

## Elementos para la redacción eficaz de cláusulas arbitrales

María Palacios La Manna\*

### Resumen

El presente artículo desarrolla los elementos imprescindibles, recomendables y prescindibles que se deben tomar en cuenta para una eficaz redacción de cláusulas arbitrales, en virtud de las relaciones comerciales internacionales actuales, con el fin de evitar las cláusulas confusas o que puedan generar conflictos en lugar de prevenirlos.

### Abstract

*This article develops the essential, recommended, and expendable elements to consider for the effective drafting of arbitration clauses under current international trade relations, in order to avoid confusing clauses or generate problems instead of preventing them.*

### Palabras clave

Cláusulas arbitrales. Arbitraje internacional. Comercio internacional. Contratos internacionales.

### Sumario

Introducción. I. Elementos dentro de la redacción de la cláusula. II. Elementos imprescindibles. A. Designación del arbitraje como método seleccionado por las partes. B. Limitación del ámbito de aplicación de la cláusula. C. Referencial Tipo de arbitraje. D. Determinación de la sede arbitral. III. Elementos de uso recomendable. A. Determinación del derecho aplicable al fondo. B. Idioma del arbitraje. C. Confidencialidad. IV. Elementos prescindibles. A. Cualidades de los árbitros. B. Cláusulas relacionadas con una pluralidad de Contratos. C. Regulación de las medidas cautelares. Conclusiones.

## Introducción

La cláusula arbitral es conocida por ser vía expedita alto nivel para la solución de controversias, particularmente en contrataciones internacionales donde es difícil que ambas partes se puedan someter a un mismo tribunal ordinario y que se les aplique justicia mediante un derecho que no es necesariamente el más beneficioso. O del que las partes tengan mayor conocimiento al momento de suscribir tal transacción.

Sin embargo, el solo hecho de estipular una cláusula arbitral en el contrato o en algún anexo no implica necesariamente (especialmente en el ordenamiento jurídico venezolano) que sea la vía arbitral de manera excluyente la única que pueda conocer de alguna solicitud.

Al contrario, han sido reiteradas las oportunidades en que, por ambigüedad o errores al momento de la redacción de las cláusulas, el resultado ha sido una interpretación que niega la vía arbitral.

Son diversos los contratos que se dan día a día dentro del comercio internacional, como a nivel interno, desde compraventa de mercancía hasta arrendamiento comercial, franquicia o transporte. Cada uno cuenta con un objeto, obligaciones y responsabilidades diferentes para cada parte que serán

---

\*Abogada con la mención *Cum Laude*, de la Universidad Central de Venezuela (UCV). Diplomado de Contratos Internacionales y Arbitraje de la Universidad Metropolitana. Abogada en el Escritorio Jurídico Torres, Plaz & Araujo, ubicado en Caracas, Venezuela. Email: mpalacios@tpa.com.ve

delimitadas dentro del contrato y que, en virtud de su incumplimiento, podrán generar conflictos entre sus suscriptos.

Pero, además, esta clase de contratos implican un impacto que afecta no solo a los involucrados, sino a todos aquellos que se puedan ver beneficiados de esta clase de transacciones. Ocurre que dentro del comercio internacional se manejan acuerdos de grandes inversiones que repercuten en diversos estados y sociedades, así como a nivel interno puede repercutir en distintas comunidades.

Al estar tantos sectores de la economía y del comercio internacional involucrados, se hace más evidente la importancia de una cláusula entendible y concisa. Idealmente, esta debe guiar a la jurisdicción arbitral sin lugar a debate o dudas entre quienes la interpreten en cualquier lugar del mundo.

En el siguiente artículo se mencionará la importancia de los términos de redacción de la cláusula para su mayor efectividad.

## **I. Elementos dentro de la redacción de la cláusula**

Al momento de redactar una cláusula arbitral es importante tomar en cuenta qué elementos son imprescindibles en la misma, ya que la ausencia de alguno de ellos podría generar una ambigüedad considerable al momento de interpretarla.

Sin embargo, también debemos evaluar cuáles elementos son prescindibles, de forma tal que podamos evitar una redacción que incluya demasiados lineamientos que terminen generando confusión al leerla, tal como si fuese una cláusula incompleta.

El hecho de que la cláusula sea detallada no quiere decir que debe estar sobre redactada. Menos es más: la precisión y concisión son de gran importancia al momento de redactarlas.

El objetivo es facilitar la comprensión del lector, sea un centro arbitral o sean las partes que no tengan conocimiento profundo del derecho, para que así puedan demostrar estas su voluntad real sin ningún tipo de dudas.

