

ACUERDO DE ARBITRAJE Y RESPONSABILIDAD CIVIL*

Jorge I. González Carvajal**

Resumen: El acuerdo de arbitraje impone a las partes la obligación de someter actuales o futuras controversias a la decisión de árbitros. Siendo el acuerdo de arbitraje un contrato, estrictamente hablando, el estudio de las obligaciones que de él dimanar pueden ser analizado desde los principios del derecho de los contratos. Su incumplimiento legitima a la parte cumplidora a reclamar los daños y consecuencias derivadas de su incumplimiento. En los últimos años, esta ha sido la tendencia seguida por tribunales arbitrales y estatales que no han dudado en pronunciar condenas en este sentido. El incumplimiento de un acuerdo de arbitraje abre un amplio panorama en la resolución de controversias y este artículo orienta su estudio de la materia desde una perspectiva crítico-reflexiva.

Palabras claves: acuerdo de arbitraje, incumplimiento de contrato, remedios.

Abstract: *An arbitration agreement imposes to parties the obligation to refer present or future dispute to arbitration. Since an arbitration agreement is a legally binding agreement, the study of their obligations could be performed under the principles of law of contract. The breach of obligations derived from the arbitration agreement legitimizes and entitles the injured parties to claim immediately for damages for the loss sustained. In the last years, this has been the most common trend followed by arbitral tribunals and courts that has not hesitated to order to the breaching party of an arbitration agreement to compensate the other party. The breach of an arbitration agreement opens a wide view on disputes resolution. This paper claims for the discussion of this approach in a reflective way.*

Keywords: arbitration agreement, breach of contract, remedies.

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EL ACUERDO ARBITRAL COMO CONTRATO. 2.1. EL ACUERDO ARBITRAL DENTRO DE LA CLASIFICACIÓN GENERAL DE LOS CONTRATOS.—3. OBLIGACIONES DE LAS PARTES DERIVADAS DEL ACUERDO ARBITRAL. 3.1. Obligaciones de no hacer: El llamado efecto negativo del acuerdo. 3.2. Obligaciones

* Agradezco enormemente la gentileza de la Profesora Gina Gioia por las agudas observaciones y comentarios a este trabajo y por el valioso material que me facilitó, asimismo agradezco a la Profesora Silvia Zorzetto por el valioso material que me facilitó.

** Universidad Católica Andrés Bello, Abogado, Especialista en Derecho Procesal y Profesor de Derecho Civil IV. Universidad Nacional de Rosario, Argentina, *Magister Scientiarum* en Derecho Procesal y doctorando en Derecho. Universidad de Padua, Italia, *visiting scholar*. Universidad Central de Venezuela, Profesor de Procedimiento Marítimo. Miembro del Instituto Panamericano de Derecho Procesal y de la Asociación Venezolana de Arbitraje.

de hacer: El llamado efecto positivo del acuerdo arbitral.—4. REMEDIOS AL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL ACUERDO ARBITRAL. 4.1. Responsabilidad patrimonial declarada dentro del procedimiento arbitral o fuera del arbitraje. 4.2. Regulación convencional de la responsabilidad por incumplimiento del acuerdo de arbitraje. 4.3. Medidas cautelares para asegurar el cumplimiento del acuerdo de arbitraje.—5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Un tema de interés teórico y práctico está referido a los efectos jurídicos del acuerdo arbitral, entendiéndose como tal aquel acuerdo independiente o cláusula contractual mediante las cuales los co-contratantes deciden someter sus controversias actuales o eventuales a la decisión de árbitros.

El acuerdo arbitral ha sido estudiado por doctrina especializada de manera prolija¹ y aplicado por la jurisprudencia de los tribunales (tanto estatales como arbitrales), desde una perspectiva orientada al estudio de los efectos que el acuerdo produce frente tribunal arbitral (p. ej., la separabilidad y el principio *Kompetenz-Kompetenz*) y/o frente a los tribunales estatales (p. ej., el efecto negativo o excluyente de competencia de los tribunales nacionales, la excepción o defensa de arbitraje).

Aspectos estos que —se aclara— no son objeto inmediato de este trabajo.

Será objeto de este trabajo la perspectiva de análisis del acuerdo de arbitraje desde los efectos obligacionales que produce entre las partes, partiendo naturalmente de la piedra angular del arbitraje: *el acuerdo*.

Adviértase, no obstante, que la aproximación que parece ser meramente contractual, nos llevará a la necesaria *intersección* entre lo contractual y lo jurisdiccional.

¹ Véase por todos Aa.Vv., *Tratado de derecho arbitral*. v. I. *El convenio arbitral*, dir. C. Soto Coaguila, Pontificia Universidad Javeriana – IPA, Bogotá, 2011, *passim*. Rengel-Romberg, Aristides, *El arbitraje en el Código de Procedimiento Civil y en la nueva Ley de Arbitraje Comercial* (1998), en Aa.Vv., *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, coord. I. de Velera, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 1999, pp. 51 ss.; Baumeister Toledo, Alberto, *Algunas consideraciones sobre el procedimiento aplicable en los casos de arbitraje regidos por la Ley de Arbitraje Comercial*, en Aa.Vv., *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, cit., pp. 101 ss.; Rodner S., James Otis, *Introducción al arbitraje institucional*, en Aa.Vv., *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, cit., pp. 312 ss.; Escovar Alvarado, Ramón J., *La facultad de los tribunales arbitrales para determinar su propia jurisdicción (principio “kompetenz-kompetenz”)*, en Aa.Vv., *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, coord. I. de Velera, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2005, pp. 431 ss.; Saghy Cadenas, Pedro J., *El arbitraje institucional en Venezuela. Análisis comparado de los reglamentos del centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC)*, EJ-V-Aciénpol, Caracas, 2017, pp. 25 ss.; Fernández Rozas, José Carlos, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 595 ss.; Cremades, Bernardo, *El convenio arbitral y sus efectos* (Arts. 9 y 11 de la Ley 60/2003, de Arbitraje), en Aa.Vv., *Comentario a la Ley de Arbitraje*, coord. A. de Martín Muñoz y S. Hierro Anibarro, Marcial Pons, Madrid, 2006, pp. 303; Redfern, Alan, Hunter, Martín, Blackaby, Nigel y Partasides, Constantine, *Teoría y práctica del Arbitraje comercial Internacional*, 4ª ed., Aranzadi, España, 2006, pp. 257 ss.

2. EL ACUERDO ARBITRAL COMO CONTRATO²

Desde antaño³ es permitido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que las personas sometidas a ellos elijan jueces privados para la resolución de los conflictos intersubjetivos que no sea posible resolver a través de medios autocompositivos⁴.

La posibilidad de elegir árbitros coexiste con el funcionamiento de órganos permanentes del Estado dispuestos a la resolución de conflictos.

Esta posibilidad, considerada pacíficamente como un derecho –lo que ha sido entendido en Venezuela como derecho al proceso arbitral (V. sent. n° 192/08 de la Sala Constitucional) –, encuentra fundamento en la libertad de contratar⁵ o autodecisión⁶ y en el principio de autonomía privada.

El acuerdo de arbitraje se perfila, hoy día, como un contrato típico de derecho privado con efectos procesales⁷ cuando está regulado expresamente por la legislación. Acuerdo que presenta características particulares que lo diferencian de los llamados –e históricamente discutidos– negocios jurídicos procesales⁸, incluido dentro de este género, un negocio jurídico paradigmático como es la transacción. Es decir, el contrato mediante el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven uno eventual (art. 1.809 C. civ. Esp, art. 1.965 C. civ. It y art. 1.713 C. civ. Ven).

También se deslinda de históricos casos grises como la llamada pericia contractual⁹, caracterizada por el hecho que mediante ella las partes confían

² Véase por todos Guasp, Jaime, *El arbitraje en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, pp. 23 s., así como Caivano, Roque J y Sandler Obregón, Verónica, *Consecuencias del incumplimiento del acuerdo arbitral*, en Aa.Vv., *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, 2ª ed., dir. E. Picand Albónico, Thomson Reuters La Ley, Santiago, 2014, p. 269. No obstante, existen supuestos de “arbitrajes” no derivados de la voluntad de las partes sino de la Ley.

³ V. Marrone, Mateo, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, en *Rivista dell'arbitrato*, 1999, pp. 1 ss. Alpa, Guido, *La circulation des modèles de résolution des conflits*, en *Revue internationale de droit comparé*, Vol 45, n° 4, 1993, pp. 758 ss., véase asimismo Anzola, José Eloy, *Reseña histórica del arbitraje comercial en Venezuela*, en Aa.Vv., *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, coord. L.A. Araque, M. Betancourt, D. Droulers, C. Lepervanche, Caracas, 2013, pp. 19 ss.

⁴ Es común indicar que todo aquello que pueda ser transigido puede ser sometido a arbitraje, y en este sentido vale recordar la disposición normativa prevista en el art. 608 CPC Ven y el art. 3 de la LAC Ven.

⁵ Sobre la libertad de contratar y su diferencia con la libertad contractual v. Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, trad. R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M Volterra, I, EJEA, Buenos Aires, 1952, p. 19.

⁶ V. Alterini, Atilio Aníbal, *Contratos. Civiles-Comerciales-De consumo. Teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 73.

⁷ Aunque no sólo procesales, según se verá en el texto.

⁸ V. Chiovenda, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1965, pp. 775 ss., en castellano, Id., *Principios de derecho procesal civil*, trad. J. Casais y Santaló, Reus, Madrid, 1977, II, pp. 252 ss., también Carnelutti, Francesco, *Arbitri e arbitratori*, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1924, pp. 129 ss. Véase asimismo Bove, Mauro, *La giustizia privata*, 3ª ed., Cedam, Padova, 2015, p. 285 ss.

⁹ V. Gentili, Aurelio, *Autonomia privata e potere di accertamento*, en *Rivista di diritto civile*, Cedam, Milan, 2017, pp. 1389 ss., también Mandrioli, Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, III, Giappichelli, Turín, 2010 p. 360.

al tercero (o terceros) elegido por su competencia técnica, no la resolución de una controversia sino, la formulación de una apreciación técnica que anticipadamente se comprometen a aceptar como expresión directa de la voluntad de las partes¹⁰. O del caso del “arbitrador”¹¹ contractual o *arbitraggio*¹², que no es mecanismo de resolución de controversias, donde se delega a un tercero la determinación, *merum arbitrium* o *arbitrium boni viri*, de una de las prestaciones que integran el objeto obligacional del contrato¹³, cumpliendo la función de integración del contenido del contrato en cuanto a un elemento aun incompleto¹⁴. Figura esta última que se encuentra en Venezuela, en forma general *ex art.* 1.155 C. civ. Ven¹⁵ (art. 1.349 C. civ. It y art. 1.271 C. civ. Esp), relativo al objeto (de la prestación) del contrato y, en términos generales, para el pago como acto jurídico *ex art.* 1212 C. civ. Ven, respecto al plazo para cumplir la obligación¹⁶. También en forma particular *ex art.* 1.479 C. civ. Ven (arts. 1.473 y 1.474 C. civ. It y art. 1.447 C. civ. Esp), en este último caso, en el contexto del contrato de compraventa, que permite a las partes en el acto de venta dejar al arbitrio de un tercero la determinación del precio o que sea determinado por un tercero elegido con posterioridad¹⁷ (norma simi-

¹⁰ V. Mandrioli, Crisanto, *cit.*, p. 360.

