

# Las reglas de interpretación del negocio jurídico aplicadas a la cláusula arbitral como mecanismo de distinción entre una cláusula suficiente o patológica

*The rules of interpretation of the legal business applied to the arbitration clause as a mechanism of difference between a sufficient or pathological clause*

**Carlos Villacreses Valencia\***

Investigador jurídico independiente

**Martín Urbano Esparza\*\***

Investigador jurídico independiente

## Información del artículo

Original – Ruptura, 2021

Artículo recibido / Received:

Artículo aceptado / Accepted:

## Citación

Villacreses, C. y Urbano, M. (2021). *Las reglas de interpretación del negocio jurídico aplicadas a la cláusula arbitral como mecanismo de distinción entre una cláusula suficiente y patológica*. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Edición 2021, p (357-388).

DOI: 10.26807/rr.v3i03.80

**Resumen:** La naturaleza convencional del arbitraje permite a las partes abstraerse de la justicia ordinaria y someter una eventual disputa a este

\* Estudiante de Jurisprudencia y Finanzas de la Universidad San Francisco de Quito. Miembro elegido para la SEJUR (Sociedad de Estudiantes de Jurisprudencia) periodo 2018-2019. Correo electrónico: cvillacreses1@estud.usfq.edu.ec

\*\* Estudiante de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Miembro elegido para la SEJUR (Sociedad de Estudiantes de Jurisprudencia) periodo 2020-2021. Correo electrónico: murbanoe@estud.usfq.edu.ec

método alternativo de resolución de controversias. El convenio arbitral ha de ser formulado de forma suficiente, de modo que las partes expresen su inequívoca voluntad de someterse al sistema arbitral. Sin embargo, es común observar la insuficiencia de dicha cláusula, ya sea por limitaciones lingüísticas o errores en la técnica de redacción empleada que vuelven necesaria la intervención del juzgador para delimitar el alcance del texto que adolece de una patología.

Para ello, el ordenamiento jurídico prevé reglas de interpretación del negocio jurídico y el contrato, contenidas a partir del artículo 1576 del Código Civil. En el presente trabajo se examinará la naturaleza negocial del arbitraje, la importancia de la voluntad dentro del convenio arbitral, la diferencia entre la cláusula suficiente y patológica junto a un análisis de las reglas de interpretación del contrato y su correcta aplicación dentro de la problemática descrita en el párrafo primero.

**Palabras clave:** Arbitraje, cláusula arbitral, cláusula patológica, voluntad, interpretación.

**Abstract:** *The conventional nature of arbitration allows the parties to abstract from ordinary justice and submit a possible dispute to this alternative method of dispute resolution. The arbitration agreement must be sufficiently formulated, so that the parties express their unequivocal will to submit to the arbitration system. However, it is common to observe the insufficiency of this clause, whether due to linguistic limitations or errors in the technique that make the intervention of the judge necessary to delimit the scope of the text that suffers from a pathology.*

*For this reason, the legal system provides for rules of interpretation of the contract, contained in article 1576 of the Civil Code. This paper will examine the consensual nature of the arbitration clause, the importance of the will within the arbitration agreement, the difference between the sufficient and pathological clause together with an analysis of the rules of interpretation of the contract and its correct application within the problem described in the first paragraph.*

**Keywords:** Arbitration, arbitration clause, pathological clause, willfulness, interpretation.

## **Introducción**

La claridad y entendimiento del contenido contractual es el presupuesto idóneo para el cumplimiento y determinación del alcance de las obligaciones en él estipulados. Principios como la buena fe en materia contractual evocan al buen entendimiento y expresión de la voluntad concurrente de las partes durante toda la etapa de conformación volitiva, desde la creación de las tratativas o fase precontractual hasta la etapa final de ejecución y cumplimiento. Sin embargo, creer que el texto será siempre de claridad inequívoca es una afirmación ingenua. Hay que reconocer las limitaciones del lenguaje y de la técnica empleada para la redacción del contenido contractual, elementos que no significa una ausencia de voluntad o voluntad discordante sino únicamente una “patología” dentro de la cláusula contractual.

Dicho lo anterior, y reconociendo la naturaleza contractual del arbitraje y su conformación a través de la cláusula arbitral, el problema subsiste. Ante lo cual es indispensable la labor judicial de interpretar la cláusula arbitral conforme los principios que establece el ordenamiento jurídico para el efecto. A continuación, se hará un breve análisis sobre la conformación del proceso volitivo en el negocio jurídico, en la cláusula arbitral, se explicará las reglas de interpretación del contrato y la definición doctrinaria de la cláusula arbitral suficiente y patológica, con lo cual, posteriormente se propondrá la aplicabilidad de dichas reglas al convenio arbitral.

### **I. La Manifestación de la voluntad como requisito de validez de la cláusula arbitral**

#### **1.1. La relevancia jurídica de la voluntad**

El artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante LAM) define al convenio arbitral como: “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” (LAM, 2006). Con tal fundamento, cabe inferir la existencia de dos elementos trascendentales a nuestro

análisis: en primer lugar, la palabra “acuerdo”, que enfatiza el rol fundamental que cumple la voluntad dentro de la cláusula o convenio arbitral, -dado que, sin dicho elemento toda la definición subsiguiente carecería de sentido- en segundo lugar, la voluntad plasmada en un medio escrito, pueden ser el instrumento suficiente para desplazar la competencia de los jueces naturales hacia los mecanismos alternativos de solución conflictos.

En la misma línea, cabe señalar que cuando hablamos de “acuerdos”, se intuye la existencia de un negocio jurídico que cumple los elementos de “hecho jurídico”, “del ser humano”, “lícito e intencional” que despliega efectos *inter-partes*, siendo el principal una obligación mutua y exigible ante un tribunal (Alessandri, 1996). Como todo negocio jurídico, el ordenamiento ecuatoriano exige como requisitos de validez la voluntad, el objeto lícito, la causa lícita, capacidad y solemnidades esenciales para ciertos casos (CC, 2005, art.1461). Siendo la nulidad del negocio la sanción prevista como supuesto jurídico a la ausencia de cualquiera de estos elementos.

En virtud de aquello, se debe precisar que no debe confundirse la nulidad del contrato con la nulidad de la cláusula arbitral, puesto según Fernández (2016) la doctrina jurídica estableció el principio de separabilidad como vía para exigir al juez un doble análisis de validez; sobre el contrato y sobre la cláusula.

Hay que señalar que el principio de separabilidad será analizado posteriormente dentro de este trabajo; sin embargo, para el presente acápite es relevante mencionar lo siguiente: La cláusula arbitral es un negocio jurídico independiente del contrato, a pesar de estar de que pudiera estar contenido dentro del mismo; y la cláusula arbitral debe cumplir con los elementos esenciales de todo negocio jurídico para desplegar sus efectos (Roca, 2013).

## **1.2. La voluntad en el negocio jurídico**

En principio, la voluntad es necesaria y suficiente para crear, regular y cumplir lo pactado dentro del negocio. Para Alessandri (1996), en el contrato “juega un rol preponderante el consentimiento de las partes, puesto que consiste en el acuerdo de voluntades conexas destinadas a crear una obligación que liga a las partes que lo celebran” (p. 21). Hay

que señalar un aspecto fundamental, según el mismo autor, el consentimiento “no nace por generación espontánea ni de repente, sino que se forma mediante el concurso de dos actos sucesivos; la oferta y la aceptación” (p. 21).

