

Universidad Internacional de La Rioja
Máster Universitario en Derecho del Comercio Internacional

Las cláusulas arbitrales patológicas y sus efectos en el arbitraje comercial internacional

Trabajo fin de máster presentado por:	Michelle Alejandra Semanate Sierra
Titulación:	Máster en Derecho del Comercio Internacional
Área jurídica:	Resolución de conflictos. Arbitraje Internacional, Mediación y otros ADR
Director/a:	Prof. Dr. Rolando Joaquín Ortega Hernández

Quito

[05 de febrero de 2019]

Firmado por: Michelle Alejandra Semanate Sierra

I. ÍNDICE

I. ÍNDICE	1
II. LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS	2
III. RESUMEN	3
IV. INTRODUCCIÓN	4
V. DESARROLLO	6
V.1. Convenio Arbitral	6
V.1.1. Definición	6
V.1.2. Capacidad de las partes	7
V.1.3. Requisitos de validez	7
V.1.3.1. De Forma	7
V.1.3.2. De Fondo	8
V.1.4. Efecto positivo del convenio arbitral	8
V.1.5. Efecto negativo del convenio arbitral	9
V.2. Cláusulas arbitrales patológicas	10
V.2.1. Definición	10
V.2.2. Supuestos de las patologías	13
V.2.2.1. Cláusula arbitral con determinación de un arbitraje facultativo	13
V.2.2.2. Cláusula arbitral con determinación del arbitraje y la jurisdicción ordinaria como métodos de solución de controversias alternativos	14
V.2.2.3. Cláusula arbitral confusa	16
V.2.2.4. Cláusula arbitral inejecutable	17
V.2.2.5. Cláusula arbitral en blanco	18
V.3. Efectos de las cláusulas arbitrales patológicas	19
V.3.1. Principio de separabilidad de la cláusula arbitral	19
V.3.2. Principio de <i>kompetenz-kompetez</i>	20
V.3.3. Efecto positivo de interpretación de la cláusula arbitral	22
V.3.3.1. Principio de <i>Favor Arbitralis</i>	23
V.3.3.2. Interpretación Efectiva o de efecto útil	23
V.3.3.3. Principio de Buena fe y lealtad negocial	24
V.3.4. Efecto negativo de interpretación de la cláusula arbitral	26
V.3.4.1. Nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del convenio arbitral	26
V.3.5. Sugerencias para redactar una cláusula arbitral sin patologías	28
VI. CONCLUSIONES	31
VIII. ANEXOS	36

II. LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

Audiencia Provincial	AP
Boletín Oficial del Estado	BOE
Cámara de Comercio Internacional	CCI
Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional	CNUDMI
Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras	CNY1958
Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional	CG1961
Corte de Casación de Francia	CCF
Corte Permanente de Arbitraje	CPA
Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional	Directrices IBA
Fundamento Jurídico	FJ
Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado	UNIDROIT
Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje. (BOE Núm. 309. 26-12-2003)	LARB
Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional	LMCNUDMI
Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, edición 2016	Principios UNIDROIT
Sentencia del Tribunal Supremo de España	STS
Trabajo de Fin de Máster	TFM
Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma	TSJCA
Tribunal Supremo de España	TS

III. RESUMEN

La voluntad de las partes, plasmada en un convenio arbitral, es la base fundamental para el sometimiento de sus diferencias al arbitraje. Sin embargo, esta voluntad no siempre es perfecta, y puede adolecer de deficiencias que la doctrina ha denominado "*patologías*". Con este antecedente, encontramos a las cláusulas arbitrales patológicas, las cuales, como su nombre lo indica, cuentan con errores o insuficiencias que perjudican el sometimiento incontrovertido de las partes al procedimiento arbitral.

En el presente trabajo, abordaremos las distintas formas de patologías que puede adoptar el convenio arbitral y las formas de evitarlas. Se realizará un recorrido por la doctrina y jurisprudencia relevante analizando las distintas formas de patologías para que un procedimiento arbitral no quede carente de contenido.

Palabras clave: Convenio arbitral, cláusula compromisoria, cláusulas arbitrales patológicas.

ABSTRACT

The will of the parties, determined in an arbitration agreement, is the fundamental basis for submitting their differences to arbitration. However, this will is not always perfect, and may suffer from deficiencies that the doctrine has called "*pathologies*". Therefore, we acknowledge the pathological arbitration clauses, which, as their name suggest, have errors or insufficiencies that prejudice the uncontroversial submission of the parties to the arbitration procedure.

In this paper, we will approach the different forms of pathologies that the arbitration agreement can adopt and the ways to avoid them. There will be a review of the relevant doctrine and jurisprudence analyzing the different forms of pathologies, so that an arbitration procedure is not lacking in content.

Key words: arbitration agreement, arbitration clause, pathological arbitration clauses.

IV. INTRODUCCIÓN

El arbitraje comercial internacional es un método alternativo de resolución de conflictos enmarcado en las relaciones comerciales internacionales. Esta institución del derecho tiene como pilar fundamental la autonomía de la voluntad de las partes para someter la resolución de sus diferencias presentes o futuras al arbitraje; y, su decisión mutua de cumplir con el laudo arbitral que pone fin a la controversia¹.

Esta sumisión al arbitraje puede encontrarse expresada en un convenio arbitral, mismo que puede tomar forma de compromiso arbitral o de cláusula compromisoria o arbitral. En este sentido, el compromiso arbitral es la manifestación de la voluntad de las partes de someter una controversia existente entre ellas al arbitraje, cuando el conflicto ya ha surgido (presente); mientras que, la cláusula arbitral es la manifestación de la voluntad de las partes de someter al arbitraje una o varias controversias futuras, que se deriven del contrato que se encuentran suscribiendo (*ex ante*); es decir, se trata de una cláusula inserta en el contrato².

Sin embargo, es recurrente que las partes redacten convenios arbitrales que en su ejecución creen confusión. Situación derivada bien por los términos empleados, o generan poca certeza para evidenciar la voluntad de acudir al arbitraje como método de solución de conflictos sobre la jurisdicción ordinaria. Estas son las llamadas cláusulas arbitrales patológicas; que, como su nombre lo indica, presentan una patología o falencia que pone en duda la inequívoca voluntad de las partes de someterse al arbitraje, o respecto a uno o varios elementos de su procedimiento³.

El presente trabajo de fin de máster (en adelante TFM) tiene por objeto el estudio de los requisitos de validez de un convenio arbitral imbricado en las cláusulas arbitrales patológicas; y, algunas recomendaciones para redactar una cláusula arbitral efectiva. Así, las patologías más comunes versan en diversos supuestos. En primer orden, las encontramos cuando estamos frente a una cláusula arbitral con determinación de un arbitraje facultativo; es decir, cuando la voluntad de las partes parece no determinante de someter de manera exclusiva sus controversias al arbitraje; por lo general, estas cláusulas determinan la frase “*podrán someterse al arbitraje*”, lo que dificulta establecer la exclusividad de este método de resolución de conflictos. Así también, las hallamos en cláusulas arbitrales donde otorgan competencia para resolver sus controversias, a través del arbitraje y a través de la jurisdicción ordinaria, de manera paralela; lo que obstaculiza el develar al arbitraje como único y exclusivo mecanismo de resolución de diferencias.

Otras frecuentes deficiencias se evidencian cuando las partes incluyen elementos confusos; por ejemplo, se identifica erróneamente el nombre de la institución de arbitraje donde se va a someter su futura controversia, o incluyen una localización errónea del centro que lo administrará. Existen, además, otras patologías de mayor gravedad, como las cláusulas arbitrales inejecutables y las denominadas en blanco; en estos casos, los elementos que las partes han incluido en el convenio arbitral lo vuelven inejecutable, pues, o son contradictorias o son de imposible cumplimiento (por ejemplo, determinar que el árbitro que conocerá la causa es una persona que ha fallecido); o, tienen tan pocos datos que no es posible iniciar el procedimiento

¹ CREMADES (2011: 660)

² BORN (2009: 116-122)

³ BENJAMIN (1991: 367)

arbitral (por ejemplo, se omite la designación de la sede, del número de árbitros o tribunal arbitral, la designación del centro de arbitraje o de los árbitros).

En estos casos, a los árbitros les corresponde interpretar el convenio arbitral patológico y determinar o declinar su competencia para conocer y resolver el conflicto, en base del principio de *kompetenz-kompetenz*. Para ello, deberán aplicar los principios de interpretación que favorezcan el sometimiento de las partes al arbitraje, como son el *favor arbitralis*, el efecto útil, la buena fe y la lealtad negocial. En caso de que las patologías no puedan ser subsanadas por los árbitros a través de la aplicación de los principios descritos; el convenio arbitral se entenderá como nulo, ineficaz o inaplicable; y, por ende, las controversias de las partes deberán ser conocidas por los órganos judiciales ordinarios.

Por ello, para evitar que el convenio arbitral resulte fútil, se pueden tomar como referencia las cláusulas modelos de reconocidos Centros de Arbitraje o de instituciones de renombre, como son la Cámara de Comercio Internacional (en adelante CCI), la Corte Permanente de Arbitraje (en adelante CPA), la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI), el International Bar Association (en adelante IBA), entre otras; con las cuales se reducirá exponencialmente el riesgo de contar con una cláusula arbitral patológica que dificulte el normal desenvolvimiento del procedimiento arbitral.

La metodología del presente TFM será teórica, a través de un estudio de doctrina especializada respecto a las patologías que pueden encontrarse en una cláusula arbitral. El enfoque radicará en un análisis normativo respecto al arbitraje comercial internacional; y, un estudio comparativo de diversa jurisprudencia donde se examinarán los pronunciamientos de diversos tribunales y cortes de justicia y su evolución, referentes a los efectos jurídicos de una cláusula patológica como su nulidad, ineficacia o inaplicabilidad; y, los principios de interpretación favorable de los convenios arbitrales, entre los cuales se revisarán el *favor arbitralis*, la interpretación efectiva o de efecto útil, la buena fe y lealtad negocial; la separabilidad de la cláusula arbitral y respecto al tribunal arbitral el principio de *kompetenz-kompetez*, a través del cual se otorga validez a los convenios arbitrales patológicos.

Con estos antecedentes, quisiera agradecer a mis padres y a mi hermana por ser los principales pilares de mi vida; y, a Javier, por ser mi constante apoyo; sin ellos, los logros académicos que pueda alcanzar no tendrían sentido. Además, agradezco a mi Director, quien con sus vastos conocimientos y sabios consejos me han permitido desarrollar exitosamente este TFM.

V. DESARROLLO

V.1. Convenio Arbitral

V.1.1. Definición

Para iniciar con el presente TFM, es necesario delimitar el contexto de un arbitraje internacional. Por lo cual se tomará como supuesto para el análisis, los términos prescritos tanto en el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante CG1961), como en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje (en adelante LARB).

El CG1961, determina dos requisitos para que un arbitraje sea internacional. Estos requisitos están determinados en su artículo 1.1.a); el primero es que el arbitraje se trate operaciones de comercio internacional; y el segundo es que las partes contratantes en el momento de estipular el convenio arbitral, su residencia, domicilio o sede social deben encontrarse en Estados contratantes diferentes. Asimismo, de acuerdo al artículo 3.1 de la LARB, un arbitraje es internacional si al momento de la celebración del convenio arbitral las partes tienen sus domicilios en Estados diferentes (literal a), que el lugar del arbitraje que se encuentra dispuesto en el convenio arbitral, el lugar donde se debe cumplir una parte sustancial de las obligaciones; o, el lugar donde la controversia tenga una relación más estrecha, se encuentre en un territorio fuera del Estado en el que las partes tengan sus domicilios (literal b); y, que la relación jurídica de donde nace la controversia afecte a intereses del comercio internacional (literal c).

Con el antecedente expuesto, es necesario definir a qué llamamos convenio arbitral. En la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras realizada en Nueva York en 1958 (en adelante CNY1958), su artículo 2.1 determina que los Estados Contratantes reconocen al acuerdo por escrito en el cual las partes se obligan a someter a arbitraje todas o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, respecto a un asunto arbitrable.

Por otro lado, la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional desarrollada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante CNUDMI), con las enmiendas aprobadas en 2006 (en adelante LMCNUDMI), contiene dos opciones para definir al convenio arbitral, indicadas como Artículo 7 (Opción 1)⁴ y Artículo 7 (Opción 2)⁵.

La definición dispuesta en el artículo 9 de la LARB, es bastante coincidente con la Opción 1 de la LMCNUDMI. Sin embargo, cabe indicar que la LARB tomó de referencia la versión original de la LMCNUDMI de 1985 sin las reformas de 2006; por tanto, se explica sus diferencias. Adicionalmente, en relación a la ubicación del convenio arbitral, el artículo 1.2.a) del CG1961, establece que el convenio arbitral puede encontrarse como una cláusula compromisoria dentro de un contrato o como un contrato o compromiso separado firmado por las partes o contenido dentro de una carta, telegrama o teleimpresor. Asimismo, tanto la LMCNUDMI en su artículo

⁴ Anexo 1

⁵ Anexo 2

7.1 (Opción 1); y, la LARB en su artículo 9.1, también disponen que el convenio arbitral puede adoptar la forma de acuerdo independiente, denominado compromiso arbitral, o como cláusula incorporada en un contrato; en esta última opción, el convenio arbitral se lo denomina cláusula compromisoria.

