

EL CONVENIO ARBITRAL

Volumen 62 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

El convenio arbitral

Jorge Luis Collantes González
(Coordinador)

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ



Universidad Católica
San Pablo



ASOCIACION
IBEROAMERICANA
DE DERECHO
PRIVADO

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

EL CONVENIO ARBITRAL

- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Av. Canaval y Moreyra 751, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

- © ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
<http://www.aiddp.com/>

Primera edición, enero 2019

Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Henry Revett n.º 220, Santiago de Surco, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2019-00563

ISBN: 978-612-4400-10-0

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Página
Nota del editor	11
1. El acuerdo arbitral, un clásico en perspectiva contemporánea (a propósito de los contratos internacionales) <i>Jorge Luis Collantes González</i>	13
2. Arbitraje institucional: la importancia de la cláusula modelo <i>Adriana Aravena-Jokelainen</i>	25
3. El convenio arbitral y sus requisitos insalvables: capacidad de las partes, materia arbitrable y otras cuestiones que inciden en su validez formal <i>María Arias</i>	53
4. La cláusula arbitral en los contratos públicos en el derecho español: apertura, limitaciones y realidades <i>Covadonga Ballesteros Panizo</i>	75
5. La ley aplicable al convenio arbitral en arbitraje comercial internacional <i>María Beatriz Burghetto</i> <i>Ana Gerdau de Borja Mercereau</i>	101
6. El convenio arbitral en el protocolo familiar. A propósito de recientes desarrollos en el derecho mercantil <i>Tatiana Cucurull</i>	141

7. El convenio arbitral en España: últimas tendencias jurisprudenciales
Juan Pablo Correa Delcasso 165
8. La cláusula arbitral en el contexto de las (ya no tan) nuevas tecnologías
Cristina García-Margallo Gomendio
Cristina de Ulloa Solís-Beaumont 183
9. El control judicial de la validez del convenio arbitral
Marta Gisbert Pomata 215
10. El convenio arbitral inserto en los estatutos de sociedades mercantiles: ¿es verdaderamente polémico? *Arbitration agreement included in the articles of association: is it controversial?*
Fernando Lanzon Martínez 259
11. Cláusulas arbitrales patológicas: concepto y clases *Pathological arbitration clauses: definition and types*
Antonia Magdaleno 297
12. El convenio arbitral desde la perspectiva del derecho internacional privado
Lidia Moreno Blesa 327
13. Consecuencias jurídicas por violación del convenio arbitral: el daño y su reparación
Alberto Muñoz Fernández 369
14. La extensión del convenio arbitral a terceros no firmantes
Jesús Pérez de la Cruz Oña
Seguimundo Navarro Jiménez
Luis Bravo Abolafia 405

15. ¿Pueden las partes someterse a arbitraje antes incluso de suscribir un contrato?: El convenio arbitral contenido en un borrador de contrato

Elena Sevilla Sánchez

431

NOTA DEL EDITOR

En el año 2015, conversando con mi amigo y compatriota Jorge Luis Collantes González sobre los proyectos de la Biblioteca de Arbitraje, estimamos de gran interés el llevar adelante una obra colectiva escrita por profesionales de primera línea en arbitraje, la misma que versara sobre el convenio arbitral.

En este sentido, Jorge Luis procedió a convocar a dieciocho abogados expertos en la materia, quienes escribieron, ya sea de manera individual o en coautoría, los catorce trabajos que componen esta obra. Ellos son Adriana Aravena-Jokelainen, María Arias, Covadonga Ballesteros Panizo, María Beatriz Burghetto, Ana Gerdau de Borja Mercereau, Tatiana Cucurull, Juan Pablo Correa Delcasso, Cristina García-Margallo Gomendio, Cristina de Ulloa Solís-Beaumont, Marta Gisbert Pomata, Fernando Lanzon Martínez, Antonia Magdaleno, Lidia Moreno Blesa, Alberto Muñoz Fernández, Jesús Pérez de la Cruz Oña, Seguí mundo Navarro Jiménez, Luis Bravo Abolafia, Elena Sevilla Sánchez.

No cabe duda de que el convenio arbitral constituye la piedra angular del arbitraje y representa una materia sobre la cual se ha escrito y se sigue escribiendo mucho, en razón de todas las aristas que presenta el referido tema.

No es objeto de estas palabras el ingresar al análisis del fondo de la materia, pues para eso están los magníficos trabajos a que he hecho referencia.

Sólo quiero agradecer, en primer lugar, a los especialistas que han tenido la gentileza de dedicar parte de su muy valioso tiempo a escribir sobre el convenio arbitral.

Los trabajos que nos han remitido y que hoy publicamos son de gran factura y representan un aporte muy valioso para el estudio del particular.

En segundo término, quiero agradecer a Jorge Luis Collantes González por su permanente apoyo a la Biblioteca de Arbitraje.

Son diversas las obras de nuestra colección que han sido dirigidas por él y muchos los profesores, abogados y árbitros que han escrito en la Biblioteca de Arbitraje, gracias a su siempre oportuna iniciativa y generosa convocatoria.

Lima, octubre del 2018

Mario Castillo Freyre*

* Abogado, magíster y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del estudio que lleva su nombre; miembro de número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones Biblioteca de Arbitraje y Biblioteca de Derecho de su estudio. Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.estudio@castillofreyre.com.

ARBITRAJE INSTITUCIONAL: LA IMPORTANCIA DE LA CLÁUSULA MODELO

Adriana Aravena-Jokelainen * ** ***

Sumario: 1. Introducción.— 2. Definición, contenido y efectos de la cláusula modelo.— 3. Errores comunes en la redacción del convenio arbitral.— 4. Recomendaciones para el uso de la cláusula modelo.— 5. La importancia de la cláusula modelo.— 6. Conclusión.

Resumen: En este estudio, se analiza la importancia de la cláusula modelo en el arbitraje comercial internacional institucional a partir de su contenido y efectos, los errores comunes en la redacción de la cláusula arbitral, así como las recomendaciones para el uso de la cláusula modelo a fin de redactar una cláusula arbitral

* Abogado. Universidad de Concepción, Chile. Administradora de Casos del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia (FAI).

** Las opiniones expresadas por la autora en el presente artículo no pretenden reflejar de manera alguna la posición del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia (FAI) ni la de su Secretaría. La autora agradece al árbitro independiente José Rosell sus valiosos comentarios y sugerencias.

*** El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia (FAI) es la institución de arbitraje más importante de este país. Fundada en 1911 en Helsinki, es una de las instituciones de arbitraje más antiguas del mundo. Tiene a su cargo la administración de casos de arbitraje comercial domésticos e internacionales. Para más información, visítase su sitio en internet www.arbitration.fi. Véase también SAVOLA, Mika. *Guide to the Finnish Arbitration Rules*. Helsinki: Helsingin Kamari Oy, 2015, libro escrito en idiomas inglés y finés con información detallada acerca de esta institución y el arbitraje conducido conforme a sus reglamentos actualizados en 2013. Los reglamentos y las cláusulas modelo de esta institución se encuentran disponibles en su sitio en internet en diversos idiomas, incluido el español.

efectiva. El estudio, asimismo, destaca la cuota de responsabilidad que cabe a los usuarios del arbitraje comercial internacional para el buen funcionamiento de este medio de resolución de conflictos desde el momento de redactar el convenio arbitral.

