales condiciones y que su voluntad concorra siempre. Por eso es que aún aplicando el principio pro-arbitraje y del efecto útil, es inaceptable el pensar que el sometimiento al arbitraje quede o pueda quedar solo a disposición y voluntad de una de las partes.

Caso 5: Juicio 068-09 CAMCCQ

“Las partes convienen que el presente contrato será cumplido de buena fe y que cualquier controversia tratarán de resolverlos con el mismo espíritu y de mutuo acuerdo. Sin embargo para cualquier controversia relacionada con o derivada de este documento y su ejecución que no pueda ser resuelta de mutuo acuerdo, estas **se someterán a la decisión de los tribunales de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, además renuncian fuero y domicilio y se comprometen a comparecer ante los jueces y tribunales competentes del Cantón Quito y al trámite ejecutivo o verbal sumario a elección del actor.**”

Resolución y comentario

Este juicio es similar al Caso 4 pero una variante en uno de sus elementos cambia el sentido en que se manifiesta de la voluntad de acudir al arbitraje. A diferencia del anterior, este convenio fija desde un comienzo trato equitativo para

las dos partes. Dicho de otra manera, cada una tiene la misma posibilidad de escoger entre una u otra jurisdicción. Es verdad que se ha pactado que por la sola decisión de una se podrá acudir al arbitraje, lo cual atentaría con los Arts. 1 y 5 sobre el mutuo acuerdo, pero aún así la expresión “*a elección del actor*” determina que es incierto quién tendrá la facultad para escoger entre las jurisdicciones. Esto implica que por acuerdo mutuo se pacta que la decisión de acudir al arbitraje depende de cualquiera de las dos partes.

Muchas resoluciones han favorecido este tipo de convenios, ya que no imponen reglas que impliquen desigualdad de las partes. La mutua voluntad reside en el acuerdo de un convenio alternativo en el que se disputan dos jurisdicciones de manera indiferente, ya que eventualmente, cualquiera de las partes podrá ser el actor. Este ha sido el razonamiento de la mayoría de tribunales en la Cámara de Comercio de Quito.

3.2.2. Referencia a dos instituciones arbitrales

Para evitar que el proceso se retrase o se vea obstaculizado es preferible que las partes establezcan el lugar dónde se va a resolver la disputa. Es por eso que en el Capítulo Primero y en el Segundo se ha destacado la importancia de incluir en la redacción a la institución administradora del arbitraje.

La Ley de Arbitraje y Mediación en el Art. 35, suple la omisión de este elemento. Para ello permite que las partes escojan el lugar dónde acudir o, en el caso de que no lleguen a un acuerdo, acudir a una de las siguientes opciones:

- El lugar de los efectos del contrato
- El del domicilio del demandante, a su elección
- De no ser posible cualquiera de las anteriores, la localidad más próxima.

Sin embargo, este artículo no soluciona el supuesto en el que las partes pacten acudir a dos instituciones diferentes. Muchos teóricos denominan a este

tipo de convenios como *the floating arbitration*¹³⁴. Su validez es universalmente reconocida debido a que la referencia a dos instituciones no impide que se identifique la concurrencia de voluntades para acudir al arbitraje.

Como es lógico, aunque exista esta doble posibilidad, el convenio arbitral regirá y será ejecutable únicamente para acudir a una de las dos. El problema que puede generarse es el conflicto entre jurisdicciones, sobre todo cuando el arbitraje es internacional. Liu menciona que esta preocupación es innecesaria porque en la práctica cuando las dos partes han sometido sus diferencias cada una a una institución diferente, prevalecerá la primera en la que se presentó la demanda¹³⁵. De acuerdo a la *litis pendentia*, solo será un tribunal el competente para conocer, ya que no pueden coexistir dos procedimientos en los que consten las mismas partes, pretensión y negocio jurídico. Es así que la institución a la que más tarde se acudió, será incompetente para conocer un litigio ya iniciado.

A continuación incorporo algunos ejemplos:

Caso 6: Juicio 023-03 CAMCCQ

“JURISDICCIÓN Y DOMICILIO: Las partes renuncian fuero y domicilio y acuerdan que las controversias relacionadas con la aplicación, interpretación, cumplimiento y ejecución del presente contrato que no puedan ser solucionadas directamente entre ellas, **serán sometidas a la resolución de los Jueces Árbitros de la Cámara de Comercio de Quito o de Guayaquil**, a elección del demandante, y a las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación”

Resolución y comentario:

¹³⁴ US-China Law Review, *Achieving Effectiveness of Arbitration Clauses— A Practical Survey from a Chinese Legal Perspective* se lo puede encontrar en la Pág. Web. http://www.jurist.org.cn/doc/uclaw200606/uclaw2006_0603.pdf, Jun. 2006, Volumen 3, No.6 (Serie No.19), última visita: 16/04/2010, pp. 39

¹³⁵ US-China Law Review, *Achieving Effectiveness of Arbitration Clauses— A Practical Survey from a Chinese Legal Perspective* se lo puede encontrar en la Pág. Web. http://www.jurist.org.cn/doc/uclaw200606/uclaw2006_0603.pdf, Jun. 2006, Volumen 3, No.6 (Serie No.19), última visita: 16/04/2010

En este caso el Tribunal Arbitral se declaró competente. Consideró que aunque no se haya determinado un procedimiento para escoger entre las dos instituciones, las partes podían acudir de manera indiferente a cualquiera.

Algunos concedores de la materia, entre ellos, Serrano Piug ha considerado que una redacción así hace que el cumplimiento del convenio sea imposible debido a que encierra contradicción. Su preocupación radica en cómo resolver la competencia de la institución, en caso de que las partes hayan sometido en lugares distintos. Como ya se explicó, esta cuestión puede resolverse fácilmente. Como no es posible manejar dos juicios con las mismas características, las partes deberán oponerse y el tribunal al que se haya acudido más tarde tendrá la obligación de declararse incompetente. Ya se conoce la vieja frase "*primero en el tiempo, primero en el derecho*".

Además, no solo aplicando los principios de interpretación se puede concluir que existe competencia, sino que también se puede identificar perfectamente que la voluntad de las partes era someter sus controversias al sistema arbitral. Se puede ver que el hacer referencia a una doble institución puede ser subsanado aunque la tercera función que señala Eisemann se vea comprometida. En fin, la voluntad de las partes es manifiesta, lo cual es motivo suficiente para que un tribunal de las dos instituciones se declare competente.

Caso 7: Juicio 007-99 CAMCCQ

"Las partes someten al arbitraje ya sea de la Cámara de Comercio de Quito o ya del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Quito, a elección de la parte actora. Ese arbitraje será administrado y de derecho, a menos que las partes convengan en otra modalidad"

Resolución y comentario

Este contrato fue celebrado entre una persona natural y una persona jurídica. El tribunal se declaró incompetente porque consideró que ésta última era una entidad del Sector Público que no ha cumplido con los requisitos establecidos en el Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

En un voto salvado uno de los árbitros se separa del criterio de la mayoría por haber intervenido en un proceso en el que se consideró que esta entidad pertenecía al Sector Privado.

Creo que en este caso hubiera sido útil conocer la decisión adoptada en el juicio anterior, aún cuando su postura haya sido la de considerar que el carácter de esta entidad era Público.

Aunque el tema de la insuficiencia del convenio arbitral por la manera alternativa de escoger al Tribunal de Honor del Colegio de Abogados y al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito queda desplazado por la discusión anterior, se puede ver que las partes pactan erróneamente una de las instituciones. El Tribunal de Honor del Colegio de Abogados no es un Centro de arbitraje debidamente constituido, autorizado y aprobado como tal.

No cabe duda de que las partes acordaron acudir al arbitraje. Aunque la incompetencia fue dictada por una causa ajena a esta insuficiencia, al haber elegido o puesto como opción a la Cámara de Comercio, el convenio arbitral resultó favorable ya que por lo menos una de las dos opciones era existente.

Por lo tanto, no basta que se determine únicamente que será la justicia arbitral la competente para conocer un conflicto, sino que es necesario establecer correctamente la institución a la cual se acudirá. En el caso que se incluyan dos instituciones, de las cuales una de ellas no existe, no cabe duda alguna que las partes puedan acudir a la otra de manera subsidiaria.

3.2.3. Designación inexacta o incorrecta de la institución administradora de arbitraje o del reglamento aplicable

Además de lo mencionado en el Caso 7, no ha sido posible encontrar en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, algún convenio arbitral que verse sobre este tema. Sin embargo, al ser un error frecuente en el ámbito internacional, se ha considerado la necesidad de incluirlo, con el objetivo de adelantarse a errores en los que fácilmente se pueden incurrir.

Las partes deben tener cuidado en la referencia al reglamento o a la institución, ya que esto será el marco de procedimiento de cómo se guiará el arbitraje. En principio un convenio arbitral será inválido cuando la institución determinada sea inexistente y será válido cuando su denominación ha sido redactada de manera incorrecta. No obstante se debe siempre observar a la intención de las partes. Lo que ocasiona mayor dificultad en este caso es distinguir entre cuándo un convenio arbitral hace referencia a una institución incorrecta o inexistente. La referencia defectuosa a un reglamento es común en el arbitraje internacional.

