

# La manifestación del consentimiento en condiciones de violencia económica: un asunto pendiente en el arbitraje

The manifestation of consent in conditions of economic violence:  
a pending matter in arbitration

FERNANDO S. BAJAÑA TOVAR Y PAÚL A. GONZÁLEZ MORÁN  
Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

## Resumen

Muy a pesar de que el edificio del Arbitraje se ha consolidado sobre los cimientos de la expresión inequívoca del consentimiento, durante años la institución del Arbitraje se ha visto sometida a un régimen que no ha sido capaz de establecer la línea diferencial entre contrato y consentimiento arbitral, a tal punto que ambos términos son tomados como sinónimos en la mayoría de estudios de la materia. De ahí que, las observaciones y análisis realizados sobre temas referentes a la aptitud y validez material del consentimiento, en el Arbitraje, sean escasos, confusos y problemáticos.

Por tales consideraciones, el presente ensayo de corte académico se fija como meta, el plantear una relectura del campo de acción del consentimiento arbitral, a fin de depurarlo de las faltas semánticas heredadas por la Doctrina arbitral, altamente influenciada por la Teoría General de las Obligaciones, para finalmente, destacar de manera exclusiva el producto material de la interrelación entre violencia economía y consenso arbitral junto con sus consecuencias jurisdiccionales.

## Palabras claves

Violencia económica / Atenuación / Kompetenz-Kompetenz / Separabilidad / Indemnidad / Consentimiento.

## Abstract

Despite the fact that the Arbitration building has been consolidated on the foundations of the unequivocal expression of consent, for years the institution of Arbitration has been subject to a regime that has not been able to establish the differential line between contract and arbitration consent, to such an extent that both terms are taken as synonyms in most studies on the matter. Hence, the observations and analyzes made on issues related to the aptitude and material validity of consent in Arbitration are scarce, confusing, and problematic.

For such considerations, the present academic essay aims to propose a rereading of the field of action of the arbitration consent, in order to purge it of the semantic faults inherited by the Arbitration Doctrine, highly influenced by the General Theory of Obligations. Finally it aims to highlight in an exclusive way the material product of the interrelation between violence, economy, and arbitration consensus, together with its jurisdictional consequences.

## Key words

Economical violence / Mitigation / Kompetenz-Kompetenz / Separability / Indemnity / Consent.

1 Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, miembros del Equipo de Arbitraje de dicho centro de estudios, e investigadores del Departamento de Derecho y Ciencias Sociales de la Fundación Prometeo. (UCSG- Fundación Prometeo). fernando.bajana@cu.ucsg.edu.ec / paul.gonzalez@cu.ucsg.edu.ec.



## 1. Introducción

Se encuentra tan arraigada la afirmación de la voluntad de las partes como piedra angular del arbitraje, que es prácticamente imposible encontrar un trabajo de investigación que aborde algún aspecto del sistema arbitral donde dicha idea no se encuentre presente (González de Cossío, 2011, p. 131).

Es tal la importancia que se le ha dado a la expresión inequívoca del consentimiento como causa derivativa de la jurisdicción convencional, que la Doctrina y los marcos normativos, tanto domésticos como internacionales, han procurado blindar su otorgamiento a través de la estandarización de requisitos formales, siendo quizá la principal y más extendida, la necesidad de su registro por escrito<sup>2</sup>.

Sin embargo, a contrariedad de la armonía<sup>3</sup> e interés normativo que se evidencia, con respecto a la validez formal del consentimiento en el arbitraje. Las observaciones y análisis sobre tópicos relativos a su aptitud material son confusos y problemáticos; preponderando en éstos, errores del lenguaje y del método científico. Lo que descubre que, dentro del estudio del Arbitraje, existen una serie de ambigüedades que acentúan la poca claridad del trato que se le da a la validez del consentimiento.

Así las cosas, producto del escaso interés mencionado, la Doctrina arbitral apenas y ha esbozado estudios breves sobre los efectos que tendría la percepción de vicios del consentimiento en el contexto del convenio arbitral, atendiendo que tal problemática estaría relacionada propiamente con la aptitud material del *consensus arbitrii*. Es más, en tales estudios se ha preferido acoger una reflexión residual del fenómeno, planteándose en todos los casos una misma hipótesis: ¿qué hacer frente a una infección del consentimiento arbitral provocada por vicios provenientes del negocio jurídico base? Ante lo cual, como es de imaginarse, la respuesta siempre ha parecido sencilla y consabida: proceder con la aplicación del principio de separabilidad.

No obstante, soluciones como la precitada, sustentadas en el mandamiento de separabilidad o categorías semejantes, adolecen de por lo menos tres defectos técnicos, que le restan potencia para erigirse como conclusiones estándares en una perspectiva científica.

Así, en primer lugar se tiene que, (i) la solución que ha esbozado la Doctrina, es dependiente de una estructura mono-problemática, por cuanto siempre parte desde el supuesto de que los vicios del consentimiento se han originado en el contrato conexo y no justiprecian la posibilidad de que aquellos hubiesen surgido en el seno del convenio arbitral, afectando a éste de forma exclusiva; o que tales patologías, incitasen un doble impacto, tanto sobre la validez del contrato base como sobre la eficacia del contrato arbitral. Asimismo, (ii) las soluciones esbozadas por la Doctrina carecen de visión y no percatan que el principio de separabilidad no está cargado de un carácter absoluto, siendo generalmente insuficiente para generar problemas relacionados con el elemento consensual; llegando incluso Caivano (2015) a plantear que vicios del consentimiento podrían perfectamente migrar desde el contrato referencial al acuerdo arbitral<sup>4</sup>. Finalmente, también le es reprochable (iii) el carácter normativo de la “separabilidad” dentro del arbitraje, a saber, su clasificación como principio

---

2 Las disposiciones normativas que regulan el arbitraje han optado por un principio de libertad formal, donde además de imponer una regla uniforme de escrituración, se les reconoce a las partes la plena libertad para establecer la clase, el idioma, la sede y el desarrollo del proceso arbitral.

3 Sin perjuicio de ciertos puntos de colisión sobre la pertinencia del reconocimiento de la expresión tacita del consentimiento, o la dicotomía entre el carácter *in validitatis* o *ad probationem* del convenio escrito.

4 Roque Caivano constituye uno de los pocos autores, que ha elaborado trabajo profundo sobre el tema la validez material del compromiso arbitral. Para dicho autor, la naturaleza del acuerdo arbitral es principalmente contractual, y en consecuencia su validez se encuentra sujeta a los requisitos generales establecidos por la legislación civil para la validez de los contratos.

jurídico de índole interpretativo, resulta inhábil para resolver las consecuencias que provocaría la admisión de la violencia económica como un vicio del consentimiento, por cuanto dicho concepto importado de la Economía resulta impermeable ante las prescripciones de metanormas jurídicas.

De tal suerte, el análisis de los efectos de la violencia económica en la aptitud material del consentimiento arbitral, constituirá el eje central del presente ensayo. Empero, la insuficiencia conceptual de algunas instituciones jurídicas, sopesadas como ineludibles para el abordaje completo de este fenómeno, demandarán cierto detenimiento. De esta manera se planteará una relectura del campo de acción del consentimiento arbitral, a fin de depurarlo de las faltas semánticas heredadas por la Doctrina arbitral de la Teoría General de las Obligaciones, para finalmente, destacar de manera exclusiva el producto material de la interrelación entre violencia económica y consenso arbitral junto con sus consecuencias jurisdiccionales.

## 2. El consentimiento en el arbitraje

Los problemas del lenguaje no son ajenos al arbitraje, de tal manera que han sido varias las tramas donde la Doctrina arbitral ha debido dedicar su máximo esfuerzo para zanjar —al menos por consenso— la ambigüedad, vaguedad y demás trabas que suelen presentarse en las cadenas de comunicación y significación de las distintas áreas de las ciencias jurídicas.

En la actualidad, una situación muy extendida y aguda, por sus consecuencias en la producción teórica del arbitraje, es la que atraviesa la institución del consentimiento arbitral.

Esta suerte de crisis semiótica que afecta a la idea de consentimiento en el arbitraje tiene como principales fuentes, las imprecisiones terminológicas y conceptuales que se han heredado de la Teoría General de las Obligaciones, un legado común e irrenunciable en la mayoría de las ramas del Derecho Privado, en el que se incluye al Arbitraje.

Al primero de estos escollos semánticos, es posible identificarlo desde los presupuestos de la lógica formal, más acertadamente del estudio de las falacias de la definición. En vista de esto, la Doctrina del Arbitraje, al igual que la Teoría General de las Obligaciones, al momento de determinar los conceptos de /consentimiento o voluntad / y de /convenio o contrato / se valen de una falacia de definición circular, en donde el significado de las partículas principales de los significantes precitados, esto es, /consentimiento o voluntad-/ y /convenio o contrato-<sup>5</sup>, reposan sobre el significante de la otra. Así, se define al convenio como “acuerdo de voluntades o concurso de consentimientos”, y al consentimiento como “la voluntad para celebrar un convenio o contrato”.

En otras palabras, tanto la Doctrina Arbitral como la obligacionista, a la hora de explicarnos el *consentimiento*, nos ha dicho que éste es una bellota que origina a un árbol llamado *convenio*; y, a la hora de explicar al árbol *convenio*, nos ha manifestado que es aquel que se originó a partir de la bellota llamada *consentimiento*. De ahí se sigue que, en el fondo, no se ha hecho algo para entender a tal bellota o a tal árbol, prescindiendo de la circularidad del otro.