Abstract: In this study, the author analyses the importance of the model clause in institutional international commercial arbitration based on its content and effects, common mistakes in drafting the arbitration clause, and recommendations on how to use the model clause to draft an effective arbitration clause. The study also emphasizes the responsibility borne by international commercial arbitration users for the proper functioning of institutional arbitration from the moment of drafting the arbitration clause.

Palabras clave: Arbitraje institucional, instituciones de arbitraje, cláusula modelo, cláusula arbitral, convenio arbitral, cláusulas patológicas, autonomía de las partes, cláusulas escalonadas.

Key words: Institutional arbitration, arbitration institutions, model clause, arbitration clause, arbitration agreement, pathological clauses, party autonomy, multi-tiered clauses.

1. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, el arbitraje es reconocido ampliamente como el medio de resolución de conflictos más usado en el área de los negocios y el comercio mundial.¹

¹ Los estudios realizados por la Escuela de Arbitraje Internacional de la Universidad Queen Mary de Londres (QMUL) con el apoyo financiero de White & Case, PriceWaterhouseCoopers y Pinsent Masons confirman la popularidad del arbitraje como medio de resolución de conflictos a nivel internacional. Estos estudios, disponibles en idioma inglés en el sitio de internet <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2016/index.html> (fecha de acceso: 3 de diciembre de 2017), son los siguientes: 2016 *International Dispute Resolution Survey: An insight into resolving Technology, Media and Telecoms Disputes*, 2015 *International Arbitration Survey: Impro-*

Ello se debe a varios factores, entre los cuales destacan el desarrollo a nivel mundial de legislación moderna favorable al arbitraje comercial, así como una tendencia general a favor de este medio de resolución de conflictos en las cortes estatales de muchas jurisdicciones, y el reconocimiento por parte de los usuarios de las ventajas del arbitraje.²

El arbitraje institucional —es decir, administrado por una institución de arbitraje— representa una buena parte del arbitraje comercial internacional y es preferido por sobre el arbitraje *ad-hoc* o no institucional.³ Las estadísticas publicadas periódicamente por las diferentes

vements and Innovations in International Arbitration, 2013 Corporate Choices in International Arbitration: Industry perspectives, 2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process, 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, 2008 International Arbitration Study - Corporate Attitudes and Practices: Recognition and Enforcement of Foreign Awards y 2006 International Arbitration Study: Corporate Attitudes and Practices.

² Véase, por ejemplo, BORN, Gary y Wendy MILES. *Global Trends in International Arbitration*, artículo en inglés sobre las tendencias globales en materia de arbitraje internacional disponible en http://www.wilmerhale.com/uploadedFiles/WilmerHale_Shared_Content/Files/Editorial/Publication/GlobalTrends_InternationalArbitration.pdf (fecha de acceso: 3 de diciembre de 2017).

En Latinoamérica, también se aprecia una evolución favorable del arbitraje. Así lo manifiesta FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. «La evolución del arbitraje en América Latina: de la supuesta hostilidad a la evidente aceptación». En *AA. VV. Arbitraje comercial internacional. Reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros*, publicación del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos (OEA), 2015, pp. 345-380, disponible en el sitio de internet http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_reconocimiento_y_ejecucion_de_sentencias_y_laudos_arbitrales_extranjeros_2015.pdf (fecha de acceso: 3 de diciembre de 2017).

³ De acuerdo al estudio de la Universidad Queen Mary de Londres (QMUL) con el apoyo financiero de *PriceWaterhouseCoopers, International Arbitration Study - Corporate Attitudes and Practices: Recognition and Enforcement of Foreign Awards*, 2008, *Op. cit.*, pp. 4 y 15, las empresas prefieren el arbitraje institucional por sobre el arbitraje *ad-hoc*. Conforme al mismo estudio, un 86% de los laudos arbitrales dictados en los últimos diez años (contados desde la fecha del estudio) lo fue en arbitraje institucional, mientras que un 14% lo fue en arbitraje *ad-hoc*.

instituciones de arbitraje del mundo muestran una tendencia hacia el alza en sus volúmenes de casos.

Siendo el convenio arbitral el pilar fundamental del arbitraje, es de suma importancia que las partes tomen consciencia del rol que les incumbe en la redacción de una cláusula arbitral válida y susceptible de ejecución legal.

Acorde con esta importancia, tratándose del arbitraje institucional, las instituciones de arbitraje han elaborado cláusulas modelo para facilitar la redacción de los acuerdos de arbitraje.⁴

No obstante, en la práctica, se ha constatado su poco uso, lo cual se manifiesta en defectos de menor o mayor gravedad en las cláusulas arbitrales, que pueden hacer peligrar el buen funcionamiento del arbitraje como medio efectivo de resolución de conflictos.

Es en este contexto que se hace necesario destacar la importancia de la cláusula modelo para el buen funcionamiento del arbitraje comercial internacional institucional.

2. DEFINICIÓN, CONTENIDO Y EFECTOS DE LA CLÁUSULA MODELO

2.1. *Definición de la cláusula modelo*

En el arbitraje institucional, la cláusula modelo —también llamada cláusula tipo— es aquella elaborada y recomendada por una institución de arbitraje con el fin de que sea usada al momento de ser redactado el convenio arbitral por las partes que decidan resolver sus controversias

⁴ En el arbitraje *ad-hoc*, donde las partes deciden someter sus disputas a arbitraje, pero no a la administración de una institución de arbitraje, las partes, no obstante, pueden solicitar que una institución de arbitraje actúe como autoridad nominadora, para lo cual es necesario que así se la designe claramente en el convenio arbitral.

mediante arbitraje conducido con arreglo a un determinado reglamento de esa institución.⁵

Las instituciones de arbitraje cuentan con cláusulas modelo para cada uno de sus reglamentos. Asimismo, algunas cuentan con cláusulas modelo para diferentes tipos de disputas o contratos.

Especial mención merecen las cláusulas modelo de varios niveles (cláusulas escalonadas o de cascada) elaboradas teniendo en vista distintos métodos de resolución de controversias en forma escalonada antes de recurrir al arbitraje (por ejemplo, la negociación, la mediación, la conciliación, el peritaje, los *dispute boards*, entre otros).⁶

En muchos casos, las cláusulas modelo se encuentran disponibles en varios idiomas, teniendo en cuenta que los contratos internacionales son redactados en lenguas distintas.

Las cláusulas modelo se encuentran publicadas en los sitios de internet de las instituciones de arbitraje, en sus reglamentos y material de difusión.

Habida consideración de que las instituciones de arbitraje son instituciones vivas, que evolucionan en el tiempo, es muy común que sus reglamentos sean actualizados con cierta periodicidad. Al cambiar los reglamentos, también lo hacen las cláusulas modelo. En consecuencia, al momento de redactar el convenio arbitral, es recomendable visitar el sitio de internet de las instituciones de arbitraje, pues allí se encuentra

⁵ Definición elaborada por la autora para efectos de este estudio.

⁶ Las cláusulas escalonadas son muy usadas en proyectos complejos de larga duración, como lo son los proyectos de ingeniería y construcción. Véase a este respecto FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana. «Cláusulas escalonadas multifunción en el arreglo de controversias comerciales internacionales». *Cuadernos de derecho transnacional* (CDT), 2017, vol. 9, n.º 1, pp. 99-124, disponible en el sitio de internet <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/3615> (fecha de acceso: 10 de diciembre de 2017).

normalmente la información actualizada de la institución respectiva, incluyendo sus reglamentos y cláusulas modelo.

