

## LA CLÁUSULA ARBITRAL PATOLÓGICA: SU TRATAMIENTO POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES Y DERECHO COMPARADO

El arbitraje es una alternativa a la vía judicial para la resolución de conflictos. Como práctica generalizada, la sumisión a arbitraje se incluye en el contrato principal, por el que los contratantes se obligan a acudir al arbitraje en el caso en que surgiera cualquier disputa con respecto a la relación jurídica que vincula a las partes.

Antes de adentrarnos en la cláusula arbitral patológica, debemos tener en cuenta que las cláusulas arbitrales contenidas en un contrato se rigen por el principio de separabilidad. Este principio implica que *“la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal”* (FJ 6º, AAP Logroño, nº 121/2021, 2 de julio, ECLI: ES:APLO:2021:460A), de tal forma que la invalidez del contrato en el que se contiene la cláusula arbitral, no conlleva la invalidez de la misma.

En el presente artículo abordaremos la problemática que surge cuando la cláusula arbitral es patológica, es decir, cuando la cláusula arbitral carece de elementos susceptibles de impedir el normal desarrollo del procedimiento arbitral. Existe una gran variabilidad de supuestos en los que la cláusula arbitral pueda ser patológica, tales como la falta de determinación de si el tribunal debe ser ad hoc o institucional, si el arbitraje debe ser en derecho o equidad, el idioma del arbitraje, el número de árbitros, la forma de elección de estos, u otros elementos referidos a aspectos procedimentales.

La cuestión que debe plantearse es si una cláusula arbitral patológica es válida, y por lo tanto produce efectos, o si por el contrario, es inválida, anulando la voluntad de las partes a someterse a arbitraje. La respuesta a esta pregunta es que la cláusula arbitral patológica es, válida.

Para proceder con la explicación imaginemos que, en un contrato de compraventa, las partes se someten a arbitraje, y en el contrato de compraventa se incluye la siguiente cláusula: *“Cualquier disputa o controversia que pueda surgir con respecto al presente contrato quedará sometida a arbitraje en Barcelona”*.

Esta cláusula sería patológica en tanto que no especifica entre otros: si el tribunal de arbitraje debe ser ad hoc o institucional; el idioma del arbitraje; no se determina el número de árbitros, ni la forma de elección, ni otros aspectos procedimentales.

### BARCELONA

Balmes, 209, planta 2  
08006 - Barcelona  
+34 93 218 40 00

### MADRID

A. Bosch 5, bajo D.  
28014 - Madrid  
+34 91 037 84 81

[www.gimenez-salinas.es](http://www.gimenez-salinas.es)

[info@gimenez-salinas.es](mailto:info@gimenez-salinas.es)



**GBL**  
Alliance  
Opening the World  
for your business

También sería patológica aquella cláusula que designa como tribunal arbitral uno inexistente, así, determina la jurisprudencia que la *“confusión, falta de concreción sobre el órgano arbitral al que someter la controversia, o la presunta oscuridad de la cláusula litigiosa no son tales, de modo que su validez y eficacia no puede ponerse en entredicho”* (FJ 3º, AAP Salamanca nº 31/2019, de 12 de marzo, ECLI:ES:APSA:2019:95A).

Para determinar si una cláusula arbitral patológica es aplicable y por lo tanto cabe la sumisión a arbitraje, debemos determinar antes si los elementos que faltan en la cláusula son esenciales como para determinar la nulidad de la cláusula o si por el contrario se trata de elementos subsanables, y cuya subsanación permitiría la aplicación de la cláusula arbitral, y someter la cuestión a arbitraje.

Los elementos esenciales que debe contener la cláusula de arbitraje los encontramos no solo en la Ley de Arbitraje (“LA”). Según el artículo 9 de la LA que regula la forma y el contenido del convenio verbal, establece que:

*“1. El 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.*

*(...)*

*3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo”.*

Por tanto, según la Ley son elementos esenciales: la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias que surjan de un contrato, que el arbitraje esté referido a una determinada relación jurídica y además que la voluntad de someterse a arbitraje, es decir, el convenio arbitral, conste por escrito.

De tal forma que la cláusula arbitral patológica será válida cuando al menos contenga los siguientes elementos:

- La cláusula arbitral conste por escrito
- Exista voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje. Se entiende por parte de la jurisprudencia que existe voluntad inequívoca, *“desde en 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 lo que habrán de respetar el sometimiento convencional de las partes a este método de*

#### BARCELONA

Balmes, 209, planta 2

08006 - Barcelona

+34 93 218 40 00

#### MADRID

A. Bosch 5, bajo D.

28014 - Madrid

+34 91 037 84 81

[www.gimenez-salinas.es](http://www.gimenez-salinas.es)

[info@gimenez-salinas.es](mailto:info@gimenez-salinas.es)



**GBL**  
Alliance  
Opening the World  
for your business

*resolución de conflictos”* (FJ 4º, AAP Logroño, nº 121/2021, 2 de julio, ECLI: ES:APLO:2021:460A).