Graham Tapia afirma que *“en algunos casos, los tribunales (ya sean arbitrales o jurisdiccionales) se han inclinado por la ineficacia de la cláusula. No obstante, existe una gran cantidad de precedentes que suplen las vaguedades de la redacción de la cláusula, con una interpretación de la voluntad de las partes”*¹³⁶, esto quiere decir que es posible subsanar este defecto en la redacción del convenio. Guerrero del Río menciona que un error frecuente es la denominación de la Cámara de Comercio Internacional con sede en Ginebra o en Zurich o la Cámara de Comercio Internacional de Ginebra, en circunstancias en que la sede es París; también cuando se habla de la sección internacional de la Cámara de Comercio de París (que no existe) o cuando se refiere al tribunal de la Cámara de Comercio de París.¹³⁷

Seguramente, en este caso, lo más sencillo para el tribunal sería optar por la ineficacia del convenio. Sin embargo, es importante no olvidar los principios rectores como es el pro-arbitraje. Liu señala que es elemental distinguir entre una institución escrita de manera incorrecta y una inexistente. En el último caso, el tribunal deberá considerar hasta qué punto la deficiente mención de la institución o del reglamento puede entenderse. Para lo cual, será preciso aplicar el principio del efecto útil. Con esto, será válido el convenio conforme los límites impuestos por los requisitos legales. Por ello, se deberá realizar una interpretación amplia que

¹³⁶ Op. Cit. L. E. GRAHAM TAPIA: “La Cláusula Arbitral: Aspectos Prácticos”, pp. 33

¹³⁷ Op. Cit. Cfr. R. GERRERO DEL RÍO, “Algunas Reflexiones sobre la Cláusula Arbitral Compromisoria...”, pp. 635

permita considerar que una institución no es inexistente si su nombre no ha sido escrito correctamente, pero que a pesar de la duda, la referencia realizada por las partes es clara.¹³⁸

Caso 8: CCI Arbitraje entre una empresa danesa y una empresa egipcia¹³⁹

“Cualquier disputa o incumplimiento que no pueda ser resuelto amigablemente entre las partes, será resuelto mediante arbitraje conforme al reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Zurich, Suiza, de conformidad con la Ley suiza del Cantón Zurich”

Resolución y Comentario:

El Tribunal presentó el siguiente análisis:

“a) El contrato materia de la disputa estaba relacionado con un contrato celebrado con el principal contrato (contrato de construcción). En ese contrato, con claridad se pactó un arbitraje también con sede en Zurich, con aplicación de la Ley suiza. Era un arbitraje *ad hoc* con un tribunal integrado por tres árbitros.

b) Este nuevo contrato, con una remisión expresa (si bien deficiente) a un reglamento de arbitraje institucional, permitía presumir que la referencia a la ciudad de Zurich, era en calidad de sede del arbitraje.

c) La expresión “*Reglamento de Conciliación y Arbitraje*” es usada general y distintivamente, sólo para identificar al reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (con sede en París);

d) El reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Zurich, es usualmente referido como “*reglamento de mediación y arbitraje*”;

e) Por lo tanto, en el laudo se concluyó que: ‘la correcta interpretación para el presente caso, es la de un arbitraje en Zurich conforme el reglamento de la CCI, teniendo como ley aplicable la Ley Suiza-Zurich. Esta interpretación es congruente con al menos una sentencia de los tribunales de Zurich...¹⁴⁰ y al menos otros precedentes de la CCI¹⁴¹... en los cuales se ha dado la misma interpretación para

¹³⁸ Op. Cit. US-China Law Review, *Achieving Effectiveness of Arbitration Clauses*

¹³⁹ Op. Cit. L. E. GRAHAM TAPIA: “La Cláusula Arbitral: Aspectos Prácticos”, pp. 36

¹⁴⁰ Op. Cit. Op. Cit. L. E. GRAHAM TAPIA: “La Cláusula Arbitral: Aspectos Prácticos”, pp.

Resolución del Cantón Zurich del 28 de agosto de 1985 (Kassationsgericht des Kanton Zurich), referida en *Yearbook Commercial Arbitration XIV* (1989), pp.140

¹⁴¹ *Ibidem* Arbitrajes de la CCI números 4472, 946, 4023, 950, 3460 y 939, referidos en *Yearbook Commercial Arbitration XIV* (1989) pp. 140

concluir que se trata de un arbitrales en la ciudad de Zurich conforme al Reglamento de la CCI (establecida en París)”¹⁴²

El razonamiento realizado por el Tribunal es bastante preciso. Considero que es importante la remisión a precedentes que permitan verificar cómo se ha resuelto anteriormente este tema.

Caso 9: Ley Modelo de la CNUDMI Sentencia alemana del 28 de febrero de 2000¹⁴³

“La cláusula arbitral se refería a un tribunal arbitral de la Cámara de artesanías, aun cuando existían dos cámaras a las que se pudiera haber hecho alusión. Ninguna de las cámaras administraba arbitrajes y se negaron a designar a un tribunal arbitral a petición del actor, quien solicitó al Tribunal Regional Superior de Baviera el nombramiento del tribunal arbitral y, en su defecto, la declaración de que el arbitraje era inadmisibile.”

Resolución y Comentario

“El tribunal rechazó la petición del demandante de que designara un tribunal arbitral y declaró inadmisibles las actuaciones de arbitraje. Dado que la cláusula de arbitraje no especificaba cuál de las dos cámaras de artesanías se escogía, era de hecho imposible determinar el tribunal competente. El tribunal declaró pues nulo por incertidumbre el acuerdo de arbitraje, prescindiendo del hecho de que ninguna de las dos cámaras practicaba realmente el arbitraje y ni siquiera estaba dispuesta a nombrar un árbitro.”¹⁴⁴

Esta resolución corresponde a la jurisprudencia obtenida con respecto al Art. 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI, la cual establece la definición y cómo debe ser la forma del acuerdo de arbitraje. Entre los elementos que las partes pueden incluir en el convenio arbitral consta la modalidad. Para ello, es posible que se escoja una institución administradora del arbitraje. En este caso, es evidente que la Cámara de Artesanía podía elegirse entre la de *Niederbayern* o la de *Oberpfal*, pero ninguna de éstas tenía los requisitos necesarios para arbitrar. Sin embargo, el problema analizado por el Tribunal Regional Superior de Baviera no solo

¹⁴³ http://leymodelo.com/LeyModelo/Sentencia_Alemana_-28-feb-00.htm

¹⁴⁴ Loc. Cit.

contempla este inconveniente para el arbitraje, sino que también analiza incertidumbre en la designación de la institución.

En nuestra legislación, la norma más cercana a este supuesto es la determinada a continuación:

“Art. 35.- De no constar en el convenio, las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje, y de no llegarse a un acuerdo podrá optarse por el lugar de los efectos del acto o contrato materia del arbitraje o el del domicilio del demandante a elección de éste, en caso de no existir Tribunal de arbitraje en uno de los referidos lugares, deberá acudir al de la localidad más próxima (...)”¹⁴⁵

No se contempla de forma el supuesto en el que las partes hayan pactado un convenio arbitral como el mencionado. En efecto, se ha dicho que al incluir una institución inexistente, se genera un motivo para que no se admita a trámite el arbitraje.

Caso 10: Sentencia alemana, Tribunal de Berlín (28 Sch 17/99) ¹⁴⁶

En el convenio arbitral celebrado, las partes determinaron que será la “Cámara de Comercio Central de Alemania” la competente para conocer las controversias que surjan. Esto significó que la institución arbitral era inexistente. No obstante, el Tribunal que conoció el caso se declaró competente. Por este motivo, la parte demandada presentó un recurso en contra de dicha decisión.

Resolución y Comentario

“El tribunal estimó que las partes habían celebrado un acuerdo de arbitraje válido, a pesar de remitirse a una institución de arbitraje inexistente, dado que era posible determinar por vía de interpretación una institución de ese tipo. El tribunal declaró que las cláusulas de arbitraje deben interpretarse de acuerdo con los principios generales de interpretación aplicados conforme a la ley del contrato. Debía aplicarse una interpretación amplia, de ser necesario, para satisfacer las intenciones de las partes. En el caso que se trataba, las partes habían acordado que su contrato se rigiera por la ley alemana y que cualquier controversia debía

¹⁴⁵ Op. Cit. (Ecuador) Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en R.O. 145 del 4-sep-1997

¹⁴⁶ Sentencia que se lo puede encontrar en http://leymodelo.com/LeyModelo/Sentencia_A_lemana_-_99.html

resolverse mediante una institución de arbitraje con sede en Alemania. Además, la referencia a la 'Cámara de Comercio Central de Alemania' indicaba que las partes deseaban presentar su caso a la institución de arbitraje autorizada o recomendada por la institución que las partes describieran como la Cámara de Comercio Central de Alemania. A la luz de estas circunstancias, había sólo una institución de arbitraje a la que las partes podían haberse referido: el Deutsches Institut für Schiedsgerichtsbarkeit. En consecuencia, la solicitud del demandado fue desechada.¹⁴⁷

Considero que es importante tomar en cuenta esta resolución, ya que aún cuando la redacción se refería a una institución inexistente, el Tribunal no descarta la intención de las partes de acudir al arbitraje. En consecuencia, analiza las posibilidades para que sea efectiva la resolución realizada. Para ello, la aplicación de la interpretación amplia de las normas generales de los contratos, lo cual permite ver más allá de la insuficiencia y encontrar la verdadera estipulación a favor del arbitraje, sin dejar de atender a la voluntad de las partes.

Esto es justamente lo mencionado en el literal e) (del que trata este tema). Los tribunales deben hacer un esfuerzo para encontrar la interpretación que beneficie al arbitraje dentro de un marco que no afecte a la vigencia de las normas de la institución. La voluntad de las partes debe siempre prevalecer y además no deben olvidarse de los principios aplicables al convenio arbitral, como son el pro-arbitraje, efecto útil, buena fe y lealtad negocial.

En este sentido, con el principio pro-arbitraje se reconoce la tendencia que los árbitros tienen para resolver a favor del arbitraje cuestiones que puedan resultar difíciles como es la determinación del tribunal; al efecto útil como la razón por la que las partes accedieron a incluir el convenio arbitral; y, finalmente la buena fe y lealtad contractual como los principios que observan el comportamiento de las partes.

3.2.4. El arbitraje y los sistemas alternativos para la resolución de conflictos en el mismo convenio

¹⁴⁷ Resolución de sentencia que se lo puede encontrar en http://leymodelo.com/LeyModelo/Sentencia_A_lemana_-_99.html

Otra insuficiencia es confundir o igualar todos los sistemas alternativos para la solución de conflictos, estos son: negociación, conciliación, arbitraje y negociación. Muchas personas al redactar sus convenios no toman en cuenta que el confundir estos métodos puede tener consecuencias al momento de ejecutar el convenio arbitral.