2.2. Contenido de la cláusula modelo

En el arbitraje institucional, las cláusulas modelo usan un lenguaje similar. Son, usualmente, concisas y contienen lo que se puede considerar como los elementos esenciales de un convenio arbitral efectivo:⁷

- a) La intención clara de las partes de resolver sus controversias mediante arbitraje,⁸
- b) La indicación del reglamento de una institución de arbitraje conforme al cual será conducido el arbitraje,
- c) El ámbito de aplicación de la cláusula —es decir, las controversias sometidas a arbitraje— claramente definido,
- d) La indicación de que el arbitraje resolverá la controversia entre las partes en forma definitiva y obligatoria para las partes, y
- e) Su constancia por escrito.⁹

A los elementos anteriores se sugiere agregar otros elementos, cuya falta de inclusión no afectará la validez o eficacia de la cláusula, pues los reglamentos de las instituciones de arbitraje contienen disposiciones supletorias a su respecto.¹⁰

⁷ CORDERO ARCE, Gonzalo. «Cláusulas arbitrales en contratos internacionales. Aspectos prácticos». *Revista Chilena de Derecho*, 2007, vol. 34, n.º 1, pp. 91-105.

⁸ Tratándose de la cláusula modelo escalonada, ésta apunta a la claridad entre las diversas etapas y a señalar claramente cuándo la controversia puede ser sometida a arbitraje.

⁹ Esta exigencia depende de la legislación aplicable al convenio arbitral. Hay legislaciones en que no se exige que conste por escrito.

¹⁰ CORDERO ARCE, Gonzalo. *Op. cit.*

Estos elementos recomendados son:

- a. El número de árbitros,
- b. La sede del arbitraje, y
- c. El idioma del arbitraje.

Algunas instituciones de arbitraje sugieren agregar también el derecho aplicable al fondo de la controversia, en el caso de que no esté determinado en otra cláusula del contrato.

A modo de ejemplo, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia (FAI) cuenta con una cláusula modelo para arbitrajes de duración normal —esto es, para arbitrajes no acelerados—¹¹ que reza como sigue:

Toda disputa, controversia o reclamación que derive del presente contrato o guarde relación con él, o el incumplimiento, terminación o validez del mismo, será resuelta definitivamente mediante arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia.

Puesto que el reglamento en vigencia contiene disposiciones relativas al árbitro de emergencia, esta institución también ha puesto a disposición de los usuarios una cláusula modelo en caso de que éstos deseen excluir la aplicación de estas disposiciones. La cláusula modelo sin árbitro de emergencia reza como sigue:

¹¹ En los arbitrajes de duración normal conducidos conforme al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia (FAI), el laudo arbitral debe dictarse en nueve meses contados desde que el expediente del caso es recibido por el tribunal arbitral. Esta institución cuenta, asimismo, con cláusulas modelo para arbitrajes acelerados, en los cuales, conforme al Reglamento para Arbitraje Acelerado de la Cámara de Comercio de Finlandia, el laudo debe dictarse en el plazo de tres meses contados desde que el expediente del caso es recibido por el tribunal arbitral.

Toda disputa, controversia o reclamación que derive del presente contrato o guarde relación con él, o el incumplimiento, terminación o validez del mismo, será resuelta definitivamente mediante arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia. Las disposiciones sobre el árbitro de emergencia no serán aplicables.

La cláusula modelo contiene luego una nota, indicando que las partes pueden agregar el número de árbitros, la sede del arbitraje y el idioma del arbitraje, como sigue:

Nota: Las partes pueden también agregar lo siguiente:

- a) El número de árbitros debe ser [uno/tres].
- b) La sede del arbitraje será [indicar la ciudad y país].
- c) El idioma del arbitraje debe ser [indicar el idioma].

Fuera de lo anterior, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia (FAI) cuenta con una cláusula modelo de dos niveles, la cual combina la mediación conducida conforme a su Reglamento de Mediación con el arbitraje conducido conforme a su Reglamento de Arbitraje. Esta cláusula modelo, que acompaña al Reglamento de Mediación, se encuentra en el sitio de internet de esta institución bajo la pestaña de mediación.

2.3. Efectos de la cláusula modelo

El uso de la cláusula modelo hace posible la redacción de una cláusula arbitral clara, sin ambigüedades y que cumple con los requisitos básicos para su efectividad.

Más allá de ello, es necesario enfatizar que, pese al lenguaje similar contenido en las cláusulas modelo de las diversas instituciones de arbitraje, existen diferencias entre estas instituciones, por lo cual los efectos en el arbitraje van a ser distintos, dependiendo de la cláusula modelo elegida.

La institución de arbitraje y el reglamento elegidos tienen un impacto directo en el arbitraje, afectando aspectos tan variados como, por ejemplo, el procedimiento, el tipo de árbitros y la sede del arbitraje que, posiblemente, elija la institución, salvo acuerdo distinto de las partes.¹²

Si bien ha existido una tendencia hacia la armonización en los reglamentos de arbitraje de las diversas instituciones en años recientes —reflejo del esfuerzo de muchas de ellas por alcanzar los más altos estándares internacionales actualmente vigentes—, siguen existiendo diferencias,¹³ pues cada institución de arbitraje busca diferenciarse del resto en lo que ha sido observado como una competencia entre instituciones de arbitraje por mejorar o mantener su posición en el mundo del arbitraje internacional.¹⁴ Otras diferencias se encuentran ancladas en tradiciones culturales y legales diferentes.¹⁵ Se suma a lo anterior una tendencia hacia la proliferación de instituciones a nivel mundial.¹⁶

Hay quienes señalan que la variedad de instituciones —cada una de las cuales cuenta normalmente con más de un reglamento— ofrece una gama de opciones apreciada por quienes ven en ello la posibilidad

¹² BORN, Gary B. *International Arbitration and Forum Selection Agreements. Drafting and Enforcing*. La Haya: Wolters Kluwer, 2010, 3rd edition, p. 58.

¹³ Las instituciones de arbitraje difieren entre sí en muchos aspectos. Por nombrar algunos: áreas de especialización, antigüedad, trayectoria y experiencia, reconocimiento internacional, reputación, servicios prestados, reglamentos, prácticas, sistema de elección de árbitros, etc. Estas diferencias deben ser tomadas en cuenta al momento de elegir una determinada institución para asumir la administración del arbitraje.

¹⁴ KARTON, Joshua. *The Culture of International Arbitration and the Evolution of Contract Law*. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 64-67.

¹⁵ Véase KARTON, Joshua, *Op. cit.*, quien propone en esta obra una teoría de la cultura del arbitraje internacional.

¹⁶ WARWAS, Barbara Alicja. «*The Liability of Arbitral Institutions: Legitimacy Challenges and Functional Responses*». Springer, 2016, pp. 100-106, sobre la interacción entre proliferación y competencia entre instituciones de arbitraje.

de elegir la institución de arbitraje y el reglamento más adecuados a las particularidades del contrato o disputa.¹⁷

Sin perjuicio de lo anterior, la gran variedad de instituciones existentes no hace fácil la tarea de conocerlas y compararlas.

