



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO**

TEMA:

**“ANÁLISIS DE LAS CLÁUSULAS PATOLÓGICAS EN EL
PROCEDIMIENTO ARBITRAL”**

AUTOR:

PORRAS VELÁSQUEZ, DANIELA ISMER

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de
“ABOGADA DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA
REPÚBLICA DEL ECUADOR”**

TUTOR:

DR. AGUIRRE VALDEZ, JAVIER EDUARDO

Guayaquil, Ecuador

28 de agosto de 2019



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO

CERTIFICACIÓN

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **PORRAS VELÁSQUEZ DANIELA ISMER**, como requerimiento para la obtención del título de **ABOGADA DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**.

TUTOR

f. _____

DR. AGUIRRE VALDEZ, JAVIER EDUARDO

DIRECTOR DE LA CARRERA

f. _____

AB. LYNCH FERNÁNDEZ, MARIA ISABEL

Guayaquil, a los 28 días del mes de agosto del año 2019



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DERECHO

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Yo, **PORRAS VELÁSQUEZ DANIELA ISMER**

DECLARO QUE:

El Trabajo de Titulación, “**Análisis De Las Cláusulas Patológicas En El Procedimiento Arbitral**” previo a la obtención del título de **Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Guayaquil, a los 28 días del mes de agosto del año 2019

EL AUTOR (A)

f. _____

PORRAS VELÁSQUEZ DANIELA ISMER



UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO

AUTORIZACIÓN

Yo, **PORRAS VELÁSQUEZ DANIELA ISMER**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **Análisis De Las Cláusulas Patológicas En El Procedimiento Arbitral**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

Guayaquil, a los 28 días del mes de agosto del año 2019

EL AUTOR:

f. _____

PORRAS VELÁSQUEZ, DANIELA ISMER

DEDICATORIA

A Dios por ser el motor de mi vida y Quien me dio las fuerzas para seguir siempre adelante mediante la fe y la confianza de Sus planes para mí.

A mis abuelos, padres y familia en general porque al ser tan unidos, cada uno de ellos siempre estuvo pendiente de mi formación y me alentaron a llegar hasta este punto por más dificultades que se presentaran en el camino.

A mis amigos del colegio, de la vida y a los que me dio la carrera de derecho, estos últimos demostrándome que sí somos capaces de encontrar buenos amigos en la Universidad y que la competencia amigable solo nos empuja a dar lo mejor de nosotros y a estar siempre orgullosos de lo que logra cada uno.

A Xavier M. y Pablo P. que en paz descansen, quienes no pudieron llegar a cumplir este sueño que también era de ellos, pero ahora son mis ángeles, ¡este logro es de los tres!

A mi tutor y mentor, Dr. Javier Aguirre, quien me tuvo paciencia y me inspiró a analizar este tema por ser tan único y diferente, captando perfectamente lo que yo quería tratar.



**UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CARRERA DE DERECHO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN

f. _____

MGS. JOSÉ MIGUEL GARCÍA BAQUERIZO
DECANO O DIRECTOR DE CARRERA

f. _____

AB. LUIS EDUARDO FRANCO MENDOZA
COORDINADOR DEL ÁREA O DOCENTE DE LA CARRERA

f. _____

DR. JOSÉ MIGUE VÉLEZ COELLO
OPONENTE

ÍNDICE

<i>INTRODUCCIÓN</i>	2
<i>CAPITULO I.- El arbitraje</i>	3
I. II.- Convenio Arbitral	6
<i>CAPÍTULO II.- Las cláusulas patológicas</i>	8
II. I.- Tipos de cláusulas patológicas	10
II.I.I.- Acuerdos de Arbitrajes Optativos o cláusulas híbridas	10
II.I.II.- Cláusulas Carentes de Certeza	10
II.I.III.- Acuerdos Arbitrales Inoperantes o Inejecutables.....	12
II. II. Cómo evitar una cláusula patológica.....	15
II.III.- Pincipio Kompetenz – Kompetenz	16
II.IV.- La Hiperpatología	16
II. V.- Principio de Interpretación Efectiva	17
<i>CONCLUSIONES</i>	19
<i>REFERENCIAS</i>	21

RESUMEN (ABSTRACT)

El presente trabajo de titulación trata sobre el análisis que deben realizar tanto las partes como los árbitros, jueces y demás interesados en la solución de controversias por el método de arbitraje, que se desprenden de un contrato, teniendo dicho contrato cláusulas arbitrales llamadas patológicas que por ser ambiguas y poco detalladas o específicas, se prestan para varias interpretaciones. Hay muchas formas en las que una cláusula arbitral se puede convertir en patológica, sobre todo se debe a la mala redacción de la misma ya sea por la intención de las partes de abarcar muchos temas en una misma cláusula como por establecer características específicas y cerradas difíciles de concretar; pero cabe destacar que hay formas de subsanarlas para que subsista la voluntad de las partes y así lograr los efectos del convenio arbitral que son: el efecto positivo de que las partes se sometan a un procedimiento arbitral y el efecto negativo que se refiere a que las partes dejan de lado la justicia ordinaria al ser imposibilitados de recurrir a ella para resolver un conflicto que se produzca del contrato. Además, al momento de encontrarnos con cláusulas patológicas tenemos principios a los que pueden acogerse los árbitros para interpretarlas como lo son el principio “Kompetenz – Kompetenz” que se basa en la competencia que tienen los árbitros para definir su propia competencia para resolver un conflicto, y el principio de interpretación efectiva en el que prevalece la intención de las partes al poner una cláusula en el contrato para resolver conflictos mediante otro sistema que no sea la justicia ordinaria, logrando así los efectos del contrato.

