

ARTÍCULO DE REVISIÓN

LAS CLÁUSULAS ARBITRALES PATOLÓGICAS EN LAS RELACIONES JURÍDICAS *PATHOLOGICAL ARBITRATION CLAUSES IN LEGAL RELATIONS*

Idrobo Muñoz, Rubén Darío ^I; Idrobo Paredes, Ana Gabriela ^{II}

^I. ruben.idrobo@unl.edu.ec . Asesor de la Universidad Nacional de Loja, Ecuador.

^{II}. anitaidrobo23@gmail.com. Docente de la UED de la Universidad Nacional de Loja, Ecuador.

Recibido: 22/07/2022

Aprobado: 16/11/2022

Como citar en normas APA el artículo:

Idrobo, R. D., y Idrobo, A. G. (2023). Las cláusulas arbitrales patológicas en las relaciones jurídicas. *Debate Jurídico Ecuador*, 6(1), 3-15.

RESUMEN

El arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos dentro las discrepancias suscitadas entre las partes de un contrato constituye en la actualidad el mejor aliado para arribar a un acuerdo. Para poder acceder a este mecanismo las partes dentro de su contrato pueden establecer cláusulas arbitrales o en la posteridad llegar a un acuerdo mismo que debe ser redactado con cautela porque de este depende si la voluntad expresa de las partes de llegar a un acuerdo sin mover el aparataje judicial se logra de manera eficaz o en su defecto fracasa. Es muy común que las partes en sus contratos establezcan cláusulas arbitrales escuetas que carecen de las partes esenciales y donde no se logra siquiera vislumbrar lo que es su voluntad, a estas cláusulas que se encuentran mal constituidas se las conoce como patológicas, de allí su importancia.

PALABRAS CLAVE: arbitraje; cláusula arbitral patológica; voluntad de las partes

ABSTRACT

Arbitration as an alternative dispute resolution mechanism within the discrepancies between the parties to a contract is currently the best ally to reach an agreement. In order to access this mechanism, the parties within their contract can establish arbitration clauses or, in posterity, reach an agreement that must be drafted with caution because it depends on whether the

express will of the parties to reach an agreement without moving the judicial apparatus is achieved effectively or, failing that, it fails. It is very common for the parties to their contracts to establish concise arbitration clauses that lack the essential parts and where it is not possible to even glimpse what their will is, these clauses that are poorly constituted are known as pathological, hence their importance.

KEYWORDS: arbitration; pathological arbitration clause; will of the parties

INTRODUCCIÓN

El arbitraje puede ser definido como un mecanismo extrajudicial para la resolución de conflictos en el que las partes deciden someterse a un tercero para la resolución de la controversia existente. Se trata de un sistema heterocompositivo cuyo fundamento está en la capacidad de disposición de las partes para aceptar previamente la decisión que se tome en el procedimiento arbitral. (Pérez 2017, pág. 21)

El arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos que permite la resolución de controversias que se presenten a lo largo de una relación jurídica sea entre particulares o con el Estado, mediante terceros imparciales. Se caracteriza por la sencillez al plantearlo, agilidad resolutive, voluntariedad de las partes, consensualidad, especialidad y neutralidad de los árbitros, confidencialidad, legalidad y porque la resolución tiene fuerza de cosa juzgada. Las partes involucradas pueden elegir este mecanismo alternativo cuando empiezan su relación jurídica a través de cláusulas arbitrales dentro del contrato o en el transcurso de esta por medio de compromisos arbitrales.

Sin embargo, al no encontrarse reglado de manera específica como se deben estipular las cláusulas arbitrales, muchas veces presentan patologías que hacen que la elección o derivación de un conflicto al arbitraje sea engorroso y alejado de las características mencionadas. Si bien estas patologías no son causas de nulidad absoluta del arbitraje, lo hacen en ciertas ocasiones inejecutable u objeto de saneamiento, puesto que presentan peculiaridades que en un plano jurídico no se pueden realizar o de realizarse podrían verse afectados los intereses de las partes por contravenir principios de este.