En este sentido, debemos delimitar los tipos de convenios arbitrales existentes. El compromiso arbitral se plasma como la manifestación de la voluntad de las partes de someter una controversia existente y presente entre ellas al arbitraje, cuando el conflicto ya ha surgido; mientras que, la cláusula arbitral es la manifestación de la voluntad de las partes de someter al arbitraje una o varias controversias futuras (*ex ante*), que se deriven o tengan relación al contrato que se encuentran suscribiendo; es decir, se trata de una cláusula inserta en el contrato internacional⁶.

Con estos antecedentes, se puede evidenciar la naturaleza contractual del convenio arbitral. En este sentido, la doctrina es uniforme en establecer que el convenio arbitral es un negocio jurídico⁷, acordado entre las partes, donde plasman su voluntad de someter sus controversias derivadas de la interpretación, ejecución, terminación o por cualquier causa relacionada a un contrato al arbitraje, para obtener una solución a su conflicto a través de la decisión de terceros imparciales⁸.

V.1.2. Capacidad de las partes

Al tratarse de un arbitraje internacional, se analizará la capacidad de las partes a la luz de lo determinado en la CNY1958. La capacidad a que hace referencia la CNY1958 en su artículo 5.1.a), determina que, para denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral, la parte contra la cual es invocado dicho laudo debe probar a la autoridad competente del país donde se está tramitando el reconocimiento y la ejecución, que las partes estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la Ley aplicable. Por otro lado, el CG1961 establece en el artículo 9.1.a) que, la anulación del laudo arbitral en uno de los Estados contratantes del Convenio, constituye una causa de denegación al reconocimiento o ejecución de dicho laudo en otro de los Estados contratantes si las partes del convenio arbitral estaban inmersas en una incapacidad de obrar, de acuerdo a la ley que les sea aplicable.

En estos supuestos, se origina la cuestión de definir cuál es la ley aplicable para determinar la incapacidad de las partes. En consecuencia, el tratadista Bernardo Cremades ha indicado que en el caso de los arbitrajes internacionales, los tribunales arbitrales son los competentes para determinar la Ley aplicable y para valorar la capacidad de las partes; y, para ello, en caso de no haberse establecido, aplicarán el Derecho Internacional Privado del país donde el arbitraje se desarrolle (sede)⁹.

V.1.3. Requisitos de validez

V.1.3.1. De Forma

⁶ BORN (2009: 116-122)

⁷ SILVA ROMERO (2005: 23)

⁸ BLACKABY-HUNTER-PARTASIDES-REDFERN (2004: 46-50)

⁹ CREMADES (2011: 661)

El requisito formal para determinar la existencia y validez de un convenio arbitral es que éste conste por escrito¹⁰. Así las cosas, el artículo 2 de la CNY1958, determina en sus numerales 1 y 2, esta obligatoriedad, y que el convenio arbitral debe estar suscrito por las partes. Asimismo, se ratifica lo indicado en la CNY1958, en el artículo 1.2.a) del CG1961; en el artículo 7 (Opción 1) de la LMCNUDMI; y, en el artículo 9.3 de la LARB. Además, se debe acotar que en la LARB y en la LMCNUDMI se establece que la determinación de suscripción del convenio arbitral puede suplirse si existe una constancia de éste en los medios tecnológicos usados.

V.1.3.2. De Fondo

La validez respecto al fondo del convenio arbitral está sujeta a la ley elegida por las partes; o, a falta de ésta, a la ley de la sede del proceso arbitral¹¹. Con este antecedente, la CNY1958 determina en su artículo 5.1.a) que: *“solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) (...) que dicho acuerdo no es válido en virtud de la Ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia”*. Además, el artículo 9.6 de la LARB dispone que, en caso de un arbitraje internacional, el convenio arbitral será válido si cumple con los requisitos dispuestos en la normativa que las partes eligieron para que lo rija, las aplicables al fondo de la disputa o por el derecho español; estableciendo una prelación que debe ser analizada por el tribunal arbitral en cada caso.

V.1.4. Efecto positivo del convenio arbitral

Ahora bien, se deben analizar los efectos que conlleva el someter al arbitraje una controversia; en primer lugar, pretendemos detallar cuáles son los efectos positivos del convenio arbitral. Al tratarse de un método alternativo de solución de diferencias, la autonomía de la voluntad de las partes es su base fundamental; por lo tanto, el efecto positivo del arbitraje es en efecto la obligación de las partes de someter sus controversias a resolución de un tribunal arbitral; en consecuencia, la parte que determine que existe una controversia con su contraparte, deberá presentar la demanda arbitral en los términos acordados en el convenio arbitral; y, con ello, la parte demandada no podrá plantear como excepción que no desea ventilar su controversia en esta vía convencional¹².

Otro efecto positivo del convenio arbitral, también basado en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, es que ellas se obligan a reconocer la obligatoriedad del laudo arbitral que se dicte. Este efecto plantea la aplicación de los principios de lealtad negocial y de seguridad jurídica; pues, no existen instancias ulteriores que puedan revisar el laudo dictado o que se conformen como instancias de apelación; siendo la única excepción el recurso de anulación del laudo, el cual puede alegarse cuando se encuentra una o varias de las causales de denegación determinadas en el artículo 5 de la CNY1958, las cuales son taxativas¹³. En la CNY1958 podemos diferenciar las causales de denegación de un laudo arbitral

¹⁰ VAN DER BERG (1981: 74)

¹¹ CHILLÓN MEDINA-MERINO MERCHÁN (2006: 42)

¹² DERAIS (2004: 12-13)

¹³ VAN DER BERG (1981: 123)

extranjero que pueden ser alegadas a petición de parte o conocidas de oficio¹⁴. Asimismo, la LMCNUDMI en su artículo 34, regula la petición de nulidad, como único recurso contra un laudo arbitral, mientras que el artículo 36 norma los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo; cuyas causales, en ambos casos, son las mismas a las dispuestas en el artículo 5 de la CNY1958.

V.1.5. Efecto negativo del convenio arbitral

El efecto negativo del convenio arbitral versa sobre la imposibilidad de que las partes puedan someter la resolución de una controversia que se suscite entre ellas, derivada del convenio arbitral acordado, a un órgano judicial; en virtud de que, deben respetar su decisión de acudir a la instancia de resolución de conflictos acordada de manera convencional¹⁵. Por lo tanto, si una de las partes presenta una demanda ante un órgano judicial, la parte demandada deberá requerir la declinatoria de la competencia de dicho juez o tribunal judicial, alegando la existencia previa de un convenio arbitral; en este caso, la autoridad judicial que se encuentra conociendo la causa deberá declararse incompetente para resolver la controversia puesta en su conocimiento; sin embargo, para que ésta se declare incompetente, necesariamente la parte demandada tendrá que alegar la existencia del convenio arbitral, caso contrario, se interpretará que la voluntad de ambas partes ahora yace en someter su controversia a través del mecanismo jurisdiccional ordinario¹⁶.

La regulación normativa respecto a los efectos positivos y negativos del arbitraje los podemos encontrar en el artículo 6.3 del CG1961. Este artículo establece que si una de las partes ya ha iniciado un procedimiento arbitral; y, la otra parte, posteriormente, inicia un proceso judicial respecto a la misma controversia u otra derivada del convenio arbitral existente, así sea respecto de su existencia, nulidad o caducidad, la autoridad judicial que conozca la causa debe diferir toda resolución sobre la competencia del tribunal arbitral hasta el momento en que se dicte el laudo sobre el fondo de la controversia. Plantea asimismo esta norma una excepción que indica que siempre y cuando la autoridad judicial tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta normativa, podría alegar la nulidad de la cláusula arbitral; motivos que algunos autores subsumen únicamente en caso de que el laudo a dictarse sea contrario al orden público¹⁷.

Asimismo, el artículo 11 de la LARB describe los efectos positivo y negativo del convenio arbitral. Ratifica esta norma el efecto positivo del convenio arbitral al disponer que éste obliga a las partes a cumplir con lo que se haya estipulado en él. Determina además el efecto negativo al indicar la obligación de los órganos judiciales de no conocer las controversias que previamente se han dispuesto su resolución por arbitraje, siempre que la parte contra quien se invoque la demanda arguya la excepción declinatoria. Estos efectos también son recogidos en el artículo 8 de la LMCNUDMI. En este artículo se dispone que la autoridad judicial que se encuentra conociendo una causa que es objeto de un convenio arbitral, remitirá a las partes a someterse al arbitraje, en caso de que una de ellas lo solicite, a menos que ésta compruebe que el convenio arbitral es nulo, ineficaz o de imposible ejecución. En este punto, cabe indicar que el inicio de la acción judicial no implica que las

¹⁴ Anexo 3

¹⁵ DERAIS (2014: 15)

¹⁶ BORN (2009: 101)

¹⁷ SILVA ROMERO (2005: 47)

actuaciones arbitrales no van a continuar tramitándose ni restringirá que se dicte el laudo correspondiente, mientras la causa ordinaria continúa pendiente de resolver.

Adicionalmente, el artículo 46.2 de la LARB, prescribe que el *exequátur* de un laudo extranjero se rige por la CNY1958. Éste se sustanciará a través del procedimiento establecido en la normativa de carácter procesal civil aplicable a la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros. Sobre este punto, el artículo 8.6 de la citada Ley determina que para el reconocimiento de un laudo extranjero sería competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma (en adelante TSJCA) del domicilio o del lugar de residencia de la parte a la que se invoca el laudo, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren sus efectos; y, de manera subsidiaria, será competente el tribunal de primera instancia del lugar de ejecución del laudo o donde éste produzca sus efectos.

V.2. Cláusulas arbitrales patológicas

No todos los convenios arbitrales cuentan con la claridad suficiente para que, de facto, sean considerados libres de defectos y que sean plenamente ejecutables; este tipo de convenios arbitrales se denominan como cláusulas arbitrales patológicas.

V.2.1. Definición

Siendo la voluntad de las partes la base primordial del acuerdo de sometimiento de diferencias al arbitraje, en la práctica podemos encontrar convenios arbitrales que, debido a su forma de redacción presenten anomalías; y, por ello no consigan poner de manifiesto la voluntad inequívoca de las partes para acudir al arbitraje. Este tipo de inadecuada redacción provoca que el convenio arbitral resulte ambiguo, incoherente o inaplicable; o que éste desemboque en un procedimiento arbitral que no será idóneo para dirimir la controversia de las partes de manera efectiva¹⁸.

La primera referencia a estas inusuales situaciones que ponen en duda la voluntad de las partes en acudir al arbitraje fue realizada por Frédéric Eisemann. Este notable jurista, quien por varios años fungió como Secretario General de la Corte de Arbitraje de la CCI, localizada en la ciudad de París; analizó una cantidad considerable de causas conocidas en la CCI; y, compiló los errores más comunes que las partes realizaron en la redacción de sus convenios arbitrales. Además, se refirió a estos defectos como “*patologías*”; al realizar un curioso símil con el ser humano, cuando éste sufre de una enfermedad; y, para obtener una mejoría, los médicos deben deducir de sus patologías presentadas la mejor opción de tratamiento para curarlo¹⁹.

En este sentido, Eisemann, indicaba que para referirse a un convenio arbitral como “*patológico*”, éste, con su redacción, debería incumplir con sus funciones primordiales, las cuales el jurista las recoge en las siguientes:

1. Que el convenio arbitral produzca inequívocamente la obligación de las partes de someterse al arbitraje (efecto positivo del arbitraje).

¹⁸ ARTUCH IRIBERRI (1995: 415)

¹⁹ BENJAMIN (1991: 365-366)

2. Que el convenio arbitral evite la intervención de las autoridades judiciales estatales para conocer y resolver la o las controversias que se susciten entre las partes (efecto negativo del arbitraje).
3. Que el convenio arbitral otorgue competencia al árbitro o al tribunal arbitral dispuesto en éste para resolver la diferencia surgida entre las partes.
4. Que el convenio arbitral permita la conducción de un procedimiento arbitral idóneo y eficaz que conduzca a la expedición de un laudo que sea capaz de ser reconocido y ejecutado.

Con dicho antecedente, el citado jurista determina que todo convenio arbitral será patológico si no permite la eficiente aplicación de los cuatro elementos o de alguno de ellos²⁰. Sin perjuicio que, en mi opinión, cada elemento está atado intrínsecamente al otro; por lo que, la existencia de uno dependerá de la existencia de los demás. Por ende, el precepto de Eisemann podría ser modificado en que los cuatro elementos por él identificados deberían cumplirse para que no exista una patología; caso contrario, el árbitro podrá corregir el defecto realizado por las partes, durante el procedimiento arbitral, sin tornar inejecutable el convenio arbitral cuando fuese posible; es decir, cuando la patología sea subsanable.

Con esta primera definición de Eisemann, los doctrinarios han desarrollado un sinnúmero de estudios y análisis de casos para poder denotar qué implica que un convenio arbitral sufra de una patología; y, se han planteado si los efectos de toda clase de patologías podrían ser los mismos. Por ello, entre las décadas de los 70 y 80 del siglo pasado, encontramos doctrinas diferenciadas respecto a cómo afectan las patologías a las cláusulas arbitrales, las cuales son claramente antagónicas.