Palabras claves:

Controversias, árbitro, extrajudicial, cláusula arbitral, cláusula patológica, convenio arbitral.

INTRODUCCIÓN

La figura del arbitraje nace en el año 520 a.C., en la cultura griega en la que resolvían los conflictos entre grupos étnicos mediante 12 ancianos representantes de cada tribu. Posteriormente en el Derecho Romano podemos ver reflejado el arbitraje en la Ley de las XII Tablas en la que se establecía la obligatoriedad en los convenios entre individuos en caso de alguna controversia.

Actualmente el sistema arbitral ofrece a las personas una solución rápida a controversias que se desprendan de un contrato en el que se haya establecido la intención de las partes que así sea. Es por eso que es importante analizar la figura del arbitraje como tal, sus reglas, sus efectos y sobre todo como lograr que se ejecute el mismo.

Mediante el convenio arbitral, que no es más que el reflejo de la voluntad de las partes de someterse al procedimiento del arbitraje para resolver conflictos, se establece dicha voluntad mediante una cláusula llamada cláusula arbitral.

Para que una cláusula arbitral sea efectiva, debe tener una correcta redacción en la que no quepan dudas que la intención de las partes en un contrato o negocio jurídico de acudir a una institución arbitral con el objetivo de que las controversias que nazcan del mismo sean resueltas de dicho modo.

Surge un problema cuando lo anterior no sucede, esto es que una cláusula arbitral genere dificultades al momento de ser interpretada y de tal manera se torne complicado ejecutar el arbitraje. Dichas cláusulas son llamadas “patológicas” las que, por adolecer de fallas, se prestan para diversas interpretaciones. El análisis de ellas es lo que se expondrá a continuación.

CAPITULO I.- El arbitraje

El arbitraje es, actualmente. Una herramienta muy útil al momento de resolver conflictos y es por eso que cada vez es más frecuente que los contratos lleven consigo una cláusula arbitral que establezca claramente que, en caso de controversias, las partes optarán por someterse a un proceso arbitral, mas no por la justicia ordinaria.

¿A quién no le interesa salir pronto de un proceso que demandará energía, dinero y sobre todo tiempo? Gracias al arbitraje por lo general se pueden resolver asuntos en tan solo pocos meses o máximo un año en casos complejos. La velocidad con la que el mundo se mueve hoy en día, amerita trámites más ágiles. El tiempo es clave y su ahorro es el que le da mayor valor al procedimiento arbitral. Pero lo que debemos observar, además, respecto de la cláusula arbitral de un contrato, es realmente qué conlleva el procedimiento de arbitraje, esto es, bajo qué principios se rige y qué reglas se deberán seguir cuando se sometan las partes al mismo.

Entre esas reglas, tenemos que las clausulas arbitrales deben ser claras, detalladas y precisas para que las partes sepan a qué se enfrentarán y como será el proceder.

La Constitución de la República del Ecuador establece en su artículo 190 lo siguiente:

“Art.190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.”

Dicho lo anterior, debemos establecer lo que es el arbitraje y cómo funciona.

Tal como lo establece la doctrina el arbitraje es:

“Arbitraje (Arbitragem, arbitrage, arbitration) es un medio jurídico de resolver extrajudicialmente ciertas controversias entre dos o más personas físicas o jurídicas de derecho privado o público, tanto interno como internacional, mediante la aplicación al caso concreto de normas sustantivas, consuetudinarias o de equidad -cumplidas las obligaciones contractuales a que las partes están sometidas- por medio de árbitros o arbitradores escogidos por ellas con observancia de las normas procesales establecidas en el compromiso arbitral o de otras reglas expresamente indicadas en el compromiso.” (Dunshee, 2014, p.1)

“El arbitraje es uno de los medios para la resolución de conflictos entre las personas y entre los Estados, que puede estar referido a la legislación interna o a la legislación internacional”. (Borja, 2014, p.1)

“La acción o facultad de arbitrar y el juicio arbitral. Toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o un asunto.” (Cabanellas, 2006, p. 35)

La Ley de Arbitraje y Mediación, define al arbitraje como:

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

En nuestro país el arbitraje puede ser de dos formas: administrado e independiente.

