

Escaneado por Biblioteca Judicial "Fernando Coto Albán"



EL CONTRATO DE ARBITRAJE EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

Elementos y patología*

DR. VÍCTOR PÉREZ VARGAS

SUMARIO

	Pág.
I. Introducción.	108
A. Premisas teóricas: La perspectiva real objetiva y la teoría del negocio jurídico	108
B. Premisas fácticas: El uso del arbitraje en el comercio internacional y las dificultades para conocer su realidad	109
C. Premisas conceptuales	109
1. El arbitraje.	109
a) Caracteres	109
b) Ventajas	110
c) Tipos ("Ad hoc" y administrado. Doméstico e internacional. Árbitros y amigables componedores)	111
2. Lo comercial (lo comercial y lo comercial internacional. La Lex Mercatoria)	112
3. Lo internacional y los problemas de unificación	113
II. Elementos, eficacia y patología del contrato de arbitraje	114
A. El acuerdo de arbitraje frente a la teoría del negocio jurídico	114
1. Cláusula compromisoria, contrato preliminar de arbitraje, compromiso y acuerdo de arbitraje	114
2. La autonomía del contrato de arbitraje	116
B. Presupuestos y elementos del contrato de arbitraje	117
1. Presupuestos.	117
a) Presupuestos subjetivos.	119
i. Capacidad	
ii. Legitimación	
iii. En particular, sobre la capacidad del árbitro	120
b) Presupuestos objetivos	120
2. Elementos	120
a) La voluntad. Carácter esencial. Ausencia. Vicios	120
b) La forma.	122
c) La causa justa. La arbitrabilidad.	122
C. La eficacia jurídica	123
1. Efectos contractuales y efectos legales-judiciales	123
2. La excepción de compromiso	124
3. El arbitraje forzoso. Los daños y perjuicios por el incumplimiento	124
III. Conclusión.	124
IV. Bibliografía	125

* Ponencia presentada a las Jornadas Franco-Latinoamericanas de Derecho Comparado. 30 de noviembre a 3 de diciembre de 1986. Universidad Externado de Colombia, Bogotá.

I. INTRODUCCIÓN

La materia que nos ocupa es, usualmente, objeto de una deficiente regulación positiva en sus aspectos de fondo;¹ autores como Guasp afirman como tarea del intérprete la de proponerse una línea de inspiración sistemáticamente más correcta que englobe las hipótesis olvidadas por la ley con sus enumeraciones imperfectas y reducidas,² en particular en temas como el objeto del compromiso, la forma, la capacidad para comprometerse, la invalidez y la ineficacia del acuerdo de arbitraje, lo mismo que su interpretación, campo donde se observan divergencias acusadas en el Derecho Comparado.

A. PREMISAS TEÓRICAS: La perspectiva real-objetiva y la teoría del negocio jurídico.

Frente a los diversos problemas jurídicos que presenta el comercio internacional son posibles, fundamentalmente, cuatro enfoques prácticos diferentes, basados en diversas concepciones de lo jurídico: la concepción ideal-sustancial, la concepción ideal-formal, la concepción real-subjetiva (o voluntarismo) y la concepción real-objetiva (Ihering, Heck, Rümelin, Pound, etc.).³

No hay duda de que la cuarta concepción citada explica más científicamente el fenómeno jurídico; de ahí su preponderancia en el pensamiento contemporáneo.

Si bien es cierto que el Derecho de nuestro tiempo ancla fuertemente sus raíces en el subjetivismo romántico y éste tiene manifestaciones concretas en el campo del comercio internacional (por ejemplo, la preferencia del "Pacta sunt servanda" sobre el "Rebus sic stantibus", la verdad es que en muchos sectores se ha ido afirmando la nueva metodología y al subjetivismo se han opues-

to criterios objetivos. Esto es claro, por ejemplo, en la determinación de la ley aplicable, donde se ha hablado del valor objetivo de ciertos índices.⁴

La teoría del negocio jurídico puede servir de punto de partida para el logro de una sistematización de los aspectos sustanciales del arbitraje, como puede servir para cualquier otro contrato. Tanto la cláusula compromisoria, como el compromiso constituyen figuras contractuales a las que son perfectamente aplicables, con los matices del caso, los principios relativos a la existencia, validez y eficacia de los negocios jurídicos.⁵

Los principios generales del negocio jurídico tienen enorme valor para el propósito de obtener una sistematización general y adecuada de la realidad del comercio internacional y, en concreto, de las relaciones contractuales que en éste surgen. Un elenco de tales contratos y de sus particularidades queda por fuera de este trabajo; baste recordar que usualmente, a partir de un contrato base (normalmente un contrato de compraventa) se desarrolla una "red contractual" que corrientemente abarca contratos de transporte, contratos de seguro, contratos bancarios (para la realización de los pagos internacionales), contratos de verificación de calidad, cantidad, origen, estado sanitario de la mercadería, emisión de títulos valores, contratos de depósito y agencia y otros. Es usual que cuando estos contratos asumen caracteres patológicos (en su formación o ejecución) la solución del conflicto de intereses suele obtenerse por medio de un arbitraje; de ahí el carácter central de esta institución, así como su importancia decisiva en el comercio internacional, por confluir en ella las diversas posibilidades conflictuales. El arbitraje, en este sentido, proporciona una perspectiva realista y axial para el estudio y sistematización de la patología negocial en el comercio internacional. La apli-

1. CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, *Exposición de motivos y comentarios. Código Civil peruano de 1984. Cláusula compromisoria y compromiso arbitral*, pág. 627.

