

separables del contrato 'container' y sujetas a un control separado de validez podría el arbitraje ser preservado contra este tipo de estrategia".⁶⁷

Actualmente por el contrario, prevalece otra tesis en los diferentes sistemas del Derecho Comparado analizados; son muchos los países que admiten una completa autonomía.

En Francia, por ejemplo, la Corte de Casación la ha admitido, excluyendo que la convención arbitral pueda estar afectada por una eventual invalidez de la convención principal.⁶⁸

En Estados Unidos de América el principio es reconocido a nivel federal con relación a los casos de arbitraje comercial internacional⁶⁹ como ya se ha aclarado. Lo mismo ha ocurrido en Holanda y la República Federal de Alemania.⁷⁰

En América Latina el principio es de amplia aceptación, con algunas pocas excepciones; incluso, está contenido en el Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.⁷¹

Del mismo modo la jurisprudencia de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ha admitido la autonomía.⁷²

Entre las razones que se han mencionado para dar fundamento a la autonomía encontramos:

Sostener que la cláusula compromisoria es un contrato preparatorio importa, por lo mismo, que es también un contrato completo, con un carácter obligatorio bien definido.⁷³

No necesariamente se produce en forma concomitante con el contrato al cual se refiere. Puede preexistir o ser agregada.⁷⁴

La separabilidad (como la denomina la jurisprudencia norteamericana) resulta confirmada si se piensa que el contrato y el acuerdo de arbitraje que a él se incorpora pueden hasta estar regidos por leyes diferentes.⁷⁵

"Lo importante es fijar firmemente la idea de que el acuerdo de arbitraje no es un mero agregado de otro contrato, por ejemplo de venta, sino que es el punto de partida para un análisis independiente".⁷⁶ "La razón de fondo, por la cual el principio de la autonomía es consagrado en materia internacional reside en el hecho de que la cláusula compromisoria no es una estipulación accesoria (en el sentido de dependiente) de la convención 'principal' en la que se coloca. . .".⁷⁷ No es posible dudar de la naturaleza contractual, así como de su autonomía. . . Son de este parecer muchos autores; entre ellos Codovilla, Mortara, Vecchione, Andrioli, y D'Onofrio.⁷⁸

La doctrina de la autonomía ha sido consagrada en la nueva Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en cuyo artículo 16 se lee: "...una cláusula compromisoria, que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso iure la nulidad de la cláusula compromisoria".

B. PRESUPUESTOS Y ELEMENTOS DEL CONTRATO DE ARBITRAJE.

1. Presupuestos.

Tradicionalmente, la doctrina ha carecido de conciencia de la diferencia entre los presupuestos y los elementos del contrato. Para aclararla parece oportuno recordar que los dos fenómenos capaces de ligar un supuesto jurídico con sus efectos (y un hecho concreto con las situaciones jurídicas que de

67. *Loc. ult. cit.*

68. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 182.

69. PRIMA PAINT. . . U.S. Supreme Court, 12 junio de 1967 (388 US 395, 1967); Yearbook on Commercial Arbitration, T. II, 1977, pág. 123, cit. p. HUYS, *op. cit.*, supra 48, pág. 486.
V. tamb. SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 278 y FURNISH, *op. cit.*, supra 20, págs. 318, 322 y 338 (Commercial).

70. *Loc. ult. cit.*

71. *Loc. ult. cit.*

72. Sentence CCI, 1970, núm. 1507, CLUNET, 1974 pág. 913 y DERAIS, sent. CCI, 1976, núm. 2476 CLUNET, 1977, pág. 936. cit. p. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 469.

73. V. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 158.

74. *Op. ult. cit.*, pág. 153.

75. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 67.

76. FURNISH, *op. cit.*, (commercial), supra 20, pág. 339.

77. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 183.

78. CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, pág. 642.

él derivan) son el sujeto y el objeto,⁷⁹ el primero necesario, el segundo posible. Estos fenómenos pueden carecer de determinación y aun de existencia en el momento de la celebración de un negocio jurídico, siempre que se encuentren determinados y presentes al momento de la eficacia, o sea el momento del nacimiento de los derechos, obligaciones, cargas y otras situaciones jurídicas que puedan surgir de aquél.

Los requisitos relativos a estos fenómenos se configuran como presupuestos de validez o de eficacia del contrato; hablamos, con relación a ellos, de presupuestos subjetivos y presupuestos objetivos, respectivamente.

La ausencia de estos presupuestos da lugar a diversas situaciones:

Así, la ausencia de capacidad de actuar puede conducir a la nulidad o anulabilidad del contrato; también aspectos relativos al sujeto pueden incidir sobre el momento de la eficacia por ejemplo en los casos de negocio con sujeto futuro, o a designarse por un tercero, o cuya manifestación de voluntad debe esperarse; en estos casos, más que un problema de validez, lo que se presenta es una situación de ineficacia originaria.

En cuanto a los presupuestos objetivos, la existencia, la posibilidad, la licitud, por ejemplo, se presentan como requisitos de validez; la determinación, en cambio es un requisito de eficacia; esto último ocurre claramente en los casos de negocio sobre objeto futuro (es el caso de la cláusula compromisoria), o se designa en forma genérica (por ejemplo en el caso de venta de cosas fungibles) o se espera su indicación por un tercero.⁸⁰ Es necesario, sin embargo, para la validez, que el objeto sea determinable.