¹¹ V. Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, *cit.*, p. 49. Véase por todos Carnelutti, Francesco, *Arbitri e arbitratori*, *cit.*, pp. 121 ss.

¹² V. Consolo, Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, II, 2ª ed., Giappichelli, Turín, 2012, p. 148, también Mandrioli, Crisanto, *op. cit.*, p. 358.

¹³ Establece el art. 1349 C. civ. It: “Se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice. La determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede. Se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo. Nel determinare la prestazione il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto abbia riferimento”.

¹⁴ V. Consolo, Claudio, *op. cit.*, p. 148.

¹⁵ Es común, la mención, en la doctrina especializada al estudiar la determinabilidad de la prestación, al respecto véase Palacios Herrera, *Apuntes de obligaciones. Versión taquigráfica de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela año 1950-1951*, Ediciones Centro de Estudiantes Universidad del Zulia, Maracaibo, 1982, pp. 156 y 157, Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho Civil III*, 13ª ed., I. UCAB, Caracas, 2002, p. 29 y Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho Civil III*, 13ª ed., II, UCAB, Caracas, 2002, p. 693, Bernad Mainar, Rafael, *Derecho civil patrimonial. Obligaciones*, I, UCV, Caracas, 2006, p. 39. Véase por todos *Código Civil de Venezuela. Artículos 1146 al 1158*, Instituto de Derecho Privado-Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1982, pp. 247 ss.

¹⁶ Podría discutirse si la intervención del juez estatal en el caso de normas como la mencionada convierte a su actuación en una actuación jurisdiccional, sin embargo, resulta más sensato calificar actuaciones de este género como actuaciones judiciales en sede de jurisdicción voluntaria. Véase también el art. 1742 C. civ. Ven, relativo a la fijación judicial de un plazo para la restitución de lo recibido por concepto de mutuo.

¹⁷ La doctrina venezolana coincide en que dicho tercero no es árbitro ni perito, sino mandatario de las partes, al respecto véase por todos Dominici, Aníbal, *Comentarios al Código Civil de Venezuela*, 3ª ed., III, Destino, Caracas, 1982, pp. 325 ss., también Aguilar Gorrondona, José Luís, *Contratos y garantías*, 12ª ed., UCAB, Caracas, 2002, pp. 206 ss., y Bernad Mainar, Rafael, *Contratación civil en el Derecho venezolano*, I, UCAB, Caracas, 2002, p. 89 y nota nº 155. En doctrina colombiana, véase Tamayo Lombana, Alberto, *El contrato de compraventa. Su régimen civil y comercial*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2004, p. 94, mientras que en doctrina argentina véase Compagnucci de Caso, Rubén H., *Contrato de compraventa*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007, pp. 111. ss.

lar en materia de compraventa mercantil encontramos en los arts. 134 y 135 C. com. Ven). En materia de contrato de obras, *ex* arts. 1.632 y 1.633 C. civ. Ven (art. 1.657 C. civ. It), encontramos disposiciones normativas similares relativas a la indeterminación y fijación del precio.

Tomando en cuenta que el contrato es fuente generadora de obligaciones, las que generan a su vez prestaciones¹⁸, el acuerdo de arbitraje tiene la particularidad de calificar como *contrato procesal*¹⁹, contrato con efectos procesales²⁰ o dentro de la categoría general de contratos para la solución de controversias²¹, debido a que sus efectos y función apuntan a la resolución de un conflicto.

Dicho lo anterior, cabe preguntarse ¿cuáles son las obligaciones derivadas del acuerdo arbitral? Y concretamente ¿en qué consisten las prestaciones? también cabe preguntar si ¿Se trata de un contrato de naturaleza *sui generis*²²? Y si es así ¿por qué? En las líneas siguientes trataremos de dar respuestas crítico reflexivas a estas interrogantes.

2.1. El acuerdo arbitral dentro de la clasificación general de los contratos

No existe duda, según hemos adelantado, que el acuerdo de arbitraje es un contrato²³, que impone la obligación de resolver el conflicto surgido mediante árbitros, generando, para este fin, una multiplicidad de relaciones²⁴ y/o situaciones jurídicas subjetivas complejas²⁵.

Ahora bien, nuestra intención radica en fijar la mirada en el acuerdo de arbitraje y sus efectos contractuales entre las partes. Así, aunque se afirma

¹⁸ V. Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, cit., p. 149, véase asimismo Alterini, Atilio Aníbal; Ameal, Oscar José, López Cabana; Roberto M., *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*. 2ª ed., Abeledo-Perrot, 1998, pp. 53 y 83.

¹⁹ V. Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio, *op. ult. cit.*, p. 530, quien se refiere a *contratos judiciales* como aquellos dirigidos a prevenir o dirimir una controversia o a la forma de resolverla, y entre ellos encuentra a la transacción y al compromiso arbitral. Véase también Caponi, Remo, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, en Aa.Vv., *Poteri del giudice e diritti delle parti del processo civile*, coord. G. Scarselli, Edizioni Scientifiche Italiane, Milán, 2010, pp. 146 ss.

²⁰ V. Consolo, Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 148.

²¹ V. Alterini, Atilio Aníbal, *Contratos...*, cit., p. 184.

²² V. Alpa, Guido, *La circulation des modèles de résolution des conflits*, cit., pp. 775.

²³ V. Caivano, Roque J y Sandler Obregón, Verónica, *Consecuencias del incumplimiento del acuerdo arbitral*, cit., p. 264. Véase, por ejemplo, el reconocimiento expreso que se hace en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina en sus artículos 1.649 al 1.665.

²⁴ V. Araque Benzo, Luís Alfredo, Acedo Sucre, Carlos Eduardo, Guerrero-Rocca, Gilberto y Planchart Pocattera, Pedro Luís, *El acuerdo de arbitraje*, en Aa.Vv., *El arbitraje en Venezuela. Estudios con motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, cit., p. 157 ss.

²⁵ Se entiende por situación jurídica subjetiva "la dimensión subjetiva de una norma, vale decir, el atributo adscrito por una norma a un sujeto" Cf. Guastini, Riccardo, *La sintassi del diritto*, Giappichelli, Turín, 2011, p. 83 ss., véase también Barberis, Mauro, *Ética para juristas*, trad. A. Núñez Vaquero, Trotta, Madrid, 2008, pp. 1355.

que el acuerdo de arbitraje es un contrato preparatorio²⁶, en el entendido que sirve de fundamento para la celebración de negocios jurídicos posteriores²⁷, es más que esto, pues presenta un polimorfismo, en el entendido que a la vez que prepara el terreno para la celebración de nuevos acuerdos (con los árbitros y/o con el Centro de Arbitraje) genera *al mismo tiempo* obligaciones que se traducen en diversas prestaciones positivas y negativas para los cocontratantes.

Dentro de la clasificación general de los contratos²⁸, consideramos que se trata de:

Un contrato bilateral²⁹ (o plurilateral), pues existen dos o más partes obligadas³⁰;

Oneroso, en el entendido que en el mismo se asignan ventajas a las partes y se establecen debido a que a la prestación de una parte corresponde una contraprestación de la otra³¹;

Es un contrato de ejecución continua³², vale decir, no es de ejecución instantánea, pues no se ejecuta (ni sus prestaciones) en un solo momento o unidad de tiempo, p. ej., con la constitución del tribunal arbitral;

²⁶ V. Araque Benzo, Luís Alfredo, Acedo Sucre, Carlos Eduardo, Guerrero-Rocca, Gilberto y Planchart Pocatterra, Pedro Luís, *cit.*, p. 177 ss. Caen propiamente dentro de la categoría de contratos preparatorios los modelos arbitrales que distingüían entre cláusula promisorio y compromiso. Véase al respecto Cremades, Bernardo, *El convenio arbitral y sus efectos*, *cit.*, p. 277. Asimismo, Anzola, José Eloy, *Reseña histórica del arbitraje comercial en Venezuela*, *cit.*, pp. 78 ss., y Caivano, Roque J y Sandler Obregón, Verónica, *Consecuencias del incumplimiento del acuerdo arbitral*, *cit.*, p. 268.

²⁷ V. Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, 13ª ed., II, Ucab, Caracas, 2002, p. 555.

²⁸ V. Araque Benzo, Luís Alfredo, Acedo Sucre, Carlos Eduardo, Guerrero-Rocca, Gilberto y Planchart Pocatterra, Pedro Luís, *cit.*, p. 178 ss.

²⁹ V. Larroumet, Christian, *Teoría general del contrato*, v. I, trad. J. Guerrero R., Temis, Bogotá, 1999, pp. 149 ss. Así como Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, 7ª ed., Temis, Bogotá, 2018, pp. 45 ss. y 66.

³⁰ Se discute, al respecto, sobre la posibilidad o no de vincular a sujetos ajenos al acuerdo (terceros), y en el mismo sentido, sobre los procesos con pluralidad de partes. Véase por todos Redfern, Alan, Hunter, Martín, Blackaby, Nigel y Partasides, Constantine, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, *cit.*, pp. 88-89 y 240 ss., asimismo Fernández Rozas, José Carlos, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, *cit.*, pp. 619 ss., Gómez Jene, Miguel, *El convenio arbitral: statu quo*, en *Cuaderno de Derecho Transnacional*, Octubre 2017, v. 9, n° 2, pp. 20, y de Nadal, Elizabeth y Sánchez, Víctor Manuel, *La extensión a terceros no firmantes de los efectos del convenio arbitral. La aproximación en España*, en Aa.Vv., *Tratado de derecho arbitral*, v. I. *El convenio arbitral*, dir. C. Soto Coaguila, Pontificia Universidad Javeriana – IPA, Bogotá, 2011, pp. 689 ss. También Rescigno, Pietro, *I terzi e la convenzione arbitrale – Intervento introduttivo*, en *Rivista dell'arbitrato*, 2012, pp. 771 ss., De Nova, Giorgio, *I terzi e la convenzione arbitrale*, en *Rivista dell'arbitrato*, 2012, pp. 777 ss., Patocchi, Paolo Michele y Marzolini, Paolo, *I terzi e il procedimento arbitrale nella prospettiva internazionale*, en *Rivista dell'arbitrato*, 2012, pp. 783 ss. Luiso, Francesco P., *Il terzo e il lodo arbitrale*, en *Rivista dell'arbitrato*, 2012, pp. 805 ss.