La información relevante actualizada se encuentra primeramente en el sitio de internet de la institución. Además, se han escrito artículos y existe alguna literatura jurídica en que se comparan algunas instituciones de arbitraje y sus reglamentos.¹⁸

Además de lo ya señalado, desde hace un tiempo, los usuarios del arbitraje han manifestado sus aspiraciones a una mayor transparencia de parte de las instituciones,¹⁹ lo cual, naturalmente, les permitiría tomar decisiones más informadas. Esta demanda ha tenido eco en las instituciones de arbitraje, las que paulatinamente han comenzado a publicar más información acerca de sus actividades, decisiones y los casos a su

¹⁷ KARTON, Joshua. *Op. cit.*, p. 67.

¹⁸ Por ejemplo, GOLA, Pascale, Claudia GÖTZ STAEHELIN, Karin GRAF (eds.). *Institutional Arbitration Tasks and Powers of Different Arbitration Institutions*, *Schulthess Juristische Medien AG*, 2009. Otro estudio comparativo se contiene en HABEGGER, Philipp, Daniel HOCHSTRASSER, Gabrielle NATER-BASS. *Arbitral Institutions Under Scrutiny: ASA Special Series*, 2013, n.º 40. También hay una comparación en BORN, Gary B. *Op. cit.*, pp. 46-58.

¹⁹ Así lo refleja el estudio de la Universidad Queen Mary de Londres (QMUL) con el apoyo financiero de *White & Case, International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, 2015, *Op. cit.* El estudio se realizó sobre la base de una encuesta en que participaron abogados internos de empresas, abogados de despachos, árbitros, académicos, peritos, personal de instituciones de arbitraje y terceros financiadores. Los encuestados manifestaron su descontento con el estado actual de la transparencia en materia de arbitraje, expresando su deseo de que las instituciones de arbitraje fueran más transparentes en ciertos aspectos relacionados con los casos que administran, a saber, en cuanto a los criterios usados en el nombramiento de árbitros y recusaciones de árbitros, en cuanto a la eficiencia de las instituciones de arbitraje (duración promedio de los casos) y el rendimiento de los árbitros.

cargo dentro de los límites de la confidencialidad propios de este medio de resolución de conflictos.²⁰

A la hora de elegir una institución de arbitraje, un criterio habitual es la familiaridad, esto es, optar por lo conocido. A este criterio ha hecho referencia un autor, quien lo ha ilustrado diciendo que algunas partes optan por una institución de arbitraje conocida, muchas veces local, a la cual perciben como más accesible, menos onerosa y cuyo reglamento y procedimientos les son familiares.²¹

Por otra parte, conforme a un estudio realizado en 2010, los criterios más usados por las corporaciones líderes a nivel mundial son los siguientes: 1) neutralidad e internacionalismo, 2) reputación y reconocimiento internacional, 3) reglamentos, 4) ley aplicable al fondo de la controversia, 5) experiencia, 6) coste total del arbitraje, 7) presencia glo-

²⁰ Algunas manifestaciones de esta transparencia institucional son, por ejemplo, las estadísticas publicadas en los sitios de internet de las instituciones, la publicación de compendios de decisiones sobre recusación de árbitros por parte de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (en adelante, LCIA) y la comunicación de las razones de algunas decisiones administrativas por parte de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI). Por su parte, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia (FAI), sujetándose al artículo 49.4 de su Reglamento de Arbitraje, publica en su sitio de internet, salvo acuerdo en contrario de las partes, comentarios sobre laudos, órdenes y decisiones de tribunales arbitrales, cuidando de borrar todas las referencias a los nombres de las partes y otros detalles de identificación. Por otra parte, el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) ha hecho pública su política de nombramiento de árbitros, la que se encuentra disponible en el sitio de internet <http://www.sccinstitute.com/media/220131/scc-policy-appointment-of-arbitrators-2017.pdf> (fecha de acceso: 13 de diciembre de 2017).

²¹ TRAKMAN, Leon E. «*Arbitration Options: Turning a Morass into a Panacea*». *University of New South Wales Law Journal*, 2008, vol. 31(1), pp. 299-302. De acuerdo con el criterio de familiaridad, el autor señala, por ejemplo, que partes de nacionalidad estadounidense preferirían elegir a la AAA, en tanto que partes de nacionalidad china se inclinarían por Cietac.

bal/capacidad para administrar arbitrajes a nivel mundial, entre otros criterios usados.²²

3. ERRORES COMUNES EN LA REDACCIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

La observación común en materia de arbitraje comercial es que el convenio arbitral es redactado sin que se le preste la debida atención, estudio y consideración, lo que trae como consecuencia el nacimiento de cláusulas patológicas.²³

²² Estudio de la Universidad Queen Mary de Londres (QMUL) con el apoyo financiero de *White & Case, International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, 2010, *Op. cit.*, pp. 21-22. El estudio fue realizado en base a una encuesta a abogados de empresas líderes a nivel mundial. A los factores arriba indicados, les siguen los siguientes: especialización en cierto tipo de disputas, libre selección de los árbitros (no sujeta a una lista de la institución de arbitraje exclusiva), sede del arbitraje, alto nivel en la administración (incluyendo proactividad, infraestructura, calidad del personal), examen previo del laudo por parte de la institución de arbitraje, presencia regional/conocimiento, recomendación de abogado externo, política corporativa y términos y condiciones estándar, consejo y recomendaciones de otros, método de remuneración de los árbitros (coste por hora), institución elegida por la otra parte, método de remuneración de los árbitros (*ad valorem*), exigencia de pago anticipado a la institución de arbitraje, semejanza del reglamento al Reglamento de la Cnudmi, exigencia de pago a la institución de arbitraje al final del procedimiento.

²³ El término data de 1974 y es atribuido a Frédéric Eisemann, entonces Secretario General honorario de la CCI, quien lo habría usado refiriéndose a defectos en la cláusula arbitral que pudieran entorpecer la buena marcha del arbitraje. Véase EISEMANN, Frédéric. *La clause d'arbitrage pathologique, Commercial Arbitration - Essays in Memoriam Eugenio Minoli*. Torino: Unione Tipografico-editrice Torinese, 1974. Véase también definición de cláusulas (arbitrales) patológicas en el *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, pp. 352-358, conforme al cual, son los «[...] convenios arbitrales que, por su contenido, resultan o pueden resultar incoherentes, ambiguos o inaplicables. También se utiliza esta expresión para hacer referencia a convenios arbitrales que resultan en un arbitraje no idóneo para la correcta o eficiente resolución de la controversia entre las partes».

Así lo han notado las instituciones de arbitraje, cuya tarea al recibir una solicitud de arbitraje es justamente examinar la cláusula arbitral con el objeto de determinar su competencia para administrar el caso.