Cuando hablamos de "elementos" del contrato, en oposición a sus presupuestos, nos referimos a las realidades significantes y significadas y a su sentido axiológico en el momento de perfeccionamiento del vínculo o de nacimiento de la relevancia jurídica del contrato; desde este punto de vista nos limitamos a tres elementos esenciales: la voluntad (o consentimiento, en los contratos), la forma (simbólica o manifestativa) y la causa justa.

Cuando se presenta una patología (falta o vicio) en estos elementos, la validez del contrato resulta afectada.

Tal es en síntesis, el sentido de la distinción que hacemos entre presupuestos y elementos del negocio.

Específicamente nos interesa mostrar la utilidad de este enfoque para dar respuesta a muchos de los interrogantes que pueden surgir con ocasión de la convención arbitral en el campo del comercio internacional.

Las premisas expuestas permiten dilucidar la relación entre la cláusula compromisoria (o el contrato preliminar de arbitraje) y el compromiso arbitral.

La tutela directa de la cláusula compromisoria es de tipo instrumental; su propósito es anticipar y provocar el arbitraje como vía de solución de conflictos.

Aunque para fines prácticos puede ser suficiente la existencia de una cláusula compromisoria (o de un contrato preliminar de arbitraje con objeto indeterminado, pero determinable), sin pasar por un verdadero compromiso, para llegar al arbitraje (forzoso); o bien puede ser suficiente la existencia de un compromiso, sin estar precedido por una cláusula compromisoria y pareciera que desde este punto de vista pudiese hablarse genéricamente de "convención arbitral" o "acuerdo de arbitraje", la verdad es que el análisis no puede prescindir de las anteriores consideraciones que revelan la diferencia de supuestos y efectos entre estos dos contratos.

La cláusula compromisoria donde únicamente queda por determinar el objeto del litigio puede equipararse, eso sí, a un compromiso incompleto por indeterminación objetiva. La determinación del objeto deberá realizarse posteriormente, sea con el acuerdo de las partes o, donde se permita, mediante la solicitud de arbitraje forzoso.

El compromiso, a su vez, aunque contrato perfecto y válido, tiene su eficacia condicionada a la producción de otro hecho: la aceptación del árbitro, con la cual se produce la investidura en su competencia; esto hace comprensible el impedimento de la eficacia cuando el árbitro designado

79. Sobre el papel del sujeto como punto de conexión necesario entre hecho y efecto y del objeto como punto de conexión posible v. FALZEA, Angelo. *Il fatto naturale. Voci... op. cit. supra* 3, pág. 411 y en especial del mismo autor *Efficacia Giuridica*, en el mismo volumen, pág. 291.

80. V. SCALISI, Vincenzo, *Inefficacia, Diritto Privato*. Enciclopedia del Diritto, Giuffrè-ed, Milano, 1971, pág. 342; FALZEA, Angelo, *La Condizione*, Giuffrè-ed, Milano, 1941, págs. 305, 307 y 313.

"intuitu personae" muere antes de haber aceptado el encargo.

Se trata, pues, de dos contratos distintos cuyos elementos de eficacia son diferentes, por lo que no parece del todo útil asimilar bajo un mismo concepto estas dos figuras: en el primer supuesto la ineficacia originaria depende de la indeterminación objetiva; en el segundo de la indeterminación subjetiva.

a) *Presupuestos subjetivos.*

i) *Capacidad de actuar.*

Dentro de los presupuestos subjetivos destaca la capacidad de actuar en el caso de las personas físicas y la competencia del órgano en las personas jurídicas.

Como en toda promesa de contrato la capacidad citada es necesaria en el contrato preliminar de arbitraje; con igual razón en el compromiso arbitral.⁸¹

Entran aquí en juego todas las consideraciones normales para los casos de representación de sujetos incapaces de actuar y los de representación voluntaria.⁸² En relación con los primeros es usual que para que el representante legal necesario pueda transigir o comprometer en arbitraje una situación se requiera de una autorización judicial, pues se trata de un verdadero acto de disposición y no de mera administración.

La distinción entre capacidad y poder de representación se comprende si se piensa que la primera es uno de los requisitos del poder de comprometer con acto propio (facultad de disposición, en la terminología de Pugliatti), mientras que el "poder" es la aptitud para comprometer a nombre ajeno.⁸³

También dentro del marco de los presupuestos subjetivos debe ubicarse la problemática de la capacidad para someterse al arbitraje que pueden tener los entes públicos en materia de comercio internacional,⁸⁴ confirmada reiteradamente por la jurisprudencia.⁸⁵

ii) *Legitimación.*

Junto a la capacidad de actuar debemos colocar como presupuesto subjetivo la legitimación; ésta designa una determinada posición del sujeto con referencia a particulares situaciones y, más precisamente, con referencia al objeto o al otro sujeto de la relación,⁸⁶ lo que ocurre, por ejemplo, cuando el menor no puede transigir con su tutor cuando adquiera la mayoría, sino bajo ciertas condiciones.⁸⁷

iii) *En particular, sobre la capacidad del árbitro.*

En cuanto a la capacidad del árbitro no basta afirmar que ésta es otro de los presupuestos subjetivos. Varios supuestos son posibles:

Puede ocurrir que en el momento de la convención arbitral el árbitro no tenga la capacidad de actuar; por ejemplo, puede tratarse de un menor a punto de adquirir la mayoría o de un sujeto que ya se ha curado de una incapacidad mental y está a punto de obtener el levantamiento de su interdicción. En tales ejemplos, la adquisición de la capacidad por el árbitro (junto con su aceptación) hace eficaz el contrato. Esta solución se perfila particularmente admisible en los casos en que es claro que el conflicto potencial ocurrirá necesariamente una vez que el árbitro haya adquirido o readquirido la capacidad de actuar; así, por ejemplo, cuando el término inicial del contrato sea superior al tiempo que falte para la adquisición de la capacidad.

Puede ocurrir, por otra parte, que con posterioridad a la convención, pero antes de haber aceptado, el árbitro pierda su capacidad de actuar (mediante sentencia de interdicción). Si el árbitro ha sido designado "intuitu personae" tenemos aquí un hecho que impide la eficacia: un impedimento. Se elimina la posibilidad de la eficacia de un contrato perfectamente válido.

Finalmente, puede ser que se produzca una eliminación de la eficacia. El supuesto (*fattispecie*) complejo del compromiso arbitral tiene dos

81. V. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 148.

82. CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, pág. 657; HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 45, ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 150.

83. Así HUYS, *op. cit.*, supra 27, págs. 73 y 476. Tamb. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 87.

84. V. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 480.

85. C. Cass. Fr. 18 mayo de 1971, cit. p. HUYS, *op. ult. cit.*, pág. 479 y SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 258.

86. PUGLIATTI, Salvatore, *Gli Istituti del Diritto Civile*, vol. I, Giuffrè-ed, Milano, 1943, pág. 132 y FALZEA, Angelo, *Capacità*, en *Voci...* *op. cit.*, supra 3, págs. 172 a 179.

87. V. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 45.

momentos: el momento de su relevancia jurídica (en el que entra a funcionar el juicio sobre la validez) y el momento de la eficacia final, que se produce con la determinación subjetiva (o investidura del árbitro, mediante su aceptación) y con la determinación objetiva (especificación de la materia que se somete a arbitraje). Transcurridos estos dos momentos, o sea, siendo ya eficaz la convención, puede ocurrir que se produzca (en forma sobreviniente) la incapacidad del árbitro (por ejemplo, mediante la declaración de interdicción). Aquí ya no se trata de una situación de ineficacia originaria por indeterminación subjetiva o de un impedimento de la eficacia, como en los dos casos anteriores, sino de una forma de ineficacia sobreviniente, una eliminación de la eficacia ya nacida. Si el árbitro no ha sido designado "intuitu personae" la "inutilidad" es "relativa" pues puede sustituirse; en caso contrario, la inutilidad es absoluta y la ineficacia sobreviniente es definitiva.

Es claro que las situaciones comentadas, relativas a los presupuestos subjetivos, tendrán efectos jurídicos diversos según los criterios que en definitiva determine la solución positiva ante la pregunta relativa a la ley aplicable a la capacidad del árbitro (ley personal de una de las partes, ley del domicilio del vendedor, ley escogida para el contrato base, ley de la sede del arbitraje, etc.). Sin embargo, de lo expuesto resulta claro también el hecho de que la capacidad del árbitro, además de requisito de validez del acuerdo de arbitraje puede funcionar como un requisito para su eficacia, incidiendo sobre su nacimiento, permanencia o eliminación, respectivamente.

Los verdaderos presupuestos subjetivos son aquellos que se refieren a la validez del contrato tomando en consideración si las partes del contrato tienen capacidad de actuar, si tienen legitimación y si hay titularidad de la situación de que se intenta disponer, sometiéndola a arbitraje, sea a nombre propio o por medio de representante.

Distinto es el problema de la invalidez del contrato con el árbitro, en razón de la posible incapacidad de actuar de éste. "Cuando las partes... presentan el compromiso a los árbitros para que acepten el cargo, no hacen sino formular una ver-

dadera oferta, pues reúne la calidad de proposición definitiva cuya aceptación puede dar lugar a la celebración del contrato".⁸⁸ De tal modo, la capacidad del árbitro se configura como presupuesto subjetivo de este contrato, que, por supuesto incide sobre su validez.

b) Presupuestos objetivos.

Con referencia a los presupuestos objetivos hay bastante uniformidad en la doctrina en considerar que el objeto del compromiso es "la materia bajo disputa que es sometida a arbitraje" y a ella se refieren los llamados presupuestos objetivos. Se aplican así al litigio, como objeto, los principios de licitud, existencia, posibilidad, certeza y determinación o determinabilidad.

Será así: objeto "lícito" aquel litigio sobre el cual es permitido transigir,⁸⁹ o sea, aquel que versa sobre derechos de los que es permitido disponer.⁹⁰

Sobre la determinación del objeto como requisito de eficacia y la determinabilidad como requisito de validez ya hemos expresado suficiente.