Para llegar a la aceptación, es necesario seguir un “*Iter Contractual*” (Alessandri, 1996), concepto que nace de un razonamiento lógico, y que, según Ducci (2012) se compone de 3 etapas: (i) etapa de negociación o preparación del contrato; (ii) Etapa de celebración del contrato (momento donde nacen los derechos y obligaciones para las partes); y, (iii) Etapa de cumplimiento del contrato (p. 43).

En la etapa de negociación o preparación del contrato, las partes discuten el contenido de las cláusulas que producirán obligaciones futuras. Alessandri hace hincapié en la diferenciación del Código respecto a las tres clases de elementos del contrato: “las cosas propias de su esencia, las de su naturaleza y las meramente accidentales” (Ducci, 2012, p. 43).

Para efectos del convenio arbitral, cobra importancia el elemento accidental. Lo cual se refiere a especialmente a cláusulas que “ni esencial ni naturalmente pertenecen al contrato, y que las partes agregan por medio de cláusulas especiales” (Dicci, 2012, p. 31). Por esto, dado que el arbitraje necesariamente debe ser pactado, y sin la cláusula arbitral el juez ordinario es el competente para el conocimiento de la eventual controversia, la cláusula arbitral es un elemento accidental guiado bajo un régimen especial debido al principio de separabilidad.

Pese a que la manifestación de voluntad en nuestro sistema es suficiente y necesaria para producir efectos como:

Exteriorización o manifestación realizada por medio de la mímica, el lenguaje hablado, los signos, palabras la carta y en general todo medio que pueda dar testimonio inequívoco de que el sujeto tiene voluntad de encaminar sus actos hacia la obligación. (Meza, 2010, 66)

La cláusula arbitral en nuestro sistema requiere ser escrita. La razón es que nuestra normativa arbitral asume el medio escrito como el medio

más idóneo para recoger la voluntad de las partes, esto funciona como un requisito *ad probationem* (LAM, 2006, art.5).

Sin embargo, la ausencia de un medio escrito no presupone la ausencia de voluntad de someterse al convenio arbitral pues no se trata de un requisito de solemnidad esencial. No cabría entonces alegar ante un tribunal que la cláusula arbitral ha sido pactada verbalmente; sin embargo, tampoco es impedimento para someterse a arbitraje que el medio escrito se aleje del formalismo de la escritura pública o el contenido del contrato. En síntesis, la cláusula arbitral puede ser pactada por cualquier medio escrito, ya sea cartas o una aceptación tácita de la voluntad que tenga como base un texto. Será rol del juez el determinar si el medio presentado por las partes es lo suficientemente idóneo para conducir inequívocamente al arbitraje.

### **1.3. La autonomía de la voluntad en el convenio arbitral**

Sobre la autonomía de la voluntad en materia arbitral, la doctrina menciona que:

El arbitraje tiene su origen, en un acuerdo de voluntades que efectúan las partes en base al principio de la libre disposición que, [...] cuando predomina el interés individual permite la existencia de sistemas jurisdiccionales distintos de los propios tribunales del Estado para restaurar el interés privado. (Meza, 2010, 68)

El autor se refiere entonces al arbitraje como una expresión de la autonomía de la voluntad manifestada en la voluntad contractual que, lejos de violentar un orden constituido de administración de justicia, permite que el interés propio de los particulares permita a estos someter una eventual disputa a un juez ajeno al natural. Entendido en su sentido más esencial el principio de autonomía de la voluntad permite toda acción que no esté manifiestamente prohibida por Ley ni sea contraria a las buenas costumbres o el bien común.

Para el mismo autor:

Con el reconocimiento constitucional al arbitraje se está consagrando tácitamente el principio de autonomía de la voluntad y [...] ninguna otra declaración de voluntad de un sujeto manifiesta más plenamente la autonomía de su voluntad que el convenio arbitral que retira a la justicia ordinaria y a sus órganos la facultad de dirimir y resolver sus conflictos. (Meza, 2010, 70)

De acuerdo con Roca Martínez (2013), tal es la fuerza de las partes manifestada en el convenio arbitral que es capaz de arrebatar una potestad pública de administración de justicia y ponerla en manos privadas. Un ejercicio que históricamente ha sido realizado por parte del Estado debido a su potestad de imperio es abstraído de él por la voluntad de los eventuales litigantes.

## **II. La naturaleza de la cláusula arbitral**

El profesor Miguel Salvat aporta la siguiente definición:

Los negocios jurídicos son manifestaciones de voluntad, concordantes, inequívocas y opuestas. Que se gravan mutuamente en la celebración del negocio jurídico y pretenden atar a ambas partes a un contenido obligacional exigible y pleno. (Salvat, 1935, 78)

Con respecto a la cláusula arbitral, cabe decir que coexiste como un negocio jurídico principal o accesorio dependiendo de su fuente, en el cual las partes se obligan a que determinadas o futuras controversias que hayan surgido o puedan surgir serán resueltas abstrayéndose de sus jueces naturales.

En extensión a lo dicho, la jurisprudencia mexicana, ha definido a la cláusula arbitral como un acto concreto, mediante el cual las partes ejercen su libertad contractual y autonomía de la voluntad para someter a un procedimiento arbitral las diferencias que provienen de una relación jurídica contractual o extracontractual determinada (Corte Suprema Mexicana. Proceso No. I.30.C.941, 2013). Con este antecedente, se puede establecer sin lugar a duda el carácter negocial que tiene la cláusula arbitral, en tanto es un acuerdo voluntario donde las partes se han obligado a que un tercero resuelva sus actuales o futuras controversias.

Otro elemento que nos permite determinar a la cláusula arbitral como un negocio jurídico, es la disposición de la LAM que prescribe:

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. (LAM, 2006, art.5)

Como se puede apreciar directamente de la Ley que regula la materia arbitral ecuatoriana, la cláusula arbitral tiene un carácter negocial y, por tanto, gran cantidad de sus reglas de interpretación se encuentran recogidas en aquellas que permiten interpretar un negocio jurídico en forma general.

### **2.1. El principio de separabilidad aplicado a la interpretación de la cláusula arbitral.**

Sobre el principio de separabilidad, la LAM no hace reconocimiento expreso alguno; sin embargo, el objetivo de que el proceso arbitral pueda sustanciarse como en inicio fue la común intención de las partes, el derecho comparado y un utilitarismo práctico provocan la necesidad de separar a la cláusula arbitral del contrato principal. Sobre el principio de separabilidad la doctrina reconoce:

Su justificación lógica proviene de reconocer que la cláusula arbitral es un acuerdo distinto, que puede nacer –y sobrevivir– en forma independiente del contrato. Es separable porque es una convención que no recae, como las restantes cláusulas, sobre los derechos y obligaciones sustanciales del contrato sino sobre el derecho de acción, aunque el instrumento que las contiene es el mismo, su objetivo es diferente, ya que unas se dirigen a crear derechos de naturaleza sustancial, mientras que la cláusula arbitral tiene por objeto reglar el derecho de acción que corresponde a aquellos. (Caivano, 2015, 11)

En contraste a la general aceptación de que la cláusula arbitral es independiente y separada del contrato que tiene por antecedente, autores como Rosen (1994) manifiestan, que “formular el principio de separabilidad puede ser criticado desde puntos de vista lógicos y prácticos” (p. 599). Reuben (1997), por su parte, critica al principio de separabilidad

por cuanto lo considera un tanto confuso y contrario a la misma, además afirma que: “en muchas ocasiones es casi imposible separar a un contrato de la cláusula arbitral, ya que lo que lleva a las partes a las controversias se derivan de un mismo contrato que también incluye el convenio arbitral” (p. 577).