2. *Op. ult. cit.*, pág. 692

3. Sobre estas diferentes concepciones y sus consecuencias metodológicas V. FALZEA, Angelo, *Efficacia giuridica*, en *Voci di Teoria Generale del Diritto*, Giuffrè-ed., Milano, 1970, págs. 229 a 244 e *Introduzione alle scienze giuridiche*, Giuffrè-ed., Milano, 1975, págs. 36 y ss.

4. FOUCHARD, Philippe, *L'arbitrage commercial international. II*. Librairie Dalloz, Paris, 1965, págs. 72, 74: "... pour les subjectivistes, de découvrir ou de présumer l'intention inexprimée des parties. . . pour les objectivistes, de localiser le contrat en soupesant la valeur respective de rattachement des différents indices".

5. V. CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, págs. 627, 636 y 657; SCOGNAMIGLIO, R., *Contratti in generale*, Ed. Vallardi, 1972; RAMÍREZ SEGURA, Mario, *Nociones sobre la teoría del contrato*, Revista Judicial, núm. 5, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, setiembre de 1977.

cación de la teoría del negocio jurídico al arbitraje contribuye a esta sistematización, permite superar las omisiones positivas y las imprecisiones terminológicas y proporciona los puntos centrales de referencia, sin perjuicio de las ulteriores constataciones fácticas, sobre la base del examen de la realidad.

B. PREMISAS FÁCTICAS: El uso del arbitraje en el comercio internacional y las dificultades para conocer su realidad.

El tema que afrontamos presenta dificultades epistemológicas particulares: además de la complejidad propia de la materia y las dificultades para su sistematización, debe anotarse que el objeto de conocimiento tiene un dinamismo especial, producto de la mutabilidad de las relaciones comerciales y de la incidencia de los avances tecnológicos sobre ellas, además de que, en buena parte, es de difícil acceso por la privacidad con que normalmente se desenvuelven y resuelven los litigios.⁶

Aunque se desconoce con precisión el nivel de uso del arbitraje en el comercio internacional (en especial del arbitraje "ad hoc"), la doctrina ha detectado, para la solución de disputas, una tendencia creciente en favor de éste;⁷ en ciertas áreas (como la relativa a los productos básicos) la solución de conflictos se realiza casi exclusivamente a través del arbitraje (en especial en granos, hule, semillas para aceite, café, cacao, té, especias).⁸

Uno de los factores que han determinado que el arbitraje sea la alternativa prioritariamente escogida para la solución de conflictos en el comercio internacional es "la ausencia de una verdadera justicia internacional que contrasta con la

intensificación de los intercambios comerciales en el plano mundial".⁹ Al suplir esta carencia el arbitraje se presenta como algo más que un mero rechazo de las jurisdicciones estatales.¹⁰

Es precisamente a esta problemática que dedicamos el presente trabajo, entendiendo en un sentido amplio el arbitraje comercial internacional como el arbitraje "en" el comercio internacional.¹¹

C. PREMISAS CONCEPTUALES.

1. El arbitraje.

a) Caracteres.

El arbitraje resulta de la combinación de una serie de elementos: además del compromiso (que suele estar precedido de una cláusula compromisoria) y la dación y recepción de los árbitros, tenemos el procedimiento arbitral.¹² Es por esto que la institución que nos ocupa puede ser objeto de diversas ramas del Derecho. Fundamentalmente, sin embargo, puede considerarse que presenta dos tipos de aspectos: de fondo y procesales.¹³ Aquí nos limitaremos a la sistematización de los aspectos sustanciales; trataremos los procesales únicamente en la medida de su incidencia en la situación de fondo, sea en cuanto a su relevancia, validez, eficacia o efectividad.¹⁴

Sin pretender por ahora una delimitación detallada de las particularidades del arbitraje, conviene recordar dos características esenciales,¹⁵ que permiten distinguirlo de instituciones vecinas, tales como las cuestiones periciales y la propia vía judicial; estos caracteres son: en primer lugar la existencia de un poder jurisdiccional a cargo de un

6. V. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 27.

7. SANDERS, Pieter, *Trends in the field of international commercial arbitration. Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haya*, 1975-II, Leyden, A.W. Sijthoff, 1976, pág. 215.