³¹ V. Mélich-Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, 4ª ed., Acienpol, Caracas, 2006, p. 35 ss., también Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio, *Curso de obligaciones*, *cit.*, p. 544, asimismo Alterini, Atilio Anibal, *Contratos*, *cit.*, p. 175, Larroumet, Christian, *Teoría general del contrato*, *cit.*, p. 142 y Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, *cit.*, pp. 52 y 62.

³² V. Larroumet, Christian, *Teoría general del contrato*, *cit.*, pp. 156 ss.

Conmutativo³³, pues las prestaciones de las partes se conocen de manera precisa³⁴ y de antemano³⁵;

Es un contrato, en la generalidad de los casos³⁶, formal³⁷, pues se requiere que la expresión de voluntad conste por escrito³⁸.

Es un contrato de prevención de riesgos³⁹, donde el riesgo está representado en litigar la controversia ante tribunales estatales⁴⁰.

Es un contrato de cooperación, en virtud que su ejecución no es inmediata, por el contrario, requiere la ejecución de prestaciones continuas por ambas partes para lograr su finalidad económica: resolver el conflicto⁴¹. De donde se infiere que el principio de buena fe objetiva⁴² tiene especial aplicación, aunque la cooperación requerida no es una cooperación *procesal* sino *contractual*, vale decir, los contratantes (y partes procesales) no tienen imperativo alguno de ayudar a su contraparte a ganar el pleito (afirmación que sería mistificatoria⁴³) pero sí la *obligación* de cumplir las prestaciones para que el proceso arbitral inicie y termine, laudo mediante.

³³ V. Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *op. cit.*, p. 64.

³⁴ V. Borda, Guillermo A., *Manual de derecho civil. Contratos*, 21ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, pp. 20 a 21.

³⁵ V. Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio, *op. cit.*, p. 547.

³⁶ Por ejemplo, una excepción se encuentra para el arbitraje internacional en el *Code de procédure civil* francés, en el art. 1507: "*La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme*".

³⁷ V. Alterini, Atilio Aníbal, *Contratos...* *op. cit.*, pp. 234 ss. Actualmente persiste la discusión doctrinaria que distingue el criterio tradicional: contratos no formales o consensuales, formales *ad probationem* y formales *ad solemnitatem*, y criterio moderno, que solo considera formales a los contratos solemnes. Al respecto véase Mélich-Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, cit., p. 43 ss., Larroumet, Christian, *Teoría general del contrato*, cit., pp. 171 ss. y Ospina Fernández, Guillermo y Ospina Acosta, Eduardo, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, cit., pp. 45 y 66.

³⁸ V. Redfern, Alan, Hunter, Martín, Blackaby, Nigel y Partasides, Constantine, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., pp. 233 ss., Gómez Jene, Miguel, *El convenio arbitral: statu quo*, cit., pp. 7 ss. y González Soria, Julio, *El requisito de la forma escrita del acuerdo arbitral*, en Aa.Vv., *Tratado de derecho arbitral*. v. I. *El convenio arbitral*, dir. C. Soto Coaguila, Pontificia Universidad Javeriana – IPA, Bogotá, 2011, pp. 817 ss.

³⁹ V. Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio, cit., p. 530, a pesar de que el autor no lo incluye dentro de esta clasificación, creemos que, por las ventajas generalmente atribuidas al arbitraje, la intención de exclusión del conocimiento de la controversia por parte de jueces estatales es un riesgo que se procura evitar como función natural del arbitraje.

⁴⁰ Y acá cabría enumerar las ventajas del arbitraje frente a la justicia nacional que señala doctrina, al respecto Caivano, Roque, *Arbitraje*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, pp. 33 y 34, así como Redfern, Alan, Hunter, Martín, Blackaby, Nigel y Partasides, Constantine, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., pp. 85 ss. También Criscuolo, Fabrizio, *La regolamentazione negoziale del procedimento arbitrale*, en *Rivista dell'arbitrato*, 2015, pp. 479 ss. Concretamente en el ámbito de realidad judicial en Italia véase Chiarloni, Sergio, *Riflessioni minime sui paradossi della giustizia civile*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2019, pp. 131 ss.

⁴¹ V. Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio, cit., p. 529.

⁴² Véase Domínguez Guillén, María Candelaria, *Buena fe y relación obligatoria*, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 11, RVLJ, Caracas, 2018, pp. 17 ss., asimismo González Carvajal, Jorge I., *Notas dispersas sobre la buena fe en el Derecho venezolano, casos "paradigmáticos" y nuevas dimensiones*, en *Derecho y Sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Montevilla*, 12, Uma, Caracas, 2016, pp. 171 ss.

⁴³ V. González Carvajal, Jorge Isaac, *El abuso procesal*, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 10-II, RVLJ, Caracas, 2018, pp. 505 ss.

Es un contrato principal, tanto cuando se celebra como acuerdo independiente a otro contrato o relación/situación jurídica, como cuando se incluye como cláusula de un contrato. En este último caso, a pesar de lo que podría pensarse, no aplica la regla de *accesoriedad*⁴⁴, pues el acuerdo arbitral no corre la suerte del principal debido a su separabilidad respecto del contrato que lo instrumenta. Vale decir, no aplica el brocardo *accessorium cedit principali*.

Es un contrato paritario⁴⁵ por regla, y cuando se instrumenta en el contexto de un contrato de adhesión⁴⁶ se encuentra sometido a reglas particulares⁴⁷.

Es un contrato procesal (para algunos, judicial⁴⁸) o contrato con efectos procesales⁴⁹ o que entra dentro de la categoría general de contratos para la solución de controversias⁵⁰.

Esta última característica colorea todas las demás características previamente enunciadas y hace del acuerdo arbitral un contrato *sui generis*⁵¹, pues su finalidad o función económico-social se reduce a la resolución de controversias.

3. OBLIGACIONES DE LAS PARTES DERIVADAS DEL ACUERDO ARBITRAL

La doctrina ha identificado tres obligaciones distintas que surgen para las partes en virtud del acuerdo arbitral, a saber: 1) la obligación de recurrir al procedimiento arbitral en caso de presentarse alguna reclamación entre las partes del acuerdo sobre el objeto de eventual controversia y de no acudir a un órgano diferente, 2) la obligación de cooperar en el desarrollo del procedimiento arbitral y 3) la obligación de cumplir el laudo, incluso, naturalmente,

⁴⁴ De hecho, un contrato accesorio depende lógica y jurídicamente de una obligación principal, p. ej., la prenda, la hipoteca o la fianza. Véase al respecto Mélich-Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, 4ª ed., Aciénpol, Caracas, 2006, p. 49.

⁴⁵ V. Mélich-Orsini, José, *Doctrina general del contrato*, cit., 2006, p. 51 ss., véase también Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio, *Curso de obligaciones...* cit., p. 569.

⁴⁶ V. Acedo Sucre, Carlos Eduardo, *Cláusulas abusivas y contratos de adhesión. Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, Aciénpol-MENPA, 2018, pp. 387 ss.

⁴⁷ V. Gómez Jene, Miguel, *El convenio arbitral: statu quo*, cit., pp. 7 ss., y González Soria, Julio, *El requisito de la forma escrita del acuerdo arbitral*, cit., pp. 818 ss.

⁴⁸ V. Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio, cit., p. 530, quien se refiere a *contratos judiciales* como aquellos dirigidos a prevenir o dirimir una controversia o a la forma de resolverla, y entre ellos encuentra a la transacción y al compromiso arbitral. Véase también Caponi, Remo, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, cit., pp. 146 ss.

⁴⁹ V. Consolo, Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 148.

⁵⁰ V. Alterini, Atilio Aníbal, *Contratos*, cit., p. 184.

⁵¹ V. Caivano, Roque J y Sandler Obregón, Verónica, *Consecuencias del incumplimiento del acuerdo arbitral*, cit., p. 264, señalan: "Podrá decirse que se trata de un contrato *sui generis*, dado que su objeto no es reglar derechos específicamente de contenido patrimonial (aunque tenga efectos patrimoniales) sino más bien establecer el modo en que se habrán de resolver las controversias que hayan surgido o que puedan surgir de una relación jurídica determinada".

si es contrario a la parte que debe cumplirlo⁵². Las prestaciones que se deducen pueden tener carácter negativo y/o positivo⁵³.

En el caso de la obligación enunciada en 1) la misma se descompone en la obligación negativa (prestación de no hacer) de no acudir a tribunales estatales (e incluso a otros órganos v. gr. administrativos), pero a su vez, impone el imperativo de resolver la controversia frente a los árbitros (prestación de hacer). Como puede colegirse, se trata de dos caras de una misma moneda. Lo mismo se puede decir de la obligación de cooperar en el desarrollo del procedimiento arbitral, que parece ser una prestación de carácter positivo, sin embargo, a su vez impone la obligación negativa de no obstruir y/o torpedear el desarrollo del procedimiento arbitral. Igualmente sucede con la obligación de cumplir el laudo, vale decir, y naturalmente dependiendo del contenido del mismo, esta obligación puede concebirse como una prestación de hacer (cumplir lo que impone el laudo), no obstante, implícitamente, significará no entorpecer el cumplimiento del mismo y permitir la satisfacción de la parte beneficiada.

En vez de elegir el análisis particular de las tres obligaciones mencionadas, que dicho sea son enunciaciones clasificatorias de la doctrina (a nuestro parecer bastante útil), hemos preferido generalizar su análisis en obligaciones de hacer y obligaciones de no hacer derivadas del acuerdo de arbitraje.

3.1. Obligaciones de no hacer⁵⁴: El llamado efecto negativo del acuerdo

La obligación de no hacer derivada del efecto negativo del acuerdo consiste, en términos generales, en abstenerse de plantear la controversia ante la justicia estatal⁵⁵ e incluso ante cualquier otro órgano (p. ej., un órgano administrativo que tenga competencia para intervenir en el conflicto o un tribunal extranjero).

Al existir un acuerdo de arbitraje, la obligación de las partes radica en hacer valer sus pretensiones para la resolución del conflicto ante árbitros; de manera que hacerlo frente a un órgano distinto al Tribunal arbitral, v. gr., tribunales del Poder Judicial, significa directamente su incumplimiento. Pero, además, implica una actuación que debe ser *prima facie* catalogada

⁵² V. Alpa, Guido, *La circulation des modèles de résolution des conflits*, cit., p. 777. Véase asimismo Araque Benzo, Luís Alfredo, Acedo Sucre, Carlos Eduardo, Guerrero-Rocca, Gilberto y Planchart Pocater, Pedro Luís, *El acuerdo de arbitraje*, cit., p. 176 ss.