## **II. Elementos imprescindibles**

Los elementos imprescindibles son aquellos que necesariamente deben estar en cualquier cláusula arbitral. Su redacción puede variar, llegando a tener límites más amplios o precisos de acuerdo con lo que partes crean conveniente.

En caso de faltar alguno de estos elementos tendríamos como resultado cláusulas ambiguas que generen, con posible seguridad, conflictos por su interpretación.

### **A. Designación del arbitraje como método seleccionado por las partes**

Es frecuente tropezarnos con cláusulas que designan a algún centro arbitral para dirimir alguna controversia, pero no limitan que sea a través de un procedimiento en particular. Hoy en día la mayoría de los centros arbitrales en Venezuela y el mundo no solo ofrecen el arbitraje como una opción, sino también la mediación y conciliación.

Es perfectamente posible que las partes puedan, aplicando una redacción escalonada a la cláusula, obligarse a resolver un conflicto primero por un medio y, en caso de no llegar a una respuesta en un determinado período, acudir a la vía arbitral; o sencillamente preferir otra de estas opciones en lugar del arbitraje.

Por tal motivo, es menester estipular de manera precisa que la voluntad de las partes sea someterse a esta vía, dejando claro que se desea al arbitraje como el mecanismo encargado para la resolución de conflictos. Esto no significa que no se puedan elegir otros métodos alternativos de resolución de controversias.

En tales casos es necesario señalar concretamente bajo qué supuestos o contexto se puede acudir a alguno de ellos, haciéndole entender a las partes que el arbitraje es un medio de resolución de conflictos con un poder particular. Esto es, el arbitraje tiene un carácter vinculante para la resolución de cualquier controversia donde las partes se someten a cumplir su veredicto dentro del laudo.

Se han establecido diversas sentencias, como la emanada por la Sala Constitucional el 18 de octubre de 2018<sup>1</sup>. Ella declara que las disposiciones establecidas en los artículos 253 y 258 de la Constitución implican la inclusión de medios alternativos de resolución de conflictos como parte del sistema de administración de justicia. Además, se recalca la importancia del arbitraje como plena jurisdicción que ayuda a la organización del sistema de justicia.

Por otro lado, es importante recalcar que la redacción de la cláusula referente a este elemento debe plasmar de manera concreta la voluntad real de las partes. Debe evitarse el uso de palabras que generen confusión, para evitar que quien interprete la misma entienda al arbitraje como una “posibilidad” debiendo entenderlo como un hecho.

Así, expresiones como “las partes harán todo lo posible”, “en algunos casos las partes podrán”, “eventualmente acudirán” y otras, no son recomendables dentro de la cláusula.

Actualmente, los centros arbitrales y las cámaras cuentan con cláusulas modelo que facilitan la implementación de estas en los contratos, que funcionan como guías sencillas para abogados y partes.

No obstante, debemos recordar que el principio de la voluntad de las partes reina a lo largo de este proceso<sup>2</sup>. Por tal motivo, estas pueden desapegarse de tales modelos en la medida que lo consideren necesario.

## **B. Limitación del ámbito de aplicación de la cláusula**

Como se señaló anteriormente, existen casos donde será necesario limitar dentro de la cláusula en qué supuestos o contexto se podrá acudir a una determinada vía. Esta puede ser solo la arbitral o ella en conjunto con otros métodos de resolución de controversias, tales como la negociación, mediación o conciliación.

---

<sup>1</sup>Expediente 2017-000126, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia declaró conforme a derecho la desaplicación por control difuso de la constitucionalidad del literal “J” del artículo 41 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Regulación del Arrendamiento Inmobiliario para el Uso Comercial, publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 40.418 del 23 de mayo de 2014.

<sup>2</sup>Alvarado, R., La denuncia de falta de jurisdicción en el arbitraje venezolano, en: *Memoria Arbitral del CEDCA*, s/f, p. 252.

Esto no implica que todas las controversias que se puedan generar del contrato puedan ser resueltas por un método, luego otro o por uno solo. Las partes bien pueden limitar dentro del contrato los aspectos que quieren que sean resueltos por una vía y que otros que sean resueltos de otra manera.

Es ahí donde vemos nuevamente la importancia de la autonomía de las partes dentro de la redacción de la cláusula. Ellas tienen una gran responsabilidad de entendimiento de su contrato, los conflictos que se pueden generar y de cómo ven una posible solución rápida que les genere menos costos para los diversos problemas que puedan surgir, algunos con consecuencias económicas mayores, otros con un impacto temporal corto.

### C. Referencia al tipo de arbitraje

Este elemento cobra mayor importancia cuando alguna de las partes involucradas cuenta con un capital igual o mayor al 50% perteneciente al Estado, tal como se señala en el artículo 4 de la Ley de Arbitraje Comercial<sup>3</sup>.