No obstante, a pesar de la antigüedad y trascendencia de los defectos de esta falacia, poco se le ha tomado en cuenta, pasando la mayoría de las veces desapercibida. Lo que ha permitido, por un lado, que, (i) frente a la irresolución de conceptos de autónomos del *consensus arbitrii* y del convenio arbitral, se tomen a estos como sinónimos o dependientes semánticamente de los elementos del otro; y, que, (ii) se extienda la indeterminación de los límites epistemológicos del estudio de cada institución.

<sup>5</sup> El criterio gráfico de barras simples “/xxx /” está siendo empleado en el mismo sentido que recomienda Umberto Eco en su obra (1983).

Respecto de las consecuencias señaladas es posible advertir que la segunda se deriva de la primera. En este sentido, es normal observar que ante la falta de una función semántica propia para cada término, los ámbitos de estudio de cada uno, no se hayan plenamente determinados. Lo que provoca, a su vez, que sea bastante habitual que supuestos análisis doctrinales auto precisados como dedicados al consentimiento arbitral, terminen en su desarrollo centrándose en elementos dogmáticos propios del convenio arbitral y viceversa.

Debido a esto, los autores han decidido centrarse durante el presente estudio, en la resolución de la primera problemática, en la medida de buscar una corrección oportuna a la vacancia semántica de los conceptos precisados, como escalón previo a la valoración del *quid* principal.

### 2.1. Teorías para resolver los problemas del lenguaje en el consentimiento arbitral

Como primer miramiento, se tiene que resulta cotidiano observar que en el Arbitraje se utilicen los términos voluntad y convenio arbitral indistintamente para significar un mismo objeto. Lo que genera un problema de falsa sinonimia, el cual ha contagiado a casi toda la producción teórica de la materia e impedido un análisis autónomo sobre cada fenómeno.

Sobre este asunto, una aparente solución parece asomarse del enfoque apadrinado por González de Cossío, en lo tocante a la diferenciación de la forma y la voluntad arbitral. Para el tratadista, la fórmula aristotélica de continente y contenido le permite solucionar su cuestionamiento, precisando que el consentimiento arbitral sería el contenido que se hospeda dentro del continente de formalidades (González de Cossío, 2007, p. 13).

Siguiendo esta estructura argumental, los vicios de falsa sinónima y definición circular podrían aplanarse mediante la valoración de la relación semántica entre convenio arbitral y consentimiento arbitral siguiendo un esquema de conjunto y elemento. Lo cual, si bien figura ser una solución novedosa para nuestra problemática, en el fondo nada aporta para su superación y en realidad nutren la incertidumbre señalada. Por cuanto el uso de este razonamiento nos lleva a firmar como convenio a aquello que contiene al consentimiento, y consentimiento como aquello contenido en el convenio.

A esto debe agregársele que la adopción por analogía del criterio de de Cossío nos llevaría a aseverar erradamente que: (i) el concepto de convenio arbitral se agota en el de consentimiento revestido con formalidades, sin detenerse en los otros elementos de esencia de cada contrato; y que, (ii) la voluntad arbitral conformaría una suerte de *alter ego* del convenio arbitral, en la medida de que, al ser su contenido exclusivo, constituiría el elemento determinante de su identidad, manteniéndose el problema de falsa sinonimia.

Esta serie de consecuencias poco deseables advierten la necesidad de meditar un campo dogmático nuevo para la explicación de cada fenómeno mencionado, en especial del fenómeno consensual.

Frente a esto, el primer paso será abandonar la noción de *consentimiento* adoptada por la Doctrina clásica, según la cual constituye un elemento diseñado para nombrar a la *voluntad* que tienen las partes para celebrar actos jurídicos bilaterales (Abeliuk, 1983, p. 76).

Estas definiciones prolijadas hasta el día de hoy por el Arbitraje resultan inclusive perjudiciales para la vigencia lógica de sus propias instituciones, especialmente del principio de separabilidad, en la medida que si *consentimiento* es voluntad de celebrar, este en un sentido lógico-matemático equivaldría a la *afirmación* del contrato. De esta manera, un convenio arbitral que somete controversias derivadas de otro negocio jurídico contractual comparte con aquel, la situación de actos jurídicos bilaterales y en consecuencia, ambos tendrían dentro de sus elementos constitutivos al factor *afirmación*, lo que marcaría la pauta para una eventual

simplificación y compartimento del factor consensual.

En este orden, la actual valoración de la Doctrina, donde el consentimiento es visto como la afirmación de un contrato, desde un contexto matemático, se traduce como una relación entre convenio arbitral y contrato identificada bajo la relación:  $1a + 1b$ . Donde 1 es el valor positivo que se le da a la afirmación o ratificación (consentimiento) del acto jurídico, (+) es un conector de yuxtaposición, (*a*) es el acto jurídico bilateral conocido convenio arbitral, y (*b*) el negocio jurídico de fondo.

Lo antedicho naturalmente permitiría simplificar la relación descrita a través de una técnica de factores hasta que adopte la forma:  $1(a + b)$ , siempre significando una misma cosa.

Esta última forma, que resume la idea generalizada de la Doctrina, permite que cualquier inutilidad del valor afirmativo de la voluntad de las partes repercuta sobre la totalidad del universo contractual, incluyendo tanto al negocio arbitral como al negocio no arbitral. En la medida que la introducción de una negación ( $\neg$ ) en lenguaje lógico, o patología del consentimiento en lenguaje jurídico, implicaría por la relación de los negocios antedicha, la contaminación individual de cada contrato. Esto es  $\neg 1(a + b) = \neg 1a + \neg 1b$ , o más precisamente  $\neg 1(a + b) = 0a + 0b$ . Quedando por sentado que, los efectos de la afectación ( $\neg$ ) del acto declarativo de voluntad (1), que tanto convenio arbitral (*a*) y contrato base (*b*) comparten,  $1(a + b)$ , repercuten sobre la validez de ambos negocios jurídicos. Consentir en ello dejaría sin fondo a los presupuestos lógicos esgrimidos para justificar la separabilidad de los dos contratos, sobre todo en lo relativo a la autonomía de elemento volitivo, dando la impresión de que dicho principio tiene un objetivo más práctico que teórico y abstracto.

De hecho, esta comprobación lógica de la posibilidad de contaminación de ambos negocios jurídicos, como resultado de un atributo consensual común (*I*), es la que ha inspirado a Caivano (2015) al afirmar: la posibilidad de que ambos pactos sean nulos existe, ya que, habiendo sido otorgados en el mismo momento, algunos vicios –especialmente los que se refieran a la declaración de la voluntad de las partes– pueden afectar conjuntamente al contrato principal y al acuerdo arbitral (p. 25).

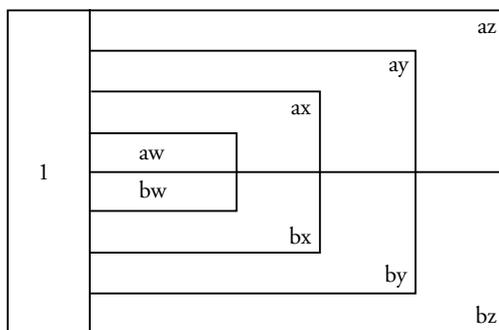


Figura 1. Representación de la relación entre negocio contractual y arbitral.

En la figura 1 puede verse bajo el esquema  $1a + 1b = 1(a+b)$ , donde 1 es el acto declarativo del consentimiento; (*w*) es la capacidad para celebración del acto bilateral, (*x*) la causa contractual; (*y*) el objeto del negocio; y, (*z*) las formalidades.

Vale aclarar que se debe tomar por errada toda interpretación que pretenda generar una partición del acto volitivo ( $1_1$  y  $1_2$ ), amparada en la idea de que, mientras en el contrato

base se afirma sobre prestaciones sustanciales reciprocas, en el convenio arbitral se lo hace respecto a la reglamentación del derecho de acción de las partes, por cuanto este juicio, implicaría la identificación injustificada del elemento consensual con el elemento objetivo de los contratos, que si bien no es una tesis completamente errada en su conclusión, evidencia uno de los defectos precitados, por cuanto subordina el concepto de *consentimiento* al del *objeto contractual*; esto es, crea una relación de dependencia ontológica entre una institución reputada esencial y los elementos de otra.

Ahora bien, la demostrada insuficiencia de la Teoría General de las Obligaciones para brindarnos un concepto cogente de consentimiento, puede remediarse a través del salto generacional que el Arbitraje aún se resiste a dar: la acogida de premisas proveniente de la Teoría de la Argumentación. Pues bien, tesis como la Teoría de los actos de habla de Austin y la Teoría de la Intencionalidad de Searle, pueden permitirnos esquematizar una noción jurídica del *consentimiento* más apropiada a nuestros fines.

En lo que atañe a Austin, las expresiones lingüísticas se clasifican en constatativas y performativas, de forma tal que las primeras describen al mundo y por tanto pueden ser calificadas como verdaderas o falsas, según la relación de correspondencia que se erija entre lo expresado y lo real (Austin, 1982, p. 183). Por su lado, las expresiones performativas —llamadas por la doctrina hispanohablante como realizativas—, “por el mero hecho de ser enunciadas constituyen acciones: ‘Quand diré, c’est faire’ (Cuando decir es hacer). Por ejemplo, cuando digo ‘juro’ ante el juez estoy realizando o constituyendo el acto de jurar, pero no lo estoy describiendo; cuando digo ‘prometo’ estoy realizando el acto de prometer, no estoy informando” (Patiño, 1988, p. 68). En otras palabras, se usan las expresiones constatativas para cumplir funciones descriptivas con aptitud de certeza; y, expresiones performativas, para crear instituciones, modificar la realidad y generar obligaciones que asume el hablante.

