

# CLÁUSULAS COMPROMISORIAS PATOLÓGICAS

## 1.- EL ARBITRAJE ES CONVENCIONAL:

Para todos nosotros es ya conocido que el arbitraje, salvo el caso del arbitraje forzoso, es siempre convencional, y es que este requisito deviene no solo del propio texto de la ley y de la doctrina, sino y sobre todo, de la misma naturaleza de esta institución, que está prevista para sacar de la justicia ordinaria el juzgamiento de controversias que versen sobre asuntos que sean susceptibles de transacción.

En la doctrina podemos encontrar diversos pero siempre muy interesantes conceptos, nociones e, incluso, definiciones de lo que es el arbitraje, pero de una u otra manera todos apuntan a esta característica esencial de la convencionalidad.

*“El proceso arbitral se origina en una convención o en un contrato que celebran las partes libremente, para someter a esa vía cualquier litigio futuro entre ellas vinculado a ciertas actividades o el que concretamente se haya producido”<sup>1</sup>, dice el insigne procesalista colombiano Hernando Devis Echandía, en opinión que compartimos plenamente.*

Para el colombiano Jorge Gil Echeverry, el arbitraje *“Es un procedimiento jurisdiccional ‘sui generes’, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se defiere la solución de conflictos privados transigibles, a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros, los que transitoriamente quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial”<sup>2</sup>.*

Por su parte, el publicista mexicano don Luis Miguel Díaz, dice al respecto, que: *“El arbitraje aparece como el mecanismo idóneo del futuro para privatizar la solución de las controversias legales, dentro de la tendencia universal de reducir el papel del Estado en la vida de los particulares”, y sostiene que: “En el arbitraje, la solución de una controversia legal es sometida a árbitros que las partes seleccionan, sin la participación del Estado. Los árbitros dejan de serlo cuando emiten el laudo respectivo. Por el contrario, los tribunales judiciales poseen jurisdicciones generales y son permanentes; sus jueces son nombrados sin importar ni los asuntos concretos ni los sujetos sobre los cuales deberán dictar sentencias”<sup>3</sup>.*

De conformidad con la ley inglesa, *“Arbitration is a mechanism for the resolution of disputes which take place, usually in private, pursuant to an agreement between two or more*

---

<sup>1</sup> Hernando Devis Echandía, **“Compendio de Derecho Procesal”**, Tomo III, El Proceso Civil, Volumen Segundo, Cuarta Edición, Editorial ABC, Bogotá, Colombia, 1978, pp. 798 y 799.

<sup>2</sup> Jorge Hernán Gil Echeverry, **“Curso Práctico de Arbitraje”**, primera edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1993, p. 11.

<sup>3</sup> Luis Miguel Díaz, **“Arbitraje, Privatización de la Justicia”**, segunda edición, Editorial Themis, México D.F., México, 1998, p. XV.

*parties, under which the parties agree to be bound by the decision to be given by the arbitrator according to law or, if so agreed, other considerations, after a fair hearing, such decision being enforceable at law. Sometimes the submission instead of being voluntary is imposed by statute*"<sup>4</sup>.

Según otra definición: *"El arbitramento comercial es un proceso por el que varias partes, no necesariamente comerciantes, encomiendan a uno o a tres árbitros la solución de determinadas controversias sobre asuntos comerciales susceptibles de ser transigidos, tarea que deben hacer en un período determinado, mediante sentencia -laudo- que puede ser dictada en derecho o en conciencia, y que hace tránsito a cosa juzgada, asumiendo las partes los gastos de funcionamiento del Tribunal Arbitral y los honorarios del árbitro o de los árbitros"*<sup>5</sup>.

Para la autora Irineu Strenger, *"Se trata de modalidade jurisdiccional privada, implantada por força de legislações internas que consolidam sua existência e judicialidade. A arbitragem pode ser descrita como processo privado que começa com un acordo das partes, a respeito de existente, potencial, disputa para submetê-la a uma decisão por tribunal de um ou mais árbitros. O tribunal é escolhido pelas partes ou por seu manifestado interesse, as quais podem, também estabelecer os procedimentos que deven ser adotados. A decisão do tribunal é final e legalmente vinculante às partes, mas, deve ser prolatada à luz das evidências e argumentos submetidos ao tribunal. A sentença válida pode ser reconhecida e executada pelas cortes"*<sup>6</sup>.

En la famosa obra sobre arbitraje, **Russell on Arbitration**, se dice que el arbitraje ha sido empleado en Inglaterra y en todas partes por siglos, y que la necesidad de una definición ha sido suplida o reemplazada por el enunciado de sus propósitos, y que sin embargo se han intentado alguna definiciones, y nos proporciona la que dice que: *"An arbitration is a reference to the decision of one or more persons, either with or without an umpire, of some matter in difference between the parties"*<sup>7 8</sup>

El apreciado autor chileno y árbitro internacional, hoy ya fallecido –a quien me cupo el honor de conocer y escuchar en diferentes charlas sobre arbitraje-, don Rafael Eyzaguirre Echeverría, citando al también muy conocido jurista chileno don Patricio Aylwin A., dice que: *"Juicio arbitral o arbitraje es aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales Especiales, distinto de los establecidos permanentemente por el Estado, elegidos por los propios*

---

<sup>4</sup> Ronald Bernstein, John Tackaberry, Arthur L. Marriott y Derek Wood, **"Handbook of Arbitration Practice"**, tercera edición, Sweet & Maxwell in conjunction with The Chartered Institute of Arbitrators, London, 1998, p 13.

<sup>5</sup> Gilberto Peña Castrillón y Néstor H. Martínez Neira, **"Pacto Arbitral y Arbitramento en Conciencia"**, Colección Monografías Jurídicas, Editorial Temis S.A., Bogotá, Colombia, 1988, p. 7.

<sup>6</sup> Adriana Neomi Pucci, Cordenadora, varios autores (Irineu Strenger, Raúl Anibal Etcheverry, Luis Olavo Baptista, Horacio Grigera Naón, Roque J. Caivano, William K. Slate II y Juliaan D M Lew), **"Arbitragem Comercial Internacional"**, Editora LTR, Sao Paulo, Brasil, 1998, p. 21

<sup>7</sup> David St. John Sutton, John Kendall and Judith Gill, **"Russel on Arbitration"**, 21<sup>st</sup> edition, Seewt & Maxwell, London, 1997, p. 3.

<sup>8</sup> Definición proporcionada por Romilly M.R., en Collins v. Collin (1958) 26 Beav, 306, 312, reportada en los casos ingleses 916 al 919

*interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones”, y de su propia cuenta continúa diciendo que: “El arbitraje supone una controversia entre dos personas, quienes recurren a la decisión de un tercero a quien le dan carácter de juez para que resuelva el litigio, debido a que dicho tercero les merece confianza por su rectitud e imparcialidad”<sup>9</sup>.*

Con no otro ánimo que el de insistir en lo arriba expresado de que la convención o pacto es un requisito indispensable para la procedencia de un arbitraje, quiero traer también la siguiente cita tomada de otro importante autor y árbitro colombiano que es profesor de Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, el Dr. Rafael H. Gamboa Serrano, quien intentando una definición del arbitraje afirma que: “...el Pacto Arbitral es un acuerdo de voluntades por medio del cual las partes, con capacidad para transigir, se obligan a someter a la decisión de árbitros las diferencias susceptibles de transacción”.<sup>10 11</sup>

Vemos, pues, en definitiva y según nuestra propia y personal interpretación, que para la doctrina el arbitraje no es sino un procedimiento especial que las partes adoptan de mutuo acuerdo para someter una disputa eventual o un litigio existente, a la resolución de jueces especiales llamados árbitros, los que son escogidos por las partes directamente, por un tercero por cuenta de éstas o a través del mecanismo adoptado por las mismas partes para el efecto.

Luego de las definiciones doctrinarias que hemos transcrito, nos parece útil traer al tapete las definiciones que al respecto podemos encontrar en la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana y en ciertos instrumentos internacionales.