Las cláusulas arbitrales patológicas es un tema relevante para tratar dentro del ámbito jurídico, porque en la actualidad la mayor parte de conflictos que la ley estima como arbitrales se los está manejando bajo este medio alternativo y las partes dentro de sus relaciones contractuales solicitan poder resolver sus problemas por medio del arbitraje. Por ende, si quien realiza el contrato lo hace de manera errada con cláusulas arbitrales inejecutables, ocasionaría pérdida de tiempo, recursos, eficacia del arbitraje, ralentizando la práctica de la

justicia y provocando un desgaste dentro del aparato judicial, razones suficientes para plantear este tema como un problema e incluso generar una ayuda para no generar estos errores.

Por ello se plantea como objetivo de investigación:

Realizar una recopilación bibliográfica que sirva de punto de análisis teórico sobre cláusulas arbitrales patológicas en las relaciones jurídicas.

MÉTODOS

La investigación que se sigue es cualitativa por su enfoque ya que básicamente consiste en una revisión documental sobre los antecedentes y fundamentos teóricos del tema propuesto. Se revisan documentos de tipo doctrinal y jurisprudencial. Por su alcance es de tipo descriptiva porque deja sentado un precedente teórico importante sobre este aspecto de orden práctico. Y por su propósito externo es aplicada porque pone en manos de los operadores del derecho, un grupo de herramientas teóricas, doctrinales, de principios de derecho y jurisprudenciales para la toma de decisiones en la actividad práctica.

Se aplica como método el análisis de documentos. Para ello se revisan documentos científicos que incluye libros y artículos científicos como criterios de inclusión, así como se revisan bases de datos indexadas de alto rigor científico y bibliografía de los últimos cinco años. Por ende, se excluyen aquellos documentos que no reúnan estos requisitos de inclusión, antes mentados.

RESULTADOS

El arbitraje al igual que muchas figuras jurídicas tiene su inicio en un contrato donde las partes involucradas toman el control en cómo resolver sus controversias, dando paso a lo que llamamos acuerdo o convenio arbitral. Para José Roca, un convenio arbitral es: “si la puerta es el procedimiento y la llave el laudo o sentencia arbitral, el convenio arbitral conforma el edificio del sistema. Es la norma máxima de la que depende el procedimiento, la validez y la eficacia del laudo. Es la base de todo arbitraje”. (1994, pág. 83) En efecto el convenio arbitral es el inicio de toda la relación arbitral, ya que dentro de este se establece como se llevará a cabo, quienes serán los árbitros o la institución encargada, la norma que regirá y todos los demás aspectos que se debe tomar en cuenta para que se lleve a cabo el arbitraje.

La Ley de Arbitraje y mediación en su artículo 5 da una definición puntualizada de lo que se considera dentro de Ecuador un convenio arbitral y señala que es: “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” (Art. 5, LAYM. 2006). En la legislación ecuatoriana se puede concluir una clara similitud a lo que se debe considerar como convenio arbitral y a la

voluntariedad de las partes para celebrarlo con respecto a lo que en el resto de regímenes se considera, dando paso a que no sea un obstáculo en su entendimiento y ejecutabilidad en contratos internacionales.

El Acuerdo de arbitraje conforme con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 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 forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. (Art. 7, CNUDMI. 1985).

Los convenios arbitrales no sólo surgen en relaciones jurídicas que se tenga con personas naturales, jurídicas o el estado al que se pertenece, sino también en relaciones internacionales, lo que induce a las partes a buscar a través de acuerdos en el contrato principal o de manera independiente la manera más amigable de solucionar sus controversias. En los convenios lo que prima es la voluntad de las partes en someter sus controversias al arbitraje, es consensual, es decir, si una de las partes no está conforme con lo establecido no es obligatorio firmar el acuerdo y se sobreentiende que pasan directo a manos de la justicia ordinaria.

Para que un convenio arbitral sea válido debe poseer varios requerimientos como lo es el constar por escrito como lo menciona el Convenio de Nueva York de 1958 en su artículo II numeral 1 “Reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas”. Este requisito es indispensable porque como se lo ha mencionado en líneas anteriores el arbitraje tiene como principio general la voluntariedad y consensualidad de las partes, mismo que se ve reflejado cuando las partes firman el acuerdo a manera de ratificación.

Así mismo en la Convención de 1958 se hace mención que los acuerdos tendrán validez si las partes que los han celebrado se encuentran en la capacidad legal o si el problema es arbitrable, lo cual podrá verificarse en virtud de la ley aplicable al tipo de contrato, ley elegida o ley del país donde se dictó la sentencia. (Art. 2, CNY. 1958). Estos dos requisitos se dice que son de fondo ya que de ellos incluso depende si un laudo arbitral es o no ejecutable, resultando inoperante y nulo en caso de no cumplirse, es por esto que las partes involucradas dentro de un convenio arbitral debe cerciorarse de no omitir ninguno de estos requisitos.