Haciendo referencia a una crítica de carácter práctico, Caivano (2015) manifiesta que, “se ha puesto en duda la imparcialidad de árbitros para decidir si la cuestión es arbitrable, con base en su interés económico en sostener su propia competencia para obtener la totalidad de los honorarios” (p. 12). Sin embargo, es necesario destacar la importancia y mantener la aplicación del principio de separabilidad, pues permite la eficacia del arbitraje, al no dejar que las partes utilicen una causal de nulidad que afecte al contrato y sin previo análisis aleguen que también es nulo el convenio arbitral.

En este sentido, cabe realizar una precisión muy importante, pues el principio de separabilidad no impide que la cláusula arbitral se vea afectada por una misma causal de nulidad encontrada en el contrato ni mucho menos que no se pueda discutir sobre la validez o existencia del convenio arbitral, siempre que dicha controversia se sustancie de manera independiente al contrato que se pretenda discutir:

Existe una necesidad práctica perentoria de desvincular el convenio arbitral del contrato al que se refiere y, a menudo, en el que se inserta. El principio de autonomía del convenio arbitral resulta esencial para poder hacer efectiva la cláusula en todos los casos en que el contrato resulte nulo o ineficaz y, precisamente, para determinar el alcance y consecuencias de esa nulidad o ineficacia. (Fernández, 2016, 595)

La separabilidad lleva aparejadas importantes consecuencias. Si el contrato principal viola el orden público por ser un contrato ilícito, ello es causa de la nulidad del contrato, pero no de la del convenio de arbitraje inserto en el mismo; únicamente si el propio convenio es contrario al orden público, este sería nulo. Dicha separabilidad posibilita la inclusión de ambos elementos en un régimen jurídico distinto, incluso en cuanto a la ley nacional en su caso aplicable, respecto al régimen aplicable al resto del contrato; esto explica que podamos encontrarnos ante una cláusula arbitral válida incluida en un contrato que es nulo o que ha caducado. (Fernández, 2016, 597)

Por ello y a manera de conclusión se puede decir que el principio de separabilidad permite que se torne eficaz el convenio arbitral, puesto que acepta perfectamente que la nulidad o la invalidez de un contrato pueda ser discutida frente a un tribunal arbitral, ya que, si el contrato es declarado nulo o inválido, la antedicha declaratoria no le afecta al convenio arbitral, salvo que las mismas causales afecten a este.

### **III. La Cláusula arbitral suficiente y la cláusula arbitral patológica**

#### **3.1. Cláusula patológica**

Una vez expuesto que la cláusula arbitral tiene un carácter negocial que, además es independiente del contrato que se pretenda discutir en un proceso arbitral, es esencial que el convenio arbitral reúna ciertos requisitos formales que lo doten de validez y permitan su existencia. Por otra parte, también cabe decir que dicho acuerdo debe ser capaz de producir los efectos que las partes desearon al momento de su estipulación, esto es, renunciar a la justicia ordinaria y someterse a un método alternativo de resolución de conflictos. Es allí donde aparece la muy conocida cláusula patológica, y sus reglas de interpretación, pues no son pocos los casos donde resulta difícil determinar si un convenio específico tenía la intención de someter sus controversias a arbitraje con todas las implicaciones que conlleva.

La cláusula patológica es definida como por la doctrina como “un convenio arbitral insuficiente que, por defectos de redacción, errores en la determinación de sus elementos constitutivos o insuficiencia en el contenido, resulta ineficaz para iniciar un arbitraje” (Yepes, 2019, 14). Cabría decir entonces que la cláusula patológica es aquella que, por ambigüedad en su redacción, por falta de información, por falta de previsibilidad sobre algún tema específico, no es capaz de surtir efectos eficazmente, debido a que permite que la justicia ordinaria pueda declarar su competencia para resolver las controversias, o de que el tribunal arbitral puede declararse incompetente para resolver una disputa en específico.

En este sentido, la doctrina ha hecho distintos reconocimientos a las cláusulas arbitrales patológicas que ya sea por su oscura redacción, por no pactar ciertos mecanismos relacionados a la designación de los árbitros o por no acordar si el arbitraje será administrado o independiente, al momento de surgir controversias el proceso arbitral se pueda frustrar patologías más comunes se pueden encontrar respecto a varios temas, y cave insistir que no son pocos los casos en donde se le pueden presentar problemas al tribunal arbitral, al momento de decidir su competencia debido a una cláusula oscura que no permite determinar una voluntad unívoca sobre el sometimiento al método alternativo de resolución de controversias.

Por lo mencionado *ut supra*, y antes de entrar a analizar las posibles y más frecuentes cláusulas patológicas, para concluir en su definición, se hace importante citar a Armando Serrano, quien expresa que en el arbitraje se entiende por cláusula patológica lo siguiente:

En la jerga arbitral entiéndase 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, obscuro, 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. (Serrano Puig, 2013, 11)

### 3.2. Efectos de ineficacia de la cláusula patológica

Sobre la eficacia en general de los actos jurídicos, Rubio (2019) señala que “consiste en la aptitud de este para producir los efectos pretendido por el sujeto o los sujetos que lo realizan” (p. 11). En este sentido, tam-

bién vale acotar que, para la doctrina, pueden existir 4 posibles casos de ineficacia a los que se puede ver expuesto un acto jurídico:

Parcial: Cuando el acto produce algunos de sus efectos o cuándo los produce solo para ciertos sujetos y no para todos los que celebraron el acto jurídico.

Total: Cuando no produce ninguno de los efectos que las partes buscaron conseguir, para ninguno de los sujetos que celebraron el acto jurídico.

Temporal: Cuando el acto jurídico no puede producir efectos hasta determinado momento. Este puede ser el caso de actos jurídicos que se celebran, pero se encuentran condicionados, atados a un modo o plazo.

Permanente: Cuando el acto jurídico no podrá producir ninguno de sus efectos jurídicos en adelante, por ejemplo, un acto revocado, rescindido, prescrito o nulo. (Rubio, 2019, 11)

En materia arbitral se entiende que una cláusula arbitral produce efectos positivos y negativos relacionados con su eficacia. En cuanto a los efectos positivos, son aquellos que consisten en permitir a los árbitros el conocer y resolver sobre una determinada controversia porque así lo han pedido las partes, y acerca de los efectos negativos, se dice que éstos son aquellos que no permiten o impiden que un juez de justicia ordinaria pueda decidir en una determinada causa por la existencia de una cláusula arbitral. Bajo este contexto, cabe inferir que la cláusula patológica es aquella que por alguna ambigüedad o por alguna falta de precisión no es capaz de producir los efectos antes descritos o deseados por las partes.

### **3.3. Cláusulas patológicas más comunes**

#### **3.3.1. Cláusulas facultativas**

Son aquellas en las que “no se define si la voluntad de las partes es someterse a arbitraje, pues dejan abierta la posibilidad de acudir a la jurisdicción ordinaria” (Yepes, 2019). Un claro ejemplo de una cláusula patológica facultativa, debido a que no produce el efecto obligatorio para

las partes en lo que se refiere a someter sus controversias a arbitraje sería el siguiente:

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. (Yepes, 2019, 15)

Respecto a la cláusula antes mencionada, podemos verificar con claridad que sufre una patología, pues no permite inferir de forma lógica que las partes tuvieron la voluntad inequívoca de someter sus controversias a un proceso arbitral, y de su sola lectura se puede deducir que al parecer es una obligación facultativa, en tanto que no establece con claridad si las controversias del contrato se ventilarán de forma obligatoria frente a un tribunal arbitral.