⁵³ V. Caivano, Roque J y Sandler Obregón, Verónica, *Consecuencias del incumplimiento del acuerdo arbitral*, cit., p. 267 y Gómez Jene, Miguel, *El convenio arbitral: statu quo*, cit., p. 25.

⁵⁴ Sobre este tema véase Domínguez Guillén, María Candelaria, *La obligación negativa*, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2, RVLJ, Caracas, 2013, pp. 17 ss.

⁵⁵ V. Araque Benzo, Luís Alfredo, Acedo Sucre, Carlos Eduardo, Guerrero-Rocca, Gilberto y Planchart Pocater, Pedro Luís, *El acuerdo de arbitraje*, cit., p. 176 ss.

como contraria a la buena fe contractual⁵⁶, lo que impone una carga tanto argumentativa como probatoria en cabeza de quien incumple de afirmar cuáles son o fueron las buenas razones (*good reasons*) y causa sólida (*strong cause*)⁵⁷, para incumplir el acuerdo y dirigirse a la justicia estatal (local o extranjera, según el caso). Carga esta que, dicho sea, no lo exonera de honrar el acuerdo arbitral, sino que, como se dijo, al estar condicionado el ejercicio del derecho de acción, será *prima facie* un sujeto que no ha cumplido. Esto pues, uno de los efectos del acuerdo arbitral radica en limitar legítimamente el ejercicio del derecho de acción⁵⁸, considerado un derecho abstracto por excelencia, pero que deja de serlo al existir un acuerdo arbitral, vale decir, la acción para esa concreta controversia está sometida contractualmente a una modalidad de ejercicio: ejercitarla frente a los árbitros.

Esta forma de incumplimiento puede dar lugar a varias hipótesis, que pasamos enseguida a repasar, como aquellas que nos parecen más obvias o comunes (aunque no las únicas, naturalmente).

3.1.1. En primer lugar, cuando aun no se ha iniciado el arbitraje:

Puede ocurrir que sin haber ninguna de las partes demandado ante el tribunal arbitral, una de ellas lo haga frente a la justicia no arbitral⁵⁹. En este caso, el remedio para repelar la actuación de quien ha incumplido el acuerdo es plantear la excepción correspondiente, que en el caso venezolano ha sido reconducida a la excepción de falta de jurisdicción por existencia de acuerdo arbitral –no obstante que teóricamente se asimile mucho más, en este supuesto, a un motivo de incompetencia débil⁶⁰, como lo es la incompetencia

⁵⁶ Y eventualmente, de configurar los elementos necesarios, abuso del proceso (a la *civil law*) o *abuse of process* (a la *common law*), según el caso. En este último caso, se considera que el *test* para otorgar una medida cautelar antiproceso (*anti-suit injunction*) es el mismo para declarar el *abuse of process*. Véase Lupoi, Michele Angelo, *Ultime notizie dalla House of Lords (novità del diritto internazionale processuale inglese)*, en *Rivista di diritto processuale*, Cedam, Milan, 2003, p. 878, nota 64 y Giorgetti, Mariacarla, *Antisuit, cross-border injunctions e il processo cautelare italiano*, en *Rivista di diritto processuale*, Cedam, Milan, 2003, p. 493.

⁵⁷ En ámbito de litigación internacional véase Lupoi, Michele Angelo, *Ultime notizie dalla House of Lords*, cit., p. 878, nota 64 y Giorgetti, Mariacarla, *Antisuit, cross-border injunctions e il processo cautelare italiano*, cit., p. 493.

⁵⁸ Algunos explican esta circunstancia desde la perspectiva constitucional de la disponibilidad del derecho de acción en sentido negativo. Véase Capponi, Bruno, *Arbitrato e giurisdizione*, cit., p. 47 y Caivano, Roque J y Sandler Obregón, Verónica, *Consecuencias del incumplimiento del acuerdo arbitral*, cit., p. 265. En tema general relativo al acceso a la justicia véase Dalfino, Domenico, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014, pp. 907 ss.

⁵⁹ En supuestos como este queda abierta la discusión sobre la aplicación de la tesis débil o la tesis fuerte del principio *Kompetenz-Kompetenz*, donde la aplicación de una u otra tendría incidencia sobre la eventual licitud o ilicitud de la conducta del incumpliente. V. Gómez Jene, Miguel, *El convenio arbitral: statu quo*, cit., pp. 26 ss.

⁶⁰ V. Consolo, Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., pp. 163 y 164.

territorial simple⁶¹ – no relevante de oficio, cuya consecuencia es la extinción del proceso y la condena en costas al actor.

3.1.2. En segundo lugar, cuando ya se ha iniciado el procedimiento arbitral:

En esta segunda hipótesis, pueden presentarse al menos dos sub-hipótesis:

3.1.2.1. Primera sub-hipótesis: Puede ocurrir que, iniciado el arbitraje, la parte demandada en arbitraje inicie un procedimiento paralelo incumpliendo la obligación (negativa) derivada del acuerdo, para demandar a la parte que figura como demandante en el arbitraje. En esta hipótesis, la parte que es demandante en arbitraje y a su vez demandada en el proceso paralelo, además de plantear el efecto negativo del acuerdo vía excepción de arbitraje (*rectius* es falta de jurisdicción en Venezuela), podría complementar su argumento de defensa con base en el principio de *perpetuatio iurisdictionis*⁶² que actúa la garantía de ser juzgado por el juez natural que a la sazón es el tribunal arbitral. La particularidad de este supuesto es que existirían dos procesos, uno, el arbitral con el favor de la legitimidad, que producirá una eficacia *ad extra* o vinculante para cualquier otro proceso, y otro paralelo iniciado, en principio, en violación del acuerdo arbitral.

Por lo tanto, el proceso arbitral y la pretensión en él planteada, gozarán de eficacia actual y virtual⁶³, a los fines que el órgano que conozca el proceso paralelo, sobre la base del principio *pro-arbitraje*, rechace –excepción mediante– conocer alguna pretensión que esté siendo conocida de manera actual por el tribunal arbitral y/o que pueda haber sido planteada ante el tribunal arbitral por circunscribirse al radio de alcance del acuerdo de arbitraje. Esta aproximación que haga el juez nacional interesa a la sana resolución de la controversia, pues no deberían existir dos jueces (privados o públicos) conociendo un mismo conflicto, razón por la cual, se hace mucho más relevante el planteamiento del efecto negativo del acuerdo (nuevamente *ope exceptionis*), *so pena* de considerarse renunciada la vía arbitral. En este caso, la consecuencia

⁶¹ Al respecto véase González Carvajal, Jorge Isaac, *Reflexiones sobre las tendencias jurisprudenciales sobre conflicto de "jurisdicción" cuando existe acuerdo de sometimiento arbitral*, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 3, RVLJ, Caracas, 2013, p. 316.

⁶² V. Capponi, Bruno, *Arbitrato e giurisdizione*, en *Il giusto processo civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Turín, 2009, p. 58.

⁶³ Véase por todos de la Oliva Santos, Andrés, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Aranzadi, Navarra, 2005, pp. 78 ss., donde señala el autor que: "Objeto virtual de un proceso civil es aquello sobre lo que no tiene por qué proyectarse la actividad de las partes y del tribunal en el correspondiente proceso, pero que, sin embargo, en relación con otros procesos, *valdrá* como objeto procesal o tendrá la virtualidad de éste. Así, pues, esa virtualidad o eficacia se despliega *ad extra* o trascendientemente, es decir, hacia fuera del proceso mismo, cuando se trata de establecer si el objeto de varios procesos es el mismo o si el de uno de ellos comprende el de un proceso distinto, aún pendiente o ya terminado. Es asimismo relevante cuando interesa establecer si entre los objetos de varios procesos existe conexión, a efectos de acumulación de procesos".

de la declaratoria con lugar de la *excepción* o defensa de arbitraje será la extinción del proceso judicial y la condena en costas al actor.

3.1.2.2. Segunda sub-hipótesis: Puede ocurrir que quien demandó en arbitraje y sigue adelante el procedimiento arbitral, después de iniciado éste, inicie un procedimiento paralelo. En este supuesto, el demandado en arbitraje, quien es a su vez demandado en el proceso paralelo tendrá la carga de plantear la defensa o excepción de arbitraje⁶⁴—si su intención es litigar en sede arbitral—, pero acá además podrá, para dar fuerza a su defensa, fundarla en la *exceptio doli generalis seu praesentis*⁶⁵(que no *exceptio doli specialis seu praeteriti* o dolo negocial⁶⁶). *Exceptio* que es considerada como uno de los brazos operativos del principio de buena fe contractual (o buena fe objetiva) y a su vez como mecanismo para hacer valer la prohibición de *venire contra factum proprium*, en otras palabras, como instrumento⁶⁷ a disposición de la parte que pretende paralizar o frenar los efectos del derecho ejercitado de manera fraudulenta o en violación del principio de buena fe objetiva. También en este caso, la consecuencia de la declaratoria con lugar de la *excepción* o defensa de arbitraje será la extinción del proceso judicial y la condena en costas al actor⁶⁸.

Como veremos *infra* § 3 a estos incumplimientos contractuales corresponde, en teoría, la posibilidad del acreedor (parte inocente) de reclamar la responsabilidad del deudor, con los remedios —adecuados al tipo contractual— primarios y/o secundarios o auxiliares⁶⁹. Y esto es coherente con la vocación internacional natural del arbitraje como mecanismo de resolución de contro-

⁶⁴ En caso de no excepcionarse alegando el efecto negativo del acuerdo de arbitraje, creemos que se produciría un nuevo negocio jurídico procesal de renuncia al arbitraje, compuesto por dos voluntades, la del demandante ante la justicia estatal y del demandado que tácitamente renunció al acuerdo, al no proponer la defensa o excepción para hacerlo valer.

⁶⁵ V. Restivo, Carmelo, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milán, 2007, pp. 154 ss., véase así mismo Astone, Francesco, *Venire contra factum proprium*, Jovene, Napoles, pp. 139 ss., y 237, así como dalla Massara, Tommaso, *L'eccezione di dolo generale nell pensiero della Corte Suprema*, en *Rivista di diritto civile*, n° 2, Cedam, Padua, 2008, pp. 223 ss., y Falco, Gianluca, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè, Milán, 2010, pp. 224 ss. Así mismo, en cuanto a la relación entre abuso del derecho y la *exceptio doli* v. Natoli, Ugo, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giurico italiano*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Giuffrè, Milán, 1958, p. 22.