Todo lo anterior se confirma con el texto que al efecto adopta la ley ecuatoriana, que define al arbitraje diciendo que: “... 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”.<sup>12</sup>

**Ley Modelo de las Naciones Unidas:** La Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio Internacional<sup>13</sup>, expidió el 21 de junio de 1985, un modelo de ley de arbitraje comercial internacional, que sugiere a los países adoptarla como su ley interna. Varias legislaciones modernas sobre arbitraje han adoptado total o parcialmente esta ley modelo, o se han inspirado en ella para dictar su propia ley interna. En efecto, la provincia Canadiense de British Columbia adoptó como propia

---

<sup>9</sup> Rafael Eyzaguirre Echeverría, “**El Arbitraje Comercial en la Legislación Chilena y su Regulación Internacional**”, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1981, pp. 15 y 16.

<sup>10</sup> Rafael H. Gamboa Serrano, “**El Proceso Arbitral en Colombia**”, Publicaciones U Javeriana, Colección Profesores, Santafé de Bogotá, Colombia, 1992, p. 33.

<sup>11</sup> En realidad, el Profesor Gamboa Serrano no define el arbitraje, sino el pacto o convenio arbitral.

<sup>12</sup> Ley de Arbitraje y Mediación (Registro Oficial N° 145, de 4 de septiembre de 1997), Art. 1.

<sup>13</sup> Más conocida por su sigla en inglés de UNCITRAL (United Nations Commission on the International Trade Law.

la ley modelo; la nueva ley inglesa<sup>14</sup> está inspirada o al menos profundamente influida por ella, al igual que la nueva Ley Ecuatoriana de Arbitraje y Mediación, entre otras. Esta Ley Modelo define al arbitraje en su Art. 7, diciendo que: “ *El “acuerdo de arbitraje” es 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 fórmula de una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o la forma de un acuerdo independiente*”.

De los pronunciamientos y definiciones doctrinarios y legales que acabamos de ver, se desprenden varias características básicas que de una u otra forma encontramos en todas ellas:

- Que el arbitraje es un mecanismo para la solución de disputas, lo que implica que para que pueda aplicarse debe preexistir una disputa;
- Que es voluntario y convencional, o sea, que debe nacer de la voluntad de las partes expresada en un convenio que para el efecto celebren por escrito;
- Que por este acuerdo de voluntades de las partes, la disputa entre ellas es resuelta por árbitros designados por las mismas partes o por un procedimiento adoptado por ellas al efecto, o previsto como tal por una ley interna; y,
- Que la resolución del árbitro o árbitros es final y debe ser ejecutada a través de los mecanismos previstos en la ley procesal interna de cada país.

De todas estas características, la más importante para efectos de este estudio es la relacionada con la libertad que tienen las partes para a través del ejercicio del derecho de velar por sus propios intereses, puedan convenir o pactar entre sí la solución de eventuales disputas futuras, o tal vez una preexistente, a través del procedimiento arbitral. Entonces, se advierte que es factor fundamental y básico del arbitraje el convenio, esto es, el acuerdo de voluntades de las partes involucradas en un contrato o en una relación jurídica nacida de un cuasi contrato o de un cuasi delito, para someter a resolución de árbitros la diferencias que se pudieren presentar, o las que ya se han presentado. Es por ello que insisto en que en mi criterio tal vez la más importante de las características del arbitraje por ser la que le dota de su propia y verdadera naturaleza, es la de que **el arbitraje es convencional**, o dicho de otra manera, es la de que **el arbitraje es fruto del acuerdo de las partes** para solucionar sus conflictos a través de este procedimiento que es más ágil, más confiable y en el que las partes pueden escoger a sus árbitros bien sea solo por la confianza personal en ellos, o ya también por sus conocimientos expertos en determinada materia, con lo que se logra mayor acierto en campos técnicos y especializados que en la sociedad globalizada (aldea global) actual son cada días más numerosos, variados y especializados según los avances técnicos, científicos e incluso sociales, de nuestras sociedades políticas.

En efecto, de las características arriba enunciadas nos vamos a concentrar en la que para nosotros y para este estudio es la más importante de todas y que no es otra que el **convenio escrito** celebrado entre las partes para someter a arbitraje sus

---

<sup>14</sup> Arbitration Act 1996, que entró en vigor el 1 de enero de 1997.

disputas. La principal característica que los autores citan es la de que se “trata de un convenio, acuerdo o pacto (agreement) que de manera libre y voluntaria celebran las partes para llevar a la resolución de árbitros sus discrepancias o controversias (disputes)”.

Entonces, para que pueda haber arbitraje es indispensable y requisito *sine-qua-non* el convenio, el acuerdo, el pacto de las partes<sup>15</sup>, lo que quiere decir que si falta la voluntad de una sola de las partes ya no puede haber arbitraje, porque éste no puede nacer de la voluntad unilateral de nadie ni ser impuesto por una sola de las partes a la otra. Pero la falta de voluntad de una de las partes está referida al momento de la celebración del convenio arbitral, y no al del inicio del proceso arbitral. El convenio es un contrato sinalagmático perfecto y como tal, para que pueda nacer a la vida jurídica obligacional, es preciso que sea celebrado con los requisitos que exigen la ley y la doctrina, esto es, que se otorgue por quien tiene capacidad para transigir, que el asunto sea susceptible de transacción y que se lo haga por escrito<sup>16</sup>. Y hay que hacer la diferenciación de la voluntad de las partes a la suscripción del convenio, pues es absolutamente comprensible y usual que esa voluntad ya no exista, al menos no de parte del demandado, al momento de iniciarse el proceso arbitral.

No vamos a entrar al análisis de las corrientes o escuelas que entre los autores se han formado al respecto, algunos de los cuales defienden el carácter contractualista del arbitraje, mientras que los otros se adhieren a la teoría jurisdiccional; y no lo vamos a hacer no porque la discusión sea estéril, que no lo es, sino todo lo contrario, sino porque no es este el objeto del presente trabajo.

El carácter convencional del arbitraje viene no sólo de la doctrina arriba transcrita o al menos citada (sino también de nociones o definiciones con que diversos autores contribuyen al esclarecimiento de este concepto), sino que proviene también de la propia Ley de Arbitraje y Mediación, la que, en su art. 1º, dice que “... *las partes pueden someter de mutuo acuerdo* ...”, siendo que la acepción “*acuerdo*” está empleada en el sentido de “*concierto de voluntades*”, por lo que para los efectos de la Ley significa “convención”, “pacto”.

Pero además de la norma del citado art. 1 de nuestra Ley de Arbitraje y Mediación, en ella encontramos normas expresas que exigen el **acuerdo** o convenio como requisito *sine-qua-non* para la validez y existencia del convenio arbitral, tal como sucede con el art. 5, que define al Convenio Arbitral, de la siguiente manera:

---

<sup>15</sup> Obviamente no nos estamos refiriendo a los arbitrajes forzosos previstos en la ley, como por ejemplo en el caso del Código del Trabajo del Ecuador que manda y obliga a que las disputas o controversias colectivas de trabajo se ventilen y resuelvan a través de un Tribunal de Conciliación y Arbitraje regulado por el Código del Trabajo del Ecuador. Pero este, y otros casos similares que existen en varias otras legislaciones, constituyen la excepción frente a la regla general de que el arbitraje, y sobre todo el comercial, es siempre y solamente convencional.

<sup>16</sup> Hernando Devis Echandía, op. cit., p. 803.

*“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”.*

En realidad nuestra Ley de Arbitraje y Mediación se refiere al *convenio arbitral* en un número muy importante de sus disposiciones, tales como sus artículos 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 22, 35, 38, 41, 42 y 62, lo que deja ver la importancia que el convenio tiene a los efectos de nuestra ley.