### **3.3.2. Cláusulas arbitrales contradictorias**

Sobre estas cláusulas, la doctrina menciona que son “aquellas que recogen varias estipulaciones que no se complementan, no tienen relación y se contradicen entre sí, pudiendo generar como consecuencia la anulación y alteración no solo de los efectos sino también del alcance del convenio arbitral” (Yepes, 2019, 16).

En otras palabras, se puede explicar a una cláusula patológica contradictoria aquella que presenta en un primer momento la voluntad concurrente de someter las controversias a arbitraje; no obstante, dentro de la misma cláusula estipula que será la justicia ordinaria quien resuelva las disputas. A modo de ejemplo, se puede citar la siguiente:

Cláusula Novena- Efectos- En caso de discrepancia o desacuerdo, las partes se regirán al arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito. Para efectos de este contrato, las partes se sujetarán a los jueces de lo civil de la ciudad de Quito y al trámite verbal sumario; para lo cual renuncian fuero y domicilio en forma expresa. (CCQ, Proceso arbitral 027-99, de 2010)

Esta cláusula nos presenta de forma inequívoca una redacción contradictoria, pues hace sumamente difícil que se pueda determinar si las partes quisieron someter sus controversias a un proceso arbitral de la Cámara de Comercio de Quito, o tuvieron la intención de que las disputas relacionadas con el contrato se ventilen ante justicia ordinaria.

### **3.3.3. Cláusulas Diminutas**

Para Yepes (2019) este tipo de cláusulas se caracterizan por “ser vagas e imprecisas, lo cual genera dudas respecto de si la verdadera voluntad de las partes es emplear el sistema arbitral para resolver sus controversias” (p. 16). Como ejemplo de este tipo de cláusula patológica se puede mencionar el siguiente:

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, 2013, 12)

Como comentario, cabe la definición de cláusula diminuta e insuficiente dado que las partes pactaron una posible solución de controversias en arbitraje, pero nuevamente nos encontramos ante la falta de obligatoriedad que es indispensable en dicho proceso, para que éste pueda ser eficaz. Caso contrario, únicamente queda la cláusula como un simple anuncio de una posible forma de resolver controversias dejando de lado a la justicia ordinaria.

### **3.3.4. Cláusulas confusas**

De acuerdo con Serrano Puig (2013) “Son aquellos compromisos pactados entre las partes, de los cuales resulta sumamente complejo comprender su real voluntad, debido a lo confusa que se presenta su redacción” (p.15).

Con respecto a este tipo de cláusulas, se pone como ejemplo la siguiente:

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. (Serrano Puig, 2013, 15)

Con respecto a dicha cláusula, el mismo autor expresa que es confusa, pues por un lado reconoce que ciertas controversias se ventilarán en arbitraje, pero también incluye que en caso de no recurrirse a esta vía se sujetarán al trámite verbal sumario determinado en el ya derogado Código de Procedimiento Civil ecuatoriano. Además, se advierte otro aspecto confuso en dicha cláusula, debido a que establece como tribunal de arbitraje al Tribunal de Honor del Colegio de Abogados de Quito, institución que no presta estos servicios y que tampoco posee habilitación legal para ello (Serrano Puig, 2013).

Así, se podrían seguir citando y explicando las cláusulas que la doctrina las ha denominado como patológicas, sin embargo, lo realmente importante, es comprender que una cláusula arbitral tiene el carácter de insuficiente cuando no permite que el convenio sea obligatorio para las partes, cuando impide que los árbitros puedan determinar una voluntad unívoca de que las partes han decidido someter sus disputas a arbitraje, cuando permiten que la justicia ordinaria pueda intervenir en el fondo del proceso, y por último cuando no permite que el proceso arbitral se desarrolle de forma eficaz.

Por lo antes explicado en lo que se refiere a la cláusula patológica, es necesario que al momento de redactarla las partes sean cuidadosas en lo que han decidido estipular, pues de no hacerlo, pueden presentarse inconvenientes que podrían incluso hacer ineficaz a la cláusula arbitral. A modo de recomendación, diremos que la cláusula arbitral debe ser objeto de cuidado en lo que se refiere a su validez, es decir, debe cumplir con los requisitos de un negocio jurídico, pero también debe ser protegida de una ambigua redacción, que en algunos casos pueda comprometer su eficacia.

### **3.3.5. Un ejemplo práctico de cláusula suficiente**

A este respecto, nos permitimos poner a consideración el modelo de la cláusula arbitral que sugiere el Centro De Arbitraje y Conciliación de la Cámara De Comercio De Guayaquil, el cual estipula lo siguiente:

Las partes convienen que toda controversia que derive de este contrato o que guarde relación con éste, se someterán a arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, de acuerdo con el reglamento del referido Centro, cuyas normas expresamente aceptan. El arbitraje será en (escoger si es derecho o equidad). La sede del arbitraje será Guayaquil. El tribunal arbitral estará compuesto por (escoger si es uno o tres) arbitro (s), y su(s) alterno(s). (CCG,2019)

El referido centro nos presenta como un texto opcional que el tribunal arbitral estará facultado para dictar medidas cautelares y solicitar, para la ejecución de dichas medidas, el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos, sin necesidad de recurrir a juez ordinario alguno. Cabe precisar que, en caso de controversias con el estado, el Centro De Arbitraje y Conciliación de la Cámara De Comercio De Guayaquil (CCG, 2019) sugiere que además en la cláusula arbitral se incluya lo siguiente: “Forma para la designación de los árbitros y Estipularse expresamente que el arbitraje será en derecho”.

Tomando como modelo a las antes presentadas cláusulas, se puede afirmar que es recomendable que las partes las redacten en la forma más sencilla posible, que se aseguren que el centro que han elegido presta servicios de arbitraje, y que no intenten predecir una gran cantidad de escenarios posibles, sino que expresen de forma unívoca su voluntad de que, en caso de controversias, se someterán a un proceso arbitral.

## **IV. Las reglas de interpretación del negocio jurídico indispensables para la eficacia del arbitraje**

De acuerdo al Diccionario Jurídico de la RAE, interpretación es la “operación orientada a fijar el sentido de lo querido y manifestado por

las partes siguiendo los criterios establecidos por el ordenamiento jurídico” (Real Academia Española, s.f., definición 1)

Por su parte, la integración de un negocio jurídico propone que aquel no solo obliga a lo expresamente pactado, sino a los elementos que lógicamente se entienden pertenecerle. Muestra de ello es el Código Civil ecuatoriano que prescribe que:

[...]los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella. (CC, 2005, art. 1576)

Como se trató previamente la naturaleza contractual del convenio arbitral, se puede afirmar con claridad que este no es ajeno a la interpretación de su contenido bajo las reglas previstas en el Código Civil. Bajo este contexto, cabe precisar que dichas reglas, son disposiciones que el juzgador no puede dejar de lado y apartarse a la hora de realizar un ejercicio interpretativo de cláusulas arbitrales.