El arbitraje administrado está sujeto tanto a la Ley de Arbitraje y Mediación como a las normas y procedimientos propios de un centro de arbitraje.

El arbitraje independiente por otro lado, debe realizarse conforme a lo pactado por las partes, pero siempre con sujeción a la ley mencionada.

Este sistema arbitral también permite que las partes decidan si el arbitraje será en equidad o en derecho. Lo explicaré a continuación:

Arbitraje en equidad es aquel en el que los árbitros actúan acorde a los principios de la sana crítica y “a su leal saber y entender” como lo indica la ley.

El arbitraje en derecho implica que los árbitros -quienes por obligación deberán ser abogados- basarán su decisión obligatoriamente en la ley y demás principios del derecho, así como en la jurisprudencia y la doctrina jurídica.

De acuerdo a la Ley de Arbitraje y Mediación, son capaces de someterse al arbitraje las personas naturales o jurídicas con capacidad de transigir. Entonces, debemos ampliar este concepto y saber quiénes son aquellas.

El artículo 1462 del Código Civil dicta que toda persona es capaz a menos de que la ley lo establezca como tal. Y el artículo 2349 ibidem establece que solo puede transigir la persona que tenga la capacidad de disponer de los objetos comprendidos en la transacción.

Luego la ley de Arbitraje y Mediación establece que las entidades del sector público pueden someterse al arbitraje, pero cumpliendo, además, de los requisitos antes mencionados, con los siguientes:

“a) 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;

b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;

c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,

d) 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.”

Cabe recalcar que, en este caso, el incumplimiento de alguno de los requisitos señalados, producirá nulidad del convenio arbitral.

I. II.- Convenio Arbitral

Ahora cabe plantearse, ¿qué es el convenio arbitral?

Según la doctrina:

“El convenio arbitral reviste especial importancia y trascendencia, al extremo que puede ser considerado como la «carta magna» del arbitraje, al decir de Bernardo M. Cremades.¹ Por eso, bien puede calificarse como el meollo del sistema arbitral pues, aún cuando se trate de un arbitraje forzoso, por así disponerlo la Ley de contrataciones y adquisiciones del estado, el convenio arbitral es imprescindible.” (Vidal, 2011, p. 569)

“El convenio arbitral no es más que un pacto o una cláusula contractual de la que se desprende la opción de las partes por el arbitraje” (Ramos, 2007, p.1122)

La definición que nos da La Ley de Arbitraje y Mediación es que el convenio arbitral es un acuerdo escrito en el que las partes convienen someter una o todas las controversias que surjan o puedan surgir eventualmente, entre ambas, con respecto a una determinada situación jurídica.

Además, según la doctrina, el convenio arbitral tiene una doble naturaleza: material o contractual y procesal. Al ser un contrato, se le aplican las mismas reglas de todo contrato como: prohibición de vicios del consentimiento, obligatoriedad de la capacidad de las partes, etc.

El convenio arbitral le da competencia a los arbitros, según las atribuciones que les establezcan las partes. El objeto establece la posibilidad de que las controversias que surjan del contrato sean sometidas a arbitraje, en sus diferentes modalidades.

El convenio arbitral debe ser pactado por escrito y en caso de que se trate de una situación jurídica que no esté prevista en dicho contrato el convenio podría constar en un documento independiente, siempre que indique el nombre de las partes y determine explícitamente el contrato o negocio jurídico al que hace alusión.

Cabe recalcar que, incluso en caso de haberse iniciado un proceso ante la justicia ordinaria, las partes pueden recurrir al arbitraje, siempre que la materia del proceso sea susceptible de transacción. De desear acudir al arbitraje, las partes deben solicitarle al juez el archivo de la causa y a su vez realizar una solicitud con una copia del convenio arbitral.

Haciendo un paralelo entre el arbitraje y la justicia ordinaria tenemos que, al existir un convenio arbitral en un contrato del que surja una controversia, no se puede llevar el caso a la justicia ordinaria. Los jueces deberán inhibirse de aceptar cualquier demanda sobre contratos o relaciones que tengan pacto arbitral salvo las excepciones que trataremos más adelante.

En caso de que los jueces tuvieren dudas, deberán procurar estar a favor de que las partes recurran al arbitraje y deberán notificarlo a las partes en dos días.

Ahora bien, las partes pueden renunciar al convenio arbitral ya celebrado, pero deberán hacerlo de manera escrita y ante el órgano judicial competente. Además, se entenderá como renuncia al convenio arbitral el caso en el que una de las partes presente una demanda ante el órgano judicial y el demandado en su contestación a la demanda no alegue la existencia de un convenio arbitral. Y en caso de que el demandado sí interponga dicha excepción, el juez deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y solicitar a ambas partes que prueben sus

afirmaciones en tres días. De tal manera, al aceptarse la existencia del convenio arbitral, se deberá archivar la causa; caso contrario, se continuará con el proceso.

Si el convenio arbitral no reúne los requisitos antes mencionados, nos encontramos ante un convenio arbitral patológico.