## **2.- CLASES DE CONVENIO ARBITRAL**

El convenio arbitral, de conformidad con las prescripciones de nuestra ley, no requiere para su perfeccionamiento sino, conforme lo vimos anteriormente, la libre voluntad de las partes y su capacidad para transigir, que ese convenio conste por escrito y que el asunto objeto del arbitraje sea susceptible de transacción. La exigencia de documento escrito tiene, a mi entender, una doble finalidad: **a)** la de contener un acuerdo bilateral expreso de someter a arbitraje la resolución de disputas, obviando con ello la posibilidad de un acuerdo tácito y las dificultades que su alegación traería; y, **b)** la de resolver el problema de la prueba del convenio arbitral.

Obviamente, el requisito mínimo indispensable es que en ese documento escrito, que debe estar firmado por las partes, éstas hayan convenido someter a arbitraje todas sus controversias o ciertas controversias, según lo previene el art. 5. Es más, en virtud de lo dispuesto por el art. 6 de la misma ley ecuatoriana, habrá también convenio arbitral debidamente otorgado para los efectos de dicha ley, aun cuando el acuerdo escrito no aparezca de un documento único, bastando que aparezca, figure o resulte de un intercambio de cartas o correspondencia escrita que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje.

En la doctrina internacional encontramos la misma solución, pues es corriente universalmente aceptada la de que el convenio arbitral debe constar de documento escrito celebrado entre las partes. Y es que debemos recordar que el arbitraje implica un convenio expreso y con él la renuncia a la jurisdicción ordinaria y el sometimiento de un litigio a una jurisdicción de excepción, como es el arbitraje, y que para que ello opere es menester que las partes por escrito haya pactado el arbitraje que, por el mismo hecho de haberlo celebrado, se entiende que han renunciado a su derecho de recurrir a la justicia ordinaria para que resuelva sobre sus controversias futuras o sobre la existente respecto de un asunto o negocio determinado

Pero tanto la doctrina internacional, cuanto la ley nacional<sup>17</sup>, a más de exigir que el acuerdo o convenio arbitral conste por escrito, reconocen que este convenio puede

---

<sup>17</sup> Ley de Arbitraje y Mediación.

ser de dos clases, según al momento de la celebración del acuerdo o convenio se haya o no presentado, haya o no surgido la controversia entre las partes. Si la controversia aún no existe y las partes anticipándose convienen que de presentarse en lo futuro cualquier controversia entre ellas respecto de un negocio determinado, lo van a resolver mediante arbitraje, estamos entonces frente a una *cláusula compromisoria*; más, si las partes, enfrentadas a una controversia ya existente convienen someter esa disputa a la resolución de árbitros, nos hallamos, entonces, frente a lo que doctrinariamente se conoce como *compromiso*<sup>18</sup>, (*submission agreement*).

La ley ecuatoriana también reconoce estas dos clases de arbitraje<sup>19</sup>, pero emplea como genérico para denominarlas la expresión “*CONVENIO ARBITRAL*”, por lo que se afirma, con mucha lógica y sentido, que para la Ley de Arbitraje y Mediación la expresión *Convenio Arbitral* se refiere tanto a la cláusula compromisoria como al *compromiso*, deviniendo la denominación *Convenio Arbitral* en el género, y las expresiones *cláusula compromisoria* y *compromiso*, en diversas especies del género.

Siendo la cláusula compromisoria un convenio arbitral celebrado con anterioridad al surgimiento de la controversia, a más de los requisitos arriba señalados, de ser celebrado por quien tiene la capacidad para transigir, de que el asunto sea susceptible de transacción y de que conste por escrito, nuestra ley no pide el cumplimiento de ninguno otro; en cambio, en cuanto se refiere al *compromiso arbitral*, nuestra ley solo exige que *se refiera a los hechos sobre los que versará el arbitraje*, cuando la doctrina pide que en el *compromiso* se deje constancia precisa de la controversia, de suerte tal que incluya “las pretensiones que cada una de las partes tiene en contra de la otra, las excepciones que se proponen y los hechos que constituyen la *causa petendi* de dichas pretensiones o que configuran las mencionadas excepciones”.<sup>20</sup>

### 3.- QUÉ ES UNA CLÁUSULA PATOLÓGICA

La expresión *cláusula patológica* se halla compuesta de dos vocablos que, para mejor comprender el alcance y sentido que le adjudicamos, conviene que hagamos una ligera referencia a su origen, para lo que hemos creído conveniente remitirnos al diccionario oficial de la Lengua Española, en el que, y para el efecto que nos interesa, encontramos que se define al vocablo **cláusula**, diciendo que es “*Cada una de las disposiciones de un contrato, tratado, testamento o cualquier otro documento análogo, público o particular*”<sup>21</sup>, mientras que para la palabra **patológico**, nos entrega la

---

<sup>18</sup> Jorge Hernán Gil Echeverry, op. cit., p. 15; Rafael H. Gamboa Serrano, op. cit., p. 33; Ronald Bernstein, etc., op. cit., p. 33 No. 2-81.

<sup>19</sup> Art. 5, inciso primero: “*El convenio arbitral ... someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas .....*”

<sup>20</sup> Hernando Devis Echandía, op. cit., p. 803.

<sup>21</sup> Real Academia Española, “**Diccionario de la Lengua Española**”, Vigésimotercera edición, Editorial Espasa-Calpe S.A., Barcelona, España, 2014, p. 549.

siguiente acepción: “**patológico, ca.** (Del gr. παθολογιχός.) adj. Perteneciente o relativo a la patología. // 2. Que se convierte en enfermedad. // 3. V. **anatomía patológica**”<sup>22</sup>; y al referirse a la **patología**, dice que es “Parte de la medicina que estudia las enfermedades // 2. Med. Conjunto de síntomas de una enfermedad. U. t. en sent. Fig. *Patología social*”.<sup>23</sup>

En la jerga arbitral entiéndese por **cláusulas patológicas**, entonces, aquellas cláusulas compromisorias que por adolecer de algún vicio presentan problemas para su inteligencia y aplicación por parte de los árbitros, bien sea porque declinan competencia reconociendo que no la tienen al tenor del texto arbitral en cuestión, o ya también porque asumen una competencia que en realidad de verdad no les ha sido conferida por las partes; pero puede suceder, también, y de hecho con demasiada frecuencia, que el texto de la cláusula compromisoria en virtud de la cual se formuló la demanda arbitral, sea contradictorio, oscuro, vago, etc., de tal manera que no brinde facilidad a los árbitros para de su análisis y sin temor a equivocarse, o bien asuman competencia para resolver el asunto sometido a su conocimiento, o bien la declinen declarándose incompetentes para conocer de ese juicio arbitral precisamente porque a criterio de los árbitros no existe convenio arbitral debidamente establecido en la mínima y elemental forma que quiere la ley ecuatoriana.

Y debemos señalar que, siempre en nuestra sola opinión ya que en la doctrina no hemos encontrado nada relacionado con el tema de esta charla en que podamos apoyarnos, por lo general la patología sólo se encuentra en Cláusulas Compromisorias y no en Compromisos Arbitrales. La razón para esto radica en que al momento de celebrar la cláusula compromisoria no ha surgido aún una controversia o conflicto entre las partes, sino que éstas, anticipándose a 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 la cláusula compromisoria las partes están estipulando para lo venidero, para el futuro incierto, para lo desconocido, y lo hacen anticipándose a los hechos aún no producidos.

Por el contrario, en el Compromiso, que es la segunda especie del género Convenio Arbitral, las partes lo pactan sólo luego de que entre ellas se ha producido ya un conflicto o discrepancia para cuya solución, sacándolo de la vía judicial ordinaria ante los jueces comunes, las partes celebran este convenio arbitral en el que dejan constancia de las distintas posiciones o pretensiones de cada una de ellas, e incluso de las excepciones que tienen que proponer frente a las pretensiones de la otra parte, a fin de que los árbitros, frente al caso particular e individualizado y mediante el correspondiente laudo, resuelvan la controversia. Es, pues, difícil que en este caso, en que las partes ya saben exactamente cual es el problema y lo que cada una de ellas quiere de un procedimiento tan especial como el arbitraje, se cometan

---

<sup>22</sup> Real Academia Española, op. cit., p. 1655.