Así las cosas, dentro de esta última categoría de expresiones se ubica el acto ilocutivo de promesa, el cual lejos de entenderse en el sentido estricto de lo jurídico, o sea como etapa unilateral y primitiva del consentimiento, equivale en lingüística a la acción de consentir o de forma más apropiada al acto intencional de obligarse.

Es de esta manera que en la Teoría de los Actos del Habla la institución jurídica del *consentimiento* tiene un carácter de acto performativo, alejándose así, de los clásicos paradigmas de la Teoría General de las Obligaciones (de inspiración positiva), que valoraban al consentimiento exclusivamente como una descripción afirmativa del contrato, que nos llevaba además de una falacia circular de definición a la denunciada falacia descriptiva.

Luego, para Austin al igual que Hume, confluyen en la existencia del acto de prometer (consentir), los criterios de intencionalidad y de convencionalidad, a razón de factores esenciales para su ejecución. Este último factor, el de convencionalidad, es el antecedente del cual se coligen los derechos y obligaciones que ligan a los sujetos de la relación comunicativa, es decir, al emisor y al destinatario, o al deudor y al acreedor<sup>6</sup> (Patiño, 1988, p. 70).

Ahora bien, Searle, consciente de los eventuales defectos a los que se halla propenso el acto de promesa —vicios del consentimiento— establece una serie de reglas constitutivas para determinar la fortuna (aptitud material) del acto performativo consensual. Estas reglas constitutivas se clasifican en los criterios de: (i) condiciones de contenido proposicional, (ii) condiciones preparatorias, (iii) condiciones de sinceridad, y (iv) condición esencial (Xin, 2016, pp. 22-24). Cumpliendo cada una con una función especial en la indemnidad del consentimiento.

6 Para Patiño, Hans Kelsen habría sido uno de los pocos autores del positivismo lógico, que habría percatado esta relación entre intencionalidad y prestaciones obligacionales (Kelsen, 1943).

Para efecto de explicación, Searle utiliza una situación hipotética, -adaptada a un lenguaje jurídico dentro de este ensayo-, donde una persona  $H$  emite una declaración  $t$  ante una persona  $O$ , de forma tal que al emitir la declaración  $t$ ,  $H$  consiente obligarse en  $p$  para con  $O$  (Searle, 1994, pp. 64-69). Sin embargo, el acto de consentir  $p$  para con  $h$ , solo será válido si:

(i) Las condiciones normales de input y output se encuentren presentes, es decir, que existan condiciones normales de comprensión y de expresión inteligible, entre deudor y acreedor.

(ii) Que se entienda que  $H$  declara que se obliga a  $p$  al emitir  $t$ , de forma tal que el resto de la proposición  $t$  sea residual en un plano obligacional.

(iii) Que al expresar que  $p$ ,  $H$  este consintiendo sobre un acto jurídico futuro ( $A$ ) en favor de  $H$ . En todo caso, sería ilógico meditar la posibilidad de que  $H$  consienta sobre un acto pasado, o una prestación de hacer o no hacer algo, sobre eventos que ya ocurrieron.

(iv) Que  $O$  prefiera que  $H$  hiciera ( $A$ ) a que no hiciera ( $A$ ), y  $H$  cree que  $O$  preferiría que él hiciera ( $A$ ) a que no hiciera ( $A$ ). En el plano jurídico esta regla constitutiva se equipará al principio de buena fe, en su faceta objetiva y subjetiva.

(v) Que no sea obvio ni para  $H$  ni para  $O$ , que  $H$  hará ( $A$ ) en el curso normal de los acontecimientos. Caso contrario no consentiría un contrato propiamente dicho, sino cumpliría un deber legal o moral predecible.

(vi) Que  $H$  tenga la intención de hacer ( $A$ ). No se haya coaccionado o confundido en el objeto de su obligación.

(vii) Que  $H$  procure mediante la emisión de  $t$  colocarse a sí mismo bajo la obligación de hacer ( $A$ ).

(viii) Que  $H$  intente producir en  $O$  el conocimiento ( $C$ ) de que la emisión de  $t$  cuenta como el hecho de colocarlo a él bajo la obligación de hacer ( $A$ ).

(ix) Que las reglas semánticas del dialecto hablado por  $H$  y por  $O$  sean tales que  $t$  se emite correcta y sinceramente si y sólo si se dan las condiciones I-VIII (Xin, 2016, pp. 21-24).

Bajo esta lógica, el modelo  $1a + 1b = 1(a+b)$   $1a + 1b = 1(a+b)$  es sustituido por un modelo lingüístico, que desarrolla la naturaleza del consentimiento desde una nueva perspectiva, en la cual éste se equipara con una variable ( $p$ ), que forma un eslabón principal dentro de la cadena comunicativa propia de cada negocio jurídico.

Luego, en concordancia con lo que se expresa en las reglas constitutivas III, IV, y V de Searle, ese *consentimiento* ( $p$ ) se vincula íntimamente con la ejecución del acto futuro  $A$ , que en el ámbito jurídico revela una relación entre acto consensual y objeto contractual, a manera de un sistema de significación  $p \rightarrow A$  (abstracto-concreto).

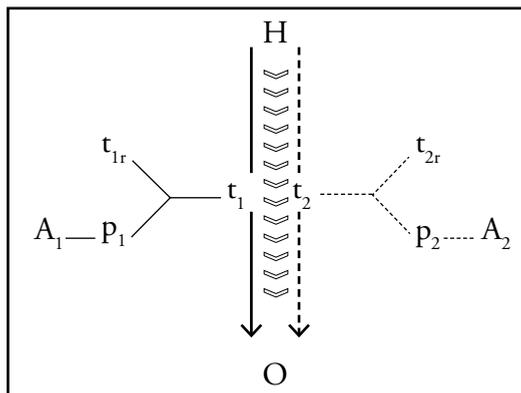


Figura 2. Representación de la relación entre negocio contractual y arbitral, según el modelo lingüístico Austin – Searle 2.

En este gráfico entre H y O (partes contratantes) existen dos relaciones comunicacionales: el contrato de fondo y el convenio arbitral, cada una con un contenido diferente ( $t_1$  y  $t_2$ ), que consiente de forma separada ( $p_1$  y  $p_2$ ) la ejecución de actos futuros diversos  $A_1$  y  $A_2$ . En esta relación por  $t_{1r}$  y  $t_{2r}$  se entiende a todo aquello que siendo parte del contenido emitido, no forman parte del consentimiento propiamente dicho.

Al respecto, a diferencia del modelo lógico clásico, las teorías del lenguaje brindan incluso un soporte lógico más eficiente para la vigencia del principio de separabilidad, por cuanto comprueban que el contenido del contrato base ( $t_1$ ) y el contenido del convenio arbitral ( $t_2$ ) son independientes el uno del otro; hallándose desligados sus respectivas cadenas comunicativas y consecuentemente sus actos consensuales  $p_1$  y  $p_2$  con las prestaciones que originan  $A_1$  y  $A_2$ . Siendo quizá esta, la idea que Lochim apadrina, cuando al ser parafraseado por Caivano, defiende la separabilidad de los contratos, en el hecho de que el objeto del convenio arbitral, a distinción del objeto del convenio sustancial, está destinado a “reglar el derecho de acción que corresponde a aquellos —las partes—” (Caivano, 2015, pág. 24).

Sin embargo, si bien la tesis lingüística puede facilitar el erigimiento de una fundamentación teórica más sólida para el mandato de separabilidad, es también cierto que, a través de aquella, una de las características menos estudiadas de dicho principio se comprueba: su aplicación limitada.

Sobre este punto podemos anotar que varias de las reglas constitutivas de Searle, previamente estudiadas para la determinación de la validez del consentimiento, hacen una referencia al *contexto* donde se desarrolla la relación contractual, lo que en síntesis motivaría a que la “realización de este tipo de expresiones –acto de prometer- este condicionada por el contexto y las circunstancias adecuadas” (Patiño, 2005, p.71). De ahí, que, si bien es cierto que el modelo lingüístico estudiado nos permite separar los contratos conjugados, en su sintaxis y en su semántica, no lo hacen en su pragmática, debido a que es evidente que convenio arbitral y contrato basal comparten un mismo ambiente, objetivo y contexto histórico, aunque elementos internos desiguales. Por lo tanto, la validez del consentimiento deberá estudiarse no exclusivamente en un aspecto semántico y sintáctico, sino de forma especial en un contexto pragmático.

Así las cosas, Austin enuncia seis condiciones indispensables para la eficacia pragmática de este tipo expresiones, a saber:

debe presentarse un procedimiento convencional, A<sub>1</sub>) las personas y las circunstancias deben ser las apropiadas, B) el procedimiento debe llevarse a cabo por todos los participantes, B<sub>1</sub>) en todos sus pasos, C<sub>1</sub>) el locutor debe tener una intención, un sentimiento y un pensamiento sincero para llevar a cabo la acción, C<sub>2</sub>) los participantes se deben comprometer efectivamente (Patiño, 1988, p. 70; Austin, 1982, p. 753).

Por lo tanto, infortunios de comunicación o vicios del consentimiento, del tipo en que “una de las partes se ve obligada a celebrar un acuerdo si es que no quiere sufrir un grave perjuicio en su patrimonio, esto es, sufrir una pérdida económica” (Cabrillac, 2016, p. 289). Tal como se probará después, estos permitirían vislumbrar, por su acentuación pragmática y contextual, un caso de insuficiencia de los fundamentos lógicos de la separabilidad, añadiendo peso al carácter limitado de esta.

Lo antedicho implica para la institución del consentimiento una relectura pragmática de su conformación, centrada en las condiciones austinianas de eficacia de la promesa, como expresión performativa. Advirtiéndose entonces la posibilidad de sancionarla como infortuna al comprobarse alguna de las variables del *economic duress*.