8. *Op. ult. cit.*, pág. 213.

9. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 1.

10. *Op. ult. cit.*, pág. 4.

11. *Op. ult. cit.*, pág. 20.

12. V. CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, pág. 633.

13. "... plus nombreux sont ceux qui pensent, qu'en réalité l'arbitrage est une institution sui generis, de nature hybride, empruntant certains caractères au droit contractuel, et certains autres au droit de procédure. . ." FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 9.

14. Cabe destacar que el nuevo Código Civil peruano ha optado por legislar la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral en sus aspectos estrictamente contractuales, quedando el procedimiento arbitral, propiamente dicho, sometido al Código de Procedimientos Civiles. V. CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, pág. 627.

15. Destacadas por FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 5.

tercero;¹⁶ en segundo lugar, la existencia de un acuerdo de voluntad de las partes sobre un conflicto potencial o actual.

Por su parte, el arbitraje comercial internacional presenta peculiaridades: por una parte, el arbitraje en materia de comercio internacional (a diferencia del arbitraje de Derecho Internacional Público) es arbitraje de Derecho Privado.¹⁷ La autonomía privada puede predeterminar la existencia de jurisdicciones específicas y dotar a determinados sujetos u órganos de la competencia suficiente para que sus decisiones puedan tener el mismo efecto preclusivo¹⁸ de la "cosa juzgada". Por otra parte, es "internacional", lo cual significa que hay algún elemento extraño que impide afirmar el carácter local de la controversia; por ejemplo, cuando una de las partes contratantes es extranjera o cuando los efectos del convenio se producen en el extranjero; en fin, cuando existe una conexión con una legislación distinta de la interna o se utilicen otros criterios para determinar su internacionalidad,¹⁹ como el de la traslación internacional de bienes (en sentido amplio) en el comercio. De conformidad con la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (artículo 1) un arbitraje es internacional si: a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual

el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del arbitraje está relacionada con más de un Estado.

b) Ventajas.

Muchas de las ventajas que se suelen atribuir a la vía arbitral frente a la vía judicial no son realmente tales necesariamente.

Frente a la defendida "economía" que se atribuye a la institución,²⁰ se ha afirmado que no es evidente que su costo sea necesariamente más bajo, pues esto dependerá del objeto del litigio y del personal del arbitraje²¹ y que más bien en este aspecto podría pensarse en una desventaja, por la simple razón de que los árbitros deberán ser pagados por sus servicios, lo que no ocurre con los jueces.²²

Frente a la afirmada mayor velocidad,²³ se ha sostenido que en muchos casos un arbitraje puede durar varios años.²⁴ Esto es particularmente cierto en los casos en que una de las partes se niegue a colaborar, por ejemplo en cuanto a la formalización del compromiso, en cuanto a la designación de los árbitros, en cuanto a la aceptación de su competencia, o bien, cuando se discuta la validez y eficacia del compromiso o del propio laudo y cuando se pongan obstáculos para su ejecución, en especial en los casos de ejecución extraterritorial mediante el exequátur.

Se suele afirmar, igualmente, que otra de las ventajas es la posibilidad de designar expertos en el campo específico de que se trate;²⁵ frente a esta pretendida ventaja se puede considerar que la misión del árbitro es esencialmente "decir el Derecho" en el litigio que se le somete ¿está realmente

16. V. CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, pág. 632. Sobre la distinción con la actividad pericial V. PARRIS, John, *Casebook of Arbitration Law*. Goldwin, Portsmouth, G.B. 1976, pág. 3.

17. SIQUEIROS, José Luis, *El arbitraje como solución de controversias en el comercio internacional*. Memoria del simposio sobre arbitraje, comercio internacional y Derecho Marítimo. Instituto Mexicano de Comercio Exterior.

18. FALZEA, *Eficacia Jurídica*, *op. cit.*, supra 3, pág. 322.

19. SIQUEIROS, *op. cit.*, supra 17, pág. 18 y LABANCA, Jorge, *La venta internacional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, pág. 26.

20. V. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 1; FURNISH, Dale Beck, *Commercial arbitration agreements and the Uniform Commercial Code*, California Law Review, vol. 67, number 2, march, 1979, pág. 319.

21. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 2.

22. SANDERS, *op. cit.*, supra 7, 217.

23. FOUCHARD, *loc. ult. cit.*, FURNISH, *loc. ult. cit.*

24. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 2.

25. SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 215; RAY, José Domingo, *La responsabilidad del transportista en las reglas de Hamburgo y la solución arbitral de las controversias*. Memoria. Simposio, *op. cit.*, supra 17, págs. 55 a 58.

mejor capacitado para una función jurisdiccional un técnico que un Juez profesional? No necesariamente.