Por un lado, contamos con la posición del doctrinario Yves Derains, plasmada en su libro de 1985 "*Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*". En el cual, luego de realizar un análisis casuístico similar al realizado por Eisemann diez años atrás, consideró que una cláusula arbitral patológica es la que no permite, al momento de que surge una diferencia entre las partes, someterlo a resolución de los árbitros, sin que medie previamente un nuevo convenio arbitral entre las partes, o que una autoridad judicial estatal intervenga dirimiendo la controversia de su aplicabilidad práctica²¹. Esta posición es interesante, pues otorga un calificativo, a mi criterio, sumamente fatalista a los efectos de las patologías; pues, en opinión del autor, un convenio arbitral patológico es inejecutable en todos los casos.

La posición contraria a la de Derains la encontramos en los igualmente reconocidos tratadistas Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman. Estos tratadistas en su obra "*Traité de l'arbitrage commercial international*" arguyen que las patologías implican que un convenio arbitral contiene uno o varios defectos que alteran el normal desarrollo de un procedimiento arbitral; sin embargo, éstas cláusulas arbitrales defectuosas deben ser analizadas caso por caso por el árbitro que conoce la divergencia en virtud del principio de *kompetenz-kompetenz*, para determinar su eficacia y aplicación a la solución de la controversia²². Por ello, se debe evitar el redactar cláusulas arbitrales que pueden devenir en una necesaria interpretación del convenio arbitral y que finalmente podrían incluso resultar

²⁰ EISEMANN (1974: 22-25)

²¹ DERAIS (1985: 27)

²² FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN (1996: 262)

inaplicables en caso de defectos graves y no subsanables por parte del árbitro; lo que conllevaría en que el laudo arbitral, de expedirse, pueda resultar inejecutable.

Esta última posición es la comúnmente aceptada en la actualidad por la doctrina y la jurisprudencia arbitral y judicial. Así, destaco el caso de España, donde el Tribunal Supremo (en adelante TS) de dicho país determinó en Sentencia 818/2007, Fundamento Jurídico (en adelante FJ) (4), que una cláusula que puede dar lugar a cierta confusión no elimina el convenio arbitral; y, por consiguiente el TS determinó la ejecución de la cláusula arbitral refiriéndose a que: “(...) *En lugar de concluir con una interpretación restringida de la LA a la que parece llegar la Sala [que conoció la apelación], la aplicación al caso de la doctrina mayoritaria sobre la especialidad del juicio de menor cuantía, atendiendo al derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de la indefensión, sí resulta clara la voluntad del demandado de no renunciar al arbitraje, es lícito que tras la proposición de la excepción, pueda oponerse, subsidiariamente, al fondo del asunto y conteste a la demanda, sin que ello suponga una renuncia tácita al arbitraje (...)*”; y concluye indicando que: “(...) *se afirma que la materia sobre la que incidiría el arbitraje es transaccionable, no es de orden público y, en consecuencia, podría ser sometida a la decisión de árbitros*”²³.

Es importante destacar, además, que la posición del jurista Derains analizada en párrafos anteriores, ha venido modificándose; e, incluso se ha volcado a asumir una posición similar a la de Fouchard, Gaillard y Goldman. Así, se puede evidenciar en un artículo redactado para la Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado del 2004, denominado “*El arbitraje, auxilio del comercio exterior*”; donde Derains indica que las patologías de una cláusula arbitral deben analizarse en cada caso por los tribunales arbitrales que las partes hayan otorgado competencia para solucionar el conflicto suscitado entre ellas; siempre considerando para su interpretación el efecto útil de la autonomía de la voluntad plasmada en el convenio arbitral, sea perfecta o no²⁴.

Ahora bien, respecto a las patologías, éstas no se encuentran en un listado taxativo de casos. Sin embargo, es rescatable el evidenciar los diferentes análisis que han mostrado dónde se producen. Es importante mencionar que las patologías pueden presentarse tanto en cláusulas arbitrales de contenido mínimo, como en las cláusulas arbitrales extensas, que incluyen un detalle mayor respecto a temas como designación de árbitro, controversias sometidas a arbitraje, determinación del procedimiento arbitral (generalmente cuando estamos frente a arbitrajes *ad-hoc*), entre otros²⁵. Con este antecedente, se puede comprobar que las patologías se encuentran más comúnmente en las cláusulas arbitrales de contenido extenso. Como lo indica el tratadista Silva Romero, así el convenio arbitral cumpla con los requisitos de validez en cuanto a forma y fondo, una redacción que trate el más mínimo detalle, pretendiendo ser lo mayormente precisa para las partes, en lugar de evitar disputas, las genera, pues en detrimento de la claridad, puede ocasionar contradicciones y confusión; lo que conllevará que el procedimiento arbitral se dilate tratando de resolver la cuestión de la voluntad de las partes en la cláusula arbitral; y, por ende, incrementarán los costes y esfuerzos sumados en el mismo²⁶.

²³ STS 818/2007 de 10 de julio de 2007

²⁴ DERAINS (2004-12)

²⁵ FERNÁNDEZ-ROZAS (2006: 38-42)

²⁶ SILVA ROMERO (2005: 36-40)

En este mismo orden, la jurista Elena Artuch Iriberry, defiende la posición que, en el evento de estar frente a una cláusula arbitral patológica, no se está debatiendo su existencia. No cabe duda alguna de su presencia material dentro de un contrato o como documento independiente suscrito por las partes ahora en conflicto; asimismo, indica que tampoco se trata de un problema de validez; sino, de la falta de evidencia de la voluntad expresa e inequívoca de sometimiento al arbitraje o la contradicción con otras cláusulas contractuales o por contener elementos que la vuelven inaplicable; por lo que, la tratadista define a la cláusula arbitral patológica como el acuerdo válido que presenta imprecisiones que pueden provocar su ineficacia²⁷.

Por ende, una cláusula arbitral no necesita ser extensa o tratar de regular todos los aspectos del procedimiento arbitral para que resulte eficaz y ejecutable. Por lo contrario, debería ser lo más sencilla y precisa posible, para evitar el riesgo de que sea sometida a alguna impugnación por recaer en una impresión, defecto o falta de claridad sobre la voluntad de las partes de someterse al arbitraje. En definitiva, podemos concluir que estaremos frente a una cláusula arbitral patológica cuando ésta cuenta con elementos erróneos, defectuosos o ambiguos, que ponen en riesgo su efectividad para someter al arbitraje las controversias que se susciten entre las partes contratantes.

V.2.2. Supuestos de las patologías

V.2.2.1. Cláusula arbitral con determinación de un arbitraje facultativo

El primer supuesto a analizar es cuando nos encontramos con una cláusula arbitral que indica que el arbitraje es facultativo. En estos supuestos, los convenios arbitrales, incluyen la frase “*podrá someterse a arbitraje*”; lo que, conlleva a la duda de que haya existido una inequívoca voluntad de las partes en acudir a este método alternativo de solución de conflictos.

Este tipo de convenios arbitrales generan inconvenientes en el normal desarrollo de un procedimiento arbitral. De acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, los términos facultativos dotan en esencia una facultad a ser tomada o no por las partes; sin embargo, la misma Corte Suprema ratifica que la palabra “*podrá*”, no puede ser motivo para que se desconozca el sometimiento de las controversias al arbitraje; pues, al ser éste un método que nace de la convención entre las partes, su inclusión en el contrato es suficiente para denotar su voluntad de acudir a esta instancia convencional de solución de controversias²⁸. La jurisprudencia francesa también ha tomado una posición al respecto. En la Sentencia 17-22117, la Corte de Casación de Francia (en adelante CCF) abordó la problemática de cuando la voluntad de las partes opta por determinar la facultad de acudir al procedimiento arbitral; en este caso, el máximo órgano jurisdiccional francés determinó que son los árbitros, en base al principio de *kompetenz-kompetenz*, quienes son los llamados a pronunciarse respecto a su propia competencia; y, dilucidar la real voluntad de las partes de no disponer de la jurisdicción ordinaria como mecanismo de solución de sus diferencias; más allá aún, la CCF, estableció que se debe dar privilegio al mecanismo convencional acordado por las partes; así se encuentre como una opción; ya que, el consensuar un

²⁷ ARTUCH IRIBERRY (1995: 416-417)

²⁸ Sentencia 473 U.S. 614 de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth, de 2 de julio de 1985

mecanismo distinto a la justicia jurisdiccional, éste debe primar sobre toda incertidumbre o duda que pueda generarse por su redacción²⁹.

Por lo tanto, este tipo de cláusulas arbitrales que contienen la palabra “*podrá*”, no excluyen la decisión de las partes contratantes de someter sus diferencias al arbitraje, siendo su voluntad, aunque no inequívoca, suficiente para abstraer la resolución de sus controversias de la justicia ordinaria³⁰. De esta manera, la doctrina ha desarrollado los principios del *favor arbitralis* y del efecto útil; que facultan a los árbitros, en aplicación del principio de *kompetenz-kompetenz*, de pronunciarse positivamente respecto a la validez del convenio arbitral que adolece de esta patología; mismos que serán abordados en los acápites siguientes de este TFM.

V.2.2.2. Cláusula arbitral con determinación del arbitraje y la jurisdicción ordinaria como métodos de solución de controversias alternativos

Esta segunda patología la podemos evidenciar cuando nos encontramos con una cláusula arbitral donde no se excluye la competencia de la jurisdicción de las autoridades judiciales para conocer las controversias que surjan entre las partes contratantes. Es bastante común encontrar este tipo de tipología cuando existe un convenio arbitral donde se hace referencia a que un juez o tribunal judicial de un Estado pueda brindar asistencia judicial, o su competencia respecto al reconocimiento y ejecución del laudo arbitral que se dicte; en cuyo caso, se generan dudas respecto a la voluntad de las partes de someter exclusivamente al arbitraje sus controversias en detrimento de la competencia de la justicia ordinaria³¹.

Esta ambigüedad presenta el problema de que se considere que la sumisión al arbitraje no sea clara ni tampoco la sumisión a la justicia ordinaria. Sin embargo, la jurisprudencia nos aclara la interpretación efectiva que debe realizarse en caso de encontrarnos frente a esta patología. Así las cosas, la Audiencia Provincial (en adelante AP) de Madrid (sección 28) mediante auto de 18 de octubre de 2013, declaró la validez de una cláusula arbitral que adolecía de la patología indicada, a la cual denominó como una cláusula arbitral híbrida (al referir la competencia de solución de controversias tanto al arbitraje como a la jurisdicción estatal, que en este caso eran los tribunales de Holanda); indicando lo siguiente: “(...) *no es desconocida en la práctica internacional la técnica consistente en combinar la cláusula arbitral con otras, como las de mediación o las de sumisión a determinada jurisdicción (bien permitiendo la elección a la parte demandante o bien delimitando qué tipo de contiendas irían a una u otra vía* (...)”³².

Sin embargo, existe jurisprudencia que se ha pronunciado de manera opuesta a lo indicado en líneas anteriores. Por ejemplo, en la Sentencia 79-13779, la CCF determinó que la cláusula arbitral que determinaba la opción de acudir a arbitraje o a la justicia ordinaria no era válida; pues su ambigüedad conllevó a que se conforme un error insubsanable, pues no existió una definición de la real voluntad de las partes de abstraer la solución de controversias de la jurisdicción estatal; y, por ello, las partes debían someter sus conflictos a las autoridades judiciales que sean

²⁹ Sentencia 17-22117 de la CCF de 04 de julio de 2018

³⁰ MALEVILLE (2000: 78-80)

³¹ Ibídem (2000: 72-73)

³² Auto 147/2013 de la AP de Madrid (sección 28) de 18 de octubre de 2013 (LA LEY 5833/2013)

legalmente competentes en vez de someterse al arbitraje, al ser ésta la determinación legal en caso de falta de sometimiento expreso a un método alternativo de solución de conflictos³³.

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina ha realizado un análisis de las tendencias jurisprudenciales actuales. Por lo que, se han podido percibir cambios sustanciales en las decisiones judiciales respecto a cláusulas arbitrales que sufren de esta patología. Por ejemplo, se ha indicado que este tipo de convenios arbitrales donde se plantea como opción el someter las controversias indistintamente a arbitraje o a tribunales judiciales, actualmente se ha superado, en el sentido de que la voluntad de las partes es clara en acudir a esta instancia de solución de controversias convencional; y, únicamente si el convenio arbitral carece de validez formal o de fondo, podrán conocer y resolver la controversia las autoridades judiciales estatales que sean competentes; por lo que, de manera anticipada no se podría alegar la invalidez del convenio arbitral por esta deficiencia³⁴.

Sobre esta tendencia, el TS se ha pronunciado favorablemente, a través de Sentencia 26/2010, FJ (4), que indica:

“(...) Finalmente la cita recogida ‘in fine’ en la cláusula trigésimo segunda ‘De cualquier modo, ambas partes se someten a los Juzgados y Tribunales de San Sebastián, con renuncia expresa a cualquier otro fuero o domicilio que pudiera corresponderles’ no quiebra, a juicio de esta Sala, la voluntad inequívoca de las partes de someter a arbitraje las divergencias en torno a la aplicación e interpretación del contrato sino que lo que incorpora es una sumisión (competencia territorial) al fuero de los Juzgados y Tribunales de San Sebastián reflejando al interés de seguir tal fuero territorial en lo que sea ajeno a arbitraje o en el caso de que se renuncie voluntariamente a esta posibilidad esta última expresamente contemplada en el artículo 11.2 de la Ley 36/1988 de Arbitraje (...)”³⁵.