Caso 11: Juicio 010-98 CAMCCQ

“Cláusula octava, literal C: “Las partes renuncian al fuero de su domicilio y se someten expresamente a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Quito, Provincia de Pichincha”

Adéndum: “De igual manera el literal C de la Cláusula Octava incluirá también lo siguiente: **Las partes, en casos de litigio, podrán optar por buscar la conciliación a través de un arbitraje de la Cámara de Comercio**, en caso de que ésta acepte, sin embargo, ninguna de las partes podrá renunciar a su derecho de recurrir en cualquier momento a los tribunales competentes si así lo estimaren conveniente”

Resolución y comentario: Incompetente

El tribunal arbitral resolvió:

“Luego de un análisis exhaustivo de los mencionados contratos, especialmente, de las cláusulas correspondientes a los temas de jurisdicción y a las previsiones sobre las controversias que eventualmente pudieren surgir entre los contratantes, este Tribunal considera que no hay el elemento esencial del acuerdo de las partes que exigen el Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación y los Arts. 3 y 18 del Código de Procedimiento Civil, indispensable para que nazca la jurisdicción convencional en los siguientes contratos: (...). El Tribunal considera que los Adéndumes correspondientes a cada uno de los contratos mencionados en el literal anterior, no modifican el sometimiento de las partes a la jurisdicción de los juzgados y tribunales de la Función Judicial.”

Este caso es interesante, ya que se trata dieciséis contratos con sus respectivos Adéndumes suscritos por separado. Al leer el contrato principal no cabe duda que las partes afirman que los únicos competentes para conocer las posibles controversias serán los jueces ordinarios. Sin embargo, al incluir el Adéndum, su jurisdicción ya no es determinante, puesto que abre la posibilidad para acudir a la Cámara de Comercio. Una vez más, la insuficiencia se da por establecer de manera alternativa la opción de acudir a otra jurisdicción sin

renunciar de manera expresa a la justicia ordinaria. El tribunal actúa de manera estricta y no reconoce que existe acuerdo de acudir a arbitraje entre las partes, ya que considera que no se modifica la primera jurisdicción. Sin embargo, se prevé la posibilidad de que las partes, en caso de tener alguna controversia, “*podrán*” optar por someterse a la resolución de la Cámara de Comercio de Quito y manifiestan el derecho de recurrir “*en cualquier momento*” a los tribunales “*competentes*”.

El actor propuso la demanda ante los juzgados de Quito y la otra parte se excepcionó alegando incompetencia. De la lectura del convenio se comprende que únicamente cuando han acordado de manera mutua acudir al arbitraje, será competente el árbitro, lo cual no se verifica, ya que en la excepción se manifiesta el desacuerdo con la institución. Sí se aplicó el principio del efecto útil, se reconoce expresamente que sí podría haber competencia. No obstante, la interpretación que se da responde a la literalidad de lo establecido en el convenio, lo cual no otorga competencia al árbitro sin que la otra parte esté de acuerdo.

Sin embargo, lo que me interesa analizar en este caso es la redacción en relación con los métodos alternativos para la resolución de conflictos. Otra insuficiencia que se observa en el Adéndum es que no precisa si el sistema alternativo al que partes se van a someter es el arbitraje o la conciliación:

“Además se considera que en el texto de los Adéndumes suscritos, no hay, en rigor una, cláusula compromisoria de la cual nazca el sometimiento a los tribunales arbitrales de la Cámara de Comercio de Quito, sino la referencia a un mecanismo de ‘conciliación’, que es un procedimiento distinto de lo que constituye un ‘proceso arbitral’ que supone un proceso conciliatorio, pero que no se agota en él.”

Estoy de acuerdo con el pronunciamiento que realiza el árbitro, ya que los procedimientos de resolución de conflictos son diferentes entre sí y no pueden ser confundidos. Aunque se pacte de manera alternativa acudir al arbitraje, la voluntad debe ser clara, lo cual no se verifica aquí. Sin embargo, la interpretación que realiza el tribunal es considerar que las partes se equivocaron y al querer referirse al arbitraje, debido a que el Centro de la Cámara de Comercio de Quito no ofrece servicio de conciliación.

Finalmente, la tercera insuficiencia que el árbitro saneó en su pronunciamiento es la determinación exacta de la institución. Aunque no se analiza, es importante mencionar que las partes se quedan cortas al establecer que la controversia se resolverá por medio de la “Cámara de Comercio”, sin especificar de qué lugar se trata. Creo que al analizar a la cláusula y al Adéndum en conjunto, el árbitro pudo analizar dos puntos: el primero, que ciudad de Quito era la competente, ya que en el primer texto se hace referencia a la jurisdicción de estos jueces de Quito; el segundo, que el árbitro aplicó el Art. 16 de la Ley de Arbitraje y Mediación como supletorio. Lo cual, bajo este precepto la competencia correspondía a la Cámara de Comercio de Quito ser la competente

Como en las demás resoluciones, en ésta el tribunal aplicó claramente los Arts. 1 y 5 de nuestra Ley, en los que se fija de manera inexacta la voluntad de someterse al arbitraje. En este caso, la concurrencia de elementos restringe y pone limitaciones para acudir al arbitraje. Esta resolución varía de las anteriores cuyos convenios fueron celebrados de manera alternativa, pero se considera que el árbitro interpretó correctamente el convenio y los hechos.

Como último tema, en el Juicio 24-01 CAMCCQ, que las partes pactaron someterse a los tribunales de “conciliación y arbitraje” de la Cámara de Comercio de Quito y/o al trámite ejecutivo ante los jueces de lo civil de Pichincha, resolvió que:

“Este Tribunal estima que la cláusula compromisoria materia de este arbitraje establece la alternatividad de jurisdicción arbitral o judicial y que un requisito para la validez de cualquier convenio arbitral es la exclusión de la jurisdicción ordinaria, hecho sobre el cual existe amplia jurisprudencia. No obstante y aún en el evento en que esta cláusula fuera perfectamente válida, existe además el hecho de que previamente a la presentación de la demanda arbitral, se presentó una demanda ante la justicia ordinaria por el mismo contrato materia de este arbitraje, la cual, si bien es cierto no fue iniciada por los cuatro promitentes vendedores, sino únicamente por XXX Y ZZZ, ni tampoco se solicita el trámite alternativo previsto en la cláusula novena del contrato en referencia, esto es el ejecutivo, (...) lo fundamental habría sido la presentación de la excepción de existencia de convenio arbitral conforme lo ordena el Art. 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, no siendo este el caso, por lo que este Tribunal, sin pronunciarse sobre los incidentes y las

excepciones propuestas en esta causa se declara incompetente para conocer y resolver la acción propuesta “

En el caso singular de la Cámara de Comercio de Quito es posible identificar que las partes pueden cometer errores cuando mencionan los métodos para resolver sus controversias. Los servicios que brinda este centro son el arbitraje y la mediación, lo cual puede subsanarse cuando las partes erróneamente han incluido otro alternativo.

3.2.5. La conformación del tribunal

A diferencia del sistema judicial, en el arbitraje no existe un tribunal creado de forma permanente. Las partes tienen la posibilidad de elegir entre sus reglas de procedimiento, como es la manera de designación de los árbitros. Esto en muchas ocasiones es objeto de varias insuficiencias.

El Art. 18 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que el tribunal tiene la obligación irrestricta de cumplir con lo que la Ley asigna. Entre ello consta el respeto a las disposiciones contenidas en el convenio arbitral, siempre y cuando no vayan en contra de la Ley, orden público y buenas costumbres.

Como se verá a continuación, hay veces en que las partes incluyen elementos que no se rigen a lo establecido en la Ley. Sin embargo, en algunas ocasiones (Caso 12) los tribunales se han declarado competentes alegando que la enunciación de las normas no necesariamente implica prohibición de pactar algo diferente.

Algo que es imperativo y no puede incumplirse nunca es la celebración de un convenio arbitral que ponga en desigualdad a las partes, sobre todo en la designación de las personas encargadas de llevar a cabo el procedimiento arbitral. El Art. 18 de la Ley Modelo de la CNUDMI establece que las partes deberán ser tratadas siempre con igualdad, dando a cada una la plena oportunidad para que haga valer sus derechos. El Art. 16 de la Ley determina que las partes designarán a los árbitros de mutuo acuerdo. En la práctica la mayoría de tribunales conformados por tres árbitros son elegidos dos por cada una de las partes y el

tercero por los dos árbitros. Frente a lo que la jurisprudencia ha hecho mención, es importante no olvidar que para la conformación del tribunal es preciso que se lo haga guardando la igualdad entre las partes y sin oponerse a la Ley. En el Caso 12 se tratará una situación así, en la que el tribunal respetó la voluntad de las partes, a pesar de que en la redacción del convenio se determinaba un tribunal con dos árbitros.

Otro problema que puede surgir es en los arbitrajes denominados *multi-parte*, en los que concurren varios actores o demandados. En la mayoría de legislaciones y tratados se ha regulado la manera cómo designar, partiendo de una relación en la que intervienen únicamente un actor y un demandado. Es fácil prever cómo solucionar esta cuestión. Sin embargo, pueden presentarse problemas cuando esté mal redactado. Esto lo mencionaré en el Caso 12.

Caso 12: Juicio 049-03 CAMCCQ

“ARTÍCULO VIGÉSIMO SEGUNDO: CONTROVERSIAS: Para la solución de cualquier tipo de controversias que pudieren surgir con relación al presente contrato, las partes intentarán llegar a un acuerdo entre ellas, de no lograrlo, se someten a la Conciliación de la Cámara de Comercio de Quito y no llegare a ningún acuerdo por ese medio, las partes, renunciando fuero y domicilio, se someten a la resolución de un Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito y a la Ley de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito y a las siguientes normas:

VEINTIDOS PUNTO UNO.- El arbitraje se realizará en derecho;

VEINTIDOS PUNTO DOS.- El Tribunal Arbitral estará integrado por dos árbitros seleccionados conforme a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, quienes están facultados para la ejecución de mediadas cautelares, solicitando de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos su cumplimiento, sin que sea necesario recurrir a juez ordinario alguno;

VEINTIDOS PUNTO TRES.- El procedimiento arbitral será confidencial;

VEINTIDOS PUNTO CUATRO.- El procedimiento arbitral tendrá lugar en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.”

