

Acuerdo de arbitraje, responsabilidad civil y poderes innominados de los árbitros

Jorge I. González Carvajal*

I. ¿Qué es un acuerdo de arbitraje?

Por acuerdo de arbitraje entendemos aquel contrato o acuerdo incluido en un contrato mediante el cual los co-contractantes deciden someter sus controversias eventuales o actuales a la decisión de árbitros.

El acuerdo de arbitraje se perfila, hoy día, como un contrato típico de derecho privado con efectos procesales cuando está regulado expresamente por la legislación.

No existe duda, que el acuerdo de arbitraje es un contrato, que impone la obligación de resolver el conflicto surgido mediante árbitros, generando, para este fin, una multiplicidad de relaciones y/o situaciones jurídicas subjetivas complejas o moleculares.

Si es un contrato, entonces, ¿qué obligaciones genera? Lo veremos en

modo sintético. Y por otra parte, ¿puede ser estudiado desde el punto de vista estrictamente contractual? A nuestra manera de ver sí. Esto, al margen de las disputas sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, que se inclinan por una solución que privilegie ver en el arbitraje un fenómeno con una naturaleza jurídica propia o mejor aún con naturaleza intersticial, que combina contrato y jurisdicción. Así, nuestra intención radica en fijar la mirada en el acuerdo de arbitraje y sus efectos contractuales entre las partes.

II. El acuerdo arbitral como contrato

Aunque se afirma que el acuerdo de arbitraje es un contrato preparatorio, en el entendido que sirve de fundamento para la celebración de negocios jurídicos posteriores, es más que esto, pues presenta un polimorfismo, en el

* Árbitro – Lista de árbitros del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas. Universidad Católica Andrés Bello, Abogado, Especialista en Derecho Procesal y Profesor de Contratos Especiales I y II y Derecho de garantías. Universidad Nacional de Rosario, Argentina, Magíster *Scientiarum* 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.

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 co-contratantes.

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

- i. Un contrato bilateral (o plurilateral), pues existen dos o más partes obligadas;
- ii. Oneroso, en el entendido que en el mismo se asignan ventajas a las partes y se establecen en razón de que a la prestación de una parte corresponde una contraprestación de la otra;
- iii. Es un contrato de ejecución continua, 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;
- iv. Conmutativo, pues las prestaciones de las partes se conocen de manera precisa y de antemano;
- v. Es un contrato, en la generalidad de los casos, formal, pues se requiere que la expresión de voluntad conste por escrito.
- vi. Es un contrato de prevención de riesgos, donde el riesgo está representado en litigar la controversia ante tribunales oficiales.
- vii. 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 conflicto. De donde se infiere que el principio de buena fe objetiva 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 mistificatoria) pero sí la obligación de cumplir las prestaciones para que el proceso arbitral inicie y termine, laudo mediante.
- viii. Es un contrato principal, tanto cuando se celebra como

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

- ix. Es un contrato paritario por regla, y cuando se instrumenta en el contexto de un contrato de adhesión se encuentra sometido a reglas particulares.
- x. Es un contrato procesal (para algunos, judicial) o contrato con efectos procesales o que entra dentro de la categoría general de contratos para la solución de controversias.

Esta última característica colorea todas las demás características previamente enunciadas y hace del acuerdo arbitral un contrato *sui generis*, ya que su finalidad no es disciplinar derechos de contenido patrimonial, pero sí tendrá efectos patrimoniales, pues su finalidad o

función económico-social se reduce a la resolución de controversias.

III. **Obligaciones derivadas del acuerdo de arbitraje**

La doctrina autoral 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, 2) la obligación de cooperar en el desarrollo del procedimiento arbitral y 3) la obligación de cumplir el laudo, incluso, naturalmente, si es contrario a la parte que debe cumplirlo. Las prestaciones que se deducen pueden tener carácter negativo y/o positivo.

A. ***Obligaciones de no hacer: el llamado efecto negativo***

En términos generales esta obligación consiste en abstenerse de plantear la controversia ante la justicia oficial 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 el incumplimiento.

Pero, además, implica una actuación que debe ser prima facie catalogada como contraria a la buena fe contractual, lo que impone una carga tanto argumentativa como probatoria en cabeza del incumpliente de afirmar cuáles son o fueron las buenas razones (good reasons) y causa sólida (strong cause), para incumplir el acuerdo y dirigirse a la justicia oficial (local o extranjera, según el caso).

Carga esta que, dicho sea, no lo exonera de cumplir el acuerdo arbitral, sino que, al estar condicionado el ejercicio del derecho de acción, será prima facie un sujeto incumpliente.

Esto pues, uno de los efectos del acuerdo arbitral radica en limitar legítimamente el ejercicio del derecho de acción, 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.

B. Obligaciones de hacer: el llamado efecto positivo

En virtud del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a cumplir lo estipulado, pues es un contrato.

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, que tiene como detonante el derecho potestativo de cualquiera de las partes de acudir a los árbitros con la solicitud de arbitraje.