Sobre otras ventajas que se le apuntan no ofrecemos reparo; tales son los casos en que se afirma como una de ellas la "privacidad",²⁶ o la superación de los problemas de Derecho Internacional Privado, en particular en cuanto a conflicto de leyes y definición de competencia²⁷ con la aplicación de los usos del comercio internacional o del Derecho Positivo que determinen las partes, cuando esto sea permitido.

En los casos de arbitraje "ad hoc" donde las partes sean cuidadosas en la determinación del procedimiento, o en los casos de arbitraje administrado puede considerarse como ventaja adicional el conocimiento de reglas procesales comunes por parte de los involucrados; en la segunda hipótesis una ventaja adicional sería la posibilidad de conocimiento de las tendencias jurisprudenciales, gracias a la publicación de algunos extractos de laudos. La posibilidad de reglas procesales conocidas por ambos "no es algo que pueda afirmarse de la vía judicial, con cuyas reglas al menos una de las partes probablemente no estará familiarizada".²⁸

Si se confronta el litigio judicial con el juicio arbitral se puede observar una diferencia radical: el primero tiene su origen en el ejercicio de un derecho potestativo legal que crea un estado de sujeción procesal, mientras que el segundo se origina en el consentimiento. El origen mismo del juicio arbitral es convencional y, por esto, tendencialmente conciliatorio, a diferencia del sentido esencialmente contencioso de la vía judicial.

Es aquí donde encontramos la principal ventaja si valoramos la posibilidad de continuación de

las relaciones comerciales como un aspecto positivo dentro del marco de valores del Ordenamiento y de las relaciones internacionales.

La conclusión es clara:

"Las ventajas de este modo de solución de conflictos son mayores que sus inconvenientes".²⁹

c) Tipos.

De conformidad con la nueva Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional³⁰ "arbitraje significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo".

A pesar de esto, es claro que la amplitud generalmente reconocida a las partes en la programación de intereses³¹ se manifiesta en forma diversa según se acuda al arbitraje administrado o al arbitraje "ad hoc"; el segundo es el que presenta mayores dificultades, a menudo derivadas de omisiones en el mismo acuerdo de arbitraje; deben tenerse respecto a esta modalidad cuidados especiales, tales como la escogencia, número y clara designación de los árbitros, el lugar del arbitraje, su idioma, los trámites que deben cumplirse en el procedimiento y las normas o recopilaciones de usos a que se someten las partes.³² En el caso del arbitraje administrado, si bien es un organismo el que se encarga de la determinación de la mayor parte de los aspectos mencionados, las partes pueden establecer disposiciones especiales.

Además de las instituciones arbitrales, las facilidades para el arbitraje comercial internacional se han visto incrementadas por reglas elaboradas por las Naciones Unidas, puestas a la disposición de las partes que quieran remitirse a ellas.³³

26. FURNISH, Dale Beck, *Arbitration and long-term commercial agreements*. *The American Journal of Comparative Law*. Vol. 26 (supplement), 1978, pág. 123, SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 216.

27. V. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 3; HUYS, Marcel y KEUTGEN, Guy, *L'arbitrage en Droit Belge et international*. Bruylant, Bruxelles, 1981, pág. 443.

28. SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 215.

29. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 445.

30. Asamblea General. Documentos oficiales. Cuadragésimo periodo de sesiones. Suplemento núm. 17 (A/40/17). Naciones Unidas, art. 2.

31. Sobre el negocio jurídico como programación de intereses V. CAMPAGNA, L., *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*. Milano, 1958, pág. 55. PANUCCIO, Vincenzo, *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*, Giuffrè-ed, Milano, 1966, pág. 313. BARCELLONA, Pietro, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1965, pág. 150. BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1968, pág. 116 *cit.*, p. PÉREZ, Víctor, *La interpretación de los contratos en la jurisprudencia nacional y en la doctrina*. Revista Judicial núm. 4, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, Junio de 1977, pág. 59.

32. V. MENTSCHIKOFF, Soia, *Commercial arbitration*, *Columbia Law Review*, vol. 61, núm. 5, may, 1961. V. PARRIS, *op. cit.*, supra 16, pág. 106.

33. V. SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 214.

Junto a ésta se suelen hacer otras clasificaciones: así, se distingue el arbitraje doméstico del internacional; la distinción tiene importancia para los países donde hay reservas a la plena aceptación positiva del arbitraje en los que, sin embargo, se nota una apertura si es internacional.³⁴ Otra distinción que se hace es la de árbitros que deciden de acuerdo a reglas jurídicas y los llamados amigables componedores ("amiables compositeurs"); aunque el segundo goza de mayor libertad, la diferencia entre ambos no es realmente tanta.³⁵

2. Lo comercial.

El problema de la determinación del sentido de lo "comercial" en el arbitraje comercial internacional topa con la gran discusión teórica y práctica sobre la comercialidad en general.