CAPÍTULO II.- Las cláusulas patológicas

Una vez explicado cómo opera el sistema arbitral en nuestro país y sobre todo cómo se configura el convenio arbitral como tal, se procederá a analizar las denominadas cláusulas patológicas en convenios suscritos por las partes.

El término “cláusula patológica” nació en 1974 cuando fue utilizado por primera vez por Frédéric Eisemann, quien fue secretario honorario de la Cámara de Comercio Internacional. El llamaba así a las cláusulas arbitrales defectuosas que interrumpían el progreso del arbitraje y las funciones esenciales de las cláusulas arbitrales que para Eisemann eran las siguientes:

- a) “Producir efectos obligatorios para las partes.
- b) Evitar la intervención de tribunales estatales en la solución de una controversia, al menos antes del pronunciamiento del laudo.
- c) Dar a los árbitros el poder para resolver el litigio
- d) Permitir la puesta en marcha de un procedimiento conducente en las mejores condiciones de eficacia para la pronunciación de una sentencia susceptible de ejecución forzada.”

El Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional Comercial y de Inversiones, establece que:

“Se utiliza la expresión cláusulas patológicas (“pathological [compromissory] clauses”) para hacer referencia a convenios arbitrales que, por su contenido, resultan o pueden resultar incoherentes, ambiguos o inaplicables. También se utiliza esta expresión para hacer referencia a convenios arbitrales que resultan en un arbitraje no idóneo para la correcta o eficiente resolución de la controversia entre las partes”.

Al hablar de patología nos indica que:

“La “patología” del convenio arbitral se produce tanto en convenios arbitrales de reducido contenido como –quizá más frecuentemente- en aquellos de contenido extenso y que incluyen una regulación más detallada del arbitraje”.

Como lo estipula el Reglamento de Arbitraje y de ADR de la Cámara de Comercio Internacional (CCI):

“Las partes son libres de adaptar la cláusula elegida a sus circunstancias particulares. Por ejemplo, cuando prevean arbitraje, podrían estipular el número de árbitros, dado que el Reglamento de Arbitraje contiene una presunción a favor de un árbitro único.” (CCI, p. 79)

Y lo siguiente:

“En todo momento debe tenerse cuidado de evitar todo riesgo de ambigüedad en la redacción de la cláusula. Un lenguaje poco claro causa incertidumbre y retrasos que pueden entorpecer o incluso comprometer el procedimiento de solución de controversias.

Al incorporar cualquiera de las cláusulas anteriores en sus contratos, se aconseja a las partes que tengan en consideración cualquier factor que pueda afectar su ejecución según el derecho aplicable. Por ejemplo, deberían tener presente cualquier requisito obligatorio en la sede del arbitraje y en el lugar de ejecución.” (CCI, p. 80)

Lo que nos indica la CCI es que las partes tienen plena libertad de establecer las cláusulas como lo deseen, pero con respecto al Reglamento al que se van a acoger y teniendo sumo cuidado de que no sean vulnerados

al momento de ejecutarlas, es decir que no sean cláusulas de las determinadas como patológicas.

II. I.- Tipos de cláusulas patológicas

De acuerdo a Cristina Górgolas, Presidenta de la Corte Arbitral del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Bizkaia y miembro de la Corte Arbitral de la Cámara de Comercio de Bilbao, las cláusulas patológicas se clasifican de la siguiente forma:

II.I.I.- Acuerdos de Arbitrajes Optativos o cláusulas híbridas

Se trata de cláusulas que no excluyen la jurisdicción de los tribunales o justicia ordinaria. Hacen referencia a que se tendrá asitencia judicial en general o para la ejecución del laudo. Esto hace que, en determinadas situaciones, se tengan dudas sobre si las partes se han sometido al arbitraje o a la justicia ordinaria, por ejemplo: “Las partes acuerdan someter a arbitraje del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, y de los Tribunales de la Corte Prinvical de Justicia de Guayaquil, la resolución definitiva de todas las cuestiones y discrepancias que se susciten en este contrato”

Como podemos notar, se entendería que las partes no se someterían a arbitraje ya que no está claro tal presupuesto. Y de igual forma podemos denotar que por la redacción, tampoco se entiende que las partes vayan a someter sus controversias a la justicia ordinaria. Entonces, esta cláusula queda sin efectividad, dejando a las partes sin saber que hacer.

II.I.II.- Cláusulas Carentes de Certeza

Esto se da cuando los términos de las cláusulas no son detallados ni precisos, más bien son ambiguos. Como indicadores de estas cláusulas tenemos los siguientes puntos:

- 1. Indicar de manera muy cerrada el tipo de controversias que se desprendan del contrato que serán sometidas a arbitraje.**

Por ejemplo: “solo se someterán a arbitraje controversias sobre la interpretación del contrato”.