- La cláusula de arbitraje debe estar referida a una relación jurídica determinada, y que además dicha relación jurídica pueda someterse a arbitraje, y no se trate de materias no disponibles, tal y como indica el artículo 2.1 de la LA.

La falta de alguno de estos elementos conllevaría la nulidad de la cláusula arbitral, y por lo tanto, la controversia que hubiera surgido entre las partes no podrá someterse a arbitraje, debiendo, entonces acudir a la vía judicial.

Por otro lado, el resto de los elementos que puedan incluirse en la cláusula arbitral, son elementos no esenciales, que, a pesar de impedir el normal desarrollo del arbitraje, no impiden que la disputa pueda someterse a arbitraje. Como elementos no esenciales, podemos poner como ejemplos, el procedimiento de selección de los árbitros o la falta de concreción del órgano arbitral o del lugar del arbitraje, el idioma, el número de árbitros, etc.

Tal y como ha establecido la jurisprudencia entre *“los elementos esenciales de la voluntad del convenio arbitral entre los cuales no se encuentran ni la forma de designar a los árbitros ni el carácter institucional o no del arbitraje, reforzando así el criterio antiformalista y consagrando, tal y como se expresa en el apartado 3º de su Preámbulo, el principio de conservación del acuerdo arbitral cuya validez se presupone siempre que sea posible (favor arbitri)”* (FJ 1º, STSJ Castilla y León nº 3/2011, 24 de noviembre, ECLI:ES:TSJCL:2011:5755)

El principio *favor arbitralis*, implica que una cláusula patológica debe interpretarse a favor de la aplicación del procedimiento arbitral, superando las deficiencias que tenga la cláusula en cuanto a redacción o contenido. Prevé la jurisprudencia que el hecho de *“no restringir la aplicación del arbitraje ante los supuestos de deficiencias o patologías que pueden ser superables, es la esencia del favor arbitralis, pues estas no afectan a los elementos esenciales que ratifican la voluntad de las partes de someterse al arbitraje”* (FJ 4º, AAP Logroño, nº 121/2021, 2 de julio, ECLI: ES:APLO:2021:460A).

Ante la falta de elementos no esenciales, los tribunales tienden a favorecer el arbitraje. Ahora bien, una vez que se decide que la controversia está efectivamente sometida a arbitraje; ante la falta de especificación de elementos no esenciales, debemos plantear la cuestión de quién determina los elementos no esenciales para que el arbitraje pueda desarrollarse.

#### BARCELONA

Balmes, 209, planta 2  
08006 - Barcelona  
+34 93 218 40 00

#### MADRID

A. Bosch 5, bajo D.  
28014 - Madrid  
+34 91 037 84 81

[www.gimenez-salinas.es](http://www.gimenez-salinas.es)

[info@gimenez-salinas.es](mailto:info@gimenez-salinas.es)



**GBL**  
Alliance  
Opening the World  
for your business

La primera posibilidad, es que las partes, al reconocer la existencia de la voluntad de someterse a arbitraje, sean ellas mismas las que de mutuo acuerdo determinen los elementos que sean necesarios para poder desarrollar el arbitraje. Sin embargo, si las partes no se ponen de acuerdo, cabe acudir a otras vías para determinar estos elementos.

Otra de las posibilidades que existen, es acudir a lo establecido en el artículo 15.3 de la LA que prevé que *“Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello”*. Este artículo prevé por lo tanto *“que, acreditada la existencia del convenio arbitral, resulta necesaria la actuación judicial para suplir la voluntad de las partes, esta habrá de interpretarse con arreglo al principio de conservación del negocio jurídico arbitral (...)”* (FJ 4º, STSJ Castilla y León nº 3/2011, 24 de noviembre).

No obstante, puede considerarse que acudir a los tribunales para que sean estos los que designen a los árbitros, conlleve más tiempo del esperado. Ante esta situación debemos considerar lo establecido en el artículo 22 LA que prevé que *“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”*. Por lo tanto, sería factible que se interpusiera la demanda directamente ante el órgano arbitral que se considere competente.

El artículo 22 de la LA refleja el principio de Kompetenz-kompetenz, por el que se reconoce a los árbitros la facultad de examinar y decidir sobre su propia competencia, y además la jurisprudencia ha determinado que *“conforme al artículo 22 LA, no solo abarca la competencia para el conocimiento del conflicto, sino también todas aquellas cuestiones que se refieran y guarden conexión con la existencia o validez del convenio arbitral”* (FJ 2º, STSJ Cataluña nº 26/2019, 25 de marzo, ECLI:ES:TSJCAT:2019:4073).