<sup>23</sup> Idem.

errores tan graves como para encontrarnos frente a una patología que no permita poner en ejecución el convenio arbitral.

Es, entonces, la diferente naturaleza de la *Cláusula Compromisoria* frente al *Compromiso*, lo que hace que en esta segunda especie de convenio arbitral sea muy difícil el que se produzca una patología como aquellas que son tan comunes entrándose de la cláusula compromisoria.

Las cláusulas compromisorias devienen en patológicas solamente por su mala redacción o concepción, esto es, porque quien las elabora o redacta cae, al hacerlo en vicios que la dañan, la desnaturalizan e incluso la privan de sus efectos. De conformidad con las experiencias vividas hasta el momento, podemos identificar los siguientes tipos de cláusulas compromisorias patológicas: cláusulas alternativas, cláusulas contradictorias, cláusulas diminutas y cláusulas confusas.

“Alternativas” son, a nuestro entender, aquellas cláusulas compromisorias en que las partes acuerdan someter la solución de su litigio, bien a los jueces ordinarios, o ya también a los jueces árbitros, normalmente a elección de la parte que actúe como actor o demandante. Sin embargo, hemos también encontrado dentro de este tipo de cláusulas, alguna que no permite ejercer la opción de la alternabilidad sino solamente a una de las partes, evento en el cual nos hallamos frente a una patología más complicada aún.

Cláusulas “contradictorias” son aquellas en cuyo texto se contienen diversas estipulaciones que, en lugar de ser concordantes unas con otras y complementarias entre sí, se contradicen entre ellas, anulan o modifican sus efectos y alcances. La contradicción no siempre salta a la vista. Por el contrario, en la generalidad de los casos es preciso detenerse a estudiar profundamente la cláusula compromisoria que adolece de esta patología, para poder advertirla. La contradicción puede ser y darse de tantas diferentes maneras, que no sería posible agotar en esta oportunidad su universo de posibilidades.

Por cláusulas “diminutas” conocemos aquellas cláusulas que son tan generales, vagas y difusas, que resulta difícil para los árbitros, frente a su texto, conocer y comprender si en verdad las partes quisieron pactar arbitraje, y si en realidad lo hicieron.

Por último, encontramos un tipo de cláusulas en las que las partes han empleado una redacción tan inapropiada, que resulta difícil distinguir si en tal estipulación se contiene un convenio de arbitraje para la solución de sus controversias. A esta cláusulas las denominamos “confusas”, porque no es posible de la lectura de su texto establecer o determinar que mismo es lo que las partes quisieron pactar o prever.

La clasificación que antecede es absolutamente antojadiza y no obedece sino a mi solo criterio, por lo que reconozco que puede existir tanto tipo de cláusulas patológicas como fértil es la mente humana para crearlas; sin embargo, atendiendo

a la experiencia y a un criterio de selección de esta cláusulas sobre todo para los efectos de esta intervención mía, me he visto obligado a adoptarla y creo que, salvo error u omisión involuntarias, la que dejo planteada es una clasificación que se adecua a la realidad de las cláusulas compromisorias que se han venido empleando al menos en Quito.

#### **4.- EJEMPLOS DE CLÁUSULAS PATOLÓGICAS:**

A manera de ilustración que permita comprender la razón de la clasificación precedente y de las complejidades que este tipo de cláusulas trae para los árbitros que tienen que lidiar con ellas, pasamos a transcribir ejemplos de algunas cláusulas de este tipo que han sido conocidos y tratados en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, consignando en cada caso nuestro criterio del porqué de la patología y su clase:

##### **4.1.- Cláusulas alternativas.**

Como lo dijimos anteriormente, denominamos así a las cláusulas compromisorias en que las partes acuerdan someter la solución de su litigio, bien a los jueces ordinarios, o ya también a los jueces árbitros, normalmente a elección de la parte que actúe como actor o demandante. Veamos, pues, algunos ejemplos de este tipo de cláusulas, y nuestro criterio respecto de su validez, invalidez y efectos.

**CLÁUSULA:** 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. (7)

**COMENTARIO:** Aparece con mucha claridad que las partes han convenido en someter sus controversias o diferencias al procedimiento arbitral administrado ante la Cámara de Comercio de Quito; sin embargo, la dificultad viene al final de esta cláusula compromisoria, cuando en ella consignan una estipulación por la cual, además de renunciar fuero y domicilio, expresamente dicen “para el efecto” someterse a los jueces de lo Civil de Quito. Creo que en primer lugar habría que establecer o determinar “para cuales efectos” es que han pactado tal sometimiento a los jueces de lo Civil de Quito. ¿Será a los efectos de la controversia?, ¿será, acaso, a los efectos del sometimiento de sus diferencias al arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito? ¿erá solamente a los efectos de ejecución del laudo, en el entendido de que para que el laudo se ejecute las partes han acordado (innecesariamente, porque según la Ley es así como tiene que ejecutarse) que sea remitido a los jueces de lo Civil de la ciudad de Quito? ¿será, entonces, que es solamente a este último efecto, es decir, al de la ejecución del laudo, que las partes han fijado un domicilio especial en que la ejecución debe tener lugar, y para es que renuncian fuero y domicilio y expresamente se someten a los jueces de lo Civil de Quito?

Parece que esta última solución es la que más se adecua al texto de la cláusula en comento, evento en el cual la cláusula es válida y posible de ponerse en vigencia, pues la aparente alternabilidad en realidad no existiría, ya que los jueces de lo civil de Quito deberán intervenir solamente en la etapa de ejecución del laudo que expidan los jueces árbitros, debiendo entenderse que esta última parte de la cláusula arbitral no contiene sino la estipulación de que los jueces de lo civil que deberán intervenir en la liquidación del laudo, serán los de la ciudad de Quito, no pudiendo pedirse tal liquidación, por tanto, a los de la ciudad de Guayaquil, o de la ciudad de Cuenca, etc.

**CLÁUSULA:** 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 Rosas S.A. (denominación ficticia, pero que en la realidad es la de una de las compañías contratantes) o quién haga sus veces.  
(11)

**COMENTARIO:** Pese a que aparentemente existe cláusula compromisoria, soy del criterio de que en realidad, y por las razones que paso a anotar, no nos hallamos en el presente caso ante un convenio arbitral que pueda surtir efectos jurídicos de tal. De la lectura de esta cláusula se advierte, en primer lugar, que aparentemente se trata también de una cláusula alternativa, pues en ella se ha previsto en forma simultánea la posibilidad de acudir al arbitraje administrado de la Cámara de Comercio de Quito, o a la jurisdicción contenciosa de los jueces de lo civil de Quito. Sin embargo, la nota peculiar de esta aparente cláusula compromisoria alternativa radica en que la alternabilidad queda supeditada exclusivamente a la voluntad de una sola de las partes, en este caso la parte que hemos denominado “ROSAS S.A.”, con lo cual la otra parte de la relación o del contrato, en el evento de que requiera iniciar un juicio en contra de ROSAS S.A. para solucionar alguna controversia que se suscite, no podrá recurrir al procedimiento arbitral ante la Cámara de Comercio de Quito, sino solamente ante la jurisdicción contenciosa de los jueces de lo civil de Quito. Entonces, ¿habrá convenio arbitral si solamente una de las partes puede acudir al arbitraje? Recordemos que de conformidad no solo con la filosofía del sistema arbitral, sino también con las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación, en particular las de sus arts. 1 y 5, para que exista arbitraje cualquiera de las partes de una relación o negocio jurídico en que se haya convenido este método alternativo de solución de controversias, debe estar en la posibilidad jurídica de acudir a los árbitros en búsqueda de justicia. Repugna la sola idea de pensar que el arbitraje quede o pueda quedar solamente para que una de las partes de dicha relación pueda acudir a él.

