

ESTUDIOS DE ARBITRAJE

LIBRO HOMENAJE AL PROFESOR
PATRICIO AYLWIN AZÓCAR

Coordinador académico profesor
EDUARDO PICAND ALBÓNICO



EDITORIAL

JURIDICA
DE CHILE

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
año 2006
Ahumada 131, 4° piso, Santiago
ISBN 956-1017385

EL CONVENIO ARBITRAL: ENTRE LA ESTABILIDAD Y EL DESATINO

José Carlos Fernández Rozas¹

Si en todos los países existe una obra de referencia en torno a la institución arbitral en Chile siempre se ha contado con una monografía obligada: el Juicio arbitral del Dr. Patricio Aylwin. Se trata de una obra profunda que, pese a adecuarse al peculiar sistema de arbitraje chileno, uno de los más experimentados de América Latina, se propagado en todo el sub-continente y ha sido fuente de inspiración no sólo doctrinal sino legislativa; baste reparar el Mensaje n° 88-325 enviado al Senado con el 5 de noviembre de 1992, por el Gobierno que presidía nuestro homenajeado y que dio origen al texto aprobado en la Cámara Alta, el 25 de octubre de 1995. Pero la obra es a la vez un texto vivo y adaptado siempre a las nuevas circunstancias a lo largo de sesenta años de vida jurídica chilena desde que en 1943 viera la luz como resultado de su tesis, en la editorial Nascimento, hasta el cuidado volumen de la quinta edición, publicada bajo el sello de Editorial Jurídica de Chile, que fuera presentado en agosto de 2005 en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Una Universidad en la que D. Patricio Aylwin asumió entre 1946 y 1977 la Cátedra de Derecho administrativo imprimiendo desde ella a sus alumnos los valores de rectitud y justicia como pilares de su formación humanista. Precisamente esa formación le hizo concebir el arbitraje como un instrumento importante contra los abusos, lentitudes y gastos de la justicia estatal muy de acuerdo con los principios republicanos y liberales que, fundamentados en la idea del contrato social, preconizan la libre elección por los ciudadanos de todos los servidores del Estado. Si la presente obra homenaje es sobradamente merecida, la elección de la institución arbitral como tema reflexión no puede ser más adecuada.

I. CONSOLIDACIÓN DE UNA CULTURA ARBITRAL EN AMÉRICA LATINA

A medida que se han ido incrementando las relaciones comerciales e inversoras entre los operadores económicos de América Latina y de los pertenecientes a otros círculos políticos y económicos se puede apreciar un reconocimiento gradual del importante

¹ Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid

papel del arbitraje comercial². Una favorable y, en muchas ocasiones, eufórica acogida de la institución, que no registra siempre la misma valoración desde un panorama “eurocentrista” por ofrecer en ocasiones un panorama muy negativo y parcial y, en todo caso, desalentador para el desarrollo de la institución arbitral en el subcontinente; incluso desde posiciones latinoamericanas realizadas desde la atalaya de instituciones arbitrales con evidente arraigo, se alzan críticas dignas de un buen neófito convertido a la cultura arbitral. Pero, al margen de estos juicios extremos, es indudable que el arbitraje ha iniciado un camino sin retorno: el tránsito de una técnica artesanal y elitista a la creación de una verdadera industria arbitral³, erigiéndose como un instrumento coadyuvante en la consolidación del desarrollo económico y político. Esta institución, tanto en su dimensión interna como internacional, no ha sido ajena a la vida jurídica en América Latina evidenciándose su tratamiento particularizado por parte de la generalidad de los legisladores internos, su regulación en numerosos textos internacionales panamericanos y la actividad creciente de las instituciones dedicadas a la administración de esta peculiar modalidad de arreglo de controversias⁴. Por eso el arbitraje se va extendiendo como una mancha de aceite en América Latina y frente a la tradicional reticencia a su utilización por los empresarios y sus asesores jurídicos, hoy es cada vez más frecuente su participación en procedimientos arbitrales.

El panorama comparado de los últimos años muestra la clara apertura de una senda hacia la consolidación de una auténtica cultura arbitral no exenta de dificultades⁵. Superado el periodo de enfrentamientos entre modelos económicos donde, curiosamente, el arbitraje comercial internacional jugó un importante papel como instrumento de cooperación pacífica entre los pueblos⁶, la actual etapa de globalización da una idea aproximada del desarrollo de la institución en todos los ordenamientos jurídicos. Las pruebas más significativas de dicha tendencia son: la aproximación entre las concepciones continentales y anglosajonas que en la materia arbitral habían sido hasta la fecha contrapuestas⁷, la incorporación de los países árabes al modelo, pese a las reticencias mostradas por el Derecho islámico, o la nueva cultura arbitral que se está

² A.I. Piaggi, “Evoluciones recientes del arbitraje comercial internacional en Latinoamérica”, *Revista de Derecho del Mercosur*, n° 6, diciembre de 2000, p. 148.

³ B.Mª Cremades, “Ventajas del arbitraje en el comercio internacional”, *Panorama del arbitraje comercial (selección de lecturas)*, México, 1983, pp. 81-89.

⁴ H. Grigera Naón, “ICC Arbitration and Courts of Law: Practical Experiences in Latin America”, *Liber Amicorum Karl-Heinz Bockstiegel*, Colonia, 2001, p. 231-251.

⁵ T. Ginsburg, “The Culture of Arbitration”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36, 2003, pp. 1335-1346.

⁶ R. David, “La technique de l’arbitrage, moyen de coopération pacifique entre nations de structure différente”, *Problèmes de droit contemporain*, t. I, Tokio, 1962 pp. 33 ss; J.A. Pastor Riduejo, “El arbitraje y el Derecho internacional privado de la conexistencia”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1965, pp. 20-33.

⁷ J. Thorens, “L’arbitre international au point de rencontre des traditions de droit civil et de la common law”, *Etudes de droit international en l’honneur de P. Lalive*, Basilea/Frankfurt, 1993, pp. 693 ss.

desarrollando en América Latina y, de alguna manera, en el Continente africano. Esta situación evidencia que el arbitraje es una de las materias jurídicas en las cuales el Derecho comparado ha desarrollado una labor más completa dentro de las distintas funciones que es llamado a desempeñar; más exactamente las reglas que se desprenden de la aplicación de la metodología comparada son susceptibles de responder a todas las cuestiones susceptibles de ser llevadas a conocimiento de los árbitros y de satisfacer a las exigencias de previsibilidad en las controversias mercantiles⁸.

No obstante todos los esfuerzos anteriores, en general en América Latina existía un gran obstáculo para fortalecer el uso y la práctica de la institución que estamos estudiando. Ese obstáculo derivaba de la falta de normas locales adecuadas y adaptadas a los principios universales y tendencias actuales del arbitraje⁹. La adopción de leyes modernas de arbitraje era sin duda un paso necesario para revertir dicho fenómeno, todavía existente en las normas locales sobre arbitraje, y para promover un ambiente favorable al uso del arbitraje como medio de resolución de diferencias internacionales. Las Leyes de arbitraje ya existen y a su promulgación contribuyó un interés empresarial basado en un ambiente favorable para proponer en los acuerdos de arbitraje a su propio país como sede de futuros arbitraje¹⁰.

Debe dejarse constancia, sin embargo, que la tendencia a la uniformidad se ha desarrollado mucho más en el ámbito de los árbitros que en el de los jueces¹¹. Mientras que en el procedimiento arbitral las soluciones suelen aproximarse, cuando se desciende a la intervención del juez los modelos en presencia tienden a la particularización. Acaso por ello la Ley Modelo de Uncitral de 1985 (LMU) no encontró la proyección que de ella se esperaba, aunque no puede negarse que en el proceso de reforma de las leyes locales sobre arbitraje internacional su influencia y guía ha resultado decisiva hasta el punto que de prácticamente todas las leyes de los países latinoamericanos la han utilizado como referente principal¹²; incluso, como en el caso de México, Perú, Paraguay, Nicaragua, Guatemala o Chile, para el arbitraje internacional, ha sido prácticamente la fuente única de dicha ley. Como resultado de ello, los obstáculos legales más importantes, que tradicionalmente impedían que el arbitraje se transformara en el método más efectivo y utilizado para resolver las controversias comerciales internacionales en América Latina, han sido por fin suprimidos y han encontrado

⁸ E. Gaillard, "Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international", *Rev. arb.*, 2005, pp. 375-385.

⁹ L.M. Summers, L.M.: "Arbitration and Latin America", *California Western International Law Journal*, vol. 3, 1972-73, pp. 1-20.

¹⁰ J.C. Treviño, "El arbitraje comercial internacional: un recurso para América Latina", *Revista de investigaciones jurídicas. Escuela Libre de Derecho*, n° 12, 1988, p. 323.

¹¹ J.C. Fernández Rozas, J.C.: "La colaboración entre jueces y árbitros como presupuesto de una cultura arbitral", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n° 15, 2004, pp. 17-49.

¹² F. Cantuarias Salaverry, "Breve descripción de la situación del arbitraje internacional en América Latina", *Laudo* (Perú), n° 3, mayo 2004.

una solución acorde con aquella prevista en cuerpos legales de países del resto del mundo, especialmente de aquellos más familiarizados con la práctica del arbitraje internacional. Al haberse seguido los principios recogidos en la LMU, el proceso de reforma legal ha permitido asimismo dotar a la mayoría de los países latinoamericanos de un cierto grado de uniformidad en cuanto al reconocimiento de los principios básicos y universales del arbitraje, con lo cual se ha creado un marco legal propicio para la promoción de un mayor desarrollo del arbitraje internacional y de su mejor comprensión por parte de los tribunales y abogados locales, lo cual a su turno debería llevar en el futuro a una gradual consolidación de la práctica del arbitraje internacional dentro del contexto latinoamericano¹³.

El caso de Chile es significativo. El 29 de septiembre de 2004 fue publicada la Ley n° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional, que fija procedimientos para la resolución en Chile de controversias comerciales a escala internacional. Hasta ese momento el arbitraje comercial internacional no estaba específicamente normado y se utilizaban las normas de las viejas leyes procesales lo cual era, según opinión generalizada de los operadores jurídicos chilenos, altamente insatisfactorio. Existía una razón obvia: las normas sobre arbitraje doméstico, aplicables cuando el arbitraje tenía lugar en Chile, no seguían ni se ajustaban necesariamente a los estándares internacionales y por ello no eran favorablemente acogidas por empresas extranjeras con litigios vinculados a Chile. En función de la creciente integración de Chile a la economía internacional, se hacía necesaria una alternativa que permitiera a empresas pequeñas y medianas resolver tales litigios comerciales en el país, pues un proceso judicial en el extranjero resulta demasiado costoso; y ello sin olvidar la pretensión legítima de que Chile ocupase un lugar destacado como centro de arbitraje a nivel latinoamericano, considerando el prestigio de esta nación en términos de institucionalidad, solvencia jurídica y altos índices de transparencia. Por esto esta ley nació de la necesidad de uniformar procedimientos de acuerdo a estándares de alcance internacional, ya que se han hecho frecuentes las relaciones comerciales con entidades extranjeras que se expresan en contratos con cláusulas de arbitraje¹⁴.