Importantes instituciones de arbitraje de Europa han indicado que, pese a la recomendación de usar las cláusulas modelo a la hora de redactar el convenio arbitral, se reciben muchas cláusulas con defectos, más de lo que los usuarios del arbitraje pudieran imaginar.²⁴

Por su parte, la experiencia del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia (FAI) es que la cláusula modelo se ve rara-

²⁴ Véase MCILWRATH, Michael. *The Gang of Four Rides Again: Pathological Clauses*, artículo publicado el 30 de julio de 2013 en el Kluwer Arbitration Blog, en <http://kluwerarbitrationblog.com/2013/07/30/the-gang-of-four-rides-again-pathological-clauses/> (fecha de acceso: 3 de diciembre de 2017), que recoge las observaciones de los representantes de cuatro de las principales instituciones de arbitraje de Europa —la Institución Alemana de Arbitraje (en adelante, DIS), la Cámara de Arbitraje de Milán (CAM), el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC) y el Centro de Arbitraje Internacional de Viena (VIAC)— en un seminario sobre cláusulas patológicas y cómo las instituciones de arbitraje las enfrentan. En este artículo se señala que «las cláusulas con problemas son más frecuentes que lo que los profesionales se dan cuenta» y que uno de los representantes indicó que «aproximadamente, un 70 a 80% de todas las cláusulas arbitrales son patológicas en alguna medida». Señala, además, el artículo que «solamente dos de las instituciones (Estocolmo y Milán) tienen reglamentos que expresamente los autorizan a realizar un análisis *prima facie* acerca de la validez de una cláusula arbitral. En cambio, Viena tiene solamente una disposición sobre jurisdicción en su artículo 9(6), y el reglamento de DIS no se pronuncia al respecto. No obstante, se indicó que los estudios realizados muestran que la ausencia de una disposición expresa no es de gran preocupación en Austria y Alemania, pues, el historial de decisiones de las cortes en esos países muestra que éstas concluyen que hay un acuerdo arbitral aún en los casos en que la intención de las partes es ambigua. Lo mismo se dijo de Estocolmo. En cambio, la disposición de Milán puede interpretarse como cubriendo una necesidad local. Italia ha modificado sólo recientemente sus normas de procedimiento civil para alentar a las cortes a reconocer la validez de convenios arbitrales mal redactados, lo que constituye un cambio que aún está por evaluarse a fondo». (Traducción libre de la autora del texto original en inglés al castellano).

mente usada y que efectivamente se reciben cláusulas con defectos o patologías de menor o mayor gravedad.

Entre las causas de estos defectos se han indicado los siguientes:

1. La ampliamente conocida práctica de relegar la redacción de la cláusula arbitral al último momento en las negociaciones de un contrato, lo que ha llevado a que sea conocida como la «cláusula de la medianoche» —pues, es la última en redactarse, a altas horas de la noche o en la madrugada—²⁵ o como la «cláusula de autobús expreso de aeropuerto».²⁶ Detrás de esta práctica se encuentra la posible reticencia de las partes a contemplar la posibilidad de una disputa al momento de las negociaciones.²⁷ Las negociaciones se concentran en los aspectos económicos, financieros y comerciales de la transacción. Una vez concluida la negociación y logrado el acuerdo, las partes no están dispuestas a reabrir las negociaciones ni retrasar la firma del acuerdo por una cláusula que ellas consideran estándar.²⁸

Así es como a último momento se copian y pegan cláusulas arbitrales de algún modelo sin considerar la transacción sub-

²⁵ REDFERN, Alan y Martin HUNTER con Nigel BLACKABY y Constantine PARTASIDES. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. London: Sweet & Maxwell, 2004, 4th edition, párrafo 3-02, p. 132.

²⁶ FRADE, Celina. *Linguistic Pathologies in Arbitration Clauses*. En BHATIA, Vijay K., Christopher N. CANDLIN y Maurizio GOTTI. *The Discourses of Dispute Resolution*. Bern: Peter Lang AG, 2010, v. 123, p. 150.

²⁷ REDFERN, Alan y Martin HUNTER con Nigel BLACKABY y PARTASIDES. *Op. cit.*, párrafo 3-02, p. 132.

²⁸ BERNARDINI, Piero. «The Arbitration Clause of an International Contract». *Journal of International Arbitration*, 1992, p. 45.

yacente ni las necesidades específicas para el caso concreto,²⁹ o bien, se adaptan apresuradamente.³⁰

Como lo ha indicado un destacado especialista en arbitraje, el problema de fondo puede encontrarse en la falta de un sistema de gestión y manejo de conflictos al interior de las empresas, las cuales actúan en forma reactiva y no en forma estratégica y preventiva frente a los conflictos que las afectan.³¹

2. La falta de conocimientos y experiencia de quienes negocian el contrato, quienes frecuentemente no son juristas con experiencia en arbitraje internacional.³²
3. Desde un punto de vista lingüístico: el uso de expresiones ambiguas, el uso de lenguaje injustificadamente sofisticado o parco, traducciones defectuosas de cláusulas arbitrales en contratos internacionales en más de una lengua.³³

²⁹ TOWNSEND, John M. «Drafting Arbitration Clauses: Avoiding the 7 Deadly Sins». *Dispute Resolution Journal*, 2003, vol. 58, n.º 1, p. 1, disponible en el sitio de internet http://law.pace.edu/sites/default/files/CLE/9-13-12_Drafting_Arb_Clauses-Avoiding_the_Seven_Deadly_Sins.pdf (fecha de acceso: 3 de diciembre de 2017).

³⁰ Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones). «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, p. 352.

³¹ Véase STIPANOWICH, Thomas J. «Arbitration and Choice: Taking Charge of the “New Litigation” (Symposium Keynote Presentation)», 7 *DePaul Bus. & Com. L.J.* 383, 2009, p. 388, disponible en: <http://via.library.depaul.edu/bclj/vol7/iss3/3>.

³² STIPANOWICH, Thomas J. *Arbitration and Choice: Taking Charge. Op. cit.*, pp. 389-390.

³³ Acerca de patologías lingüísticas en cláusulas modelo de instituciones de arbitraje véase FRADE, Celina. *Op. cit.*, pp. 145-164.

A continuación, a modo de ejemplo, un listado no exhaustivo de errores comunes en la redacción de la cláusula arbitral:³⁴

1. Identificación incorrecta de la institución de arbitraje o del reglamento aplicable.
2. Referencia a una institución de arbitraje inexistente.
3. Designación de más de una institución de arbitraje o más de un reglamento de arbitraje.
4. Designación de una institución de arbitraje sin indicar el reglamento aplicable.
5. Designación de una institución de arbitraje sujetando la administración al reglamento de otra institución de arbitraje.
6. Ámbito de aplicación ambiguo o muy limitado.
7. Omisión o ambigüedad de los elementos esenciales de la cláusula arbitral (por ejemplo, no pactar claramente el arbitraje como medio de resolución de disputas).
8. Ambigüedad de elementos recomendados de la cláusula arbitral (número de árbitros, sede del arbitraje o idioma del mismo).

³⁴ Listado confeccionado por la autora a partir de las siguientes fuentes: *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)*. «Biblioteca de Arbitraje». Lima: Estudio Mario Castillo Freyre, 2011, pp. 352-358. TOWNSEND, John M. *Op. cit.*, pp. 1-4. BISHOP, R. Doak. «Drafting the ICC Arbitral Clause». *King & Spalding*. ESTÉVEZ SANZ, Marlen y Roberto MUÑOZ ROJO. «Validez y eficacia del convenio arbitral». *King & Wood Mallesons*, 2017, disponible en http://ciarglobal.com/wp-content/uploads/2017/01/Validez-y-eficacia-del-convenio-arbitral_MEstevezRMunoz.pdf (fecha de acceso: 3 de diciembre de 2017). MCILWRATH, Michael. *Op. cit.*

9. Especificación excesiva (por ejemplo, imponer requisitos excesivos al árbitro).
10. Cláusulas arbitrales escalonadas que no regulan claramente el momento en que las partes pueden recurrir al arbitraje.
11. Ambigüedad o falta de claridad producida por una traducción deficiente de la cláusula arbitral en contratos en más de un idioma.
12. Cláusulas arbitrales que fijan plazos muy difíciles de cumplir.