### 3. Vicios del consentimiento

Lo analizado en los apartados previos nos permite trazar una redirección sobre la clásica examinación formal de la validez del consentimiento arbitral que, hasta ahora, había estado limitada a certificar el cumplimiento de requisitos formales exigidos por la legislación aplicable —*lex arbitrii*— y sancionar con nulidad su desacato en el caso de omisiones.

En este sentido, lo que se busca es patentar un examen propiamente pragmático (lingüístico) de la eficacia del *consensus arbitrii*, fundado en la depuración de patologías u omisiones de las condiciones constitutivas que hayan influido en su otorgamiento, sea que estas obedezcan a un carácter comunicacional, jurídico o económico.

Acerca de esto, aunque la mayoría de las legislaciones civiles con inspiración napoleónica habían admitido una concepción tripartita de las causales de afectación del consentimiento contractual, a través de la cual la reputación de perfecto del consenso convencional queda supeditada a la ausencia de error, fuerza o dolo al momento de su declaración (Abeliuk, 1983, p.76). Puede criticarse sobre aquello que la mayoría de estos vicios tienen un impacto mono direccional que reincide en las aptitudes semánticas (entendimiento y comprensión del contenido) y sintácticas (estructura) del contrato sustancial, que tal como se evidenció antes se encuentran imposibilitadas de migrar al escenario arbitral en virtud de los soportes teóricos lingüísticos del sistema expuesta en la figura 2, que además aporta un mayor sustento para el principio de separabilidad.

Mas, el hecho de que el *consensus arbitrii* comparta ambiente y momento histórico con el acto volitivo (*p*) del negocio jurídico basal, y por tanto, estén envueltos en un único escenario extralingüístico, permitiría la aplicación de nuevas teorías de vicios del consentimiento, que se centran en la rupturas de las condiciones pragmáticas de la expresiones performativas de Austin a través del aprovechamiento de una parte, de la situación económica desfavorable y apremiante de otra para hacerse con la celebración del contrato.

Lo que, en un texto más jurídico facultaría la admisión de una nueva causal de nulidad de los negocios jurídicos, caracterizada por un doble impacto no migracional, esto es que aunque afectan a los dos contratos en yuxtaposición (basa-arbitral), no se deben a la transmisión de los defectos del negocio de fondo al entorno del convenio arbitral, siendo en lo consiguiente impermeables al principio de separabilidad.

### 3.1. Debilidad económica: un “nuevo” vicio del consentimiento

Para abordar el tema de la violencia económica hay que partir, primero (i) desde la asunción de que el contexto previo al perfeccionamiento contractual está envuelto de una serie de presiones que realiza alguna de las partes, con la finalidad de mejorar su posición con respecto a la otra; y, segundo (ii), que todos estos datos y situaciones, ostentan un carácter extra comunicacional y por ende pragmático.

En consonancia con ello, no se puede hacer caso omiso a la situación en que el equilibrio de las partes ha pasado a un segundo plano, de lo que una de las partes toma especial ventaja de la parte situada en adversidad. En ambas situaciones, si bien resultaría difícil desconocer que las partes han tenido pleno conocimiento de las cláusulas contractuales, y se han vinculado sin que medie ninguno de los vicios tradicionalmente reconocidos; es posible afirmar que la voluntad de una de las partes se encuentra viciada, por cuanto no existe una verdadera elección: está obligado a contratar o aceptar las imposiciones hechas por la contraparte. Por tal razón, múltiples ordenamientos jurídicos han pretendido superar la tradicional división de los vicios del consentimiento, tratando de incorporar figuras como la debilidad económica, en aras de precautelar el interés de aquellas partes que hayan recibido un detrimento en su persona o en su patrimonio, a consecuencia de las presiones recibidas.

En ese contexto, surge prudente revisar algunos de los principales fallos que han tenido incidencia en la reformulación de los hoy ya caducos vicios del consentimiento. En ese sentido, uno de los principales hitos que dio lugar a la introducción en el imaginario jurídico, de la violencia económica como vicio del consentimiento, se remonta a los años 70 en Inglaterra, en el caso *North Ocean Shipping Co Ltd. v. Hyundai Construction Co.* La contienda tuvo su origen por cuanto los demandados habían acordado la construcción de un tanque petrolero, cuyo precio, pactado en dólares, debía ser cancelado en cinco cuotas. Según lo estipulado en el contrato, los demandados debían otorgar una letra de crédito para asegurar el reembolso de las cuotas, en el evento de que existiera cualquier defecto en el funcionamiento del tanque. Después de que una de las cuotas hubiere sido cancelada, el valor del dólar se devaluó en un diez por ciento, por lo que los demandados exigieron el incremento de las cuotas subsiguientes, en igual porcentaje. Sin embargo, los actores fueron advertidos de que no existía fundamento legal para un reclamo de tal tipo, y se negaron. Ante tal situación, los demandados amenazaron con culminar el contrato si no eran satisfechas sus pretensiones. Como la empresa actora ya había asegurado un ventajoso acuerdo para el arrendamiento del tanquero, se vio obligada a aceptar las exigencias. Con tales consideraciones, el juez que resolvió el caso en mención determinó que la compañía actora había sido compelida a aceptar la modificación del contrato, por la amenaza ilegítima de terminar lo previamente pactado, todo lo cual hubiere acarreado en su ulterior perjuicio patrimonial, por lo que las reformas contractuales incorporadas debían ser consideradas como nulas.

En tal sentido, la figura del *duress* fue adoptando mayor prestancia para la invalidación de los contratos en los tribunales ingleses, entendiendo por tal aquella fuerza que no necesariamente es ejercida de modo físico, sino más bien afecta el aspecto psicosomático del individuo. De tal forma, aunque el vicio de *duress* no anula la voluntad, vuelve anulable el contrato. Luego, introducida en un campo eminentemente económico, se ha establecido que es posible “anular el contrato también en supuestos de amenazas económicas, en los que una parte presta su consentimiento ante la amenaza de sufrir graves consecuencias económicas” (Solé, 2016), tal como sucedió en el caso previamente expuesto.

No obstante, esta preocupación no solo ha sido materia de análisis de los tribunales ingleses. Es así como algunos países miembros de la Unión Europea, en su búsqueda de es-

tablecer soluciones sensibles ante situaciones desequilibradas, han influido a la configuración normativa en lo atinente a remedios eficaces a situaciones desproporcionales contractuales. En evidencia de lo anterior se halla la Ordenanza Francesa de 1986, donde fue incorporada la institución de dependencia económica, que posteriormente desembocaría en la denominada “violencia económica”. En ese estadio, se ha estimado que existe dependencia económica cuando se manifiestan condiciones de “inferioridad, apremio, ligereza, inexperiencia, ignorancia, de una de las partes, de las que la otra se aprovecha para obtener una ventaja indebida, que no tiene otra explicación que aquella debilidad” (Mazeaud, 2003). A partir de allí, las Cortes francesas han ido desarrollando un criterio generalizado respecto a que se está ante un consentimiento viciado por violencia, cuando se verifica la explotación abusiva de una situación de dependencia económica, con la finalidad de obtener una ventaja excesiva de la sospecha de un daño que amenace los legítimos intereses de una persona.

Por otra parte, algunos ordenamientos jurídicos han procedido a hacer frente directo al fenómeno de la debilidad económica. Tal es así como, dentro de la configuración normativa del Código Civil italiano se ha establecido, en el artículo 1447:

El contrato por el cual una parte asumió obligaciones en condiciones inicuas, por la necesidad, conocida por la contraparte, de salvarse ella o salvar a otros de un daño grave a la persona, puede ser rescindido por demanda de la parte obligada. El juez, al pronunciar la rescisión, puede, según las circunstancias, asignar a la otra parte una compensación equitativa por la obra ejecutada.

En la misma línea, se puede leer en el artículo 156 del Código civil de Brasil de 2002: “Del estado de peligro. Se configura estado de peligro cuando alguien, apremiado por la necesidad de salvarse a sí mismo o a persona de su familia, de daño grave conocido por la otra parte, asume obligación excesivamente onerosa”.

Llegado este punto, es menester rescatar los elementos de la situación de debilidad y la estructura de cómo se manifiesta en el consentimiento. En ese aspecto, en un primer momento se encuentra la situación de premura que sopesa sobre uno de los agentes o la amenaza actual a un relativo; situación que es sabida por la contraparte y se traduce en el perfeccionamiento contractual. Tal situación ha sido claramente expuesta por Fernando Hinestrosa (2005), citando a Pothier:

[...] el sujeto ha de encontrarse actualmente en un trance debido a una situación de peligro que le concierne a él o a otra persona que le sea allegada inmediatamente; a causa no de una conducta humana concreta y con determinado propósito, sino debido a la ocurrencia de eventos, sean naturales, sean sociales o políticos, e inclusive a circunstancias o condiciones, permanentes, transitorias u ocasionales, propias. En lo que hace a la índole de dicho peligro, de suyo se tiene presente el riesgo de un derecho fundamental: la vida, la integridad personal, el honor.

En tal virtud, es posible identificar que el proceso volitivo del sujeto no es moldeado o dirigido por el accionar de un ente exterior que tenga la determinación de amedrantar o intimidar a tal punto de obtener, de ese modo, la celebración del sustrato obligacional, tal como sucede con el vicio tradicional de la fuerza. En esta institución, la presión más bien resulta de circunstancias sobrevenidas por acaecimientos naturales o humanos, tal como lo ha expuesto Scognamiglio (1972):

[...] mientras la amenaza del hombre constituye una causa ilegítima de presión sobre la libertad del querer, ante la cual es preciso reaccionar, la presión irresistible de los fenómenos externos opera en el sentido de hacer más intensa, con la necesidad, la voluntad de estipular, y plantea así el problema distinto de defender a la víctima del estado de necesidad que la expone al peligro específico de sufrir condiciones inicuas [...].