⁶⁶ Véase por todos Urdaneta Fontiveros, Enrique, *El error, el dolo y la violencia en la formación de los contratos*, Acienpol, Caracas, 2009, pp. 151 ss., así como Falco, Gianluca, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè, Milán, 2010, p. 227.

⁶⁷ Véase la tesis de doctorado de Cici, Andrea, *Il divieto de venire contra proprium factum alla luce del principio di buona fede*, Scuola Dottorale Internazionale di Diritto ed Economia "Tullio Ascarelli", pp. 80 ss.

⁶⁸ Las costas judiciales pueden considerarse un remedio no muy efectivo para hacer frente al incumplimiento del acuerdo arbitral, bien por no reparar todos los daños causados por el proceso paralelo o bien debido al sistema de costas del que se trate (p. ej., sistema subjetivo).

⁶⁹ Se podría afirmar la inconveniencia práctica de remedios como la resolución o de la *exceptio non adimpleti*, no obstante, se registran casos donde estos han sido foco de atención p. ej., por violación del deber de confidencialidad o por el incumplimiento de la obligación de afrontar costos. V. Caivano, Roque J y Sandler Obregón, Verónica, *Consecuencias del incumplimiento del acuerdo arbitral*, cit., p. 270.

versias, y más aún, con el imperativo de los Estados de reconocer el acuerdo de arbitraje *ex art. II. 1* de la Convención de Nueva York.

3.2. Obligaciones de hacer: El llamado efecto positivo del acuerdo arbitral

En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a cumplir lo estipulado, pues es un contrato⁷⁰. Parecería normal considerar que las partes en virtud del acuerdo de arbitraje tienen, ambas, la obligación positiva de resolver el conflicto, una vez surgido, mediante árbitros. Sin embargo, no es así. Mientras no exista una demanda arbitral, tal obligación no se eslabona. Vale decir, esta obligación está sujeta a una *condicio iuris*⁷¹, que tiene como detonante el derecho potestativo⁷² de cualquiera de las partes de acudir a los árbitros con la solicitud de arbitraje.

Lo dicho anteriormente es particularmente importante en razón que, si alguna de las partes acude a arbitraje, mediante la solicitud correspondiente, eslabona (hecho el emplazamiento o notificación) en su contendiente (y en sí mismo) la sujeción al proceso arbitral y la obligación de sostenerlo. Obligación que, teniendo en cuenta el efecto procesal del acuerdo, produce una carga (procesal) en cabeza del demandado, ya que a este no puede obligarse a acudir por la fuerza al arbitraje debido a la aplicación del brocardo *nemo potest præcise cogi ad factum*. De ahí que, para garantizar esta sujeción, es posible, p. ej., el juzgamiento en rebeldía en materia arbitral⁷³.

De manera que antes que alguna de las partes demande en arbitraje no existe en rigor tal obligación positiva, sino que para que nazca, la misma debe ir acompañada del acto inicial del procedimiento (afirmación de un conflicto) que es a su vez, manifestación de cumplimiento de la obligación que venimos estudiando y de sujeción al procedimiento arbitral.

En este orden, la obligación (prestación) positiva más característica y materialmente palpable que surge del acuerdo arbitral consiste en el pago de los costos del arbitraje⁷⁴. Los costos en el arbitraje, a diferencia de lo que

⁷⁰ V. Cordon Moreno, Faustino, *El arbitraje en el Derecho privado. Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 136.

⁷¹ Al respecto véase Messineo, Francesco, *Doctrina general del contrato*, cit., p. 208, para quien “La *condicio iuris*, a diferencia de la condición propia, no es producto de la voluntad de las partes ni constituye elemento intrínseco de las declaraciones de voluntad, en cuanto que tiene su raíz en la ley o en la misma finalidad objetiva del contrato y, por consiguiente, es un hecho *extrínseco*, lógicamente ya preexistente al contrato, pero influye *ab extra*, no *ab intus*, como la condición propia”.

⁷² También llamados “de mera iniciativa” o derechos “a transformación jurídica”, véase en relación Allorio, Enrico, *Ensayo polémico sobre la jurisdicción voluntaria*, cit., p. 44.

⁷³ Al menos en un gran número de ordenamientos jurídicos. V. Fernández Arroyo, Diego y Kleiner, Caroline, *La reparación de los daños causados por la violación del acuerdo arbitral*, Aa.Vv., *Tratado de derecho arbitral*, cit., p. 134 y Baumeister Toledo, Alberto, *Algunas consideraciones sobre el procedimiento aplicable en los casos de arbitraje regidos por la Ley de Arbitraje Comercial*, en Aa.Vv., *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, cit., pp. 135 ss.

⁷⁴ V. Baumeister Toledo, Alberto, *Algunas consideraciones...*, cit., pp. 126 ss.

ocurre en el proceso judicial y contrario a lo que se pudiera pensar, no derivan directamente de los efectos de la relación procesal, sino propiamente del *acuerdo de arbitraje*, es decir, es propiamente una obligación, y una de fuente contractual⁷⁵.

La particularidad de esta materia radica en que, por regla, las partes están obligadas a pagar *a prorrata* y en anticipo tanto los honorarios de los árbitros y los gastos generados por el servicio de administración de arbitraje prestado, de ser el caso, por la institución correspondiente. Esto genera una posibilidad –muy frecuente– que una de las partes, generalmente el demandado, no abone la parte correspondiente que le corresponde pagar⁷⁶.

Al incumplimiento de la obligación de pagar los costos del arbitraje corresponde, en teoría, la posibilidad del acreedor (parte inocente) de reclamar la responsabilidad del deudor⁷⁷, con los remedios –adecuados al tipo contractual– primarios y/o secundarios o auxiliares; y el imperativo de los Estados de reconocer dicha obligación para así dar eficacia al acuerdo de arbitraje *ex art.* II. 1 de la Convención de Nueva York.

4. REMEDIOS AL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL ACUERDO ARBITRAL

4.1. Responsabilidad patrimonial declarada dentro del procedimiento arbitral o fuera del arbitraje

Una de las consecuencias particulares que se desprenden del acuerdo de arbitraje es la producción de efectos patrimoniales⁷⁸. Y, nuevamente, la producción de efectos jurídicos estará vinculada al tipo de obligación de que

⁷⁵ Véase por todos Aarons P., Fred, *Consideraciones sobre los costos y la financiación en asuntos arbitrales*, en Aa.Vv., *Tendencias en el arbitraje financiero en Venezuela y consideraciones sobre los costos y la financiación en asuntos arbitrales*, coord. F. Aarons P., Fred Aarons, Caracas, p. 84. En el ámbito del sistema arbitral italiano, véase Zulberti, Martino, *Tutela giurisdizionale dei diritti degli arbitri al compenso ed al rimborso delle spese*, en *Rivista dell'arbitrato*, 2017, pp. 689 ss.

⁷⁶ Pueden surgir otras obligaciones para las partes, como el pago de honorarios y gastos de abogados, peritos, auxiliares de justicia, traslado de testigos y demás gastos relacionados con el proceso arbitral, pero en estos casos no se trata de obligaciones que tengan como fuente al acuerdo de arbitraje. Sin embargo, todas estas y aquellas entraran dentro la eventual condena en costas que efectúe el tribunal en el laudo.

⁷⁷ Sobre los requisitos de la responsabilidad, señala Gómez Jene, Miguel, *El convenio arbitral: statu quo, cit.*, p. 37, que “... para que tal responsabilidad pueda ser apreciada, deben concurrir en el supuesto una serie de circunstancias –no necesariamente en forma cumulativa–: que el tribunal ante el que se presente la demanda estime la declinatoria (aprecie la validez del convenio); que los honorarios de los abogados no puedan reclamarse por el cauce de las “costas”; y/o cuando se aprecie mala fe del demandante (ad ex., por buscar la aplicación de penas de indemnización expresamente excluidas por las partes)”. Véase también von Goldbeck, Andreas, *L'indemnisation du non-respect des clauses compromissoires*, en *Revue internationale de droit comparé*, n° 2, 2018, pp. 237 ss.

⁷⁸ Señala Consolo, Claudio, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana (Parte prima)*, cit., p. 608, que “un accordo arbitrale...è anche e innanzitutto un impegno contrattuale...”. Véase al respecto Gómez Jene, Miguel, *El convenio arbitral: statu quo, cit.*, p. 37 y la jurisprudencia española reportada.

se trate, es decir, si se trata de una prestación positiva o si se trata de una negativa.

Con relación a las obligaciones que nacen del mencionado efecto positivo (v. gr., pagar los costos del arbitraje o cumplir con el laudo), podemos ver las consecuencias jurídicas en dos tiempos, que se corresponderían con los llamados efectos de las obligaciones.

En primer lugar, como se mencionó, en el pago (cumplimiento) espontáneo de la obligación de abonar los honorarios de los árbitros y de la institución que administre el arbitraje, y/o en el cumplimiento espontáneo del laudo⁷⁹.

En segundo lugar, puede ocurrir que una de las partes (generalmente el demandado) no abone la parte que le corresponde pagar, lo que por exigencia de algunas leyes y reglamentos de arbitraje obliga (en rigor: obliga *e* impone la carga), a la parte que ha pagado su propia cuota, a pagar la cuota que corresponde pagar a su contraparte; puede ocurrir asimismo, que una de las partes no cumpla espontáneamente el laudo⁸⁰, generalmente proponiendo mecanismos de impugnación diferentes al natural en la materia (v. gr., “recurso” de nulidad).

En el primer caso de la hipótesis anterior, surge el derecho inmediato a favor de quien pagó la totalidad de gastos de exigir la responsabilidad del deudor que no lo ha hecho. Sin embargo, no existen remedios expresos para esto, y, como se verá, quedan abiertos remedios indirectos, auxiliares o secundarios, como lo podrían ser la regulación convencional de responsabilidad o medidas cautelares.

Pero al margen de esto, surgirá la responsabilidad civil de la parte que ha incumplido frente a la parte inocente quien tendrá derecho a ser indemnizada tomando en cuenta el daño causado por el incumplimiento, vale decir, tendrá derecho –al margen del resultado del proceso y de la condenatoria en costas– de recibir una indemnización por los daños y perjuicios sufridos⁸¹.

En este último caso, debemos tener en cuenta que los daños computables que puedan ser reclamados son independientes del objeto del proceso arbitral y de su resultado, es decir, de la pretensión que se dirige en el fondo por el laudo. Se insiste, se trataría de una pretensión independiente (acumulada o sucesiva [ante un tribunal estatal]); pues si por ejemplo el demandado no

⁷⁹ Como se ha mencionado, el cumplimiento del laudo, no obstante contar con fuerza propia para producir ejecutoria, debe ser cumplido por el perdedor como consecuencia de la obligación que impone el acuerdo arbitral. Esto no significa que la parte renuncia o deba renunciar a los (pocos o únicos) mecanismos de impugnación que se ofrecen (p. ej., nulidad contra el laudo o apelaciones, según el caso), pero sí deslegitiman *prima facie* cualquier otra vía de impugnación diferente (p. ej., amparo constitucional).