Para algunos son comerciales los comportamientos cuya causa final sea lucrativa; otros con un criterio subjetivo afirman que son los realizados por los comerciantes; para otros la especificidad está en el carácter masivo del comportamiento mismo.³⁶ Hoy se tiende a afirmar como eje de lo mercantil a la empresa.³⁷

El tema de la comercialidad es central y sobre él no hay definición doctrinaria unánime;³⁸ la ulterior especificación de la "comercialidad internacional" encuentra los mismos obstáculos; se ha propuesto, por ejemplo, caracterizar las operaciones de comercio internacional como "movimientos de bienes, de servicios o de monedas a través de la frontera".³⁹

La nueva Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional ha preferido una posición amplia; de conformidad con su propio texto (incorporado por nota al pie): "Debe darse una interpretación amplia a la expresión 'comercial' para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relacio-

nes de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro ('factoring'), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ('leasing'), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera".

En el campo del comercio internacional se ha hablado de un verdadero Derecho "anacional", donde los árbitros juegan un papel preponderante; este Derecho está constituido por reglas "que prefiguran un verdadero Derecho común de las naciones".⁴⁰

Una evidencia relevante de lo expuesto se encuentra en la propia jurisprudencia de la Corte de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sus constantes referencias a los usos del comercio internacional, habiéndose llegado a hablar de los principios que deben regir la aplicación de la Lex Mercatoria (equidad en las prestaciones contractuales, buena fe, diligencia, etc.).⁴¹

En síntesis, un elemento que permite vislumbrar la hipótesis de un Derecho del Comercio Internacional, a pesar de la imposibilidad de desligar enteramente el mismo arbitraje de los ordenamientos nacionales y de las jurisdicciones estatales (por ejemplo para el arbitraje forzoso o para la ejecución extraterritorial de los laudos), es la existencia de una universalizante Lex Mercatoria: el comercio internacional y especialmente la compraventa internacional, se rigen cada vez más por usos, por

34. SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 226.

35. *Op. ult. cit.*, págs. 238 y 243.

36. V. KOZOLCHYK-TORREALBA, *Curso de Derecho Mercantil*. Texto y material de estudio, la compraventa mercantil, tomo II, Facultad de Derecho, U.C.R., San José, 1968, pág. 2.

37. V. PANUCCIO, Vincenzo, *Impresa*, Enciclopedia del Diritto. TORRES y TORRES LARA, *Hacia la unificación del Derecho Civil y Mercantil. El Derecho de la empresa*. Separata de la Revista peruana de Derecho de la empresa, 1985.

38. V. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 12.

39. *Op. ult. cit.*, pág. 15.

40. V. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, págs. 544, 545.

41. V. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 595. Entendiéndose por *Ley Mercatoria*: "Law merchant" o "commercial law" BLACK'S Law Dictionary, Fifth edition, West Publ. Minn. pág. 821.

costumbres propias. . . fuentes de Derecho Internacional que sustituyen a las viejas leyes, demasiado antiguas o demasiado alejadas de las preocupaciones actuales de los prácticos del comercio internacional.

3. Lo "internacional" y los problemas de unificación.

En diversos sectores de la vida jurídica se ha planteado la alternativa entre el logro de un convenio para una ley uniforme o la delimitación de las reglas de conflicto, para dar respuesta a los problemas que presenta la diversidad de ordenamientos.⁴²

En relación con el arbitraje se ha intentado este doble sendero:

Sobre la primera vía la doctrina ha manifestado reservas: por un lado, por las divergencias de principios de los distintos sistemas jurídicos, considerados desde el punto de vista del Derecho Comparado; también, por otro, a causa de las tendencias y disposiciones positivas diferentes, todo lo cual hace difícil la tarea unificadora. Piénsese, por ejemplo, en las divergencias en cuanto a la interpretación extensiva o restrictiva de los acuerdos de arbitraje, o en los requisitos sustanciales y formales de los laudos. Así, "además de las divergencias de principio, se manifiestan tantas particularidades en cada uno de los países que el reto de la unificación parece insuperable"⁴³ y, aunque se admite que la idea es seductora y parece simple, en sus últimas consecuencias, ella llega a resultados extremadamente complejos y muy discutibles.⁴⁴

La segunda ruta ha sido, en cambio, considerada como más factible, más realista y por ello ausplicable preferentemente, aunque se reconoce que, con la excepción del Código Bustamante, los acuerdos regionales en este sentido hacen que el intento sea básicamente doctrinal.⁴⁵

La anterior disyuntiva no es de obligado curso. Desde 1975 Sanders insistía en La Haya en que

"la causa en pro del arbitraje y su armonización bajo diferentes leyes nacionales sería mejor servida mediante la redacción de una ley modelo".⁴⁶ Este anhelo se ha logrado con la reciente Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en cuyo proceso de elaboración se realizó una compilación analítica de observaciones, teniéndose como consideración final el funcionamiento eficiente del arbitraje comercial internacional. Se definió entonces, como preferible, la forma de "ley modelo" y no la forma de "convención".⁴⁷