Algunos de estos defectos pueden ser subsanados sin dificultad en el arbitraje institucional, mientras que otros pueden convertir una cláusula arbitral válida en una no operante o ineficaz, al producirse disputas sobre su interpretación y aplicación, o hacerse imposible la ejecución del laudo arbitral. Si bien existe una tendencia general a favor de del arbitraje, la eficacia que se dé al convenio arbitral depende en última instancia de los tribunales de justicia estatales que conocerán y evaluarán la cláusula arbitral.³⁵

4. RECOMENDACIONES PARA EL USO DE LA CLÁUSULA MODELO

Todas las guías para la correcta redacción de la cláusula arbitral en el arbitraje institucional tienen como común denominador destacar a la cláusula modelo, al menos como punto de partida para la redacción de una cláusula arbitral efectiva.

4.1. Recomendaciones de las instituciones de arbitraje

Las instituciones de arbitraje son enfáticas en recomendar el uso de sus cláusulas modelo al momento de redactar el convenio arbitral.

³⁵ Así lo explican con ejemplos de la jurisprudencia internacional ESTÉVEZ SANZ, Marlen y Roberto MUÑOZ ROJO. *Op. cit.*, pp. 1-13.

En la práctica, esto significa que, una vez que se haya optado por el arbitraje institucional y logrado acuerdo respecto de una institución de arbitraje, las partes deben escoger un reglamento de la institución seleccionada y usar la cláusula modelo recomendada en ese reglamento.

Las instituciones de arbitraje recomiendan que se use aquel reglamento; y, por ende, aquella cláusula modelo que más se ajuste a las necesidades de las partes en función de la transacción o contrato subyacente.

Para evitar riesgos de errores, las instituciones de arbitraje no fomentan la creatividad de las partes, sino que recomiendan usar las cláusulas modelo tal cual, sin alteraciones, esto es, copiar y pegar la cláusula modelo en el contrato.³⁶ La CCI señala que las partes son libres de adaptar la cláusula elegida a sus circunstancias particulares, con la advertencia de que, al hacerlo, deben observar cuidado para evitar ambigüedades. La CCI también recomienda que las partes verifiquen los requisitos obligatorios de la cláusula arbitral en la sede del arbitraje y en el país o países en que se prevea su ejecución.³⁷

En general, las instituciones de arbitraje advierten que, de hacerse modificaciones a la cláusula modelo, éstas deben hacerse por o con asistencia de profesionales especialistas en arbitraje, cuidando de no caer en ambigüedades.

Algunas instituciones de arbitraje ofrecen cierto grado de asistencia a los usuarios de arbitraje al usar la cláusula modelo.³⁸ Con el mismo fin

³⁶ Un ejemplo de ello lo ofrece la Institución Alemana de Arbitraje (DIS), que cuenta explícitamente con una cláusula modelo para aplicación de su reglamento en versión para copiar y pegar y otra en versión comentada en el sitio de internet <http://www.disarb.org/en/17/clause/overview-id0> (fecha de acceso: 4 de diciembre de 2017).

³⁷ Reglamento de la CCI de 2012 modificado en 2017, p. 78.

³⁸ A modo de ilustración, de acuerdo a su sitio de internet, la Secretaría de la LCIA atiende consultas sobre modificaciones a las cláusulas recomendadas, por ejemplo,

de asistencia, algunas instituciones han publicado guías prácticas para la redacción de convenios arbitrales a partir de la cláusula modelo.³⁹

para el nombramiento de árbitros por parte de las partes o para procedimientos acelerados. (Según se expresa en inglés en el sitio de internet http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Mediation_Clauses.aspx (fecha de acceso: 3 de diciembre de 2017), bajo el subtítulo «Modifications to Recommended Clauses: *The LCIA Secretariat will be pleased to discuss any modifications to these standard clauses. For example, to provide for party nomination of arbitrators or for expedited procedures*»). Así también la Secretaría de la CCI y las oficinas regionales atienden consultas por teléfono o e-mail, sujetas a estricta neutralidad y confidencialidad en su trabajo, según se indica en idioma inglés en el sitio de internet <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/> (fecha de acceso: 3 de diciembre de 2017): «*While maintaining strict neutrality, our Secretariat and other regional offices are available via telephone or email to answer questions. Although we are happy to provide information, all Secretariats' work is strictly confidential. Neither we nor any part of ICC will disclose information concerning a case except to those involved*».

³⁹ Por ejemplo, la Asociación Americana de Arbitraje (en adelante, AAA) ha publicado la guía en inglés *Drafting Dispute Resolution Clauses-A Practical Guide*, en el sitio de internet https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Drafting%20Dispute%20Resolution%20Clauses%20A%20Practical%20Guide.pdf (fecha de acceso: 7 de diciembre de 2017). Por su parte, la división internacional de la AAA llamada Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD), ha publicado la guía en inglés *ICDR Guide to Drafting International Dispute Resolution Clauses*, en el sitio de internet

https://www.icdr.org/icdr/faces/clausedrafting?_afLoop=1295023428190828&_afWindowMode=0&_afWindowId=1hkph5e8k_1#%40%3F_afrWindowId%3D1hkph5e8k_1%26_afrLoop%3D1295023428190828%26_afrWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D1hkph5e8k_55&_afTs=15126245747

(fecha de acceso: 7 de diciembre de 2017) y su versión en español *Guía del CIRD para la Redacción de Cláusulas Internacionales de Solución de Disputas*, en el sitio de internet https://www.icdr.org/icdr/faces/languageoptions/spanish?_afLoop=1295481903362274&_afWindowMode=0&_afWindowId=null#%40%3F_afrWindowId%3Dnull%26_afrLoop%3D1295481903362274%26_afrWindowMode%3D0%26_adf.ctrl-state%3D1hkph5e8k_128 (fecha de acceso: 7 de diciembre de 2017).

4.2. *Recomendaciones de la Asociación Internacional de la Abogacía (IBA)*

La Asociación Internacional de la Abogacía —conocida como IBA, sigla de su nombre en inglés *International Bar Association*— ha dado directrices básicas para la redacción del convenio arbitral, las llamadas «Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional» (en adelante, «Directrices de la IBA para Cláusulas Arbitrales»⁴⁰).

Han sido desarrolladas para asistir a quienes ordinariamente se involucren en la redacción de contratos, ya sean especialistas o no especialistas en arbitraje, y contribuir a que las cláusulas arbitrales sean no solamente efectivas, sino que representen de forma precisa y completa la voluntad de las partes cuando acuerdan someter sus controversias a arbitraje.⁴¹

Las Directrices de la IBA para Cláusulas Arbitrales comienzan con una serie de Directrices Básicas de Redacción.

Conforme a la Directriz 1, si las partes escogen el arbitraje institucional, «[...] deben buscar una institución reputada, usualmente una con trayectoria significativa en administrar casos internacionales. [...]».⁴²

⁴⁰ Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional adoptadas por Resolución del Consejo de la IBA de 7 de octubre de 2010 (traducción no oficial de la versión oficial en inglés) disponible en http://oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_buenas_directrices_IBA.pdf (fecha de acceso: 3 de diciembre de 2017).

⁴¹ Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional. *Op. cit.*, p. 2.

