

## **EL CONVENIO ARBITRAL. PRODUCTO DE LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.**

El inicio de todo futuro proceso arbitral descansa en lo que se conoce como CONVENIO ARBITRAL, que en el derecho comparado recibe también el nombre de clausula arbitral, compromiso arbitral y acuerdo de arbitraje. Es mayoritariamente utilizado en el derecho iberoamericano el término convenio arbitral. En toda Ley o normativa jurídica en materia arbitral, como instrumento normativo que regula la institución jurídica del ARBITRAJE es unánime ubicar su origen en el convenio arbitral - excepción hecha de lo que la doctrina reconoce en algunas legislaciones como arbitraje forzoso - contra lo que estamos en desacuerdo por su injerencia en la autonomía de la voluntad contractual y que se da sobre todo en el arbitraje de derecho administrativo; podemos decir entonces que ***sin convenio arbitral no puede haber arbitraje.*** *El convenio arbitral, aparece justificado pues en la autonomía de la voluntad de las partes,* lo cual permite que la controversia disponible conforme a derecho pueda ser sometida a un proceso arbitral. La ley en general se aparta de definir instituciones jurídicas, lo cual se reserva a la doctrina, sin embargo, hay excepciones, y para el caso, el Art.3 letra d) de la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador, define al convenio arbitral, como: “ El acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan llegar a surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica, de naturaleza contractual o extracontractual” definición inspirada en la que al efecto da la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas sobre derecho mercantil internacional CNUDMI/ UNCITRAL, sobre ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL de 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, que en su *Opción II, sobre el Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje (Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006) dice que el acuerdo de arbitraje “es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una*

determinada relación jurídica, contractual o no”. Dicho sea de paso, ésta ley modelo ha sido adoptada por una buena parte de legislaciones a nivel mundial sobre arbitraje comercial nacional e internacional, como la recién aprobada ley de arbitraje sobre comercio internacional de Costa Rica, que prácticamente asume como propio el texto integro de la ley modelo UNCITRAL. En la Ley de Arbitraje Española Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, recientemente reformada -otra replica de la ley modelo- no es posible hallar una definición del convenio arbitral. En dicha ley lo que encontramos es una **descripción** del convenio arbitral y sus formas de adoptarlo. Del mismo modo, en el Libro IV del Proceso Arbitral, en el Código Procesal civil y Comercial de la nación, de Argentina, art.736 y sgts. no encontramos definición, del “compromiso arbitral” sino sus formas de adoptarlo y contenido.

En un sentido u otro, ésta *descripción* ó definición del convenio arbitral, evidencia sin dudas, que dicho acuerdo es el resultado de la vocación negocial, en la que es *esencial la **voluntad negocial** de someterse a arbitraje* (art. 9.1. Ley de Arbitraje Española). Esta tesis, menciona mi ilustre maestro Dr. Antonio María Lorca Navarrete,\* parece haber sido asumida por BERNARDO M. CREMADES que, en un artículo de doctrina publicado en Revista de Arbitraje y Mediación año 3; enero-marzo de 2006, pág. 147, dice que “la piedra angular del arbitraje es el convenio arbitral; negocio jurídico por el que las partes expresan su voluntad de someter a arbitraje la solución de todas las cuestiones litigiosas, o de alguna de ellas, que se hayan planteado o que puedan plantearse respecto de una determinada relación jurídica”. Pero, el error del referido BERNARDO M. CREMADES quizá estribe –señala el ilustre profesor Lorca- en configurar el convenio arbitral “como contrato pero con claros efectos –dice- jurisdiccionales” ya que el convenio arbitral no es un contrato que origine “**efectos jurisdiccionales**”, lo cual comparto plenamente. En efecto, la indudable **vocación negocial del convenio arbitral** - cita el maestro Lorca\*- permite que la *voluntad de las*

partes de someterse a arbitraje acceda a la procedibilidad o procesabilidad negocial del convenio arbitral en orden a resolver las partes sus controversias en virtud del principio de autonomía de la voluntad.

El convenio arbitral puede entonces ser definido como el negocio jurídico bilateral que encuentra su justificación en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que alejado del contractualismo, permite la resolución *procesal –no jurisdiccional-* de la controversia surgida entre las partes, derivado de sus relaciones contractuales.

El convenio arbitral no es, por tanto, un contrato ya que todo contrato es un instrumento generador de derechos y obligaciones para una o ambas partes de la relación contractual, exigibles y ejecutables voluntaria o forzosamente. Y aun cuando en la doctrina de la separabilidad del convenio arbitral se diga que el convenio arbitral es un contrato dentro de otro contrato, lo cierto es que el convenio arbitral es en cambio un **negocio jurídico bilateral** por el que las partes de una relación jurídica contractual voluntariamente deciden someter la solución de sus futuras diferencias surgidas de la ejecución, cumplimiento, existencia y validez del contrato -y del mismo convenio arbitral- a la decisión de terceros: Árbitros; acuerdo al que incluso pueden renunciar expresa o tácitamente al someterse a una jurisdicción ordinaria sin alegar la otra parte, excepción de arbitraje; por ende los elementos de un típico contrato no se configuran en el convenio arbitral y por ello éste se justifica en su proyección procesal resolutoria de controversias entre partes, disponibles conforme a derecho, surgida del común acuerdo libre, voluntario e informal de las partes interesadas.

El convenio arbitral “deberá expresar entonces la voluntad de las partes”. Se configura con ello una voluntad **expresa y negocial** con la que las partes deben convenir, asentada por escrito, lo que implicará que el “poder volitivo de someterse” es una clara manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes, asentada en su libertad autónoma, y amparada por el ordenamiento jurídico

que proclama la Ley de Arbitraje, garantizado en la constitución como norma suprema tuteladora de la garantía de libre disponibilidad de controversias entre partes mediante arbitraje. art.23 de la Constitución de El Salvador, que dice: "...Ninguna persona que tenga la libre administración de sus bienes puede ser privada del derecho de terminar sus asuntos civiles o comerciales por transacción o arbitramento...". Entonces, ese poder volitivo, autónomo y privado, se concreta a través de una indudable base negocial, (negocio jurídico) -no contrato - por lo que debe actuar en un mismo plano de igualdad –lineal- es decir, sin diferencias, que provocaría al violentarlo, la nulidad del convenio arbitral, por el hecho de colocar a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros, pues con ello se habría roto el principio de igualdad (garantía negocial-procesal en el arbitraje) en la designación de árbitros, que consigna la misma ley de mediación, Conciliación y arbitraje de El Salvador en su art.38. Y es totalmente lógico y correcto que así sea, pues desde el punto de vista de la base negocial del convenio arbitral, no puede entenderse o concebirse que dicho convenio bilateral pudiera estar sujeto a desequilibrios entre las partes de manera que una de ellas resultara en desventaja respecto de la otra, no solo en lo tocante a la designación de los árbitros, sino en cuanto a cualquier otro punto relativo a los efectos del convenio y su proyección procesal, lo que deformaría la esencia del negocio jurídico que da vida al arbitraje, y por ello, su esencia misma como mecanismo alterno idóneo para la solución amigable, ágil y eficaz de las controversias civiles y comerciales entre partes.

\*citas del Dr. Lorca Navarrete, dentro de sus apuntes brindados en el programa de especialización en arbitraje comercial internacional de la U. Antonio de Nebrija.2010-2011.

Lic. RAUL GARCIA MIRON

Especialista en Derecho Comercial Internacional