Dentro de los elementos que han dado lugar a una valoración perjudicial de la institución que estamos estudiando el convenio arbitral ha sido, por largo tiempo, la cuna de grandes problemas comenzando por su compleja naturaleza, continuando por la determinación del ámbito de la autonomía de las partes y de sus efectos positivo y negativo, que constituye un tema recurrente en la jurisprudencia de todos los países, para finalizar con la posible aceptación de la eventual intervención de terceros en el procedimiento arbitral o del propio Estado o entidades estatales. Y estos problemas se

¹³ J.M. Cook, "International Arbitration in American Context: A Comparative Look at Arbitration in Mexico and the United States", *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, n° 3, 1999, pp. 41-60.

¹⁴ G. Biggs B., "Arbitraje comercial internacional. Una tarea pendiente", *Revista del Abogado* (Colegio de Abogados de Chile), n° 30, abril de 2004.

acrecientan en el momento de iniciarse el proceso arbitral, sea porque dicho acuerdo o convenio ha sido redactado defectuosamente, esto es, sin llenar todas las formalidades impuestas por la ley para su examen, o sea porque dicho acuerdo está contenido en un contrato o negocio que es considerado inexistente o nulo, acarreado la posible inexistencia del convenio arbitral. La pretensión de abordar todas estas cuestiones rebasa con creces la disponibilidad de una colaboración de estas características, por lo que me limitaré a apuntar algunas de las más expresivas con la mirada puesta siempre en la práctica de América Latina.

II. PARTICULARIDADES DEL CONVENIO ARBITRAL

1. CARÁCTER MATERIAL Y PROCESAL

Se ha afirmado con razón que el convenio de arbitraje es un acto jurídicamente complejo que se configura inicialmente como un contrato, pero con la finalidad de producir efectos procesales; por consiguiente entraña una naturaleza híbrida, integrada por elementos dispares de no menor dispar eficacia¹⁵. Transciende, pues, de un simple acuerdo entre las partes por el cual éstas deciden someterse al arbitraje, sino que puede, contener cierto número de cláusulas, plazos y condiciones, así como las propias reglas del proceso arbitral, la especificación de la clase de arbitraje a desarrollar, el número de árbitros, las formas de designación, la posible renuncia expresa a la apelación o anulación, las garantías y requisitos obligatorios para solicitar la anulación del laudo, determinadas facultades especiales para los árbitros, los plazos específicos para dictar el laudo, o la renuncia expresa a ciertos actos procesales. Bien es verdad que las leyes de arbitraje no suelen extenderse en indicaciones respecto al contenido del convenio arbitral, aunque como requisito mínimo apuntan a que las partes que se someten al convenio deben establecer su voluntad indubitable de recurrir al arbitraje. Estas especiales características del convenio arbitral permiten a cierto sector doctrinal afirmar una doble naturaleza material y procesal en este instrumento cuyo objeto, de carácter procesal, no suele suscitar especiales controversias; no obstante al ser fruto de la voluntad de las partes, que se vinculan recíprocamente, su existencia y validez intrínseca plantea problemas similares a los de cualquier acuerdo o cláusula contractual (capacidad de las partes, formación del acuerdo, vicios del consentimiento, etc.) y les son aplicables las reglas sobre contratos.

Dicho en otros términos, el origen del convenio es la autonomía de la voluntad, entendida como “aquél poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades”¹⁶, pero el objeto es procesal: las partes pretenden excluir la competencia de los tribunales judiciales e investir a uno o más árbitros con la autoridad para deci-

¹⁵ Cf. E. Artuch Iriberrí, *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, 1997, pp. 28 y 44-46.

¹⁶ F. de Castro, *El negocio jurídico*, Madrid, 1967, p. 12.

dir y ello únicamente puede realizarse a través de normas de carácter adjetivo. Esta doble naturaleza explica la diversidad de normas que concurren en su regulación: materiales y procesales. Las primeras determinan, esencialmente, las condiciones de eficacia del acuerdo y se incluyen íntegramente en el Derecho de los contratos; las segundas determinan los efectos procesales del acuerdo, esto es, su alcance derogatorio de la competencia de los tribunales judiciales y de atribución de competencia a los árbitros. Esta distinción debe, sin embargo, ser objeto de una mayor matización, pues existe una estricta separación entre efectos positivos, materiales y procesales, y efectos negativos, que solo poseen alcance procesal, que derivan tanto de su ámbito de aplicación, objetivo y subjetivo, como de sus normas reguladoras. Mientras los positivos pertenecen al estricto ámbito contractual, los negativos, esto es, la exclusión de la competencia judicial estatal para conocer de un determinado asunto caen, más tarde o más temprano, en la órbita procesal del Estado cuyos Tribunales de justicia pierden competencia. Y acaso sea ésta, a efectos prácticos, la situación que más trabas implica para el desarrollo de un procedimiento arbitral ágil y efectivo; señaladamente cuando una de las partes decide poner en práctica todas las prácticas dilatorias imaginables.

2. DETERMINACIÓN DE LA VOLUNTAD INEQUÍVOCA

Cuando las partes pactan un arbitraje, el ánimo que las inspira no suele estar marcado por la discrepancia, antes al contrario. Si el convenio arbitral se inserta en un contrato la idea rectora en esos momentos es el normal cumplimiento del mismo y suele quedar muy lejos las posibilidades de un contencioso derivado de su aplicación o de su interpretación. Prima, pues, el propósito de evitar cualquier tipo de confrontación, pactándose la cláusula dentro de un entendimiento de voluntades convergentes. Como pusiera de relieve en Colombia la Sentencia de la Corte Constitucional de 31 de enero de 2001, una nota característica al arbitraje es que "... los sujetos en controversia o que prevean que pueden llegar a estarlo, determinen autónoma y voluntariamente que su diferencia no será decidida por el Estado a través de sus jueces, sino por un particular a quien ellos le reconocen el poder y la competencia para resolver sus desavenencias -poder habilitante de las partes-. Es, en este contexto, en donde el arbitramento adquiere su condición de mecanismo alternativo de resolución de conflictos, pues son las partes las que voluntariamente y sin apremio alguno, deciden no hacer uso del aparato de justicia estatal"¹⁷.

El arbitraje sólo puede ponerse en marcha cuando es inequívoca la voluntad de las partes en someterse a este procedimiento de arreglo de controversias; el hecho de insertar una cláusula de arbitraje en un contrato conjetura una presunción de que su intención ha sido la de establecer un mecanismo eficaz para solucionar los litigios previstos en la misma. Dicha elección no priva a las partes de las garantías que les

¹⁷ "Mejía Velásquez, I.", http://www.secretariasenado.gov.co/leyes/SC098_01.HTM.

ofrece la organización de la justicia estatal, sino que dichas garantías son reemplazadas por otras; por eso la ausencia de cualquier clase de ambigüedad en la voluntad de las partes para someterse a arbitraje constituye una condición *sine qua nom* para que los árbitros se sientan dotados de competencia plena para resolver la controversia¹⁸. En la indagación de esa voluntad inequívoca debe tenerse en cuenta que la interpretación de la cláusula de arbitraje por el árbitro debe tener carácter estricto, que se reitera en numerosa práctica arbitral. Como pusiera de relieve el Laudo CCI n° 4.392 de 1983, "... en caso de duda, los acuerdos relativos al arbitraje solo permiten una interpretación restrictiva, y deben atenerse, en primer lugar al texto. Ya que la intención de una parte de someterse a un juez distinto al juez estatal, es decir a un juez que en sí mismo es incompetente, debe manifestarse claramente. La aplicación de un convenio expreso relativo al arbitraje, tendría como efecto restringir los derechos garantizados a las partes para recurrir ante los Tribunales Estatales, y no resistiría la interpretación restrictiva de los convenios relativos al arbitraje, aún cuando los dos contratos se encontrasen reunidos en un mismo contexto"¹⁹

Ahora bien, cuando se produce el conflicto y es necesario recurrir al arbitraje, la puesta en marcha del convenio arbitral pactado ofrece extraordinaria complejidad pues suelen aparecer intereses encontrados, opuestos, y probablemente medie hasta desconfianza entre ellas. Es bastante habitual en este contexto que una de las partes, pese a haberlo pactado libremente, se niegue a someterse al arbitraje y realice toda una serie de acciones ante la jurisdicción ordinaria en tal sentido, o que habiéndose sometido a él, posteriormente no esté dispuesta a ejecutar el laudo arbitral, si este no se acomoda a sus peticiones.

La determinación de la voluntad inequívoca de las partes puede complicarse cuando en el contrato existen cláusulas contradictorias. Así se puso de relieve en Venezuela en el asunto abordado por la Sentencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia de 5 de mayo de 2005 ("Inversiones 225 S.A. / Desarrollos del Sol, C.A."). En el asunto, la parte demandada opuso la cláusula de arbitraje a través de la cuestión previa de falta de jurisdicción la cual había sido declarada sin lugar. El TSJ consideró necesario determinar si del contenido del contrato, se evidenciaba la intención de las partes de someterse en forma inequívoca, indiscutible y no fraudulenta, al arbitraje. Se daba la circunstancia de que la cláusula 13ª establecía que "Las partes expresamente convienen en que las eventuales controversias que se susciten en relación con este contrato, su existencia, ejecución, interpretación, terminación y cualesquiera otra, deberán ser resueltas definitivamente mediante arbitraje, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, y supletoriamente de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Arbitraje Comercial. El Tribunal arbitral estará compuesto por un (1) único

¹⁸ Y. Derains, *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Madrid, 1985, p. 127.

¹⁹ *Ibid.*, p. 367.

árbitro de derecho nombrado por las partes. A falta de acuerdo de la designación del árbitro se aplicará lo dispuesto en el numeral 3 del art. 39 de dicho Reglamento. La notificación a las partes de la existencia de un procedimiento de arbitraje se realizará mediante notificación personal a cuyos efectos se enviará a la dirección que se especifica en la Cláusula 11^a de este documento, copia de la solicitud y de los documentos anexos. Si no fuere posible la notificación personal, dicha notificación se hará mediante la publicación de cartel de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 34 del Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas. ...”.

Sin embargo, la Cláusula 7^a del contrato, disponía lo siguiente: “En caso de que no se realizare la entrega en propiedad de los locales a la compradora, según lo dispuesto en el Cláusula Sexta del presente documento, por causas imputables a la propietaria, tales como el desistimiento de ésta de la presente negociación en cualquier tiempo, la compradora podrá a su elección: A) Dar por terminado el presente contrato de forma unilateral y sin que esté obligada a recurrir al procedimiento arbitral, en cuyo caso la propietaria deberá entregar a la compradora en forma inmediata la cantidad (...) sin que la compradora tenga que probar los daños y perjuicios sufridos; o B) Ejecutar el presente convenio corriendo todos los gastos por cuenta de la propietaria”.