#### **4.1. Principio de Intencionalidad**

De acuerdo con nuestro Código Civil prescribe que: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras” (CC, 2005, art.1576). Por su parte, para la doctrina lo que se pretende es buscar “la voluntad que presidió la formación y la celebración del contrato” (Diez Picazo, 2016). Asimismo, se menciona que:

El principio de intencionalidad domina todo el sistema de hermenéutica contractual ya que las demás reglas de interpretación se respaldan en un hecho objetivo; la voluntad de las partes encontrada a partir del lenguaje y los hechos que contiene el Contrato. (Diez Picazo, 2016, 71)

Es un hecho que la oscuridad del contrato respecto a la intención de las partes puede deberse a múltiples factores; ya sea a la negligencia o falta de técnica y precisión de las partes al momento de redactar el contenido del contrato o a limitaciones propias del lenguaje que permiten que la

voluntad se manifieste en su sentido más laxo. El juez debe considerar entonces que la oscuridad pudo deberse a una multitud de factores, lo cual cobra importancia más adelante cuando se trate el principio “contra proferentem”. Para efectos de tratar el principio de intencionalidad, este debe ser ejercitado a partir de la necesidad. Para una mayoría doctrinaria, únicamente el texto que presenta oscuridad es menester de ser interpretado por una cuestión de practicidad.

Para la postura del presente trabajo, el descubrimiento de la voluntad debe realizarse a partir de hechos concretos. Lo dicho, pues no debería consistir en una labor especulativa sino objetiva, ya que el juez debe partir del elemento más evidente; el texto. A propósito de aquello, vale acotar que dicho descubrimiento no darse a través de una interpretación aislada de cada cláusula contractual sino de forma integral. Además, del contenido del negocio, los hechos adyacentes al este como la conducta de las partes y la naturaleza del negocio como tal, son herramientas no escritas que los juzgadores deberían considerar en su labor interpretativa.

#### **4.2. Principio de interpretación de buena fe**

Como se ha expuesto supra, las reglas del Código Civil sobre la interpretación son de aplicación indispensable en el ámbito contractual. Es por esto último que, cabe señalar de conformidad con las reglas aplicables expuestas, al momento de revisar el contenido contractual, el sentido que se otorgue no debe contravenir la voluntad de las partes, y seguir la línea presuntiva de que las partes tienen la intención de cumplir con las obligaciones pactadas de forma recta y ética prosiguiendo el objetivo inicial de las partes al celebrar el contrato. Lo mentado, a menos de que manifestasen inequívocamente -mediante el incumplimiento- lo contrario.

A lo expuesto, se debe agregar que la doctrina casi por unanimidad apoya la idea de la buena fe en la conformación del negocio jurídico, incluso en la etapa precontractual donde no existe todavía voluntad manifiesta ni obligación. En este sentido, la doctrina manifiesta que: “En esta etapa de discusión del contenido contractual la buena fe ha de expresarse con la voluntad real y genuina de celebrar el negocio futuro”

(Ducci Claro, 2012, 31). Con consideración a ello, se entiende que la Buena Fe es un principio que acompaña toda la vida del negocio, desde el nacimiento de la oferta, la discusión de las tratativas, el cumplimiento y la ejecución del mismo.

La interpretación de buena fe del contenido contractual debe acudir precisamente a esto, a la idea de que la buena fe y voluntad real de las partes acompañaron cada etapa de la conformación del negocio, y que para efectos de una eventual controversia el texto no debe entenderse como una herramienta urdida por una de las partes para evadir las obligaciones pactadas, sino como la prueba misma de la manifestación de voluntad encaminada al cumplimiento de la obligación. En este sentido, para la doctrina jurídica según Claro Solar (2004) “la conformación de la obligación en el Contrato requiere necesariamente dos voluntades alineadas, siendo la prueba clara el contenido del contrato donde, si este fuese de naturaleza onerosa existe gravamen y beneficio mutuo para ambos” (p. 82).

Ahora bien, respecto a la ausencia de buena fe, cabe precisar que esta debe ser probada mediante los hechos que devienen de la ejecución del contrato, generalmente el incumplimiento que genera daño a la contraparte. Una manifestación de mala fe es intentar torcer o manipular el sentido de una obligación, incluyendo mediante el lenguaje abierto e impreciso la posibilidad de justificar el incumplimiento. En el caso puntual de la cláusula arbitral, sería contrario a la buena fe “respaldarse en una cláusula con la que se pretendía aplicar un sistema arbitral, para sustraerse ahora a la aplicación de ese sistema, que estuvo en la intención de las partes cuando se firmó el contrato” (Cámara de Arbitraje y Mediación AMCHAM. Proceso Arbitral 015-06, 016-06, 2016).

#### 4.3. Principio de efectividad (*in favorem valdatis*)

La efectividad implica que: “El sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno” (CC, 2005, art. 1578). Lo cual, en palabras de Alessandri (1996) significa que “para las partes contractuales que participan de un

proceso de elaboración del contenido contractual que involucra tiempo y recursos, sería improcedente creer que sus declaraciones o estipulaciones tengan efecto nulo o inútil” (p. 16). De lo expuesto por el mentado autor se desprende que no es necesario mayor agudeza jurídica para notar que las partes contractuales deberían pretender generar algún efecto de las estipulaciones del contrato. La cuestión de análisis debería centrarse en la insuficiencia del texto o falta de técnica gramatical que deje claro el contenido de la obligación y el sentido que, naturalmente está presente (Alessandri, 1996).

En concordancia con lo anterior, se ejemplifica la aplicación del principio de efectividad con lo siguiente: “Pedro y Pablo celebran una convención que permite a Pablo pasar por sus heredades” (Alessandri, 1996). Ahora bien, del citado ejemplo cabe analizar que de la convención se entiende que Pablo puede pasar por las heredades de Pedro, pues es lógico entender que puede pasar sin necesidad de convención por las suyas.

Para Gullón, Antonio y Díez-Picazo (2016) la idea de efectividad o interpretación útil del contrato no tiene que ver con generar un efecto que no sería útil si no se encuentra la voluntad de las partes que encaminó la celebración de un determinado acto y, con base en dicha premisa, fundamental aclarar el contenido contractual. Por su parte, a criterio de los mentados autores, el aspecto de ‘utilidad’ debe satisfacer la practicidad y puede ser auxiliada por otras reglas de interpretación contractual, especialmente la interpretación sistemática. Así pues, el contenido del contrato no queda aislado, sino que se interpreta como un todo del cual se puede abstraer la idea de ‘utilidad’ y ‘pretensión contractual’ de las partes (Gullón, Antonio y Díez-Picazo, 2016).

Existe también la posibilidad de que una cláusula sea plurívoca, es decir, que se pueda abstraer de ella varios sentidos útiles. En esta hipótesis es menester, como dice Claro Solar (1983) “acudir a otros principios y medios de interpretación que permitan descifrar el efecto más armónico y pretendido” (p. 83). En concreto, sobre el arbitraje se podría decir que la aplicación más adecuada de este principio sería aquel que permita a los árbitros determinar que la competencia se las ha sido asignada por los contratantes, dado que su voluntad es abstraerse de la justicia ordinaria.

#### 4.4. Principio de interpretación “*Contra Proferentem*”

Sobre la *interpretatio contra proferentem*, Alpa ha señalado que:

[...] es una máxima que encuentra sus orígenes en el derecho romano, ha sufrido transformaciones tanto de forma como de contenido, dependiendo de las necesidades que de tiempo en tiempo se planteaban alrededor de ella [...] siendo un ejemplo contundente en el derecho del consumidor donde las ambigüedades deben ser resueltas a favor de este. (Alpa, 2006, 4)

Por otra parte, autores prefieren definirlo a partir de su utilidad, razón por la cual se señala que puede ser “una herramienta útil ofrecida por el derecho para contrarrestar los inevitables abusos que derivaban de la determinación unilateral del contenido del Contrato” (Rodríguez Olmos, 2008, n/d)

Ahora bien, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la regla *contra proferentem* se encuentra en el artículo 1586 del Código Civil. Dicho artículo, se debe resaltar que contiene un aspecto de dualidad, característica que, como se procede a explicar, no es coincidencia ni creación del ordenamiento nacional. Con lo expuesto, pasamos referimos a la cláusula de interpretación “*pro debitore*” contenida en el primer párrafo del artículo citado. Para Rodríguez Olmos (2008) “estas dos reglas presentan una dualidad pretendida a razón de un equilibrio contractual, que pretende no desproteger los intereses de las partes contratantes sino procurar la buena fe en el contenido del contrato” (n/d).