Por otro lado, existe otra situación que algunos autores han considerado como una patología. Esta versa sobre una cláusula arbitral donde se determinan ciertas controversias o materias que serán objeto de resolución en arbitraje; y, otras identificadas que se determina la competencia de los tribunales judiciales de un país para resolverlas; sin embargo, la duda respecto a la invalidez de la cláusula arbitral por adolecer de esta supuesta patología, se ha disipado rotundamente al deducir que ambas cláusulas de solución de controversias no son contradictorias; sino, que restringen la competencia de los árbitros a ciertas materias o controversias indicadas taxativamente en el contrato; por ende, lo que no debe perderse de vista es que los árbitros en su laudo, no incurran en la causal de no reconocimiento y ejecución recogida en el artículo 5.1.c) de la CNY1958; donde se dispone que no se reconocerá el laudo que dirimió una controversia no contemplada en el convenio arbitral o si sus resoluciones exceden el ámbito dispuesto en el convenio arbitral (*extra petita*); y, determina que solo se podrán ejecutar las decisiones que si se enmarcan dentro del ámbito del convenio arbitral³⁶.

³³ Sentencia 79-13779 de la CCF de 19 de noviembre de 1980

³⁴ CHANG (2004: 808)

³⁵ STS 26/2010 de 11 de febrero de 2010

³⁶ FERNÁNDEZ-ROZAS (2006: 52-54)

V.2.2.3. Cláusula arbitral confusa

Esta patología que pueden sufrir las cláusulas arbitrales radica en varios supuestos. El primero que se analiza es en el caso de encontrarnos frente a un arbitraje institucional, donde la patología se presenta si las partes identifican erróneamente el nombre de la institución de arbitraje donde se va a someter su futura controversia, o en caso de determinar una localización errónea del centro que administrará el arbitraje; en estos casos, lo interesante es que la cláusula arbitral cuenta con todos los requisitos de validez formales y de fondo; así, la jurisprudencia al tratar con este tipo de deficiencia, se ha inclinado a determinar la aplicabilidad de la cláusula arbitral, a pesar de este error; y, han indicado que éste es subsanable en caso de que sea evidente en el contexto de la misma que se refiere a cierta institución de arbitraje que existe en realidad, o si las partes deciden de mutuo acuerdo acudir a cierta institución arbitral³⁷.

Otro supuesto de cláusula arbitral confusa es cuando existe una dicotomía y se incluye contenido que concierne a un arbitraje *ad-hoc*, pero también se incluye el sometimiento de las partes a una institución arbitral. En caso de presentarse esta patología, se entiende que la cláusula de arbitraje es ejecutable; y, que la determinación del centro arbitral significa que éste actuará como la autoridad nominadora del o los árbitros que resolverán la controversia suscitada entre las partes; y, el procedimiento arbitral será el dispuesto en la cláusula arbitral³⁸.

Adicionalmente, estas cláusulas arbitrales confusas se presentan cuando las partes determinan un arbitraje institucional; sin embargo, excluyen la aplicación del Reglamento del Centro de Arbitraje escogido para solucionar la controversia. En este caso, al igual que el explicado en el párrafo anterior, el centro arbitral escogido actuará como la autoridad nominadora del o los árbitros que resolverán la controversia suscitada entre las partes; y, decidido este punto, las partes podrán determinar si se aplica o no el Reglamento del Centro, con lo cual, se habrá superado la patología³⁹. Finalmente, el último supuesto de una cláusula arbitral confusa lo encontramos en cláusulas arbitrales que cuentan con detalles excesivos que las partes insertaron con el fin de personalizar el acuerdo a sus necesidades. En estos casos, su defecto fue el contar con demasiados elementos que pueden llegar a ser contradictorios y ponen en tela de duda la aplicabilidad del convenio arbitral; por ello, para dilucidar si el convenio arbitral puede ser plenamente ejecutable, el árbitro debe analizar sus elementos esenciales y otorgar validez a los no contradictorios para que el procedimiento arbitral se desempeñe sin dificultades⁴⁰.

La jurisprudencia también nos explica cómo se presenta esta patología. De esta manera, en Sentencia 245/2002, FJ (2), el TS determinó que: "(...) *Lo que resulta decisiva, a efectos de la vinculación para las partes de la estipulación que se discute, es que el convenio arbitral se formalice por escrito (artículo 6 de la Ley) y que contenga el consentimiento claro, preciso y determinante de las partes, como declaración de voluntades concordes, de someterse a arbitraje. De esta manera asumen la obligación tanto de sujetarse al mismo, como la de acatarlo y cumplirlo, al*

³⁷ Sentencia 2 Lloyd's Rep. 127 de la Corte Comercial (Queen's Bench Division) del Reino Unido, Paul Smith Ltd v H&S International Holding Inc, de 18 de febrero de 1991

³⁸ GUERRERO DEL RÍO (2006: 669)

³⁹ Ibídem (2006: 670)

⁴⁰ CONEJERO ROOS (2008: 50-52)

*integrarse en un asentir contractual bien explicado (...)*⁴¹; por lo tanto, se recomienda que toda parte contratante que establezca una cláusula de sometimiento al arbitraje, la redacte de manera clara y sencilla, sin adornos ni innecesarios elementos agregados que la hagan ostentosa; pues, podrían causar que diluya la verdadera voluntad de las partes e inhabilite su ejecución⁴².

V.2.2.4. Cláusula arbitral inejecutable

Esta patología se encuentra cuando se presenta una cláusula arbitral que nunca podría ser aplicada en la práctica. Esto se debe a que cuenta con deficiencias insubsanables, las cuales, según el doctrinario Maleville en su obra *“Pathologies des clauses compromissoires”*, se encuentran recogidas, mayoritariamente, en las siguientes⁴³:

1. Cuando en la cláusula arbitral se designa a un centro de arbitraje que no existe o que ha dejado de existir.
2. Cuando la cláusula arbitral no dispone que el acudir al arbitraje será para resolver una controversia que pueda surgir entre las partes.
3. Cuando las partes incluyen en la cláusula arbitral ciertos requisitos (nacionalidad, conocimiento de varios idiomas, titulaciones específicas, experiencia específica, entre otros) que deberán cumplir los árbitros que resolverán la controversia, que limite o imposibilite el encontrar a los candidatos que cumplan todas las determinaciones acordadas por las partes.
4. Cuando las partes designan árbitros específicos, quienes, al momento de surgir la controversia se encuentran imposibilitados de poder aceptar su nombramiento; ya sea por motivos laborales, personales o incluso, se puede presentar el caso de que el árbitro designado haya fallecido; y, la cláusula arbitral no previó otro mecanismo de designación de árbitros.
5. Cuando las partes determinan la aplicación de normas jurídicas contradictorias o normativa derogada para resolver su controversia.
6. Cuando las partes determinan plazos límites para que se realicen determinadas actuaciones durante el procedimiento arbitral, que son irrazonables de cumplir.

En estos supuestos de patologías, las cláusulas arbitrales se vuelven inejecutables, y sus efectos los revisaremos en el siguiente capítulo. Como ejemplo de esta patología, el TS en Sentencia 273/2010, FJ (4), realizó el análisis de un contrato donde se encontraba una cláusula arbitral que disponía lo siguiente: *“OCTAVA. Las partes, con renuncia expresa a cualquier fuero que pudiera corresponderles, se someten al arbitraje de equidad en los términos de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, para resolver cualquier cuestión relativa a la ejecución y cumplimiento de lo previsto en este Protocolo, mediante la designación de un Árbitro de mutuo acuerdo y, en su defecto, por la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje”*⁴⁴.

La parte que negaba la validez del convenio arbitral argumentaba que, al haberse suscrito entre ellas nuevos instrumentos jurídicos que determinaban que: *“(…) Las cláusulas séptima y siguientes del contrato principal quedan sin efecto por haberse*

⁴¹ STS 245/2002 de 18 de marzo de 2002

⁴² GUERRERO DEL RÍO (2006: 674)

⁴³ MALEVILLE (2000: 63-65)

⁴⁴ STS 273/2010 (S.1ª) de 05 de mayo de 2010

cumplido lo pactado por las partes...”; la cláusula arbitral era inejecutable para solucionar la controversia. A lo que, el TS ratificó que ésta versaba sobre materia distinta a la ejecución y cumplimiento del Protocolo suscrito entre éstas; por lo tanto, fuera del ámbito de la acordada cláusula arbitral⁴⁵; en consecuencia, esta patología que limitó el ámbito de acción del convenio arbitral, no permitió que las partes sometan todo tipo de controversia suscitada entre ellas a este mecanismo alternativo de solución de diferencias.

Así las cosas, el tratadista José Carlos Fernández Rozas, en su obra *“El Convenio Arbitral: entre la estabilidad y el desatino”*, arguyó que cuando hablamos de cláusulas patológicas, la existencia de la cláusula arbitral no está en disputa; pues, la cuestión controvertida es que la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral padece una concreta contradicción en su contenido⁴⁶.

De esta manera se evidencia que la cláusula arbitral inejecutable cuenta con todos los elementos que afirman su existencia y validez. Sin embargo, son estos elementos adicionales que han sido añadidos por las partes los que generan dudas; y, finalmente degeneran en que se evidencie que son deficiencias insubsanables.

V.2.2.5. Cláusula arbitral en blanco

La última patología que vamos a analizar, es la que concibió el uso del término de cláusula arbitral en blanco. Esta patología trata de convenios arbitrales que son lacónicos, pues su contenido mínimo omite la designación de la sede, del número de árbitros o tribunal arbitral, la designación del centro de arbitraje o de los árbitros o de la modalidad de arbitraje⁴⁷.

En la mayoría de casos, estas cláusulas arbitrales en blanco degeneran en su ineficacia e imposibilidad de ejecución. En este sentido, la doctrina es contundente en afirmar que esta patología es insubsanable; a lo que, en caso de conflicto, si las partes requieren someterse al arbitraje tendrán dos opciones: la primera es redactar un compromiso arbitral respecto a la diferencia que ya ha surgido entre ellas, ratificándose de esta manera la ineficacia de la cláusula arbitral en blanco; y, con lo cual, las partes podrían realizar una adenda al contrato principal donde se encontraba el convenio arbitral original eliminándolo (en su lugar incluyendo una cláusula de sometimiento a jurisdicción ordinaria) o reemplazándolo con una cláusula arbitral válida para futuros conflictos⁴⁸.

La segunda opción es que las partes acudan a la justicia ordinaria para que en ella se completen los elementos faltantes de la cláusula arbitral en blanco; sin embargo, esta cláusula arbitral se considera como un nuevo acuerdo entre las partes contratantes; y, también podría entenderse que la cláusula en blanco originalmente inserta en el contrato fue ineficaz⁴⁹. En consecuencia, cuando se da a lugar este tipo de cláusulas arbitrales en blanco, se vuelve imprescindible contar con un nuevo convenio arbitral a través de la intervención de una autoridad judicial para que las partes definan los elementos faltantes para someter su controversia a arbitraje. Eso

⁴⁵ *Ibídem*

⁴⁶ FERNÁNDEZ ROZAS (2006: 713)

⁴⁷ CONEJERO ROOS (2008: 60)

⁴⁸ MALEVILLE (2000: 82-83)

⁴⁹ *Ibídem*

se debe a que por su contenido general y vago, no basta que se haya indicado el sometimiento a arbitraje si nada se dice sobre los demás elementos necesarios como designación de árbitros, procedimiento (arbitraje *ad-hoc* o institucional) y ley aplicable, elementos que son necesarios para dar inicio al procedimiento arbitral⁵⁰.

V.3. Efectos de las cláusulas arbitrales patológicas

V.3.1. Principio de separabilidad de la cláusula arbitral

El artículo 22.1 de la LARB recoge el concepto esencial del principio de separabilidad de la cláusula arbitral. En este sentido, en lo pertinente, determina que: “... *el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral (...)*”. Asimismo, la LMCNUDMI en su artículo 16.1, reconoce también el principio de separabilidad del convenio arbitral, al indicar lo siguiente: “(...) *una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria (...)*”. Una vez más, se puede evidenciar cómo la LARB ha tomado como referencia la LMCNUDMI para su redacción (vale indicar que ya se explicó anteriormente que la LARB tomó de referencia la versión original de la LMCNUDMI de 1985 sin las reformas de 2006).

Por otro lado, la doctrina es uniforme al manifestar que, al momento de analizar el principio de separabilidad del convenio arbitral, éste se lo entiende como accesorio del contrato principal, con las siguientes consideraciones de relevancia. En primer orden, se establece que la nulidad del contrato principal no implica necesariamente la del convenio arbitral accesorio a éste; y, en segundo orden, que es totalmente posible que pueda aplicarse al convenio arbitral una normativa distinta a la aplicable al contrato principal; con lo cual se ratifica su calidad como otra relación jurídica independiente entre las partes contratantes⁵¹. En consecuencia, se determina la autonomía del convenio arbitral respecto al contrato principal, en el sentido de que cualquier vicio que pudiese afectar la relación jurídica de donde deviene la cláusula arbitral, no puede afectar su existencia o validez; por tanto, en caso de que los árbitros determinen la nulidad del contrato principal, no se cuestionará la existencia o validez de cláusula arbitral; pues, ya habrán asumido su competencia a través del principio de *kompetenz-kompetenz*⁵². La jurisprudencia también se pronuncia respecto al principio de separabilidad y de la autonomía que goza el convenio arbitral respecto a las demás cláusulas contenidas en el contrato principal. Así, en Sentencia 567/2007, FJ (5), el TS explicó que: “(...) *El convenio arbitral (...) goza de una total autonomía respecto del resto del articulado de los estatutos (...)*”⁵³.