En el caso en análisis, no habiendo la posibilidad de que las dos partes de la relación contractual puedan acudir al arbitraje, sino solamente una de ellas, por lo que a la otra le está vedado el procedimiento arbitral quedándole franqueada sola y exclusivamente la vía de la jurisdicción contenciosa ante los jueces de lo civil de

Quito, afirmo que no existe convenio arbitral, que es el género, ni por tanto, cláusula compromisoria que es la especie.

Se trata, por consiguiente, en este caso, de una patología insalvable que ha dañado de muerte a la cláusula compromisoria que probablemente fue la intención de quien redactó esta cláusula, siendo que de su texto se evidencia que el redactor de la convención, por cargar la mano a favor de una parte en contra de la otra, lo que logró fue la inexistencia de cláusula compromisoria y por tanto la inaplicabilidad, por ilegal, de esta convención que ha resultado inútil.

**CLÁUSULA:** Para el caso de controversias, renunciamos fuero y/o domicilio y toda ley o excepción que pudiere favorecerme (nos) en juicio o fuera de él, y me (nos) someto (emos), a voluntad de mi acreedor, al juicio ejecutivo o a la Ley de Arbitraje y Mediación y, en este último caso, en particular al pronunciamiento de los señores Árbitros de la Cámara de Comercio de Quito, quienes habrán de resolver en derecho y, para la ejecución de medidas cautelares, si podrán solicitar el auxilio directo de que trata el inciso tercero del Art. 9 de la ley.  
Renuncio (amos) también al derecho a interponer los recursos de apelación, de hecho y de casación de las providencias que se expidieren en el juicio (s) a que se diere lugar. (19)

**COMENTARIO:** La que antecede es una cláusula compromisoria inserta en el texto de un pagaré a la orden. Se trata de una convención absolutamente extraña y sui generis, no solo por ser parte del texto de un documento de crédito como es el pagaré a la orden, sino por los términos en que ha sido concebido. Vemos, en primer lugar, que en este documento no hay convención interpartes, sino solamente una declaración unilateral de el suscriptor del pagaré, por lo que no se estaría cumpliendo el presupuesto o requisito básico y esencial exigido por los arts. 1 y 5 de la Ley de Arbitraje Comercial, que prevé que el convenio arbitral debe ser celebrado **por las partes**, y cuando la Ley emplea el vocablo "**partes**", quiere decir más de una. Por consiguiente, esta declaración unilateral que con una especie de forma de cláusula compromisoria aparece en el pagaré en cuestión, no llega a ser un convenio arbitral ni, por tanto, cláusula compromisoria, no pudiendo surtir el efecto que aparentemente se le quiso dar.

Además, se prevé un sometimiento alternativo al juicio ejecutivo o a la Ley de Arbitraje y Mediación (con lo cual lo que han querido decir es que se someten al juicio arbitral), a la sola voluntad del acreedor, quien quiera que éste fuere (debemos recordar que siendo el pagaré un título de crédito, se transmite por simple endoso), lo que, conforme lo vimos al analizar el caso anterior, no es legal, ya que por su propia naturaleza en el arbitraje cualquiera de las partes debería poder acudir a los árbitros a que resuelvan la controversia.

Como un argumento más en el mismo sentido de dejar claramente expuesta la absoluta improcedencia de esta pseudo-estipulación arbitral, debemos señalar el hecho de que se trata de un arbitraje para ejecutar un título ejecutivo, lo que tampoco es procedente ni de conformidad con la doctrina internacional al respecto, ni tampoco de conformidad con los reglamentos de arbitraje dictados por los diferentes centros de arbitraje internacional, ni tampoco, por último, al tenor de las disposiciones de nuestra Ley de Arbitraje y Mediación. Y es que la competencia y jurisdicción que asumen los árbitros para resolver el caso sometido a su conocimiento y decisión, “*se establece para decidir y no para ejecutar*”<sup>24</sup>, y en todo caso concluye, termina, fenece, al momento mismo en que el laudo que expidan se ejecutorie. Por consiguiente, no hay árbitro que pueda dirigir un procedimiento de ejecución, pues esta etapa procesal ha sido reservada por la propia ley para el conocimiento exclusivo de los jueces ordinarios.

Estamos, entonces, frente a un convenio arbitral absolutamente patológico, por carente de requisitos, por ilegal e improcedente.

#### **4.2.- Cláusulas contradictorias.**

Cláusulas contradictorias, habíamos dicho, son aquellas en cuyo texto se contienen diversas estipulaciones que, en lugar de ser concordantes unas con otras y complementarias entre sí, se contradicen entre ellas, anulan o modifican sus efectos y alcances. Hay casos en los que se contienen en su texto tan graves contradicciones, que impiden a los árbitros asumir competencia para resolver el conflicto. Hay ocasiones en que la contradicción es manifiesta, pero también existen casos en que no lo es, y es en estos últimos en que sucede que pese a que por la simple apariencia existe cláusula compromisoria, en realidad de verdad no la hay. La contradicción puede ser y darse de tantas diferentes maneras, que no sería posible agotar en esta oportunidad su universo de posibilidades. Pasamos a revisar, entonces, algunos casos prácticos:

**CLÁUSULA:** Cualquier diferencia que surja entre las partes durante la ejecución, terminación del presente contrato o por razones de el, 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

---

<sup>24</sup> Hernando Morales Molina, **Curso de Derecho Procesal Civil**, Parte General, séptima edición, Editorial A B C, Bogotá, Colombia, 1978, p. 60.

de lo Civil de la ciudad de Quito y al trámite verbal sumario o especial a elección del demandante. (27)

**COMENTARIO:** Esta cláusula compromisoria es patológica más por contradictoria y confusa que por alternativa. Han previsto en esta convención, las partes, varias soluciones diferentes y excluyentes unas de otras, para solucionar sus diferencias. En primer lugar han pactado que sus diferencias se someterán a la decisión de una comisión integrada por un representante de la Concedente y de la concesionaria. Y hacemos notar que por un defecto de redacción, no se habría previsto un representante de cada una de las partes –que parece ser el espíritu- sino solamente un representante por las dos partes. Luego, y solo en caso de persistir la diferencia (solo podría persistir si la comisión se halla integrada por un representante de cada una de las partes), las partes se someterán a la decisión del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito; y a pesar de haber estipulado arbitraje, y a continuación de tal acuerdo, se comprometen las partes a buscar un acuerdo amigable que evite un proceso judicial. Y nos preguntamos: ¿No es el arbitraje un proceso judicial? Nosotros creemos que sí. Entonces, en la forma como está redactada esta cláusula compromisoria, aparece que el esfuerzo por buscar el acuerdo amigable que evite el proceso judicial, es posterior al arbitraje, o sea posterior al juicio arbitral. ¿Tiene sentido? A nuestro entender, por supuesto que no. Por último han convenido las partes, en que si lo anterior no fuere posible (y aquí no sabemos si lo anterior es la búsqueda del acuerdo amigable, o el procedimiento arbitral) , se someten a la jurisdicción de los Tribunales de lo Civil de la ciudad de Quito y al trámite verbal sumario o especial, a elección del demandante. Y es en esta parte del convenio arbitral que aparece recién la alternabilidad; pero advirtiendo que la alternabilidad no ha sido prevista ni pactada para que el demandante escoja entre el juicio arbitral y la justicia ordinaria, sino para que dentro de la justicia ordinaria escoja entre el trámite verbal sumario y el trámite especial. Y nos preguntamos nuevamente: ¿cuál trámite especial?

Estamos, entonces, en este caso, frente a una cláusula absolutamente patológica, porque si bien en ella hay una referencia a un sometimiento a la decisión del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, y con ello parezca haberse pactado una cláusula compromisoria, es evidente que esta convención solo tendría lugar para el caso de persistir la diferencia; pero al mismo tiempo han previsto las partes para el caso de que lo anterior no fuere posible, someterse a la justicia ordinaria en trámite del juicio verbal sumario o especial. Entonces, ¿cuándo no es posible un arbitraje? Obviamente cuando no existe convenio arbitral bien porque no se lo pactó, o bien porque las partes renunciaron a él.