⁸⁰ De hecho, históricamente era impuesta una sanción por el incumplimiento del laudo en el Derecho romano, v. Alpa, Guido, *La circulation des modèles de résolution des conflits*, cit., p. 759 y Marrone, Mateo, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, cit., pp. 1 ss.

⁸¹ V. Tamayo Jaramillo, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., II, Legis, Bogotá, 2008, pp.471 y 835 ss.

ha pagado los gastos del arbitraje y en su lugar lo ha hecho el demandante, y sucesivamente expira el lapso para dictar el laudo (quedando sin efecto el procedimiento arbitral), el demandante tendrá el derecho de recuperar el dinero que ha desembolsado con los correspondientes accesorios (p. ej., intereses) y demás daños derivados por v. gr., no haber contado con dicho dinero (lucro cesante)⁸², incluso ante la justicia estatal. Aunque lo ideal es que esas indemnizaciones se liquiden en el propio procedimiento arbitral, pero es posible que esto no suceda. Todo dependerá de la contingencia del caso.

Respecto de las obligaciones que nacen del efecto negativo, nuevamente las podemos caracterizar en dos tiempos, en primer lugar, por el cumplimiento espontáneo de las partes en no demandar ante la justicia estatal o reclamar frente a otro órgano la tutela de sus intereses, es decir, la conducta cumplida es la abstención.

En segundo lugar, frente al incumplimiento de esta abstención, es decir, demandar en un procedimiento paralelo, surge la responsabilidad civil, primero, de hacer cesar todos los efectos del procedimiento, y luego, de ser el caso, de indemnizar a la parte inocente por los daños y perjuicios sufridos derivados directamente de la existencia del procedimiento paralelo⁸³. Vale decir, que la parte inocente tendrá derecho de reclamar bien dentro del mismo procedimiento arbitral⁸⁴, cuando sea posible, como luego de culminado –si los efectos dañinos del procedimiento paralelo no han cesado y/o no sea posible hacerlo dentro del procedimiento arbitral–, la responsabilidad patrimonial que le causó el haber sostenido un proceso paralelo y las consecuencias dañinas y perjudiciales que este produjo⁸⁵.

⁸² Sobre la extensión de los perjuicios patrimoniales (materiales) véase por todos Tamayo Jaramillo, Javier, *cit.*, pp. 474 ss.

⁸³ No obstante, el tema es controversial. Véase Consolo, Claudio, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana (Parte prima)*, *cit.*, p. 608 nota 9. Particularmente desde la perspectiva del derecho de acción o acceso a la justicia y su interferencia. Se podría decir que el mejor ejemplo es la saga *West Tankers*, sin embargo, en este mismo asunto, en una de sus tantas derivaciones, se terminó afirmando la competencia de los árbitros para pronunciarse sobre condenas por reparación de daños sufridos debido al incumplimiento del acuerdo arbitral.

⁸⁴ Así opinan Fernández Arroyo, Diego y Kleiner, Caroline, *La reparación de los daños causados por la violación del acuerdo arbitral*, *cit.*, pp. 140 ss. En contra Henríquez La Roche, Ricardo, en Aa.Vv., *Memoria arbitral*, CEDCA, Caracas, 2011, p. 278.

⁸⁵ Véase por ejemplo en la justicia norteamericana el caso *Laboratory Corporation of America* (United States District Court, N.D. Illinois, Eastern Division, 20/05/1997, *Laboratory Corp of America v. Upstate Testing Lab.*, 967 F. Supp. P. 295 – 299 (N.D. III. 1997); o el caso *Indosuez International Finance BV* (Supreme Court, Appellate Division, First Department, New York, 17/04/2003, *Indosuez International Finance B.V. v. National Reserve Bank*, 758 N.Y.S 2d. p. 308-311 [N.Y. App. Div. 2003]) o en la justicia inglesa el caso *Union Discount Co. v. Zoller* [2002] 1 W.L.R 1517. p. 1526.27 (C.A. 2001); el caso *Donohue v. Armco Inc.* [2002] 1 Lloyd's Rep. P. 425, 437 (Lord Bingham) p. 439 (Lord Hobhouse) (H.L. 2001); el caso *A/S D/S Svenborg D/S of 1912 A/S v. Akar* [2002] EWHC p. 797, 38 (QB 2004). Véase al respecto Caivano, Roque J y Sandler Obregón, Verónica, *Consecuencias del incumplimiento del acuerdo arbitral*, *cit.*, pp. 275 ss. También el Tribunal Federal Suizo ha confirmado un laudo arbitral en el que una de las partes es condenada, entre otros conceptos, a pagar los gastos derivados de la iniciación de acciones judiciales ante un tribunal estatal extranjero (TF, 26 octubre 2015, 4A_69/2015 Bull. ASA, 2017. pp. 382-389). Y en el caso *West Tankers* [2012] EWHC 854 (Comm) el Juez Flaux expresamente

En este último sentido, creemos, la parte inocente tendrá derecho no sólo a ser indemnizada por el daño constituido por los gastos previsibles, y eventualmente los imprevisibles⁸⁶, derivados de dicho proceso, sino también por las eventuales condenas y su ejecución, en otras palabras, por los efectos patrimoniales computables derivados de dicho procedimiento⁸⁷. E incluso, la parte inocente tendrá derecho a la reclamación por daños causados, p. ej., por hacer pública la controversia en transgresión de la natural confidencialidad que impone al arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos⁸⁸.

La competencia para conocer este tipo de pretensiones se debe reservar, en principio, al árbitro que conozca la pretensión de fondo planteada, debido a los poderes innominados⁸⁹ con que cuenta, en concreto de los poderes inherentes (*inherent powers*) para asegurar la *eficacia* del acuerdo (y del laudo). Luego, si para dar eficacia al acuerdo es necesario que conozca pretensiones patrimoniales eventuales, subsidiarias y/o sobrevenidas –en este caso cuando las normas aplicables al procedimiento o el acuerdo de las partes lo permitan– no vemos problema para que el tribunal arbitral las conozca y las decida.

4.2. Regulación convencional de la responsabilidad por incumplimiento del acuerdo de arbitraje

Es posible que las partes incluyan como accesorio del acuerdo de arbitraje la regulación convencional de la responsabilidad patrimonial por el incumplimiento de este⁹⁰.

En general, son varios los modos de regular convencionalmente la responsabilidad contractual⁹¹, entre ellos pueden mencionarse las cláusulas que

señaló: “78. *For all these reasons I consider that the answer to the question of law is that the tribunal was not deprived, by reason of European law, of the jurisdiction to award equitable damages for breach of the obligation to arbitrate and that the appeal should be allowed*”.

⁸⁶ V. Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho Civil III*, 13ª ed., I, UCAB, Caracas, 2002. p. 144.

⁸⁷ V. Tamayo Jaramillo, Javier, *cit.*, pp.474 ss.

⁸⁸ V. Fernández Arroyo, Diego y Kleiner, Caroline, *La reparación de los daños causados por la violación del acuerdo arbitral*, *cit.*, p. 144 y Caivano, Roque J y Sandler Obregón, Verónica, *Consecuencias del incumplimiento del acuerdo arbitral*, *cit.*, p. 267.

⁸⁹ V. Del Prato, Enrico, *I poteri innominati degli arbitri*, en *Rivista dell'arbitrato*, 2018, pp. 205 ss.

⁹⁰ Véase Fernández Arroyo, Diego y Kleiner, Caroline, *La reparación de los daños causados por la violación del acuerdo arbitral*, *cit.*, p. 144. La posibilidad de aplicar *astraintes*, dependerá de la contingencia normativa. Sobre las multas conminatorias, véase Ameal, Oscar José, *Astreintes*, en Aa.Vv., *Enciclopedia de la responsabilidad civil*, I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 600 ss.

⁹¹ Señala de Cupis, Adriano, *El daño*, trad. A. Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975, p. 496, que “la liquidación convencional constituye, al igual que la liquidación legal, una derogación de los principios relativos a la determinación y medida del daño resarcible. Tales principios se derogan cuando la entidad del daño a resarcir se establece directamente por ley, independientemente de su concreta y efectiva realidad, como cuando por análogos fines se concreta por el arbitrio discrecional de las partes por el ejercicio de sus facultades de autonomía privada. Prescindiendo de este elemento común hay que reconocer que una profunda diferencia separa la liquidación convencional de la liquidación legal”.

limitan, exoneran o agravan la responsabilidad⁹², o aquellas que liquidan convencionalmente la responsabilidad, como la cláusula penal (arts. 1.257 al 1.262 C. civ. Ven, arts. 1.382 al 1.384 C. civ. It y arts. 1.152 al 1.155 C. civ. Esp), las arras⁹³ (art. 1.263 C. civ. Ven, art. 1.385 C. civ. It y art. 1.454 C. civ. Esp) y/o las multas penitenciales⁹⁴ (pacto de displicencia o *displeciantia*, art. 1.386 C. civ. It y art. 1.153 C. civ. Esp).

La liquidación convencional de los daños obedece a una consideración de oportunidad, en virtud de la cual los contratantes evitan complejos procedimientos para la liquidación del daño, o mejor aun, los simplifican de antemano⁹⁵.

En el contexto que nos ocupa, parece que son las cláusulas penales⁹⁶ las que pueden tener una función mucho más útil, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo arbitral⁹⁷.

⁹² Véase por todos Domínguez Guillén, María Candelaria, *Curso de derecho civil III. Obligaciones*, RVLJ, Caracas, 2016, pp. 291 ss., y la doctrina ahí mencionada.

⁹³ Las arras se encuentran previstas en el artículo 1.263 del C. civ. Ven., así: “A falta de estipulación contraria, lo que se da en arras al tiempo de la celebración del contrato o con anterioridad a este acto, se considera como garantía de los daños y perjuicios, no puede el acreedor pedir una mayor, ni el obligado pretender que se le reciba una menor. Sucede lo mismo cuando la determinación de los daños y perjuicios se hace bajo la fórmula de cláusula penal o por medio de arras”. Así, se entiende por arras “la suma de dinero u otras cosas fungibles que una de las partes contratantes da a la otra o a un tercero en señal del contrato que se celebra, o para regular sus efectos en caso de incumplimiento, o con el objeto de conceder a una de las partes o a ambas la facultad de desistir lícitamente de él” Cf. Urdaneta Fontiveros, Enrique, *Las arras en la contratación. Discurso y trabajo de incorporación*, Acienpol, Caracas, 2011, p. 44.