Por lo expuesto, la separabilidad de la cláusula arbitral, entendida como el supuesto de que la validez del contrato principal no es determinante para ratificar la validez del convenio arbitral; se determina una excepción al conocido principio del Derecho que dispone que: “*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*”. Por ende, la separabilidad

⁵⁰ CONEJERO ROOS (2008: 61-62)

⁵¹ BLACKABY-HUNTER-PARTASIDES-REDFERN (2004: 69-71)

⁵² *Ibidem*

⁵³ STS 567/2007 de 27 de mayo de 2007

implica que se debe considerar a la cláusula arbitral como distinta a las demás contenidas en el contrato, al tener el convenio arbitral validez propia distinta al del contrato que lo contiene⁵⁴. Así las cosas, este principio es fundamental para el adecuado desarrollo del procedimiento arbitral; ya que, su finalidad es que las partes no pretendan dilatar o negar la competencia del tribunal arbitral alegando la nulidad del contrato⁵⁵.

Por lo tanto, se puede indicar que cualquier vicio que pueda contener el contrato principal, no puede afectar la voluntad de las partes respecto a su decisión de someter sus conflictos a través de una vía alternativa a la judicial. Puesto que, al encontrarnos con un convenio arbitral contenido en un contrato, nos encontramos con dos relaciones jurídicas autónomas e independientes entre sí⁵⁶. Sin perjuicio de lo anterior, si bien el principio de separabilidad determina como regla general que la nulidad del contrato por sí sola no entraña la nulidad de la cláusula arbitral; existen supuestos en los cuales esta nulidad contractual si afecta al convenio arbitral. El ejemplo primordial versa cuando el contrato se nulita por la existencia de vicios de consentimiento presentes en el tiempo de su suscripción, los cuales pueden extenderse al mismo convenio arbitral; por lo que, en este caso la nulidad también recaería en la cláusula arbitral⁵⁷.

V.3.2. Principio de *kompetenz-kompetenz*

El principio de *kompetenz-kompetenz* contiene dos esferas a analizar. La primera se trata de su efecto positivo que, primordialmente, se refiere a la facultad que tienen los árbitros de pronunciarse sobre su propia competencia frente a las excepciones que las partes pueden alegar respecto a la existencia, validez o alcance de la cláusula arbitral. Por otro lado, el efecto negativo de este principio determina que las autoridades judiciales limiten su revisión a una determinación “*prima facie*” de la existencia y validez una cláusula arbitral, para que sean los árbitros los únicos competentes para determinar su competencia; manteniendo la justicia ordinaria su facultad de ejercer un control posterior, en caso de ser necesario, a través de la anulación o ejecución del laudo arbitral que se expida⁵⁸. Este principio toma especial relevancia cuando estamos frente a una cláusula arbitral patológica, donde una parte considera que la controversia que ha surgido sí puede ser sometida al arbitraje; y, por otro lado, su contraparte, no considera que la controversia deba ser conocida por el tribunal arbitral, por la patología presentada en el convenio arbitral.

La LARB recoge de manera expresa al principio de *kompetenz-kompetenz*. Así las cosas, el artículo 22 de la LARB, en su parte pertinente, dispone que:

“1. Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. (...) 3. Los árbitros podrán decidir las excepciones de que trata este artículo con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto. La decisión

⁵⁴ SILVA ROMERO (2005: 29-30)

⁵⁵ *Ibíd*em

⁵⁶ *Ibíd*em

⁵⁷ BLACKABY-HUNTER-PARTASIDES-REDFERN (2004: 72-73)

⁵⁸ FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN (1996: 78-80)

de los árbitros sólo podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo en el que se haya adoptado. Si la decisión fuese desestimatoria de las excepciones y se adoptase con carácter previo, el ejercicio de la acción de anulación no suspenderá el procedimiento arbitral”.

Por otro lado, la LMCNUDMI en su artículo 16.1 recoge el efecto positivo del principio de *kompetenz-kompetenz* al establecer: “*El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje (...)*”; y, asimismo, en el artículo 8 se recoge el efecto negativo del principio⁵⁹.

De manera adicional, la esfera negativa de este principio también puede ser encontrada en la CNY1958. Esta Convención en su artículo 2.3 prescribe que: “*El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente Artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable*”. En este sentido, las autoridades judiciales, en virtud de la CNY1958, tienen la obligación de remitir a las partes a someterse a un procedimiento arbitral cuando existe un convenio arbitral; con la única excepción de que el convenio arbitral sea nulo, ineficaz o inaplicable⁶⁰. Sin embargo, se debe plantear la cuestión del tipo de análisis que las autoridades judiciales deben realizar en estos casos; así, la doctrina es uniforme en indicar que este análisis debe remitirse a una determinación “*prima facie*” de la existencia y validez del convenio arbitral; y, solo si éste es manifiestamente nulo, ineficaz o inaplicable, sin lugar a dudas o interpretación razonable, podrá el juez negarse a la remisión al procedimiento arbitral acordado por las partes⁶¹.

Es menester evidenciar que la LARB, la LMCNUDMI y la CNY1958, como se evidenció en sus citados artículos, establecen la remisión de las partes al procedimiento arbitral, a menos que éste sea nulo, ineficaz o de imposible ejecución. Sin embargo, se prevé que se pueden continuar con todas las actuaciones arbitrales mientras el proceso de nulidad del convenio arbitral esté pendiente ante los tribunales judiciales, todo ello con la finalidad de evitar dilaciones en el procedimiento arbitral; así, se incentiva a las autoridades judiciales a derivar a las partes al arbitraje como primordial acción, realizando este control “*prima facie*” del convenio arbitral; lo cual es concordante con la facultad de los árbitros de emitir una decisión preliminar respecto a su competencia⁶². La jurisprudencia también ha reconocido el principio de *kompetenz-kompetenz*. En Sentencia 409/2017, FJ (2), el Tribunal Supremo de España, respecto a la competencia de los árbitros para decidir sobre su propia competencia indicó:

⁵⁹ LMCNUDMI. Artículo 8. Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal 1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. 2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal.

⁶⁰ VAN DER BERG (1981: 107)

⁶¹ Ibídem (1981: 108)

⁶² KRÖLL, LEW, MISTELIS (2003: 234)

“(...) los órganos jurisdiccionales, para decidir sobre su competencia cuando se les plantea una declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje, solo pueden realizar un enjuiciamiento prima facie del convenio arbitral. Son los árbitros los que, en el procedimiento arbitral, deben decidir sobre su propia competencia y solo a posteriori, en el recurso de anulación del laudo arbitral, puede controlarse por la jurisdicción estatal la corrección de la decisión de los árbitros sobre su propia competencia (...) si se ha iniciado un procedimiento arbitral, incluso en la fase previa de formalización del arbitraje, los árbitros, conforme a lo previsto en el art. 22 de la Ley de Arbitraje, son competentes para pronunciarse sobre su propia competencia, y su decisión sobre este punto solo puede ser revisada mediante la acción de anulación del laudo, con base en los motivos de impugnación previstos en los apartados a , c y e del art. 41.1 de la Ley de Arbitraje”⁶³.

En conclusión, el principio de *kompetenz-kompetenz* atribuye la competencia exclusiva a los árbitros de determinar si pueden o no resolver la controversia sometida a su conocimiento por una de las partes, sin tener que acudir a la jurisdicción ordinaria para dirimir su posible incompetencia. Así, sin que sea relevante el tiempo cuando los árbitros determinen su competencia (laudo parcial o laudo final), nunca se podrá paralizar el procedimiento arbitral alegando que la autoridad judicial se encuentra conociendo una causa donde se discute la inexistencia, invalidez o ineficacia del convenio arbitral; pues las partes siempre contarán con la posibilidad de plantear la nulidad del laudo que se expida ante los órganos jurisdiccionales, posteriormente⁶⁴.

V.3.3. Efecto positivo de interpretación de la cláusula arbitral

Tanto el principio de separabilidad de la cláusula arbitral como el de *kompetenz-kompetenz*, se interrelacionan para garantizar que las partes suscribientes del convenio arbitral no sean desviadas a los órganos judiciales en caso de una alegación sobre la validez del contrato o sobre la existencia, validez o ineficacia del convenio arbitral. La existencia de estos dos principios es trascendental para el correcto desarrollo del procedimiento arbitral; pues sin ello, bastaría que la parte que se encuentra reacia al arbitraje invoque la nulidad del contrato y de la cláusula arbitral para cuestionar e incluso frenar el arbitraje⁶⁵. De esta manera, son los árbitros quienes tienen la obligación de interpretar el convenio arbitral, con la finalidad de determinar su propia competencia para conocer el fondo de la controversia; y, en caso de encontrarnos con un convenio arbitral patológico, son ellos los competentes de interpretarlo en miras de develar el significado real de las declaraciones realizadas por las partes y su verdadera intención al convenirlas; y, armonizarlas con el resto de su contenido⁶⁶.

En este sentido, al encontrarnos con una cláusula patológica se vuelve fundamental que sean los árbitros quienes realicen la interpretación del convenio arbitral y el análisis de las patologías detectadas para determinar si éstas son subsanables o no; para ello, deberán interpretar de la manera más favorable el convenio arbitral; para honrar la voluntad, así sea defectuosa, de las partes contratantes, aplicando los

⁶³ STS 409/2017 (S.1ª) de 27 de junio de 2017

⁶⁴ KRÖLL, LEW, MISTELIS (2003: 235-236)

⁶⁵ FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN (1996: 91)

⁶⁶ ESTÉVEZ-MUÑOZ (2017:22)

principios como el *favor arbitralis*, del efecto útil de la cláusula arbitral; y, los de buena fe y lealtad negocial, para subsanar las patologías que presenta la cláusula arbitral.

V.3.3.1. Principio de *Favor Arbitralis*

El término favor se entiende como un trato favorable o un privilegio que se otorga a cierta situación para que desemboquen sus efectos deseados. Así, la combinación resultante en la frase “*favor arbitralis*”, como un principio de interpretación del negocio jurídico que es el convenio arbitral, implica precisamente una prerrogativa de los árbitros de inclinarse favorablemente hacia el acceso de las partes a acudir al procedimiento arbitral⁶⁷. Este principio también es aplicable por parte de los jueces que pueden conocer el convenio arbitral. La doctrina es uniforme en este sentido, pues se determina que al interpretar el convenio arbitral patológico, se debe entender que desde el momento en que las partes incluyeron una cláusula arbitral en su contrato, los jueces deben presumir que su intención es acudir al arbitraje; por ello, deberán respetar el sometimiento convencional de las partes a este método alternativo de resolución de conflictos⁶⁸. Asimismo, el tratadista Gary Born en su obra “*International Commercial Arbitration*”, ha indicado que a pesar de constituirse una cuestión de interpretación del acuerdo de las partes, las autoridades judiciales, deberían reconocer de que el mismo hecho de que las partes hayan incluido una cláusula arbitral en su contrato, refiere que el arbitraje será el método exclusivo y obligatorio para la resolución de las controversias que se pudiesen suscitar⁶⁹.

En este sentido, el *favor arbitralis*, invoca que una cláusula arbitral que cuenta con deficiencias debe ser interpretada a favor de la aplicación del procedimiento arbitral, ya sea por los árbitros o jueces, considerando que, si las partes no hubiesen deseado someter sus controversias al arbitraje, éstas simplemente se hubieran abstenido de indicar esta posibilidad. En consecuencia, cuando existe una cláusula arbitral que vislumbra la voluntad de las partes a acudir al arbitraje, su interpretación debe realizarse en el sentido de favorecer el desarrollo del procedimiento arbitral; por ello, este principio radica en optimizar la voluntad de las partes de someterse al arbitraje para resolver sus controversias, superando cualquier deficiencia en cuanto a redacción o contenido⁷⁰.

Es decir que, el no restringir la aplicación del arbitraje ante los supuestos de deficiencias o patologías que pueden ser superables, es la esencia del *favor arbitralis*; pues éstas no afectan los elementos esenciales que ratifican la voluntad de las partes a someterse al arbitraje⁷¹. De esta manera, se entiende que la interpretación del convenio arbitral debe ceñirse en el sentido de favorecer la implantación y el desarrollo del procedimiento arbitral, sin mayores dilaciones⁷².

V.3.3.2. Interpretación Efectiva o de efecto útil

Otro importante principio que se suma a favorecer el sometimiento de las partes al arbitraje es el de la interpretación efectiva o de efecto útil de la cláusula. Esto quiere

⁶⁷ HANOTIAU (1994: 880-882)

⁶⁸ KRÖLL, LEW, MISTELIS (2003: 221-222)

⁶⁹ BORN (2009: 221)

⁷⁰ *Ibidem*

⁷¹ FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN (1996: 97)

⁷² CHILLÓN MEDINA-MERINO MERCHÁN (1991: 673)

decir, que a pesar de que una cláusula arbitral sufra de deficiencias, al ser parte del negocio jurídico acordado por las partes, se debe propender a otorgarle efectividad; así, en circunstancias propicias, el convenio arbitral debe ser “rescatado” con base a este principio⁷³.

Este principio como aplicable al convenio arbitral, está inspirado en los principios de interpretación de los contratos, sobre todo de los ordenamientos jurídicos de corriente continental. Éste determina que cuando una cláusula (en este caso la cláusula arbitral) puede ser interpretada en dos formas distintas, la interpretación que habilita su eficacia debe ser adoptada preferentemente sobre aquella que previene su validez⁷⁴.