El principio de Kompetenz-Kompetenz, debemos ponerlo en relación con la competencia de los tribunales a examinar la cláusula arbitral, en el caso en que se interpusiera una demanda en vía judicial para resolver una controversia que debería someterse a arbitraje, y se planteara la declinatoria, atendiendo al principio Kompetenz-Kompetenz el enjuiciamiento realizado por el juez *“debería limitarse a realizar un análisis superficial, que comprobara 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”* (FJ 3º, STS 409/2017, 27 de junio, ECLI:ES:TS:2017:2500).

## BARCELONA

Balmes, 209, planta 2  
08006 - Barcelona  
+34 93 218 40 00

## MADRID

A. Bosch 5, bajo D.  
28014 - Madrid  
+34 91 037 84 81

[www.gimenez-salinas.es](http://www.gimenez-salinas.es)

[info@gimenez-salinas.es](mailto:info@gimenez-salinas.es)



**GBL**  
**Alliance**  
Opening the World  
for your business

Debemos, no obstante decir que la aplicación del principio de Kompetenz-Kompetenz no es una cuestión del todo pacífica en la jurisprudencia. Tal y como hemos dicho, por este principio se reconoce que los propios árbitros, conozcan de su propia competencia, así como también determinar la existencia o validez de la cláusula, excluyendo la intervención judicial para determinar la validez de la cláusula. A pesar de ello, parte de la jurisprudencia, entiende que si se acude a la vía judicial cuando una de las partes se desvincule de la voluntad de someterse a arbitraje e interponga directamente la demanda ante un órgano jurisdiccional, y la otra parte planteara la declinatoria por entender que la controversia debe resolverse por la vía arbitral, consideran que dicho órgano jurisdiccional, no solo debe comprobar la existencia de la cláusula arbitral, sino que también debe *“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”* (FJ 3º, STS 409/2017, 27 de junio, ECLI:ES:TS:2017:2500).

Como se ve, las lagunas que pueda dejar una cláusula patológica crea problemas en el desarrollo del proceso arbitral, es por ello que en los casos en que las partes decidan incluir una cláusula arbitral a su contrato, es recomendable, o bien que detallen todos los aspectos para el procedimiento arbitral, o bien utilizar las cláusulas tipo publicadas por los tribunales arbitrales, a fin de evitar más disputas entre las partes.

Como reflexión final de este artículo debemos hacer una breve mención al tratamiento que reciben las cláusulas arbitrales patológicas en otras jurisdicciones, dada la importancia que tiene el arbitraje en contratos internacionales.

Desde una perspectiva general, las jurisdicciones de distintos territorios, como el Reino Unido, Estados Unidos, India, o Singapur creen que si las partes incluyen una mención al arbitraje en el contrato que les vincula, debe entenderse que existe voluntad de las partes de someterse a arbitraje y que por lo tanto la resolución de la disputa en cuestión tiene que sea sometida a arbitraje. Veamos dos ejemplos.

La Sentencia de la *Queen’s Bench Division* del Reino Unido, en el asunto *Mangistaumunaigaz Oil Production Association v United World Trade Inc*, las partes habían incluido en su contrato la siguiente cláusula: *“Arbitration, if any, by ICC rules in London”*. Esta cláusula omitía el objeto del arbitraje, al no incluir la palabra *“dispute”* y que, por lo tanto, el tribunal estableció que debía entenderse que la expresión *“if any”* incluye *“dispute arises”*.

#### BARCELONA

Balmes, 209, planta 2  
08006 - Barcelona  
+34 93 218 40 00

#### MADRID

A. Bosch 5, bajo D.  
28014 - Madrid  
+34 91 037 84 81

[www.gimenez-salinas.es](http://www.gimenez-salinas.es)

[info@gimenez-salinas.es](mailto:info@gimenez-salinas.es)



**GBL**  
Alliance  
Opening the World  
for your business

Por otro lado, la corte de Apelación de Singapur, estableció en el caso *Insigma v Alstom* que: *“cuando las partes han evidenciado la clara intención de resolver cualquier disputa a través del arbitraje, entonces el tribunal debería dar efecto a esa intención, incluso si ciertos aspectos del acuerdo son ambiguos, inconsistentes, incompletos o carecen de determinados aspectos... siempre y cuando el arbitraje puede desarrollarse solo si el arbitraje puede desarrollarse sin perjudicar los derechos de alguna de las partes y solo si dando efecto a esa intención no se da lugar a un arbitraje que no contemplado por las partes”*.

Vemos, por lo tanto, que las decisiones de tribunales extranjeros no distan demasiado de la interpretación realizada por los tribunales españoles, favoreciendo que las controversias se resuelvan a través del arbitraje cuando las partes así lo han querido.

#### BARCELONA

Balmes, 209, planta 2

08006 - Barcelona

+34 93 218 40 00

#### MADRID

A. Bosch 5, bajo D.

28014 - Madrid

+34 91 037 84 81

[www.gimenez-salinas.es](http://www.gimenez-salinas.es)

[info@gimenez-salinas.es](mailto:info@gimenez-salinas.es)



**GBL**  
Alliance  
Opening the World  
for your business