⁹⁴ Dentro de la regulación convencional de la responsabilidad entran en juego las llamadas cláusulas o multas penitenciales, que se diferencian técnicamente de la cláusula penal y de las arras o señas (aunque suelen confundirse con las arras penitenciales). En este sentido, señala la doctrina que “se conoce como cláusula penitencial, o multa penitencial, cuando una de las partes se reserva el derecho de revocar el contrato por su sola voluntad, mediante el pago de una suma de dinero, o el cumplimiento de una prestación de hacer. La cláusula penitencial es más bien una contraprestación a la facultad de revocar el contrato”. Cf. Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, 13ª ed., II, Ucab, Caracas, 2002, p. 943. Siguiendo con la doctrina es menester señalar que “No hay que confundir las arras penitenciales con la multa penitencial (*multa penitentialis*, *pactum displicentiae*, *faculté de dédit*). Se dice que hay multa penitencial cuando en un contrato se establece determinada prestación que una de las partes se obliga a dar a la otra en caso de que quiera desistir del contrato. La multa penitencial se configura pues como una promesa: es la cantidad de dinero que debe pagar o la prestación que debe cumplir quien desiste del contrato de acuerdo con lo convenido por las partes... Las arras penitenciales, en cambio, constituyen el precio que se paga por anticipado como contraprestación por la facultad de poder desistir libremente del contrato” Cf. Urdaneta Fontiveros, Enrique, *Las arras en la contratación. Discurso y trabajo de incorporación*, cit., p. 54, nota n° 22.

⁹⁵ Como señala de Cupis “esta consideración de oportunidad se inspira en una composición voluntaria de los intereses contrapuestos, realizada por el sujeto del interés lesionado y por el responsable de la lesión”. Cf. de Cupis, Adriano, cit., p. 497.

⁹⁶ Véase por todos Urdaneta Fontiveros, Enrique, *La cláusula penal en el Código Civil venezolano*, Acienpol, Caracas, 2011, *passim*, del mismo autor *Las funciones indemnizatorias y de garantía de la cláusula penal*, en Aa.Vv., *I Jornadas Franco-Venezolanas de Derecho Civil. Nuevas tendencias en el Derecho privado y reforma de Código civil francés*, coord. A. Annicchiario Villagrán, S. Pinto Oliveros y P. J. Saghy Cadenas, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 159 ss.

⁹⁷ Establece el artículo 1.257 C. Civ. Ven: “Hay obligación con cláusula penal cuando el deudor, para asegurar el cumplimiento de la obligación, se compromete a dar o a hacer alguna cosa para el caso de inexecución o retardo en el cumplimiento” mientras que el artículo 1.258 C. Civ. Ven, reza: “La

Ha señalado la doctrina que la penal “es una cláusula del contrato con la que se regulan las consecuencias jurídicas del *eventual incumplimiento* de la obligación derivada del mismo contrato”⁹⁸.

O como señala la doctrina venezolana la cláusula penal “es una obligación o estipulación accesorio, mediante la cual las partes disponen que, en caso de *inejecución de la obligación, o de retardo en la ejecución*, el deudor se compromete a cumplir una determinada prestación de dar o hacer”⁹⁹.

La cláusula penal es una estipulación accesorio¹⁰⁰ a otra obligación y condicionada (*conditio iuris*) para asegurar su cumplimiento, sujetando su incumplimiento a una prestación que consiste en dar o hacer algo, por lo tanto, se estima como una forma de regulación contractual de los efectos del incumplimiento de las partes, bien sea para prevenirlo, para sancionarlo o para indemnizarlo, por lo cual, se configura como un arreglo anticipado de estimación de daños que pactan las partes para los casos de incumplimiento parcial, defectuoso, retraso o incumplimiento de una obligación.

Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como resarcitoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante inocente, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad.

La cláusula penal puede cumplir, al menos, dos funciones, una función *resarcitoria*, por una parte, o una función *penal o punitiva*¹⁰¹. Aunque una misma cláusula penal puede cumplir ambas funciones. Funciones estas que pueden auxiliar a la eficacia del acuerdo arbitral, y que en principio no afectarían su función principal. Claro está que, a pesar de que se trataría de un

cláusula penal es la compensación de los daños y perjuicios causados por la inejecución de la obligación principal. El acreedor no puede reclamar a un mismo tiempo la cosa principal y la pena, si no la hubiere estipulado por el simple retardo”.

⁹⁸ Cf. de Cupis, Adriano, *cit.*, p. 502

⁹⁹ Cf. Maduro Luyando, Eloy y Pittier Sucre, Emilio, *op. ult. cit.*, p. 937.

¹⁰⁰ V. Urdaneta Fontiveros, Enrique, *Las funciones indemnizatorias y de garantía de la cláusula penal*, *cit.*, p. 158.

¹⁰¹ Véase al respecto Díaz Albarat, Silvia, *La cláusula penal*, Reus, Madrid, 2011, pp. 67 ss., quien además de las dos funciones mencionadas, incluye una tercera función, la penitencial por desistimiento; no obstante, está última ha sido señalada como una categoría propia, a saber, el pacto de displicencia o *displeciantiae*. Al respecto véase De Cupis, Adriano, *cit.*, pp. 504 y 505. Las partes ante una obligación son las llamadas a determinar qué tipo de cláusula penal desean pactar. Así, se afirma, la cláusula no tendrá naturaleza indemnizatoria si las partes acuerdan que su pago no es óbice para exigir la indemnización de perjuicios causados al acreedor por el incumplimiento o cumplimiento extemporáneo de la obligación o si las partes le dan a la cláusula una naturaleza moratoria, de garantía o de apremio; pero si por el contrario las partes no pactan lo indicado se entenderá que la cláusula tiene por finalidad indemnizar por los perjuicios causados por el incumplimiento o cumplimiento retardado de la otra parte.

acuerdo accesorio, habrá que tener en cuenta una adecuada redacción para no afectar la posibilidad de convertir al acuerdo arbitral en un acuerdo o cláusula patológicos.

En este orden, el árbitro que conozca la pretensión de fondo planteada será asimismo competente para conocer de las pretensiones derivadas de la validez, existencia y de la *eficacia* del acuerdo, entre ellas su cumplimiento. Luego, si para dar eficacia al acuerdo es necesario que el tribunal arbitral conozca pretensiones patrimoniales eventuales, subsidiarias y/o sobrevenidas –en este caso cuando las normas aplicables al procedimiento o el acuerdo de las partes lo permitan– no vemos problema para que las conozca y las decida.

4.3. Medidas cautelares para asegurar el cumplimiento del acuerdo de arbitraje

Si somos coherentes con lo dicho hasta ahora, el acuerdo de arbitraje, como contrato de cooperación, impone a las partes la obligación de resolver la controversia actual o eventual mediante árbitros.

El acuerdo arbitral, como se ha dicho, puede ser incumplido no sólo por quien acude a un órgano distinto a los árbitros, sino también por quien *p. ej.*, no paga los costos necesarios para llevar adelante el procedimiento arbitral.

Dicho esto, cabe preguntar si ¿las medidas cautelares servirían, también, para asegurar el cumplimiento del acuerdo? En nuestra opinión, sí¹⁰². Ejemplo de este uso de las medidas cautelares se encuentra en los sistemas de *common law*, en sus tradicionales *anti-suit injunctions*¹⁰³ o medidas anti-proceso, entendidas *grosso modo* como cautelares (o definitivas) que dicta, en principio, un juez estatal asegurando la no iniciación o no continuación de un proceso paralelo¹⁰⁴ en violación de un acuerdo de elección de foro o de un acuerdo de arbitraje frente a su incumplimiento¹⁰⁵. Vale decir, como una

¹⁰² V. Lapiedra Alcamí, Rosa, *Medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 39, así como Consolo, Claudio, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana (Parte prima)*, cit., p. 613.

¹⁰³ Sobre el alcance y tipos de *injunctions* véase Bean, David; Parry, Isabel y Burns, Andrew, *Injunctions*, 11ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2012, *passim*, así como Lupoi, Michele Angelo, *Ultime notizie dalla House of Lords (novità del diritto internazionale processuale inglese)*, cit., pp. 782 ss., y Giorgetti, Mariacarla, *Antisuit, cross-border injunctions e il processo cautelare italiano*, cit., *passim*.

¹⁰⁴ La medida puede ser dictada incluso para asegurar que se evite la iniciación o desistan de los efectos de un arbitraje paralelo iniciado, v. gr., coetáneamente a un primer arbitraje, esto fue lo sucedido en *AK Bakri & Sons Ltd and ors v. Asma Abdul Kader Bakri Al Bakri and ors* [2017] SC (Bda) 40 Com (26 May 2017). No obstante, las *anti-arbitration injunctions* son menos comunes, al respecto Bean, David; Parry, Isabel y Burns, Andrew, *Injunctions*, cit., 2012, pp. 72 y 73.

¹⁰⁵ V. Giorgetti, Mariacarla, *Antisuit, cross-border injunctions e il processo cautelare italiano*, cit., p. 493. Sin embargo, la situación, como se verá en el texto, no es la misma para el Reino Unido frente a tribunales de Estados pertenecientes a la Unión Europea luego de la decisión dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso *Allianz SpA v. West Tankers Inc.*, C-185/07, 2009 E.C.R., 2009 WIL 303723, mejor conocido como *West Tankers* o *The Front Comor*. Situación que se anunciaba en los

forma o herramienta para asegurar el cumplimiento en forma específica de la obligación de una parte de litigar en determinado foro (arbitral o estatal)¹⁰⁶. En términos generales, estas medidas son desconocidas en la tradición *civil law*, y en muchos casos existe resistencia de recibir por buenas aquellas que provienen de tribunales de tradición *common law*¹⁰⁷.

Un interesante caso puede servir para explicarlo, además para señalar un importante precedente, tal fue el caso *West Tankers* o *The Front Comor*.

Los hechos que dieron vida a este caso ocurrieron en el año 2000, cuando la petrolera italiana, Erg Petroli SpA, explotaba, debido a contrato de fletamento, la embarcación *The Front Comor*, propiedad de la empresa *West Tankers Inc.* En agosto de 2000, la embarcación colisionó con un puerto en Siracusa, Italia, causando daños.

Erg Petroli SpA solicitó a su asegurador, Ras Riunione Adriatica di Sicurtà, la indemnización correspondiente obteniendo reparación de una parte de los daños, no obstante, en razón que el contrato estaba sometido al Derecho inglés y contenía un acuerdo arbitral con sede en Londres, Erg demandó en arbitraje en Londres a la empresa *West Tankers* por la parte de daños no cubiertos por la póliza de seguro.