De la existencia del objeto es posible realizar análogas consideraciones. Precisamente el compromiso es un contrato con objeto actual (conflicto determinado), pero la cláusula compromisoria o el contrato preliminar de arbitraje se presentan más bien como contratos donde falta una determinación objetiva (conflicto no actual, sino potencial o futuro).

En realidad el tema del objeto tiene incidencia sobre el tema de la causa justa. La ilicitud del objeto puede generar una ausencia de causa justa del contrato. Sobre este tema haremos unas breves reflexiones más adelante.

2. Elementos.

Además de los presupuestos examinados tenemos los elementos del negocio: voluntad, manifestación y causa justa, como "esenciales" y por esto determinantes de la validez.

a) La voluntad. Carácter esencial, ausencia y vicios.

La voluntad es un elemento estructural esen-

88. CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, pág. 643.

89. V. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 8.

90. V. SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 221.

cial en todo negocio jurídico y por esto también en los acuerdos de arbitraje.⁹¹

Es precisamente en la decisión de los contratantes de evadirse de la jurisdicción ordinaria que tiene su fundamento el arbitraje. La obligatoriedad del acuerdo arbitral deriva de la voluntad de las partes, por lo que la "voluntariedad" se configura como elemento básico de todo arbitraje y su fundamento jurídico se encuentra en el principio de autonomía. De esto deriva que el arbitraje ha de ser invocado exclusivamente dentro de los límites del acuerdo (aunque no es esta una tesis generalizada).⁹²

La voluntad es, pues, el primer elemento constitutivo de la convención;⁹³ su fuerza se proyecta sobre la validez del mismo laudo.⁹⁴ Los casos de arbitraje forzoso, sin base en un acuerdo de voluntad son más bien un fenómeno propio del Derecho interno.⁹⁵

Los aspectos que debe comprender el compromiso arbitral son variables de país a país.⁹⁶

En el arbitraje "ad hoc" es menester poner particular atención al contenido del compromiso, ya que de la redacción de este documento va a depender el buen resultado. A nuestro juicio, por lo menos deberían preverse los siguientes aspectos: nombre y calidades de las partes, hechos que originan la discusión (es conveniente enumerarlos separadamente en forma precisa. Conviene igualmente enumerar en lista separada los hechos sobre los cuales es coincidente la valoración de las partes y los hechos sobre los que hay desacuerdo), las pretensiones de las partes y los puntos de discre-

pancia enumerados, la indicación precisa de las cuestiones sometidas a arbitraje y aspectos a tener en cuenta, la indicación del árbitro o los árbitros y la extensión de sus poderes y deberes, las reglas procesales que debe cumplir el arbitraje, las reglas de fondo y otros aspectos como cuantía, honorarios, fianza de costas, lugar e idioma del arbitraje.

En el caso del arbitraje administrado no es necesario tener estos cuidados, con excepción de algunos (como el de la ley aplicable), ya que los mismos organismos que cumplen esta función tienen su propio reglamento de procedimientos que regula los diferentes aspectos.⁹⁷

El principio de la autonomía de la voluntad ha sido reconocido en muchas convenciones de arbitraje, lo que ha llevado a suplir los problemas derivados de las reglas de conflicto de leyes.

La voluntad debe ser libre. Esto significa que si se producen factores que intervienen en el proceso de su formación que la distorsionan, el contrato debe reputarse viciado, lo cual no debe identificarse con los casos donde la voluntad falta totalmente.

El consentimiento en los acuerdos de arbitraje puede estar afectado por error, dolo o violencia moral como en cualquier contrato,⁹⁸ sin embargo se ha hecho notar (DERAINS) que en la jurisprudencia arbitral comercial internacional la tendencia ha sido restrictiva en cuanto a la admisión de los vicios del consentimiento para la invalidación de los contratos, considerando que los hombres de negocios se suponen que tienen claro los casos en que el error es inexcusable, por ejemplo.

91. V. PUGLIATTI, Salvatore, *Diritto Civile, Metodo-teoria-pratica*, Giuffrè-ed, Milano, 1951, págs. 81, 82.

V. tamb. CARIOTA FERRARA, Luigi, *Il negozio giuridico nel Diritto Privato italiano*, Morano Editore págs. 59, 60, 61. BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 2a. edición, pág. 40; MAZEAUD, Henri, León, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, 2. Vol. I, EJE, Buenos Aires, 1969, pág. 124.

92. V. CÁRDENAS, *op. cit.*, supra 1, págs. 629, 632, 633 y SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 233. Tamb. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 11 y FURNISH, *op. cit.*, supra 26, pág. 125.

93. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 74.

94. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 8.

95. *Op. ult. cit.*, pág. 9.

96. En Perú (nuevo CC de 1984): "El compromiso arbitral contendrá:

1. El nombre y domicilio de los otorgantes y de los árbitros. Si se trata de personas jurídicas su denominación o razón social y su domicilio.

