

## Referencias Jurídicas CMS | Artículo de fondo

### Procesal

Septiembre 2017

---

# Sobre la desconocida complejidad y la importancia de la redacción de los convenios arbitrales

Javier Wesolowski

Si hace algunos años tan sólo se incluían cláusulas de sometimiento a arbitraje en grandes contratos entre empresas –multinacionales, fundamentalmente–, o entre empresas y estados, hoy en día, incluso, aparecen insertas en contratos de adhesión y en contratos celebrados con consumidores.

En algunos casos resulta imprescindible para las partes contratantes el sometimiento de sus eventuales controversias a arbitraje –por razones de confidencialidad, de tiempo o de facilidad de ejecución del laudo en terceros estados, entre otras–. Sin embargo, otras veces se incluyen cláusulas arbitrales en los contratos tan sólo porque a los abogados les resultan más exóticas que las tradicionales cláusulas de elección de foro o jurisdicción. De hecho, para algunas empresas la cláusula arbitral se ha convertido casi en una cláusula de estilo, como es el caso de las que la incluyen en las condiciones generales que se emplean para contratar con terceros.

La generalización del arbitraje como mecanismo alternativo de resolución de disputas ha rebajado considerablemente el recelo con el que nuestros tribunales abordaban esta

institución. Sin embargo, siguen existiendo casos en los que una mala o excesivamente compleja redacción del convenio arbitral puede determinar su nulidad o invalidez –si vulnera normas imperativas o si de su contenido o de su formato no se desprende un consentimiento claro para someter las controversias a arbitraje– o su ineficacia o inoperancia –si no es posible iniciar un procedimiento arbitral que cumpla con las particularidades convenidas por las partes–. Se trata de las llamadas cláusulas arbitrales patológicas.

Es importante tener en cuenta que la cláusula arbitral tiene un elevado componente técnico-jurídico. Por lo tanto, no debería ser incluida en un contrato sin la supervisión de un experto en arbitraje. Y eso, en casi todos los casos, no sólo excluye a los clientes, sino también a los abogados espe-



cializados en derecho financiero o mercantil que redactan el grueso de los contratos.

En este artículo se contienen una serie de recomendaciones que pretenden evitar problemas que, una vez surgida la controversia, es difícil que se despejen por acuerdo entre las partes.

En esos casos, es frecuente que uno de los contratantes, en la creencia de que la cláusula arbitral es nula, la obvie e inicia un procedimiento ante la jurisdicción ordinaria. Ante ello, la reacción del demandado, aunque sea con un ánimo puramente dilatorio, será casi siempre interponer declinatoria invocando la cláusula arbitral.

Y al revés. Iniciado un arbitraje por una de las partes invocando una cláusula arbitral poco clara o con defectos que pudieran conllevar su nulidad, el demandado opondrá seguro la excepción de falta de competencia del tribunal por inexistencia de una cláusula arbitral válida y eficaz. Y podrá reproducir dicha cuestión ante los tribunales mediante la acción de nulidad frente al laudo, por lo que podría llegar a privarse de validez la eventual decisión arbitral después de toda su tramitación.

Para evitar estos problemas deben redactarse las cláusulas arbitrales con la debida claridad y sin excesiva complejidad. En todo caso, una vez nacida la controversia, si existen dudas sobre la validez o la eficacia de la cláusula arbitral, antes de iniciar el arbitraje o acudir a la jurisdicción ordinaria, puede ser conveniente comunicárselo a la parte contraria—siempre que no sea estratégicamente inconveniente—, apercibiéndole de que la ausencia de respuesta en un plazo

razonable será tomada como una renuncia al sometimiento a arbitraje. Naturalmente, los tribunales no tendrán por qué tomar ese silencio de la misma manera, pero seguramente lo tengan en cuenta a la hora de decidir sobre las costas procesales de una eventual declinatoria de jurisdicción.