La solución a lo anterior, sería establecer de manera suficientemente abierta y general qué disputas relacionadas con el contrato como tal, serán sometidas a arbitraje. Por ejemplo: “Cuando surgieren disputas sobre la interpretación y/o ejecución de este contrato, las partes se someterán a arbitraje de equidad del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, cuyo laudo será vinculante entre las partes”

Aquí según la doctrina, prevalecerá el principio “Kompetenz-Kompetenz” al cual se hará referencia posteriormente, que trata de la competencia del árbitro para decidir sobre su misma competencia.

2. Identificación incorrecta de la institución de arbitraje.

Este indicador trata de que exista la imposibilidad de conocer la institución a la que las partes designan para que sea ejecutado el arbitraje, o que dicha cláusula induzca a confusión entre instituciones.

Por ejemplo: “Las partes están de acuerdo en someter cualquier controversia que produzca el presente contrato a los tribunales de arbitraje del Centro de Arbitraje de Guayaquil”.

No nos establece claramente a qué institución se refiere si quiera, con ese nombre ambiguo y causa confusión si es que se refiere al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil o a otra institución.

Aunque en esta cláusula se entiende que la voluntad de las partes es acudir a arbitraje institucional, no se singulariza la institución y por ende, se podría acudir a la institución que las partes acuerden, o solicitar a la justicia ordinaria que solucione el conflicto debido a esta cláusula de naturaleza patológica.

3. Convenios Arbitrales en los que las partes pactan un arbitraje institucional pero que no establecen si además se someterán al reglamento de la institución.

En este caso, se plantean dudas sobre la intención de las partes de únicamente designar a la institución como autoridad nominadora y no para administrar el arbitraje de acuerdo a su reglamento.

Ejemplo: “Las partes acuerdan para solucionar cualquier controversia, acudir al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil”

Lo que se entiende claramente es que se someterán a arbitraje en la institución mencionada. Ahora, la manera en la que se puede dilucidar la duda, es que al momento de la solicitud de arbitraje en la institución se indique si las partes acuerdan someterse al reglamento de la institución o no.

II.I.III.- Acuerdos Arbitrales Inoperantes o Inejecutables.

Se refiere a los acuerdos arbitrales que no se pueden llevar a cabo por ningún motivo debido a las siguientes circunstancias:

1. Se designó a una institución arbitral que no existe, ya sea debido a errores en el nombre o porque ha desaparecido.
2. La inclusión de requisitos que deban cumplir los árbitros, que en la práctica sea casi imposible encontrar candidatos que cumplan con todos los requisitos exigidos.

Por ejemplo: “nacionalidad colombiana; dominio de los idiomas inglés, español, francés y alemán; experiencia en distintos países, titulaciones tales, etc.”

3. Someter el arbitraje a uno o varios árbitros específicos que no puedan aceptar, sin poder designar otros árbitros en caso de que suceda que no pueda estar ese árbitro o los árbitros específicos.

Como segunda clasificación importante de las cláusulas patológicas tenemos la que se dio en el Primer Congreso Nacional de Arbitraje de Ecuador en el año 2002, en la que el Dr. Serrano Puig expuso sobre ellas, clasificándolas de la siguiente manera:

1. Cláusulas Alternativas

Se trata de aquellas cláusulas en las que no se descifra, a ciencia cierta, la voluntad de las partes. Dejan abierta la opción de acudir a la justicia ordinaria. Este es el claro ejemplo de cláusulas ambiguas en las que las partes no detallan mediante que método se resolverán sus controversias. Es igual a la clasificación anterior llamada “cláusulas híbridas”.

2. Cláusulas de arbitraje contradictorias

Se refiere a las cláusulas que indican varias premisas que se contradicen, no se complementan o no se relacionan entre sí. Esto suele suceder en cláusulas que son extensas en su redacción o cuando las partes intentan abarcar varios temas en la misma cláusula. Lo que pueden generar como consecuencia es que alteren los efectos y alcance del convenio arbitral.

Se cita el ejemplo dado por el Dr. Serrano Puig:

“Cualquier diferencia que surja entre las partes durante la ejecución, terminación del presente contrato o por razones de él, se someterán a la decisión de una comisión integrada por un representante de la concedente (denominación de una de las compañías contratantes) y de la concesionaria. En caso de que persista la diferencia, las partes contratantes se someterán a la decisión del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, cuyos honorarios serán pagados por la parte a la cual no le fuere favorable la sentencia. En todo caso, siempre se buscará un acuerdo amigable que evite un proceso judicial, dada las buenas relaciones que procurarán mantenerse en el futuro. Si lo anterior no fuere posible, renuncian domicilio, se someten a la jurisdicción de los

Tribunales de los Civil de la ciudad de Quito y al trámite verbal sumario o especial a elección del demandante.” (Serrano, 2002, prr. 2)

3. Cláusulas de arbitraje diminutas

La característica principal de estas cláusulas es que son imprecisas o vagas, al momento de indicar si la voluntad de las partes es someterse a arbitraje para resolver sus controversias.