2. La controversia que se somete al fallo arbitral, con expresión de sus circunstancias.

3. El plazo en que los árbitros deben pronunciar el laudo.

4. El lugar en que debe desarrollarse el arbitraje (art. 1911)".

En Bélgica el artículo 1006 no exige más que dos cosas (pero bajo pena de nulidad) que designe el objeto en litigio y el nombre de los árbitros. V. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 72.

97. V. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 455. Véanse los diferentes reglamentos (por ejemplo el de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o el de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial). V. tamb. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 44 y ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 166.

98. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 74 y ROBERT, *op. cit.*, supra 48, págs. 108 y 109.

b) La forma.

La voluntad carente de objetivación, la que no es socialmente perceptible, es jurídicamente irrelevante. Todo contrato requiere de una forma para existir jurídicamente.

Teóricamente la forma puede asumir diversas modalidades; además de la distinción entre forma expresa y tácita, podemos pensar en la distinción entre forma libre y forma vinculada; ésta, a su vez, puede ser vinculada "ad substantiam" o vinculada "ad probationem".

Con respecto a los acuerdos de arbitraje la forma exigida es diversa de país a país.

En algunos casos se ha afirmado en doctrina y jurisprudencia comercial internacional el principio de libertad de forma para el compromiso;⁹⁹ lo mismo ha ocurrido en el Derecho Positivo en algunos casos como Holanda y Alemania Federal que admiten hasta la forma oral en materia comercial.¹⁰⁰

Contrariamente, con respecto al arbitraje, son muchas las convenciones que exigen la forma escrita para los efectos del reconocimiento y la ejecución de las sentencias extranjeras.¹⁰¹

La exigencia de la escritura ha sido objeto de diversas interpretaciones; en algunos casos, como el de los Estados Unidos de América se admite un sentido amplio y se admite la incorporación por referencia.¹⁰²

La incorporación por referencia es generalmente admitida en la práctica del comercio internacional, aunque una parte de la jurisprudencia mantiene una tesis más restrictiva.¹⁰³ La nueva Ley Modelo ya varias veces citada establece que "La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje, siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato" (artículo 7).

c) La causa justa. La arbitrabilidad.

La llamada "causa justa", por su parte, es también un elemento esencial funcional de todo negocio jurídico: los intereses de la programación negocial deben tener una relación de "conformidad" con los valores jurídicos del sistema o de los sistemas involucrados, más específicamente, como veremos, del Ordenamiento donde se ejecutará el laudo en definitiva; de esta confrontación resulta la función jurídica del negocio que se resume en la síntesis de sus efectos esenciales.¹⁰⁴

La arbitrabilidad del litigio, ya mencionada con referencia a los presupuestos objetivos del acuerdo de arbitraje, tiene especial relevancia con respecto al tema de la causa. Un litigio "no arbitrable" es tal porque la valoración del Ordenamiento se opone a permitir la disposición de determinados intereses por parte de los particulares, como los relativos al estado y capacidad de las personas, los cuales no pueden someterse a arbitraje; lo mismo ocurre en materias como los llamados "derechos" de la personalidad, el nombre, la filiación, la nacionalidad y la autoridad parental, aspectos todos que ponen en juego el orden público; también encontramos, a veces, la prohibición en el campo de la propiedad industrial y en materias relacionadas con la legislación económica moderna sobre la competencia comercial.¹⁰⁵ En todos estos casos, un compromiso arbitral sería contrario al orden público.

Es interesante recordar aquí la Convención de Nueva York de 1958 que hace referencia al orden público del país donde se pretenda lograr la ejecución, criterio realista, a pesar de la afirmación de criterios de orden público internacional,¹⁰⁶ según los cuales verdaderamente sólo las violaciones a concepciones fundamentales de un ordenamiento pueden producir las consecuencias descritas.¹⁰⁷

La falta de arbitrabilidad, realmente, revela una doble deficiencia: ausencia del presupuesto

99. V. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, págs. 165 y 179 y HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 475.

100. V. *op. ult. cit.*, págs. 474 y 448.

101. *Op. ult. cit.*, págs. 448, 449 y 475.

102. FURNISH, *op. cit.*, supra 20, págs. 325, 326 y 327.

103. V. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 78 y FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 79.

104. V. PUGLIATTI, Salvatore, en *op. cit.*, supra 86, Nuovi aspetti del problema della causa dei negozio giuridici y precisazioni in torno al tema della causa del negozio giuridico.

105. En Francia v. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 107, en EE.UU. v. SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 223.

106. "Public policy of the country of recognition and enforcement", SANDERS, *op. cit.*, supra 7, pág. 225.

107. *Op. ult. cit.*, pág. 224.

"licitud del objeto" y ausencia del elemento esencial "causa justa". La consecuencia inevitable para un contrato así afectado es, necesariamente, la nulidad absoluta. Las cosas no quedan ahí: tal nulidad se proyecta indefectiblemente sobre la validez del laudo.¹⁰⁸

Se trata, claramente, de casos donde las partes no gozan de la facultad de disposición de sus intereses y el Ordenamiento, por esto mismo, no puede valorar positivamente los casos donde esta disposición se actualice mediante convenciones arbitrales. La programación de intereses realizada así no estaría de acuerdo con los valores del sistema, por lo que éste no puede asignar al acuerdo los efectos que las partes pretenden; no puede así el negocio recibir tutela de su función jurídica: carece de causa justa.