El derecho se maneja desde una perspectiva de principios y el arbitraje no es ajeno a ello, por esta razón a más de los requisitos planteados para la validez del convenio arbitral se dice que deberá contener los siguientes principios:

- a) La voluntad concorde e inequívoca de las partes de someter el conflicto a arbitraje con exclusión de los tribunales de justicia, mientras no se haya dictado el laudo.
- b) El otorgamiento a los árbitros de las facultades necesarias para que puedan pronunciarse en todas las cuestiones planteadas por las partes.
- c) Facilitar la aplicación de un procedimiento flexible que lleve aparejado un laudo ejecutorio, comprometiéndose las partes a cumplirlo.
- d) Huir de términos equívocos vagos, genéricos e imprecisos. Se impone la claridad y concisión.
- e) Una especial atención requerirá el idioma en el que se redacte, que deberá ser conocido por las partes. (Roca 1994, pág. 84-85)

Estos principios lo que provocan es que el convenio arbitral cumpla con sus objetivos de generar una justicia rápida, donde los laudos sean acordes a cada caso, pues si los árbitros son especialistas tendrán un conocimiento más amplio de lo planteado y llegarán a emanar un laudo especial y único en base a lo requerido, además de que este laudo tiene la particularidad de ser vinculante y obligatorio para las partes. Así mismo la importancia de que no se utilicen términos oscuros y con un idioma conocido ayudará a que las partes tengan plena comprensión de que se trata el arbitraje y como serán resueltos sus conflictos, asegurándose de manera inequívoca que eso es lo conveniente para su contrato y así evitar futuras alegaciones al respecto.

En el acuerdo arbitral existen dos tipos de alcances: Alcance *rationae personae* que plantea el hecho de que sólo las partes firmantes serán obligadas por el convenio siendo necesario que se demuestre la voluntad y el enumerar que litigios serán sometidos a arbitraje. Por otra parte, está el Alcance *rationae materiae* se refiere a las materias susceptibles de arbitraje, gracias a la Ley Modelo de la que Ecuador es firmante se ha permitido que puedan ser aptas tanto las materias contractuales como las no contractuales, salvo las que la norma así no prevea.

Los efectos del convenio arbitral desde el punto de vista sustantivo es la obligación de someterse de las partes para cumplir lo acordado con en el mismo, es decir, es el compromiso que cada uno por voluntad propia adquiere, y, desde el punto de vista procesal es la declinatoria por parte de los tribunales ordinarios a favor del tribunal de las partes, esto por la voluntad misma de las partes. (Castro, 2020).

La importancia de estas cláusulas como lo dice (Parodi, 2003) cuando son redactas de manera minuciosa pueden llegar a ser tan efectivas que ni siquiera se necesite llegar a usarlas ya que tendrá la fuerza disuasiva para persuadir a la parte que está intentando incumplir un contrato. (págs. 49-50). Dicho de otra manera, cuando las partes se encuentran ejecutando un contrato y alguna de ellas quiere vulnerarlo como ya se encuentran debidamente pormenorizadas las

consecuencias y bajo qué mecanismos se controlará este quebrantamiento, desistirá, pues por su propio arbitrio decidió y estuvo de acuerdo con que así fuera.

1. Cláusulas patológicas

Para adentrarnos en lo que se refiere a cláusula patológica primero debemos analizar de manera más detallada el principio de voluntad, ya que a través de este las partes acuerdan el someterse a un procedimiento arbitral, dejándolo sin opción primordial al procedimiento ordinario, son ellas quienes libremente designan a la persona que tendrá la responsabilidad de resolver el asunto controvertido, procedimiento a seguir y cuáles son las materias que quieren que este arbitro dirima. (Toledo, 2003)).

Dentro del tema en cuestión podemos mencionar la existencia de dos elementos trascendentales el acuerdo que enfatiza la voluntad de las partes sin la cual toda declaración subsiguiente carecería de sentido, y, como ésta pueden ser instrumento suficiente para desplazar la competencia de los jueces. (Villacreses y Urbano, 2021). Por ende, a través de la voluntad el acuerdo al que han llegado las partes tiene validez y gracias a este todos los actos jurídicos posteriores que se refieran a hacer efectiva la resolución de conflictos por medio del arbitraje podrán ser alegados por las partes y será ley para las mismas.

