

Cláusulas arbitrales patológicas: soluciones

Félix J. Montero Muriel

Socio de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

Clàudia Valdés Tomàs

Asociada de Pérez-Llorca

DEPARTAMENTO DE LITIGACIÓN Y ARBITRAJE

I. La cláusula patológica como obstáculo del procedimiento arbitral	58
II. Errores más comunes en la redacción de las cláusulas arbitrales. Cláusulas patológicas típicas	58
1. Las cláusulas inciertas	59
2. Las cláusulas inoperantes	59
3. Las cláusulas híbridas	60
III. Guía de soluciones para cláusulas patológicas	61
1. ¿Cuál es la ley aplicable a la interpretación de las cláusulas arbitrales?	61
1.1. La ley aplicable a la interpretación de las cláusulas arbitrales en un arbitraje nacional	62
1.2. La ley aplicable a la interpretación de las cláusulas arbitrales en un arbitraje internacional	63
2. ¿Quién es competente para interpretar una cláusula patológica?	64
2.1. La competencia del árbitro para determinar la validez de la cláusula arbitral: <i>Kompetenz – Kompetenz</i>	64
2.2. Competencia de Cortes Arbitrales para hacer examen <i>prima facie</i> de la validez de la cláusula arbitral: ejemplos de CCI y CAM	66
2.3. Competencia de los Tribunales españoles: la declinatoria jurisdiccional	66
IV. Cláusula arbitral patológica en sede de anulación	68
V. Cláusula arbitral patológica en sede de ejecución. Convenio de Nueva York	69
VI. La jurisprudencia reciente de los Tribunales españoles relativa a cláusulas arbitrales patológicas	69
1. Las cláusulas inciertas	69
2. Las cláusulas inoperantes	70
3. Las cláusulas híbridas	72
VII. Conclusión	73

Índice /



Resumen: En el presente artículo analizaremos las principales problemáticas jurídicas que presentan las cláusulas arbitrales patológicas, presentando así potenciales soluciones prácticas para defender la validez de dichas cláusulas en distintos contextos, tanto desde una perspectiva nacional como internacional. Este trabajo pretende ofrecer una visión de las principales cuestiones a tener en cuenta al redactar cláusulas arbitrales, incidiendo en la importancia de establecer de forma clara e inequívoca la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

Abstract: This article provides an analysis of the legal obstacles that pathological arbitration clauses present, offering potential practical solutions in order to defend the validity of such clauses in different contexts, both from a national and an international perspective. It also provides an overview of the main issues to take into account when drafting arbitration clauses, stressing the importance of establishing the parties' wish to submit to arbitration in a clear and unambiguous way.



Palabras clave: Arbitraje, cláusula arbitral, cláusula patológica, autonomía de la voluntad, ley aplicable, jurisdicción, *Kompetenz – Kompetenz*, interpretación.

Keywords: Arbitration, arbitration clause, pathological clause, party autonomy, applicable law, jurisdiction, *Kompetenz – Kompetenz*, interpretation.

Cláusulas arbitrales patológicas: soluciones

I. La cláusula patológica como obstáculo del procedimiento arbitral

El arbitraje es una opción más ágil y flexible para unas disputas determinadas. Es un mecanismo de resolución de disputas alternativo a la jurisdicción de los tribunales nacionales y es esencialmente consensual.

Es decir, el acceso al arbitraje requiere el consentimiento de ambas partes, y aunque este puede manifestarse con posterioridad al nacimiento de la disputa, en la práctica, tener una cláusula que establezca la obligación de las partes de someter su litigio a arbitraje es clave.

Sin embargo, cuando las partes redactan los contratos que regirán su relación contractual no siempre prestan atención suficiente a la cláusula que será determinante en el momento en que surja una disputa: la cláusula de resolución de conflictos.

La falta de atención en la redacción de una cláusula arbitral puede llegar a tener consecuencias realmente perjudiciales para el procedimiento arbitral. Por ello, este artículo tiene un doble objetivo: (i) comprender la importancia de ser minuciosos en la redacción de las cláusulas arbitrales; y (ii) presentar mecanismos eficaces para sortear las complicaciones más comunes derivadas de cláusulas arbitrales patológicas.

II. Errores más comunes en la redacción de las cláusulas arbitrales. Cláusulas patológicas típicas

El artículo 9 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (“**LA**”) indica los requisitos de forma y contenido de la cláusula arbitral¹. De este precepto deriva la necesidad de que en dicha cláusula se exprese la voluntad de las partes a someter a arbitraje la controversia en cuestión.

Cuando la redacción deficiente de la cláusula no permita deducir la voluntad de las partes con claridad, tanto de someterse a arbitraje, como de determinar a qué tipo de arbitraje se han querido someter, estaremos ante una cláusula patológica.

En este sentido, según el Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional², las cláusulas arbitrales patológicas son definidas como aquellos “convenios arbitrales que, por su contenido, resultan o pueden resultar incoherentes, ambiguos o inaplicables”³. A continuación, nos referiremos a las cláusulas patológicas más típicas.

1 Es necesario que el Convenio Arbitral: (i) exprese la voluntad de las partes de someter determinadas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas a la decisión de uno o varios árbitros; y (ii) conste por escrito.

2 Palestra Editores S.A.C., COLLANTES GONZÁLEZ, J.L., (dir.) 2011 “Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)”.

3 La primera vez en la que se utilizó este término fue en 1974 por el Secretario General Honorario de la Cámara de Comercio Internacional, ver en este sentido ESTÉVEZ SANZ, M., MUÑOZ ROJO, R., “Validez y eficacia del convenio arbitral”, en CIAR Global, 2017, pág. 12. Las cláusulas patológicas también han sido definidas, en los siguientes términos: “Se puede decir que un convenio arbitral es patológico cuando a pesar de ser válido no es completamente definitorio de la voluntad de las partes, o lo que es lo mismo es válido e ineficaz, y por tanto deviene inoperante.” en CREMADES, B., “Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral”, en Tratado de Derecho Arbitral, dir. por SOTO COAGUILA, C.A., Bogotá, pág. 672.

1. Las cláusulas inciertas

Las cláusulas inciertas son aquellas que presentan un elemento de incertidumbre al haberse redactado en términos vagos o imprecisos.

Las cláusulas inciertas más comunes suelen presentar:

- (i) un contenido excesivamente reducido, como, por ejemplo⁴:

“Arbitraje- todas las controversias se resolverán amistosamente”.