Para el TSJ de la lectura de la Cláusula anteriormente transcrita, se desprendía la no existencia de una manifiesta e inequívoca actitud de sometimiento al conocimiento exclusivo en árbitros privados, esto es, una clara disposición a renunciar a los órganos de administración de justicia. Se observa por un lado, que las partes determinaron en la cláusula Decimotercera que las divergencias que surgieran con motivo del contrato, se resolverían por vía del arbitraje, y por el otro, en la cláusula Séptima se dejó a criterio de la compradora, que ante el incumplimiento de la entrega de los locales en propiedad, se daría por terminado el contrato en forma unilateral y que por lo tanto, no estaba obligada a recurrir al procedimiento arbitral, para lo cual debe recurrirse por ante la jurisdicción ordinaria, convirtiendo por tanto, la cláusula de arbitraje en opcional cuando la acción de resolución del contrato se fundamentase en causas imputables a la propietaria. Por las razones expuestas, esta Sala concluyó que “... en el presente caso no se verifica una manifestación inequívoca, sin vacilaciones o contradicciones en cuanto al sometimiento a un laudo arbitral, pues si bien es cierto que la parte demandada, en la primera oportunidad en que compareció a juicio, opuso la cuestión previa de falta de jurisdicción, por la existencia de la cláusula compromisoria de arbitraje, no es menos cierto que tal situación no resulta suficiente, para sustraer el conocimiento que por mandato constitucional detentan los tribunales ordinarios de la República para dirimir los conflictos entre los ciudadanos. De tal forma que no habiéndose pactado de manera absoluta, la renuncia a toda posibilidad o alternativa de acceso a los órganos de administración de justicia, ello no enerva su conocimiento en la presente controversia, cuando, precisamente, una de ellas, la compradora, ha opta-

do por incoar una acción judicial de resolución del contrato, fundamentándose en la cláusula prevista en el contrato suscrito”²⁰.

El arbitraje societario ofrece también problemas en orden a la determinación del auténtico contenido del convenio arbitral pues en la escritura de constitución de la sociedad puede establecerse un determinado procedimiento de arreglo controversias futuras y en posteriores pactos entre accionistas determinarse otro distinto. De esta suerte, la vida externa de la sociedad, por ejemplo la disolución y la liquidación, debería quedar sometida a la primera cláusula, en tanto que las controversias surgidas entre los socios dentro del pacto para-social se incluirían dentro de la segunda cláusula. Pero, en ocasiones, la distinción no es tan nítida, como se puso de relieve en la Sentencia arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago de 12 de septiembre de 2002, que hubo que pronunciarse acerca de la incompatibilidad entre una cláusula arbitral inserta en un contrato de sociedad y otra, también arbitral, inserta en un pacto de accionistas. De conformidad con esta decisión ante la subsistencia “... de ambas cláusulas arbitrales y no existiendo ningún hecho o antecedente concreto que revele la voluntad de las partes de derogar o modificar alguna de ellas, es evidente que la disolución de la sociedad constituye una decisión que sólo puede decretar el árbitro designado en el contrato de sociedad, por tratarse de un hecho substancial con su existencia como tal”²¹.

III. CLÁUSULA COMPROMISORIA Y COMPROMISO ARBITRAL: PERSISTENCIA DE UNA DISTINCIÓN PERTURBADORA

Siguiendo una tónica no desconocida en el Derecho comparado, en varias legislaciones latinoamericanas se ha venido reconociendo la tradicional distinción entre cláusula compromisoria y compromiso²². En tanto la primera contiene un acuerdo de las partes de someter cualquier controversia futura a solución mediante el uso del arbitraje y requiere de un acuerdo posterior de ambas partes una vez que dicha controversia se origine, con lo cual no es ejecutable automáticamente²³, la segunda, en cambio, se refiere precisamente al acuerdo posterior de las partes de someter una o más disputas ciertas y actuales a arbitraje. La distinción admite también otras expresiones, como la

²⁰ *Boletín Comité Venezolano de Arbitraje*, n° 9, 2005.

²¹ *Sentencias arbitrales*, t. III, 2001-2003, rol 289.

²² F. Cantuarias Salaverry, “Reflexiones acerca de la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral: y después nos preguntamos porqué el arbitraje funciona recién desde 1996”, Cámara de Comercio de Lima, *Arbitraje on line*, *Boletín jurídico*, año III, n° 5, 2005.

²³ Para P. Aylwin la cláusula arbitral o cláusula compromisoria, debe entenderse como “...un contrato por el cual las partes sustraen determinados asuntos litigiosos, presentes o futuros, al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias y los someten a juicio arbitral, obligándose a nombrar árbitros en acto posterior”, (Cf. *El Juicio Arbitral*, 5ª ed, Santiago, 2005, p. 323)

de “acuerdo preliminar” y “acuerdo definitivo”; el primero, anterior al segundo, se limita a prever la existencia de litigios futuros, determinando de manera genérica el objeto del arbitraje y no se agotándose en un único juicio subsistiendo en tanto se mantenga la posibilidad de que aparezcan litigios futuros; y se establece cuando las partes aún no conocen el carácter exacto del litigio²⁴. El acuerdo definitivo ya contempla al conflicto concreto y se sólo extingue cuando la controversia quede solucionada²⁵. Todavía hoy ciertas legislaciones mantienen la exigencia de una formalización del compromiso arbitral y cuando el conflicto efectivamente se produce, es menester celebrar un nuevo acuerdo de voluntades que complemente la cláusula compromisoria y la haga operativa²⁶. A través este nuevo acuerdo las partes, una vez verificado el conflicto de intereses, convienen los aspectos concretos de funcionamiento del arbitraje, por lo que su cometido es complementar la disposición genérica contenida en la cláusula compromisoria de remitir a árbitros las eventuales controversias, al concretarlas en determinados puntos específicos.

La expresión “acuerdo de arbitraje” es una denominación que aparece citada, y luego difundida a todos los textos legales, en el art. II de la Convención de Nueva York de 1958 (CNY), con el intento evidente de unificar el tratamiento jurídico de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral. El párrafo 1 del referido precepto obliga a los Estados Parte en la Convención a reconocer “el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas (...)” y el párrafo 2, de un modo claro señala que “la expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso (...)”²⁷. Esta regla ha sido recogida de modo expreso la LMU y se ha extendido en la legislación comparada²⁸.

²⁴ Resultando imprudente “amedrentar a las partes con la determinación minuciosa de los requisitos y circunstancias del arbitraje meramente probable en esos momentos” (Cf. H. Briseño Sierra, “Consideraciones sobre el arbitraje”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*, vol. 15, 1962, pp. 19-57.)

²⁵ Vid., por todos J.A. Silva Silva, *Arbitraje comercial internacional en México*, 2ª ed., México, 2001p. 61.

²⁶ Ciertos legisladores se resisten a desprenderse de esta distinción. Vid. a título de ejemplo, arts. 473 a 479 del Código General del Proceso de Uruguay (Ley nº 15.982 de 1989), que definen qué se entiende por uno y otro de los pactos a los que nos estamos refiriendo. Vid. R. Santos Belandro, “La formalidad del acuerdo de arbitraje en los Derechos latinoamericanos”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, nº 15, 2004, pp. 81-91.

²⁷ La práctica que ha suscitado la aplicación de este precepto se incluye en el estudio de G. Aguilar Álvarez, “Artículo II (2) de la Convención de Nueva York y las Cortes”, *Revista de Derecho Internacional Privado y Comparado*, nº 15, 2004, pp. 63-80.

²⁸ Por ejemplo en la sección 7ª de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996 se reconoce de modo expreso el carácter separable del acuerdo arbitral. Ello significa que la cláusula compromisoria que forma parte de un contrato se considerará como un acuerdo “independiente” de las estipulaciones del contrato. Consecuentemente, la nulidad, inexistencia o cualquier otra circunstancia extintiva

La distinción apuntada resulta compleja cuando en el momento de la puesta en marcha del convenio arbitral que revista la forma de cláusula compromisoria pues, en caso de rebeldía de una de las partes para concurrir a la suscripción del compromiso, una vez que la controversia se ha originado, no existen mecanismos eficaces para suplir la falta de voluntad de dicha parte rebelde, en perjuicio de la parte interesada en promover el proceso arbitral; y tampoco existen mecanismos eficaces cuando la parte renuente impugne de inexistencia o de nulidad el propio convenio arbitral u objete la competencia de los árbitros para resolver el litigio, impidiendo o dilatando la constitución del tribunal arbitral.

Como ejemplo, una de las cuestiones más polémicas de la legislación argentina es que la cláusula compromisoria no despliega sus efectos por sí misma, pues la ley exige que las partes suscriban el compromiso arbitral, que debe formalizarse una vez que ha surgido el conflicto, por escritura pública o instrumento privado o por acta extendida ante el juez de la causa o ante aquél a quien hubiese correspondido su conocimiento (art. 739 CPCCN)²⁹. A esta cuestión aludió la Corte Suprema en 1877 (“Gai-bisso, J. / Lloyd Suizo”) cuando consideró que “no siendo el caso de arbitramento forzoso, para que éste pueda alegarse como subsistente, es necesario que exista un acta o constancia judicial de haberse creado”³⁰ y en 1887 (“Honoré y Bowen / Provincia de Buenos Aires”), en que, “puesta en duda la eficacia de un acto, no puede ocurrirse a la jurisdicción arbitral convenida en él, mientras no se decida la validez legal de aquel acto por los tribunales competentes”³¹. De esta suerte, la ausencia de acuerdo para formalizar el compromiso, pese a la existencia de la cláusula arbitral, origina enojosos trámites judiciales que como resultado destruyen la nota de celeridad que debe adornar al arbitraje, pues no en vano la parte que pretenda suscribir el compromiso arbitral debe elevar una demanda dirigida a la constitución del tribunal arbitral y, en su caso, a la determinación del contenido del compromiso arbitral (art. 742 CPCCN). Una muestra de los problemas que pueden generarse es que no habiendo las partes celebrado el compromiso arbitral es imposible poner en marcha el arbitraje y determinar la composición del tribunal arbitral conforme a las correspondientes reglas emanadas de la institución arbitral. Lo contrario es susceptible de una acción de amparo, como puso de relieve la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo

que se opere sobre el contrato principal no necesariamente afectará la validez de la cláusula compromisoria.

²⁹ Esta situación ha sido resuelta con corrección en el Proyecto de 2001. *Vid.* M.B. Noodt Taquela, “Avances del proyecto de Ley argentina de arbitraje respecto de la Ley modelo de Uncitral”, *Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina-Liber amicorum Jürgen Samleben*, J. Kleinheisterkamp y G. Lorenzo (coords.), Montevideo, 2002, pp. 719-741.

³⁰ *Jurisprudencia Argentina*, t. 19, p. 437; <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/principal.htm>, B040, Doc # 000010335.

³¹ *Jurisprudencia Argentina*, t. 31, p. 307; <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/principal.htm>, B040, Doc # 000012312.

Comercial, Sala C, de 11 de marzo de 2003 (“Akzo Nobel Coating, S.A. / Cámara Argentina de Comercio”)³².