Es menester mencionar que este principio ha sido recogido en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, edición 2016 (en adelante Principios UNIDROIT) en su artículo 4.5. que dispone que: *“Los términos de un contrato se interpretarán en el sentido de dar efecto a todos ellos, antes que de privar de efectos a alguno de ellos”*. De manera adicional, sobre la participación de las autoridades judiciales respecto a este principio, el tratadista José Carlos Fernández Rozas, en su obra *“El Convenio Arbitral: entre la estabilidad y el desatino”*, indica claramente que: *“(…) no se trata de que el juez tenga la obligación de modificar el sentido literal de las cláusulas compromisorias, sino que debe reconstruir (…) la voluntad deficientemente expresada por las partes de someterse al arbitraje y prescindir de una simple lectura meramente formal de la cláusula controvertida (…)”*⁷⁵. Sin embargo, esta facultad no quiere decir que, podrán dejar de lado una disposición normativa ni tampoco los principios de la sana crítica durante la aplicación de este principio.

Es evidente que cuando un convenio arbitral contiene deficiencias, su análisis por parte de los árbitros debe realizarse con el debido cuidado; iniciando con evidenciar que existe la voluntad de las partes de acudir al arbitraje; y, con ello, los árbitros aplicarán el principio del efecto útil para poder sortear estas patologías y otorgar validez a las estipulaciones coherentes que permitan que el procedimiento arbitral se realice con la mayor normalidad⁷⁶.

En definitiva, el principio del efecto útil conduce a poder vislumbrar la verdadera intención de las partes, prefiriendo, otorgar viabilidad a la sumisión al procedimiento arbitral, así esté plasmado en una cláusula arbitral que adolece de patologías⁷⁷.

V.3.3.3. Principio de Buena fe y lealtad negocial

Dentro del contexto del arbitraje, el principio de la buena fe (objetiva)⁷⁸ y el de la lealtad negocial son trascendentales para suplir las deficiencias de un convenio arbitral. Ello implica que, en caso de deficiencias en la expresión de la voluntad de

⁷³ MALEVILLE (2000: 82)

⁷⁴ FERNÁNDEZ ROZAS (2006: 709-711)

⁷⁵ Ibídem (2006: 712)

⁷⁶ Ibídem

⁷⁷ Ibídem

⁷⁸ Cuando hablamos de buena fe objetiva nos referimos a la buena fe derivada de las relaciones contractuales y no la subjetiva referida en la mayoría de las legislaciones del derecho continental a los poseedores precarios o poseedores de buena fe e inclusive a la buena fe registral.

las partes, se debe interpretar de tal manera que el convenio arbitral surta los efectos que éstas desearon; es decir, que sus controversias sean sometidas al arbitraje; ya que, las partes han actuado libremente para pactar esta sumisión al procedimiento arbitral, lo que supone la presunción de que lo han hecho de buena fe; y, por ello, su pacto debe ser honrado a través de su cumplimiento efectivo⁷⁹. El principio de buena fe puede ser analizado en dos esferas; la primera es referente a la acción de las partes contratantes; y la segunda a la del tribunal arbitral. En relación a las partes, se presume que entre éstas existió una voluntad libre de vicios, positiva y razonable, inspirada en la equidad y certeza de celebrar el convenio arbitral; y, refiriéndonos a los tribunales, se entiende que el convenio arbitral debe ser interpretado de forma razonable, utilizando la sana crítica; y, tomando en consideración las circunstancias del hecho particular puesto en su conocimiento; de esta manera, se deberá resolver la aplicabilidad del convenio arbitral sobre las base de criterios éticos, prácticas comerciales actuales y sobre todo valorando el interés de las partes de someterse al arbitraje⁸⁰.

La doctrina es unánime en determinar que la buena fe debe presumirse. Así las cosas, los tratadistas Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard y Berthold Goldman, en su obra "*Traité de l'arbitrage commercial international*", aseveran que la verdadera intención de las partes debe prevalecer respecto a la que ha sido declarada, cuando las dos no han sido las mismas (es decir si presenta patologías). Para alcanzar esta máxima, se torna imprescindible que se analice en contexto la verdadera intención de las partes, la cual puede vislumbrarse a través del examen del comportamiento de éstas después de la celebración del convenio arbitral; lo que nos podrá indicar cómo apreciaron este pacto⁸¹. De esta manera, cuando la verdadera intención de las partes no coincida con la intención que ha sido declarada en el convenio arbitral defectuoso, los árbitros deberán atenerse a la primera. Esta real intención de las partes de someterse al arbitraje se presume fundamentalmente al encontrarnos con el convenio arbitral, ya sea dentro del contrato suscrito entre las partes o en un compromiso arbitral⁸².

El principio de buena fe no puede desligarse del de lealtad negocial. La lealtad negocial implica que el comportamiento de las partes, posterior a la celebración de un negocio jurídico, debe atenerse a alcanzar fielmente el cumplimiento de las estipulaciones contractuales pactadas entre ellas. En el caso del convenio arbitral, la lealtad negocial debe analizarse en el comportamiento de las partes en honrar su cumplimiento al interponer su demanda en el foro arbitral convenido⁸³. La lealtad negocial implica el derecho que tiene una parte de esperar de su contraparte la misma actitud que esta ha desplegado en cumplir con el convenio arbitral; por ello, en caso de que una de las partes someta su controversia a la justicia ordinaria, el juzgador deberá tomar en consideración esta actitud; para declinar su competencia a favor de la arbitral⁸⁴.

Los Principios UNIDROIT recogen estos dos principios, al ser reconocidos usos y costumbres del arbitraje comercial internacional; y, en general de la contratación

⁷⁹ ESTÉVEZ-MUÑOZ (2017:25-28)

⁸⁰ ALTERINI-DE LOS MOZOS-SOTO (2001: 347-348)

⁸¹ FOUCARD-GAILLARD-GOLDMAN (1996: 257)

⁸² HANOTIAU (1994: 910-911)

⁸³ ALTERINI-DE LOS MOZOS-SOTO (2001: 351)

⁸⁴ *Ibidem*

internacional⁸⁵. Así, en sus artículos 1.7, 1.8 y 4.1 determinan cuestiones como “buena fe y lealtad negocial” (Art.1.7), “Comportamiento contradictorio. *Venire contra factum proprium*” (Art.1.8), “Intención de las partes” (Art.4.1)⁸⁶. Asimismo, la jurisprudencia del TS reiteradamente ha indicado la trascendencia de los principios de buena fe y lealtad negocial como pilares fundamentales de las relaciones contractuales; así lo determina en Sentencia 317/2017, FJ (4)⁸⁷. De esta manera, al conjugarse la buena fe y la lealtad negocial, se abarca todo el ámbito de actuación de las partes, mismos que se configuran como deberes de conducta que los árbitros y las autoridades judiciales deben tomar en consideración al momento de interpretar el convenio arbitral y fallar de manera favorable al establecimiento del procedimiento arbitral⁸⁸.

V.3.4. Efecto negativo de interpretación de la cláusula arbitral

En caso de que los árbitros que conocen el convenio arbitral patológico, luego de agotar todas las posibles interpretaciones que podrían otorgar eficacia a la cláusula arbitral y determinarse una patología insubsanable, deberán declinar su competencia respecto a la controversia planteada a su conocimiento; en este caso, los efectos de dicha declinatoria preverán que el convenio arbitral analizado adolezca de nulidad, ineficacia o inaplicabilidad.

V.3.4.1. Nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del convenio arbitral

Todo convenio arbitral se presenta con la presunción *iuris tantum* de que es plenamente válido⁸⁹. Sin embargo, es menester indagar en la posibilidad de que éste adolezca de invalidez; así las cosas, el tratadista González de Cossío indica que: “... *Al interpretar el acuerdo arbitral no debe tomarse a la ligera la posibilidad de que sea inválido. Las causales de invalidez (sea por nulidad, ineficacia o imposible ejecución) deben interpretarse como excepciones a la regla de validez del acuerdo arbitral (...)*”⁹⁰.

⁸⁵ FOUCHARD-GAILLARD-GOLDMAN (1996: 260)

⁸⁶ Principios UNIDROIT. Artículo 1.7 (Buena fe y lealtad negocial) (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber. Artículo 1.8 (Comportamiento contradictorio. *Venire contra factum proprium*) Una parte no puede actuar en contradicción a un entendimiento que ella ha suscitado en su contraparte y conforme al cual esta última ha actuado razonablemente en consecuencia y en su desventaja (...). Artículo 4.1 (Intención de las partes) (1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. (2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes.

⁸⁷ STS 317/2017 (S1ª) de 19 de mayo de 2017: “(...) la doctrina jurisprudencial de esta Sala en numerosas ocasiones, entre otras, en sus sentencias núms. 419/2015, de 20 de julio y 254/2016, de 19 abril, ha declarado que el principio de buena fe, como fuente de integración normativa del contrato (artículo 1258 del Código Civil) no sólo sanciona entre otros extremos, todos aquellos comportamientos que en la ejecución del contrato resulten contrarios a los deberes de lealtad y corrección debida respecto de lo acordado y de la confianza que razonablemente derivó de dicho acuerdo, sino que también colma obligacionalmente las lagunas que presente la reglamentación contractual de las partes; de forma que las obligaciones derivadas del principio de buena fe integran el contrato (...).”

⁸⁸ HANOTIAU (1994: 917)

⁸⁹ GONZÁLEZ DE COSSIO (2008: 128)

⁹⁰ *Ibidem*

En este sentido, considerando que la CNY1958 en su artículo 2.3. determina que: “*El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente Artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es **nulo, ineficaz o inaplicable***”; se analizarán estos supuestos de invalidez del convenio arbitral en relación a las patologías insubsanables que puede presentar.

Es consecuencia, si bien a través del principio de *kompetenz-kompetenz* los árbitros resolverán, en caso de que el convenio arbitral adolezca de patologías, otorgarle plena competencia y subsanar sus deficiencias, todo dependerá del grado de incidencia de las deficiencias o patologías que presente el convenio arbitral; pues en casos en que sea insalvable, éste se lo entenderá como nulo, ineficaz o inaplicable, a la luz de lo dispuesto en el citado artículo de la CNY1958⁹¹.

Así las cosas, en primer lugar, nos vamos a centrar a analizar la nulidad del convenio arbitral. La nulidad de un negocio jurídico en general implica que, la ley dispone ciertos requisitos para que un acto jurídico produzca los efectos que les sean propios, siendo ésta de obligatorio cumplimiento y de carácter coercitivo; por ello, en caso de que no se cumpla con lo dispuesto en ella, se ha creado una sanción llamada nulidad, esto con el fin de que la ley sea respetada y cumplida a cabalidad⁹².

El doctrinario Albert Jan van den Berg, en su obra “*The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*”, indica que un convenio arbitral será nulo si adolece de algún tipo de invalidez⁹³. En este sentido, la nulidad versará en la omisión de uno o varios requisitos de validez del convenio arbitral que, como ya estudiamos en el primer apartado de este TFM, versan en tanto requisitos formales y de fondo. Vale indicar sin embargo que, el determinar que un convenio arbitral sea nulo, debe realizarse a través de una interpretación restrictiva de esta figura; como son en los casos en que se prueba su existencia a través de métodos de coerción, error o fraude; o si contraviene el orden público del país donde se desarrolla el arbitraje; puesto que, los países signatarios de la CNY1958, han declarado su posición favorable hacia el procedimiento arbitral; y, no se debe permitir que simples formalidades u omisiones repercutan en contra de la presunción de validez del convenio arbitral⁹⁴.

Ahora bien, nos referiremos a la ineficacia e inaplicabilidad del convenio arbitral. Estos conceptos son considerados por la doctrina como análogos; pues, los efectos que despliegan refieren a que el convenio arbitral no puede ser ejecutado⁹⁵. Un negocio jurídico ineficaz es aquel que nació válido pero que posteriormente dejó de producir sus efectos. De esa manera, la ineficacia de un convenio arbitral se referiría a la cesación de sus efectos tanto positivos como negativos; es decir, que los árbitros ya no podrán avocar su competencia a través del principio de *kompetenz-kompetenz*; y, que los órganos judiciales no deberán remitir a las partes al

⁹¹ Ibídem

⁹² ALESSANDRI (2008: 4)

⁹³ VAN DER BERG (1981: 51-53)

⁹⁴ VAN DER BERG (1981: 55)

⁹⁵ BLACKABY-HUNTER-PARTASIDES-REDFERN (2004: 173)

arbitraje⁹⁶. Un ejemplo de ineficacia por excelencia operaría cuando las partes hubiesen renunciado tácitamente a acudir al arbitraje; situación que ocurriría si una de las partes, desatendiendo una cláusula arbitral, decidiera demandar a la otra ante la justicia ordinaria, sin que la otra invocare la existencia de un pacto arbitral, como excepción, lo cual hubiera impedido la asunción de competencia por parte del juez; además, como ejemplos adicionales, tendríamos el caso cuando las partes acordaron someterse al arbitraje en un determinado plazo y éste ha fenecido, o si el convenio arbitral haya sido revocado por las partes⁹⁷.

Por otro lado, la inaplicabilidad se referiría a las deficiencias insalvables del convenio arbitral, que imposibilitan que surtan sus efectos. Es decir, que las partes puedan someterse al arbitraje. La inaplicabilidad posee un carácter fáctico más que jurídico; ya que, las deficiencias del convenio arbitral lo evidencian como inconsistente u oscuro; lo que, obliga a las partes a acudir a la justicia ordinaria, al no poder los árbitros subsanar estas patologías; he aquí los casos de las cláusulas arbitrales en blanco o los supuestos de convenios arbitrales con determinación de un árbitro que ha fallecido para que conozca su controversia, y los demás indicados para las cláusulas arbitrales inejecutables⁹⁸.