Respecto de este requisito —la premura o presión psicológica—, aquel puede provenir de antecedentes propios del agente débil —económicamente hablando—, o de alguien muy cercano, y sobreponerse ante tal situación debe ser de imposible cumplimiento, por cuanto no existen opciones que permitan sortear tal apremio. En este apartado, el profesor Emilio Betti (1960) ha sido preciso al indicar:

[...]el estado de necesidad coloca a una persona ante una alternativa y una opción: escoger entre el riesgo de ver lesionado su interés esencial y un comportamiento protector que puede ser en sí lícito o lesivo de interés ajeno [...] De todos modos, el aspecto por el cual el estado de necesidad se considera relevante como anomalía del negocio, no es el subjetivo de vicio excluyente de la libre determinación del querer, sino el objetivo de situación que ocasiona una lesión injusta que de permanecer implicaría la imposición de un interés particular en ventaja de otro interés privado [...].

Finalmente, el último requisito que debe verificarse para determinar la existencia de un vicio de debilidad económica es que un agente haya estado consciente —o al menos haya podido estarlo— respecto de la realidad de dependencia económica del otro contratante, con lo cual, prácticamente le impone la celebración del contrato a su contraparte pese a que aquello comporta condiciones odiosas para los intereses del último, a efectos de obtener una ventaja excesiva. En ese sentido, a diferencia de la fuerza, uno de los tradicionales vicios del consentimiento de la clasificación tripartita de otrora, el tema fundamental no gira en torno a la falta de espontaneidad, sino que lo que se observa es el trasfondo, esto es, la inferioridad casual de una de las partes, y el aprovechamiento de la otra parte. Esta situación incluso ha sido recogida por el Proyecto de Código Europeo de los Contratos que, en su artículo 30.6 establece la posibilidad de que un contrato pueda ser rescindido en la eventualidad de que una de las partes se haya aprovechado de la debilidad de su contraparte, en aras de hacerse con una ventaja desproporcional, respecto de la contraprestación prometida o entregada. (Cabrillac, 2016).

En otras palabras, lo que se pretende tutelar con la debilidad económica no es simplemente el hecho de que una de las partes no haya tenido la plena libertad de elección, tal como propugna la autonomía de la voluntad de las partes, pues aquella no es la situación determinante para la configuración de la debilidad económica, sino más bien, el factor principal es la patentización del aprovechamiento de la situación de dependencia en que se encuentra una de las partes; o, de otro modo, la inequidad de las condiciones que conducen a un quebrantamiento patrimonial en la parte débil.

En vista de que el estado de necesidad, de apremio o de peligro que puede dar origen a la violencia económica irradia un espectro bastante amplio, es necesario delimitar su contenido. Para tales efectos, es posible partir desde la concepción anotada por José Daniel Amado (1984), quien se aproxima al concepto de violencia económica, en los siguientes términos:

[...] en situaciones en que no existe una verdadera libertad de elección, donde se actúa instintivamente, impulsado por la necesidad de preservar a una persona de un peligro grave e inminente, no se está ante una situación normal. Quien padece un estado de peligro no se

halla en aptitud de discernir entre lo que quiere y lo que no quiere, las circunstancias alteran su voluntad a tal punto que está en condiciones de ofrecer o aceptar cualquier cosa con tal de librarse de la inseguridad en que vive; la situación que padece afecta su declaración pudiendo producirse una discordancia entre lo querido y lo manifestado. Se puede afirmar válidamente que su voluntad está viciada.

De la aproximación realizada por Amado, cabe hacer ciertas precisiones. En principio, lo natural es pensar que el tema de la violencia económica se restringe únicamente a la necesidad de dinero; sin embargo, bien podría suscitarse en la necesidad de cualquier bien apreciable pecuniariamente. Luego, habrá que señalar que a diferencia de la vis absoluta, en que un agente somete fuerza física para obtener el consentimiento de alguien, la violencia económica no necesariamente surge a partir de hechos realizados por un tercero, por cuanto, podría imputarse que el origen del peligro tiene su génesis en el propio individuo. Empero, lo que resulta relevante es que la contraparte haya conocido del estado de necesidad o de ansiedad del otro, y a sabiendas de aquello haya pretendido obtener provecho.

Ahora bien, de lo hasta aquí dicho es posible colegir que la violencia económica puede plasmarse en el evento de que una de las partes contractuales, que haciendo un uso injusto o abusivo del Derecho, pretende beneficiarse, a costas del perjuicio ajeno, que sin tener otra elección, se ve obligada a contratar. No obstante, aquel no es el único escenario posible por cuanto la violencia económica también puede materializarse cuando una de las partes se encuentra en situación de necesidad o apremio económico que la sitúe en desequilibrio en la posibilidad de negociación, lo que conlleva y determina que aquel *Little men* acepte contratar en términos o condiciones que atentan contra sus intereses, revistiendo una situación de desequilibrio, y por consiguiente, una ventaja para la contraparte. Así, por ejemplo, según Fernando Hinestrosa (2005), la violencia económica también se despliega en aquellos casos en que se paga un precio exiguo por los servicios de alguien, que en condiciones distintas pudiera obtener una remuneración notablemente superior, constituyéndose en una clara manifestación de aprovechamiento de la condición ajena.

### **3.2. Repercusiones de la violencia económica sobre el contexto arbitral**

En lo tocante a las implicaciones de la violencia económica en el Arbitraje, es posible abordar esta situación desde dos perspectivas: una abstracta, y otra concreta.

En el plano abstracto es pertinente concentrarse a realizar una verificación de la relación de esta patología, con las condiciones constitutivas del consentimiento, desde la perspectiva de los actos de habla performativos. En ese contexto, bajo situaciones de dependencia económica no podría establecerse la existencia de un consentimiento plenamente válido, por cuanto no satisface las condiciones de validez desarrolladas por la pragmática, tal como procurará ser demostrado en líneas subsiguientes.

Es así que, el acto volitivo por el cual se desprende el consentimiento en una relación contractual afectada por la dependencia económica bien puede identificarse como una emisión performativa desafortunada, en los términos de Austin. Prueba de lo anterior es que del esquema de estas relaciones se desprende el incumplimiento de ciertos requisitos; a saber: i) el contexto bajo el que se desarrolla una relación contractual de dependencia económica es el conjunto de normas, principios y reglas convencionalmente aceptadas, como lo es el Derecho, según el cual, pretender tomar ventaja excesiva de una situación de debilidad de otra de las partes, es un abuso, y, consiguientemente, no es un acto jurídico. Luego, en la misma línea de lo ya expuesto, existen otras condiciones, tales como las reglas B, expuestas en la

propia teoría de Austin, que son resquebrajadas; esto es: iii) la indicación del procedimiento arbitral invocado corresponde a los intereses y a la determinación de una de las partes contractuales, por cuanto es impuesta por quien se encuentra en ventaja económica. Con este incumplimiento referido, es posible avanzar hacia la ruptura de las condiciones C, o también llamadas *insinceridades*, en tanto que: iv) el sujeto dependiente económicamente no despliega una verdadera intención, o, pensamiento llano, de conducir las posibles controversias en la sede arbitral, pese a que la cláusula arbitral sea puesta en conocimiento y “aceptada”, por cuanto consentir en dicha idea equivaldría a desestimar que el *Little men* “actuó bajo el influjo de externalidades cuyos costos y alcances no han sido reflexionados.

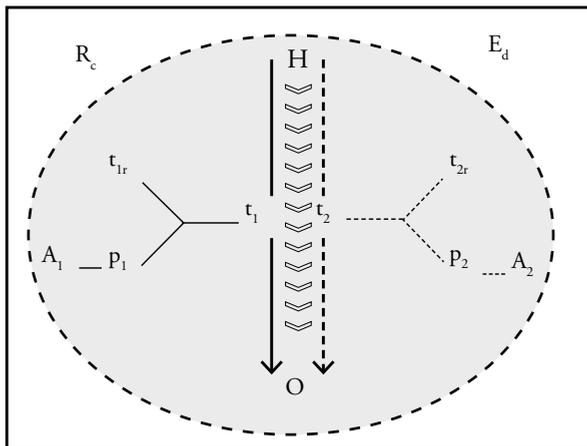


Figura 3. Representación del direccionamiento de la violencia económica en el ámbito de la validez del acto de promesa (p. 3).

Se observa que el *economic duress* ( $E_d$ ) afecta el ámbito de las reglas constitutivas ( $R_c$ ) desestabilizando el ambiente lingüístico pragmático requerido para la fortuna de ambas expresiones performativas ( $p1$  y  $p2$ ).

Ahora bien, en lo que respecta a la repercusión concreta en el Arbitraje, la violencia económica puede manifestarse como un vicio del consentimiento de doble impacto, o si se quiere como un proceso de fisión, toda vez que, a más de afectar el fondo del negocio jurídico, también infesta a la cláusula arbitral. Para vislumbrar lo anterior es necesario resaltar que la persona que se halla en dependencia económica tiene menor poder de negociación y de imposición de los términos contractuales, con lo cual se expone a someterse a las condiciones impuestas por la parte dominante en términos económicos, incluyendo una posible cláusula de sumisión a arbitraje. De ese modo, es posible derivar en la idea de que el Arbitraje, bajo un supuesto de violencia económica, sería una imposición de la parte fuerte y no así una decisión sincera de ambas partes.