- (ii) un contenido excesivamente extenso, como, por ejemplo:

“Las dudas o dificultades que se susciten entre las partes con motivo de la interpretación del presente contrato o de otros compatibles con él, así como la determinación de la procedencia y monto de las indemnizaciones a que su incumplimiento diere lugar, **serán resueltas cada vez por un árbitro arbitrador o amigable componedor**, sin forma de juicio, en contra de cuyas resoluciones no procederá recurso alguno. El árbitro será designado conforme al **Reglamento del Centro de Arbitrajes de la Cámara de Comercio de Valencia** que formando parte integrante de esta cláusula **las partes declaran conocer y aceptar**”.
(énfasis añadido)

Respecto a la cláusula excesivamente sucinta, aunque menciona el término “arbitraje”, la redacción de la misma no permite entender que las partes someten sus controversias claramente a arbitraje. Y, aunque se dedujera la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, no se puede saber a qué tipo de arbitraje se someten.

Por el contrario, la cláusula excesivamente extensa presenta una multiplicidad de elementos contradictorios. Aunque en este caso el ámbito material del arbitraje queda mejor definido, la mención a un “árbitro, arbitrador o amigable componedor” es incierta sobre la obligatoriedad y exclusividad del arbitraje. Es más, la elección del árbitro se somete a las normas de un reglamento inexistente, lo cual presenta no solo un elemento de incertidumbre sino también de inoperatividad, como analizaremos en el siguiente apartado.

2. Las cláusulas inoperantes

Las cláusulas arbitrales inoperantes son aquellas cuya ejecución no es posible llevar a cabo, ya sea por remitirse a normas o reglamentos inexistentes o por incluir requisitos excesivos o demasiado concretos para el nombramiento del árbitro, que impiden encontrar al candidato en el momento en que surja la disputa.

4 Otros ejemplos, son: “En caso de cualquier disputa sin resolver, el asunto será remitido a la Cámara de Comercio” o “Las partes se someten a la Corte Arbitral de Madrid para resolver aquellas controversias derivadas de la interpretación del contrato”.

A modo de ejemplo:

“El árbitro será un abogado italiano anglo-parlante, con licenciatura en ingeniería bioquímica y familiarizado con los contratos de suministro de medicamentos a Angola”.

Otro ejemplo sería⁵:

“Para cualquier conflicto que surgiera entre las partes en relación a este contrato, las partes se someten al arbitraje del Presidente de la Cámara de Comercio de Girona”.

El principal inconveniente de estas cláusulas es la dificultad de llevar a cabo su ejecución. Así, la cláusula que menciona el “Reglamento de Centro de Arbitrajes de la Cámara de Comercio de Valencia”, es inoperante pues es imposible someter el nombramiento del árbitro a un reglamento que es inexistente.

Sobre las cláusulas expuestas en las que se imponen requisitos específicos en cuanto a las aptitudes e identidad del árbitro designado, la operatividad de las mismas estará claramente limitada, pues, de no estar disponibles candidatos susceptibles de cumplir con dichos requisitos en el momento del nacimiento del arbitraje, el mismo no se podrá realizar o, al menos, cumplir la voluntad de las partes.

3. Las cláusulas híbridas

Las cláusulas arbitrales híbridas (denominadas también *cláusulas mixtas*) hacen referencia a una tipología de cláusula que no excluye la sumisión a los tribunales nacionales. Las más habituales son las que ofrecen la posibilidad de escoger entre someter la disputa en cuestión a arbitraje o a los tribunales nacionales⁶. Las cláusulas que prevén la sumisión alternativa a distintos tribunales, también entrarían en esta categoría⁷.

Desde un punto de vista teórico, cabe distinguir dos tipos de cláusulas: (i) cláusulas simétricas: aquellas que dejan a elección del demandante la opción de elegir entre arbitraje o jurisdicción, o entre las diferentes jurisdicciones designadas en la cláusula; y (ii) cláusulas asimétricas: las que dejan en manos de una sola parte la opción de escoger entre arbitraje y/o jurisdicción o distintas jurisdicciones⁸.

A modo de ejemplo⁹:

“Las partes acuerdan someter a la Corte de Arbitraje de Madrid y a los Tribunales de Justicia la resolución de todas las controversias y discrepancias que se susciten en este contrato”.

5 Destacamos también como ejemplos: “Las partes acuerdan someter toda controversia o reclamación relacionada con la interpretación, incumplimiento, terminación o validez de estos acuerdos al arbitraje de la Corte de Arbitraje de Granollers” o “Las controversias serán sometidas a arbitraje ante árbitros designados por el Tribunal Arbitral de Barcelona, de acuerdo con el procedimiento de arbitraje establecido en el Código de Arbitraje de Bielorrusia y el Código de Arbitraje de Indonesia, con la debida consideración por la ley del lugar del arbitraje, que será Madagascar”.

6 LÓPEZ DE ARGUMEDO, Á., BALMASEDA C., “The disputed validity of hybrid and asymmetric clauses in Europe: a review of the decision of the High court of appeal of Madrid of 18 October 2013”, en *Spain Arbitration Review*, 2014, nº 19, pág. 1.

7 GÓMEZ JENE, M., “El convenio arbitral: statu quo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº. 2, 2017, pág. 25.

8 *Ibid.*, págs. 25-26.

9 Destacamos también como ejemplo: “Las partes acuerdan someter al Tribunal Arbitral de Barcelona y a los Tribunales de Justicia la resolución de todas las controversias que se susciten en este contrato”. someter al Tribunal Arbitral de Barcelona y a los Tribunales de Justicia la resolución de todas las controversias que se susciten en este contrato”.

El gran inconveniente que presenta la redacción de cláusulas arbitrales híbridas o mixtas, es la falta de claridad en cuanto a la sumisión de las partes a arbitraje o a los tribunales nacionales. Precisamente, uno de los caracteres del arbitraje como medio de resolución de conflictos alternativo al judicial, es la renuncia de las partes a este último. Por tanto, el que una determinada cláusula arbitral contemple ambas opciones en el caso de surgir una disputa, resulta contradictorio, no existiendo una voluntad clara de acudir a una u otra vía.

Sin embargo, conviene puntualizar que no todas las cláusulas híbridas son patológicas. Es decir, la cláusula patológica como tal surge en función de circunstancias muy diversas, siendo una de ellas la falta de voluntad clara de las partes de someterse a arbitraje¹⁰. Por tanto, solo aquellas cláusulas en las que no se pueda deducir una voluntad clara de las partes serán cláusulas híbridas patológicas¹¹.

III. Guía de soluciones para cláusulas patológicas

En primer lugar, y con carácter previo al análisis técnico sobre la interpretación de las cláusulas arbitrales patológicas, es necesario recomendar que los encargados de redactar contratos presten una minuciosa atención a la redacción de la cláusula de resolución de disputas.

Para ello, si la elección es arbitraje, por ejemplo, es recomendable acudir a las instrucciones comprendidas en las Directrices de la International Bar Association para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional ("**Directrices IBA**")¹².

Las Directrices IBA presentan consejos para la redacción de cláusulas arbitrales claras que se adapten a las necesidades de las partes, incluyendo también una cláusula modelo de arbitraje *ad hoc* y remitiendo a cláusulas modelo de distintas instituciones arbitrales.