Precisamente para evitar esas situaciones en la actualidad, la gran mayoría de las leyes latinoamericanas, siguiendo la LMU, han procedido a simplificar la forma y contenido del convenio arbitral, reconociéndose expresamente el principio de separabilidad de la cláusula arbitral respecto del acuerdo o contrato del cual forma parte y eliminando cualquier efecto en cuanto a los efectos legales de la cláusula compromisoria y del compromiso. El resultado ha sido la admisión de que el compromiso y la cláusula compromisoria poseen unos mismos efectos en orden a la realización del arbitraje³³ con el consiguiente desplazamiento del sistema dual³⁴ por la exigencia de un solo acto para regular tanto las controversias actuales como las o futuras determinando la obligación de los tribunales de justicia de iniciar el proceso arbitral, sin perjuicio de que alguna de las partes alegue la inexistencia o nulidad del convenio arbitral o la incompetencia del árbitro ante dicha sede judicial. La antigua forma *ad solemnitatem* del compromiso ha desaparecido con el propósito de favorecer y fortalecer el principio general de buena fe, evitando impugnaciones puramente formales al acto constitutivo del juicio arbitral.

A partir de aquí el juez al que se le someta un litigio sobre el que gravite un convenio de arbitraje tiene el deber de remitir a las partes al procedimiento arbitral siempre que una de ellas lo solicite a menos que compruebe fehacientemente que el referido acuerdo es nulo, ineficaz o de imposible ejecución. Y, con carácter complementario, aunque se le plantee una acción de nulidad contra el acuerdo el juez no podrá impedir el normal desarrollo del procedimiento arbitral³⁵. No existe en verdad justificación alguna para mantener la diferencia y su eliminación comporta a su vez frecuentes discusiones en torno a la interpretación y validez de la convención arbitral. Desaparecen también los habituales problemas de la práctica arbitral que generan las impugnaciones por una eventual ausencia de algún requisito del compromiso, persiguiendo con ello obtener la incompetencia del tribunal arbitral o bien anular todo lo realizado por árbitro, por conculcar el derecho a un debido proceso al erigirse ese pseudo árbitro en una comisión especial.

³² *La Ley*, (Buenos Aires), 2003, D, p. 672.

³³ Cf. J.D. González Campos, “Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. II, 1975, p. 13.

³⁴ Colombia: art. 118 Decreto 1818/1998.

³⁵ Así se establece en los países que siguen más o menos fielmente los postulados de la Ley modelo. Para el caso específico de México Vid. J.L. Siqueiros, “El alcance (*ratione materiae* y *ratione personae*) del acuerdo de arbitraje en Derecho mexicano”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. V, 2005, p. 582. En relación con el sistema brasileño: F. Gonçalves Neto, “Convenção de arbitragem e renúncia da jurisdição estatal”, *Revista de Direito Privado* (São Paulo), vol. 4, n° 15, 2003, pp. 201-211.

4. CLÁUSULAS PATOLÓGICAS

1. SUPUESTOS GENERADORES DE LA PATOLOGÍA

El estudio de una cláusula de arbitraje no termina en la valoración de su validez o invalidez, confrontada con las normas que sean aplicables, sino en un balance eminentemente práctico de su eficacia real, tanto positiva como negativa³⁶. Una cláusula arbitral no tiene por qué ser larga y detallada para ser eficaz y en su redacción debería primar la sencillez y la precisión en la selección de los elementos que se incluirán en el texto: alcance de la misma, determinación de si el arbitraje es *ad hoc* o institucional, número de árbitros, lugar e idioma del arbitraje, etc. La práctica pone de manifiesto que cuando más específica y detallada sea una cláusula, mayor es el riesgo de que sea sometida a impugnaciones.

La cláusula arbitral puede presentar problemas, generalmente de índole fáctico, que impidan una claridad total e inicial, sobre la voluntad de las partes en someterse a arbitraje y dicha valoración puede volver a requerir la intervención judicial, bien porque se presenta directamente la reclamación ante el juez ignorando la cláusula compromisoria, bien con posterioridad en la fase de anulación del laudo. La eficacia de la cláusula, generadora de obligaciones para las partes que pactaron el convenio, de la competencia de los árbitros y de su correspondiente incompetencia judicial puede, en efecto, verse seriamente afectada por una falta de determinación de la voluntad de las partes, de la institución encargada del arbitraje o de la renuncia acceso de los tribunales; en fin, por un conjunto de razones que, en definitiva, constituyen el elenco de lo que la doctrina francesa, familiarizada con los problemas prácticos del arbitraje, denominó las cláusulas arbitrales patológicas por no contemplar las funciones esenciales que debe cumplir un acuerdo arbitral: producir consecuencias obligatorias, excluir la intervención de autoridades judiciales, dotar de facultades al Tribunal Arbitral para resolver la controversia y, por último, establecer un procedimiento que bajo condiciones de eficiencia y rapidez concluya en un laudo arbitral que susceptible de ejecución³⁷.

La cláusula patológica surge en función de circunstancias muy diversas como la designación como rectora del procedimiento arbitral de una norma derogada; la falta de voluntad clara y terminante de someterse a arbitraje; la ausencia expresa y terminante de renuncia a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales; la defectuosa designación de la institución encargada de administrar el arbitraje, la concurrencia de

³⁶ Sobre esta cuestión resulta de referencia obligada el estudio de E. Artuch Iriberry, "El convenio arbitral defectuoso", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XI, 1995, pp. 415-421.

³⁷ Vid. F. Eisemann, "La clause d'arbitrage pathologique", *Essais in Memoriam de Eugenio Minoli*, Turín, 1974, pp. 120 ss; M.H. Maleville, "Pathologies des clauses compromissaires", *RDAI/IBLJ*, 2000, nº 1, pp. 61-83.

la sumisión a arbitraje como método de solución de las posibles controversias dimanantes del contrato, con la elección de foro judicial; la inclusión de modalidades en el ejercicio de la actividad arbitral de imposible o difícil cumplimiento tales como plazos excesivamente breves para llegar al laudo definitivo, o el establecimiento de un procedimiento de designación de árbitros excesivamente alambicado. En definitiva, nos encontramos con una cláusula patológica cuando incluya una expresión equívoca de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, acerca de la identificación de la institución arbitral competente o respecto de la auténtica renuncia a la jurisdicción estatal³⁸. Es el supuesto de “inaplicabilidad” del convenio arbitral, conforme al art. II CNY, sobre el que volveremos.

La falta de voluntad clara y terminante de someterse a arbitraje y la ausencia expresa y perentoria de renuncia a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales se registra con precisión en Venezuela en la Sentencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, de 13 de diciembre de 2005 (“Trevi S.p.A, Trevi-Finanziaria Industriale S.p.A y Trevi West Indies Limited / Aliva Stump, C.A., Aliva Construcciones, C.A., Inmobiliaria Las Nereidas, C.A., y Promociones La Islita, C.A., y Silverio Petrini Mistri”)³⁹. Se trata de una decisión paradigmática que pone en juego la virtualidad de dos de las circunstancias señaladas para determinar el carácter patológico del convenio arbitral: Una serie de empresas, englobadas bajo la denominación “Trevi”, interpusieron demanda ante un Juzgado de Caracas por cobro de bolívares contra una serie de sociedades del grupo “Aliva”. En dicho escrito las demandantes argumentaban, entre otras cosas, que habían suscrito un acuerdo el 19 de agosto de 1997, con las sociedades demandadas sobre ejecución de contratos de obra, referido a la construcción en Point Fortin de dos tanques LNG, en Trinidad y que una vez iniciados los trabajos por parte de Aliva éstos no habían llegado a concluirse. Las demandadas, por su parte, opusieron la cuestión previa de “falta de competencia”, toda vez que las partes de común acuerdo y por documento auténtico habían acordado mediante cláusula compromisoria de arbitraje someter sus diferencias a arbitraje de equidad (de conformidad con los arts. 608 al 629 del Código de Procedimiento Civil) entendiéndose que el caso no podía tramitarse por vía ejecutiva. En concreto, en la cláusula n° 9 del contrato tras establecer que la legislación aplicable para la solución de cualesquiera clase de controversias futuras sería la legislación venezolana y que los tribunales competentes serían los del Área Metropolitana de Caracas, añadía que “No obstante, antes de ocurrir a la vía judicial, las partes procurarán que sus diferencias se resuelvan mediante arbitraje y conforme a principios de equidad, a cuyos efectos se aplicarán las correspondientes disposiciones del Código de Procedimiento Civil”. El Juzgado mediante sentencia del 7 de febrero de 2003, admitió la cuestión previa “de

³⁸ J.C. Fernández Rozas, “Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 290, 2001, pp. 116 ss.

³⁹ *Boletín Comité Venezolano de Arbitraje*, n° 13, 2005.

incompetencia” entendiendo que la regulación de jurisdicción como el medio para establecer si un Tribunal venezolano carece de jurisdicción frente a un Tribunal extranjero o ante la Administración Pública, también puede operar la falta de jurisdicción frente a un Tribunal arbitral y que de los autos se evidenciaba inequívocamente la existencia de un documento auténtico en el cual las partes de común acuerdo, establecieron un cláusula compromisoria de arbitraje expresa. Esta decisión fue recurrida ante la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia que dictó Sentencia el 13 de diciembre de 2005, donde admitió el recurso al considerar que al tratarse, en su opinión, de una “cláusula arbitral imprecisa e incompleta” no podía ser considerada como eficaz a los fines de sustraer del Poder Judicial el conocimiento del asunto.

Dicha decisión comenzó afirmado en el caso se habían confundido en varias ocasiones dos figuras procesales tan diversas como la de competencia y la de jurisdicción y que era oportuno aclarar los conceptos jurídicos en referencia. Tras detenerse en esta cuestión tópica y afirmar que “la jurisdicción es el todo; la competencia es la parte; un fragmento de la jurisdicción” resaltó el incorrecto proceder de los demandados al oponer la cuestión previa, como el tribunal de la causa al decidir la misma; cuando, de conformidad con lo dispuesto en el art. 346.1° del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal *a quo* debería haber ordenado la remisión inmediata del expediente al Tribunal Supremo de Justicia a los fines de la consulta obligatoria, luego de resolver positivamente la cuestión previa opuesta. De acuerdo con la doctrina por la Sala Político-Administrativa debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 6 del Código de Procedimiento Civil según el cual si “estuviese interesada o se discutiere la jurisdicción de la República, se consultará con la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa la decisión que recaiga y se seguirá el procedimiento contemplado en los arts. 62 ss para la regulación de la jurisdicción”. Por tanto existe obligatoriedad para todos los jueces de la República (independientemente de su categoría y materia), de consultar ante dicha Sala todas las decisiones en las que éstos se hubiesen pronunciado acerca de la jurisdicción del Poder Judicial venezolano al conocer de un asunto, quedando sólo excluidas aquellas decisiones en que se haya afirmado la jurisdicción del Poder Judicial. De acuerdo con la Sala con dicha disposición normativa quedó regulada la consulta obligatoria de manera general para los casos en los que se declare que no corresponde al Poder Judicial venezolano conocer de un asunto, razón por la cual y deberá ordenarse asimismo la consulta de jurisdicción cuando el juzgador haya declarado la falta de jurisdicción del Poder Judicial, por considerar que el asunto debe ser decidido por la vía del arbitraje. Por tanto, en aquellos supuestos en que las partes hayan decidido someterse al arbitraje, el Poder Judicial venezolano no tendrá jurisdicción, en principio, para conocer el asunto planteado, pronunciamiento que deberá ser elevado ante la Sala Político-Administrativa de este Alto Tribunal, a los fines de resolver la consulta obligatoria.