Resolución y comentario

Al analizar el convenio arbitral, se puede ver de manera manifiesta la insuficiencia que presenta la redacción, al establecer un tribunal con dos árbitros. En la audiencia de sustanciación se consideró que el convenio no es confuso pero genera algunos problemas. El tribunal señaló, que la voluntad de los contratantes es el fundamento que da origen a la jurisdicción convencional ejercida por los árbitros. Que por este motivo no le corresponde calificar la conveniencia de la integración de un Tribunal con dos árbitros. Además, indicó que en esa hipótesis, en el caso de surgir discrepancia entre éstos, se podría provocar la situación jurídica extrema de que la controversia no pueda dirimirse. A pesar de ello, establece que es necesario determinar si la ley ecuatoriana prohíbe o permite la integración de un tribunal en la forma y número convenidos por las partes de este juicio arbitral. Analiza de la siguiente manera:

Los Arts. 17 y 16 inc. 4 de la Ley determinan que, supliendo la falta de acuerdo expreso entre las partes sobre el número de miembros, los Tribunales arbitrales se integrarán por tres árbitros, sin perjuicio de que las partes acuerden que se integre con un solo árbitro. *“Sin embargo de lo anterior, no existe norma alguna en la Ley de Arbitraje y Mediación que prohíba que los Tribunales de Arbitramento se integren con dos árbitros, así como tampoco existe, como sí prevén otras legislaciones, una norma limitativa de la integración de Tribunales Arbitrales a un número impar, por lo que es legal y debe respetarse lo acordado (...).”*¹⁴⁸

La Constitución Política del Ecuador de 1998, en el Art. 23 No. 4 establecía que *“nadie podrá ser obligado a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”*¹⁴⁹, y siendo el arbitraje un método alternativo de solución de controversias, se discute su pertenencia al ámbito del derecho privado que se rige por esta norma.

El Art. 8 del Código Civil establece que *a nadie puede impedirse la acción que no está prohibida por la ley*¹⁵⁰ y según lo manifestado no existe una norma en el

¹⁴⁸ Juicio 049-03 CAMCCQ

¹⁴⁹ (Ecuador) Constitución Política del Ecuador 2008, R.O. 449, 20-Oct-2008

¹⁵⁰ Op. Cit. (Ecuador) Código Civil RO-S 46, 24-jun-2005, Art. 8

ordenamiento legal del Ecuador que prohíba la integración de tribunales arbitrales con dos árbitros.

El tribunal que se pronunció se integró con tres árbitros, lo cual incumplió lo suscrito en el contrato. Esta contravención a la voluntad de las partes vició de nulidad insubsanable el procedimiento a partir de la realización del sorteo.

El Art. 31 e) de la Ley de Arbitraje y Mediación, prevé como causal la nulidad del juicio arbitral cuando se violan *“los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el Tribunal Arbitral”*, y en esa causal incurriría este Tribunal si omitiera considerar la voluntad de las partes respecto del número de árbitros que deben integrar válidamente el Tribunal que dirima la presente controversia.

Por este motivo, el tribunal declara que no le corresponde pronunciarse sobre su competencia por haberse constituido en contravención al acuerdo de las partes y resuelve declarar la nulidad de todo lo actuado hasta antes del sorteo.

Una de las normas de nuestra Ley, determina que los árbitros deben resolver conforme lo que han establecido las partes. Más allá de la interpretación, el análisis que realiza sobre la procedencia o no del trámite, es muy interesante. El Tribunal acude a principios constitucionales, los cuales no pueden ser ignorados y además deja de manifiesto el riesgo de resolver a favor de su competencia para que posteriormente se abra la posibilidad de incurrir en alguna causal de nulidad. Interesa este caso porque después de esta resolución, la Cámara de Comercio realizó un segundo sorteo con dos árbitros, quienes se declararon competentes, sin perjuicio de haberse instalado un tribunal con número par, aplicando el Art. 18, el cual indirectamente nos lleva a considerar que siempre se debe respetar la voluntad de las partes.

Como se entenderá, es un caso excepcional, en el cual el segundo Tribunal no se necesitó realizar un análisis profundo; pero nos da un claro indicio para favorecer la voluntad de las partes cuando la Ley no lo prohíba y cuando la costumbre sea diferente.

Finalmente, un caso que tiene relación con el número de árbitros en el Juicio 031-99 CAMCCQ, en el que en la Cláusula Décima se establece que “*el tribunal arbitral estará integrado por uno o tres árbitros*”, sin determinar el procedimiento que decida en qué caso procede la designación. Para ello, el tribunal ha aplicado los artículos citados de la Ley de Arbitraje y Mediación, analizando que la regla general corresponde a tres.

Caso 13: CCI No. 5836/MB- Siemens AG y BKMI Industrienlagen GmbH v Dutco Construction Company (1992)¹⁵¹

En este caso, las compañías Siemens AG y BKMI eran las demandadas y Dutco la actora. El Reglamento vigente de la Cámara de Comercio Internacional determinaba que cada parte proponía un árbitro y los que resultaren designados, propondrían un tercero. La redacción de esta norma (Art. 2) contemplaba únicamente el caso en que concurriera un demandado y un actor. Los dos demandados exigieron a la Corte la designación de un árbitro para cada uno, pero el tribunal y la Corte de la Cámara consideraron que de escogerse uno cada uno, se estaba respetando con el derecho de las partes, por lo que eligieron solo uno por los dos. Una vez dictado el laudo, las partes impugnarón por violación al procedimiento de integración del tribunal arbitral. La Corte de Apelación de París rechazó la demanda. Su argumento fue que el principio de igualdad de las partes en la constitución del tribunal no se desconoció porque las partes demandadas tenían intereses comunes que permitían unir para la conformación de un árbitro, garantizándose la obligación de escoger un solo árbitro en representación de las demandadas. Las partes no quedaron conformes con esta decisión y demandaron una vez más ante la Suprema Corte, la cual resolvió que el laudo era nulo debido que no se respetó el principio de igualdad de las partes en la designación de los árbitros, lo que implica que se violó una norma de orden público.

¹⁵¹ Op. Cit. L. E. GRAHAM TAPIA: “La Cláusula Arbitral: Aspectos Prácticos”, pp. 38

Esto dio lugar a muchas preocupaciones, razón por la cual, la solución a un arbitraje multipartes se encuentra en el Art. 10 del Reglamento de 1998 en el que las partes, sean actores o demandantes, deben hacer una nominación conjunta.

Caso 14: Juicios 046-00 y 071-04

Juicio 046-00

“En caso de controversias que se deriven de la ejecución o interpretación de este acuerdo, las partes someterán al fallo en equidad de la Señora XXX, árbitro de la Cámara de Comercio de Quito, quien se sujetará a la Ley de Arbitraje y Mediación y al Reglamento del referido Centro. Las partes nombrarán como árbitro alterno al Señor XXX, quien se sujetará a las mismas disposiciones de la cláusula compromisoria.”

Juicio 071-04

“(…) Conviene en someter todas las controversias relacionadas con los contratos referidos y celebrados por las partes a arbitraje, por parte de un tribunal de arbitraje en derecho, conformado por las siguientes personas: a)... b)... c)...d) Como árbitro alterno, en caso de falta o excusa de los mencionados, doctor...”

Comentario final:

Se han incluido estos convenios arbitrales como aquellos que nacen idóneos pero posteriormente pueden presentar insuficiencias. Si bien, la designación se ha hecho de manera correcta, no se debe insistir que en el caso que el árbitro, árbitros o alterno denominados, no puedan dirimir el conflicto, surgirá la interrogante acerca de la procedencia o no del arbitraje. En este caso se deberá analizar si es determinante la presencia de los árbitros mencionados para el desarrollo del proceso o si es posible que sean otros quienes conozcan la causa. En este sentido, el arbitraje puede verse estancado cuando la composición del tribunal se conciba bajo los criterios *intuitio personae*.

Es importante que las partes que verdaderamente deseen someter sus controversias al arbitraje, no limiten el tema a un caso de esta naturaleza porque probablemente la interpretación que realice el tribunal no resulte favorable al sistema. La determinación es tan específica que el convenio que restringe de

manera determinante la vigencia del convenio cuando estas personas seleccionadas no puedan o no quieran ser árbitros.

Lamentablemente no he encontrado algún caso en el que se discuta la procedencia a o no por una causal de este tipo.

3.2.6. Convenio arbitral no vinculante

Es necesario que la expresión de la voluntad de someter las controversias al arbitraje, no se vea limitada por cualquier otra disposición. El primer criterio que plantea Eisemann es que el convenio sea vinculante para las partes, lo que implica que también será el laudo que emita el tribunal. El redactar un convenio en el que se niegue esta función es dejar sin bases al arbitraje y pactar en contra del carácter que la Ley le otorga.

En algunos pronunciamientos arbitrales, cuyo convenio no ha sido vinculante, han adoptado dos posturas: declararse competente descalificando esta disposición deficiente o declararse incompetente.

En la Cámara de Comercio de Quito no se ha podido identificar un juicio representativo. No obstante, es importante traer a consideración este factor de insuficiencia, para generar pautas a futuro.

Caso 15: Arbitraje Internacional CCI¹⁵²

“Cualquier disputa que surja del presente contrato será sometida en primer lugar a un tribunal arbitral de la Cámara Alemana de Comercio. Si la decisión que se emita no es aceptable para cualquiera de las partes, será competente cualquier tribunal del orden común, designado por la parte actora.”

Resolución y comentario:

Una de las características del convenio arbitral es establecer un mecanismo vinculante frente al arbitraje. Estoy de acuerdo con muchos autores que creen que el acudir al arbitraje no debe ser potestativo, ni tampoco aceptar el fallo del laudo. Es importante recordar lo que se dijo en el literal A sobre la alternatividad. En este

¹⁵² L. E. GRAHAM TAPIA: “La Cláusula Arbitral: Aspectos Prácticos”, pp. 34

caso, la Ley proporciona una solución. Por otro lado, dejar sin efecto al laudo por su lado es rechazar la finalidad del arbitraje. Nuestra Ley en el Art. 32 determina que los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada. Asimismo, el carácter obligatorio del laudo lo reconoce la Ley Modelo CNUDMI que establece:

Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36.¹⁵³

Este convenio fue llevado ante los tribunales de Heidelberg, en donde se resolvió la existencia de voluntad de someterse al arbitraje. Sin embargo, se analiza la disposición de las partes referente a no acatar el laudo que emita el tribunal cuando una de las partes no esté de acuerdo con éste (como lo será en la mayoría de casos). Se dijo que esto permitía dejar sin efecto el carácter obligatorio que prescribe el Art. 32 de La Ley de Arbitraje y Mediación. Por consiguiente, se deja también sin efecto la finalidad del arbitraje, la cual es dictar un laudo que resuelva los conflictos suscitados entre las partes. Queda a la libre voluntad de las partes que si no desean acatar el laudo, empezar un nuevo proceso en la jurisdicción ordinaria. Por este motivo, el Tribunal decidió que el convenio era ineficaz.