En una cláusula patológica existen dudas, ambigüedad o incoherencia sobre uno o más elementos del convenio arbitral. Esto debido a que el convenio arbitral debe manifestar la voluntad indubitable de las partes de someterse a arbitraje; asimismo, debe ser susceptible de producir efectos jurídicos y de ejecutarse para el desarrollo de las actuaciones arbitrales. En este sentido, existen situaciones en las que esta voluntad de arbitrar no es clara, o en las que las partes regulan de tal modo el arbitraje que este, a primera vista, no es susceptible de ser ejecutado, por lo que requiere una labor interpretativa, primero de los árbitros y luego de los jueces. (Guzmán 2017, pág.58)

El convenio arbitral es entonces donde empieza el arbitraje, pues se plasma la voluntad de las partes para someterse al mismo, sin embargo, esta voluntad se puede ver afectada por errores en la forma de redacción de las cláusulas o compromisos arbitrales, resultando convenios incoherentes, ambiguos o inaplicables. Eisemann, citado por Gabriel, Santos y Villegas, menciona que:

Todo convenio arbitral es clause pathologique si no cumple con cuatro funciones: a) producir efectos que resulten obligatorios para las partes contratantes; b) impedir que la justicia ordinaria intervenga antes de que se emita el laudo arbitral; c) dotar de

competencia para resolver el o los conflictos a los árbitros; y d) brindar las condiciones necesarias para un desarrollo de un procedimiento organizado que concluya con un laudo. (Eisemann 2018)

Respecto a estas funciones se creería que nace el efecto positivo y negativo de las cláusulas arbitrales dependiendo de cómo han sido estipuladas. El efecto positivo hace referencia a: “La obligación y el compromiso que asumen las partes en el acuerdo de arbitraje, de cumplir con todo lo establecido por el laudo arbitral”. (Ortega, 2019) Tiene un carácter contractual puesto que al resolverse el conflicto obliga a las partes a cumplir lo que se diga en el laudo arbitral, y, tiene un carácter procesal porque las partes desde un inicio saben que se someten a un procedimiento que deben seguir reglas y atenerse a lo planeado por el árbitro y la ley aplicable. El efecto negativo es: “las partes renuncian a entablar sus pretensiones ante la jurisdicción ordinaria y se someten a las decisiones de los árbitros”, (Ortega, 2019), esto trae consigo a que un juez no es competente en primer lugar para resolver la controversia si una de las partes mediante declinatoria alega que existe un convenio o clausula arbitral, razón por la que el juez que tomó conocimiento deberá analizar tal declinatoria y de considerarla válida excluir de su análisis el proceso y remitirlo a arbitraje.

Estos efectos positivos y negativos se ven vulnerados cuando las cláusulas arbitrales o compromisos arbitrales están mal enunciados o como se lo menciona presentan patologías, debido a que no cumplen con los fines para los cuales se los plantean. Las cláusulas mal estipuladas le restan importancia al arbitraje y a la voluntad infrascripta de las partes, menoscaban sus derechos a acceder de manera directa a los mecanismos alternativos de solución de conflictos y lo que es aún peor invaden el principio de confidencialidad que goza el arbitraje, esto como consecuencia de poner en conocimiento de otras autoridades los problemas jurídicos.

Las cláusulas patológicas se dan por varias razones siendo una de la más aceptadas la que se pone en consideración en el Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional Comercial y de Inversiones, esto es, por la redacción apresurada, sin tener el debido cuidado y análisis de que controversias pueden surgir de acuerdo con el tipo de negocio o contrato que se está realizando, si las disputas consideradas son arbitrables o no y si dentro del convenio engloba a todas. Estas cláusulas hechas sin conocimiento y ya con el contrato realizado son las que dan paso a las conocidas cláusulas de medianoche que suelen ser disposiciones estándar, es decir una copia o transcripción de modelos genéricos que no resultan tener eficacia alguna y sólo llegan a llenar el vacío. (Collantes 2011, págs. 352-353)