En el ordenamiento ecuatoriano, a las reglas “*pro debitore*” y “*contra proferentem*” se las puede ubicar como herramientas subsidiarias de la interpretación del contenido contractual, siendo ubicadas como el mecanismo válido cuando ninguna de las reglas que las preceden hayan sido aplicables al caso. Para Domat (1771), estas reglas desde sus orígenes en el Derecho Romano fueron ampliamente utilizadas dualmente en cuestiones inherentes al comercio y la compraventa.

Es importante mencionar que estos principios han sido recogidos en el Código Civil francés casi de forma literal, pues dicha norma prescribe

que: “el vendedor debe explicar claramente aquello a lo que él se obliga” y “todo pacto oscuro o ambiguo se interpretará contra el vendedor” (Código Civil Francés, 1804, art.1602). No obstante, cabe señalar que Para Domat (1771) la existencia y pertinencia de esta regla requiere la existencia de elementos como la mala fe o culpa de quien debe explicar su intención.

Bajo este contexto, se debe mencionar que el análisis de los autores confluye en la idea de la claridad como elemento esencial del contenido contractual. La realidad muestra que sería ingenuo pretender que todo contrato carezca de zonas grises que deban ser interpretadas por el juez en caso de una eventual disputa. Por ende, la discusión va más allá de la buena o mala fe, sino de una “carga inherente a la naturaleza de la relación deudor-acreedor” (Pothier, 1948). Entonces, es válido mencionar que, si la obligación beneficiase especialmente a uno de ellos, o el contenido contractual debió haber sido redactado y compuesto por una de las partes, este debe ser formulado con la debida diligencia y minuciosidad procurando que el texto permita generar las obligaciones derivadas de la voluntad de los contratantes.

Un texto que se aleje de lo pretendido por los contratantes es inútil e incluso gravoso, por ello el ordenamiento establece las reglas subsidiarias de interpretación “*pro debitore*” y “*contra proferentem*”, siendo su carácter sancionador un mecanismo de disuasión para las partes de proferir un contenido contractual insuficiente. Bajo este contexto, cabe señalar que dadas la diversidad de relaciones contractuales en las cuales se opta por el arbitraje, en aplicación de este principio – cuando tenga cabida- se debería analizar sobre quien recaen las obligaciones de redacción de los contratos. Lo dicho sin perjuicio de otro tipo de análisis cómo revisar a quien beneficiaría acogerse al arbitraje, incluso por cuestiones culturales o económicas.

#### **4.5. Principio “*pro arbitri*” o “*favor arbitralis*”**

Previo al análisis de este principio se debe considerar con atención que es nuestra Constitución, la que reconoce al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de controversias (CRE, 2008, art.190). Ahora

bien, dentro del mismo marco Constitucional que reconoce al arbitraje, también se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que el artículo 75 de la Constitución lo recoge de manera expresa y permite que de este surjan numerosos principios y garantías. A propósito de aquello, para este análisis resulta coherente mencionar que forma parte de la tutela judicial efectiva en nuestra Constitución “tener acceso a un sistema de justicia independiente e imparcial” (CRE, 2008, art.75).

Ahora bien, para aterrizar dicho análisis con el planteamiento de este trabajo, se debe considerar que la doctrina ha dicho que el principio *favor arbitri* o *in dubio pro arbitri* es:

Una directriz que orienta la formulación y la aplicación de normas que en última instancia precautelan el derecho a tutela efectiva de los ciudadanos mediante la conservación de la vigencia del convenio arbitral o del laudo arbitral frente a intervenciones de la justicia estatal. (Caivano, 2015, p.11)

Por su parte, sobre la faceta integradora de este principio, cabe mencionar que radica en que - ante la duda- se debe preferir a la jurisdicción arbitral por sobre la ordinaria cuando se pueda abstraer del convenio arbitral una voluntad inequívoca de las partes que, por deficiente expresión escrita pudiere afectar a la conducencia del proceso al arbitraje (Morales, 2005). Sobre esto, nuestra Ley de Arbitraje y Mediación prescribe puntualmente que: “En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje” (LAM, 2006, art.7).

Este principio es elemental como base del pronunciamiento de los jueces o árbitros respecto de su competencia para conocer el proceso. El principio *Kompetenz-Kompetenz* y el ordenamiento jurídico prescriben como obligatoria la “pronunciación del juzgador respecto de su competencia” (Silva, 2005, p.580). El árbitro, sin embargo, posee grandes diferencias con el juez respecto a la capacidad de avocar conocimiento del proceso. Para el juez, el proceso le es asignado por sorteo mientras que el árbitro tiene capacidad de negarse a formar parte de este. El punto de confluencia entre juez y árbitro es que, una vez avocado el conocimiento, se transforma en obligatoria su labor como administradores de justicia hasta la emisión del laudo o sentencia.

#### **4.6. Principio de interpretación conforme la naturaleza del contrato**

En análisis de la presente regla no requiere mayor explicación, pues se presume que las partes conocen la naturaleza del Contrato que celebran y que, las obligaciones que derivan de él van más allá de las cláusulas contractuales, conteniendo incluso aquellos elementos propios de su naturaleza. Es entonces coherente, cuando exista oscuridad sobre una cláusula que el texto sea interpretado en función del contrato que las partes pretendieron celebrar. Sobre aquello, nuestro Código Civil prescribe: “En los casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que más bien cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen, aunque no se expresen” (CC, 2005, art.1579). Así, por ejemplo, nuestra ex Corte Suprema mencionó que:

[...] si en un contrato de compraventa de un inmueble no se pactase quien va a cubrir las expensas y gastos de las formalidades que requiere, se entiende, por naturaleza del contrato que es el vendedor quien se obliga a hacer todo aquello necesario para que la venta pueda realizarse [...]. (Corte Suprema, 1ª Sala de lo Civil y Mercantil. Suplemento. No. 504 de 14 de enero de 2005, n/d)

En esta línea, cabe mencionar que por la naturaleza negocial del arbitraje, los árbitros y jueces deberían, en los casos requeridos, apegarse a lo prescrito en la LAM. Lo dicho, en vista de que aquel cuerpo normativo contiene todas las reglas aplicables al arbitraje y que podrían ser utilizadas para suplir descuidos de los contratantes. Un ejemplo de aquello sería una cláusula arbitral en la cual no se estipule cuantos árbitros llevaran el proceso.

#### **V. Aplicación de las reglas de interpretación del negocio jurídico en el convenio arbitral**

Como ya se ha expuesto en el capítulo anterior, el interpretar un negocio jurídico consiste en realizar un ejercicio judicial dentro del cual el juzgador, respetando las reglas que la normativa establece y en virtud de su habilitación legal busca determinar el alcance del negocio en base a su contenido, naturaleza y principios inherentes. Ahora bien, el interpretar un convenio arbitral puede no resultar siempre una tarea sencilla, pues de

aquello depende que un árbitro o a su vez un juez determine su competencia para conocer el fondo de una disputa. Como determina Jaramillo:

por interpretar entendemos, para los efectos de establecer el alcance del pacto arbitral, la acción que tiende a fijar el sentido y la voluntad; es decir, la misma acción que debe adelantarse para desentrañar la intención de las partes en un negocio jurídico. (Jaramillo, 2005, p.225)

En otras palabras, el interpretar un convenio arbitral, será indispensable para comprender si las partes de común acuerdo decidieron someter sus controversias a arbitraje, de ser así, permitirá también determinar cuáles estarán sujetas a resolución por este método alternativo de solución de conflictos y, por último, permitirá que un tribunal arbitral o un juez decidan el fondo de una controversia sometida a su autoridad.