No obstante, a veces es inevitable que existan cláusulas oscuras que requieren interpretación. Si estamos en esta situación, las dos primeras cuestiones que se han de plantear, son: (1) la ley aplicable a la interpretación de las cláusulas arbitrales y (2) los órganos competentes para interpretar dichas cláusulas al inicio de la disputa.

1. ¿Cuál es la ley aplicable a la interpretación de las cláusulas arbitrales?

Cuando el órgano competente para decidir sobre la validez del convenio arbitral deba interpretarlo, tendrá que analizar, en primer lugar, las leyes y reglas aplicables a dicha interpretación.

Las leyes aplicables para la interpretación del convenio arbitral podrán variar dependiendo de si se trata de un arbitraje nacional o internacional. En todo caso, el marco normativo primigenio de determinación de la ley de arbitraje aplicable

10 FERNÁNDEZ ROZAS. J.C., "Rechazo de formalización judicial por la presencia de una cláusula imprecisa entre arbitraje y otros MASC en el sector de la automoción", en *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, nº. 2, 2014, pág. 513.

11 *Ibid.*

12 Ver en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_buenas_directrices_IBA.pdf

viene determinado por la sede del arbitraje. Este es un patrón común a la mayoría de las leyes de arbitraje modernas y que en el caso español está regulada en la LA, en su artículo 1.1.

1.1. La ley aplicable a la interpretación de las cláusulas arbitrales en un arbitraje nacional de conformidad con la LA

Estaremos ante un arbitraje nacional o interno¹³, cuando todos los elementos del arbitraje se encuentran en España: las partes son españolas, la ley aplicable al arbitraje es la ley española, la sede del arbitraje es España y la relación jurídica de la que dimana la controversia afecta al mercado español.

La aplicación de la ley para interpretar la validez de la cláusula arbitral en un arbitraje nacional implica tener en cuenta: (i) desde un punto de vista procedimental, las reglas de validez formal del convenio arbitral recogidas en el artículo 9 LA; y (ii) desde una perspectiva material, las reglas aplicables a la validez e interpretación de un negocio contractual en España.

Así, la validez formal de la cláusula en España se regirá por los requisitos ya expuestos del artículo 9 LA¹⁴, que deberá ser integrado por las reglas contenidas en los reglamentos arbitrales correspondientes, en caso de que las partes se sometan a arbitraje institucional.

En segundo lugar, también se aplicarán las normas del Código Civil español en relación con la validez de la cláusula arbitral, siendo particularmente relevantes las disposiciones que regulan la expresión del consentimiento de las partes (artículos 1262 y siguientes del Código Civil)¹⁵. En cuanto a las reglas de interpretación aplicables a la cláusula arbitral, deberemos aplicar también los principios de interpretación de los contratos recogidos en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil.

En resumen, estos preceptos indican que para interpretar la cláusula deberemos tener en cuenta (i) la literalidad de la misma; y (ii) la intención evidente de las partes, ateniéndonos a sus actos coetáneos y posteriores a la redacción del contrato. Estos artículos también integran reglas de interpretación tales como: (iii) la interpretación en relación al efecto útil de la cláusula; (iv) la interpretación de la cláusula en el contexto global del contrato y en relación al objeto del mismo; y (v) la interpretación contra *proferentem*.

La aplicación jurisprudencial de dichos principios será tratada más adelante (ver apartado VI).

13 Ver artículo 3 LA.

14 Ver artículo 9.1 LA.

15 A modo de ejemplo, citamos las siguientes sentencias en las que se aplican las disposiciones del Código Civil para interpretar las cláusulas arbitrales y decidir sobre su validez: Sentencia núm. 6/2019 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 18 febrero 2019 (AC 2019, 729) del TSJ de Madrid; Sentencia núm. 28/2019 del TSJ de Madrid (Sala de lo Civil y Penal Sección 1ª) de 12 septiembre (JUR 2019, 296565) o la Sentencia núm. 16/2019 de 5 abril 2019 de la Sección 1ª de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid (AC 2019, 736).

1.2. La ley aplicable a la interpretación de las cláusulas arbitrales en un arbitraje internacional de conformidad con la LA

Estaremos ante un arbitraje internacional, siguiendo el tenor del artículo 3 LA, cuando alguno de los elementos del arbitraje se encuentre fuera de España: las partes sean extranjeras, la ley aplicable a la disputa sea una ley extranjera¹⁶, la sede del arbitraje se encuentre fuera de España o la relación jurídica de la que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

La existencia de estos elementos extranjeros será un factor de complejidad en cuanto al análisis e interpretación de la cláusula arbitral. Así, tendremos que considerar una multiplicidad de leyes, potencialmente distintas, que jugarán un rol esencial respecto a la validez e interpretación de la cláusula arbitral.

La aplicación de la ley para interpretar la validez de la cláusula arbitral internacional implica tener en cuenta (i) desde un punto de vista procesal, las reglas de validez formal del convenio arbitral, la ley que rige el arbitraje y las reglas de la institución arbitral si procede y; (ii) desde una perspectiva material, tendrá un rol esencial la ley que rija el contrato.

A nivel procesal, serán relevantes la *lex arbitri* y, eventualmente, el reglamento institucional, elegidos por las partes para determinar la validez formal de la cláusula. La *lex arbitri* es la ley de la sede del arbitraje, que podrá o no coincidir con la ley elegida por las partes para regir el contrato.

A nivel material, será relevante la *lex contractus*, es decir, la ley que las partes hayan pactado en el contrato para resolver sus controversias. Es amplio el marco de la autonomía de la voluntad de las partes en este ámbito, y la casuística de contratos que podemos encontrarnos es diversa: algunos se remitirán a una ley nacional, otros a una ley nacional completada con principios del Derecho internacional, o, incluso, habrá contratos que se referirán únicamente a principios internacionalmente reconocidos en el comercio internacional o contratos que ni siquiera mencionarán la ley aplicable.

En este contexto es importante mencionar que, en general, la validez de la cláusula arbitral suele interpretarse a la luz de la ley elegida por las partes para regir el contrato¹⁷. Sin embargo, algunos tribunales arbitrales admiten la autonomía de la cláusula arbitral incluso respecto a la ley aplicable, dando un margen de discrecionalidad aún mayor a los árbitros para decidir sobre su validez. Este tipo de interpretaciones normalmente buscan la aplicación del principio *lex fori* de la validez de la cláusula.

En este sentido, es interesante mencionar el caso CCI núm. 5485/1987 en el que se ponía en cuestión la validez de un convenio arbitral sometido a la ley española como ley del contrato marco. En este caso, el Tribunal Arbitral decidió aplicar las reglas CCI y los principios y usos internacionales mercantiles para tomar su decisión¹⁸.

16 La ley aplicable a las disputas es la ley aplicable a la relación jurídica de fondo y que a su vez incluye la correspondiente cláusula de arbitraje. Esta ley aplicable puede ser, o bien establecida por las partes, o bien por las correspondientes normas de Derecho Internacional Privado, con la particularidad del sistema de fuentes operante en arbitraje internacional, que veremos más adelante.

