

## PANORAMA SOBRE RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL INCUMPLIMIENTO DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

*Jorge I. González Carvajal*

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 Teoría General de la Jurisdicción y Procedimiento Marítimo.

### Resumen

¿Puede el incumplimiento del acuerdo de arbitraje abrir la posibilidad de una indemnización por daños? ¿Los tribunales arbitrales o judiciales tienen competencia para pronunciarse sobre estos incumplimientos? ¿Cuáles serían los remedios o vías procesales para colocar a la parte inocente en la misma posición que habría tenido de haber cumplido el acuerdo? El incumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo arbitral abre un amplio panorama en el mundo de los mecanismos de resolución de controversias y con este trabajo le damos una mirada desde una perspectiva especulativa.

Palabras clave: Acuerdo arbitral, incumplimiento de contrato, soluciones.

## OVERVIEW OF THE DERIVATIVE LIABILITY FROM BREACH OF THE ARBITRATION AGREEMENT

### Abstract

Is the breach of an arbitration agreement a cause of action to the innocent party to pursuit damages? Should the Arbitral Tribunal/Courts resort to awarding damages for breach of arbitration agreement? Which are the adequate remedies to put the innocent party in the same position as if the contract has been fulfilled? The breach of an arbitration agreement opens a wide panorama in the dispute resolution world and this paper argues in a speculative approach about those possibilities.

Keywords: arbitration agreement, breach of contract, remedies.

## INTRODUCCIÓN

Un tema de interés teórico y práctico está referido a los efectos jurídicos del acuerdo arbitral, entendiendo por acuerdo arbitral aquel contrato o acuerdo incluido en un contrato mediante el cual los co-contratantes deciden someter sus controversias eventuales o actuales a la decisión de árbitros.

El acuerdo arbitral ha sido estudiado por doctrina autoral de manera prolija<sup>1</sup> y aplicado por la jurisprudencia de los tribunales (tanto oficiales 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 oficiales (p. ej., el efecto negativo o excluyente de competencia de los tribunales oficiales, 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 un tema señero –para nada irrelevante– como lo es la naturaleza jurídica del

---

<sup>1</sup> Véase por todos Cfr. RENGEL-ROMBERG, Arístides, *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, 1999 (Caracas Academia de Ciencias Políticas y Sociales) 51 ss.; Cfr. 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., 101 ss.; Cfr. RODNER S., James Otis, *Introducción al arbitraje institucional*, en AA.VV., *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*, cit. 312 ss.; Cfr. 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, 2005 (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales) 431 ss.; Cfr. 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)*, 2017 (Caracas, EJV-Aciempol) 25 ss.; Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, 2008 (Madrid, Iustel) 595 ss.; Cfr. 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, 2006 (Madrid, Marcial Pons) 303; Cfr. REDFERN, Alan, HUNTER, Martín, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *Teoría y práctica del Arbitraje comercial Internacional*, 4ª ed., 2006 (España, Aranzadi) 257 ss.

arbitraje, y en consecuencia a la necesaria *intersección* entre lo contractual y lo jurisdiccional.

## I. EL ACUERDO ARBITRAL COMO CONTRATO<sup>2</sup>

Desde antaño<sup>3</sup> es permitido en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que las personas sometidas a él elijan jueces privados para la resolución de los conflictos intersubjetivos que no sea posible resolver a través de medios autocompositivos<sup>4</sup>.

La posibilidad de elegir jueces privados coexiste con la existencia y funcionamiento órganos permanentes dependientes 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 (Vid. sent. n° 192/08 de la Sala Constitucional) –, encuentra fundamento en la libertad de contratar<sup>5</sup> o autodecisión<sup>6</sup> y en el principio de autonomía privada.

El acuerdo de arbitraje se perfila, hoy día, como un contrato típico de derecho privado con efectos procesales<sup>7</sup> cuando está regulado expresamente por la legislación.

Acuerdo que presenta características particulares que lo diferencian de los llamados –e históricamente discutidos– negocios jurídicos procesales<sup>8</sup>, incluido dentro de este género, un negocio jurídico paradigmático como es la transacción.

---

<sup>2</sup> Véase por todos GUASP, Jaime, *El arbitraje en el Derecho español*, Bosch, Barcelona, pp. 23 s.

<sup>3</sup> Cfr. V. ALPA, Guido, *La circulation des modèles de résolution des conflits*, en *Revue internationale de droit comparé*, Vol 45, n° 4, 1993, 758 ss., véase asimismo Cfr. 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, 2013 (Caracas) 19 ss.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Sobre la *libertad de contratar* y su diferencia con la *libertad contractual* Cfr. MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, trad. R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M Volterra, I, 1952 (Buenos Aires, EJE) 19.

<sup>6</sup> Cfr. V. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos. Civiles-Comerciales-De consumo. Teoría general*, (Buenos Aires Abeledo-Perrot.) 73.

<sup>7</sup> Aunque no sólo procesales, según se verá en el texto.

<sup>8</sup> Cfr. V. CHIOVENDA, Giuseppe, *Principii di diritto processuale civile*, 1965 (Napoli, Jovene) 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.

También se deslinda de históricos casos grises como la llamada pericia contractual<sup>9</sup>, caracterizada por el hecho que mediante ella las partes confían 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 partes<sup>10</sup>.