3.2.7. Convenios arbitrales vacíos

En la mayoría de ocasiones, este tipo de convenios han sido rechazados, debido a que la voluntad de someterse al arbitraje no puede ser identificada. En la Cámara de Comercio de Quito se han registrado muy pocos convenios vacíos, en los que los tribunales se declararon incompetentes. En el arbitraje internacional, la tendencia ha seguido la misma línea. La razón por la cual las resoluciones no han sido favorables es entendible: Se omite el elemento esencial que es la voluntad de las partes.

¹⁵³ Op. Cit. Ley Modelo de la CNUDMI

Sin embargo, existen algunos convenios que aunque parezcan vacíos dan algunas pistas que permiten determinar la existencia de voluntad de las partes y también otros elementos importantes, como por ejemplo, la ley aplicable:

Caso 16: Juicio 068-04 CAMCQ

“Para todos los efectos de este contrato, las partes se someten a las leyes de arbitraje y autoridades competentes de la ciudad de Quito e Ibarra”

Resolución y comentario:

El Tribunal resolvió que por la simple enunciación:

“No consta de manera inequívoca la voluntad de las partes de someter todas o algunas de sus controversias relacionadas al contrato suscrito por ellas ante los Tribunales Arbitrales de la Cámara de Comercio de Quito, más bien se refiere de manera imprecisa y confusa a leyes de arbitraje y a autoridades de Quito e Ibarra. En tal sentido este Tribunal se declara no competente para resolver sobre la presente causa por lo que se inhibe de conocerla.”

Como se mencionó, este es el caso de un convenio diminuto, *blanche* o vacío como muchos autores denominan. Las partes al redactarlo prescindieron de lo más importante de la naturaleza del arbitraje: La expresión inequívoca de la voluntad. Es eso exactamente lo que el Tribunal y la Ley de Arbitraje y Mediación determinan que debe concurrir para que las partes puedan acceder al arbitraje (Art. 5). Por este motivo, no existe convenio arbitral. El Tribunal no puede ni siquiera suplir la insuficiencia, ya que el elemento principal es indeterminable.

Lo mínimo que debe contener un convenio arbitral para que pueda surtir efectos es el mutuo consentimiento. La interpretación que realice el tribunal debe dirigirse primeramente a la identificación de este factor. Si no, es imposible identificar, debido a que es un elemento insubsanable que deberá ser remitido a los tribunales nacionales.

Caso 17: Corte de of Hong Kong entre Continental Corporation (No 2) y la firma Vincenzo Fedele¹⁵⁴

Arbitraje: Arbitraje amigable en Hong Kong

Resolución y Comentario:

La redacción del convenio debe realizarse de tal manera que se dé pleno efecto a la intención de las partes para resolver la disputa. En este caso el Tribunal encontró que la voluntad de las partes era manifiesta. Consideró pertinente ayudar a las partes para que acudan al arbitraje. La especificación de la sede dónde se asentará el arbitraje provee un vínculo al sistema de leyes por referencia para determinar este elemento, sin la necesidad de especificaciones. Por ende, se determina que la forma cómo conducir el arbitraje, cual es conforme las direcciones fue Hong Kong.

Es evidente que por medio de la interpretación amplia, estas pequeñas trabas para el entendimiento del convenio y aceptación de la competencia son subsanables.

3.3. Análisis de la sentencia de la Corte Constitucional N° 0006-10-SEP-CC, Caso N°0712-09-EP¹⁵⁵

Finalmente, es interesante analizar esta sentencia emitida por la Corte Constitucional N° 0006-10-SEP-CC, que versa sobre la determinación de competencia de los tribunales ordinarios en base a un convenio arbitral insuficiente. Como se verá más adelante, el litigio se estableció por la demanda de la terminación de un contrato en el año 2004 y finalmente, el 24 de febrero de 2010, después de haberse agotado todas las instancias, la Corte Constitucional determinó que la competencia correspondía al tribunal arbitral y que por lo tanto, todo lo actuado anteriormente quede sin efecto.

¹⁵⁴ Op. Cit. “*Pathological Arbitration Clauses and the Conflict of Laws*”, Hong Kong Law Journal, Vol. 37, Parte. 1, 2007, pp. *Arbitration: Friendly arbitration in Hong Kong*

¹⁵⁵ Sentencia de la Corte Constitucional R.O. 159-5/26-mar-2010

Juicio N°0712-09-EP**Partes:**

- Actor: Faisal Antonio Misle Zaidán
- Demandado: Luis Ernesto Martínez Cobo

Tribunal:

- Patricio Pazmiño Freire

Pretensión:

Mediante acción extraordinaria de protección presentada ante la Corte Constitucional, el demandado solicita la reparación de sus derechos constitucionales; que se declare la ineficacia jurídica de las sentencias dictadas, y la incompetencia de los jueces ordinarios para conocer las controversias surgidas por incumplimiento del contrato; que la Función Judicial se abstenga de conocer la demanda y que declare que el arbitraje es el único procedimiento aplicable al caso. Para lo cual se solicitaron medidas cautelares con el objetivo de que no entren en etapa de ejecución de las sentencias impugnadas.

Hechos:

El 9 de abril de 1999 las partes celebraron un contrato en cuya cláusula N°3 se incluyó el siguiente convenio arbitral:

“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 dos grupos. El costo de los honorarios del árbitro serán pagados por el grupo al cual (sic) no le asista la razón del acuerdo a dicho fallo. Adicionalmente, el grupo que no tenga la razón, reconocerá y pagará una multa de US\$ 5,000.00 al otro grupo.

3.4. La 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.”

En el año 2004, Martínez Cobo presenta una demanda en contra de Misle Zaidán, para que se declare terminado el contrato y que le pague lo acordado en el mismo, por causal de incumplimiento. El proceso conoció el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, quien se declaró competente aún cuando el demandado alegó la excepción del arbitraje y pronunció el fallo a favor del actor, el 9 de enero de 2006.

Misle Zaidán apeló la sentencia ante la Corte Superior de Quito, la cual no se pronunció sobre la existencia del convenio, desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia dictada por el Juez Tercero de lo Civil de Quito, el 13 de noviembre de 2006.

Posteriormente, se presenta un recurso de casación, que fue conocido por la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, la cual sí se pronuncia sobre la existencia del convenio arbitral pero desecha el recurso, considerando que en el convenio no se incorporó uno de los elementos esenciales: el árbitro. Determinó que no se establece quién era el competente y cómo iba a ser elegido; tampoco las reglas de procedimiento que seguiría el arbitraje, puesto que las señaladas en el convenio fueron consideradas como inoperantes e inejecutables.

Resolución de la Corte Constitucional y Comentario:

1) Configuración de un convenio arbitral para la solución de controversias

La Corte consideró que efectivamente se celebró un convenio arbitral, cuya decisión de someterse al arbitraje era obligatoria para las dos partes. A su vez, se pacta el pago de multas para evitar que la compañía se vea afectada o para prevenir que las pugnas entre las partes impidiesen el normal desarrollo de actividades de la compañía.

Como se lee en el convenio, la designación de los árbitros debía realizarse por una terna seleccionada de manera común por las partes. Ellos elegirían a tres árbitros, de los cuales uno, mediante sorteo sería el competente para conocer la

controversia que surja. Mientras tanto, la persona que llevaría el caso sería el Sr. Pedro Pinto Rubianes.

La Constitución actual del Ecuador, Art. 190, reconoce al arbitraje como una forma alternativa y voluntaria de resolver conflictos. Asimismo, la Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 6, determina que para que el convenio sea procedente, debe encontrarse escrito, y que a su vez, se pueda identificar la voluntad de las partes. Por lo que en este sentido, en los numerales 3.3 y 3.4., que versan sobre el convenio arbitral, se ha determinado de manera clara y expresa que las partes optaron por la vía arbitral y no por la ordinaria.

El Art. 2 *ibidem* señala la existencia de dos modalidades del arbitraje: el institucional y el *ad hoc*. Lo cual significa que el procedimiento no tiene que desarrollarse de manera obligatoria en un centro de arbitraje, sino también con una persona vinculada al conflicto (esto se vio en la Sección Segunda del Capítulo Primero). Bajo estos parámetros, la Corte determinó que las partes pactaron un arbitraje *ad hoc* y que existía efectiva voluntad de someterse al arbitraje.

2) Efectos jurídicos del convenio arbitral suscrito

Presentado el Recurso de casación, la Segunda Sala de lo Civil y Mercantil consideró por una parte, que no se advierte una determinación de uno de los elementos esenciales del proceso arbitral, como es el árbitro. Por otra, tomó en consideración el artículo “*Checklist* de patologías en una cláusula arbitral”, de la mexicana Sofía Gómez. Ella interpreta que la cuarta función establecida por Eisemann es “crear un procedimiento que lleve a un laudo arbitral, el cual se pueda cumplir voluntariamente o, en su caso, sea ejecutable.”¹⁵⁶ En primer lugar, la interpretación realizada por la autora es errónea. Se ha repetido en varias ocasiones, que la función es permitir la puesta en marcha de un proceso en las mejores condiciones de eficacia hasta que se dicte sentencia. Esto no quiere decir que las partes deban crear, generar, inventarse o implantar un procedimiento que permita ejecutar la sentencia. A lo que se refiere es que las partes deban pactar

¹⁵⁶ Op. Cit. Sentencia de la Corte Constitucional R.O. 159-5/26-mar-2010, pp. 78

reglas que concedan hacer efectiva el fallo. En segundo lugar, este artículo se obtuvo de una revista, la cual no puede ser considerada una fuente vinculante para que los Jueces hayan decidido su fallo en función a dicha consideración, la cual fue evidentemente equívoca.