17 B. BORN G., "Chapter 4: Choice of Law Governing International Arbitration Agreements" en *International Commercial Arbitration*, 2ª edición, 2014, pág. 476. Ver también, el Caso CCI No. 12913/MS "Capital India Power Mauritius I and Energy Enterprises (Mauritius) Company v. Maharashtra Power Development Corporation Limited, Maharashtra State Electricity Board and the State of Maharashtra".

18 BENTOLILA D., "Chapter 3: Arbitrators' Freedom in Arbitral Decision-Making", en *Arbitrators as Lawmakers, International Arbitration Law Library, Volume 43*, 2017, pág. 89.

Así, en ocasiones, los tribunales arbitrales recurrirán a principios generalmente reconocidos en el comercio internacional como son, por ejemplo, la *lex mercatoria*¹⁹ o los principios UNIDROIT²⁰.

Los principios UNIDROIT son una codificación de principios generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales a los cuales las partes pueden someterse explícitamente o pueden ser usados por el tribunal arbitral para interpretar o complementar el derecho nacional aplicable²¹. De hecho, estos principios regulan en su capítulo cuarto las reglas de interpretación, coincidiendo muchas de ellas, como veremos más adelante, con las mencionadas respecto al Código Civil español.

En este sentido, en el caso CCI núm. 19127 el árbitro único decidió aplicar la ley suiza (*lex arbitri*) y los principios UNIDROIT para determinar la validez del convenio arbitral en cuestión.

19 MUSTILL M., "The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years", en *Revista Brasileira de Arbitragem*, [Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, 2017, volumen XIV, nº 54, pág. 206.

20 BENTOLILA D., "Chapter 3: Arbitrators' Freedom in Arbitral Decision-Making", en *Arbitrators as Lawmakers, International Arbitration Law Library*, volumen 43, 2017, pág. 96.

21 Ver el preámbulo de los Principios UNIDROIT. Ver también la Decisión Final CCI No. 19127 "*Joint venture Partner (France) vs. Joint venture partner (Denmark)*".

22 "Artículo 22. Potestad de los árbitros para decidir sobre su competencia **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.** A este efecto, 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". (énfasis añadido).

2. ¿Quién es competente para interpretar una cláusula patológica?

En primer lugar, (a) el único competente para decidir sobre la validez de la cláusula es el tribunal arbitral según el principio *Kompetenz – Kompetenz* (artículo 22.1 LA); (b) en todo caso, hay supuestos en los que la institución administradora del arbitraje tiene asignada la competencia temporal mientras se constituye el tribunal arbitral para proceder a realizar un análisis preliminar de la validez de la cláusula; y, por último (c) existen supuestos en los que los órganos judiciales se pueden enfrentar a esta cuestión con carácter previo al inicio del arbitraje.

2.1. La competencia del árbitro para determinar la validez de la cláusula arbitral: *Kompetenz – Kompetenz*

El principio *Kompetenz – Kompetenz* significa que el árbitro es el único competente para decidir sobre su propia competencia, y, por tanto, el único competente para analizar la validez del convenio arbitral, que supuestamente le designe competente.

En Derecho español, el principio *Kompetenz – Kompetenz* se encuentra regulado en el artículo 22 LA²². El doble efecto de este principio ha sido extensamente tratado por la jurisprudencia y por la doctrina²³: (i) un efecto positivo, que permite al árbitro pronunciarse sobre su propia competencia y; (ii) un efecto negativo, que impide a los órganos jurisdiccionales conocer las controversias sujetas a un convenio arbitral.

23 TENT ALONSO P., "La culminación de la concepción contractualista del principio *Kompetenz – Kompetenz* en su variante negativa: La sentencia Henry Schein Inc. v. Archer & White Sales Inc. de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América", en *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2019, volumen 12, nº 1, pág. 80.

En el mismo sentido, destacar la Sentencia núm. 9/2014 de 6 febrero de la Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (RJ 2014, 1987) y la Sentencia núm. 3/2018 de 21 mayo de la Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (RJ 2018, 3006).

Así, la jurisprudencia es clara respecto al efecto positivo de dicho principio, cuyo tenor y alcance no presentan controversia alguna. Recientemente, la Sentencia núm. 2/2020 de 7 enero de la Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (JUR 2020, 91531)²⁴, dice:

“Lo que decimos es también expresión de una regla claramente consagrada por el art. 22.1 LA, que, en palabras de la Exposición de Motivos de la LA -apdo. V, segundo párrafo-, **la doctrina ha bautizado con la expresión alemana Kompetenz – Kompetenz (...)**. Esta regla **abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral**”. (énfasis añadido)

Sin embargo, han sido más controvertidos los efectos negativos del principio *Kompetenz – Kompetenz*, por cuanto, como veremos más adelante, los órganos jurisdiccionales nacionales no solo no declinan su competencia de oficio, sino que además tienden a controlar la validez de las cláusulas arbitrales que les llegan a través de declinatorias.

También, el principio *Kompetenz – Kompetenz*, en su vertiente positiva, se comparte por la mayoría de leyes de arbitraje nacionales²⁵, reglas de arbitraje institucionales²⁶ y laudos arbitrales, hasta el punto de considerarse un principio general de Derecho Internacional²⁷.

Los laudos dictados por tribunales arbitrales internacionales vienen admitiendo el principio *Kompetenz – Kompetenz* desde hace tiempo. A modo de ejemplo, destacamos el Laudo Final CCI, caso núm. 8938,1996 “*Exclusive Agent vs. Manufacturer*”:

“*The arbitral clause is doubly autonomous: in relation to the arbitral agreement, and in relation to the law of the contract. It has long been recognized, in general, that in international matters the arbitrator has jurisdiction over his own jurisdiction in so far as the arbitrability of the dispute in the light of international public policy. In particular, Art. 8(3) of the ICC Arbitration Rules fully enables the arbitrator to take any decision as to his own jurisdiction. (6) Taking the lex fori into account, the international arbitrator sitting in Luxembourg has at this stage no other limitation as to his jurisdiction than the limitations resulting from the international public policy of Luxembourg.*”²⁸(énfasis añadido)

Por lo tanto, no cabe ninguna duda de que los tribunales arbitrales son competentes para decidir sobre su propia competencia y que, de hecho, este ha de ser el procedimiento que se siga.

24 En el mismo sentido, destacar la Sentencia núm. 9/2014 de 6 febrero de la Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (RJ 2014, 1987) y la Sentencia núm. 3/2018 de 21 mayo de la Sala de lo Civil y Penal (Sección 1ª) del Tribunal Superior de Justicia de Navarra (RJ 2018, 3006).