Por lo expuesto, la CNY1958 a través de su artículo 2.3, nos está indicando la importante tarea de que la cláusula arbitral se redacte de manera adecuada. En caso de que presente patologías, los efectos resultarán en no solo limitar a las partes a que la competencia del tribunal arbitral se vea reducida o de por sí fútil, sino también en la posibilidad de que en el Estado donde se requiera la ejecución y reconocimiento del laudo arbitral dictado, una de las partes plantee la excepción de inaplicabilidad o ineficacia del convenio arbitral, motivándose en la nulidad o la insuficiencia del convenio arbitral en desplegar sus efectos; y, frustrándose el procedimiento arbitral, al declararlo nulo, ineficaz o inaplicable⁹⁹.

V.3.5. Sugerencias para redactar una cláusula arbitral sin patologías

Los Centros de Arbitraje generalmente cuentan con cláusulas arbitrales modelo en sus páginas de internet; y, suelen facilitar los procedimientos arbitrales en general, a través de su normativa interna. Es recomendable que, antes de tomar una determinada cláusula modelo, se tenga presente el Reglamento del Centro Arbitral en cuestión y conocer las particularidades sobre cómo se desarrollaría un eventual procedimiento arbitral; esto con la finalidad de que se pueda acoplar la cláusula modelo a la real necesidad de las partes; puesto que, no es lo más apropiado el únicamente copiar y pegar esta cláusula arbitral modelo, con el fin de evitar una cláusula arbitral patológica, sino que las partes se hayan informado de la normativa del Centro antes de asumirla, para evitar futuras inconformidades.

⁹⁶ GONZÁLEZ DE COSSIO (2008: 417)

⁹⁷ ESTÉVEZ-MUÑOZ (2017:6)

⁹⁸ En este sentido GONZÁLEZ DE COSSIO (2008: 416-417), con respecto a la inaplicabilidad de la cláusula arbitral: *“Una cláusula arbitral redactada en forma defectuosa o ambigua puede dar lugar a largos procesos judiciales previo al inicio del arbitraje o cuando se busque la ejecución de un acuerdo o laudo arbitral, desnaturalizando de esta manera el principal objeto del arbitraje, que es la resolución de disputas de una manera rápida y sin intervención de los jueces y cortes locales”*.

⁹⁹ CONEJERO ROOS (2008: 69)

Al conocer que las cláusulas modelo pueden ser encontradas en los Centros de Arbitraje que pueden ser escogidos por las partes para que se constituyan como sede de su procedimiento arbitral; es menester conocer las cláusulas modelo que, consideramos son las más claras, concisas y completas. En primer orden, para casos de arbitraje institucional, encontramos las cláusulas de la CPA y la CCI.

La cláusula arbitral modelo de la CPA, indicada en su Reglamento de Arbitraje, dispone: *“Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CPA de 2012”*.

Asimismo, la cláusula arbitral modelo de la CCI, que se incluye en su Reglamento de Arbitraje, establece: *“Todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento”*.

De igual manera, las Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional (en adelante Directrices IBA), en su Directriz 2.3.18. dispone como cláusula modelo: *“Todas las controversias derivadas del presente contrato o que guarden relación con el mismo, incluyendo cualquier asunto relacionado con su existencia, validez o terminación, serán resueltas definitivamente mediante arbitraje de acuerdo con [el reglamento de arbitraje seleccionado]”*.

Es menester indicar que, las partes pueden optar por las cláusulas modelos citadas aún si no se someterán a la administración de dichos Centros. Esto con la finalidad de guardar coherencia y evitar patologías.

Ahora bien, en los casos en que las partes quieran someterse a un arbitraje institucional, la elección del Centro que va a administrar el procedimiento es de suma importancia. En este sentido, si bien no existe una fórmula perfecta, los factores que deberían tomarse en consideración para elegir el Centro son: el Reglamento que regirá el procedimiento arbitral, la ubicación del Centro y de las partes, la cuantía de la controversia para el cálculo del costo del procedimiento arbitral según el Centro seleccionado (gastos administrativos, tasas, honorarios del tribunal arbitral, etc.); y, la materia de la controversia: identificar un Centro con experiencia o especializado en la materia de la controversia de las partes. En consecuencia, si las partes no consideran que amerite iniciar un arbitraje institucional (por ejemplo, la proporción entre la cuantía y los honorarios que cobra el Centro no se justifica), podrán someterse a un arbitraje *ad-hoc*¹⁰⁰. Cabe indicar que, si bien el arbitraje *ad-hoc* tiene el riesgo de no contar con precisión con un procedimiento a seguir por parte de los árbitros; las partes pueden escoger una cláusula modelo para este tipo de arbitrajes y normar todos los aspectos relacionados a esta temática; o, como se indicó, adoptar la cláusula modelo de un Centro e indicar la aplicación de su Reglamento como norma aplicable al proceso; sin someterse expresamente a su administración; o también, determinar una ley nacional como norma aplicable al arbitraje.

¹⁰⁰ KRÖLL, LEW, MISTELIS (2003: 311)

Sea cual fuese la decisión de las partes, se debe indicar las cláusulas modelo para arbitrajes *ad-hoc* más trascendentes. La cláusula modelo de la CNUDMI, dispuesta en su Reglamento de Arbitraje, indica: “*Todo litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, se resolverá mediante arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Nota. Las partes deberían considerar agregar lo siguiente: a) La autoridad nominadora será ... (nombre de la institución o persona); b) El número de árbitros será de ... (uno o tres); c) El lugar del arbitraje será ... (ciudad y país); d) El idioma que se utilizará en el procedimiento arbitral será ...*”.

Asimismo, cuando las partes deseen someterse a un arbitraje *ad-hoc*, las Directrices IBA, disponen en su Directriz 2.2.13, una cláusula modelo, disposiciones pormenorizadas que habilitan un sometimiento adecuado a este tipo de arbitraje; y, su procedimiento, para que las partes no cuenten con vacíos o lagunas que puedan interferir en el normal y expedito funcionamiento del arbitraje¹⁰¹.

Por otro lado, las Directrices IBA, cobran una importante relevancia; pues, a pesar de constituir normas no vinculantes “*soft law*”, son un documento referencial que presenta interesantes propuestas y sugerencias a las partes que pretenden redactar un convenio arbitral. Así, dentro de las directrices básicas de redacción se determinan las siguientes:

1. Las partes deben escoger entre un arbitraje *ad-hoc* o un arbitraje institucional.
2. Las partes deben seleccionar las reglas que se aplicarán al arbitraje y utilizar la cláusula modelo del Centro Arbitral escogido, en caso de arbitraje institucional, o sugieren considerar la cláusula modelo que presentan para el caso de arbitraje *ad-hoc*.
3. Las partes deben definir el alcance del convenio arbitral de forma amplia. Se recomienda que las partes no limiten el alcance de las controversias a ser sometidas al arbitraje.
4. Las partes deben escoger el lugar del arbitraje.
5. Las partes deben señalar el número de árbitros.
6. En caso de arbitraje *ad-hoc*, las partes deben señalar el método de nombramiento y reemplazo de árbitros y la autoridad nominadora.
7. Las partes deben señalar el idioma del arbitraje.
8. Generalmente, las partes deben especificar la ley aplicable al contrato y a la controversia que se suscite.

La doctrina comparte estas determinaciones esenciales para redactar una cláusula arbitral efectiva. Además, ratifican que las cláusulas modelos son el mejor ejemplo para que las partes tomen como base para su contrato, sin olvidar de completarlas, en caso de que sea necesario, con los elementos que se expusieron en los numerales anteriores, para evitar cualquier patología¹⁰². Con estas recomendaciones, evitaremos, en la medida de lo posible, que las cláusulas arbitrales que las partes redacten cuenten con deficiencias que perjudiquen la implementación efectiva y sin dilaciones del procedimiento arbitral.

¹⁰¹ Anexo 4

¹⁰² GUERRERO DEL RÍO (2006: 116-18)

VI. CONCLUSIONES

Las cláusulas arbitrales son resultado de la voluntad de las partes, donde se determina que sus controversias serán resueltas a través del arbitraje y no a través de un órgano judicial; sin embargo, si la voluntad de las partes está defectuosamente plasmada en la cláusula arbitral, ésta se convierte en patológica. En caso de encontrarnos con una cláusula arbitral patológica, se hace necesario prever que su redacción desplegará los efectos propios de la cláusula arbitral (efecto positivo y efecto negativo), al ser conocida por los árbitros en virtud del principio de *kompetenz-kompetenz*. Según el precepto de Eisemann de que un convenio arbitral para ser ejecutable debe cumplir con al menos uno de sus elementos esenciales; en mi opinión, cada elemento está atado intrínsecamente al otro. Por lo que, deberían cumplirse todos para que no exista una patología; y, caso contrario, que el árbitro pueda corregir el defecto realizado por las partes, durante el arbitraje, sin que se torne inejecutable, cuando fuese posible; es decir, cuando la patología sea subsanable.

Las autoridades judiciales deben conferir un efecto útil al convenio arbitral para que las partes puedan someterse al arbitraje sin dilaciones; y, aplicar los principios de buena fe, lealtad negocial y *favor arbitralis* de manera preferente para que esta sumisión de arbitraje sea efectiva.

En la esfera del procedimiento arbitral, al encontrarnos con una cláusula arbitral patológica, los árbitros que conocen la controversia, deberán interpretar de la manera más favorable el convenio arbitral; para honrar la voluntad, así sea defectuosa, de las partes. De esta manera, deberán aplicar principios de interpretación como el *favor arbitralis*, del efecto útil de la cláusula arbitral; y, el de buena fe y lealtad negocial, para subsanar las patologías que presenta la cláusula arbitral, en lo posible. Sin embargo, existen patologías que no son subsanables, como las cláusulas arbitrales inejecutables o en blanco. En estos casos excepcionales, los árbitros podrán, a través del principio de *kompetenz-kompetenz*, declinar su competencia y derivar la controversia a la justicia ordinaria; en este supuesto, estamos frente a una cláusula arbitral nula, ineficaz o inejecutable.

Para evitar que el arbitraje sea fallido a causa de ciertas patologías insubsanables, se recomienda a las partes contratantes que deseen incluir una cláusula arbitral en su contrato, que asuman el modelo de cláusula arbitral que prevén las instituciones de arbitraje más reconocidas a nivel internacional; como son las cláusulas modelo de la CCI, CPA, CNUDMI e IBA descritas en este TFM, para evitar las patologías.

Si las partes deseen redactar su propia cláusula arbitral se recomienda que obtengan el asesoramiento de un abogado con experiencia en litigio arbitral; pues, propenderá que la redacción de la cláusula sea lo más clara posible para evitar patologías que el experto haya conocido durante su ejercicio profesional. En el supuesto de que las partes decidan redactar por sí solas la cláusula, se recomienda que tomen en consideración las redactadas en instrumentos jurídicos de similar naturaleza al contrato que van a suscribir; y, que mantengan la mayor claridad y precisión posible en su redacción; incluso, recomiendo que acuerden un arbitraje institucional, para que tengan una norma jurídica (Reglamento del Centro escogido) que recoja los aspectos más relevantes del procedimiento, como son la designación de los árbitros, plazos y términos para las actuaciones procedimentales, entre otros.

VII. FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS

VII.1. Doctrina

VII.1.1. Libros

ALESSANDRI, A. 2008. *La Nulidad y la Rescisión en el Derecho Civil Chileno Tomo I*. 3^{era} ed. Santiago de Chile: Ediar Editores Ltda.

ALTERINI, A.; DE LOS MOZOS, J.L.; SOTO, C.A. 2001. *Contratación Contemporánea*. Bogotá: Temis.

BLACKABY, N.; HUNTER, M.; PARTASIDES, C.; REDFERN, A. 2004. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4^{ta} ed. Londres: Thomson.

BORN, G. 2009. *International Commercial Arbitration, Volumen 1*. 2^a ed. La Haya: Kluwer Law International.

CHANG, E. 2004. *The Superiority of the Arbitration Clause over a Forum Clause under French Law Volumen 22*. 4^{ta} ed. La Haya: Kluwer Law International.

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

CHILLÓN MEDINA, J.M., MERINO MERCHÁN, J.F. 2006. *Tratado de Derecho Arbitral*. 3^{era} ed. Madrid: Thomson-Civitas.

DERAINS, Y. 1985. *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*. 4^{ta} ed. Madrid: Fundación Española Arbitraje.

EISEMANN, F. 1974. *La Clause d'arbitrage Pathologique*. En: Minoli, E. (ed.) *Commercial Arbitration Essays in Memoriam Eugenio Mionli*. Turín: Unione tipografico-editrice torinese.

FOUCHARD, PH., GAILLARD E., GOLDMAN, B. 1996. *Traité de l'arbitrage commercial international*. París: Editions Litec.

GONZÁLEZ DE COSSIO, F. 2008. *Arbitraje*. 2^a ed. México D.F.: Porrúa.

GUERRERO DEL RÍO, R. 2006. *Algunas reflexiones sobre la cláusula arbitral compromisoria en el arbitraje comercial internacional y sobre las cláusulas patológicas en particular*. En: PICAND ALBÓNICO, E. (ed.). *Estudios de Arbitraje*. Santiago de Chile: Edición Jurídica de Chile.