Por ejemplo:

“En caso de litigios o divergencias, se podrá suscribir convenios transaccionales o recurrir al procedimiento arbitral conforme al Libro Segundo, Título II, Sección 3, del Código de Procedimiento Civil” (Serrano, 2002, prr.3)

Como podemos notar en el ejemplo, no se puede verificar si las partes se someterán realmente a arbitraje, solo establece al arbitraje como una opción mas no lo establece como única opción.

4. Cláusulas confusas

Son las que en su redacción incluyen compromisos imprecisos que no dan a notar la voluntad real de las partes. Así como en las cláusulas contradictoras, si es muy extensa su redacción se volverán inexplicativas y sin detalle.

Cito el ejemplo del Dr. Serrano Puig:

“CLÁUSULA: SEXTA. - Buena fe, jurisdicción y trámite. 6.1.- Este contrato celebran las partes de buena fe. En lo no previsto, se sujetan a las discusiones amigables, base de los principios de equidad. 6.2.- para el caso de reclamación judicial, fuera de los casos de arbitraje, se sujetana los jueces competentes de Pichincha y al trámite verbal sumario establecido por el artículo 862 del Código de Procedimiento Civil (no vigente ya). 6.3.- Las partes se someten al arbitraje ya sea de la Cámara de Comercio de Quito o ya sea 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” (Serrano, 2002, prr.4)

Como podemos analizar en este ejemplo, queda la posibilidad tanto de acudir a arbitraje como a la justicia ordinaria. También establecen que intervendrán la Cámara de Comercio de Quito y el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Quito, que nos da a entender que el arbitraje será administrado por una institución que tendría que ser la Cámara de Comercio de Quito puesto a que el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Quito mencionado, no tiene la potestad para realizar arbitrajes. Lo que al final, desarrolla una total confusión.

II. II. Cómo evitar una cláusula patológica

Es necesario prever los efectos positivos o negativos que se deberían desprender de una cláusula arbitral, al momento de su redacción. Es decir, los efectos propios de una cláusula.

Una mejor opción es ceñirse a los modelos de cláusulas arbitrales ya establecidos que tienen las instituciones de arbitraje, ya que ellos prevén los efectos de las mismas. Ciertas instituciones arbitrales cuentan con modelos de cláusulas en sus páginas web.

Lo que hay que tener en cuenta en este caso es que dichas cláusulas por lo general están redactadas de acuerdo al reglamento de la institución, así que lo aconsejado es revisar el reglamento para conocer las particularidades de la forma de desarrollarse el procedimiento arbitral de acuerdo al mismo. El fin de esto es que se copie una cláusula arbitral con el objetivo de evitar una cláusula patológica, pero, al momento de ponerla en práctica, igualmente no sirva porque las partes no estarán dispuestas a someterse al reglamento de la institución.

De igual forma hay que recordar que, en ciertos casos, la patología en a cláusula puede ser subsanada como ya se estableció anteriormente. Como

ejemplo se plantea el caso de que las partes decidan a un árbitro en específico y dicha persona falleciere. Nos encontraríamos ahí con una cláusula inoperante y por tal motivo las partes podrían convenir resolver sus controversias de otra forma como acudir a la justicia ordinaria.

II.III.- Principio Kompetenz – Kompetenz

En caso de la existencia de cláusulas patológicas, puede ocurrir que una de las partes considere que la controversia surgida se deberá someter a arbitraje, y la otra parte que más bien esa controversia no es parte del convenio arbitral y que por ende deberá ser sometida a justicia ordinaria. Entonces, es en este tipo de casos que deberá prevalecer el principio alemán Kompetenz – Kompetenz.

Se trata de un principio reconocido en el mundo del arbitraje, en la Ley Modelo UNCITRAL que establece la facultad que tienen los árbitros para decidir sobre su propia competencia.

Lo que establece este principio es que los árbitros tienen la potestad de determinar si pueden resolver una controversia sin que sea necesario recurrir a la justicia ordinaria para saber si tienen o no competencia para determinada controversia.

Sin importar en qué parte del procedimiento arbitral, ya sea antes de comenzar el arbitraje o al momento de expedir el laudo final, pueden los árbitros resolver sobre dicha controversia, lo importante es que no se paralice el proceso. Una vez que los árbitros deciden sobre la controversia, las partes pueden impugnarla.

II.IV.- La Hiperpatología

Fundada también por Eisemann, que se refiere a esas cláusulas que ni siquiera se pueden llamar arbitrales por lo defectuosa que es su redacción.

Por ejemplo: “Todo litigio o toda infracción al presente acuerdo será responsabilidad de la Cámara de Comercio Francesa en Sao Paulo” (Eisemann, 2000, p. 157)

Cabe destacar primero que no existe la Cámara Francesa en el país mencionado.

Este tipo de cláusulas son parecidas a las cláusulas patológicas antes mencionadas; la diferencia -y por lo que se establecen como hiperpatología- es debido a que estas cláusulas ni siquiera establecen la voluntad de las partes a someterse a arbitraje en ningún sentido. Al menos en las cláusulas patológicas estudiadas, podíamos notar una mínima referencia a la opción o la intención de someterse a arbitraje para resolver sus controversias.