25 Ver, por ejemplo, el artículo 1465 del Código de Procedimiento Civil francés; el artículo 1022 del Código de Procedimiento Civil de los Países Bajos; el artículo 18 de la Ley 63/2011 del 14 de diciembre de Arbitraje de Portugal; o la Sección 1036 de la Ley de Arbitraje alemana de 1998 integrada en el Libro Décimo del Código Procesal Civil Alemán, entre otros.

26 Ver, en este sentido, el artículo 6 del Reglamento de Arbitraje de la CCI; artículo 23 de las Reglas de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres; artículo 21 del Reglamento de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio de Suiza; artículo 19 de las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Hong Kong, entre otros.

27 B. BORN G., “Chapter 7: International Arbitration Agreements and Competence-Competence”, *International Commercial Arbitration*, 2ª edición, 2014, pág. 1068.

28 En la misma línea, el Tribunal Arbitral del caso “*Econet Wireless Ltd. (UK/South Africa) vs. First Bank of Nigeria, et al. (Nigeria)*”, en su Laudo de 2 de junio de 2005, destacaba que su competencia para decidir sobre los límites de su propia competencia no es en ningún modo controvertida.

2.2. Competencia de Cortes Arbitrales para hacer examen *prima facie* de la validez de la cláusula arbitral: CCI, CIAM y CAM

Aunque, como hemos visto, la potestad para decidir sobre la validez de la cláusula arbitral recaerá sobre el tribunal arbitral competente, cuando nos encontremos en el marco de arbitrajes institucionales será posible, en algunos casos, un examen preliminar de la existencia del convenio arbitral por parte de dichas instituciones con el fin de agilizar y facilitar la tarea de los árbitros y la admisión de nuevos casos.

Así, a modo de ejemplo, podemos tomar como referente de institución arbitral española la Corte de Arbitraje de Madrid ("**CAM**") y como referentes internacionales el Centro Internacional de Arbitraje de Madrid ("**CIAM**") y la Cámara Internacional de Comercio ("**CCI**").

El Reglamento de Arbitraje de la CAM ("**Reglamento CAM**") regula la revisión *prima facie* de la Corte en su artículo 8 en aquellos supuestos en que "la parte demandada no respondiese a la solicitud de arbitraje, se negase a someterse al arbitraje o formulara una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del convenio arbitral".

En exactos términos regula el artículo 8 del Reglamento de Arbitraje del CIAM ("**Reglamento CIAM**") la revisión *prima facie* de la existencia del convenio arbitral por parte del centro.

En el mismo sentido, el Reglamento de Arbitraje de la CCI ("**Reglamento CCI**") recoge en su artículo 6.4 la posibilidad de la Corte de realizar un análisis *prima facie* de la existencia del convenio arbitral.

El control *prima facie* no vincula de ningún modo al tribunal arbitral en una decisión posterior. Se trata simplemente de un control preliminar mediante el cual la corte que administra el arbitraje verificará que existe una cláusula arbitral permitiendo un arbitraje bajo la institución a la que se han remitido las partes²⁹.

Así pues, esta competencia *prima facie* de las cortes arbitrales es un filtro que facilita la gestión de los casos, sin perjuicio de la competencia final del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia.

2.3. Competencia de los órganos judiciales españoles: la declinatoria jurisdiccional

Tal y como hemos expuesto, la vertiente negativa del principio *Kompetenz – Kompetenz*, impide, en principio, que los tribunales estatales conozcan las controversias sujetas a un convenio arbitral.

Sin embargo, el alcance de este efecto negativo puede variar mucho dependiendo de las jurisdicciones, pues las tesis adoptadas por los distintos tribunales

²⁹ Así, cabe destacar que el Reglamento CAM permite al demandante manifestar su desacuerdo con una decisión *prima facie* de la Corte manifestando la inexistencia de la cláusula arbitral. En dicho supuesto, deberá constituirse el Tribunal Arbitral para decidir de forma vinculante sobre la validez del convenio. En un sentido similar, el Reglamento CCI dice en su artículo 6.6: "Cuando las partes sean notificadas de la decisión de la Corte de conformidad con el Artículo 6(4) de que el arbitraje no puede proseguir en relación con todas o alguna de las partes, éstas conservan el derecho de solicitar una decisión de cualquier tribunal competente sobre si existe o no, y respecto de cuál de ellas, un acuerdo de arbitraje que las obligue".

nacionales que han llegado a juzgar la validez de cláusulas arbitrales con anterioridad al laudo arbitral no son unánimes³⁰.

El supuesto en el que dicho efecto entra en juego se da cuando la parte demandante presenta su demanda ante los órganos jurisdiccionales nacionales, ignorando el convenio arbitral. En este caso, el demandado podrá interponer declinatoria jurisdiccional alegando la falta de competencia del tribunal estatal por someterse el litigio a arbitraje. Así lo regula el artículo 11.1 LA:

“El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, **siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria**”. (énfasis añadido)

De este modo, nos encontramos ante una primera limitación al carácter absoluto del principio *Kompetenz – Kompetenz*: el tribunal español no deberá declararse de oficio incompetente por el mero hecho de existir una cláusula arbitral, sino que está en manos del demandado interponer declinatoria para hacer valer su derecho a acudir a arbitraje. De lo contrario, se entiende que las partes se someten tácitamente a la competencia de los tribunales españoles (artículos 63 y ss. Ley de Enjuiciamiento Civil (“**LEC**”).

Sin embargo, esta no sería la única limitación al alcance del principio. Una segunda cuestión que surge una vez interpuesta la declinatoria por parte del demandado: ¿en qué medida puede el órgano jurisdiccional nacional examinar la validez de la cláusula arbitral en la que se basa la declinatoria?

Ha existido cierto debate doctrinal y jurisprudencial respondiendo a dicha cuestión. Nuestra jurisprudencia distingue entre: (i) una tesis fuerte apoyada en el principio *Kompetenz – Kompetenz*, que permitiría al órgano judicial un control sutil de la existencia del convenio arbitral sin entrar a analizar su validez; y (ii) una tesis débil contraria al principio *Kompetenz – Kompetenz*, que permitiría al juez comprobar la validez del convenio arbitral y decidir sobre su propia competencia.

El Tribunal Supremo se pronunció en su Sentencia núm. 409/2017 de 27 junio de la Sección 1ª, Sala de lo Civil (RJ 2017, 3021)³¹, indicando que en España predomina la tesis débil contraria al principio *Kompetenz – Kompetenz*, permitiendo, *a priori*, a los jueces que conocen de la declinatoria basada en una cláusula arbitral, realizar un análisis en profundidad de su validez y, decidir, en último término, sobre su competencia.

Existen, sin embargo, argumentos para defender una posición más favorable al principio *Kompetenz – Kompetenz*, impidiendo a los tribunales entrar a valorar en profundidad la validez de una cláusula que declara competentes a los tribunales arbitrales³².