Además de ello, cita la obra “Contribución al Estudio del Arbitraje Privado” del ecuatoriano Carlos Larreátegui Mendieta, la cual fue escrita antes de que la Ley de Arbitraje y Mediación sea expedida. Dicho de otro modo, una obra cuyo comentario se refería a la Ley de Arbitraje Comercial. De esta manera, el Juez Tercero de lo Civil, al referirse al arbitraje ad-hoc menciona:

“(…) En el arbitraje ad hoc, en sentido estricto, las partes organizan directamente el arbitraje, fijan su sede, designan los árbitros, estatuyen reglas de procedimiento, etc., lo que les permite mantener un mejor control del proceso arbitral (...). Las partes deben incluir en el acuerdo estipulaciones sobre normas que deben aplicar los árbitros, las reglas de procedimiento y otras cuestiones procesales ya que, si nada convienen sobre estos particulares, pueden tropezar en el desarrollo del arbitraje en serios obstáculos.”¹⁵⁷

Con estos argumentos es comprensible que aplicando la anterior Ley, el convenio arbitral sea considerado patológico y que en función de ello, no surta efecto alguno.

Frente a ello, la Corte Constitucional aplica el Art. 16, inc. 6, 7 y 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el cual subsana esta omisión:

*“En tratándose de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alterno que deban integrar el tribunal.
Si las partes no se pusieren de acuerdo para nombrar todos los árbitros, los designados, una vez posesionados, nombrarán a los que faltaren.
En el evento de que el árbitro o árbitros independientes no aceptaren o no se posesionaren de su cargo y los árbitros posesionados no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de los árbitros que faltaren, cualquiera de las partes podrá pedir la designación de éstos al director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor. Dicha*

¹⁵⁷ Sentencia de la Corte Suprema 92/2007 pp. 8, cita a C. Larriátegui Mendieta, “Contribución al Estudio del Arbitraje Privado”, Publicación de la Cámara de Comercio de Quito, 1982

designación se la hará conforme a lo establecido en el presente artículo.¹⁵⁸

Esto quiere decir que más allá de las omisiones que se puedan cometer, la Ley las suple para evitar que ello impida acudir al arbitraje. En el primer punto analizado por la Corte, se consideró que el arbitraje es independiente. Esto significa que el artículo mencionado es aplicable al presente caso. Se determinó además curioso que la Sala desconozca que las partes expresamente designaron al Sr. Pedro Pinto Rubianes.

Por este motivo, la Corte consideró improcedente creer que el convenio arbitral era insuficiente.

3) Renuncia al arbitraje por parte del demandado

El demandante acudió al árbitro designado mutuamente para que conozca del incumplimiento del contrato principal. Éste último se dirigió al demandado, quien respondió que no tiene discrepancia alguna con el actor.

Este hecho fue interpretado por el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha como renuncia al convenio arbitral:

*“El actor se dirigió al señor ingeniero Pedro Pinto Rubianes, árbitro nombrado por las partes para que intervenga a efectos de dar cumplimiento al numeral 3.4. del referido convenio. El mencionado árbitro le hizo conocer al señor Faisal Misle Zaidán, de la reclamación, quien indicó que no existe discrepancia de ninguna naturaleza, lo que evidencia que no hubo negativa para cumplir con el convenio también en este aspecto, situación por la cual no se encuentra inmerso en la excepción constante en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, consecuentemente el proceso siguió el trámite correspondiente.”*¹⁵⁹

Como se ve, el Juez mezcla tres conceptos diferentes: el contrato principal, el convenio arbitral y la renuncia al arbitraje. Se ha dicho que conforme al Art. 8 ibídem, una vez que ésta última se haya renunciado por escrito, la parte interesada podrá acudir al órgano judicial competente. Adicionalmente señala que la renuncia existe cuando presentada la demanda, el demandado no se

¹⁵⁸ (Ecuador) Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en R.O 145, del 4-sep-1997

¹⁵⁹ Sentencia del Juez tercero de lo Civil de Pichincha 2004-0327, 9 de enero de 2006

excepciona con la existencia del convenio arbitral. El plazo para sustanciar y resolver esta excepción es tres días subsiguientes a la fecha de la notificación. Para ello, éste debe correr traslado a las partes para que prueben las afirmaciones. Finalmente, si la excepción ha sido aceptada, se deberá ordenar el archivo de la causa.

Por este motivo, la Corte consideró que no hubo renuncia y a su vez, que en el proceso no se cumplió con el Art. 8 íbidem. Efectivamente, el demandado propuso excepción declinatoria, la cual debió ser resuelta como cuestión previa, antes de disponer la apertura al término prueba sobre la cuestión de fondo. Por el contrario, el Juez Tercero de lo Civil de Pichincha, dio por terminada la audiencia de conciliación y contestación de la demanda y dos términos de prueba, pero aún así, continuó con la sustanciación del proceso, sin antes resolver la excepción declinatoria. Es así que junto con las demás excepciones, el Juez se pronunció sobre este punto al momento de emitir la sentencia.

El siguiente error que se comete fue que en la apelación, este hecho no fue corregido por los Jueces Superiores. La Corte determina que con ello se vulneró la tutela efectiva y el debido proceso garantizados en la Constitución. Considera también que la fase para resolver sobre la existencia del convenio era la de sustanciación, como cuestión previa y de especial pronunciamiento del juez de primera instancia (lo cual no lo hace). Este problema jurídico tampoco se abordó en segunda instancia. Finalmente, el Tribunal de Casación estudia el tema jurídico, pero termina desechando el recurso. Es evidente que esto constituye un hecho contradictorio, ya que de la ausencia de pronunciamiento de las dos instancias, correspondía que el Tribunal case la sentencia y resuelva el problema correspondiente a la validez y existencia del convenio. De esta manera, corregir el error de derecho que presenta la sentencia de primera instancia, la cual consiste en la falta de pronunciamiento motivado y oportuno sobre la excepción declinatoria por inexistencia del convenio arbitral.

4) Vulneración derechos constitucionales

Entre las garantías para los derechos y obligaciones que brinda la Constitución, Art. 76, constan las relacionadas a asegurar el debido proceso de los derechos de los ciudadanos y las ciudadanas. Frente a ello, el núm. 3 establece que:

“Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”

Asimismo, el núm. 3 (k) consagra que el derecho a la defensa de las personas incluye:

“Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.”

Lo cual significa que únicamente, el Tribunal competente tiene la facultad para conocer la controversia que surja entre las partes. Adicionalmente, el Art. 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece que el convenio arbitral que obliga a las partes a acatar el laudo emitido por los árbitros, impide que se lleve el caso a la justicia ordinaria. Cuando las partes hayan acordado de manera voluntaria en someter al arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que se hayan originado.

Por este motivo, la Corte consideró que estas normas junto con las demás precisiones, la justicia ordinaria estaba impedida de conocer y resolver:

“Pues bien, como a pesar de este impedimento, tanto el Juez Tercero de lo Civil de la ex Corte Superior de Pichincha, hoy Corte Provincial de Justicia, y la Segunda Sala de lo Civil de la ex Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia, fallaron en el caso en mención, atribuyéndose una competencia que no la tenían, vulneraron claramente el derecho del accionante al debido proceso en lo que respecta a ser juzgado por un juez o autoridad competente, con observancia del trámite propio de cada procedimiento.”¹⁶⁰

Resolución de la Corte Constitucional

¹⁶⁰ Op. Cit. Sentencia de la Corte Constitucional R.O. 159-5/26-mar-2010, pp. 78

Finalmente, el 24 de febrero de 2010 se aceptó la acción extraordinaria de protección, ya que se demostró la violación de derechos en la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica. Para ello dejaron sin efectos todos los fallos mencionados y se dispuso que el proceso se retrotraiga a la fase procesal en la audiencia de conciliación, para que el juez de primera instancia aplique el Art. 8 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en la que se reconoce la excepción de arbitraje, para que resuelva como cuestión previa y especial, el pronunciamiento, antes de la sentencia de fondo, sobre la incompetencia del juez. De esta manera, para que las partes puedan resolver sus controversias por medio del arbitraje.

Este caso es una muestra de la gran responsabilidad que tienen las partes al momento de suscribir el convenio arbitral. Es difícil concebir cómo la mala redacción de un convenio la mala administración de justicia pueden converger para complicar un adecuado proceso que proporcione una decisión en base a la normativa.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Una vez analizados los aspectos relativos a los principios, interpretación y alternativas del convenio arbitral insuficiente, se ha llegado a las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1. El arbitraje es un método alternativo para la solución de conflictos, por medio del cual las partes acuerdan otorgar la potestad a un tercero imparcial, denominado árbitro para que dirima las controversias surgidas entre las partes. El convenio arbitral, por su parte, es el instrumento que concede esta potestad y que prueba la voluntad del concedente.

Para que el convenio arbitral pueda considerarse perfecto, las partes deben redactarlo de forma clara, de manera que puedan identificarse la voluntad de someterse al sistema arbitral. Este elemento puede ayudar a subsanar algunas insuficiencias.

2. Con la publicación de la Ley de Arbitraje y Mediación en el R.O. 145 del 4 de septiembre de 1997, se derogaron la Ley de Arbitraje Comercial y las normas relativas al arbitraje que contenía el entonces Código de Procedimiento Civil. Esto unificó el tratamiento de los arbitrajes comerciales administrados con los demás; creó la figura del convenio arbitral al reconocer la validez de la cláusula compromisoria; con la incorporación de normativas como la del Art. 8 que permite renunciar al convenio arbitral que las partes hayan celebrado, siempre que lo hagan de mutuo acuerdo y por escrito, y dando mayor importancia a la voluntad de las partes.
3. Hoy en día, el Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación y de manera subsidiaria el Código Civil, regulan cuáles son los elementos que debe contener el convenio arbitral. Como elementos de la existencia deben concurrir la voluntad de las partes y el objeto, además de constar por escrito. Como elementos de validez están la capacidad, voluntad libre de vicios y objeto lícito, causa lícita.