Esto es particularmente importante en razón de que, si alguna de las partes acude a arbitraje, mediante la solicitud correspondiente, eslabona (hecho el emplazamiento) en su contendiente (y en sí mismo) la obligación de sujetarse al proceso arbitral y a las obligaciones de sostenerlo.

Obligación que, en razón del 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 en razón de la aplicación del brocardo *nemo potest precise cogi ad factum*. De ahí que, para garantizar esta sujeción, es posible, p. ej., el juzgamiento en rebeldía en materia arbitral.

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 arbitraje.

Los costos en el arbitraje, a diferencia de lo que 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 contractual.

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 pagar.

IV. Remedios frente al incumplimiento de un acuerdo de arbitraje

Una de las consecuencias particulares que se desprenden del acuerdo de arbitraje es la producción de efectos patrimoniales. Y, nuevamente, la producción de efectos jurídicos estará vinculada al tipo de obligación de que se trate, es decir, si se trata de una prestación positiva o si se trata de una negativa.

La primera tendrá que ver con las obligaciones que nacen del mencionado efecto positivo. En este caso, pueden verse las consecuencias jurídicas en dos

tiempos, que se corresponderían con los llamados efectos de las obligaciones.

En primer lugar, 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 laudo.

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 muchas 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 laudo, 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 e indiscutido*, en 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, quedando

abiertos remedios indirectos, auxiliares o secundarios, como lo podrían ser la regulación convencional de responsabilidad o medidas cautelares.

Pero que no existan remedios expresos no significa que la disciplina se sustraiga de la regla general en materia de responsabilidad civil, y en concreto, en materia de responsabilidad contractual. Esto es, 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 sufridos.

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 oficial 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 paralelo.

Vale decir, que la parte inocente tendrá derecho de reclamar bien dentro del mismo procedimiento arbitral, 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 produjo.

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 imprevisibles (en caso de dolo), derivados de dicho proceso, sino también por las eventuales condenas y su ejecución, en otras palabras, por

los efectos patrimoniales computables derivados de dicho procedimiento.

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 conflictos.

La competencia para conocer este tipo de pretensiones se debe reservar, en principio, al árbitro que conozca la pretensión de fondo planteada, en razón de los poderes innominados 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 óbice para que esto no ocurra.

A. Regulación convencional de 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 del mismo.

En general, son varios los modos de regular convencionalmente la responsabilidad contractual, entre ellos pueden mencionarse las cláusulas que limitan, exoneran o agravan la responsabilidad, 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 arras (art. 1.263 C. civ. Ven, art. 1.385 C. civ. It y art. 1.454 C. civ. Esp) y/o las multas penitenciales (pacto de displicencia o *displectian-tiæ*, 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 antemano.

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

La cláusula penal puede cumplir, al menos, dos funciones, una función *resarcitoria*, por una parte, o una función *penal o punitiva*. 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 tratarían de acuerdos accesorios, habrá que tener en cuenta una adecuada redacción para no afectar la posibilidad de convertir al acuerdo arbitral en un acuerdo o cláusula patológicos.

B. 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.

Obligación que puede ser incumplida 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, sí.

Ejemplo de este uso de las medidas cautelares se encuentra en los sistemas de common law, en sus tradicionales *anti-suit injunctions* o medidas anti- proceso, entendidas *grosso modo* como cautelares (o definitivas) que dicta, en principio, un juez oficial asegurando la no iniciación o no continuación de un proceso paralelo en violación de una cláusula contractual de elección de foro o de un acuerdo de arbitraje frente a su incumplimiento. Vale decir, como una forma o herramienta para asegurar el cumplimiento en forma específica de la obligación de una parte.

A pesar de que algún equivalente de estas medidas conminatorias son desconocidas en países de tradición

civil law, 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 acuerdo y/o de asegurar la responsabilidad derivada de su incumplimiento.

V. Conclusiones

El acuerdo arbitral ostenta fuerza contractual propia, capaz de generar obligaciones para las partes, que, como toda obligación incumplida cuenta (o debe contar) con remedios efectivos para hacer efectiva la responsabilidad del deudor.

Esta fuerza contractual no pierde empuje con el funcionamiento jurisdiccional del arbitraje, por el contrario, la relación de simbiosis conceptual, que genera un fenómeno autónomo, puede contribuir para dar eficacia al arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en la práctica. Y en el contexto internacional la obligación de las partes derivadas del acuerdo se encuentra reforzada por el deber de los Estados de reconocer sus efectos ex art. II. 1 de la Convención de Nueva York.

Finalmente, parece adecuado considerar que la competencia para conocer pretensiones que tenga como finalidad dar eficacia al acuerdo, bien sean pretensiones patrimoniales eventuales, subsidiarias y/o sobrevenidas –en éste caso cuando las normas aplicables al procedimiento o el acuerdo de las partes lo permitan– se debe reservar, en principio, al árbitro que conozca la pretensión de fondo planteada, en razón de los poderes innominados con que cuenta todo árbitro, en concreto de los poderes inherentes (inherent powers) para asegurar la eficacia del acuerdo (y del laudo).