Ahora bien, podemos considerar varias cláusulas patológicas de mayor relevancia dentro del arbitraje que son:

a) Acuerdos de arbitraje optativos

Surgen cuando las partes dentro de sus convenios dejan abierta la posibilidad de acudir a la justicia ordinaria a la par del mecanismo alternativo para que les brinden asistencia y solución a sus conflictos. Esto genera que en un momento dado si una de las partes desiste de tomar el arbitraje como primera opción para resolver la controversia, se deba deliberar bajo la potestad de un juez si es o no viable el ir a los centros de arbitraje, disminuyendo así la efectividad. Además, podría generar un laudo arbitral nulo si no se reconoce por parte del órgano judicial competente el hecho de que el convenio arbitral excluye de manera inequívoca a los tribunales de conocer la causa y por tanto serían ellos quienes debían tomar conocimiento.

Un ejemplo planteado de una cláusula abierta sería: “Las partes acuerdan someter al arbitraje del Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Huancayo y de los Tribunales de Justicia la resolución definitiva de todas las cuestiones y discrepancias que se susciten en este contrato.” (Gabriel, Santos y Villegas, 2018).

b) Cláusulas carentes de certeza

Se crea cuando las partes utilizan términos vagos, imprecisos, carentes de especificidad o muy puntuales, con lo cual en el supuesto de desencadenarse una controversia si bien no es motivo de nulidad e ineficacia lo que produce es falta de celeridad en el arbitraje. Todos los supuestos que están dentro de este tipo de patología tienen la ventaja de ser subsanables por los árbitros que tomen conocimiento inicial de la controversia por medio de las reglas comunes a los convenios arbitrales, sin embargo, si ellos lo consideran inoperante sentarán razón de tal hecho.

Esta patología engloba varios supuestos que son: Identificación errónea del nombre o del lugar donde la institución de arbitraje que llevará a cabo el procedimiento arbitral, inclusión de contenido para sometimiento a un arbitraje ad-hoc y una institución arbitral, no especificación del Reglamento del Centro de Arbitraje, y, cláusulas con detalles que personalizan acorde a las necesidades pero que pueden ser contradictorios. (Gabriel, Santos, Villegas 2018, págs. 129-130)

c) Acuerdos de arbitraje inoperantes o inejecutables

Este tipo de patología es la que genera que el compromiso arbitral no se pueda llevar a cabo ya que su cumplimiento es imposible, se da en los casos en que las partes hayan detallado de manera excesiva el manejo del arbitraje. Lo antes dicho no significa de modo alguno que no puedan plantearse de esta manera las cláusulas arbitrales, sino que, al ser tan puntuales en la práctica no pueden aplicarse.

Michelle Semanate en su trabajo investigativo menciona a Maleville quien da un listado de estas causas insubsanables: designación de un centro de arbitraje que no existe, no se dispone el ir a arbitraje para resolver los conflictos de las partes, incluir ciertos requisitos para los árbitros que imposibiliten el poder encontrar quienes cumplen con

estos, designación de árbitros específicos que en el momento de surgir la controversia no estén disponibles, poner leyes inexistentes o contradictorias, y, el establecimiento de plazos imposibles de cumplir.(Semanate, 2019).

Adicional a estas cláusulas nos encontramos con una poco ahondada sin embargo de gran trascendencia como lo es el hecho de tener una escritura de arbitraje o donde se pactó que este será el medio a través del cual se resolverá cualquier controversia y no anexarla al contrato inicial. Es así que el OLG de Hamm negó el hecho de que se anulara el laudo por no haber estado anexada la correspondiente escritura mientras que el OLG de Múnich dio la resolución opuesta. (Kroll, 2010). Es así que esta característica, aunque por muchos no tomada en consideración pese a que se exprese la voluntad inicial de las partes, puede desencadenar la nulidad de todo un proceso arbitral, pues el mismo no está legitimado por ningún documento privado ni público, más que la mención hecha en el contrato inicial.

Para dar solución a estas cláusulas patológicas se debe tomar en cuenta en primer lugar el principio Kompetenz-Kompetenz, que es la facultad que tiene el tribunal arbitral o árbitro para decidir sobre su propia competencia en un arbitraje, es decir si puede o no tener conocimiento y si su facultad está por sobre la de los jueces. Esta decisión la toma en base al acuerdo arbitral al que han llegado las partes, que si bien está obscuro en redacción ya con el hecho de que se haya aceptado expresa claramente la voluntad de acceder al arbitraje, con lo que se evita que en algún momento las partes aludan excepción de falta de voluntad.