#### **i. La conveniencia de someter las controversias que puedan surgir a arbitraje**

El arbitraje no siempre es adecuado para resolver una disputa contractual. Por ejemplo, cuando ambas partes pertenecen al mismo estado, el interés económico del contrato no es elevado o las controversias no se prevén especialmente complejas desde un punto de vista jurídico ni desde un punto de vista del objeto del contrato, es posible que el arbitraje no sea la opción más eficiente desde la perspectiva del binomio coste/beneficio. Suele conllevar un mayor gasto para las partes, y tampoco debe olvidarse que el arbitraje es un procedimiento que—a salvo las recientes innovaciones en materia de apelación arbitral—comprende una sola instancia (*one-shot*, en terminología anglosajona), lo que puede no resultar aceptable para alguna de las partes.

Por el contrario, si se trata de una relación jurídica con elementos internacionales (especialmente si las partes pertenecen a estados distintos y no se encuentran cómodas litigando fuera de su país de residencia), si es preciso que la persona o personas que van a dictar el fallo tengan conocimientos técnicos específicos<sup>1</sup> o si resulta especialmente importante que el procedimiento no se alargue excesivamente en el tiempo, entonces es probable que el arbitraje sea una buena forma de resolver la disputa.

1. Los árbitros no tienen por qué ser juristas, sino que pueden ser profesionales relacionados con el sector en el que se enmarca el objeto del contrato, como ingenieros, médicos, expertos contables y financieros, etc. Puede, incluso, formarse un tribunal por juristas y no juristas que enriquezca el debate interno en el Tribunal.

En cualquier caso, si la redacción del contrato no está en manos de un equipo de abogados entre los que se incluya un especialista en litigación y arbitraje es recomendable buscar asesoramiento para poder decidir cuál es el mejor mecanismo de resolución de disputas para las partes.

## ii. La expresión clara de la voluntad de someter las disputas a arbitraje

De acuerdo con el artículo 9 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (la “Ley de Arbitraje”), “[e]l convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.

No aclara la Ley de Arbitraje cuándo un convenio arbitral expresa la voluntad de las partes de someter a arbitraje sus controversias, por lo que es una cuestión que debe analizarse caso a caso. La práctica ha generalizado el uso de determinadas expresiones que pretenden manifestar con claridad la voluntad de las partes de someter cualquier disputa a arbitraje, incluyendo la propia validez del contrato, su interpretación y su cumplimiento.

Conviene evitar expresiones como “podrán someter” y otras que no sean terminantes, y tampoco se deben incluir cláusulas de jurisdicción junto a las cláusulas arbitrales – excepto que realmente se pretenda introducir una cláusula híbrida–, porque pueden llevar a los tribunales a considerar que la voluntad de someter las controversias a arbitraje y excluir los tribunales ordinarios no es clara. Igualmente, es conveniente evitar cualquier expresión que permita entender que el laudo no es final o que no es de obligado cumplimiento para las partes.

Finalmente, es importante tener en cuenta que la inclusión de un convenio arbitral en un contrato no significa, necesariamente, que todos los contratos firmados entre las partes o relacionados entre sí se puedan considerar sometidos a arbitraje (ni siquiera cuando el convenio se encuentra en un contrato marco).

## iii. Arbitraje institucional o arbitraje *ad hoc*

Se dice que el arbitraje es institucional cuando su administración o tramitación se encomienda a una corte arbitral. Hay algunas de reconocido prestigio internacional, como la corte de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. En España destacan, entre otras, la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (la CIMA) o la Corte Española de Arbitraje (la CEA). Cada corte tiene un reglamento que regula el procedimiento arbitral.

Por otro lado, se dice que el arbitraje es *ad hoc* cuando el arbitraje no se encomienda a una corte, sino que las partes confían directamente el arbitraje a uno o más árbitros (en

ocasiones de determinadas características y a veces, incluso, con nombre y apellidos) y pueden pactar igualmente las reglas procedimentales que estos deberán seguir.

Hoy en día es poco frecuente la utilización del arbitraje *ad hoc*, pues el procedimiento para el nombramiento de los árbitros, las labores de secretaría que realiza la corte y su soporte, aunque encarecen el arbitraje, resultan muy útiles para las partes. Además, el arbitraje institucional es más previsible porque pone a disposición de las partes reglamentos cada vez más completos que son revisados cada cierto tiempo para adaptarlos a la práctica arbitral. Asimismo, las cortes arbitrales ponen a disposición de las partes otros servicios complementarios, como tribunales arbitrales de apelación, la posibilidad de nombrar árbitros de emergencia para la adopción de medidas cautelares y árbitros sustitutos y, en general, cuantas medidas son necesarias para el buen término de las actuaciones arbitrales.