Partiendo de esta doctrina la Sentencia que estamos comentando consideró que la cláusula de arreglo de controversias era bastante ambigua pues, en su opinión la vo-

luntad de las partes se había centrado el someter sus diferencias al conocimiento de los tribunales venezolanos, indicando asimismo que, previo a ello, las partes “procurarán que sus diferencias se resuelvan mediante arbitraje”, de lo cual puede inferirse que la forma en la que se insertó dicha cláusula, tuvo por finalidad no dar carácter obligatorio a la vía del arbitraje como elemento suficiente para sustraer del conocimiento del Poder Judicial las divergencias que se suscitasen entre ellos. Además del contenido de la cláusula n° 9 del contrato se podía evidenciar que las partes, al señalar que los árbitros atenderían a los principios de equidad, se estaban refiriendo a los denominados árbitros arbitradores, a cuya mención hace referencia el art. 618 del Código de Procedimiento Civil (marco normativo aplicable *rationae temporis* en razón de que para el momento de la firma del Convenio, esto es, el 19 de agosto de 1997, era el aplicable en materia de arbitraje, toda vez que no había sido promulgada la Ley de Arbitraje Comercial). Se constataba asimismo la falta de precisión respecto de las cuestiones que cada una de las partes sometería al arbitramento, el número y nombre de los árbitros, el carácter de éstos, así como las facultades que les conferirían.

2. ACCIÓN INTEGRADORA POR PARTE DEL JUEZ

Una solución a esta cuestión exige del juez que ha de interpretar la cláusula compromisoria la separación de lo defectuoso y de lo inválido atendiendo al denominado “efecto útil” del convenio arbitral. Por eso el juez debe distinguir con precisión entre una cláusula oscura, que no suponga ningún obstáculo para la realización del arbitraje, de aquella otra que sí lo suponga; por ejemplo, en las hipótesis que hemos formulado, cuando no pueda identificarse con claridad el organismo arbitral al que las partes pretenden someterse. Se entiende en tal sentido que desde el momento en que las partes han incluido una cláusula compromisoria en el contrato el juez debe presumir que su intención es establecer un futuro mecanismo de solución de la controversia basado en el arbitraje. Esto es, el juez debe dejar constancia de la voluntad real de las partes de recurrir al arbitraje y sólo ha de llegar a una solución contraria si esta voluntad no está suficientemente acreditada a través de circunstancias de carácter objetivo. No se trata de que el juez tenga la obligación de modificar el sentido literal de las cláusulas compromisorias, sino que debe reconstruir, si así lo considera oportuno, la voluntad deficientemente expresada por las partes de someterse al arbitraje y prescindir de una simple lectura meramente formal de la cláusula controvertida. Más tampoco ha de extralimitarse en su función y llegar a una revisión de la cláusula, lo cual implica que deba moverse en muchas ocasiones en un difícil equilibrio, pues si la imposibilidad de revisión de la cláusula se encuentra en un extremo de la balanza en el otro se halla una eventual *déni de justice*.

La presencia de errores en la redacción del convenio arbitral impone la necesidad de comprobar el carácter formal o sustancial de los mismos, en orden determinar su eficacia invalidante de la voluntad de las partes, para verificar así la eficacia positiva

y negativa del convenio⁴⁰. Interpretación determinada por su carácter estricto, pero *pro validitate*, según lo reconocido por constante práctica arbitral⁴¹. Por ejemplo, la referencia a un determinado idioma no constituye elemento sustancial en la aceptación o no del convenio arbitral. Sea cual fuere la ley aplicable y el idioma de sustanciación, la voluntad de la parte sería la misma, esto es, la resolución de las controversias mediante arbitraje. En el caso de convenios patológicos, la existencia misma del convenio arbitral no es cuestión que ofrezca duda. La mera comprobación fáctica concluye en su existencia material y su firma, junto con el resto del contrato. Respecto a la validez, es de señalar que no contradice ningún precepto legal, de manera que el arbitraje es válido y legítimo. La voluntad de las partes, debe aparecer expresada en el convenio arbitral, pero padece una concreta contradicción en su contenido o en el conjunto de cláusulas pactadas en el contrato.

Bien entendido que el concepto de convenio arbitral “patológico” hace referencia a aquel convenio válido, pero que presenta imprecisiones cuya aparición puede provocar la ineficacia del pacto. El concepto no comprende, por tanto, aquellos supuestos en que éste es radicalmente nulo por una razón que afecte a su esencia misma, como la indisponibilidad de la controversia. En efecto, al versar sobre un problema íntimamente ligado al orden público la inarbitrabilidad de una materia no hace defectuoso el convenio de arbitraje que sobre ella verse, sino radicalmente nulo. Por ejemplo, el art. II CNY, establece con carácter muy general tres tipos de causales de ineficacia del convenio, al margen de la arbitrabilidad de la controversia que excluimos aquí deliberadamente. Pues bien, el convenio arbitral “patológico”, válido pero no completamente definitorio de la voluntad de las partes, no figura en la generalidad de los supuestos apuntados extendiéndose la nulidad a los supuestos de ausencia absoluta de consentimiento, de falta de capacidad de las partes y de fraude o error⁴². Por su parte, la ineficacia, en la formulación del art. II.3º CNY, se refiere propiamente, a los casos en los que el convenio válido e ineficaz, deviene inoperante, por diferentes razones: renuncia de las partes, novación, incumplimiento de plazos por la parte actora o por los árbitros⁴³.

⁴⁰ J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2ª ed., Madrid, 1991, p. 689.

⁴¹ Laudo CCI nº 4145, de 1983, primer laudo interlocutorio, *Journ. dr. int.*, 1985, p. 985; YCA, vol. XII, 1987. Autos del Tribunal Supremo español de 17 de junio de 1983, “Ludmila C. Shipping Co. Ltd. / Maderas G.L. S.A.”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. I, 1984, p. 187, esp. p. 189 y de 22 de diciembre de 1983, “Fletamentos marítimos S.A. / Star Dispatch Shipping”, *ibid.*, vol. I, 1984, p. 195.

⁴² E. Artuch Iriberry, “El convenio arbitral defectuoso”, *loc. cit.*, pp. 416-417.

⁴³ Se da este supuesto, de manera especialmente llamativa, en las cláusulas arbitrales pactadas en Convenios bilaterales de protección y promoción de inversiones que suelen verse en ocasiones contradichos por el propio contrato, del que surge la concreta controversia: en estos casos no hay patología alguna, ni error en el consentimiento originado por un error de redacción: se trata de una verdadera colisión entre cláusulas sucesivas y el modo de resolverla supone en buena medida la aplicación de las normas de prelación en Derecho de los tratados. *Vid.* E. Artuch Iriberry, “La jurisdicción”.

La voluntad integradora del juez estatal encargado de enjuiciar este variado elenco de problemas tiene la última palabra en la eficacia del convenio arbitral. Cuando la interpretación es estricta y rígida, el menor error puede implicar que el convenio arbitral decaiga. Cuestión más fáctica que jurídica, debe tenerse muy presente el alcance del error, con la finalidad de determinar si es sustancial o meramente instrumental. Y siempre teniendo en cuenta que en el arbitraje comercial internacional, en sentido estricto, no encontramos supuestos en que participen partes especialmente protegidas o cuya pericia profesional sea algo dudoso. En este orden de ideas, el principio general de eficacia máxima y la seguridad jurídica de las partes son conceptos compatibles⁴⁴.

V. SEPARABILIDAD DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA RESPECTO DEL CONTRATO PRINCIPAL

1. PRINCIPIO DE SEPARABILIDAD

El carácter autónomo del convenio arbitral está por lo general establecido en la generalidad de los sistemas jurídicos a partir de lo dispuesto en la LMU en el sentido de que “la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las estipulaciones del contrato”. Nos hallamos en esta materia ante la acción del denominado “principio de separabilidad” que implica que el convenio arbitral es un acuerdo escindible de la relación principal a la que se refiere o del contrato en el que eventualmente se integra como una de sus cláusulas; esta separabilidad lleva aparejadas importantes consecuencias como, por ejemplo, posibilitar su inclusión en a un régimen jurídico distinto, incluso en cuanto a la ley nacional en su caso aplicable, respecto al régimen aplicable al resto del contrato; esto explica que podamos encontrarnos ante una cláusula arbitral válida incluida en un contrato que es nulo o que ha caducado. Por ejemplo en Francia la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 6 de diciembre de 1988⁴⁵ declaró la eficacia de un convenio arbitral pactado en un contrato que no había entrado, en vigor desde el momento en que la controversia que oponía a las partes se relacionaba, precisamente, con su conclusión. La justificación del postulado que estamos examinando es la radical diferencia de finalidad entre el pacto sustantivo (contrato) respecto del arbitral y su objetivo es, precisamente, garantizar que el convenio tendrá plena operatividad en los supuestos de crisis contractual que es para lo que se pacta. En consecuencia la nulidad del contrato no significa *per se* la del convenio, ni tampoco su existencia, ni la caducidad; para que tales circunstancias puedan predicarse conjuntamente de ambos pactos de-

dicción de CIADI de acuerdo al art. 25 del Convenio de Washington”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XIV, 1998, pp. 287-297.

⁴⁴ J.C. Fernández Rozas, “Le rôle des juridictions étatiques...”, *loc. cit.*, p. 124.

⁴⁵ *Rev. arb.*, 1989, p. 641.

ben ser contrastadas por separado y ser de naturaleza tal que impidan, por su propia concurrencia, la propia eficacia del convenio arbitral.