La Ley de Arbitraje y Mediación prevé subsidiariamente cómo se llevará el arbitraje; de lo que se puede entender, los elementos facultativos o potestativos son: modalidad del arbitraje, designación de los árbitros, facultad de los árbitros para ejecutar medidas cautelares, plazos, aptitudes de los árbitros, contemplar la mediación como un medio alternativo de resolución del conflicto previo a acudir al arbitraje.

Cuando el convenio arbitral se incorpore en un documento diferente del contrato principal, además de contener los elementos mencionados, debe identificar a los contratantes, negocio jurídico y al objeto de la controversia.

En el caso del arbitraje internacional es preciso que las partes incluyan los siguientes elementos, para evitar conflictos de leyes y retraso del proceso: modalidad del arbitraje, sede, ley aplicable, y, con la finalidad de precaver y

evitar conflictos entre legislaciones, la renuncia a todo tipo de recursos frente al laudo que se haya dictado.

Para personas públicas, se necesitan más requisitos que los que se disponen para las personas naturales y jurídicas. El propósito de ello es evitar que un solo individuo pueda disponer de bienes públicos sin antes cumplir con determinados requisitos que garanticen a los ciudadanos un procedimiento con apego a la Ley (Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación).

4. El convenio arbitral insuficiente surge de la defectuosa redacción de las partes. Según el criterio de Frédéric Eisemann, esto impide producir efectos vinculantes entre las partes, apartar el procedimiento de la intervención judicial, otorgar competencia a los árbitros para fallar y generar las mejores condiciones para que el laudo pueda ejecutarse.

El convenio arbitral insuficiente es un tema que con el tiempo se lo ha venido estudiando. Yves Derains observó que las insuficiencias pueden surgir en dos niveles: En la designación de los árbitros y en la determinación del objeto. Si las partes han dispuesto que la modalidad del arbitraje sea *ad hoc*, la insuficiencia se presentará en la deficiente selección de elementos. Por otro lado, si han dispuesto que sea administrado, pueden presentarse dificultades cuando se ha mencionado incorrectamente una institución o si ésta es inexistente. Sin embargo, se ha visto que además de lo mencionado, la insuficiencia se puede dar en más supuestos como es principalmente la inequívoca manifestación de la voluntad de las partes de renunciar a la justicia ordinaria.

En el Ecuador este tema ha sido estudiado en muy pocas ocasiones. Serrano Puig clasificó en cuatro grupos a los convenios arbitrales insuficientes: alternativos, contradictorios, diminutos y confusos. Los dos primeros son aquellos que confunden la jurisdicción o imponen lugares distintos de la sede arbitral, mientras que en los dos siguientes son aquellos de los cuales se

generan dudas al no poderse identificar la voluntad de las partes de someter sus controversias al arbitraje. La clasificación de Yves Derains es más específica con respecto a los elementos primordiales que debe contener un convenio. No obstante, es importante considerar que esta clasificación es más amplia y abarca más supuestos que la anterior, al verificar que existen insuficiencias que pueden también generarse por cuestiones como doble jurisdicción, carencia de vínculos, falta de expresión de voluntad, entre otros.

5. El principio de autonomía y el *kompetenz-kompetenz* son los basamentos de la institución arbitral. La autonomía entiende que el convenio se comporta como un contrato independiente del principal. Por esta razón, no se verá afectado cuando éste sea nulo. El principio *kompetenz-kompetenz* otorga la facultad al árbitro para decidir sobre su propia competencia, excluyendo a los jueces y cortes ordinarias interferir en la decisión declarada por los árbitros. Estos dos principios son reconocidos tanto en nuestra Ley de Arbitraje y Mediación (Art. 5 y 22) como en la Ley Modelo UNCITRAL (Art. 16).
6. Los principios por los cuales se rige el convenio arbitral, constan el principio pro-arbitraje, del efecto útil, buena fe y lealtad contractual:

El principio pro-arbitraje se encuentra inmerso en la Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 7 y reconocido en los convenios ratificados como la Convención de Nueva York y la Ley Modelo UNCITRAL. Este contempla la necesidad de que los árbitros se inclinen a favor del arbitraje al momento de resolver sobre su competencia, pero siempre dentro de los límites establecidos en la Ley. Se ha observado que tanto a nivel internacional como nacional, el ámbito en que más se desarrolla es el comercial. Asimismo, que su concurrencia ha ido cada vez aumentando, por lo que hoy en día muy pocos lo ven como una excepción a la justicia ordinaria. Este principio constituye una fuerte determinación para que los árbitros tengan una visión

amplia acerca de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje al momento de interpretar el convenio arbitral.

El principio del efecto útil es también una figura que se inclina a favorecer al arbitraje. Su trascendencia en la institución arbitral radica en considerar que la incorporación del convenio constituye una clara intención de las partes de acudir al arbitraje, ya que mira la función y utilidad primordial del convenio.

Finalmente, el principio de la buena fe y lealtad contractual establecen un punto de partida por el cual se entiende que las partes han celebrado con buena fe el convenio arbitral (sea o no insuficiente) y que posteriormente lo van a cumplir. Con ello, el árbitro competente deberá partir del concepto que las partes pactaron el convenio arbitral con el objetivo de cumplirlo.

7. Se considera que el convenio arbitral es un contrato. Esto significa que al igual que todos, la autoridad competente debe interpretarlo de manera amplia, conforme a las normas comunes a todos los contratos que contempla el Código Civil. Para ello, se debe poner especial atención a cuatro puntos: Los principios pro-arbitraje, efecto útil, buena fe y lealtad negocial; la prueba extrínseca de la existencia del convenio arbitral; la inteligibilidad del convenio arbitral; y, el equilibrio de las partes. En base a ello, se puede determinar el alcance de: la intención de las partes, la totalidad de los elementos incluidos en el convenio, la utilidad del convenio, la incorporación de ejemplos, la naturaleza del convenio.

Cuando lo literal se acomode a la voluntad contractual, los árbitros deberán interpretarlo así, ya que no existe duda alguna y la declaración coincide con la intención de las partes. En los convenios arbitrales la intención primordial al incluirlo es el deseo de someter las controversias al arbitraje. La identificación de la intención de las partes es tan importante, que sin ésta el convenio es considerado inexistente de manera inmediata. En el caso de insuficiencias en las que se verifique la voluntad pero existan elementos difíciles de entender, la

jurisprudencia generalmente se ha inclinado a favor del arbitraje. Así, por ejemplo, se pueden identificar diferencias entre los convenios vacíos y los alternativos.

Todos los elementos del convenio, incluso aquellos que cuya redacción es deficiente, deben ser tomados en cuenta ya que contiene la voluntad de las partes. La mayoría de veces, el convenio vacío será insanable por la falta de indicios para la voluntad. En los convenios que tienen elementos que regulan el arbitraje, deben ser interpretados conforme la naturaleza arbitral. La interpretación amplia permite que no porque un elemento sea inválido, lo será todo el convenio.

La utilidad del convenio se da por su sola inclusión en el contrato principal. No se hará diferencia alguna entre el convenio arbitral bien redactado y aquel que sea insuficiente. De ahí deberán verificarse los elementos que proporcionen o no validez.

A modo de conservar la unidad y evitar la disparidad de resoluciones entre los tribunales ordinarios y los arbitrales, es importante que las partes consideren la conveniencia de someter toda o cierta materia al arbitraje.

8. La experiencia ha demostrado que tanto las partes como los árbitros y los jueces deben tener el debido cuidado frente a la redacción e interpretación del convenio arbitral.
9. La redacción debe ser clara y expresa para que el proceso pueda sustanciarse de manera correcta. Más allá de la interpretación que los árbitros realicen, el momento esencial se encuentra en cómo las partes determinen las reglas. De ahí que es obligación y responsabilidad de éstas incluir correctamente todos los elementos, principalmente aquel que determine la voluntad.
10. En la práctica, los árbitros que han tratado convenios arbitrales insuficientes, han optado generalmente por preferir este sistema, siempre que se identifique

la voluntad e igualdad de las partes. Se han discutido algunas de las insuficiencias más comunes y se ha podido observar que se otorgará competencia a los árbitros siempre que las omisiones o los errores cometidos puedan ser subsanados por la Ley aplicable. Si bien, cada convenio debe ser analizado en su contexto, es importante tomar en consideraciones los precedentes analizados, con el objetivo que sirvan como fuentes para sustentar y motivar las decisiones que se adopten en el proceso y crear lineamientos como:

- Cuando en el convenio se disponga de manera indiferentemente acudir al sistema ordinario o al arbitral, basta aplicar el Art. 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación que prefiere a este último. Asimismo, cuando las partes se encuentren en desiguales condiciones, los árbitros deberán analizar su competencia en base a los Art. 1 y 5 ibídem que prevén el mutuo consentimiento para acudir al arbitraje.
- En el caso de mencionar a dos instituciones arbitrales, las partes pueden acudir a cualquiera de estos dos. El mayor problema en este caso es un posible conflicto entre jurisdicciones. Frente a ello, los árbitros deberán analizar qué demanda fue presentada antes, en cuyo caso será competente la primera.
- La designación incorrecta o inexacta de la institución debe distinguirse una de la otra. La razón de hacerlo es que en la mayoría de casos, el primer supuesto puede ser subsanado, mientras que el segundo haría del convenio uno inoperante. En la práctica internacional, las continuas deficiencias en la mención de determinadas instituciones han determinado que hoy en día los árbitros acepten el proceso y se declaren competentes.
- Al igual que lo mencionado anteriormente, cuando las partes incluyan un convenio arbitral en el que se mencionen otros sistemas alternativos para la solución de conflictos, la decisión de los árbitros dependerá de la institución a la que se refieran. A pesar de que no existen muchas resoluciones relativas a

este tema en la Cámara de Comercio de Quito, los arbitrajes que han analizado este problema, han entendido que las partes se refirieron al sistema arbitral.