30 TENT ALONSO P, “La culminación de la concepción contractualista del principio *Kompetenz – Kompetenz* en su variante negativa: La sentencia Henry Schein Inc. vs. Archer & White Sales Inc. de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América”, en *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* [Kluwer Law International; 2019, volumen 12, issue 1, pág. 80.

31 “Existen dos tesis sobre esta cuestión. **La primera sería la llamada “tesis fuerte” del principio *Kompetenz – Kompetenz***, que es la que sostiene el recurrente, **conforme a la cual la actuación del órgano judicial en caso de planteamiento de declinatoria debería limitarse a realizar un análisis superficial**, que comprobaba la existencia del convenio arbitral y que, en caso de existir tal convenio, estimara la declinatoria, para que los árbitros decidieran sobre su propia competencia. Solo por vía de la posterior acción de anulación del laudo (que podría ser un laudo parcial, en el que el árbitro o árbitros se limitaran a decidir sobre su propia competencia), los órganos judiciales podrían revisar lo decidido por los árbitros sobre su competencia. **La segunda sería la llamada “tesis débil”, según la cual el órgano judicial ante el que se planteara la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje ha de realizar un enjuiciamiento completo sobre la validez, eficacia y aplicabilidad del convenio arbitral**. De este modo, si el juez considera que el convenio arbitral no es válido, no es eficaz o no es aplicable a las cuestiones objeto de la demanda, rechazará la declinatoria y continuará conociendo del litigio. **Este tribunal considera que no existen razones para sostener la tesis fuerte del principio *Kompetenz – Kompetenz* en nuestro ordenamiento jurídico y limitar el ámbito del conocimiento del juez cuando resuelve la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje**”. (énfasis añadido)

IV. Cláusula arbitral patológica en sede de anulación

Incluso cuando el tribunal arbitral declare su competencia, existirá la posibilidad de impugnar la competencia del mismo a través de la acción de anulación de laudo prevista en el artículo 8.5 LA³³, siendo competente la Sala de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas de la sede del arbitraje (“TSJCA”).

La acción de anulación del laudo es una acción independiente, que da lugar a un proceso autónomo, en virtud del cual cualquiera de las partes de un procedimiento arbitral puede impugnar la validez del laudo dictado en dicho procedimiento y, en consecuencia, instar la declaración de nulidad por una serie de causas tasadas (*numerus clausus*)³⁴. Este procedimiento únicamente podrá iniciarse ante los tribunales españoles en el caso de que la sede del arbitraje sea España.

Así, no estamos ante a un recurso ni ordinario ni extraordinario, ya que con la mencionada acción no se pretende un nuevo examen de elementos fácticos o jurídicos, sino únicamente realizar un control *a posteriori* de todo el procedimiento arbitral³⁵. Muy recientemente, la Sala Primera del Tribunal Constitucional ha podido recordar en su Sentencia de 15 de junio de 2020 (Recurso de Amparo núm. 3130-2017) que la acción de anulación de un laudo solo permite al órgano judicial realizar un “juicio externo”, sin ser posible pronunciarse sobre el fondo del asunto.

Las causas para poder interponer la acción de anulación del laudo, se encuentran reguladas en el artículo 41 LA. El primero de los motivos en los que se puede fundar la anulación de un laudo – siendo este en el que se centrará la atención – es la falta de validez o inexistencia del convenio arbitral (artículo 41, letra a) apartado primero). Se trata de un supuesto en el que el convenio no cumple con los requisitos formales regulados con carácter general en el artículo 9 LA³⁶.

Así pues, una cláusula patológica que plantee dudas sobre la voluntad clara de las partes de someter su disputa a arbitraje permitirá a la parte interesada impugnar la competencia por vía de anulación del laudo.

En todo caso, la parte que inste la nulidad del laudo en virtud de la inexistencia de cláusula arbitral deberá haberse manifestado al respecto durante el transcurso del procedimiento arbitral, tal y como dispone el artículo 6 LA, como confirma la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia núm. 29/2019 de 12 septiembre (JUR 2019, 293282)³⁷.

32 B. BORN G., “Chapter 7: International Arbitration Agreements and Competence-Competence”, cit., págs. 1110 – 1114.

33 El artículo 8.5 LA dispone: “Para conocer de la acción de anulación del laudo será competente la Sala de lo Civil y de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde aquél se hubiere dictado”.

34 ROMERO IGLESIAS, M., *Arbitraje y jurisdicción: principios básicos y jurisprudencia*, Madrid, 2019 pág. 51.

35 VEGA BARRERA, E., “Anulación de laudos arbitrales”, en *Diario La Ley*, núm. 9041, 2017 [La Ley 11013/2017], pág. 1.

36 *Ibid.*

37 “(...) la acción de anulación de laudo arbitral diseñada en la Ley de Arbitraje (RCL 2003, 3010) no permite a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, a la que se ahora se atribuye la competencia para el conocimiento de este proceso, reexaminar las cuestiones debatidas en el procedimiento arbitral. La limitación de las causas de anulación del laudo arbitral a las estrictamente previstas en el artículo 41 (...) restringe la intervención judicial en este ámbito a determinar si en el procedimiento y la resolución arbitrales se cumplieron las debidas garantías procesales, si el laudo se ajustó a los límites marcados en el convenio arbitral, si éste carece de validez o si la decisión arbitral invade cuestiones no susceptibles de arbitraje”.

V. Cláusula arbitral patológica en sede de ejecución. Convenio de Nueva York

Aun cuando un laudo no ha sido anulado, la existencia de un convenio arbitral patológico puede dificultar la ejecución del mismo.

En este sentido, la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (“CNY”) incluye la nulidad de la cláusula arbitral como una de las posibles causas de oposición al reconocimiento de un laudo extranjero³⁸.

Por tanto, la apreciación o no de la nulidad de la cláusula arbitral está también en manos de los órganos jurisdiccionales del estado donde se pretenda ejecutar el laudo. Esto puede derivar en resoluciones contradictorias en diferentes jurisdicciones y aumentar el tiempo y los costes del procedimiento arbitral³⁹.

Como vemos, la configuración de una cláusula arbitral que genere incertidumbre acerca de su validez puede acarrear consecuencias no deseables también en el momento del reconocimiento del laudo extranjero, incluso habiendo logrado que el tribunal arbitral se declarase competente y que el laudo no fuese anulado en la sede del arbitraje.

VI. La jurisprudencia reciente de los Tribunales españoles relativa a cláusulas arbitrales patológicas

A continuación, se recogen criterios de interpretación establecidos por los órganos jurisdiccionales españoles sobre las distintas tipologías de cláusulas patológicas⁴⁰ presentadas al inicio de este artículo (ver apartado I).

1. Las cláusulas inciertas

Respecto a las cláusulas inciertas, como se expuso anteriormente, las mismas pueden plantear ciertas dudas sobre una voluntad clara de las partes de someterse al arbitraje. Así, teniendo en cuenta las normas de interpretación recogidas en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, vemos que la interpretación literal de la cláusula no siempre nos permite determinar la intención real de las partes.