Acertadamente, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ha hecho referencia expresa a la aplicabilidad, en estos casos, "de los principios generales del Derecho de las Obligaciones, particularmente los relativos a la causa de los contratos".¹⁰⁹

Los ejemplos que, en relación con los presupuestos (subjetivos y objetivos) y a los elementos (voluntad, manifestación y causa justa) del negocio, hemos ido analizando, demuestran la hipótesis de este trabajo: la utilidad del marco que ofrece la teoría del negocio jurídico para dar respuesta cabal a la ubicación de los posibles problemas que plantea en la práctica el acuerdo de arbitraje.

Tales ejemplos podrían adicionarse con los que se refieren a los elementos accidentales del compromiso. Piénsese, por ejemplo, en los diferentes plazos que se pueden formular con relación al arbitraje.

Queda, de esta forma, analizada la figura condicionante del arbitraje.

C. LA EFICACIA JURÍDICA.

Ya examinados los componentes (presupuestos y elementos) de la fase causal (o condicionante) del contrato de arbitraje, procede pasar al examen de la fase efectual (efecto condicionado).

1. Efectos contractuales y efectos legales-judiciales.

Las consecuencias jurídicas centrales del acuerdo de arbitrajes se refieren a la sujeción a una competencia no judicial, complementada con una serie de derechos y vínculos adicionales de carácter instrumental, que tienden a garantizar la realización de la situación final.¹¹⁰

Esta eficacia jurídica central, que surge del contrato de arbitraje está caracterizada por la constitución¹¹¹ de una serie de derechos, cargas, obligaciones y sujeciones (no solamente "derechos y obligaciones" como se suele afirmar. . .). Así, por ejemplo, nace:

- i) el derecho potestativo de poder exigir se lleve a cabo el compromiso (si lo que hay es una cláusula compromisoria) o el arbitraje (si lo que hay es un compromiso),
- ii) la sujeción, caracterizada por el "deber" someterse al arbitraje,
- iii) la carga relativa a la excepción de compromiso; la parte demandada judicialmente, "debe" hacer valer el compromiso mediante la correspondiente defensa y su demostración (carga de la prueba también).
- iv) También, como resultado del compromiso, nacerán, una vez pronunciado el laudo, los derechos y obligaciones que este establezca, incluido el poder de exigir su ejecución.

No basta decir, en forma simplista, que del compromiso, como de todo contrato nacen derechos y obligaciones. Los derechos y las obligaciones no agotan el cuadro de las situaciones jurídicas o de los efectos jurídicos; además de ellos encontramos sujeciones, cargas, derechos potestativos (según se ha descrito) y otras como las expectativas (de especial interés en los casos de ineficacia originaria por indeterminación objetiva, según se ha explicado), los intereses legítimos, las potestades, etc. En el caso del contrato de arbitraje se produce una amplia gama de efectos; el nacimiento de estos depende del momento cronológico en que se encuentre el vínculo: en la fase de ineficacia originaria tendremos expectativas (que son situa-

108. V. HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 352.

109. Así expresamente en I.C.C. Arbitration núm. 1397, Award 1966. cit. p. SANDERS, *op. cit.*, supra 7, págs. 256, 257.

110. No sobra recordar que la "sociedad" internacional de comerciantes tiene además mecanismos de coerción no jurídicos, como las llamadas "listas negras" V. FOUCHARD, *op. cit.*, supra 4, pág. 47.

111. Sobre la eficacia constitutiva, como paso a una situación nueva de específica relevancia v. FALZEA, Angelo, *Efficacia Giuridica*, *op. cit.*, supra 3, p.

ciones jurídicas instrumentales); luego vendrán sujeciones, derechos potestativos y cargas y, finalmente, con el pronunciamiento del laudo, derechos y obligaciones, normalmente en este orden, aunque los términos pueden alterarse o ampliarse, sin que esto elimine o afecte la regla expuesta: de este contrato nacen muchas formas de situaciones jurídicas y no, únicamente, derechos y obligaciones. Los efectos fundamentales del compromiso son de carácter obligatorio, pero también produce otros efectos, como la interrupción de la prescripción.

2. La excepción de compromiso.

El compromiso, como se ha visto, puede determinar una incompetencia de la autoridad judicial,¹¹² pero la declinatoria de jurisdicción no es de orden público y debe ser solicitada por la parte interesada,¹¹³ mediante la respectiva excepción.

La nueva Ley Modelo, varias veces citada estatuye: "Artículo 8: El tribunal al que se someta un

litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible".

3. El arbitraje forzoso. Los daños y perjuicios por el incumplimiento.

Otro de los efectos sustanciales del arbitraje es, donde así se permite, la posibilidad de obtener el cumplimiento forzoso (o su sustituto).¹¹⁴ La mayor parte de los Ordenamientos admiten que una de las partes puede solicitar la designación judicial de los árbitros en caso de renuencia de la otra.¹¹⁵

Igualmente es posible solicitar medidas cautelares al juez,¹¹⁶ de conformidad con la referida Ley Modelo.