A su vez, la aseguradora, Ras, afirmando que no fue parte del acuerdo de arbitraje, demandó por subrogación a la empresa *West Tankers* para recuperar lo pagado a Erg. Esta demanda fue intentada ante tribunales de Siracusa.

Contra esta actuación *West Tankers*, en vista que seguía dos procedimientos en foros diferentes por el mismo accidente, solicitó a los tribunales ingleses una *interim anti-suit injunction* (o medida cautelar anti-proceso), contra Erg por el proceso seguido en Siracusa, que fue concedida, prohibiendo a la aseguradora continuar la demanda en Italia. No obstante, Ras continuó el proceso ante los tribunales italianos.

A pesar de la oposición de Ras contra la medida, esta fue confirmada y transformada en una *permanent anti-suit injunction*. Luego de ser apelada, correspondió su conocimiento a la *House of Lords*, y luego de escuchados los argumentos de Ras sobre la violación de normas comunitarias¹⁰⁸, remitió el asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea debido al planteamiento de la cuestión prejudicial.

antecedentes de los casos *Gasser GmbH v. MISAT Srl*, C- 16/02, 2003 E.C.R. I-14693 y *Turner v. Grovit* C-159/02, 2004 E.C.R. I-3565.

¹⁰⁶ V. Lupoi, Michele Angelo, *Ultime notizie dalla House of Lords (novità del diritto internazionale processuale inglese)*, cit., p. 878.

¹⁰⁷ En ámbito europeo y antes de la saga *West Tankers*, véase Lupoi, Michele Angelo, *Ultime notizie dalla House of Lords (novità del diritto internazionale processuale inglese)*, cit., pp. 889 ss., especialmente los casos reportados en las notas 88 y 89. Véase también Consolo, Claudio, *L'arbitrato con sede estera, la natura della relativa eccezione e l'essenziale compito che rimane affidato al regolamento transnazionale della giurisdizione italiana (Parte prima)*, cit., p. 605, nota 4.

¹⁰⁸ En concreto, el Reglamento (CE) n° 44/2001 de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materias civil y mercantil.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en decisión de fecha 10 de febrero de 2009, decidió que una medida conminatoria o *anti-suit injunction* es incompatible con normas comunitarias, siendo el tribunal de Siracusa el competente para decidir en atención a las normas vigentes (Convención de Nueva York), sobre la validez y eficacia del acuerdo arbitral.

Esta decisión, tuvo el efecto inmediato de debilitar las *anti-suit injunctions* de tribunales ingleses frente a otros Estados Miembros de la Unión Europea¹⁰⁹, y, por lo tanto, se argumenta, trajo como consecuencia restringir en el ámbito europeo la aplicación de una herramienta que daba fuerza y atractivo a una de las principales sedes arbitrales (Londres). Sin embargo, la misma dejó a salvo el instituto frente a Estados no miembros de la Unión Europea.

La vigencia de las *anti-suit injunctions* no ha sufrido reveses en otros países de tradición *common law*¹¹⁰, como es el caso de Estados Unidos de Norteamérica¹¹¹, donde sigue siendo un argumento de fuerza para hacer atractiva una eventual sede arbitral¹¹², no obstante, su carácter excepcional¹¹³.

Otro caso de ejemplo, esta vez de una *anti-suit injunction* dictada por un tribunal arbitral, está representado por el caso *Four Seasons*, que se dio a conocer a raíz de lo decidido en sentencia n° 2346/2003 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela.

En este caso un tribunal arbitral con sede en la ciudad de Miami, Estados Unidos de Norteamérica, emitió una *anti-suit injunction* para hacer cesar los efectos de un proceso iniciado en Caracas, en violación de un acuerdo de arbitraje.

La decisión arbitral, formada bajo la forma de laudo parcial, fue impugnada vía amparo constitucional ante los tribunales venezolanos, llegando su conocimiento a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

La Sala Constitucional si bien declaró inadmisibles a trámite el amparo constitucional en cuestión, sobre la base de una decisión previa de la Sala Político Administrativa del mismo Tribunal que afirmó la jurisdicción de los tribunales venezolanos para conocer la controversia, declaró: “el laudo parcial dictado el 10 de octubre de 2002, se refirió a una controversia no prevista en la cláusula de arbitraje del contrato de gerencia hotelera celebrado entre

¹⁰⁹ Véase al respecto *Nori Holdings Limited* [2018] EWHC 1343 (Comm).

¹¹⁰ En países de tradición *civil law* la saga *West Tankers* ha tenido eco. Véase Arroyo, Diego y Kleiner, Caroline, *La reparación de los daños causados por la violación del acuerdo arbitral*, cit., p. 132.

¹¹¹ V. Rainer, Daniel, *The Impact of West Tankers on Parties' Choice of a Seat of Arbitration*, 95 *Cornell L. Rev.* 431 (2010). Ver: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol95/iss2/11>. Véase Pietrangeli, Francesca, *Stati Uniti – District Court New York, 16 giugno 2011. Presupposti della personal jurisdiction e anti-suit injunction a sostegno dell'arbitrato in una recente sentenza di una Corte federale dello Stato di New York*, en *Rivista dell'arbitrato*, 2012, pp. 937 ss.

¹¹² En relación conviene tener presente lo previsto en los artículos 4, 206 y 303 de la *Federal Arbitration Act*. Véase Lupoi, Michele Angelo, *Ultime notizie dalla House of Lords (novità del diritto internazionale processuale inglese)*, cit., p. 884, nota 76.

¹¹³ Strong, S. I. *Anti-Suit Injunctions in Judicial and Arbitral Procedures in the United States*, en 66 *American Journal of Comparative Law* 153 (2018). Ver: <https://scholarship.law.missouri.edu/facpubs/711>

Consorcio Barr, S.A. y Four Seasons Caracas, C.A. y, además, contiene un dispositivo que excede dicho acuerdo, al haber ordenado a ésta última a desistir de una demanda incoada ante un tribunal venezolano, así como a intentar nuevas acciones judiciales ante la jurisdicción venezolana con relación al referido contrato, pues como asentó dicha Sala, en su sentencia n° 476 del 25 de marzo de 2003, la República tiene jurisdicción para conocer y decidir lo relacionado con dicha controversia, por lo cual el referido laudo arbitral no es ejecutable, con base en los artículos anotados *supra*".

Este último caso, evidencia que, en teoría, nada obsta para que los árbitros emitan una *anti-suit injunction*, sin embargo, medidas del género no tendrán la fuerza propia y disuasiva que comportan las *injunctions* de los tribunales, a saber, la amenaza del *contempt of court* por el desconocimiento o incumplimiento de aquellas, lo que las hace poco efectivas cuando son dictadas por árbitros, pueden representar un riesgo en sí mismas¹¹⁴ y tendrán dificultad de circulación y reconocimiento.

A pesar de que, como se señaló, algún equivalente de estas medidas conminatorias son desconocidas en países de tradición *civil law*¹¹⁵, nada impide que las medidas cautelares se soliciten y acuerden con la finalidad –si bien no tan atómica como las *anti-suit injunctions*– de asegurar el cumplimiento del acuerdo¹¹⁶ y/o de asegurar la responsabilidad derivada de su incumplimiento.

5. CONCLUSIONES

El carácter contractual del acuerdo de arbitraje lo convierte en un acto jurídico generador de efectos obligacionales. Las obligaciones derivadas del acuerdo, cuentan (o deben contar), como toda obligación, con remedios efectivos para hacer efectiva la responsabilidad del deudor en caso de incumplimiento. La fuerza contractual del acuerdo coexiste con la función jurisdiccional del arbitraje, en una relación de simbiosis conceptual, que genera un fenómeno autónomo, y que visto así, puede contribuir para dar eficacia al arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en la práctica. Lo que en el contexto internacional resulta provechoso, pues las obligaciones de las partes derivadas del acuerdo se encuentran reforzadas por el deber de los Estados de reconocer sus efectos *ex art. II. 1* de la Convención de Nueva York.

A partir de la naturaleza contractual del acuerdo de arbitraje, puede argumentarse a favor de la activación inmediata de la responsabilidad patri-

¹¹⁴ V. Rainer, Daniel, *The Impact of West Tankers...* cit.

¹¹⁵ Aunque a manera de especulación, creemos, en ordenamientos como el venezolano, algunos mecanismos judiciales pueden servir para la misma finalidad de la *antisuit injunction*, como, por ejemplo, el amparo constitucional, para evitar que un proceso judicial entorpezca al arbitral.

¹¹⁶ En otros sistemas estas medidas son aceptadas y reguladas expresamente para el proceso judicial, aunque aplicable al procedimiento arbitral, como es el caso del Reino Unido, como un *interim remedy* en la r. 25. 12 del *Civil Procedure Code*, son las llamadas *security for costs*. v. Loughlin, Paula y Gerlis, Stephen, *Civil Procedure*, 2ª ed., Cavendish, Londres, 2004, pp. 320 ss.

monial o de la eventual cláusula resarcitoria que se acuerde, vale decir, tan pronto se produzca el incumplimiento de un acuerdo de arbitraje. Para esto lo natural será reconocer competencia para su declaratoria, en principio y preferentemente, a los propios árbitros (pudiendo estos dictar las medidas cautelares necesarias para asegurar la eventual responsabilidad), pero también podría extenderse a los jueces estatales para el caso que no sea posible demandar la responsabilidad patrimonial dentro del procedimiento arbitral.

Las ideas que se han expuestos están orientadas para casos de acuerdos arbitrales suscritos entre partes paritarias, y no para el caso de los llamados débiles jurídicos y/o económicos cuyo régimen está sujeto a reglas particulares.

No creemos que la posibilidad de acordar resarcimientos por incumplimientos de acuerdos arbitrales sea contraria a normas que protegen el acceso a la justicia, esto, siempre y cuando, se considere al arbitraje como una forma de justicia. Será necesario, así, analizar el sistema/país para corroborar si por “acceso a la justicia” se entiende exclusivamente accionar ante los órganos del Poder Judicial o incluye a su vez hacer valer pretensiones frente a árbitros. Asimismo, no creemos que deba esperarse alguna decisión judicial sobre la competencia de los árbitros para reclamar la responsabilidad civil por violación de la obligación negativa, al menos en los sistemas dualistas, en los cuales se privilegia el principio *Kompetenz-Kompetenz* en cabeza de los árbitros.

Finalmente, puede verse que la violación del acuerdo arbitral al iniciar un proceso paralelo puede configurar un supuesto de abuso del proceso, bien a la *civil law* o *abuse of process* a la *common law*, dependiendo del caso.