Aunque la mayor parte del articulado de la nueva Ley Modelo se refiere al arbitraje desde el punto de vista procesal, la "Ley" contiene importantes disposiciones que se refieren a los aspectos de fondo del acuerdo de arbitraje, aspectos cuya sistematización es el propósito del presente trabajo. En efecto, ella regula temas como el carácter "comercial" del arbitraje comercial, lo mismo que su "internacionalidad", afirma el respeto a los criterios nacionales sobre la "arbitrabilidad", delimita el concepto de "acuerdo de arbitraje", sus formas, refiriéndose incluso a la forma "per relationem", los efectos del acuerdo de arbitraje, la capacidad del árbitro, los términos previstos en el acuerdo, la autonomía de éste con respecto al contrato al cual se refiere, la ley aplicable y, en particular, la referencia necesaria, "en todo caso" (art. 28-4) a los usos mercantiles aplicables; además: los efectos de la transacción sobre el arbitraje, las repercusiones de la invalidez por incapacidad de las partes o por ausencia de arbitrabilidad del litigio sobre el reconocimiento y ejecución del laudo, o por decidir éste controversias no previstas en el acuerdo de arbitraje. Es interesante recordar que ella establece en su artículo 28 (inciso 4) que "en todos los casos el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso".

42. Así, por ejemplo en la Reunión de expertos sobre adopción de menores, Instituto Interamericano del Niño, OEA, Quito, 7 al 11 de marzo de 1983.

43. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 31.

44. *Op. ult. cit.*, pág. 32.

45. *Op. ult. cit.*, pág. 32.

46. SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 281.

47. V. LEY MODELO. COMISIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. 21 de junio de 1985.

II. ELEMENTOS, EFICACIA Y PATOLOGÍA DEL CONTRATO DE ARBITRAJE

A. EL ACUERDO DE ARBITRAJE FRENTE A LA TEORÍA DEL NEGOCIO JURÍDICO

Nos proponemos mostrar la utilidad de estudiar el acuerdo de arbitraje a la luz de la teoría del negocio jurídico. Si aceptamos la ubicación del acuerdo de arbitraje dentro de los contratos (y no podría ser de otra manera si entendemos el contrato como el negocio jurídico bilateral o plurilateral de contenido patrimonial), no hay duda alguna en cuanto a que, con las especificaciones del caso, al acuerdo de arbitraje son aplicables los principios y reglas propios de la doctrina del negocio jurídico, así como su marco conceptual; en particular, la doctrina general del contrato, lo mismo que las reglas generales de los contratos serán a él referibles.⁴⁸

Para los fines de la sistematización de la materia resulta insuficiente una lista indiscriminada de las llamadas "condiciones de validez", tal como se suele hacer, siguiéndose la imperfección de los datos positivos, indicándose como tales la capacidad, el objeto cierto, el consentimiento, etc.,⁴⁹ puesto que en todo problema jurídico conviene distinguir los presupuestos, el supuesto y los efectos.

Por otra parte, las diversas formas patológicas que puede revestir el acuerdo de arbitraje se ubican en distintos momentos de la vida de este contrato, ubicación que tiene múltiples consecuencias. En algunos casos la deficiencia que merece una valoración negativa antecede al contrato mismo (como cuando las partes —o una de ellas— carecen de la capacidad de actuar, necesaria para su celebración); en otros casos la patología y el perfeccionamiento del vínculo son estrictamente concomitantes (como en los casos de falta de voluntad o de vicios del consentimiento);⁵⁰ en otros casos, en cambio, la ausencia de eficacia jurídica obedece a los ocu-

rridos en un momento posterior al perfeccionamiento del vínculo, pero anterior a su eficacia (como cuando un árbitro designado "intuitu personae" no acepta), o bien, en otros casos, la eficacia final no se produce porque falta completar el supuesto, mediante la determinación del objeto del arbitraje. Lo mismo puede decirse de las causas de extinción del arbitraje. "La convención de arbitraje está sometida a las causas de extinción que afectan a todos los contratos, como su misma ejecución",⁵¹ sin negarse sus particularidades, según veremos.

Es a partir de las anteriores constataciones que afirmamos la utilidad científica (y prelegislativa) de la teoría del negocio jurídico con referencia al contrato de arbitraje. Ella ayudará a trazar algunos lineamientos que escapan a la observación, por la imperfección de los datos positivos, sin perjuicio de las ulteriores constataciones de hecho. El propio Rodotá ha aceptado la utilidad del marco teórico que ofrece esta doctrina "para la reconstrucción unitaria de un conjunto de figuras".⁵²

No se trata de un regreso a la "Jurisprudencia conceptualista" ("Begriffjurisprudenz"), sino de un aprovechamiento de su aporte sistemático, el cual debe integrarse, en nuestro caso, con las necesidades, intereses y valores del comercio internacional.