Este principio genera la posibilidad de que si una de las partes involucradas considera la falta de competencia de los árbitros plantee en los juzgados un recurso de anulación, siempre que ya exista un laudo arbitral emitido, en donde las autoridades tendrán la facultad de analizar si el compromiso arbitral es acorde a las reglas. Cabe mencionar que se verán sólo rasgos de fondo más no de forma, y siempre prevaleciendo el principio de buena fe y de pro-arbitraje, es decir interpretar el convenio de tal forma que se privilegie su existencia y validez.

En este punto se creería que si bien es cierto las cláusulas arbitrales patológicas se dan por todo lo expuesto también se lo hace por el mero desconocimiento de la norma y de la controversia, si bien es cierto se recomienda que al inicio de un contrato se plasme la voluntad de ir al arbitraje como medio de solución de conflictos, al no palpar que realmente buscan las partes ya en una disputa es difícil y escueto lo que se puede integrar en estas cláusulas. Por tanto, aquí se tiene una ligera contradicción de criterios, puesto que la mayoría opta por realizar clausulas arbitrales dentro de los contratos, mientras que como concedora de las cláusulas patológicas optaría para mayor efectividad por los compromisos arbitrales que son ante el surgimiento de la controversia.

DISCUSIÓN

Las cláusulas arbitrales a las que se someten las partes deberán estar redactadas acorde al interés de las partes y la manera en que quieren que se maneje el arbitraje sea este institucional o ad-hoc. Para el Centro de Comercio Internacional la redacción recomendada para los acuerdos de arbitraje se debería manejar en dos subcategorías que son Clausulas compromisorias institucionales y Clausulas compromisorias ad hoc. En el primer caso se deberá optar por una cláusula en donde consten las características mínimas y estandarizadas por parte de la institución a donde se quiere recurrir, estas pueden ser: designación de árbitros, situación geográfica de celebración del arbitraje, la garantía de ejecución del laudo emanado situación en la que sino existe acuerdo se manejará con arreglo a la normativa institucional, elección de la ley aplicable en la controversia. (Roca, 1994)

Para el segundo caso se deberá considerar el realizar de manera correcta la cláusula arbitral debido a que al no existir un reglamento supletorio que ayude a llenar posibles vacíos, se deberá crear de cero dichos reglamentos que regule el procedimiento, no obstante, de acuerdo con Roca se debe poner primordial atención en la elección del árbitro quien aparte de tener conocimientos amplios deberá ser una persona proba. Las cláusulas deben procurar defender el interés de ambas partes no pueden ser ambiguas, demasiado escuetas o prolijas pues en cualquiera de los casos ocasionaría fallos en el arbitraje ya que se estaría propenso a que en lo posterior haya que completar o dilucidar lo estipulado. (Roca, 1994)

Por otra parte, existen las Directrices IBA que como dice Semanate no constituyen normas vinculantes sin embargo son referenciales, y dentro de los convenios arbitrales lo que más se necesita es efectivamente modelos que seguir y así no caer en patologías perjudiciales a las partes. Dentro de las directrices encontramos:

1. Las partes deben escoger entre arbitraje institucional y ad hoc
2. Las partes deben seleccionar unas reglas de arbitraje y usar la cláusula modelo recomendada en estas reglas como punto de partida.
3. Salvo circunstancias especiales, las partes no deben intentar limitar el alcance de las controversias sometidas a arbitraje y deben definir tal alcance de forma amplia
4. Las partes deben escoger el lugar del arbitraje. Esta elección debe basarse en consideraciones prácticas y jurídicas.
5. Las partes deben señalar el número de árbitros.
6. Las partes deben señalar el método de nombramiento y reemplazo de árbitros y, cuando se ha elegido arbitraje ad hoc, seleccionar una autoridad nominadora.
7. Las partes deben señalar el idioma del arbitraje.
8. Generalmente las partes deben especificar la ley aplicable al contrato y a cualquier controversia posterior. (IBA 2010, págs. 3-4)

No obstante, de los puntos mencionados con anterioridad como bien se lo menciona en la doctrina no hace falta mucha pormenorización en las cláusulas a menos que estas sean totalmente indispensables, pues con esto se asegura a las partes un mejor desarrollo del arbitraje que se vaya a dar ya que estos no son accesorios sino esenciales. (Conejero, 2008)