Los contenciosos derivados de los acuerdos para-sociales son especialmente proclives a estas cuestiones. Resulta evidente que la autonomía jurídica sustancial del convenio arbitral comporta que aunque se determine, por ejemplo, la caducidad de un pacto de sindicación, el convenio persiste, precisamente, para llegar a determinar el grado de exigibilidad y cumplimiento y, en su caso, fijar sus consecuencias para las partes en litigio. Las causas que pudieran afectar a la pervivencia del pacto de sindicación no son susceptibles de afectar al convenio arbitral, pues la valoración de si la referida caducidad por abandono mutuo y consciente ha concurrido es esencialmente la razón de ser de la previsión de arbitraje; no es dable pretender que la causa que motiva el arbitraje, esto es, cualquier irregularidad en la ejecución o interpretación del pacto, suponga la desaparición del convenio⁴⁶. Tal razonamiento conduciría inexorablemente a la ineficacia de un sinnúmero de arbitrajes

Existen divergencias importantes en cuanto al alcance de la autonomía del convenio arbitral y algunos autores prefieren utilizar el término de “separabilidad” por considerar que si la suerte de la cláusula compromisoria puede dissociarse de la correspondiente del contrato cuando poderosas razones así lo aconsejen, esta circunstancia no se produce en todos los casos; por ejemplo en la cesión de contratos o en la cesión de créditos se extiende por lo general a la cláusula compromisoria que incluyen, pero la nulidad que puede afectar al contrato no deja indemne en todos los casos a dicha cláusula compromisoria; debe atenderse a las causas concretas que dan lugar a la nulidad y esta operación ni es automática ni sencilla. Por el contrario, la utilización del término “autonomía” podría hacer pensar que la cláusula compromisoria es siempre válida cualquiera que sea la causa de la nulidad que afecte al contrato en el que está inserto. No se trata de negar las bondades de la separabilidad, pero de ahí a establecer el carácter inmutable de la autonomía hay un largo trecho⁴⁷.

Ya la vieja decisión argentina de la Corte Suprema de la Nación de 1918 en el asunto “Franke, O. y Cía. / Provincia de Buenos Aires”, resaltó este dato al afirmar que “Establecido en una ley de concesión y en el contrato respectivo que quedan libradas a la decisión arbitral ‘todas las cuestiones que puedan surgir entre el Gobierno y los concesionarios’, sin limitación alguna, la cuestión de la caducidad del contrato, alegada por la demandada para oponerse a la constitución del tribunal no está excluída (*sic*) de las que deben someterse al juicio de los árbitros arbitradores, los que podrán resolver hasta qué punto sean legalmente eficaces las defensas alegadas por las partes; tanto más que, en el caso, la demandada misma reconoce implícitamente que el contrato se halla vigente, al pedir en la reconvencción, que la Corte Suprema declare su

⁴⁶ Laudo CCI n° 6519/1991, *Journ. dr. int.*, 1991, pp. 1065 ss; y arbitraje *ad hoc* “Elf Aquitaine Iran / National Iranian Oil Co” (1982), *YCA*, 1986, pp. 97 ss y 102 ss..

⁴⁷ P. Mayer, “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”, *Rev. arb.*, 1998, pp. 359-268.

caducidad, y que tratándose de una convención bilateral, no es ella revocable por la sola voluntad de una de las partes”⁴⁸.

La autonomía propugnada no significa desconexión respecto de contrato principal, no obstante, como consecuencia de lo anterior, el tribunal arbitral está facultado para decidir sobre la invalidez o nulidad del contrato principal dentro de su propia competencia. La separabilidad, favorece de este modo el cauce arbitral al asegurar que este procedimiento sea siempre el modo de solución cualquiera que sean las vicisitudes del contrato en el que está inserto⁴⁹; por tanto, la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso iure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

Teniendo muy en cuenta las anteriores reservas, que se vinculan a la admisión del *depeçage* en la contratación internacional, no hay inconveniente en admitir que, *prima facie*, las controversias nacidas de un contrato extinguido, pero que tengan su origen en él puedan ser sometidas al juicio de árbitros previsto en la cláusula compromisoria que contenía⁵⁰. No obstante, la discusión principal se centra en el siguiente interrogante: ¿una cláusula compromisoria debe quedar comprendida en la eventual nulidad del contrato que la contiene? Una respuesta simplista se inclina hacia una respuesta afirmativa en el sentido de que lo accesorio sigue la misma suerte que lo principal y así lo ha entendido una jurisprudencia muy copiosa que hoy día ha cambiado de orientación debido a las necesidades del comercio y, más concretamente, del comercio internacional. En la actualidad cada vez se afirma con mayor determinación la autonomía de la cláusula compromisoria respecto del contrato principal⁵¹ aunque existen determinadas inflexiones. Como pusiera de relieve el Laudo CCI n° 1.526, es una regla admitida generalmente en el arbitraje comercial internacional la establecida por la *Cour de Cassation* francesa según la cual la cláusula compromisoria inserta en un contrato o establecida en un acuerdo por separado “tiene siempre, salvo circunstancias excepcionales, una completa autonomía jurídica”, descartándose que pueda verse afectada por una posible invalidez de dicho contrato⁵². La jurisprudencia de referencia arranca, en materia internacional de la Sentencia de 7 de mayo de 1963 (“Gosset”)⁵³. El problema planteado era si un árbitro designado en virtud de una cláusula

⁴⁸ *Jurisprudencia Argentina*, t. 128, p. 402; <http://www.csjn.gov.ar/jurisp/principal.htm>, B040, Doc # 000003203.

⁴⁹ M. Virgós Soriano, “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”, *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, n° 14, 2006.

⁵⁰ M^a P. García Rubio, “El convenio arbitral en la Ley de arbitraje de 5 de diciembre de 1988”, *RCEA*, vol. V, 1988-89, p. 76.

⁵¹ En Colombia la Corte Constitucional en, la Sentencia C-248 de 1999, “MP Eduardo Cifuentes Muñoz”, declaró la constitucionalidad del párrafo del art. 116 de la Ley 446 de 1998 partiendo del carácter autónomo de la cláusula compromisoria. Autonomía según la cual, puede un tribunal de arbitraje creado con base en un cláusula compromisoria, debatir la existencia y la validez del contrato y su decisión será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente.

⁵² *Journ. dr. int.*, 1974, p. 915.

⁵³ *Cour de Cassation 1^{ère} civ.*, *Rev. arb.*, 1963, p. 60 y nota de Ph. Francescakis; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, p. 615 y nota de H. Motulsky; *Journ. dr. int.*, 1964, p. 83 y nota de J.-D. Bredin.

compromisoria podía conocer del litigio a pesar de la eventual nulidad del contrato principal o si, por el contrario, la cuestión concernía de manera exclusiva a la jurisdicción estatal. La *Cour de cassation* optó por la primera hipótesis reafirmando el principio la autonomía de la cláusula compromisoria pese a la ineficacia del acto jurídico donde está inserta y de esta suerte, la eventual nulidad del contrato principal no arrastra a la cláusula compromisoria. Con ello se evita que uno de los litigantes a través de maniobras inequívocamente dilatorias alegue con éxito la nulidad de la cláusula a partir de una acción de nulidad del contrato que la incluye.

Esta doctrina considera, de manera más gráfica, que esta cláusula no es otra cosa que un “contrato dentro de otro contrato”⁵⁴; dicho en otros términos, la cláusula de arbitraje es una condición suplementaria y diversa de las condiciones generales establecidas en un contrato. Puede hablarse así de dos contratos diferentes con diversos fundamentos y diversa finalidad que emanan de declaraciones de voluntad también divergentes. Por descontado, la autonomía de la cláusula compromisoria implica que el acuerdo arbitral y el fondo de la controversia pueden regular por leyes diferentes. Ello implica, desde la perspectiva del Derecho aplicable, que la cláusula compromisoria posee una conexión independiente y autónoma para la determinación del ordenamiento jurídico que ha de regirla respecto del contrato que la sustenta, que puede quedar sometido a un otro ordenamiento jurídico⁵⁵.

La distinción apuntada posee una extraordinaria importancia en orden a las competencias de los árbitros para resolver una determinada controversia: si tal distinción no estuviera claramente establecida la impugnación del contrato entrañaría inexorablemente la impugnación del acuerdo arbitral en tanto los Tribunales estatales entiendan de la primera de ellas impidiendo la acción de los árbitros. Ello podría favorecer a un litigante de mala fe pues, para impedir la puesta en marcha de la cláusula compromisoria podría, esgrimir ante la jurisdicción estatal un vicio en el contrato principal⁵⁶. En definitiva el postulado de la separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral se traduce en la independencia e inmunidad de que goza la cláusula con relación al contrato que la contiene o del que depende. Por consiguiente, la invalidez del contrato no arrastra necesariamente al acuerdo arbitral, lo que implica la virtualidad del acuerdo de supervivir al contrato. Como pusiera de relieve el árbitro único P. Lalive, “resulta supérfluo subrayar la naturaleza independiente de la cláusula arbitral y el hecho que la naturaleza de la convención arbitral no cambia por el hecho de que esté sea inserta en un con-

⁵⁴ Esta jurisprudencia está confirmada en Francia por dos importantes decisiones: *Cour de cassation, Civ.*, 2^{ème}, Sentencia de 4 de abril de 2002 (“S.A. Barbot SM / Société Bouygues Bâtiments et autres”); *Cour de cassation, Com.*, Sentencia de 9 de abril de 2002 (“Toulouse / SNC Philam”). <http://www.lettresdroit.com/?&c=1&m=0&l=1&o=0&idarticle=126>

⁵⁵ Cf. J.D. González Campos, “Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. II, 1975, p. 28.

⁵⁶ H. Grigera Naón, “La autonomía del acuerdo arbitral”, *La Ley*, 1989-D, 1109.

trato que tenga un objeto diverso (...), en vez de en un compromiso separado”⁵⁷. Existe una necesidad práctica perentoria: desvincular el convenio arbitral del contrato al que se refiere y, a menudo, en el que se inserta. El principio de autonomía del convenio arbitral resulta esencial para poder hacer efectiva la cláusula en todos los casos en que el contrato resulte nulo o ineficaz y, precisamente, para determinar el alcance y consecuencias de esa nulidad o ineficacia. No es una novedad que los actos nulos en comercio internacional, pueden producir determinados efectos que es necesario regular⁵⁸. Cuando el contrato contiene un convenio arbitral, el método de resolver esa concreta controversia es el arbitraje, al que no le afecta la causa de nulidad necesariamente. Este principio es hoy generalmente admitido en las legislaciones nacionales y en los convenios internacionales, aunque de manera quizá menos explícita⁵⁹.

La cuestión se vincula en la actualidad a los denominados contratos de tráfico de influencias llamados también “contratos de corrupción” donde, por ejemplo, un contratante extranjero celebra un contrato de asesoría o de representación con un nacional del país donde se efectuará su operación comercial, aunque el auténtico compromiso de este “asesor-representante” consiste en facilitarle el contacto con las autoridades domésticas y entregarles una cantidad de dinero a modo de cohecho⁶⁰. A ello se refiere el supuesto abordado por el Laudo CCI n° 1.110 donde una empresa extranjera se negaba a remunerar a su ‘representante’ argentino, alegando el objeto ilícito del contrato y el árbitro, al descubrir que se trataba de un cohecho, se declaró incompetente en virtud de “los principios generales según los cuales los árbitros no pueden conocer de litigios de aquella naturaleza.” Sostuvo que “los contratos que vulneran de manera fundamental las buenas costumbres o el orden público internacional son nulos o al menos, su incumplimiento no es susceptible de ser recurrido ni ante jurisdicciones nacionales ni ante tribunales arbitrales”⁶¹. Con independencia del juicio de valor efec-

⁵⁷ Laudo preliminar CCI n° 1.512, de 17 de diciembre de 1967 (“Dalmia Dairy Industries Ltd. / National Bank of Pakistan”), *I Collection*; YCA, vol. V, 1980, pp. 170-174.