III. CONCLUSIÓN

Las premisas expuestas sobre el supuesto y sus efectos en el caso del arbitraje comercial internacional adquieren verdadera importancia en los casos patológicos, campo donde verdaderamente presta su auxilio la teoría del negocio jurídico. Así, por ejemplo, la teoría de la nulidad parcial (invalidad parcial, en general) puede ayudar a comprender la validez del contrato base, a pesar de alguna falta o vicio en la cláusula compromisoria que, aunque autónoma como contrato, no deja de ser

una de las cláusulas del contrato en el que se ubica.¹¹⁷

Muchas otras modalidades patológicas pueden ser explicadas con el auxilio de esta teoría; ya hemos destacado los ejemplos de falta o indeterminación de los presupuestos subjetivos u objetivos, los vicios de la voluntad, las transgresiones formales y la falta de causa justa; ella sirve para dar explicación acertada a los casos de impedimento de la eficacia y a los casos de su eliminación (por

112. V. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, págs. 167, 168.

113. V. *op. ult. cit.*, págs. 168, HUYS, *op. cit.*, supra 27, pág. 142.

114. El nuevo Código Civil peruano ha optado por la referida solución: "La injustificada negativa del obligado a celebrar el contrato definitivo otorga a la otra parte alternativamente el derecho a exigir judicialmente la celebración del contrato y el de solicitar se deje sin efecto el contrato (el compromiso de contratar). En uno y otro caso hay lugar a la indemnización de daños y perjuicios. V. CARDENAS, *op. cit.*, supra 1, pág. 654. "En tout cas, le refus injustifié d'une partie a se soumettre a la clause d'arbitrage, suffirait a justifier de surcroit sa condamnation a dommages et interets. . ." ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 169.

115. V. ROBERT, *op. cit.*, supra 48, pág. 161 y HUYS, *op. cit.*, supra 4, pág. 544, en Costa Rica, art. 396 del Código de Procedimientos Civiles, SANDERS, *op. cit.*, supra 7 pág. 222.

116. Ley Modelo CNUDMI, art. 9.

117. V. sobre el tema: CARIOTA FERRARA, *op. cit.*, supra 87, pág. 364; BETTI, Emilio, *op. cit.*, supra 91, págs. 360 y 361; RESCIGNO, Pietro, *Manuale del Diritto Privato italiano*, Jovene, Napoli, 1976, págs. 73 y 313; BRANCA, Giuseppe, *Istituzioni di Diritto Privato*, Zanichelli, Bologna, 1973, pág. 80; VENZI, Giulio, *Manuale di Diritto Civile italiano*, UTET, Torino, 1933, pág. 163 y HUYS, *op. cit.*, supra 27, págs. 80 y 81.

ejemplo, por resolución o revocación, o bien, por vencimiento de plazos).

Aquí queremos dejar la sistematización. Hay muchos otros temas que pueden ser analizados con la ayuda de este marco teórico que queremos, al menos, mencionar (por su importancia):

- el problema de la competencia del árbitro para determinar su propia competencia,
- las interpretaciones restrictiva y extensiva del acuerdo de arbitraje que se presentan en el Derecho Comparado,
- la interpretación del compromiso o de la cláusula compromisoria en los contratos de adhesión,
- las diferencias en el Derecho Comparado con relación a los requisitos formales y sustanciales del laudo, para su posterior ejecución,
- las diversas soluciones que se presentan en la jurisprudencia comercial internacional de los

entes que realizan arbitraje administrado, en cuanto a la Ley aplicable (v. DERAINS) y

- el tema de las proyecciones de las patologías estudiadas sobre el exequátur.

La lista de ejemplos relativos a los aspectos sustanciales del arbitraje, que pueden ser adecuadamente ubicados dentro del marco teórico general de la doctrina del negocio jurídico, podría continuar. La estructuración ofrecida, que distingue en el supuesto los presupuestos subjetivos y los objetivos, así como los elementos esenciales y en la fase posterior entre la eficacia (el nacimiento de los efectos) y la efectividad y que para el análisis del régimen de la patología negocial distingue entre invalidez (nulidad o anulabilidad) e ineficacia (originaria y sobreviniente) es de gran utilidad como bisturí para la disección precisa del contrato de arbitraje. La demostración de tal utilidad ha sido el propósito de este trabajo.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALSINA, Hugo, *Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1943, t. III.
- AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, *Textbook on commercial arbitration*, 192.
- BARCELLONA, Pietro, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1965.
- BETTI, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 2a. edición.
- BLACK, *Law Dictionary*, Best Pub. Minn. Fifth edition.
- BRANCA, Giuseppe, *Istituzioni di Diritto Civile*. Zanichelli, Bologna, 1973.
- BUCCISANO, *La novazione oggettiva e i contratti estintivi onerosi*, Milano, 1968.
- CAMPAGNA, L., *I negozi di attuazione e la manifestazione dell'intento negoziale*, Milano, 1958.
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, *Exposición de motivos y comentarios*. Código Civil peruano de 1984. Cláusula compromisoria y compromiso arbitral.
- CARIOTA FERRARA, Luigi, *Il negozio giuridico nel Diritto Privato italiano*, Morano, Editore.
- COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Ley Modelo, 21 de junio de 1985.
- COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL. Reglamento de Arbitraje. Res.31/98 de 15 diciembre 1976.
- CHESHIRE AND NORTH'S, *Private International Law*. 10th. edition Butterworths, London, 1979.
- DERAINS, Yves, *La jurisprudence arbitral de la C.C.I. en matière de vente internationale*. Convegno sulla compravendita internazionale.
- ELKOURY, Frank, *How arbitration works. The bureau of international affairs*, Washington D.C. 1952.
- FALZEA, Angelo, *Voci di teoria generale del Diritto*, Giuffrè-ed, Milano, 1970.
- FALZEA, Angelo, *Introduzione alle Scienze Giuridiche*, Giuffrè-ed, Milano, 1975.
- FARINA-AZCÁRRAGA, *Jurisprudencia Internacional Marítima*. Ministerio de Marina, 1965.
- FURNISH, Dale Beck, *Arbitration and long-term commercial agreements*. The American Journal of Comparative Law. Vol. 26 (supplement), 1978.
- FOUCHARD, Phillipe, *L'arbitrage commercial international*, II, Dalloz, París, 1965.
- FURNISH, Dale Beck, *Commercial arbitration agreements and the Uniform Commercial Code*. California Law Review. Vol. 67, number 2, march, 1979.