KRÖLL, S.; LEW, J.; MISTELIS, L. 2003. *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya: Kluwer Law International.

SILVA ROMERO, E. 2005. *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Legis Editores.

VAN DER BERG, A.: 1981. *The New York Arbitration Convention of 1958. Towards a Uniform Judicial Interpretation*. La Haya: Kluwer Law International.

VII.1.2. Libros Electrónicos

CREMADES, B. 2011. *Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral*. En: *Convenio Arbitral Tomo 1*. págs. 659-676. [consultado en 21/09/2018]. Acceso en: <https://www.cremades.com/pics/contenido/File634523793302025811.pdf>

ESTÉVEZ SANZ, M. y MUÑOZ ROJO, R. 2017. *Validez y eficacia del convenio arbitral*. En: *Publicaciones del Centro Iberoamericano de Arbitraje*. págs. 1-13. [consultado en 23/10/2018]. Acceso en: http://ciarglobal.com/wp-content/uploads/2017/01/Validez-y-eficacia-del-convenio-arbitral_MEstevezyRMunoz.pdf

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. 2006. *El Convenio Arbitral: entre la estabilidad y el desatino*. En: PICAND ALBÓNICO, E. (ed.) *Estudios de Arbitraje, libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile. [consultado en 20/09/2018]. Acceso en: https://eprints.ucm.es/9266/1/CONVENIO_ARBITRAL_ENTRE_LA_ESTABILIDAD_Y_EL_DESATINO.pdf

VII.1.3. Artículos de Revista

ARTUCH IRIBERRI, E. 1995. El convenio arbitral defectuoso. *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, págs. 415-421.

BENJAMIN, D. 1991. Pathological Clauses: Frédéric Eisemann's Still Vital Criteria. *Revista Arbitration International (Arb. Int.)*, N° 4, págs. 365-387.

CONEJERO ROOS, C. 2008. ¿Cláusulas amplias o cláusulas detalladas? Lecciones y reflexiones bajo la convención de Nueva York. *Revista del Club Español del Arbitraje*, Volumen 3, págs. 49 – 70.

DERAINS, Y. 2004. El arbitraje, auxilio del comercio exterior. *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, N° 15, págs.11-16.

HANOTIAU, B. 1994. L'arbitrabilité et la favor arbitrandum: un réexamen. *Journal du droit international*, N° 4. págs. 879-958.

MALEVILLE, M.H. 2000. Pathologies des clauses compromissaires. *Revue de Droit des Affaires Internationales*, N° 1, págs. 61-83.

VII.2. Jurisprudencia

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Internet]. Sentencia 245/2002, de 18 de marzo de 2002 [consultado 07 de noviembre de 2018]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2945752&links=%22245%2F2002%22&optimize=20031203&publicinterface=true>

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Internet]. Sentencia 567/2007, de 27 de mayo de 2007 [consultado 08 de noviembre de 2018]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=2945752&links=%22567%2F2007%22&optimize=20031203&publicinterface=true>

atch=TS&reference=418118&links=autonom%C3%ADa%20del%20convenio%20arbitral&optimize=20070719&publicinterface=true

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Internet]. Sentencia 818/2007, de 10 de julio de 2007 [consultado 08 de noviembre de 2018]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=403973&links=arbitraje&optimize=20070726&publicinterface=true>

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Internet]. Sentencia 26/2010, de 11 de febrero de 2010 [consultado 31 de octubre de 2018]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5560991&links=autonom%C3%ADa%20del%20convenio%20arbitral&optimize=20100429&publicinterface=true>

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Internet]. Sentencia 273/2010, de 05 de mayo de 2010 [consultado 04 de noviembre de 2018]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=5617187&links=arbitraje%20y%20%22tutela%20judicial%20efectiva%22&optimize=20100610&publicinterface=true>

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Internet]. Sentencia 317/2017, de 19 de mayo de 2017 [consultado 16 de noviembre de 2018]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8033446&links=buena%20fe%20y%20lealtad%20negocial&optimize=20170526&publicinterface=true>

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) [Internet]. Sentencia 409/2017, de 27 de junio de 2017 [consultado 01 de noviembre de 2018]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=8085636&links=validez%20convenio%20arbitral&optimize=20170706&publicinterface=true>

España. Audiencia Provincial de Madrid (sección 28) [Internet]. Auto 147/2013, de 18 de octubre de 2013 [consultado 20 de octubre de 2018]. Disponible en: http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAQsLAWtztbLUouLM_DxblwNDY0NDIyOQQGZapUt-ckhIQaptWmJOCSoAHWOF9zUAAAA=WKE

Estados Unidos. Corte Suprema de Justicia [Internet]. Sentencia 473 U.S. 614, Mitsubishi Motors Corp. vs. Soler Chrysler-Plymouth, de 2 de julio de 1985 [consultado 24 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/473/614.html>

Francia. Corte de Casación (Primera Sala de lo Civil). Sentencia 79-13779 de 19 de noviembre de 1980 [consultado 14 de octubre de 2018]. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007006080&fastReqId=677929260&fastPos=1>

Francia. Corte de Casación (Segunda Sala de lo Civil). Sentencia 17-22117 de 04 de julio de 2018 [consultado 07 de noviembre de 2018]. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007006080&fastReqId=677929260&fastPos=1>

ITEXT000037196748&fastReqId=1380256889&fastPos=11

Reino Unido, Corte Comercial (Queen's Bench Division) [Internet] Sentencia 2 Lloyd's Rep. 127, Paul Smith Ltd v H&S International Holding Inc, de 18 de febrero de 1991 [consultado 22 de septiembre de 2018]. Disponible en: <https://www.ilaw.com/ilaw/doc/view.htm?id=149793>

VII.3. Legislación

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. [Internet] *Celebrada en Nueva York el 10 de junio de 1958* [consultado 23 septiembre 2018]. Disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional. [Internet] *versión adoptada por la CNUDMI en junio de 1985, con las enmiendas aprobadas en 2006 de 04 de diciembre de 2006* [consultado 23 septiembre 2018]. Disponible en: https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Reglamento de Arbitraje. [Internet] *versión revisada por la CNUDMI de 6 de diciembre de 2010* [consultado 23 septiembre 2018]. Disponible en: <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf>

Comisión Económica Europea de la Organización de las Naciones Unidas. Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional. [Internet] *hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961*. [consultado 17 octubre 2018]. Disponible en: <https://boe.es/boe/dias/1975/10/04/pdfs/A20985-20988.pdf>

Cortes Generales de España. Ley 60/2003 de Arbitraje de España. [Internet] *publicada en el BOE núm. 309, de 26 de diciembre de 2003*. [consultado 17 octubre 2018]. Disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2003-23646

Cámara de Comercio Internacional de París. Reglamento de Arbitraje. [Internet] *en vigencia desde 01 de marzo de 2017* [consultado 24 septiembre 2018]. Disponible en: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/03/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-spanish-version.pdf>

Corte Permanente de Arbitraje de la Haya. Reglamento de Arbitraje [Internet] *en vigencia desde 17 de diciembre de 2012* [consultado 09 noviembre 2018]. Disponible en: <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2015/11/Reglamento-de-Arbitraje-de-la-CPA-2012.pdf>

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, edición 2016. [Internet] *versión emitida por el Consejo de Gobierno de UNIDROIT en mayo de 2016* [consultado 14 noviembre 2018]. Disponible en: <https://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2016/principles2016->

blackletter-s.pdf

International Bar Association. Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional. [Internet] *Resolución del Consejo de la IBA, 07 de octubre de 2010*. [consultado 24 septiembre 2018]. Disponible en: https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

VIII. ANEXOS

Anexo 1

La opción 1 del artículo 7 de la LMCNUDMI dispone en lo principal que:

1. Se trata de un acuerdo entre las partes que deciden someter al arbitraje unas o todas las controversias que vayan a surgir o que hayan surgido entre ellas, respecto a una relación jurídica, sea ésta contractual o no.
2. Deberá constar por escrito. Se entenderá como escrito cuando exista constancia de su contenido, en cualquier forma.
3. En casos de contratos verbales esta constancia se verificará mediante la ejecución de acciones específicas realizadas por las partes o cualquier otro medio.
4. Se entenderá encontrarse por escrito si éste consta en una comunicación electrónica (toda comunicación realizada a través de mensaje de datos como correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax) y si la información constante en la ella es accesible para su posterior consulta.
5. También se entenderá que se encuentra escrito si se lo consigna en el intercambio de escritos de demanda y contestación en los que el convenio arbitral sea afirmado su existencia por una parte y no negada por otra.
6. Finalmente, también se entiende por escrito si se hace la referencia en un contrato a otro documento que contenga el convenio arbitral, siempre que la referencia disponga que dicha cláusula forma parte del contrato.

Anexo 2

La opción 2 del artículo 7 de la LMCNUDMI determina: *“Definición del acuerdo de arbitraje (Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006): El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no”*.

Anexo 3

El artículo 5.2 de la CNY1958, dispone que si la autoridad judicial competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución del laudo, comprueba que, según la ley de dicho país, el objeto de la diferencia no es susceptible de someter al arbitraje; es decir, versa sobre materia no transigible o con prohibición expresa normativa; o, si el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de dicho país, ésta podrá negar su reconocimiento y ejecución.

El numeral primero del artículo 5 de la CNY1958 recoge las causales de no reconocimiento y ejecución que pueden ser alegadas por la parte contra quien se

invoca el laudo; así, se pueden resumir en las siguientes:

1. Incapacidad de las partes de acuerdo a la ley que les es aplicable.
2. Convenio arbitral inválido de acuerdo a la ley a que las partes lo han sometido, o en caso de no indicarse la ley, según la ley del país en que se haya dictó el laudo.
3. La parte invocada no ha sido notificada de la forma debida sobre la designación del árbitro o del procedimiento arbitral o si no ha podido ejercer su derecho a la defensa.
4. Si el laudo dirimió una controversia no contemplada en el convenio arbitral o sus resoluciones exceden el ámbito dispuesto en el convenio arbitral (*extra petita*); solo se dispondrá la ejecución de las decisiones que si se enmarcan dentro del convenio arbitral.
5. Constitución del tribunal arbitral o procedimiento arbitral no ajustado al convenio arbitral o a la ley del país de la sede del arbitraje.
6. Si el laudo no es obligatorio aún para las partes o si fue anulado o suspendido por una autoridad competente del país de donde proviene la ley con la cual se dictó el laudo.

Anexo 4

Directriz IBA 2.2.13: Cláusula Modelo para arbitraje *ad-hoc*:

“Todas las controversias derivadas del presente contrato o que guarden relación con el mismo, incluyendo cualquier asunto relacionado con su existencia, validez o terminación, serán resueltas definitivamente mediante arbitraje.

La sede del arbitraje será [ciudad, país].

El idioma del arbitraje será [...].

El arbitraje comenzará con una solicitud de arbitraje por parte del demandante, enviada al demandado. La solicitud de arbitraje deberá indicar la naturaleza de la controversia y las pretensiones.

El Tribunal Arbitral estará conformado por tres árbitros, uno será nombrado por el demandante en la solicitud de arbitraje; el segundo será nombrado por el demandado dentro de los [30] días siguientes a la recepción de la solicitud de arbitraje; y el tercero, quien actuará como presidente del tribunal, será nombrado por ambas partes dentro de los [30] días siguientes al nombramiento del segundo árbitro. Si cualquiera de los árbitros no fuere nombrado dentro de estos términos, [la autoridad nominadora elegida] hará el nombramiento, a solicitud de cualquiera de las partes.

Si surgiere una vacante, ésta deberá llenarse aplicando el método mediante el cual se hubiere nombrado originalmente al árbitro; sin embargo, si la vacante surgiere durante o después de la audiencia sobre el fondo de la controversia, los dos árbitros restantes podrán continuar con el arbitraje y dictar el laudo.

Los árbitros serán independientes e imparciales. Cualquier recusación de un árbitro será decidida por [la autoridad nominadora].

El procedimiento a seguir durante el arbitraje deberá ser acordado por las partes o, a falta de acuerdo, determinado por el tribunal arbitral previa consulta con las partes.

El tribunal arbitral tendrá la facultad de decidir sobre su propia jurisdicción, incluyendo cualquier objeción respecto a la existencia, validez o efectividad del pacto arbitral. El tribunal arbitral podrá tomar esta determinación en una decisión preliminar sobre jurisdicción o en un laudo sobre el fondo de la controversia, según lo que considere apropiado en las circunstancias del caso.

La no comparecencia de cualquiera de las partes no impedirá que el tribunal dicte el laudo.

El tribunal arbitral podrá tomar sus decisiones por mayoría. En caso de que no sea posible alcanzar una mayoría, el presidente del tribunal arbitral podrá tomar la(s) decisión(es), actuando como si fuera árbitro único.

Si el árbitro nombrado por una parte no participare o se rehusare a participar, los dos árbitros restantes podrán proceder con el arbitraje y dictar un laudo, si encontraren que la no participación fue injustificada.

Cualquier laudo del tribunal arbitral será final y vinculante para las partes. Las partes se obligan a cumplir cualquier laudo sin demora y se entenderá que han renunciado su derecho a cualquier tipo de recurso, en la medida en que dicha renuncia pueda hacerse válidamente. Podrá solicitarse la ejecución del laudo a cualquier corte de una jurisdicción competente”.