En caso de optar por un arbitraje *institucional* siempre es recomendable utilizar los modelos de cláusula arbitral que ofrecen las cortes, pues lo normal es que hayan sido minuciosamente revisados por expertos para evitar cualquier problema de validez o eficacia y hacerlos coherentes con las previsiones específicas de cada reglamento. Y, por supuesto, hay que evitar el error de designar una corte arbitral que no existe o que ya no presta servicios de arbitraje.

En caso de optar por un arbitraje *ad hoc* es recomendable que la cláusula se redacte por un experto y siempre en términos amplios. No es infrecuente el caso en el que las partes eligen árbitros con unas características tan específicas (por ejemplo, que sean de una nacionalidad determinada pero que conozcan una lengua de otro país) que, surgida la controversia, no encuentran a quien las cumpla, o, cumpliéndolas alguna persona, pero no pudiendo aceptar el encargo arbitral por algún motivo, la cláusula se convierte en inoperante. En ese caso, el exceso de exhaustividad puede ser fuente de muchos problemas.

## iv. Arbitrabilidad de la controversia

Un problema que se plantea en ocasiones obedece a que las partes someten a arbitraje cuestiones que pueden no ser arbitrables. Hoy en día no existen dudas sobre la imposibilidad de someter a arbitraje una cuestión penal, ni tampoco cuestiones de derecho de familia. El motivo es que las partes no gozan (plenamente, al menos) de poder de disposición sobre dichas materias y, por tanto, no pueden sustraer su conocimiento al juez ordinario.

Las dificultades surgen con las materias cuya *arbitrabilidad* no está del todo clara. En el pasado hubo debate sobre si podía someterse a arbitraje una cuestión en la que entraban en juego elementos de derecho de la competencia. Ahora, la jurisprudencia distingue con claridad aquellas

cuestiones sometidas a normas de derecho imperativo – como las norma sobre derecho de la competencia– de aquellas cuestiones verdaderamente indisponibles y, por tanto, inarbitrables. En el primer caso se puede someter el conflicto a arbitraje, si bien los árbitros están obligados a aplicar las normas correspondientes.

**v. Las peligrosas cláusulas híbridas, las apelaciones arbitrales y otras previsiones similares**

Siendo la voluntad de las partes la piedra angular del arbitraje, las cláusulas arbitrales se hacen cada vez más variadas y complejas en función de las necesidades de cada contrato. En algunos casos las partes establecen la posibilidad de escoger entre jurisdicción ordinaria o arbitraje, o a veces se concede esa opción sólo a una de las partes (*unilateral option clauses*). Asimismo, cada vez se incluyen con más frecuencia recursos de apelación en el seno del procedimiento arbitral o incluso la posibilidad de acudir a los tribunales después del arbitraje. Finalmente, muchas veces se someten las controversias a un arbitraje institucional y a su correspondiente reglamento, pero se introducen modificaciones de esas reglas.

Todas estas modalidades de cláusula arbitral proceden de las jurisdicciones anglosajonas. Por esta razón se debe ser especialmente cauteloso al incluirlas en cláusulas arbitrales sometidas a la ley española de arbitraje. Generalmente, los jueces españoles tardan más tiempo en asimilar estas novedades y, por esta razón, muchas veces consideran inválidas o inoperativas estas cláusulas.

Además, debe tenerse en cuenta la posibilidad de que la corte o los árbitros no acepten esas modificaciones de las reglas y que, nuevamente, nos encontremos ante una cláusula arbitral que no puede ser implementada en sus propios términos.

En definitiva, son muchas las posibilidades y las ventajas que ofrece hoy en día el arbitraje. Pero, puesto que se trata de una institución que nace, fundamentalmente, de la autonomía de la voluntad –y que por ello se encuentra escasamente regulada–, es fundamental contar con expertos en la materia a la hora de redactar el convenio arbitral para evitar problemas cuando surja la disputa.

La presente publicación no constituye opinión profesional o asesoramiento jurídico de sus autores.