⁵⁸ Como determinó el árbitro B. Gomard en el laudo *ad hoc* de 14 de enero de 1982, *Elf Aquitaine c. National Iranian Oil Co.*, YCA, vol. XI, 1986, pp. 97-105, procede al arbitraje aunque el contrato fuera nulo y sin efectos. Precisamente lo necesario en ese momento era determinar las responsabilidades y consecuencias de la referida nulidad.

⁵⁹ Art. 178.3° LDIP suiza; art. 8 LA/1988 española; en otros casos, la formulación del principio ha tenido una fuente esencialmente jurisprudencial. En el caso francés la *Cour de Cassation (1^{re} Ch. Civ.)* de 7 de mayo de 1963, “Carapelli / Gosset”, *Journ. dr. int.* 1964, p. 82 formuló claramente el principio. En los EE UU: Tribunal Supremo, “Prima Paint Corp. / Flood & Comkin Mfg.”, 38 US 1967, p. 395 y comentario de R. Coulson, “Prima Paint: an Arbitration Milestone”, *Arb. jour.*, 1967, pp. 237 ss; en Alemania, *Landgericht* de Hamburgo de 16 de marzo de 1977, YCA, 1978, p. 274.

⁶⁰ B.M^a Cremades y D. Cairns “Corruption, International Public Policy and Duties of Arbitrators”, *Dispute Resolution Journal*, vol. 58, 2003/2004, pp. 76-85.

⁶¹ *Vid.* B. Hanotiau, “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, *Journ. dr. int.*, 1994, p. 958.

tuado por el árbitro es discutible que este razonamiento se acomode al de la autonomía de la cláusula arbitral⁶².

2. SOLUCIONES EN PRESENCIA

20. Desde la perspectiva del árbitro el art. 16 LMU la cláusula compromisoria como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. Por consiguiente, la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no traerá aparejada de pleno Derecho la nulidad de la cláusula compromisoria: el Tribunal arbitral no dejará de tener competencia para decidir sobre la nulidad del contrato a menos que llegue a la conclusión que el efecto que causa la nulidad del contrato afecta también a la cláusula compromisoria misma. El principio de separabilidad es aplicable cualquiera que sea la naturaleza del defecto, a diferencia de lo que ocurre con algunas legislaciones nacionales que hacen la distinción a ese respecto entre defectos iniciales y motivos posteriores de nulidad. Por su parte la Convención de Panamá de 1975, al remitirnos al Reglamento de Procedimiento de la CIAC en ausencia de acuerdo de las partes, da una solución general al problema⁶³, toda vez que su art. 21.2° dispone que “A los efectos del art. 21, una cláusula compromisoria que forma parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente Reglamento, 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 validez de la cláusula compromisoria o del convenio arbitral”.

Ahora bien, desde la perspectiva del juez, frente al vacío legal surgirá indudablemente la interrogante si la cláusula compromisoria ha de ser considerada como un contrato accesorio que sigue la suerte del principal o si hay separabilidad entre ambos. No obstante la separabilidad se encuentra en la mayor parte de los reglamentos de arbitraje y es compartida por las normas de Derecho positivo de muchos países, en especial por la doctrina y la jurisprudencia.

Por citar solamente un ejemplo concreto. Brasil reconoce el postulado de la separabilidad en el art 8 de la Ley n° 9.307, de 23 de septiembre de 1996, de arbitraje y otros procedimientos alternativos de solución de controversias comerciales, al disponer que “la cláusula arbitral es autónoma en relación con el contrato en que estuviere inserta, de tal suerte que la nulidad de éste no implicará necesariamente, la nulidad de la cláusula compromisoria”; esta formulación coloca a la Ley brasileña dentro de los lineamientos de las convenciones internacionales en la materia y en especial, dentro de las

⁶² Por eso los operadores del arbitraje internacional prefiere el tenor del Laudo CCI n° 3.916 que al margen de resaltar el carácter ilícito del tráfico de influencias existente en el caso subrayó la independencia de la cláusula compromisoria con respecto al contrato del cual formaba parte, por lo cual el tribunal arbitral pudo confirmar su competencia y proceder a la anulación del contrato de fondo, *Journ. dr. int.* 1984, pp. 930-934.

⁶³ R. Santos Belandro, *Arbitraje comercial internacional*, 3ª ed., México, 2000, pp. 176-177.

pautas fijadas por la Uncitral. El Acuerdo n° 25477, Primera Cámara civil del Tribunal de Justicia del Estado de Paraná de 10 de mayo de 2005 ha interpretado el referido precepto con corrección al rechazar un recurso interpuesto por Copel Distribuição S.A. que solicitaba la suspensión de dos procedimientos arbitrales seguidos ante la Câmara Fundação Gertúlio Vargas de Conciliação e Arbitragem aduciendo que existían numerosas irregularidades en los contratos de compraventa de electricidad que traían causa. Para el Tribunal, “... evidente que a Câmara Arbitral somente poderá dispor sobre a cobrança de valores quando o ato jurídico for válido, assim como poderá interpretar o contrato como ineficaz. A análise sobre a validade da avença depende, por óbvio, da interpretação contratual e nisto se inclui a sua validade, a declaração de inadimplemento e conseqüente condenação. O árbitro não pode semente condenar, sem fazer urna prévia análise acerca da eficácia do contrato, porquanto a análise que conduz a esta condenação é indispensável. Por isso, afirmo que as alegações da Copel não sao maduras, mas sim, inconvenientes, e visam, em última análise, impedir, por via oblíqua (a propalada ação popular), alterar todo o regime jurídico instituído pela Lei 9.307/96. Seria muito conveniente eleger um arbitro, pagar por isso (com dinheiro público, fríse-se) e depois, de maneira simplória, por meio de ações judiciais, alegar que o direito discutido na arbitragem é indisponível (...) e, portanto, não pode prosseguir. Simplesmente ininteligível.

Esta autonomía funcional llevó como consecuencia a la formulación del principio de autonomía conflictual, consistente en la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral con independencia del contrato. Son reflejo de ella las normas de conflicto clásicas en la materia, que intentan conectar el convenio arbitral a un ordenamiento nacional. Es el caso del art. 6 del Convenio de Ginebra de 1961 o del art. V.1° CNY. Sin embargo, ambas normas de conflicto, que someten el convenio arbitral a la ley elegida por las partes y, en su defecto, a la ley de la sede del arbitraje, muy pronto empezaron a mostrar deficiencias, más que por su imperfección, por su general inaplicación⁶⁴. Lo cierto es que la elección del Derecho aplicable al convenio no es en absoluto usual; pero además, la conexión con la sede del arbitraje no es real. Puede que el procedimiento arbitral, por razones prácticas, entre en contacto con el Derecho de la sede del arbitraje, pero el convenio arbitral, que es previo e independiente, no guarda relación alguna con él. Pero estas razones, por sí solas, no justificaban los desarrollos posteriores y el abandono de la técnica conflictual. Para llegar a un pronunciamiento como el recaído en el asunto “Dalico”⁶⁵ fue necesario algo más que una imperfecta técnica de localización.

⁶⁴ Básicamente, reconociendo un papel residual al método conflictual. Vid. J. Robert, *L'arbitrage, droit interne et droit international privé*, 6ª ed., París, 1993, pp. 267 ss.

⁶⁵ *Cour de cassation* francesa, 20 de diciembre de 1993, “Comité populaire de la Municipalité de Khoms c. Dalico Constructions”, *Rev. arb.* 1994.1, pp. 116 ss, nota de H. Gaudemet-Tallon; *Journ. dr. int* 1994, pp. 494 ss, nota de E. Gaillard y *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994, p. 663, nota de P. Mayer.

El control de los aspectos sustanciales del convenio arbitral se incluyen en el art. V.1º a) del CNY, no existiendo obstáculo a partir del mismo para que el contrato principal y el referido convenio se sometan a leyes distintas y, en caso de nulidad del primero, sus efectos no se extienden al segundo. La cuestión ha sido polémica en la doctrina pero la práctica arbitral ha dado una respuesta contundente a este tema. Resulta ilustrativa al respecto el Laudo CCI nº 5.485, de 18 de agosto de 1987. Ante una controversia que oponía a una empresa de las islas Bermudas y a una otra española se entendió que la autonomía de la cláusula de arbitraje debe reconocerse en el arbitraje comercial internacional⁶⁶.

La solución de la jurisprudencia argentina arroja luces y sombras. En la sentencia de la Corte Suprema de 10 de noviembre de 1998 (“Nidera Argentina, S.A. / Rodríguez Álvarez de Canale, E.G.”), que hizo suya el Dictámen del Procurador General, ante un conflicto de competencia entre la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales y la Jueza Nacional de lo Civil, se privilegió a la justicia estatal al entender que los boletos de compraventa en los que figuraba la cláusula arbitral eran simulados y encubrían un contrato de mutuo con garantía hipotecaria⁶⁷. Por el contrario, la autonomía de la cláusula compromisoria fue puesta de relieve por la Sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, de 26 de septiembre de 1988 (“Welbers, S.A., Enrique C. / Extraktionstechnik Gesellschaft für Anlagenbau M.B.M”) que traía causa de una demanda de cumplimiento de una cláusula arbitral, inserta en un contrato de compraventa internacional de mercancías celebrado en Hamburgo, que remitía las controversias futuras a la Cámara de Comercio Argentino-Alemana de Buenos Aires y a la ley argentina. Solicitado ante el Juez argentino el cumplimiento de dicha cláusula se opuso la demandada estimando, entre otras cosas, que toda cláusula compromisoria inserta en un contrato implica una obligación accesoria respecto del objeto del contrato principal y, por consiguiente, sigue la suerte que la obligación principal incluyendo la cuestión de la jurisdicción que correspondía, en su opinión, a los Tribunales de Hamburgo por estar la compraventa bajo el Incoterm FOB. Este argumento fue rechazado con rotundidad por la Cámara Comercial afirmando que “... la cláusula arbitral importa una prórroga de jurisdicción de los órganos del Estado, pactada por acuerdo de voluntades, que puede ser instrumentada separadamente del contrato principal, si bien lo usual es pactarla como cláusula incorporada al mismo contrato. La forma en que se instrumenta (...) no altera su naturaleza de convención autónoma,

⁶⁶ J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas, *Derecho internacional privado español. Textos y materiales*, vol. I, *Derecho judicial internacional*, 2ª ed., Madrid, 1992 pp. 817-821; *YCA*, vol. XIV, 1989, pp. 156-176; *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. V. 1988-89, pp. 367-372 y nota de M. Checa Martínez.

⁶⁷ *Vid.* los comentarios a esta decisión de R.J. Caivano, “Una singular cuestión de competencia (a propósito de un conflicto entre un juez y un tribunal arbitral), comentario al fallo Nidera Argentina S.A. c. Rodríguez Álvarez de Canale, Elena G., CSJN, 10-11-1988”, *La Ley*, 2 de febrero de 1990, pp. 1-2; A.P. Radzyminski, “Conflictos de competencia entre jueces y árbitros (A propósito de *in re: Nidera*)”, *El Derecho*, t. 138, p. 288.

que puede ser contemporánea o no, al contrato principal, pero que no depende de este último en cuanto a su validez, a la ley aplicable ni al juez dotado de jurisdicción internacional para resolver una eventual controversia”⁶⁸.