Luego, si se pretende defender la práctica expuesta, desde la vigencia de la autonomía contractual, es oportuno indicar que aquella no es de carácter absoluto, siendo que al legislador se le ha otorgado la misión de intervenir en aquellas situaciones que planteen un desequilibrio manifiesto en las relaciones contractuales. Por tales circunstancias, las relaciones desplegadas entre los consumidores y proveedores, por mencionar uno de los escenarios donde se despliega el *Little men*, han sido un foco de especial atención para el Derecho, por

cuanto, en líneas generales, el nexo obligacional que surge en dichos vínculos suele ser la reproducción de la asimetría del poder contractual, del que germinan cláusulas abusivas, en desmedro del más débil.

En ese orden de ideas, el Derecho de protección al consumidor ha verificado la práctica cotidiana, por parte de los proveedores, de incorporar cláusulas arbitrales en los contratos de consumo. Lo dicho a partir de la prerrogativa del proveedor para preparar, establecer y dictar el texto de los contratos, dada la masividad que este tipo de convenciones implica. No obstante, la incorporación de las cláusulas arbitrales, de modo arbitral, no puede sostenerse por la mera ventaja conferida para evadir el tráfico de los bienes y servicios, por cuanto la Directiva 93/13/CEE del Consejo de Comunidades Europeas ha sido aleccionadora al establecer, hacia su artículo 3.1 que:

las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan un detrimento del consumidor en desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.

Así las cosas, es necesario retomar aspectos trascendentales para estimar la invalidez de una cláusula de sumisión a arbitraje, consentida bajo dependencia económica.

En tal sentido, en un primer momento habrá que resaltar que la suscripción de un pacto arbitral implica renuncia de las partes a la jurisdicción ordinaria, so pena de someterse a un método alternativo de resolución de conflictos que, a decir cierto, en ocasiones supone incurrir en costos elevados. Desde allí, si se considera que el sujeto dependiente se encuentra en situaciones de necesidad económica urgente, se puede colegir que darle validez al convenio arbitral supondría la supresión u obstaculización de su derecho a ejercitar acciones o recursos que tutelen su derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otra parte, y en el mismo nivel de importancia, debe apreciarse que bajo la dependencia económica, un individuo puede hallarse alternativa o copulativamente en las situaciones de ignorancia, imprudencia, ligereza, incapacidad de previsión, o simplemente ante la real circunstancia de no ser informado por parte de quien impone las cláusulas contractuales, de modo tal que suscribe el convenio sin estar consciente del verdadero contenido y alcance de la cláusula arbitral, y, las implicaciones negativas que podrían acarrearle.

#### **4. Implicaciones sobre la norma de separabilidad**

El artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación tutela en nuestro ordenamiento jurídico el principio de separabilidad o de autonomía del convenio arbitral, en favor del cual las concepciones que mutaban la naturaleza del acuerdo arbitral en cláusulas accesorias o, en insuficientes intenciones contractuales que debían ser refrendadas por medio de un “compromiso” quedaron abolidas, aceptándose la idea de un convenio autosuficiente cuya validez se comprueba per se, y al cual la nulidad o insubsistencias del contrato referencial no lo alteran en nada.

Así las cosas, se han esgrimido varias justificaciones para la aceptación y vigencia de este “principio” dentro del Arbitraje, mismas que se pueden clasificar en dos categorías: (i) justificaciones que se basan en razones de carácter práctico, y que por tanto se centran en las ventajas concretas que brinda para la conservación jurisdiccional; y (ii) justificaciones que parten de razones de índole teórico, que más bien revisan la vigencia de este mandamiento a través de premisas dogmáticas.

En este orden, sobre el primer punto, tenemos que Roque Caivano (2015) acogiendo

las elaboraciones de Monesteir, Holtzman y Neuhaus, construye la *ratio legis* de la tutela del principio de separabilidad desde un orden práctico, indicando:

El propósito general que anima este principio es evitar que una de las partes, arrepiñándose del arbitraje pactado por no convenir a su estrategia de defensa, pueda manipular la situación para entorpecer el arbitraje y llevar a sede judicial la determinación de las cuestiones controvertidas que había acordado someter a arbitraje, eludiendo la común intención de prescindir de la intervención de los tribunales estatales (2015, p.23).

A lo que es posible añadir las innovadoras reflexiones que Grigera Naón (1989), realiza, haciendo prevalecer sobre el paradigma de beneficio institucional (jurisdicción de los árbitros), una relectura basada en la idea de economía procesal, en favor del derecho a la tutela efectiva de las partes:

las vicisitudes en cuanto a la validez del contrato – de fondo- no hacen mella en el acuerdo arbitral. En otras palabras, si alguna de las partes cuestiona la validez —o aun la existencia— del contrato o acto jurídico sujeto a arbitraje, ese cuestionamiento no alcanza a la cláusula arbitral [...]. Este principio tiene repercusión inmediata en la jurisdicción de los árbitros para entender en el litigio. Si la impugnación del contrato significara simultáneamente la del acuerdo arbitral, hasta tanto esa impugnación sea definitivamente rechazada por la justicia estatal, los árbitros no podrían estimarse con jurisdicción suficiente para entender en la controversia y el proceso arbitral quedaría interrumpido. (Caivano, 2015, p. 25).

A esto vale agregar, la forma en la que Delaunne (1988) participa importantemente en la construcción del campo semántico de la faceta práctica, mostrándola como un elemento germinativo del Kompetenz-Kompetenz. Partiendo desde el juicio de que la reputación de separabilidad del compromiso arbitral resulta útil para el principio de autodeterminación jurisdiccional, en la medida que crea una presunción de validez, en virtud de la cual la autoridad competente para ratificar o negar dicha presunción la son necesariamente los propios árbitros.

No obstante, todo este tipo de fundamentos no teóricos son bastante cuestionables desde una perspectiva científica. Sosteniéndose la contrariedad de su vigencia en el eventual favoritismo y parcialidad que demostrarían los árbitros en su fuero interno para ratificar la presunción de validez del acuerdo arbitral y asegurar su propia competencia. Crítica que se intensifica si se advierte que la determinación de la competencia que hagan para sí los propios árbitros, implicar además para estos no solo un beneficio institucional, sino un beneficio de índole económico (costas por honorarios), constituyéndolos a primera vista en heterocompositores parcializados (Reuben, 1997; Davis, 1998; McNeil, 1994).

Frente a esto, lo apropiado parece afrontar la separabilidad del convenio arbitral, desde un marco netamente teórico, que se halle abstraído de cualquier lectura utilitarista institucional, como la provocada por la justificación práctica de conservación de la jurisdicción arbitral.

Así las cosas, hemos observado que a lo largo de la historia se había utilizado como fundamento lógico para la separabilidad entre negocio de fondo y convenio arbitral la noción de que ambos constituían un *iter contractus* distinto. De manera que, sin perjuicio de que la “cláusula” arbitral se encuentre contenida o documentada en el cuerpo de un contrato continente, en la realidad metafísica se manifestaría que existen dos negocios jurídicos plenamente independientes y divisibles respecto a su objeto, uno que constreñiría a una parte a realizar determinada prestación con un transformado económico en favor de la otra, y otro que obli-

garía a ambas partes a acudir a sede arbitral.

Empero, el talón de Aquiles de esta teoría, como previamente se indicó, se encuentra en la aparente imposibilidad de separar los actos volitivos de contrato base y contrato arbitral, más aún cuando la Doctrina Arbitral influenciada por la Teoría General de las Obligaciones, abogaba por un modelo de relación contractual de corte more geométrico, que expresaba que  $1a + 1b$  es igual  $1(a+b)$ . Abriéndose la puerta a la posibilidad de contagio del acuerdo arbitral por patologías proveniente del sustrato negocial aledaño (Caivano, 2015, p. 28).

Frente a esto, tal como se probó anteriormente, la propuesta argumentativa de una institución jurídica del consentimiento equiparable a un acto de habla performativo, brinda una mayor solidez teórica para los fundamentos de la separabilidad. Por cuanto, deja en evidencia que el contenido del contrato base ( $t_1$ ) y el contenido del convenio arbitral ( $t_2$ ) difieren uno del otro, sucediendo lo mismo con sus respectivos *iter comunicativos*, lo que termina provocando que sus actos de consenso  $p_1$  y  $p_2$  se observen de manera desligada.

Sin embargo, en lo que respecta a los efectos de la relación entre separabilidad y *economic duress*, ninguna de las teorías mencionadas nos brinda una respuesta ahora, al menos una no problemática. Esto como consecuencia de que, el infortunio en la expresión del consentimiento que provoca la violencia económica carece de un carácter interpretativo unidireccional y puede ser visto tanto como (i) una patología de semántica-sintaxis (asimilable a la visión clásica de los vicios del consentimiento), como (ii) un defecto de las condiciones pragmáticas para la validez de las expresiones performativas.

La diferenciación entre estas dos perspectivas, tal como se verá, influirá en el método que su utilice para su entendimiento.

Así para empezar, (i) si miramos al *economic duress* como una variante de los vicios típicos del consentimiento (error, fuerza o dolo), notaremos que su aplicación demanda una especial incidencia sobre el contrato de fondo, debido a que, es más verosímil pensar que la parte contratante transgresora ha inducido al error, violentado o irrogado daño en contra de la otra, para asegurarse un beneficio económico derivado del negocio jurídico basal, antes que para obtener el emplazamiento de un eventual conflicto en sede arbitral.

Bajo este animo ilativo donde se resalta la especial incidencia de este enfoque sobre el contrato de fondo, solo sería posible verificar la afectación del convenio arbitral por un vicio económico del consentimiento, cuando haya mediado un evento de contagio. Esto es, bajo la equiparación a la perspectiva antigua, los efectos del *economic duress* solo repercuten sobre el convenio arbitral, si hubiesen sido transmitidos por el contrato base, para lo cual resulta indispensable la atenuación del principio de separabilidad.