Las partes pueden elegir entre un arbitraje institucional llevado por algún centro o cámara de su preferencia, que por lo general cuenta con reglamentos particulares para la resolución de conflictos. Sin embargo, las partes también pueden conformar un tribunal *ad hoc*.

En tal caso, la redacción pasa a ser mucho más detallada y meticulosa, ya que no solo es mediante la cláusula que se definen los árbitros. Igualmente importante es definir bajo qué reglamento y condiciones se dará el proceso, el número de árbitros que lo componga, quienes serán esos árbitros y otras limitaciones que deben quedar claras dentro de la cláusula.

### D. Determinación de la sede arbitral

Su importancia radica en que determina la ley procesal aplicable al procedimiento del arbitraje<sup>4</sup>.

En casos donde las partes pertenecen a diversos ordenamientos jurídicos, definir la sede arbitral fomenta la confianza al momento de acordar el contrato. Esto es crucial porque ambas partes se someten a un derecho que no necesariamente es el suyo y que por lo general es más práctico de acuerdo con las estipulaciones dentro del contrato.

Dentro de la autonomía de la voluntad las partes bien pueden elegir diferentes Estados para definir su ley sustantiva, que será la que regirá el fondo de la controversia, el lugar donde físicamente se desarrollará el proceso y la sede del arbitraje como un domicilio de este.

<sup>3</sup> Ley de Arbitraje Comercial. Gaceta Oficial No. 36.430 del 7 de abril de 1998. Artículo 4: “Cuando una de las partes de un acuerdo arbitral sea una sociedad donde la República, los Estados, los Municipios y los Institutos Autónomos tengan una participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social o una sociedad en la cual las personas anteriormente citadas tengan participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) del capital social, dicho acuerdo requerirá para su validez la aprobación del órgano estatutario competente y la autorización por escrito del Ministro de tutela. El acuerdo especificará el tipo de arbitraje y el número de árbitros, que en ningún caso será menor de tres (3)”.

<sup>4</sup> McKinnon, Ari, Ignacio Zapiola, Santiago Bravo, Redacción de cláusulas arbitrales internacionales, en: *Revista de Derecho*, 2016, No. 70, pp. 183-199.

Esta designación es perfectamente válida y se convierte en un elemento clave, ya que será el derecho que elijan las partes el que regirá sobre todos los vacíos legales que se puedan encontrar dentro del contrato, como también bajo qué supuestos se podría recurrir el laudo.

### III. Elementos de uso recomendable

Los elementos de uso recomendable dentro de la redacción de una cláusula arbitral son aquellos que, si se estipulan, permiten ahorrar tiempo y dinero a las partes.

Además, estos elementos evitan que sea el tribunal arbitral quien los delimite. De esta forma el principio de autonomía de las partes se vuelve a manifestar de manera completa.

#### A. Determinación del Derecho aplicable al fondo

Generalmente, estipular el derecho aplicable al fondo va en una cláusula diferente a la arbitral. Se da por separado para evitar confusiones con la ley aplicable al procedimiento arbitral<sup>5</sup>.

En estos casos, bien pueden las partes elegir que no sea el derecho de un determinado Estado, si no la *lex mercatoria* (sobre todo en los casos de comercio internacional), los principios UNIDROIT o principios de equidad. Por tales motivos es importante la limitación en su redacción, hasta el punto de hacerlo un aspecto específico dentro del contrato.

#### B. Idioma del arbitraje

Este elemento afecta directamente tanto la dinámica del procedimiento arbitral como (en algunos casos) su costo.

La idea de establecer el idioma es evitar los problemas de comunicación que se puedan dar entre partes, o entre las partes y el tribunal, que puedan perjudicar tanto en la velocidad, como el costo o la calidad del procedimiento arbitral.

Se debe evitar el uso de traductores simultáneos, ya que solo generan más costos a las partes durante el proceso. De la elección del idioma también se deriva la necesidad de tener una fuente razonable de opciones de árbitros que lo puedan manejar, con la que las partes estén de acuerdo.

#### C. Confidencialidad

Hoy en día en muchos de los reglamentos de centros arbitrales y ordenamientos de distintos Estados se contempla la confidencialidad del proceso arbitral como un elemento *de facto*.

Sin embargo, esto no ocurre necesariamente de manera uniforme en todos, por lo que es recomendable la estipulación de la confidencialidad del procedimiento, siempre que las partes lo crean necesario en virtud de los elementos que componen el contrato y cómo los mismos les pueden afectar económica y moralmente.