- HUYS, Marcel y KEUTGEN, Guy, *L'arbitrage en Droit Belge et international*, Bruylant Bruxelles, 1981.
- ISAAC, Natan, *Two views of commercial arbitration*. Harvard Law Review, vol. XL, may, 1927, num. 7.
- KAHN, Philippe, *La vente commerciale internationale*, Sirey, París, 1961.
- KOZOLCHYCK-TORREALBA, *Curso de Derecho Mercantil*, tomo II, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 1968.
- LABANCA, Jorge, *La venta internacional*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1968.
- MAZEAUD, Henry, LEÓN, Jean, *Lecciones de Derecho Civil*, 2, vol. I, EJE, Buenos Aires, 1969.
- MENTSCHIKOFF, Soia, *Commercial arbitration*. Columbia Law Review, Vol. 61, num. 5, may 1961.
- NORBERG, *Inter American Commercial Arbitration Revisited*, Lawyer of the Americas. School of Law, U. of Miami, vol. 7, num. 2.
- OTTOLENGHI, Mauricio, *Conceptos fundamentales para una construcción del instituto arbitral*. Revista de la Facultad de Derecho de la U.N. del Nordeste, Corrientes, 1959.
- PANUCCIO, V., Impresa, *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè-ed, Varese.
- PANUCCIO, V., *Le dichiarazioni non negoziali di volontà*. Giuffrè-ed, Milano, 1966.
- PARRIS, John, *Casebook of Arbitration Law*. Goldwin, Portsmouth, G.B. 1976.
- PÉREZ, Víctor, *La interpretación de los contratos*. Revista Judicial, núm. 4, Corte Suprema de Justicia, San José, Costa Rica, junio de 1977.
- PUGLIATTI, Salvatore, *Diritto Civile. Metodo-teoria-pratica*. Giuffrè-ed, Milano, 1951.
- PUGLIATTI, Salvatore, *Gli Istituti del Diritto Civile*. Vol. I. Giuffrè-ed, Milano, 1943.
- RAMÍREZ, Mario, *Nociones sobre la teoría del contrato*, Revista Judicial núm. 5, San José, Costa Rica, setiembre de 1977.
- RAY, José Domingo, *La responsabilidad del transportista en las reglas de Hamburgo*. La solución arbitral de las controversias. Memoria.
- RESCIGNO, Pietro, *Manuale del Diritto Privato italiano*, Jovene, Napoli, 1976.
- ROBERT, Jean, *Arbitrage Civil et Commercial en Droit interne et international privé*, Dalloz, París, 1967.
- RODOTA, Stefano, *Il Diritto Privato nella società moderna*, Il Mulino, Bologna, 1971.
- SANDERS, Pieter, *Trends in the field of international commercial arbitration*, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1975-II. Leyden, Sijthoff, 1976.
- SCALISI, Vincenzo, *Inefficacia, Diritto Privato*, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè-ed, Varese, 1971.
- SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Ed. Vallardi, 1972.
- 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.
- SOARES, Guido, *Historical Introduction to the study of practical solutions to litigations and international commercial arbitrations*. Revista da Faculdade de Direito. U. de São Paulo, LXXI, 1976.
- STOCKHOLM CHAMBER OF COMMERCE, *Arbitration in Sweden*. Stockholm, 1977.
- TORRES y TORRES LARA, Carlos, *Hacia la unificación del Derecho Civil y Mercantil. El Derecho de la empresa*. Revista peruana de Derecho de la empresa, 1985.
- VENZI, Giulio, *Manuale di Diritto Civile italiano*, UTET, Torino, 1933.
- WITKER, Jorge, *El Derecho Internacional económico y el arbitraje comercial internacional*. Boletín mexicano de Derecho Comparado, ene. ag., 1977.