En dichos casos, la jurisprudencia es clara, siguiendo las instrucciones del Código Civil, sobre la necesidad de interpretar la cláusula en relación a los actos coetáneos y posteriores de las partes para averiguar la intención de las mismas de someterse o no a arbitraje. Así lo establece, por ejemplo, la Sentencia núm. 6/2019 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 18 febrero 2019 (AC 2019, 729) del TSJ de Madrid:

38 Ver Artículo V CNY.

39 R. P. PAULSSON M., “Chapter 6: Resisting Enforcement of Awards”, en *The 1958 New York Convention in Action*, 2016, págs. 176-177.

40 Como venimos exponiendo, lo esencial para la eficacia de un convenio arbitral, es que conste la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. A título de ejemplo, la Sentencia núm. 6/2019 del TSJ de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 18 de febrero (AC\2019\729) indica: “(...) lo esencial, para la eficacia de un convenio arbitral, es que conste la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, voluntad, claro está, que ha de responder a un consentimiento válido. Dicha constatación de voluntad se erige como requisito único del art. 9 LA”.

"(...) es claro el compromiso y voluntad de someterse a arbitraje, las razones que desarrolla la árbitra, que acogemos y damos por reproducidas, aplicando el principio "venire contra factum proprium non valet", es decir nadie puede ir contra sus propios actos, por ser contrario a la buena fe que debe regir en las relaciones entre las partes contratantes, deben mantenerse". (énfasis añadido)

En decir, aunque la interpretación de la cláusula por sí sola no permita inferir la real intención de las partes, una interpretación global del contrato podrá recabar mayor información para interpretar la voluntad de las partes. Este es precisamente el parámetro seguido en el Auto núm. 43/2019 de 7 febrero de la Sección 11ª de la Audiencia Provincial de Barcelona (JUR 2019, 65793)⁴¹.

Además, estas reglas de interpretación son muchas veces analizadas en relación a los propios principios que indica el Código Civil como, por ejemplo, el principio de buena fe o el principio *contra proferentem*. Así lo analiza, entre otras, la Sentencia núm. 28/2019 del TSJ de Madrid (Sala de lo Civil y Penal Sección 1ª) de 12 septiembre (JUR 2019, 296565):

"En el mismo sentido, a modo de ejemplo, nuestra Sentencia 20/2017, de 21 de marzo (FJ 4º, roj STSJ M 3280/2017), donde, en total congruencia con lo que antecede, también recordábamos (FJ 4º), **como doctrina reiteradísima, que, a la hora de ponderar la existencia y efectos de un convenio arbitral, es imprescindible preservar las exigencias de la buena fe y de la congruencia con los propios actos:** este Tribunal ha conferido especial trascendencia a la coherencia que la pretensión de anulación guarde **con la propia conducta del recurrente, lo cual a su vez también es expresión del principio general de buena fe, del que es concreción la máxima *ne venire contra factum proprium***". (énfasis añadido)

41 "No se considera tampoco que nos hallemos ante una cláusula patológica, bajo la argumentación relativa a que la cláusula 12 del contrato de 15/02/2008 somete cualquier disputa a arbitraje, mientras que la 13 lo hace a la jurisdicción ordinaria, **pues el contenido de las mismas no resulta contradictorio**, entendiendo que la última de las citadas, por la propia alusión que contiene relativa a " (...) sense perjudici de la seva clàusula arbitral..." no deja sin efecto aquella sumisión a arbitraje, sino establece la sumisión a los Juzgados de Barcelona, para los supuestos en que no resulte de aplicación la cláusula arbitral". (énfasis añadido)

2. Las cláusulas inoperantes

En relación a las cláusulas inoperantes, recordemos que son aquellas cuya patología responde a una imposibilidad o gran dificultad de ejecución de alguno de sus elementos, como, por ejemplo, el nombramiento de una persona concreta como árbitro que no esté disponible en el momento de nacer la controversia.

En este caso, de nuevo, la interpretación literal de la cláusula no permitirá su eficacia y, por tanto, deberemos interpretarla teniendo en cuenta la intención de las partes. En este sentido, cabe destacar que las cláusulas inoperantes no presentan tantas dudas como las anteriores sobre la voluntad de someter la disputa a arbitraje, sino que plantearán dudas sobre el sometimiento del mismo a un tribunal en concreto.

Para paliar dicha patología, aparte de recurrir a las normas de interpretación que se acaban de exponer, la jurisprudencia puede fundamentar la validez de la cláusula arbitral en el principio del efecto útil de la misma. Así, es particularmente ilustrativo el análisis realizado por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14ª) en su Sentencia núm. 114/2009 de 3 febrero (JUR 2009, 238631):

“Y a la misma conclusión llegaríamos en el caso de considerar, desde otra postura, que estamos en presencia de una cláusula sanable, **si tenemos en cuenta los principios interpretativos "pro arbitratio" y efecto útil del contrato y las normas de interpretación de los contratos (actos posteriores de las partes, artículo 1.282 del Código civil), que permitirían sostener que la voluntad de las partes fue someterse a arbitraje institucional (...)**”. (énfasis añadido)

Precisamente, apelando al efecto útil de la cláusula junto con el principio de buena fe contractual, y teniendo en cuenta que la intención de las partes al redactarla respondía a la voluntad de renunciar a la jurisdicción nacional para someterse a arbitraje, sería sostenible alegar la validez de una cláusula inoperante.

De hecho, los tribunales españoles han sostenido la validez de cláusulas *a priori* inoperantes basándose en la clara voluntad de las partes de someter sus disputas a arbitraje.

También es ilustrativo un reciente caso resuelto por la Sección 1ª de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ de Madrid en su Sentencia núm. 16/2019 de 5 abril 2019 (AC 2019, 736) en el cual la cláusula arbitral designaba en primer lugar a un árbitro determinado y, en caso de fallecimiento del mismo, establecía que sería designada como árbitro “la persona designada como albacea testamentario por D. Alexander”. La cláusula arbitral era inoperante por cuanto el primer árbitro designado falleció, sin que el referido albacea testamentario se designara. Sin embargo, esto no impidió al TSJ declarar la validez del convenio arbitral designando judicialmente al árbitro competente en virtud del artículo 15.3 LA⁴²:

42 En el mismo sentido, en la Sentencia núm. 21/2017 del TSJ de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 21 de marzo, el Tribunal destaca los elementos a tener en cuenta para analizar si procede la designación judicial de un árbitro en este tipo de supuestos: “Tanto en uno como en otro caso -previsión o no de procedimiento de designación- **la Sala, para decidir si procede acordar el nombramiento de árbitro, ha de atender como elemento primordial a la buena o mala fe que evidencie la conducta pre-procesal de las partes, a su voluntad congruente con u obstante -de forma expresa o tácita- al cumplimiento efectivo del convenio arbitral.** Este criterio se funda en la apreciación, que se juzga razonable y acomodada al art. 15 Ley de Arbitraje (RCL 2003, 3010), en cuya virtud la buena fe demanda que las partes que libremente convienen en el arbitraje intenten su materialización y el correspondiente nombramiento de árbitro o árbitros antes de acudir a los Tribunales manifestando interés -que también es requisito de la acción- en resolver un conflicto sobre dicha designación, cuya existencia, lisa llanamente, no se ha verificado, porque ni siquiera se ha intentado efectuar el nombramiento, ni la contraparte ha mostrado oposición alguna al respecto. **Piénsese que la autonomía de la voluntad que es inherente al pacto arbitral permite de forma natural que las partes convengan un procedimiento de designación de árbitro bien en la cláusula arbitral, bien ulteriormente, cuando, surgida la controversia, llegue el momento de cumplir el pacto de sumisión. En este contexto es en el que ha de entenderse lo que esta Sala -y la generalidad de los Tribunales Superiores de Justicia- viene señalando desde siempre: que únicamente tiene atribuida la competencia para el nombramiento de árbitros cuando no pudiera realizarse por acuerdo de las partes, debiendo limitarse a comprobar, mediante el examen de la documentación aportada, la existencia o no del convenio arbitral pactado; si se ha acordado un procedimiento de designación de árbitro que no haya podido culminar con el nombramiento; y, en su defecto, que se ha realizado el requerimiento a la parte contraria para la designación de árbitros, el desacuerdo entre las partes para el nombramiento, la negativa expresa o tácita a realizar tal designación por la parte requerida y el transcurso del plazo convenido o legalmente establecido para la designación”.** (énfasis añadido)

“Dicho segundo párrafo sí establecía una prioridad en cuanto a qué personas debían realizar el arbitraje, **pero la imposibilidad de que por éstas se realizara la función arbitral, no deja sin efecto el primer párrafo, que es el que recoge la voluntad manifiesta de las partes contratantes de someterse a arbitraje, verdadera parte sustancial del convenio arbitral**, ya que sin consentimiento de las partes, no hay convenio, hasta el punto de que **no es necesario para la validez de un convenio arbitral, que éste incluya disposiciones sobre los árbitros (número, capacidad), lugar o idioma del arbitraje**.”

Al no haberse establecido la señalada vinculación determinante y ante la imposibilidad física de que puedan actuar los indicados por las partes, es **por lo que tiene plena eficacia la disposición contenida en el apdo. 3 del art. 15 LA, precisamente para hacer viable la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, una vez que las partes han agotado el cauce establecido para el nombramiento** (SSTSJ Madrid 23-11-2015 (AC 2016, 1936), 13-12-2017 (AC 2017, 1911)”. (énfasis añadido)

3. Las cláusulas híbridas

Tradicionalmente, se entendía que este tipo de cláusulas no tenían efectividad, y por tanto eran nulas, puesto que dejaban a las partes en un “limbo jurídico” por las razones que hemos expuesto⁴³. No obstante lo anterior, con fecha 18 de octubre de 2013, la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28ª) dictó un Auto en el que reconoció la validez de las cláusulas híbridas⁴⁴.

Sin embargo, la validez de la cláusula arbitral dependerá del caso concreto y de la redacción de la misma. En estos supuestos, vemos que los tribunales tienen una mayor tendencia a analizar la literalidad de la cláusula para descubrir la intención de las partes.

Así, la Sentencia núm. 6/2019 (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 18 febrero 2019 (AC 2019, 729) del TSJ de Madrid, tras analizar de forma pormenorizada la literalidad de la cláusula, permite una interpretación constructiva a favor de la validez de una cláusula híbrida en los siguientes términos:

“(…) considerando válida la cláusula cuestionada, en cuanto recoge una voluntad clara, concreta y precisa de someter las discrepancias e interpretaciones que puedan surgir del contrato litigioso entre las partes a arbitraje (...) No siendo ni confusa ni excluyente por incompatible con dicho sometimiento la mención (...), al ser “sin perjuicio de” la jurisdicción competencia de los Juzgados y Tribunales de Madrid capital”.

Por lo general, la jurisprudencia parece favorable a acogerse a la posición de dar validez a aquellas cláusulas arbitrales que contienen un doble sometimiento de las partes – a arbitraje y a los tribunales judiciales – en caso de surgir una

43 GÓRGOLAS MEDEL, C., “Cláusulas arbitrales patológicas: identificación y mecanismos de defensa”, en *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya*, nº. 247, 2016, pág. 13.

44 *Ibid.*

disputa. Ello, apoyándose tanto en el requisito recogido en el artículo 9.1 LA, es decir, la voluntad de las partes de someter a arbitraje sus controversias, así como en el principio de efecto útil de la cláusula.

Sin embargo, la interpretación contractual se encuentra en un ámbito muy subjetivo del derecho que no permite garantizar una solución unánime en este sentido. Así lo vemos en resoluciones como la Sentencia núm. 3/2015 del TSJ de Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª) de 19 junio 2015 (AC 2015, 1569), que estimó una acción de anulación de laudo ante la inexistencia de convenio arbitral por someterse ambas partes al mismo tiempo a la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales y a arbitraje:

“El documento en el cual se recoge la voluntad de someterse a un arbitraje no puede decirse que sea una voluntad inequívoca, (...) recoge en primer lugar la sumisión a los Juzgados y Tribunales y en segundo lugar y de forma incomprensible, al Arbitraje. No hay voluntad inequívoca, pues si así fuera existiría sumisión a una u a otra fórmula de resolución de conflicto, **pero no ambas conjuntamente dado que estas dos formas no son complementarias sino, muy al contrario, excluyentes**”. (énfasis añadido)

VII. Conclusión

La autonomía de la voluntad de las partes es uno de los elementos vertebrales del procedimiento arbitral. El arbitraje permite a las partes un amplio margen de disponibilidad de sus derechos del que podrán beneficiarse a lo largo del procedimiento.

Cuando dicha voluntad no se plasme de forma clara e inequívoca en la cláusula arbitral, se atenúan de forma considerable las ventajas del arbitraje, creando para las partes una inseguridad jurídica completamente innecesaria.

Tal y como hemos podido ver, existen mecanismos de interpretación que permitirán defender ante los tribunales arbitrales, como ante los órganos judiciales nacionales, la validez de las cláusulas patológicas. Sin embargo, la interpretación presenta de forma inherente una subjetividad que permitirá que la cláusula arbitral pueda ser impugnada de forma repetida por la parte que quiera dilatar el procedimiento o impugnar un laudo desfavorable.

Por ello, es necesario concluir el presente análisis recordando que es esencial ser minuciosos en el momento de la redacción de la cláusula de resolución de disputas, evitando cualquier sombra de incertidumbre en la voluntad de las partes a someterse a arbitraje.