3. LA INQUIETANTE JURISPRUDENCIA BOLIVIANA

En el contexto descrito el art. 11 Ley de arbitraje y conciliación n° 1770, de 10 de marzo de 1997 de Bolivia establece con precisión la “autonomía del convenio arbitral” al disponer que “Todo convenio arbitral que forme parte de un contrato principal se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo”. Sin embargo, ese precepto, choca con la exigencia del art. 546 del Código civil, que requiere la verificación judicial para pronunciar de la nulidad y anulabilidad de los contratos (“la nulidad y la anulabilidad de un contrato deben ser pronunciadas judicialmente”). Y ello ha dado lugar a una jurisprudencia que no tiene parangón en el panorama comparado. El primer inquietante precedente es el Auto Supremo de 29 de agosto de 2003 (“Ministerio de Defensa Nacional / Unidad del Registro Internacional de Buques (RIBB) y Empresa Asesoría y Gestión Naval S.A.”): el Ministro de Defensa boliviano solicitó ante el Juez la nulidad de un contrato de prestación de servicios suscrito con la empresa Asesoría y Gestión Naval S.A. oponiendo esta última excepción de arbitraje apoyada en el art. 12 LA Bo en relación con el art. 336.1° del Código de Procedimiento Civil; como fundamento de su excepción señalaba que en el contrato las partes, en forma expresa y voluntaria, habrían convenido en someter a proceso arbitral cualquier controversia que surgiera producto de la relación contractual, en concreto al Tribunal de Conciliación y Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio (cláusula 14). El Ministerio de Defensa respondió afirmando que se estaba demandando la nulidad de pleno Derecho de “todo” el contrato de prestación de servicios, incluyendo la referida cláusula 14, por ausencia de una de las condiciones de fondo y forma requeridas para su validez, lo que habría acarreado que la nulidad se consideraría ínsita en el mismo acto; reforzaba su argumento en que el contrato en cuestión afectaba al orden público. La Suprema Corte de Justicia entendió que pese a la existencia de una cláusula en el contrato controvertido, debía tenerse en cuenta que el espíritu de la legislación boliviana aplicable al caso mediante el parágrafo III del art. 12 de la Ley n° 1770, “permite expresamente a la autoridad judicial declarar probada la excepción de arbitraje cuando está así demostrado o caso contrario, pronunciarse únicamente sobre la nulidad o ejecución imposible del convenio arbitral, rechazando la excepción”. Para la Corte, en los autos se estaba analizando la esencia o validez misma de la integridad del contrato de prestación de servicios, cuya nulidad ha sido demandada por supuesta ilicitud; en concreto, la aplicación de sus cláusulas, entre las

⁶⁸ *La Ley*, 1989-E, 304 y nota de A. Boggiano. *Vid.*, asimismo, V.Mª Báez Peña Wirth, “La importancia del respeto de la autonomía de la cláusula arbitral”, *Colección de análisis jurisprudencial. Derecho internacional privado y de la integración*, Buenos Aires, 2004. pp. 536-542.

que se encuentra la cláusula compromisoria, está en función de la validez o invalidez misma del contrato, pues lo que estaba en cuestión era “la oportunidad y no una emergencia del mismo, en cuyo caso recién correspondería someter a decisión arbitral”. Y tal razonamiento se vio reforzado con la referencia al art. 546 Cc que al disponer que la nulidad y anulabilidad de un contrato debe ser pronunciada judicialmente, las partes, tanto más cuanto que se discute la existencia misma del contrato, deben acudir a la administración de justicia para obtener la declaración judicial que establezca sí existe o no la causa de nulidad del mismo. Con tal proceder la Corte Suprema de Justicia ignoró el claro tenor del art. 11 Ley de arbitraje y conciliación n° 1770. Y esta ignorancia en modo alguno podía justificarse en el hecho de que el contrato había sido suscrito entre el Estado y una empresa privada.

Este sorprendente fallo no ha quedado, sin embargo, en el terreno de la mera anécdota. Un nuevo Auto Supremo de 11 de febrero de 2005 (“Alcaldía Municipal de La Paz / Xuzhou Construction Machinery Group Imp. Exp. Co. Ltda.”), en proceso ordinario sobre nulidad de contrato. El Juez 5° de Partido en lo Civil de La Paz acogió una excepción de incompetencia en un incidente de nulidad de un contrato que incluía una cláusula de arbitraje y la sumisión a las Leyes de la República China. La Alcaldía Municipal de La Paz apeló contra este fallo ante Corte Superior de dicho Distrito dictando la Sala Civil Primera un auto de 30 de marzo de 2001, por el que revocó el auto apelado. Ante esta situación la empresa constructora recurrió en casación y la Sala de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia, pronunció el Auto Supremo n° 205 de 10 de junio de 2002, por el cual anuló dicho fallo. Devuelto el proceso al tribunal *ad quem*, éste, recogiendo los fundamentos del mencionado Auto Supremo, dictó nuevo Auto el 18 de octubre de 2002, por el que revocó el auto del Juez n° 5, declarando en su lugar improbadamente el incidente. Así las cosas la empresa recurrió nuevamente ante la Corte Suprema de Justicia señalando que la Alcaldía Municipal de La Paz, desconociendo su jurisdicción y competencia intentaba la ilegal acción de nulidad de contrato cuya cláusula 16 denominada “arbitraje”, estipulaba que el contrato será regido e interpretado de acuerdo con las leyes de la República de China; que las disputas en conexión con tal contrato serán arregladas amigablemente y en su caso la disputa será sometida al Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Suiza; y por dichas razones debía prosperar la excepción de incompetencia absoluta. La Corte Suprema consideró con apoyo en su anterior Auto Supremo de 10 de junio de 2002, que la vía incidental no era adecuada para dilucidar casos “esenciales” como eran los de competencia, y añadió, con referencia a su fallo de 2003 que “Fuera de lo señalado precedentemente, se toma en cuenta, respecto al arbitraje y la competencia, la jurisprudencia de la Corte Suprema establecida en el Auto Supremo de Sala Plena N° 060 de 29 de agosto de 2003, según el cual, tratándose de una acción en la que esencialmente se ha demandado la invalidez o nulidad de un contrato, aún existiendo cláusula compromisoria -como en autos-, es de aplicación el mandato imperativo del art. 546 del Código civil, conforme al cual la nulidad y anulabilidad de un contrato debe ser pronunciada judicialmente”.

Como puede apreciarse, se trata de un serio atentado a la libertad contractual recogida en los arts. 454, 455, 461 y 519 del Código civil boliviano. Lamentablemente el Tribunal Constitucional ante el que se formuló el oportuno recurso evitó pronunciarse sobre esta cuestión al considerar que se trataba de una materia correspondiente a la legalidad ordinaria⁶⁹.

6. CONSIDERACIÓN FINAL

Con ser ciertos, en términos generales, los elementos positivos que adornan al arbitraje comercial internacional, la práctica examinada en relación con algunos problemas relativos al convenio arbitral pone de relieve que no siempre se verifican las ventajas reales atribuidas a este procedimiento de solución de controversias y que en algunos casos tales ventajas cuentan con una consistencia más que discutible⁷⁰. En ocasiones la referencia a la rapidez con la que deben desarrollarse las actuaciones arbitrales, resumida con la máxima *justice différée est une justice déniée*⁷¹, no es otra cosa que un “señuelo” y muchos arbitrajes no pueden escapar a los inconvenientes característicos de los procesos jurisdiccionales ordinarios. La responsabilidad corresponde, sin embargo, por igual a los abogados de las partes y a los jueces. Respecto de los primeros porque en el preciso momento de la puesta en marcha del arbitraje pueden utilizar argumentos impugnatorios contra el convenio arbitral para evitar que despliegue sus efectos positivo y negativo o realizar con ello maniobras claramente dilatorias con el fin de provocar una eventual acción de anulación ante los Tribunales de justicia⁷² y conseguir prolongar exageradamente el pleito en la seguridad de que el aumento de los intereses respecto de la deuda principal o las sanciones en que pueden incurrir son muchas veces más benignas en función de un determinado sistema financiero. Respecto de los jueces porque las críticas, muchas veces injustificadas, de ciertos medios arbitrales hacia la justicia ha producido un movimiento de defensa y un clima de confrontación en el que durante mucho tiempo ciertos sectores la Judicatura mostraron, desde posiciones aparentemente profesionales, su hostilidad y preocupación ante los indiscutibles avances del arbitraje; y esta hostilidad ha tenido repercusiones en la consideración de la verdadera eficacia del convenio arbitral.

Afortunadamente, estas posturas cada vez pertenecen más al pasado y la jurisprudencia que hemos examinado apunta más a situaciones de estabilidad que de desatino; aún hoy en ciertas decisiones judiciales se sigue percibiendo aún una incomprensible

⁶⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia 0391/2006-R de 24 de abril de 2006.

⁷⁰ Cf. Y. Derains, “El arbitraje, auxilio del comercio exterior”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, n° 15, 2004, pp. 11-16.

⁷¹ P. Bernardini, “Los pouvoirs de l’arbitre”, *Mesures conservatoires et provisoires en matière d’arbitrage internationale*, *Bulletin du CCI*, n° especial, pp. 22 ss.

⁷² E. Gaillard, “Les manoeuvres dilatoires des parties et des arbitres dans l’arbitrage commercial international”, *Rev. arb.*, 1990, pp. 759-796.

actitud defensiva de los jueces sustentada en la denominada concepción jurisdiccional del arbitraje que aún no se ha conseguido erradicar. Para lograr esta estabilidad han contribuido, sin duda, las importantes reformas de las legislaciones que se han efectuado en el sub-continente y el hecho de que cada vez tenga mayor predicamento las tesis que insisten en que éxito del arbitraje depende del buen funcionamiento de la justicia; no en vano los árbitros carecen de *ius imperii*, propio de la soberanía del Estado, y por ello, ningún sistema arbitral, que pretenda ser realmente eficaz puede operar totalmente al margen de la intervención judicial, que debe extenderse tanto al auxilio del árbitro como al control de las garantías del procedimiento arbitral. De esta suerte, el arbitraje se verá tanto más favorecido en el cumplimiento de sus objetivos institucionales cuanto mejor sea el funcionamiento de la administración de justicia ordinaria; dicho en otros términos: el peor enemigo del procedimiento arbitral es la ineficacia de la jurisdicción ordinaria.⁷³ Si adoptamos una posición en la línea del análisis económico del Derecho tendremos que reconocer que la relación coste / beneficio para asegurar el rápido cumplimiento de las prestaciones incumplidas que propicia el arbitraje no sólo beneficia a las partes por la eficiencia del método de solución de la controversia, sino también a los abogados.

⁷³ Cf. E. Verdura y Tuells, "Algunas consideraciones...", *loc. cit.*, p.146.