CONCLUSIONES

Las cláusulas arbitrales patológicas, dentro del procedimiento arbitral, constituyen el mayor problema que tienen tanto los jueces como los árbitros al momento de decidir si una controversia es propensa o no de ser manejada bajo arbitraje, ya que es tal su inexactitud que no permite vislumbrar de manera eficiente la voluntad primitiva de las partes, misma que con el transcurso del tiempo y para satisfacción de beneficios propios puede verse cambiada. Estas cláusulas patológicas se convierten en un obstáculo que si bien en muchos de los casos son subsanables no dejan de ser un impedimento para solucionar las controversias jurídicas, en tal sentido, no permiten que el arbitraje cumpla con los objetivos de celeridad, eficacia, simplicidad y exclusividad.

Las cláusulas arbitrales, por tanto, deben ser construidas bajo la conveniencia y realidad de cada relación jurídica, constatando que todo lo establecido es aceptado por los contratantes y que en un momento dado se pueda hacer efectivo, no sólo quedando en letra muerta. Esta construcción se la debe realizar con tal esmero que de ningún modo cause perjuicio a las partes ya sea por su oscuridad, falta de contemplación de alguna determinación específica o por el contrario por la pormenorización aspectos que de una u otra forma no son relevantes a la relación jurídica y que más bien provoca su inoperancia, y, por falta de apego a la ley.

Para que un arbitraje sea bien manejado no sólo necesita de árbitros capacitados sino también de cláusulas arbitrales que desde un principio generen resultados para con las partes, ya sea en sus efectos positivos o negativos. Esto se lo logrará si se toma una preferencia por su redacción y se lo hace de manera consciente, conociendo cada término y aspecto que debe llevar cada una, guiándonos de los modelos preexistentes, pero no tomándolos a raja tabla, y sobre todo asesorándonos de personal apto, para que así en un futuro estas cláusulas tengan fuerza y sean respetadas.

REFERENCIAS

- Castro, Enmanuel. Anuario de Derecho. Panamá – República de Panamá: Vol. 50, Número 210-222, 2021.
- CNUDMI.- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil. Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Viena. Publicación Naciones Unidas. 1985.

- Collantes, Jorge. Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional. Lima- Perú: Estudio Mario Castillo Freyre - Palestra, 2011.
- Conejeros, Cristián. Revista del Club Español del Arbitraje. Madrid - España: Vol 3, Número 49-70, 2008.
- Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 44, 20 de octubre del 2008.
- Ecuador, Ley de Arbitraje y Mediación, Registro Oficial No. 417, 14 de diciembre de 2006.
- Gabriel, Adamary, Santos, Milena y Villegas, Anthony. Ius et Tribunals. Huancayo – Perú: Vol. 4, Número 123-136, 2018.
- Guzmán, César. Arbitraje Comercial Nacional e Internacional. Lima-Perú: Fondo Editorial, 2017.
- IBA.- International Bar Association. Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional. Londres. International Bar Association. 2010.
- Kröll, Stefan. Revista del Club Español del Arbitraje. Madrid - España: Vol 9, Número 11-36, 2010.
- Ortega, Rolando. Mecanismos alternativos de resolución de conflictos por medios electrónicos. Barcelona-España: Bosch Editor, 2019.
- Parodi, Gustavo. Revista de Derecho. Montevideo – Uruguay: Vol. 4, Número 49-80, 2003.
- Pérez, María. Arbitraje y Mediación en el ámbito Arrendaticio. Madrid- España: Dykinson. 2017.
- Roca, José. El arbitraje en la contratación internacional. Madrid-España: ESIC Editorial. 1994.
- Semanate, Michelle. 2019. “Las clausulas arbitrales patológicas y sus efectos en el arbitraje comercial internacional”. Tesis masterado. Universidad Internacional de la Rioja, Sede Logroño.
<https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/8182/SEMANATE%20SIERRA%20c%20MICHELLE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Toledo, Christian. Arbitraje Comercial Internacional. Características y principios. Santiago. Universidad de Chile. 2003.
https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115219/de-toledo_c.pdf?sequence=1&isAllowed=y

UNCITRAL. 1958. Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras.

Villacrés, Carlos y Urbano Martín. Revista Ruptura de la Asociación Escuela de Derecho PUCE. Quito-Ecuador: Vol. 3, Número 357-388, 2021.