Así las cosas, la reflexión de una eventual inoponibilidad del principio de separabilidad, obedece a la creencia de la prevalencia del peso concreto del principio de indemnidad del consentimiento sobre el peso concreto del principio de separabilidad. Lo que en el fondo traduce un ejercicio ponderativo, donde los pesos concretos de los principios en colisión (separabilidad e indemnidad) se mide mediante el cociente de su importancia, su fuerza abstracta y la seguridad de sus apreciaciones (Alexy, 2012, p. 771).

Sin que esto implique necesariamente la inaplicabilidad del principio de separabilidad en todos los casos de vicios de la voluntad, puesto que tal como señala Alexy (2012), el resultado de una ponderación: “no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Mas bien lo que sucede es que bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro.” (2012, pp. 70-71). Esas circunstancias que señala Alexy en el presente caso serían la exigencia de

garantizar la equidad en la ecuación económica contractual, la sanción ejemplificativa ante el aprovechamiento ilícito de ventajas económicas y la protección del *Little men* en el mundo comercial.

Ahora bien, la atenuación del principio de separabilidad obtenida mediante el mecanismo ponderativo de Alexy no es del todo fuerte y hay que pecarle una crítica; en la medida que solo es válida si las normas en colisión son de aquellas cuya naturaleza corresponde a los *principio*, y en el presente, a diferencia de lo que la Doctrina ha creído durante todos estos años, la norma de separabilidad lejos de ser un *principio* constituye una *regla*, cuyas controversias y conflictos no pueden ser resueltos a través de ponderación, sino mediante la inclusión de una cláusula de excepción, en la técnica legislativa.

De esta manera, si revisamos el artículo 5 de la Ley de Arbitraje ecuatoriana donde se sanciona que: “[...] La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral[...]”, podemos verificar que aquella norma que históricamente se había denominado *principio*, constituye una *regla* en realidad. Caso contrario, la separabilidad se trastocaría en inservible para responder a los fines que le procura la Doctrina y la legislación. Por cuanto, solo si la separabilidad se corresponde con el conjunto de normas de las cuales se puede hablar solo determinando su cumplimiento o incumplimiento, y que por tanto, siendo válidas, “debe hacerse exactamente lo que ellas exigen, ni más ni menos”, la separabilidad se observa útil, ya que, de concebirse como un *principio*, su cualidad de mandato de optimización ordenaría: “que ese algo —la autonomía del convenio arbitral— sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”. Lo que daría la impresión de que, en la esfera arbitral, los árbitros se encontrarían facultados para interpretar caso a caso, la conveniencia o no de la aplicación de esta norma, cosa que se sabe es inconcebible y además irrisoria, lo cual confirma el carácter reglar de la separabilidad (Alexy, 2012, pp. 67-68).

Luego, conocido que el conflicto antes creído de principios realmente es una controversia sobre una regla, lo prudente es seguir de conformidad con lo que señala uno de los más expertos en la materia, Alexy (2012), quien al negar la posibilidad de ponderación de reglas indica que: “un conflicto entre reglas sólo puede solucionarse mediante la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto o mediante la declaración de que por lo menos una de las reglas es inválida” (p. 69).

Y puesto que, en el presente caso, la regla de separabilidad ni ha sido declarada inválida ni se le ha sido impuesta una cláusula de excepción que obligue a su atenuación frente a casos de violencia económica<sup>7</sup>, esta pretensión se confirma improcedente. De ahí, que solo quedaría volver a revisar las consecuencias de la relación entre la regla de separabilidad y la violencia económica como afectación pragmática, ya no semántica ni sintáctica, como se había hecho hasta ahora, para evaluar sus consecuencias.

Así las cosas, (ii) en lo relativo a la segunda perspectiva desde la cual se puede analizar a la relación separabilidad/ *economic duress*; la calidad de regla o principio de la norma de separabilidad nada importaría, por cuanto aquella resulta simplemente inaplicable bajo el esquema pragmático.

De esta manera, si nos detenemos a observar la condición de aplicación de la separabilidad, veremos que siempre necesita para su oponibilidad como presupuesto fáctico la poten-

7 Debe precisarse que, el numeral 4 del artículo 43 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor aparenta ser una cláusula de excepción a la regla de separabilidad ante vicios económicos del consentimiento; por cuanto se determina la nulidad de una cláusula arbitral, cuando esta haya sido impuesta por una de las partes a otra (fuerza), dentro de una relación de consumo (subordinación económica).

cial transferencia de causales de nulidad del contrato base al contrato arbitral; sin embargo, desde la relectura lingüística-pragmática que le hemos dado al acto consensual ( $p_1$  y  $p_2$ ), el paradigma clásico de afectación es relegado. Ya que como se dijo antes en el nuevo esquema pragmático de afectación consensual, los vicios del consentimiento no siguen el derrotero de inoculación de contrato de fondo para ulterior contagio del convenio arbitral, sino que sacuden directamente las condiciones realizativas de los actos performativos de promesa de ambos contratos, originando un escenario de vicios de doble impacto donde los presupuestos fácticos de la separabilidad no tienen cabida.

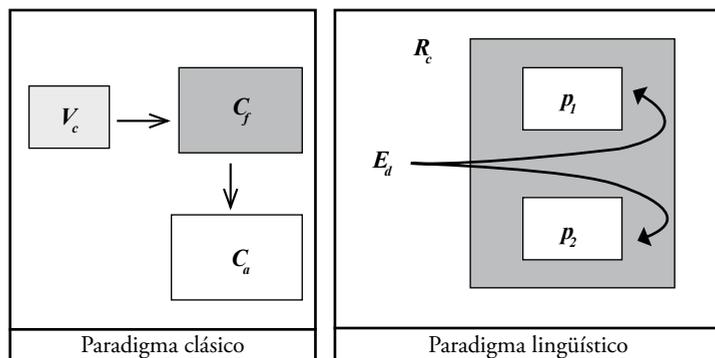


Figura 4. Representación comparativa de los paradigmas clásico y lingüístico.

Lo antedicho se ha representado de buena manera por la figura 4. De este modo se advierte que, en el primer caso el vicio de consentimiento ( $V_c$ ) reside inicialmente en un Contrato de Fondo ( $C_f$ ) para luego transferirse a un Convenio Arbitral ( $C_a$ ). Este ejercicio de transmisión del vicio cumple permite que se cumpla el requisito fáctico de aplicación de la regla de separabilidad, despertando su consecuente prohibitivo —*frente a la posibilidad de transferencia de vicios del  $C_f$  al  $C_a$  a ésta debe negársela*—. Por su parte, en el segundo cuadro, correspondiente al bosquejo del Paradigma Lingüístico, se observa que el *economic duress* ( $E_d$ ), ahora visualizado como un infortunio de las expresiones performativas, conmueve completamente a sus reglas o condiciones constitutivas ( $R_c$ ) y por tanto, impiden la observancia de los presupuestos o condiciones necesarias para la validez de ( $P_1$  y  $P_2$ ) de forma simultánea. A esta última situación de simultaneidad es a la que se ha denominado doble impacto.

Concluyéndose de todo lo expuesto, que la relación entre separabilidad y *economic duress* bajo la perspectiva lingüística, es naturalmente residual e inaplicable.

### 5. Implicaciones respecto al principio *Kompetenz- Kompetenz*

Finalmente, junto al principio de separabilidad, el principio *Kompetenz- Kompetenz* es sopeado como uno de los mayores logros de la evolución moderna del arbitraje. A través de dicho principio se persigue sortear una eventual sustracción *a priori* de la jurisdicción convencional (González de Cossío, 2007). Es tan fuerte la relación entre ambos principios citados, que no es nada inusual que lleguen confundirse, siendo imperioso delinear la función semiológica de cada uno.

Por medio del principio *Kompetenz- Kompetenz* se restringe a los árbitros la facultad para decidir sobre la eficiencia del acuerdo arbitral, lo que además conllevaría a la resolución sobre su propia competencia, siendo este último efecto el que ha sobresalido en

la Doctrina (Bullard, 2015). Manteniendo esta línea, la aplicación radical del Kompetenz-Kompetenz permitirá que una vez los árbitros hubiesen superado satisfactoriamente el examen sobre la validez de la cláusula arbitral, consecuentemente complacidos con su competencia, pasarían a resolver sobre la materia de fondo, inclusive si esto fuere únicamente para declarar la nulidad del negocio base.

En este aspecto, es preciso reparar en la posibilidad de que *iter comunicativo* de los contratos relacionados (basal y arbitral) como consecuencia de los vicios económicos del consentimiento terminen siendo afectados por una sanción civil de inexistencia y no exclusivamente de nulidad. Frente a este caso, dos han sido las salidas postuladas por la Doctrina: por un lado, (i) el tomar el convenio arbitral por no escrito, en virtud de la afectación de las condiciones realizativas pragmáticas tanto de contrato referente, como de contrato referido, en consonancia con lo que en Derecho se recoge bajo el principio *ex nihilo nihil fit*, o, “la nada, nada engendra”, provocando así el truncamiento del procedimiento arbitral y la prorrogación de la competencia en sede judicial ordinaria; y, por otro lado; (ii) la construcción de una ficción jurídica en razón de la cual se asimilaría la sanción civil de inexistencia con la de nulidad, permitiendo así que los árbitros decidan sobre su validez (Redfern y Hunter, 2004).