- Respecto de la conformación del tribunal, se ha observado que debe prevalecer la voluntad de las partes, para evitar que posteriormente una de ellas presente recurso de nulidad. La elección de tribunales pares no ha sido base pertinente para que el convenio arbitral se considere insuficiente.
 - En el caso de que las partes determinen la posibilidad de no acatar lo dictado en el laudo, permite que el convenio arbitral no sea vinculante. En el arbitraje internacional, este elemento ha impedido que las partes resuelvan sus controversias en sede arbitral, debido a que desnaturaliza la finalidad del arbitraje, lo cual es tener un laudo obligatorio.
11. Es necesario que tanto las partes como los árbitros y jueces contribuyan al desarrollo de un buen proceso. Cuestiones como el retardo y la mala administración de la justicia provocan que las partes pierdan oportunidades, tiempo y recursos. Por este motivo, esta tesina hace un llamado a que las partes que se involucren para la redacción o interpretación del convenio, apliquen estas herramientas para permitir tener procesos adecuados que garanticen plenamente la tutela efectiva y el acceso a la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

CABALLOL ANGELATS, L.: *El Tratamiento Procesal en la Excepción del Arbitraje*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997

CAIVANO, R. J.: *Arbitraje*, 2da ed., Ed. Villela, Buenos Aires, 2000

CHILLÓN MEDINA, J. M., Y MERINO MERCHÁN, J. F.: *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, 2da ed., Ed. Civitas, Madrid, 1991

CHOCRÓN GIRÁLDEZ, A. M.: *Los Principios Procesales en el Arbitraje*, Ed. J.M. Bosh, Barcelona, 2002

Claro Solar L.: *Explicaciones de derecho civil Chileno y Comparado*, Vol. VI, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1979

CORDÓN MORENO, F.: *Código de Arbitraje*, Ed. Arazandi, Pamplona, 1997

CORDÓN MORENO, F.: *El Arbitraje en el Derecho Español Interno e Internacional*

Devis Echandía, H., "Compendio de Derecho Procesal Teoría General del Proceso", Bogotá, Ed. ABC, 1996

GONZÁLEZ DE COSSIO, F.: *Arbitraje*, 2da ed., Ed. Porrúa, México, 2008

LORCA NAVARRETE, A. M.: *Manual de Derecho de Arbitraje: Manual Técnico-Práctico de Jurisdicción Arbitral Española*, Dykinson, Madrid, 1997

LORCA NAVARRETE, A. M., Y SILGUERO ESTAGNAN, J.: *Derecho de Arbitraje Español*, Dykinson, Madrid, 1994

MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO, L.: *La Cláusula Compromisoria en el Arbitraje Civil*, 2da ed., Editorial Civitas S.A., Madrid, 1991

MONTERO AROCA, J.: *Comentario Breve a la Ley de Arbitraje*, 1ra ed., Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1990

RAMOS, F.: *Arbitraje y Proceso Internacional*, Librería Bosch, Barcelona 1987

REGLERO CAMPOS, L. F.: *El Arbitraje (El Convenio Arbitral y las Cláusulas de Nulidad del Laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988)*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1991

SALCEDO VERDUGA, E.: *El Arbitraje (La Justicia Alternativa)*, 2da ed., Ed. Distrilib, Ecuador, 2007

SÁNQUIZ PALENCIA, S.: *El derecho aplicable al arbitraje comercial internacional en el derecho venezolano*, Caracas, primera edición, Ed. Universidad Católica Andrés Bello, 2005

REVISTAS

CORONERL JONES, C.: "Arbitraje y Procedimiento", en la Revista Iuris Dictio, Publicitada por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Quito, Año VII N° 11, Octubre, 2007

CREMADES B.M.: "El Convenio Arbitral", en la *Revista de la Corte Española de Arbitraje 2003*, Ed. Cámara de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 2003

Espiau Espiau S., Bases de un derecho contractual europeo, en el Libro "Interpretación del contrato y bases del derecho contractual europeo", en la obra *Bases de un derecho contractual europeo*, Barcelona, Ed. Santiago Espiau Espiau, 2003

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: "El Convenio Arbitral: Entre la Estabilidad y el Desatino", en la obra colectiva dirigida por E. PICAND ALBÓNICO, *Estudios de Arbitraje*, Chile, Ed. Jurídica de Chile, 2006, págs. 697-725

GERRERO DEL RÍO, R.: "Algunas Reflexiones sobre la Cláusula Arbitral Compromisoria en el Arbitraje Comercial Internacional y sobre las Cláusulas

Patológicas en Particular”, en la obra colectiva dirigida por E. PICAND ALBÓNICO, *Estudios de Arbitraje*, Ed. Jurídica de Chile, Chile, 2006, págs.. 629-634

MATHEUS LÓPEZ, C.A.: *Breves Notas sobre el Convenio Arbitral*, en la Revista del Derecho Comercial, Argentina, Ed. LexisNexis Argentina S.A., Argentina, Año 38, 2005-B. Se lo puede encontrar también en la página web: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/refjud/cont/4/cle/cle11.pdf>

MONTESINOS GARCÍA, A.: “Algunas Reflexiones sobre el Convenio Arbitral”, en la *Revista de la Corte Española de Arbitraje 2006*, Ed. Cámara de Comercio, Industria y Navegación de España, Madrid, 2006

NEIRA ORELLANA, E.: Arbitraje y Procedimiento”, en la Revista Iuris Dictio, Publicitada por el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, Quito, Año VII N° 11, Octubre, 2007

Ospina Fernández G. et Ospina Acosta E., “Teoría general del contrato y negocio jurídico”, Bogotá, Ed. Temis, Sexta edición, 2000, pp. 403
Verdera Izquierdo B., “La Interpretación de los contratos a partir del derecho contractual europeo, en la obra *Bases de un derecho contractual europeo*, Barcelona, Ed. Santiago Espiau Espiau, 2003

US-China Law Review, *Achieving Effectiveness of Arbitration Clauses— A Practical Survey from a Chinese Legal Perspective* se lo puede encontrar en la Pág. Web. http://www.jurist.org.cn/doc/uclaw200606/uclaw2006_0603.pdf, Jun. 2006, Volumen 3, No.6 (Serie No.19), última visita: 16/04/2010

PÁGINAS DE INTERNET

MATHEUS LÓPEZ, C.A.: *Reflexiones sobre el Convenio Arbitral en el Derecho Peruano*, Se lo puede encontrar en la página web: <http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/pdf/825/82510815.pdf>

JIMÉNEZ FIGUERES, D.: Presentación en PowerPoint para la Cámara de Comercio Internacional: El Acuerdo de Arbitraje: Patologías y Soluciones, Se lo puede encontrar en la página web: <https://www.ucursos.cl/derecho/2008/1/D129C0728/.../163569>, última visita realizada: 26/01/2010

MUÑOZ SABATÉ, L.: *El Convenio Arbitral*, Se lo puede encontrar en la página web: Academia Colombiana de Jurisprudencia, [http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion %20becerra%20toro](http://www.acj.org.co/activ_acad.php?mod=posesion%20becerra%20toro), Cali, 20 de abril de 2007, última visita 12-mar-2010

PONENCIAS

MARCHÁN, J. M. Ponencia: “Como redactar cláusulas arbitrales efectivas patológicas y alternativas”, S/F

SERRANO PUIG A.: Ponencia: “El Convenio Arbitral Patológico” Ponencia N. 2, Primer Congreso Nacional de Arbitraje, Quito, 5 y 6 de junio de 2000

CARMIGNIANI, E., “La Redacción de cláusulas arbitrales: Problemas y Sugerencias”, Cámara de Comercio de Quito, Conferencia en Materia arbitral, 21 de abril de 2010

LEGISLACIÓN

Constitución Política del Ecuador 2008, R.O. 449, publicado el 20-Oct-2008

Código Civil del Ecuador, RO-S 46, publicado el 24-Jun-2005

Ley de Arbitraje y Mediación de 1997, R.O. 145, publicado el 4-Sep-1997

Ley General de Contratación Pública, R.O. 622, publicado el 19-Jul-2002

Convención de Nueva York, R.O. 293 publicado el 19-Ago-1961

Ley Modelo UNCITRAL, puede encontrarse en la Pág. Web: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html

Código de Comercio de México , puede encontrarse en la Pág. Web: <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/Mexico/codcos.asp>, última visita: 30/03/2010

Arbitral Act , puede encontrarse en la Pág. Web. [http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1996 /ukpga_ 19960023_en_1](http://www.opsi.gov.uk/ACTS/acts1996/ukpga_19960023_en_1), última visita: 30/03/2010

Codice Procedura Civile d'Italia , puede encontrarse en la Pág. Web:
<http://www.ilcaso.it/procedura-civile/cpc-806-808quinquies.php>, última visita:
30/03/2010

LAUDOS Y SENTENCIAS

Laudo 041-08 CAMCCQ

Laudo 053-09 CAMCCQ

Laudo 018-01 CAMCCQ

Laudo 024-01 CAMCCQ

Laudo 005-08 CAMCCQ

Laudo 019-09 CAMCCQ

Laudo 037-09 CAMCCQ

Laudo 040-07 CAMCCQ

Laudo 018-98 CAMCCQ

Laudo 016-98 CAMCCQ

Laudo 027-99 CAMCCQ

Laudo 068-09 CAMCCQ

Laudo 023-03 CAMCCQ

Laudo 007-99 CAMCCQ

Laudo 010-98 CAMCCQ

Laudo 24-01 CAMCCQ

Laudo 049-03 CAMCCQ

Laudo 031-99 CAMCCQ

Laudo 062-07 CAMCCQ

Laudo 001-08 CAMCCQ

Laudo 002-08 CAMCCQ

Laudo 005-08 CAMCCQ

Laudo 049-03 CAMCCQ

Laudo 062-07 CAMCCQ

Sentencia de la Corte Constitucional R.O. 159-5/26-mar-201, pp. 78

Sentencia de la Corte Suprema 92/2007

Sentencia del Juez tercero de lo Civil de Pichincha 2004-0327, 9 de enero de 2006

Sentencia alemana, Tribunal de Berlín (28 Sch 17/99), se lo puede encontrar en http://leymodelo.com/LeyModelo/Sentencia_Alemana_-_99.html

Corte de of Hong Kong entre Continental Corporation (No 2) y la firma Vincenzo Fedele, "*Pathological Arbitration Clauses and the Conflict of Laws*", Hong Kong Law Journal, Vol. 37, Parte. 1, 2007,

**ANEXO 1: Sentencia de la
Corte Constitucional N°
0006-10-SEP-CC**