⁴² Véase Directriz 1 bajo Directrices Básicas de Redacción, Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional. *Op. cit.*, p. 7.

Con arreglo a la Directriz 2, las partes deben seleccionar un reglamento de la institución de arbitraje escogida y usar la cláusula modelo recomendada en este reglamento como punto de partida:

[...] Cuando las partes han optado por arbitraje institucional, la elección del reglamento de arbitraje debe coincidir siempre con el de la institución elegida [...].⁴³

[...] Una vez ha sido seleccionado el reglamento, las partes deberían usar el modelo de cláusula recomendada por la institución o entidad autora del reglamento como punto de partida para la redacción de su cláusula arbitral. Las partes pueden añadir elementos a la cláusula modelo, pero rara vez deberían sustraerlos de ella. Al hacer esto, las partes se asegurarán de que todos los elementos necesarios para hacer un pacto arbitral válido, ejecutable y efectivo se encuentran presentes. Las partes se asegurarán de que se ha establecido inequívocamente el arbitraje como método exclusivo de solución de controversias bajo el contrato y que se están usando los nombres correctos de la institución arbitral y el reglamento escogido (evitando así confusiones o tácticas dilatorias cuando surja una disputa). Las partes deberían asegurarse de que el lenguaje añadido a la cláusula modelo sea consistente con el del reglamento de arbitraje seleccionado.⁴⁴

La cláusula modelo recomendada es aquella que se encuentra en el sitio de internet de la institución de arbitraje escogida:

Para una cláusula de arbitraje institucional, es recomendable acceder a la página web de la institución escogida para usar la cláusula modelo propuesta por la institución como base para redactar la cláusula arbitral. Algunas instituciones también han desarrollado cláusulas específicas para ciertas industrias [...].⁴⁵

⁴³ Véase Directriz 2 bajo Directrices Básicas de Redacción, Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional. *Op. cit.*, p. 8.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 8 y 9.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 9.

Luego, las Directrices 3 a 8 dan las siguientes recomendaciones a las partes: que no intenten limitar el alcance de las controversias sometidas a arbitraje, salvo circunstancias especiales; que escojan la sede del arbitraje en base a consideraciones prácticas y jurídicas; que señalen el número de árbitros, y su método de nombramiento y reemplazo; que indiquen el idioma del arbitraje; y que, por lo general, especifiquen la ley sustantiva aplicable al contrato y a cualquier controversia posterior.⁴⁶

Además de las Directrices Básicas de Redacción ya mencionadas, las Directrices de la IBA para Cláusulas Arbitrales contienen directrices para la redacción de elementos opcionales, cláusulas escalonadas, cláusulas arbitrales multi-partes y para contratos múltiples.⁴⁷

4.3. Recomendaciones de los especialistas en arbitraje

Los especialistas en arbitraje recomiendan a los redactores no experimentados hacer uso de la cláusula modelo de alguna reconocida institución de arbitraje, siempre y cuando sea adecuada para la transacción subyacente.⁴⁸

A su vez, advierten que no existe una cláusula que pueda aplicarse a todo propósito, y que, por el contrario, cada cláusula debe ser adaptada a las exigencias del caso, en atención a factores tales como la identidad de las partes, la relación entre éstas, la naturaleza del contrato o transacción, las posibles disputas que pudieran surgir a futuro y la legislación aplicable.⁴⁹

⁴⁶ Véase Directrices 3-8 bajo Directrices Básicas de Redacción, Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional, *Op. cit.*, pp.11-21.

⁴⁷ Directrices de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional, *Op. cit.*, pp. 21-45.

⁴⁸ TOWNSEND, John M., *Op. cit.*, p. 1.

⁴⁹ BISHOP, R. Doak, *Op. cit.*, p. 1 y BORN, Gary B. *Op. cit.*, p. 58.

Por lo mismo, recomiendan no copiar y pegar la cláusula modelo, sino que considerar las particularidades del negocio y, en base a ello, ver si es necesario agregar otros elementos. A este efecto, los especialistas han preparado guías para la redacción de cláusulas arbitrales.⁵⁰

5. LA IMPORTANCIA DE LA CLÁUSULA MODELO

5.1. *La cláusula modelo es coadyuvante de la buena redacción del convenio arbitral*

Como se desprende de los párrafos anteriores, el convenio arbitral, que es la piedra angular del arbitraje, debe ser bien redactado.

Aunque es comprensible que, al negociar un contrato, la atención de las partes no esté, precisamente, enfocada hacia posibles futuras controversias, es imprescindible que éstas tengan plena conciencia de la importancia del convenio arbitral y de la necesidad de redactarlo en forma correcta. De lo contrario, corren el riesgo de crear una cláusula defectuosa, cuyas consecuencias se verán más tarde en el caso de producirse una disputa.

En este contexto, la cláusula modelo cumple un rol fundamental, al asistir a las partes o a sus asesores en la redacción de un convenio arbitral eficaz que cumpla con los requisitos de claridad y corrección esenciales, impidiendo conflictos posteriores acerca de su interpretación y aplicación.

50 Por ejemplo, BISHOP, R. Doak, *Op. cit.* y BORN, Gary B. *Op. cit.*

Otra guía es la *Annotated Model Arbitration Clause for International Contracts: A checklist of issues to consider in drafting an arbitration clause, with suggested text and commentaries Including the Debevoise & Plimpton LLP Protocol to Promote Efficiency in International Arbitration*, Debevoise & Plimpton LLP, 2011, disponible en el sitio de internet de este despacho de abogados https://www.debevoise.com/-/media/files/capabilities/arbitration/annotated_model_arbitration_clause_for_international_contracts_recent.pdf (fecha de acceso: 4 de diciembre de 2017).

Además, es la manera más simple de lograr un convenio arbitral bien redactado y efectivo. Al decir de un autor, la cláusula modelo representa economía y consenso. Adaptarla a la transacción en particular es una práctica que exige negociaciones y produce un gasto mayor al inicio de la transacción, lo cual pudiera poner en peligro la operación entre las partes o su implementación.⁵¹

5.2. La cláusula modelo es coadyuvante del buen funcionamiento del sistema de arbitraje comercial internacional

El convenio arbitral es una manifestación del principio de autonomía de las partes, las cuales acuerdan sustraer la resolución de sus controversias de las cortes estatales para someterlas a la justicia arbitral, ya al momento de celebrar sus contratos, o, en forma menos frecuente, con posterioridad, una vez surgida la disputa.

Es el mismo principio de autonomía de las partes el que informa el procedimiento a ser seguido por el tribunal arbitral en el arbitraje comercial internacional. En virtud de él, las partes gozan de una amplia libertad para diseñar el arbitraje de acuerdo a sus necesidades,⁵² aunque están sujetas a ciertas limitaciones como lo son los requisitos con que debe cumplir el convenio arbitral conforme al derecho que le sea aplicable; asimismo, el procedimiento de arbitraje está sujeto a disposiciones obligatorias del *lex arbitri*; finalmente, hay ciertas disposiciones de los

⁵¹ CARBONNEAU, Thomas E. *The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements*, 36 Vand J. Transnat'l L. 1189, 2003, p. 1231.