Es aquí donde se hace fundamental el que quienes interpretan un convenio arbitral, es decir, un juez o un tribunal arbitral, dependiendo quien tenga el deber de hacerlo, tiene que poner en práctica uno de los más relevantes principios que se utilizan para interpretar un negocio jurídico, que es el principio de intencionalidad. Pues a través de dicho principio, se intenta establecer cuál fue la intención obligacional de forma clara que tuvieron las partes al momento de acordar una cláusula arbitral.

Respecto al principio de intencionalidad, se puede afirmar que quien tenga que hacer la interpretación de la cláusula arbitral, tiene dos deberes esenciales. En primer lugar, se encuentra en la obligación de verificar si de la sola lectura de la cláusula arbitral o a su vez de las pruebas que existan, se desprende de las partes una voluntad inequívoca de someter sus controversias a arbitraje. De no ser así, pero aun existiendo indicios de que las partes quisieron optar por este método alternativo de solución de conflictos, quien se encuentre en el ejercicio de interpretación de la cláusula arbitral deberá realizar un acercamiento con las partes, y solicitar que cada una explique de manera razonada cuál fue su intención de hacer referencia al arbitraje durante la celebración de un contrato.

Con respecto al acercamiento fundamental que debe hacer con las partes quien interpreta la cláusula arbitral, Ferruzo y Díaz Peña han expresado lo siguiente:

A partir de estos sistemas de interpretación puede señalarse que los árbitros deben recurrir a ellos de manera conjunta a efectos de tener mejores frutos en su aventura interpretativa. Es clave para el árbitro preguntarse por la intención de las partes al celebrar el contrato en esos términos; sin embargo, el árbitro también deberá tener un obligatorio punto de partida que es aquello que las partes libremente expresaron en el instrumento contractual que es objeto de interpretación. (Ferruzo y Díaz, 2006, p. 34)

En este sentido, podemos concluir diciendo que el principio de intencionalidad tiene por objeto que de cualquier manera, ya sea por la lectura de la cláusula arbitral, de que existan pruebas que permitan inferir que la intención de las partes fue pactar arbitraje sobre ciertas o todas las controversias que surjan a partir de un contrato, o por medio de un acercamiento entre quien interpreta el convenio y los contratantes, se busque descubrir si las partes pactaron arbitraje, y de ser así, sobre qué controversias.

Por supuesto, esto no es todo el principio de intencionalidad, sin embargo, creemos que su aplicación debe ir encaminada a solucionar la dicotomía de determinar si las partes pactaron o no arbitraje sobre algún contrato que celebraron, pues si no estipularon con claridad si éste sería administrado o independiente, o en derecho o equidad, la legislación ecuatoriana es capaz de suplir esas imprecisiones.

Otro principio recogido por el ordenamiento ecuatoriano y por la doctrina en los negocios jurídicos, es el de la buena fe. Como ya se explicó en su definición en el capítulo anterior, tiene como objetivo el que las partes desde las tratativas hasta la ejecución del contrato se conduzcan de manera ética y sin usar estrategias o artilugios para perjudicarse entre ellas.

Aplicando dicho principio al convenio arbitral, podemos decir brevemente que este consiste en el no permitir que una de las partes, utilice como argumento la falta de claridad o imprecisión que exista en una cláusula arbitral para frustrar el proceso y llevarlo a la justicia ordinaria. A este respecto, es necesario advertir que quien se encuentra en el ejercicio de interpretación debe identificar en base al principio de intencionalidad, si la intención común de las partes fue el someterse a arbitraje, y de ser así, no dar lugar a que la parte afectada quiera frustrar el proceso,

no porque no consintió en el arbitraje, sino porque ha cumplido o está cumpliendo sus obligaciones de mala fe.

Como otro principio aplicado a la cláusula arbitral, se puede identificar al de efectividad (*in favorem valdatis*) que se encuentra recogido en el artículo 1578 del Código Civil ecuatoriano, y que en pocas palabras establece que debe interpretarse una cláusula de manera que se permita surtir el efecto útil que tenga la estipulación, pues como manifiesta Alessandri (1996) “no sería lógico que las partes estipulen una cláusula que no tenga utilidad”. Aplicando dicho principio a la cláusula arbitral, se puede establecer que quien la interpreta, debe buscar darle utilidad, aunque la misma no esté redactada de manera clara. Sin embargo, hay que decir que esto no es tarea sencilla, pues un convenio arbitral no puede ser interpretado con un solo principio, y quien lo interpreta debe hacerlo, tal como a los demás negocios jurídicos, a la luz de las directrices legales y doctrinarias de forma conjunta. En el sentido de utilidad, la pregunta que debería plantearse entonces es: ¿Cómo hacer que una cláusula que se refiere al arbitraje sea útil?

Adicionalmente, vale la pena mencionar al principio de interpretación *contra proferentem*, característico y muy importante al momento de interpretar un negocio jurídico, no obstante, en lo que respecta a la interpretación del convenio arbitral, la doctrina ha dicho que no es aplicable, pues no existe en dicho acuerdo una relación deudor y acreedor. En palabras de Ernesto Salcedo (2007), “en el convenio arbitral no existe una vinculación acreedor-deudor, pues ambas partes adquieren una misma obligación que es la de someter sus diferencias al arbitraje”. Sin embargo, a esto advierte Zuleta Jaramillo, que “la aplicación de este principio puede ser invocada en contra de quien estipuló o redactó la cláusula arbitral, especialmente en los contratos de adhesión”. En este sentido, cabe comentar brevemente, que el principio *contra proferentem* es perfectamente aplicable, siempre que la cláusula de arbitraje no se encuentre prohibida por normativa legal que asiste a los consumidores.

Por último, un principio que no es aplicable al resto de negocios jurídicos, pero es quizá el más importante al momento de interpretar una cláusula arbitral, es el principio *Pro Arbitri* el cual consiste que, en caso de duda, las autoridades judiciales, deben inhibirse de conocer el proceso y

remitirlo a un centro de arbitraje. El mencionado principio, se encuentra prescrito en el tercer inciso del artículo 7 de la LAM que reza:

El convenio arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria.

Cuando las partes hayan convenido de mutuo acuerdo someter a arbitraje sus controversias, los jueces deberán inhibirse de conocer cualquier demanda que verse sobre las relaciones jurídicas que las hayan originado, salvo en los casos de excepción previstos en esta Ley. En caso de duda, el órgano judicial respectivo estará a favor de que las controversias sean resueltas mediante arbitraje. Toda resolución a este respecto deberá ser notificada a las partes en el término de dos días. (LAM, 2006, art.7)

Como se puede apreciar, dicho principio, obliga a los operadores de justicia a garantizar la efectividad del arbitraje, pues es un medio alternativo de resolución de conflictos que goza de un reconocimiento constitucional y legal.

## **VI. Conclusiones**

Se puede afirmar que el convenio arbitral es un negocio jurídico lícito, el cual requiere del cumplimiento de los requisitos de validez establecidos por la ley. Cabe destacar, que el convenio arbitral tiene su origen en la autonomía de la voluntad, pues por el mutuo acuerdo de las partes, se sustrae la competencia de la jurisdicción ordinaria para ciertas controversias contractuales o extracontractuales, con el objetivo de que éstas sean resueltas por un tercero que no es un funcionario judicial.