1. Cláusula compromisoria, contrato preliminar de arbitraje, compromiso y acuerdo de arbitraje.

Antes de pasar al estudio sistemático del arbitraje, conviene precisar el sentido y alcances que hemos dado a los términos, acuerdo de arbitraje o convención arbitral, cláusula compromisoria, contrato preliminar de arbitraje y compromiso arbitral.

Para efectos de iniciar el tratamiento del tema podemos plantearnos el interrogante de si la llama-

48. V. ROBERT, Jean, *Arbitrage Civil et Commercial en Droit interne et international privé*, Dalloz, París, 1967, pág. 65.

49. Tradicionalmente los códigos y la doctrina han establecido como estructura elemental del contrato cuatro aspectos: consentimiento, capacidad, objeto y causa. V. CARBONNIER, Jean *Derecho Civil, II, II*, Bosch, Barcelona, 1971, pág. 156 V. en general: STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE. *Arbitration in Sweden*, Stockholm, 1977.

50. "L'existence et la validité de la convention d'arbitrage son subordonnées au respect d'un certain nombre de conditions . . . Elles s'ajoutent aux conditions requises pour tous les contrats" HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 43.

51. HUYS, *op. ult. cit.*, pág. 151.

52. RODOTÁ, Stefano, *Il Diritto Privato nella società moderna*. Il Mulino, Bologna, 1971, pág. 208.

da cláusula compromisoria es un precontrato, o más bien, un contrato de objeto indeterminado, pero determinable.

Es importante distinguir diferentes supuestos para contestar esta pregunta:

Si *únicamente* falta el objeto y el acuerdo de arbitraje ha precisado todos los demás aspectos, si estaremos frente a un caso de ineficacia originaria por indeterminación objetiva. En realidad es poco usual este supuesto ya que normalmente en el contrato preliminar de arbitraje o cláusula compromisoria faltan también otros aspectos del contrato "principal", tales como la designación de los árbitros o la indicación del procedimiento. Este primer caso sería el de una cláusula compromisoria en la que el objeto quedaría definido una vez que surjan las controversias.⁵³

Si ya las partes han determinado el objeto de la controversia, estaremos, no ya ante un contrato preliminar de arbitraje o una cláusula compromisoria, sino ante un compromiso.

En este caso no necesariamente habrá eficacia inmediata, pues las partes pueden haber establecido algún mecanismo para la futura designación del árbitro; se trata entonces de un caso de ineficacia originaria por indeterminación subjetiva, la cual se mantiene mientras el árbitro no acepte, pues hasta ese momento no nace, realmente, la sujeción a su competencia. La dación y aceptación del árbitro vienen a completar el compromiso arbitral especificando sus destinatarios: al completarse el supuesto surge el efecto final: la referida sumisión. No es que antes no haya eficacia jurídica; ya había una situación de hecho relevante para el Derecho y ya el Derecho había puesto a disposición de las partes una eficacia preliminar, cautelar, cuya justificación es la de garantizar la situación final: tal es el sentido de los efectos instrumentales preliminares, como la posibilidad de exigir la formalización

del compromiso arbitral si únicamente existe una cláusula compromisoria (si es que el sistema lo permite), la posibilidad de que la parte judicialmente demandada oponga la excepción de compromiso y la posibilidad de obtener judicialmente el nombramiento del árbitro cuando una de las partes se niega a dar cumplimiento al sistema de designación acordado. Esta eficacia preliminar y cautelar puede explicarse claramente con la teoría de la relevancia jurídica.⁵⁴

Si la cláusula compromisoria (o el contrato preliminar de arbitraje) no es más que un "compromiso de celebrar un compromiso", contrato preparatorio, o precontrato, en este caso no estaríamos ante un contrato con ineficacia originaria por indeterminación objetiva o subjetiva, sino ante un contrato preliminar⁵⁵ autónomo, aunque se encuentre materialmente incorporado en otro contrato (por ejemplo de compraventa, de fletamento, etc.); solo en este último caso cabe hablar con propiedad de "cláusula compromisoria".

Así las cosas, no parece del todo recomendable atenuar la distinción entre estos contratos, como es la tendencia,⁵⁶ ya que los correspondientes supuestos, según se ha analizado, lo mismo que sus respectivos efectos son distintos.

La diferencia entre las dos figuras es clara si se observa, además de lo expuesto que:

No es necesario que el compromiso se encuentre precedido por una cláusula compromisoria o de un contrato preliminar de arbitraje; del mismo modo, una cláusula compromisoria, sin necesidad de compromiso, puede llevar al arbitraje en ciertos casos.⁵⁷

De tal modo, el compromiso es "el acto por el cual las partes afirman su voluntad de escapar a las jurisdicciones de derecho común que las divide y

53. CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, pág. 638.

54. V. FALZEA, *op. cit.*, supra 3.

55. CÁRDENAS asigna los siguientes caracteres al compromiso de contratar: el objeto está dado por la celebración de un futuro contrato, efectos futuros, es contrato preparatorio, debe tener los elementos esenciales del contrato definitivo, puede ser principal o accesorio (sin negarle su autonomía, es precontrato exigible judicialmente). *Op. cit.*, supra 1, pág. 640.