Es opinión de los autores acogerse a la segunda salida, en aras de los beneficios prácticos que la norma *pro arbitrii* ofrece, en especial lo relativo a la economía procesal y la celeridad. De hacerse lo contrario, se impone sobre la parte afectada una suerte de galimatías que le impone superar, no solo la resolución de la indeterminación de la autoridad competente ante la cual accionar su derecho de tutela jurisdiccional, sino también la determinación del grado de sanción civil (inexistencia o nulidad) que recaería sobre la situación demandando, hecho que se agudiza en consideración del confuso trato que nuestra legislación y jurisprudencia le han concebido.

Ahora bien, esto no significa como se critico anteriormente que lo árbitros se declaren *ipso iure* competentes. Al respecto, debe esclarecerse que el principio Kompetenz-Kompetenz engendra una potestad<sup>8</sup> en favor de los árbitros y más no una obligación, lo que ha llevado a Roque Caivano (2015) y a otros autores a expresar que, la vigencia del referido mandato de optimización de la siguiente manera:

[...] no significa que los árbitros siempre deban declararse competentes sólo asegura que puedan resolver la objeción jurisdiccional, lo que podrán hacer en uno u otro sentido. Es en esta instancia al analizar si son o no competentes cuando cobra virtualidad el principio de la separabilidad, pues para adoptar esa determinación, los árbitros deberán tomar en cuenta si existe un acuerdo arbitral válido, lo que implica examinar la causal que se invoca, sea ésta referida en general al contrato o específicamente a la cláusula arbitral (p. 29).

Aterrizado lo antepuesto con el tópico en discusión, vemos que la relación separabilidad/*economic enduress* podría fecundar varios escenarios en relación con el Kompetenz-Kompetenz, pero principalmente dos, perfectamente correspondidas con las sub-hipótesis de afectación negocio sustrato-convenio arbitral expuestas por Caivano (2015):

[...] (a) Si se trata de una causal que es idónea para afectar igualmente la cláusula arbitral, comprobado ese extremo, los árbitros deberán declararse incompetentes, por faltar el elemento esencial del que deriva su jurisdicción (el consentimiento a someterse a arbitraje). Pero

8 Desde un análisis económico esta facultad podría traducirse como una *obleighenheiten*.

podrán hacerlo por el principio kompetenz- kompetenz, que permite quebrar la lógica de las cosas: los mismos árbitros, que derivan su autoridad únicamente de la cláusula arbitral, podrán decir que la cláusula es nula (y esa decisión será válida); (b) Si lo que se invoca es una causal que pueda afectar el contrato pero no la cláusula, entra a jugar el principio de la separabilidad, para permitir a los árbitros decidir que sí tienen jurisdicción porque hay una cláusula arbitral válida y exigible, aunque luego, en el laudo final, puedan decretar que no hubo contrato, o que éste no era válido. Si la causal que se invoca está únicamente referida a la cláusula arbitral, el principio de la separabilidad no juega ningún papel (p. 30).

Ante lo cual se concluye que, frente al infortunio pragmático del acto de habla consensual, lo más loable es proceder de conformidad con la sub-hipótesis a; esto es, ante un vicio que afecta ambas líneas comunicativas de los contratos en mención, lo prudente es la incompetencia del tribunal de arbitramento. Restringiéndose exclusivamente como facultad jurisdiccional permanente en los árbitros, aquella que la doctrina arbitral conoce como notio, es decir, la potestad de conocer la controversia, aunque sea para declararse lo no suficientemente competentes para tramitarla.

## 6. Conclusión

El fin de la presente investigación no ha sido, bajo ninguna perspectiva, la destrucción de las normas y consecuciones logradas por el desarrollo moderno del arbitraje, sino su fortalecimiento a través del enriquecimiento dogmático de lo que ofrecen los postulados de las teorías del lenguaje, la intencionalidad y el carácter tuitivo de las ciencias económicas.

Así, hemos observado que cuestiones tan sencillas que no aparentaban ninguna controversia, como el caso del concepto obligacional de *consentimiento*; en su sustrato semántico resultaron tener una serie de consecuencias teórico y prácticas perjudiciales para la evolución y el desarrollo científico del Arbitraje.

En esta perspectiva una lectura del acto consensual, como acto del habla performativo, además de ser novedosa, ha resultado idónea para responder de mejor manera a las nuevas realidades sociales que enfrentan las ciencias jurídicas, a raíz de la globalización y la materialización económica de las instituciones del Derecho. Igualmente, la tesis lingüística expuesta nos ha permitido fundar de mejor manera a varias de las principales normas de segundo orden que enseña el Arbitraje como sus mayores consecuciones del siglo pasado, verbigracia, el mandato de separabilidad, del cual se ha descubierto una naturaleza más cercana a las reglas que a los principios.

En este sentido, la pertinencia dogmática que tiene la teoría lingüística de la voluntad para interrelacionarse con los efectos del *economic duress*, ha terminado revelando una conexión más cercana de la que se creían entre el Arbitraje y las apreciaciones filosófico-pragmáticas de Austin y Searle. A tal punto ha sido posible determinarse que la novedad del *economic duress*, en cuanto a la inaplicabilidad del mandato de separabilidad, corresponde al sistema (figura 4) que toma la violencia económica cuando es estudiada según el grado de afección que provoca en las condiciones constitutivas descrita por dichos filósofos. Pudiéndose hablar inclusive de una nueva tipología de vicios, exclusiva de la Doctrina Arbitral: las patologías de doble impacto, que, a diferencia del resto, son indemnes a la separabilidad, en la medida de que estas afectarían directamente al convenio arbitral y al contrato base sin que medie transmisión de un contrato a otro.

Finalmente, vale resaltar que en última instancia los autores han pretendido a lo largo de este ensayo brindar una serie herramientas teóricas y dogmáticas que le sirvan a los estu-

diosos del Arbitraje, para remarcar en un futuro el carácter tuitivo y equitativo del Derecho, a fin de sancionar en sede arbitral todo indicio de violencia que se base en la subordinación económica de una de las partes contratantes respecto a otra.

## Referencias bibliográficas

- Abeliuk, R. (1983). *Las obligaciones*. Santiago de Chile: Ediar Editoriales Ltda.
- Aguilar Carbajal, L. (1977). *Contratos Civiles*. México D.F: Editorial Porrúa S.A.
- Alexy, R. (2012). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: El derecho y la justicia.
- Amado, J. (1984). El Estado de Necesidad como vicio de la voluntad. *Themis Revista de Derecho*, 1, 40-44.
- Austin, J. (1982). *Cómo hacer cosas con palabras*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Betti, E. (1960). *Teoria generale del negozio giuridico*. Napoli: Università di Camerino, Edizioni Scientifiche Italiane.
- Bullard, A. (2015). Cuando todos se equivocan. El nuevo amparo contra actos de ejecución del laudo arbitral. *Revista Actualidad Jurídica*, 1, 13-23.
- Cabrillac, R. (2016). La Violencia Económica: panorama de Derecho Comparado. *Revista Ius et veritas*, 53, 288-298. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.201701.017>
- Caivano, R. (2015). El contrato de arbitraje y su autonomía respecto del contrato que lo contiene. *Derecho y Ciencias Sociales*, No. 13, 13-39.
- Davis, K. (1998). A model for arbitration law: Autonomy, cooperation and curtailment of State power. *The Fordham Urban Law Journal*, 26, 167-208.
- Delaume, G. (1988). *Law and practice of transnational contracts*. New York: Oceana Review.
- Eco, U. (1983). *Tratado de Semiótica General*. Barcelona: Lumen.
- González de Cossio, F. (2007). La nueva forma del acuerdo arbitral. Aún otra victoria del consensualismo. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 779-799.
- González de González de Cossío, F. (2011). *El Arbitraje*. México: Editorial Porrúa S.A.
- Hinestrosa, F. (2005). Estado de Necesidad y estado de peligro. *Revista de Derecho Privado*, 8, 111-134.
- Hume, D. (1977). *Tratado sobre la naturaleza humana*. Madrid: Editorial Nacional.
- Kelsen, H. (1943). *El contrato y el tratado*. México D.F.: Editora Nacional.
- La Orden, E. (1993). *El estado de necesidad en el Derecho Privado*. Murcia: Rústica.
- Macneil, I., Speidel, R., y Stipanowich, T. (1994). *Agreements, awards, and remedies under the Federal Arbitration Act – Little*. Federal Arbitration Law, Boston: Little Brown.
- Mazeud, D. (2003). Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel. En C. Jamin and D. Mazeud. *La nouvelle crise du contrat* Paris: Dalloz.
- Naón, H. (1989). *La autonomía del acuerdo arbitral*. Buenos Aires: La Ley.
- Patiño, A. (1988). El acto de prometer en Hume y el acto de habla performativo en Austin. *Ideas y valores*, 37, 65-78.
- Redfern, A., Hunter, M. (2004). Law and practice of international commercial arbitration. *Sweet & Maxwell*, 4. <https://doi.org/10.2307/3381922>
- Reuben, R. (1997). Public Justice: Toward a state action theory of Alternative Dispute Resolution. *California Law Review*, 85, 577-641. <https://doi.org/10.2307/3481153>
- Scognamiglio, R. (1972). *Contratti in generale*. Milano: A. Vallardi.
- Searle, J. (1994). *Actos de habla*. Barcelona: Editorial Planeta-Agostini.
- Solé, J. (2016). La intimidación o amenaza como vicio del consentimiento contractual:

textos, principios europeos y propuestas de reforma en España. *InDret Revista para el análisis del Derecho*, 4/18, 1-32.

Xin, Y. (2016). *Las teorías de los actos de habla*. Oviedo: Centro Internacional de Postgrado de la Universidad Oviedo.

### **Legislación**

Código Civil Brasil. Decreto Oficial N° 10406, 10 de enero de 2002.

Código Civil Italiano. Decreto Oficial N° 262, 16 de Marzo de 1942.