En este caso también podemos denotar que la cláusula ni siquiera establece que las partes acudirán a la justicia ordinaria en caso de conflictos. Es una cláusula que podría llegar a considerarse totalmente ineficaz.

La doctrina establece que ni siquiera existe un convenio en este caso peor aun arbitral y ni siquiera hiperpatológico.

II. V.- Principio de Interpretación Efectiva

También llamado “in favorem validatis”, establece que en al momento de interpretar una cláusula se lo puede hacer de varias formas, pero debe prevalecer aquella interpretación que habilite la eficacia de la misma.

Lo anterior quiere decir que deberá tomarse en cuenta y sopesar más los efectos de una cláusula o contrato, antes que dejarla sin efecto. Es por eso que hay que recordar que ciertas cláusulas patológicas son subsanables, a favor de que se produzcan los efectos del contrato y la intención de las partes.

El autor Fernández Rosas, establece en sus palabras lo siguiente:

“Se entiende que desde el momento en que las partes han incluido una cláusula compromisoria en el contrato, el juez debe presumir que su intención es establecer un futuro mecanismo de solución de la controversia basado en el arbitraje... y prescindir de una lectura meramente formal de una cláusula controvertida”. (Fernández, 2007 p. 712)

Concuerdo con la doctrina cuando se refiere a que desde momento en que las partes han decidido adoptar una cláusula que establezca cómo serán sometidas las controversias, es decir, intentando de alguna manera hacer que dicha cláusula sea arbitral, ésta deberá ser interpretada teniendo presente que, si no hubiera sido la voluntad de las partes someterse al sistema arbitral, no existiría siquiera dicha cláusula patológica en el contrato.

CONCLUSIONES

1. Nuestra Constitución reconoce al arbitraje como un método alternativo de solución de conflictos, el mismo que hoy en día es bastante utilizado como una forma rápida o al menos mas ágil que la justicia ordinaria y es por ello que actualmente es mayor el número de contratos o negocios jurídicos en donde podemos encontrar que las partes interponen una cláusula arbitral que refleja su intención y voluntad de llevar las controversias que emanen de dicho contrato a una institución arbitral.
2. Es importante destacar la importancia de que exista un convenio arbitral para que se ejecute el arbitraje. Y dicho convenio debe contar con una cláusula arbitral precisa en la que primeramente se entienda de forma clara que es la voluntad de las partes recurrir al arbitraje y no a la justicia ordinaria.
3. Lastimosamente en el deseo de las personas de acaparar la mayoría de temas que a futuro puedan surgir de un contrato, suelen equivocarse al intentar hacerlo aglutinadamente en una cláusula arbitral ya sea porque en su redacción se abarcan demasiados ámbitos que se convierte en confusa o tal vez pueda suceder que dicha cláusula por el contrario es tan cerrada al establecer los conflictos que pueden ser sometidos a arbitraje que deje sin opción a la parte interesada para resolver el conflicto mediante el sistema arbitral de una manera rápida. Estos factores que afectan a las cláusulas arbitrales las convierten en cláusulas patológicas.
4. Al momento de encontrarse las partes o los árbitros ante una cláusula patológica tienen la opción en ciertos casos de subsanarlas, siguiendo así el curso del contrato y la intención de las partes, basados en el principio de interpretación efectiva.

5. Los árbitros también tienen la facultad de al encontrarse ante una cláusula patológica, enfrentarla mediante el principio Kompetenz-Kompetenz que faculta a los árbitros a que puedan establecer si tienen o no competencia para resolver un conflicto sin necesidad de recurrir a la justicia ordinaria.

6. La mejor forma de evitar cláusulas patológicas es remitiéndose a modelos de cláusulas que tienen instituciones arbitrales o en caso de que no sea un arbitraje administrado, lo que deberían hacer las partes es asesorarse correctamente de manera en que quede explícita la cláusula arbitral y la misma sea eficaz para así lograr someterse a arbitraje y solucionar sus conflictos en forma eficaz.

7. Me parece de suma importancia que deberían integrarse a la Ley de Arbitraje y Mediación, artículos que establezcan la forma en la que deberán proceder los árbitros al momento de encontrarse frente a una cláusula patológica.