56. Sobre la tendencia a atenuar la importancia de la distinción v. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 447 y ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 129. Sobre el uso de la expresión "Convención arbitral" v. FOUCHARD *op. cit.*, supra 4, pág. 53. La Ley Modelo de CNUDMI en su artículo 7 regula el "acuerdo de arbitraje" como concepto amplio que cubre diversas posibilidades: "El acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente".

57. V. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 54 y HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 151.

por la cual ellas especifican las condiciones bajo las cuales ellas pretenden regular este litigio por medio de árbitros".⁵⁸

"Mediante el contrato de compromiso arbitral, dos o más partes acuerdan voluntariamente que una controversia *determinada*, existente entre ellas, materia o no de un juicio, sea resuelta por uno o más terceros (el o los árbitros) a los que designan, sometiéndose expresamente a su jurisdicción y decisión".⁵⁹

La distinción es aún más clara si se enfatiza el hecho de que "la cláusula compromisoria se diferencia del compromiso en que aquella es un acuerdo de las partes anterior a todo diferendo, de someter a los árbitros aquel que eventualmente pueda surgir entre ellas, mientras que el compromiso supone un litigio ya existente y exige la especificación de éste y el nombramiento de los árbitros. La cláusula compromisoria es esencialmente, más bien, un contrato preparatorio"... "La cláusula compromisoria y el compromiso se diferencian entre ellos como la promesa de hacer se diferencia del hacer".⁶⁰

Se ha hecho notar que ambos contratos tienen inclusive causas de extinción diferentes.⁶¹

Es claro que en muchos casos los dos contratos se producen como resultado de un único acuerdo; imaginemos un compromiso donde se somete al arbitraje un litigio y "los que puedan surgir en el futuro entre las partes con respecto a una relación jurídica"; tal contrato será al mismo tiempo "compromiso" con relación al litigio dado y "cláusula compromisoria" con relación a los futuros litigios siguiendo la perspectiva tradicional; sin embargo, a nuestro juicio, en el segundo caso (si se han especificado los demás aspectos) se trata de un contrato cuyo objeto es indeterminado, pero determinable; por ello válido, pero ineficaz mientras no se pro-

duzca el elemento marginal (determinación del objeto).

2. La autonomía del contrato de arbitraje.

Antes de pasar al tema de los presupuestos, elementos y efectos del acuerdo de arbitraje, conviene recordar su importancia en el campo del comercio internacional; de acuerdo con Fouchard, la cláusula arbitral es particularmente frecuente en éste; aunque no se han podido establecer estadísticas, algunos especialistas consideran que alrededor de un ochenta por ciento de los contratos del comercio internacional contienen una cláusula compromisoria.⁶²

Uno de los temas donde, a pesar de divergencias en el Derecho Comparado, se nota una tendencia hacia la unificación de criterios es el relativo a la autonomía de la convención arbitral, en cuanto contrato con efectos propios; o sea, autonomía con respecto al contrato al cual se incorpora.

Algunos países latinoamericanos (Ecuador, Panamá, Brasil y Chile)⁶³ conservan todavía la posición clásica de la unidad entre el contrato base y el contrato de arbitraje. Dentro de la teoría clásica la cláusula compromisoria o el compromiso permanecen vinculados en su existencia a la existencia del contrato al cual se refieren.⁶⁴

Esta tesis ha tenido manifestaciones en la jurisprudencia europea, en particular belga⁶⁵ y también en la jurisprudencia norteamericana con anterioridad al célebre caso "Prima Paint Corp. vs. Flood and Conklin Manufacturing Co.", cuando aún las más claras cláusulas arbitrales eran a menudo atacadas... como una táctica dilatoria... "la mera alegación era suficiente".⁶⁶

Frente a esta situación se tomó conciencia de que "solamente si las cláusulas de arbitraje eran

58. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 65; CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, pág. 627.

59. CÁRDENAS, *op. cit.*,

59. CÁRDENAS, *op. ult. cit.*, pág. 641.

60. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 125.

61. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 156.

62. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 54.

63. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 469.

64. V. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 181.

65. "Longtemps la jurisprudence belge arguant du caractère accessoire de la clause compromissoire avait subordonné ses effets à l'existence et à la validité du contrat principal (Trib. comm. Anvers, 30 avril 1954; C. app. Bruxelles, 1^{er} octobre 1961; C. app. Bruxelles 23 septembre 1963; Trib. Civ. Verviers, 12 octobre 1965)" HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 148.

66. FURNISH, *op. cit.*, supra 20, pág. 321.