Se ha producido, así, por consiguiente, una cláusula que por contradictoria resulta inaplicable, con lo cual el acuerdo arbitral ha quedado en nada.

**CLÁUSULA:** En caso de discrepancia o desacuerdo, las partes primeramente se regirán al arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito.

Para los 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. (26)

**COMENTARIO:** Es otro ejemplo de cláusula compromisoria patológica, porque primeramente pactan las partes regirse al arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, y luego, en el siguiente inciso de la misma cláusula, dicen que para los efectos de ese contrato se sujetarán a los jueces de lo Civil de la ciudad de Quito, y al trámite verbal sumario. Hemos tenido a la mano, además del documento en el que aparece esta cláusula, con la firma de las partes, el borrador de este mismo documento, en el que no consta el primer inciso de esta cláusula, esto es, que no consta la referencia al arbitraje de la Cámara de Comercio, de donde deducimos que la estipulación relacionada con el arbitraje fue tal vez un poco mecánica o automáticamente agregada a esta cláusula, sin modificar su segundo inciso. Y es por tal motivo que aparece la contradicción de habiendo estipulado primero el arbitraje, luego expresamente las partes se sujeten a los jueces de lo civil de Quito y al trámite verbal sumario. Vemos, pues, que esta cláusula adolece de una grave patología consistente en una flagrante contradicción. Hay arbitraje o hay sometimiento a los jueces de lo civil y en trámite del juicio verbal sumario, pero no puede haber los dos a la vez. Es uno solo de estos procedimientos el que debe primar; pero, ¿cuál?

Entratándose de cláusulas alternativas, en que las partes dejan a la decisión del demandante, por ejemplo, el escoger entre el arbitraje o la justicia ordinaria para el trámite del juicio que quiere proponer para resolver una disputa con la otra parte, soy del criterio de que siendo la corriente moderna cada vez más favorable al arbitraje -tanto que ahora ya se lo está sacando incluso de la órbita estrecha de lo comercial para inscribirlo en la más amplia de lo civil en sentido amplio (obviamente respetando los principios generales para la procedencia del arbitraje, como puede ser el que se trate de un asunto que admita transacción, por ejemplo)-, al menos en lo que tiene que ver con la legislación interna de Ecuador y atento lo prescrito por el art. 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación, se debe privilegiar el arbitraje frente al caso de duda. Obviamente esta posición va a encontrar fuertes reparos en quienes mantienen la posición contraria, esto es, entre quienes creen que el arbitraje debe ser pactado con toda claridad, que no debe crear duda alguna respecto a la intención de las partes, que siendo el arbitraje una especie de derogación de la competencia<sup>25</sup> estatal para juzgar, por convenio entre las partes, este convenio no debe generar ninguna duda o confusión. Pese a todo esto, afirmo que por el texto del art. 7 de nuestra Ley de Arbitraje y Mediación en concordancia con lo que prescriben los arts. 1 y 5 de la misma ley, la sola mención que hagan las partes en un documento escrito, dejando constancia de su voluntad de someter sus controversias a resolución arbitral, aun cuando en la misma estipulación exista la alternativa de recurrir a los jueces y a la justicia ordinaria, creo que existe arbitraje debidamente pactado y que por esa sola convención que menciona el arbitraje ya las partes quedan impedidas de someter el caso a la justicia ordinaria. Recordemos que la ley

---

<sup>25</sup> Hernando Devis Echandía, op. cit., p. 797.

manda, prohíbe o permite<sup>26</sup>, y que entonces bajo esta clasificación, la del citado art. 7 de la Ley de Arbitraje y Mediación es una norma prohibitiva que, por consiguiente, no admite estipulación en contrario, lo que significa que habiéndose pactado arbitraje el pacto alternativo de acudir a la justicia ordinaria es ilegal y, por consiguiente, improcedente y nulo, puesto que lo que la ley prohíbe es nulo, de nulidad absoluta.<sup>27</sup>

**CLÁUSULA:** En caso de controversias por la ejecución, interpretación, liquidación o terminación del presente contrato las partes acuerdan resolverlos mediante negociación directa, si no pueden ser resueltas por las partes, éstas se comprometen a recurrir con sus controversias ante un mediador de las Cámaras de Comercio de Quito o Guayaquil, a falta de resolución de las controversias a través de la mediación, las partes se someten a los Tribunales Arbitrales de las Cámaras de Comercio de Quito o Guayaquil y a la Ley de Arbitraje y mediación, publicada en el Registro Oficial numero 145 del 04 de Septiembre de 1997 y sus respectivos reglamentos. Los Arbitros deberán dictar su laudo en Derecho, en caso de que los árbitros dicten medidas cautelares éstas deberán ser ejecutadas por los mismos árbitros, el juicio arbitral será confidencial. (31)

**COMENTARIO:** Se trata, en este caso, de una cláusula de imposible cumplimiento, precisamente por la contradicción que ella encierra. El problema se presenta por cuanto las partes han convenido que para resolver sus controversias recurrirán, en primer lugar, ante un mediador de las Cámaras de Comercio de Quito o Guayaquil, y que si no lo resuelven en mediación, se someten a los Tribunales Arbitrales de las Cámaras de Comercio de Quito o Guayaquil. Es este el problema. ¿Ante los mediadores y ante el Tribunal Arbitral de cuál Cámara de Comercio deben concurrir para la solución de sus controversias? ¿a la de Quito o a la de Guayaquil? ¿a elección de quién? La patología se encuentra precisamente en que por el señalamiento indistinto y alternativo o disyuntivo de las Cámaras de Comercio de Quito y de Guayaquil, se ha puesto a esta cláusula compromisoria en la imposibilidad de ser ejecutada, porque en definitiva hay indefinición del Centro Arbitral que deberá administrar el arbitraje. Del texto de la cláusula en análisis no puede decirse que la designación de las cámaras de Quito y Guayaquil es la una en defecto o sustitución de la otra, pues la cláusula compromisoria menciona indistinta y disyuntivamente a la de Quito o a la de Guayaquil.

Entonces, en el evento en que se quiera aplicar la cláusula acudiendo a la Cámara de Comercio de Quito, bien puede suceder que la otra parte exija que sea la de Guayaquil la que asuma competencia para resolver la controversia, o viceversa. ¿Cuál es la que deberá hacerlo? ¿cuál tendrá primacía sobre la otra? En realidad ninguna. Estamos, entonces, como lo dije al inicio del presente comentario, ante

---

<sup>26</sup> Código Civil, art. 1.

<sup>27</sup> Código Civil, art. 9.

una cláusula compromisoria patológica de imposible cumplimiento por indefinición o, lo que es peor, por confusión y contradicción que impiden su ejecución.

#### **4.3.- Cláusulas diminutas.**

Por diminutas entendemos, lo repetimos ahora, aquellas cláusulas que son tan generales, vagas y difusas, que resulta difícil para los árbitros, frente a su texto, conocer y comprender si en verdad las partes quisieron pactar arbitraje, y si en realidad lo hicieron. En otras palabras, son cláusulas en que pese a su redacción, y en muchos casos precisamente por ella, las partes no han llegado en realidad a convenir en un procedimiento arbitral válido para la solución de sus controversias. En ejemplo de cláusula compromisoria patológica por diminuta, tenemos en la siguiente:

**CLÁUSULA:** 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. (4)

**COMENTARIO:** No existe convenio arbitral. Lo que han pactado las partes es dejar abierta la posibilidad de recurrir al procedimiento arbitral para la solución de sus litigios o divergencias, pero no hay la decisión de las partes de someter a arbitraje las controversias que entre ellas se susciten. Insisto en que hay solamente abierta la posibilidad de que las partes acuerden someterse al procedimiento arbitral, y no la decisión de hacerlo. Además, para el caso de que resuelvan acudir a arbitraje, las normas bajo las cuales lo harían son aquellas que ya se encuentran derogadas por la misma Ley de Arbitraje y Mediación, y que en todo caso son normas absolutamente superadas por la realidad legislativa actual.