REFERENCIAS

- Código Civil. (2005). Registro Oficial 46 de 24 de junio de 2005 y Registro Oficial 526, Segundo suplemento de 19 de junio de 2015.
- Código Orgánico General de Procesos. (2015). Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015 y Registro Oficial 19 de 14 de noviembre de 2017.
- Constitución de la República del Ecuador (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 653, Suplemento de 21 de diciembre de 2015.
- Ley de Arbitraje y Mediación (2006) Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006 y Registro Oficial 506, Suplemento de 22 de mayo de 2015.
- Eisemann, Frédéric. (1974). Essais Memoris de Eugenio Minoli. En La clause d'arbitrage pathologique (pag. 120 y ss). Turín.
- Fernández Rozas, J. C., & Artuch Iriberry, E. (2011). En Soto Coaguila (coord.), Tratado de Derecho Arbitral, El Convenio Arbitral, Tomo I (pag. 745 – 786). Bogotá: Ibañez.
- González Collantes, J.L. (2011). Diccionario terminológico de arbitraje nacional e internacional (Comercial y de Inversiones). Perú: Palestra Editores.
- Górgolas, C. (Abril de 2014). Cláusulas Arbitrales Patológicas: Identificación y mecanismos de defensa. REVISTA JURÍDICA ARBITRAJE, MEDIACIÓN Y OTROS SISTEMAS DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS, pp. 1-4. Recuperado el 20 de agosto de 2019 de http://www.barrilero.com/wp-content/uploads/2014/05/Clausulas_arbitrales_patologicas_identificacion_y_mecanismos_de_defensa.pdf
- Friedland, P., & Llano Oddone, R. (2010). Cláusulas de arbitraje para contratos internacionales, Primera Edición. Buenos Aires: Abelado Perrot S.A.
- Gonzaini, O.A. (1995). Formas alternativas para la resolución de conflictos. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Guasp, J. (1956). El arbitraje en el derecho español. Barcelona: Bosch.

- Ledesma Narváez, M. (2010). Jurisdicción y arbitraje, Segunda Ed. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio, M. (2003). Nulidad y Anulabilidad: La invalidez de un acto jurídico, Sexta Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Jijón Andrade, A. (2015). Reconciliando el principio Kompetenz-Kompetenz con la autoridad supervisora de las cortes nacionales. Análisis bajo la Ley Modelo CNUDMI. En Mueriel, B. (coord.), Revista ecuatoriana de arbitraje, No. 6, pp. 178-186. Quito.



DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Porras Velásquez Daniela Ismer**, con C.C: # **0920428521** autor/a del trabajo de titulación: “**Análisis De Las Cláusulas Patológicas En El Procedimiento Arbitral**” previo a la obtención del título de **Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **28 de agosto de 2019**

f. _____
Nombre: **Porras Velásquez, Daniela Ismer**
C.C: **0920428521**



REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA

FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN

TEMA Y SUBTEMA:	Análisis De Las Cláusulas Patológicas En El Procedimiento Arbitral		
AUTOR(ES)	Daniela Ismer Porras Velásquez		
REVISOR(ES)/TUTOR(ES)	Dr. Javier Eduardo Aguirre Valdez		
INSTITUCIÓN:	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
FACULTAD:	Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales		
CARRERA:	Derecho		
TITULO OBTENIDO:	Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador		
FECHA DE PUBLICACIÓN:	28 de agosto de 2019	No. PÁGINAS:	DE 31
ÁREAS TEMÁTICAS:	Derecho Civil, Derecho Procesal, Arbitraje.		
PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:	Controversias, árbitro, extrajudicial, cláusula arbitral, cláusula patológica, convenio arbitral.		
RESUMEN/ABSTRACT (150-250 palabras): El presente trabajo de titulación trata sobre el análisis que deben realizar tanto las partes como los árbitros, jueces y demás interesados en la solución de controversias por el método de arbitraje, que se desprenden de un contrato, teniendo dicho contrato cláusulas arbitrales llamadas patológicas que por ser ambiguas y poco detalladas o específicas, se prestan para varias interpretaciones. Hay muchas formas en las que una cláusula arbitral se puede convertir en patológica, sobre todo se debe a la mala redacción de la misma ya sea por la intención de las partes de abarcar muchos temas en una misma cláusula como por establecer características específicas y cerradas difíciles de concretar; pero cabe destacar que hay formas de subsanarlas para que subsista la voluntad de las partes y así lograr los efectos del convenio arbitral que son: el efecto positivo de que las partes se sometan a un procedimiento arbitral y el efecto negativo que se refiere a que las partes dejan de lado la justicia ordinaria al ser imposibilitados de recurrir a ella para resolver un conflicto que se produzca del contrato. Además, al momento de encontrarnos con cláusulas patológicas tenemos principios a los que pueden acogerse los árbitros para interpretarlas como lo son el principio "Kompetenz – Kompetenz" que se basa en la competencia que tienen los árbitros para definir su propia competencia para resolver un conflicto.			
ADJUNTO PDF:	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
CONTACTO CON AUTOR/ES:	Teléfono: +593-4- 0996566114	E-mail: danielaporras17@outlook.com	
CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::	Nombre: Franco Mendoza, Luis Eduardo		
	Teléfono: +593-4-0994748073		
	E-mail: luis.franco04@cu.ucsg.edu.ec		
SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA			
Nº. DE REGISTRO (en base a datos):			
Nº. DE CLASIFICACIÓN:			
DIRECCIÓN URL (tesis en la web):			