<sup>5</sup> Cordero Arce, Gonzalo, Cláusulas arbitrales en contratos internacionales. Aspectos prácticos, en: *Revista Chilena de Derecho*, 2007, Vol. 34, No. 1, pp. 91-105.

Además, las partes también podrán establecer en qué casos se darán excepciones a esa confidencialidad o si la misma tiene vigencia solo en caso de que se llegue efectivamente a un procedimiento arbitral.

#### IV. Elementos prescindibles

Estos elementos dependerán exclusivamente de que se den determinadas condiciones para que sea recomendable que se estipulen dentro de la cláusula arbitral. De no ser así, se podrían generar más confusiones o conflictos innecesarios de acuerdo con la interpretación.

##### A. Cualidades de los árbitros

Puede darse el caso en que las partes establezcan una serie de requisitos previos que deba cumplir un árbitro para ser electo, tales como idioma, experiencia como árbitro o su especialización en una determinada materia.

Con respecto al elemento de cualidad, se debe tener un especial cuidado de que en efecto exista una lista de árbitros que puedan cumplir con todos los requisitos y no que eventualmente, por esta estipulación de las partes, no se consiga a ningún árbitro o al número acordado de árbitros para dirimir la controversia.

##### B. Cláusulas relacionadas con una pluralidad de contratos

En este caso particular también podríamos estar ante una cláusula plurilateral, ya que en virtud de la magnitud de la transacción estaremos ante varios contratos relacionados entre sí, que no necesariamente tienen a las mismas partes siempre<sup>6</sup>.

Podría darse el caso en que las partes converjan debido a una mega transacción que debe contener un acuerdo contractual para diferentes etapas o fases de esta.

No es obligatorio que las cláusulas arbitrales estén estipuladas dentro del contrato. Las mismas pueden estar contenidas dentro de un acuerdo anexo donde se evidencie la voluntad de las partes.

Tal como lo señala la sentencia del caso *Inversiones Ayal, C.A.*: “En caso de que el acuerdo arbitral se pacte en un documento independiente, y quiera hacerse referencia en un contrato debe este necesariamente indicar la voluntad expresa de las partes de querer acogerse a dicho arbitraje”<sup>7</sup>.

Es por este motivo que, de darse un caso plurilateral con diversos contratos relacionados, todas las partes involucradas podrían acordar un mismo método de solución de controversias bajo las mismas condiciones y parámetros. Esto siempre que todas hayan declarado su voluntad en el mismo documento.

Esta clase de contratos y cláusulas se recomienda que tengan un análisis y asesoramiento particular por su importancia en el comercio internacional.

<sup>6</sup> Hanotiau, Bernard, *Complex Arbitrations: Multi-party, Multi-contract and Multi-issue: A Comparative Study*, Kluwer Law International, 2<sup>nd</sup> ed., 2020, p. 103.

<sup>7</sup> Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, sentencia No. 1.681, 6 de octubre de 2004.

### **C. Regulación de las medidas cautelares**

En general, las medidas cautelares ya se encuentran reguladas en los diversos reglamentos de centros arbitrales o en los distintos ordenamientos jurídicos. Pero excepcionalmente, podría darse la ocasión de que la sede y el derecho elegido por las partes no contemplen la regularización de estas medidas.

En tal caso, las partes podrán declarar dentro de la cláusula cuál será el mecanismo que seguirá al estar en presencia de la solicitud de medidas cautelares.

### **Conclusiones**

El arbitraje hoy en día es un mecanismo de solución de controversias que cuenta con un gran auge a nivel del comercio internacional por su celeridad y porque los intereses de las partes prevalecen en gran medida, por lo que las mismas tienen poder de elección respecto a muchas cosas dentro del proceso.

Estipular cláusulas de resolución de controversias no debe ser visto como un símbolo de debilidad del contrato, como un decreto de que el acuerdo tendrá fallas imposibles de negociar o como mala fe de las partes al contratar.

Todo lo contrario: la estipulación de esta clase de cláusulas permite a las partes adquirir mayor confianza en el acuerdo y con su contraparte. Esto fomenta que se den muchas veces más esta clase de transacciones, lo que al mismo tiempo genera un impacto positivo en el comercio internacional.

Muchas serán las oportunidades en que podamos evitar conflictos y desgaste entre las partes en procesos gracias a la buena redacción de una cláusula arbitral. Esta puede convertirse en mucho más que en una herramienta: cuando están adecuadamente escritas, las cláusulas arbitrales se convierten en una estrategia procesal que garantizan la mayor seguridad jurídica las partes del contrato, permitiendo el ahorro de tiempo, energía y recursos económicos.