#### **4.3.- Cláusulas confusas.**

Hay cláusulas compromisorias confusas y por tanto patológicas, cuando en ellas las partes han hecho constar compromisos, pactos, convenciones, etc., pero pese a lo cual y tal vez precisamente por ello, no es posible establecer o determinar que mismo es lo que quisieron pactar o prever, produciéndose así una grave confusión que impide conocer el verdadero alcance y sentido de la convención.

Quiero referir el caso singular de la cláusula que transcribo a continuación, que fue celebrada entre un abogado y su cliente, y que ha ocasionado muchas y profundas discusiones entre los árbitros de la Cámara de Comercio para poder cumplir con lo dispuesto por el Art. 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que impone a los árbitros la obligación de resolver sobre su propia competencia en la audiencia de sustanciación.

**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 sujetan a los jueces competentes de Pichincha y al trámite verbal sumario establecido por el Art. 862 del Código de Procedimiento Civil.

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.

**COMENTARIO:** En el numeral 6.2. de esta cláusula han previsto las partes la posibilidad de reclamación judicial, y expresamente han contemplado también la eventualidad de que algunos casos se hallen fuera de arbitraje, supuesto para el cual también de forma expresa han resuelto sujetarse a los jueces competentes de Pichincha y al trámite verbal sumario establecido en el art. 862 del Código de Procedimiento Civil. El art. 862 del CPC se refiere a la controversia entre el abogado y su cliente por el pago de honorarios, para la cual la Ley ha previsto el trámite de un juicio verbal sumario especial, en el que no existe recurso de apelación. Debemos admitir que de esta manera han querido las partes, en este numeral 6.2., dejar abierta la posibilidad de acudir al procedimiento arbitral. Sin embargo, es oportuno preguntar, entonces, ¿a cuáles reclamaciones judiciales fuera de los casos de arbitraje se refiere, que no sea otro que la controversia entre abogado y cliente por el pago de honorarios, por la expresa referencia al art. 862 del Código Procesal Civil?

Luego, en el numeral 6.3., contemplan ya el acuerdo expreso de someterse a arbitraje, pero en la estipulación pertinente se dice que lo harán 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. Importa advertir que adicionalmente y a continuación las partes han convenido que el arbitraje será administrado y de derecho. Encontramos aquí, entonces, en primer lugar, que hay pactada una alternabilidad, o sea la posibilidad de escoger entre el arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito o el del Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Quito. Mas sucede que esta alternabilidad o facultad de elección es imposible de cumplir, máxime si se trata de un arbitraje administrado, si la parte actora elige acudir con su demanda ante el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Quito, ya que este Tribunal de Honor no es un Centro de Arbitraje debidamente constituido, autorizado y registrado para funcionar como tal, por consecuencia de lo cual no está habilitado para administrar un procedimiento arbitral, de conformidad con lo que al respecto dispone la ley de la materia.<sup>28</sup>

En esta cláusula compromisoria encontramos varios de los vicios a los que hemos venido refiriéndonos. Existe contradicción, pues por una parte se sujetan a los jueces competentes de Pichincha y al trámite verbal sumario, mientras que por otra parte y también de forma expresa se pacta arbitraje administrado. Existe también

---

<sup>28</sup> Ley de Arbitraje y Mediación, arts. 3 y 39, entre otros.

confusión, pues se pacta expresamente la posibilidad de acudir con un arbitraje administrado ante un organismo sin personalidad jurídica que no está constituido como un centro arbitral y que, por ende, no está legalmente habilitado para administrar un proceso arbitral. Se produce también una alternabilidad, no solo entre los jueces competentes de Pichincha y los árbitros, sino entre un proceso arbitral administrado por la Cámara de Comercio de Quito y otro también administrado por el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Quito.

Este complicado problema suscitado por la defectuosa redacción de una cláusula que se pretendió compromisoria, ha sido resuelto de la siguiente manera:

“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”. 2.- De acuerdo con lo previsto en el primer inciso del Art. 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación, 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”. 3.- Al respecto y en cuanto a la alegación de incompetencia de este Tribunal, constante a fojas 7 de la contestación a la demanda, que se sustenta básicamente en que fueron las partes las que se sometieron al arbitraje y no sus controversias, el Tribunal considera que más allá del simple tenor literal, es obvio que la expresión “las partes se someten a arbitraje,” se trata sin lugar a equívoco, de una forma de expresar la voluntad de someter sus controversias a resolución de los árbitros. Así, el Tribunal considera que en el presente caso existe el acuerdo de voluntades de las partes de someter controversias provenientes de una determinada relación jurídica -esto es de la originada en el denominado contrato de prestación de servicios- a un Tribunal Arbitral, cumpliéndose en consecuencia, el requisito establecido en la Ley; por lo que es inadmisibles la alegación de incompetencia referida; 4.- En cuanto a la excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral que consta a fojas 9 y 10 de la contestación a la demanda, que el demandado fundamenta en que el Juzgado Segundo de lo Civil de Pichincha “ se anticipó y previno en el conocimiento de este asunto”, el Tribunal, considera inadmisibles la alegación referida, por cuanto el proceso al que alude la parte demandada se trata, como aparece de autos, de un requerimiento judicial de pago y no un juicio, y por lo tanto no afecta ni puede afectar a su competencia, ni puede dar lugar a pensar que habría “litis pendencia. 5.- De otro lado, de acuerdo con el mismo Art. 5 antes citado, el único requisito formal para que un convenio arbitral sea válido y suficiente, es que conste por escrito, ya sea en un documento único o que resulte del intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación; lo que se cumple perfectamente en el presente caso, pues hay una expresión escrita de las partes de someterse a esta jurisdicción arbitral en el contrato antes mencionado 6.- El Tribunal considera además, que no hay disposición legal alguna que impida pactar jurisdicciones alternativas, lo cual mas bien es frecuente en la práctica, debiendo atenderse a la expresión de la voluntad de las partes de someterse a esta jurisdicción

arbitral. 7.- El Tribunal al momento de dictar su laudo resolverá lo pertinente sobre las excepciones y alegaciones de nulidad del contrato y del convenio arbitral.

Por lo mencionado anteriormente, este Tribunal se declara competente para conocer y resolver el presente caso, el mismo que se tramitará en derecho.

**VOTO SALVADO DR. XX (nombre del árbitro).-**

El artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone que:

"El convenio arbitral es el acuerdo 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 contractual o no contractual.

El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje.

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

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

La cláusula Sexta del contrato de prestación de servicios profesionales suscrito entre ... (la empresa) S.A y el Dr. NN. (nombre del abogado) reza:

"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 sujetan a los jueces competentes de Pichincha y al trámite verbal sumario establecido por el Art. 862 del Código de Procedimiento Civil.

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".

De las normas legal y contractual transcritas se desprende:

Primero: que "el convenio contractual 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 ŠŠ.", lo cual implica que se ha de determinar con claridad y sin que haya lugar a duda, la voluntad de someter a arbitraje todas o ciertas diferencias (especificándolas) que surjan entre ellas. Segundo: El inciso 2do. Del propio Art. 5 de la LAM señala que cuando el convenio arbitral no conste del texto del negocio jurídico principal, ha de existir "determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere". Si bien en la materia la cláusula arbitral es parte del contrato principal, no hay duda de que el legislador exige que las partes determinen de forma tal que no haya dudas (inequívoca) el tema que sujetan a arbitraje. Tercero: El párrafo 6.2 de la cláusula Sexta del Contrato determina que: "Para el caso de reclamación judicial, fuera de los casos de arbitraje, se sujetan a los jueces competentes de Pichincha y al trámite verbal sumario establecido por el Art. 862 del Código de Procedimiento Civil", lo cual implica una redacción ambigua y que puede inducir a confusión al ser imposible determinar qué asuntos se someten a jurisdicción ordinaria y cuáles a arbitraje; más aún cuando el Art. 862 del Código de Procedimiento Civil se refiere expresa y unívocamente al proceso especialísimo que se aplica para dirimir ante los jueces de lo civil las controversias sobre honorarios (como el presente caso) se susciten entre abogado y cliente. Sería por tanto lícito concluir que según la intención de las partes del Contrato, las controversias sobre honorarios se han de sujetar al trámite establecido en el Art. 862 ibídem. Cuarto: El párrafo 6.3 de la cláusula Sexta del Contrato dispone que 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 del actor, lo cual genera fundada dudas respecto a su intención y voluntad. En efecto, no hacen referencia a la Ley de Arbitraje y Mediación, el Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Quito, no es un centro de arbitraje, por lo que las partes deberían pactar procedimientos y firmas para que el indicado Tribunal de Honor se convierta en árbitro, además de contar con su aceptación siempre que las normas que le rijan así lo permitan. Quinto: Si bien es verdad que la Cámara de Comercio de Quito y sus tribunales arbitrales han aplicado un amplio criterio para declarar su competencia aún con vista de cláusulas vagas e imprecisas, no es menos cierto que es deber del juzgador, en guarda de la seriedad y confiabilidad de los procesos arbitrales, velar porque las partes, de manera inequívoca, hayan acordado someter sus controversias al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito. En consecuencia, el Tribunal se inhibe de conocer esta causa por falta de competencia. Notifíquese".

## 5.- CLÁUSULA COMPROMISORIA:

Vimos ya anteriormente en este mismo trabajo lo que es una cláusula compromisoria, y por ello no debemos detenernos más en este tema, sino solo para manifestar que sin perjuicio de nuestro criterio de que en homenaje a las modernas corrientes sobre arbitraje es aconsejable, en el caso de duda, aplicar el principio pro-arbitraje, es decir, que ante la duda debe admitirse la existencia del convenio arbitral, sin perjuicio de esta posición, repito, y con la finalidad de precisamente evitar las dudas que siempre repercuten de mala manera en el arbitraje, es conveniente y necesario que se tomen todas las precauciones posibles a fin de lograr que en los convenios arbitrales, y sobre todo en las cláusulas compromisorias que redactemos, lo hagamos de tal manera que nunca se presente la duda de si existe pactada, o no, ni sobre sus efectos.

*“Para ser válidos, los términos de un convenio arbitral deben ser claros y ciertos. ... Un convenio arbitral es nulo si sus términos son inciertos o en ellos no hay clara referencia al arbitraje”*, dicen los autores David St. John Sutton, John Kendall and Judith Gill en su obra **“Russell on Arbitration”**<sup>29</sup>.

Por consiguiente, aplicando este consejo, creeríamos que la mejor manera de celebrar un convenio arbitral es redactándolo en idioma claro, directo, cierto y concreto, e incorporando en él todas las prescripciones mínimas y además las que aconseja el sentido común, en el entendido de que al menos nosotros, los abogados, debemos procurar evitar a nuestros clientes problemas futuros, y no creárselos con una redacción deficiente de una cláusula compromisoria. Pero como cada convenio arbitral, según su clase y naturaleza, debe reunir sus propios requisitos, paso a señalar los requisitos mínimos que en mi criterio y de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación y los reglamentos de los más importantes centros de arbitraje internacional, deben contener las cláusulas compromisorias, según se trate de arbitraje nacional o internacional, o de entidad del sector público:

### **Arbitraje Nacional:**

La cláusula compromisoria puede ser de dos clases: **a)** La que se inserta y consta en el texto del contrato al cual se refiere; y, **b)** la que se celebra por documento separado del contrato al cual se refiere.

**Cláusula inserta en el texto del contrato:** En este primer caso la cláusula compromisoria debe contener estipulación al menos sobre los siguientes aspectos:

- El convenio de someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias debidamente identificadas, que puedan surgir entre las partes respecto de la relación jurídica o negocio al que se refiera el contrato en el cual se la contiene;
- Si el arbitraje será independiente o administrado, y en este último caso, el centro de arbitraje que bajo sus propias reglas o las que se dicten o convengan las partes, debe administrar el procedimiento arbitral;

---

<sup>29</sup> Op. cit., p.27, No. 2-002.

- Si el arbitraje será en derecho o en equidad;
- El número y forma de designación de los árbitros;
- El lugar del arbitraje;
- Las reglas o normas de procedimiento que deberán regir el arbitraje;
- Si los árbitros podrán decretar medidas cautelares;
- Si el procedimiento arbitral será o no confidencial; y,
- El idioma del arbitraje.

**Cláusula compromisoria celebrada por documento separado:** En este caso, además de todos los requisitos antes señalados para la cláusula compromisoria inserta en el texto del mismo contrato al que se refiere, debe contener, lo siguiente:

- Plena identificación de las partes contratantes, con la indicación de sus nombres, apellidos, profesiones, estado civil y domicilio, en el caso de personas naturales, y de tratarse de personas jurídicas, su denominación o razón social y los nombres y apellidos de quien comparece por ella, con la designación de su cargo y facultades para representarla, o referencia al poder para actuar a su nombre;
- Perfecta identificación del contrato, relación jurídica o negocio al cual se refiera la cláusula compromisoria;
- Señalamiento del tipo de controversias para el cual se lo pacta, en el caso de no convenirlo para solucionar todas las controversias que entre las partes se susciten con ocasión o por motivo de tal contrato o negocio jurídico.

#### **Arbitraje Internacional:**

La cláusula compromisoria para el arbitraje internacional puede también ser de las mismas dos clases que para el arbitraje nacional. Por consiguiente, a más de los requisitos inmediatamente antes señalados para el arbitraje nacional, debe contener también los siguientes:

- Determinación de la legislación sustantiva aplicable al contrato, relación jurídica o negocio al que se refiere el arbitraje;
- Señalamiento de las reglas internacionales de procedimiento que regirán el arbitraje.

#### **Arbitraje Sector Público:**

Si una de las partes es una entidad del sector público ecuatoriano, básicamente, deberá cumplir los mismos requisitos arriba detallados para la cláusula compromisoria inserta en el texto de un contrato, con la salvedad de que, por ejemplo, la forma de designación de los árbitros debe necesariamente constar en el convenio arbitral, a diferencia de lo que sucede cuando las dos partes son del sector

privado, en que este aspecto no es indispensable que se haga constar en la cláusula compromisoria.

Además, debe figurar en el convenio arbitral una renuncia expresa a la jurisdicción ordinaria por parte de la entidad del sector público, suscrita por quien tenga competencia y facultad para contratar a nombre de esa entidad.

## **CONCLUSIÓN:**

Para concluir y como comentario general respecto de lo que debe contener la cláusula compromisoria, debo recordar que los árbitros dictan una sentencia o laudo que resuelve en última, definitiva e inapelable instancia la controversia llevada a su conocimiento. Y es que la facultad de juzgar, de que se hallan investidos los árbitros, por expresa permisión legal, nace de la voluntad de las partes expresada en ese instrumento escrito que llamamos convenio arbitral. Por ello es menester que todos quienes de alguna manera estamos involucrados en esta noble como importante actividad del arbitraje, así como también todos aquellos cuyos intereses y derechos se ponen en manos de los árbitros, hagamos un esfuerzo cada vez mayor para dotar al arbitraje de todas las garantías de seriedad, acierto, agilidad y transparencia, de suerte tal que con sus resoluciones se conviertan en un motor generador de confianza y seguridad jurídica que contribuya con dinamismo al logro de una nueva sociedad.

A ello estamos todos comprometidos, y el primer paso en esta orientación lo debemos dar todos quienes de alguna manera, por intereses propios o a nombre de terceros, estamos obligados a velar porque las cláusulas compromisorias que se redacten cumplan con la filosofía de la ley y de esta institución jurídica del arbitraje, al mismo tiempo que satisfagan los intereses de las partes involucradas en el contrato en cuestión, logrando cláusulas compromisorias claras, concretas, completas y transparentes, pues tal es la mejor herramienta de que pueden dotar a los árbitros para que puedan cumplir su delicada misión de administrar justicia.