Además, también se debe manifestar, que a pesar de que el convenio arbitral es un negocio jurídico, el mismo es independiente y separado del contrato que le ha generado, lo que no quiere decir de ninguna manera, que no pueda verse afectado por las mismas causales de nulidad que han afectado al contrato principal. La independencia del convenio arbitral del contrato principal se fundamenta en que el primero va encaminado a regular un derecho de acción, mientras que el segundo tiene por objeto regular las obligaciones sustanciales que las partes han estipulado.

Por otra parte, se puede decir que el convenio arbitral no siempre es eficaz, pues debido a sus defectos o imprecisiones en la redacción, en ocasiones sucede que el mismo no es capaz de generar los efectos jurídicos inicialmente deseados por las partes. Es allí cuando aparece la muy conocida cláusula patológica, que consiste en que el convenio arbitral es insuficiente para demostrar que las partes tuvieron la intención de someterse a un proceso arbitral. Una cláusula es patológica o insuficiente cuando no estipula que el someter sus controversias a arbitraje no es obligatorio para las partes, o cuando permite que la jurisdicción ordinaria entre a decidir sobre el fondo de la controversia.

La doctrina ha clasificado a las cláusulas patológicas en facultativas (aquellas que hacen que el someterse a arbitraje sea opcional para las partes), cláusulas contradictorias (aquellas que no tienen relación y se contradicen), cláusulas diminutas, (aquellas que son imprecisas) y cláusulas confusas (aquellas que no establecen con claridad la intención de las partes).

Por ello, una cláusula arbitral debe ser redactada de manera sencilla, y principalmente debe contener la intención inequívoca de que las controversias derivadas de un contrato serán sometidas a arbitraje, la referencia del centro en que se sustanciarán, que se aplicará el reglamento de dicho centro, y si el arbitraje será en derecho o equidad. Cabe indicar que, en caso de pactar arbitraje con el estado ecuatoriano, este deberá ser siempre en derecho por disposición del artículo 190 de la Constitución.

Sin embargo, en los casos en que una cláusula arbitral no sea suficiente, éstas deben ser interpretadas a la luz de los principios que rigen la interpretación de un negocio jurídico común. Así, una cláusula arbitral puede ser interpretada por medio del principio de intencionalidad de las partes contratantes, por medio de la buena fe, por medio del principio de efectividad, por medio del principio contra proferentem, y a través del principio pro-arbitraje.

Aplicando los principios antes mencionados a la interpretación de la cláusula arbitral, se puede decir que sus objetivos son varios. No obstante, todos ellos tienen la finalidad de determinar si las controversias

derivadas de un contrato deben sustanciarse ante un tribunal arbitral o a su vez, ante la justicia ordinaria

## **Referencias bibliográficas**

Alessandri, A. (1996). *Derecho Civil: De los Contratos*. Santiago de Chile: Editorial Temis.

Alpa, G. (2006). Derecho Privado del Consumidor. *Revista de Derecho Privado Universidad Externado de Colombia*. 15-18.

Asamblea Nacional del Ecuador. Código Civil. [C.C.]. R.O. 46 de 24 de junio de 2005.

Caivano, R. (2015). El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene. *Revista Derecho y Ciencias Sociales*. (13). 13-39.

Cámara de Arbitraje y Mediación AMCHAM. (14 de agosto de 2016). Proceso Arbitral 015-06.

Cámara de Arbitraje y Mediación AMCHAM. (21 de septiembre de 2016). Proceso Arbitral 016-06.

Cámara de Comercio de Guayaquil. Reglamento General Actualizado. Recuperado de: [https://www.lacamara.org/website/centro\\_de\\_arbitraje\\_y\\_conciliacion/](https://www.lacamara.org/website/centro_de_arbitraje_y_conciliacion/)

Cámara de Comercio de Quito. (07 de agosto de 1999). Proceso arbitral 027- 99.

Claro Solar, L. (2004). *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado, Tomo III*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, Sentencia 1ª. (14 de enero de 2005)

Congreso Nacional del Ecuador. Ley de Arbitraje y Mediación. [LAM]. R.O. 417 de 14 de diciembre de 2006.

- Constitución de la República del Ecuador. [Const.]. (2008). 2da Ed. CEP.
- Diez Picazo, L. (2016). *Sistema de Derecho Civil*. Décima Edición. Editorial Temis: Bogotá.
- Domat. (1771). *Las normas civiles dentro de nuestro ordenamiento natural*. I Volumen. Las Cruces: Paris.
- Ducci Claro, C. (2012). *Derecho Civil Parte General*. Cuarta Edición. Editorial Jurídica de Chile: Santiago.
- Fernández, J. (2016). Sobre la admisión de la separabilidad o de la autonomía de la cláusula arbitral respecto del contrato principal: un test de la práctica panameña. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*. IX Edición. p. 597.
- Meza Barros, R. (2010). *Manual de Derecho Civil: de las obligaciones*. Décima Edición. Editorial Jurídica de Chile: Santiago.
- Morales, M. (2005). *Efectos del pacto arbitral frente al proceso jurisdiccional*. En: *El Contrato de Arbitraje*. Bogotá: Legis Editores S.A. y Universidad del Rosario.
- Parlamento de la República de Francia. Código Civil. Registro del 21 de marzo de 1804.
- Pothier. (1948). *Tratado del contrato de venta en Tratado de los Contratos*. Praxis Jurídica: Buenos Aires.
- Real Academia de la Lengua Española. <https://dej.rae.es/lema/interpretacion-de-los-contratos> (acceso: 22/02/2020).
- Reuben, R. (1997). Justicia en el sector público: hacia un estado de acción sobre la teoría de resolución alternativa de conflictos. *California Law Review*. p.577
- Roca Martínez, J M. (2013). *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*. Bosch Editores: Barcelona.
- Rodríguez Olmos, J. (2008). Reflexiones sobre el Derecho Privado y los Contratos. *Revista Jurídica Universidad de Externado de Colombia*.

- Rosen, Janet A. (1994). El arbitraje bajo el Derecho Internacional Privado: las doctrinas de separabilidad y el principio de competencia sobre competencia. (p.599) Recuperado de Fordham International Law Journal - Vol. 17: <https://ir.lawnet.fordham.edu/ilj/vol17/iss1/>
- Rubio, M. (2002) *Nulidad y Anulabilidad: La invalidez de un acto jurídico*. VI Edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Salvat, M. (1935). *Tratado de derecho civil argentino: obligaciones en general*. Tercera Edición. Limos: Buenos Aires.
- Serrano Puig, A.(2013). *Cláusulas patológicas*. Recuperado de <https://es.scribd.com/doc/57388049/CLAUSULAS-PATOLOGICAS-Armando-Serrano-Puig>.
- Silva Romero, E.(2006). *Breves observaciones sobre el principio Kompetenz-kompetenz*. Bogotá: Legis Editores S.A.
- Yepes, L. (2019). *Convenio arbitral: supuestos doctrinarios de patología, principios e interpretación y su enfoque pro arbitraje en la legislación ecuatoriana*. (Tesis de maestría). Universidad Internacional de La Rioja). Recuperado de <https://reunir.unir.net/handle/123456789/8168>
- Zuleta Jaramillo, E.(2005). *El arbitraje en razón de la materia*. Bogotá: Legis Editores. 2005.