⁵² Las partes pueden decidir entre arbitraje *ad-hoc* e institucional. Si se deciden por el arbitraje institucional, pueden elegir la institución de arbitraje y el reglamento a ser aplicado que más convengan a sus necesidades, atendido el contrato subyacente. Además, pueden incluir en el convenio arbitral una serie de otros acuerdos en relación al arbitraje. Aún después de pactado el convenio arbitral, las partes pueden hacer modificaciones.

reglamentos de una institución de arbitraje que no son susceptibles de modificación por las partes.⁵³

Siendo el convenio arbitral el pilar fundamental del arbitraje, la efectividad del arbitraje como medio de resolución de conflictos depende de la claridad y precisión con que esté redactado, así como también del cumplimiento de ciertos requisitos obligatorios conforme al derecho aplicable.⁵⁴ Por ello, debe ser redactado cuidadosamente; y, de ser posible, por expertos en materia de arbitraje o siguiendo sus recomendaciones.

A este respecto, la CCI ha señalado que «[u]n lenguaje poco claro causa incertidumbre y retrasos y puede entorpecer o incluso comprometer el procedimiento de solución de controversias».⁵⁵

Inversamente, se puede sostener que la cláusula modelo, al asistir en la redacción de convenios arbitrales claros y libres de defectos, contribuye a la seguridad jurídica y al buen funcionamiento del sistema de arbitraje comercial internacional.

Con respecto a las críticas que han surgido desde hace un tiempo en el sentido de que el arbitraje no estaría cumpliendo con las expecta-

⁵³ PRYLES, Michael. «Limits to Party Autonomy in Arbitral Procedure». *Journal of International Arbitration*, 2007, Issue 3, vol. 24, pp. 327-339.

⁵⁴ Véase, por ejemplo, SANDLER OBREGÓN, Verónica. *El acuerdo arbitral y sus efectos en el reconocimiento y ejecución de sentencias o laudos arbitrales extranjeros*. En AA. VV. Arbitraje comercial internacional. Reconocimiento y ejecución de sentencias o laudos arbitrales extranjeros, publicación del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos (OEA), 2015, pp. 251-293, disponible en el sitio de internet http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/arbitraje_comercial_publicaciones_reconocimiento_y_ejecucion_de_sentencias_y_laudos_arbitrales_extranjeros_2015.pdf (fecha de acceso: 3 de diciembre de 2017).

⁵⁵ Reglamento de la CCI de 2012 modificado en 2017, p. 78.

tivas de los usuarios,⁵⁶ es necesario indicar que, para que el arbitraje sea efectivo y brinde las ventajas que se le atribuyen por sobre otros medios de resolución de conflictos, es primordial que las partes asuman un rol activo al redactar el convenio arbitral.⁵⁷

En este sentido, es muy importante que las partes tomen conciencia y se hagan cargo de la importante herramienta que tienen en sus manos, esto es, de la libertad para diseñar el arbitraje al momento de redactar la cláusula arbitral,⁵⁸ pues, como se ha dicho anteriormente, las elecciones

⁵⁶ Véase STIPANOWICH, Thomas J. *Arbitration: The New Litigation*, *University of Illinois Law Review*. Rev. 1, 2010, disponible en <http://publish.illinois.edu/lawreview/archives/volume-2010/> (fecha de acceso: 4 de diciembre de 2017), p. 1. Este autor señala lo siguiente: «[...] Una vez promocionado como un medio de evitar la contienda, los costes y los gastos del proceso judicial, el arbitraje vinculante es ahora descrito en términos similares - “judicializado”, formal, costoso, prolongado y objeto de abogacía dura. [...]» (traducción libre de la autora del texto original en inglés al castellano).

⁵⁷ Así lo manifiestan EARNEST, David, Raúl GALLARDO, Garðar Víðir GUNNARSSON y Tobiasz KACZOR, con prólogo del profesor BERNARDINI, Piero. *Four Ways to Sharpen the Sword of Efficiency in International Arbitration*, publicado en marzo de 2013 en el *Young ICCA Blog* disponible en el sitio de internet <http://www.arbitration-icca.org/YoungICCA/news/2013/15/young-icca-mentees-write-group-paper.html> (fecha de acceso: 4 de diciembre de 2017), pp. 3-12, autores que se pronuncian, entre otros temas, sobre el impacto que pueden tener las decisiones preliminares de las partes sobre la conducción del arbitraje de manera expedita y económicamente eficaz. Así también STIPANOWICH, Thomas J. *Arbitration: The New Litigation*. *Op cit.*, pp. 1-2 y 50-56, autor que destaca la posibilidad de elección y de adaptar el procedimiento a las necesidades de los usuarios como el mayor valor del arbitraje. Indica este autor que hay «[...] una necesidad urgente de un ejercicio más efectivo de la posibilidad de elección por parte de los usuarios del arbitraje y otros, cuyas decisiones afectan la experiencia del arbitraje» (traducción libre de la autora del texto original en inglés al castellano).

⁵⁸ Sobre el tema del ejercicio de la libertad en la redacción de cláusulas arbitrales, véase STIPANOWICH, Thomas J., *Arbitration: The New Litigation*, *Op cit.* Véase también STIPANOWICH, Thomas J. *Arbitration and Choice: Taking Charge*. *Op. cit.* Otro autor que ha escrito sobre el tema es CARBONNEAU, Thomas E. *Op. cit.*, pp. 1189-1232.

que hagan las partes en la cláusula arbitral tendrán un impacto directo en el arbitraje.

De este modo, dedicando el tiempo necesario a la redacción de la cláusula arbitral y siguiendo las recomendaciones que se han dado para este efecto —las que incluyen el uso de la cláusula modelo— las partes podrán obtener el máximo beneficio de la cláusula arbitral y, al mismo tiempo, contribuir al buen funcionamiento del sistema de arbitraje internacional.

6. CONCLUSIÓN

El arbitraje comercial internacional es un sistema complejo, a cuyo éxito deben contribuir cada uno de sus actores.

Siendo el arbitraje producto de la voluntad de las partes, es ineludible la responsabilidad de éstas en el buen funcionamiento del sistema.

En el arbitraje institucional, la importancia de la cláusula modelo resulta evidente, al menos como punto de partida para lograr un convenio arbitral válido y eficaz. Toda modificación o adición a la cláusula modelo debe ser realizada por especialistas en materia de arbitraje o siguiendo las directrices o guías preparadas por ellos. De lo contrario, se corre el riesgo de cometer errores en la redacción del convenio que pudieran desvirtuar el propósito de la cláusula modelo —cual es asegurar la eficacia de la cláusula arbitral— y, aún peor, poner en peligro el arbitraje como medio eficaz de resolución de conflictos.

Pese a la clara importancia de la cláusula modelo, la impresión que queda —dada la alta recurrencia de defectos en los convenios arbitrales— es que los redactores de contratos poco recurren a ella, o bien, la modifican en forma inadecuada.

Lo anterior lleva a la conclusión de esta autora de que es necesaria una mayor concientización de los usuarios del arbitraje comercial institucional acerca del rol que les cabe en el buen funcionamiento y eficacia de este medio de resolución de conflictos. A la vez, no es suficiente informarlos sobre la existencia de la cláusula modelo, sino que se hace necesario instruirlos sobre el correcto uso de esta importante herramienta que está al servicio de las partes y sus asesores en la redacción de los convenios arbitrales.

EL CONVENIO ARBITRAL
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
ENERO DEL 2019, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., HENRY REVETT 220, URB. SANTA RITA,
SANTIAGO DE SURCO, TELÉFONO: 444-2007
LIMA 33, PERÚ