O del caso del “arbitrador”<sup>11</sup> contractual o *arbitraggio*<sup>12</sup>, 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 contrato<sup>13</sup>, cumpliendo la función de integración del contenido del contrato en cuanto a un elemento aun incompleto<sup>14</sup>.

Figura esta última que se encuentra en Venezuela, en forma general *ex art.* 1.155 C. civ. Ven<sup>15</sup>, 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 obligación<sup>16</sup>.

---

<sup>9</sup> Cfr. V. GENTILI, Aurelio, *Autonomia privata e potere di accertamento*, en *Rivista di diritto civile*, 2017 (Milan, Cedam) 1389 ss., también Cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *op. cit.*, 360.

<sup>10</sup> Cfr. V. MANDRIOLI, Crisanto, *cit.*, 360.

<sup>11</sup> Cfr. V. MESSINEO, Francesco, *Dottrina general del contrato*, *cit.* 49. Véase por todos CARNELUTTI, Francesco, *Arbitri e arbitratori*, *cit.*, 121 ss.

<sup>12</sup> Cfr. V. CONSOLO, Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, II, 2ª ed., 2012 (Turín, Giappichelli) 148, también MANDRIOLI, Crisanto, *op. cit.*, p. 358.

<sup>13</sup> 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*”.

<sup>14</sup> V. CONSOLO, Claudio, *op. cit.*, p. 148.

<sup>15</sup> Es común la mención en doctrina autoral al estudiar la determinabilidad de la prestación, al respecto véase Cfr. PALACIOS HERRERA, *Apuntes de obligaciones. Versión taquigrafiada de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela año 1950-1951*, 1982 (Maracaibo, Ediciones Centro de Estudiantes Universidad del Zulia) 156 y 157, Cfr. MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho Civil III*, 13ª ed., I, 2002 (Caracas, UCAB) 29 y Cfr. MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho Civil III*, 13ª ed., II, 2002 (Caracas, UCAB) 693, Cfr. BERNAD MAINAR, Rafael, *Derecho civil patrimonial. Obligaciones*, I, (Caracas, UCV) 39. Véase por todos *Código Civil de Venezuela. Artículos 1146 al 1158*, 1982 (Caracas, Instituto de Derecho Privado-Universidad Central de Venezuela) 247 ss.

<sup>16</sup> Podría discutirse si la intervención del juez 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.

También en forma particular *ex art.* 1.479 C. civ. Ven, 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 posterioridad<sup>17</sup> (norma similar en materia 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, 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 prestaciones<sup>18</sup>, el acuerdo de arbitraje tiene la particularidad de calificar como *contrato procesal*<sup>19</sup>, contrato con efectos procesales<sup>20</sup> o dentro de la categoría general de contratos para la solución de controversias<sup>21</sup>, en razón de 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*<sup>22</sup>? Y si es así ¿por qué?

En las líneas siguientes trataremos de dar respuestas especulativas a estas interrogantes.

---

<sup>17</sup> La doctrina venezolana coincide en que dicho tercero no es árbitro ni perito, sino mandatario de las partes, al respecto véase por todos Cfr. DOMINICI, Aníbal, *Comentarios al Código Civil de Venezuela*, 3ª ed., III, (Caracas, Destino). 325 ss., también Cfr. AGUILAR GORRONDONA, José Luís, *Contratos y garantías*, 12ª ed., 2002 (Caracas, UCAB) 206 ss., y Cfr. BERNAD MAINAR, Rafael, *Contratación civil en el Derecho venezolano*, I, 2002 (Caracas, UCAB) 89 y nota nº 155. En doctrina colombiana, véase Cfr. TAMAYO LOMBANA, Alberto, *El contrato de compraventa. Su régimen civil y comercial*, 2004 (Bogotá, Doctrina y Ley) 94, mientras que en doctrina argentina véase Cfr. COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Contrato de compraventa*, 2007 (Buenos Aires, Hammurabi) 111. ss.

<sup>18</sup> Cfr. V. MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, cit., 149, véase asimismo Cfr. ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José, LÓPEZ CABANA; ROBERTO M., *Derecho de obligaciones. Civiles y comerciales*. 2ª ed., 1998 Abeledo-Perrot, 53 y 83.

<sup>19</sup> Cfr. 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, *Autonomía privada e processo civile: gli accordi processuali*, en AA.VV., *Poteri del giudice e diritti delle parti del proceso civile*, coord. G. Scarselli, Edizioni Scientifiche Italiane, Milán, 2010, pp. 146 ss.

<sup>20</sup> Cfr. V. CONSOLO, Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, cit., p. 148.

<sup>21</sup> Cfr. V. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos...*, cit., p. 184.

<sup>22</sup> Cfr. V. ALPA, Guido, *La circulation des modèles de résolution des conflits*, cit. pp. 775.

## 1. OTRA VEZ: SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL ARBITRAJE Y SU IMPORTANCIA NO MENOR

Por más que parezca que la discusión sobre la naturaleza jurídica del arbitraje es estéril e inagotable<sup>23</sup>, nos proponemos mostrar que abordarla es, de hecho, muy útil desde un punto de vista práctico. Y este punto de vista, según se verá, aconseja procurar una solución que mire el fenómeno en su complejidad.

Según esta idea el arbitraje implica tanto un fenómeno contractual en su origen, en razón de la génesis que da vida al mecanismo (el acuerdo de arbitraje) y jurisdiccional en su estructura y función (un laudo dictado por un tercero imparcial luego de un procedimiento contradictorio [proceso] que resuelve una controversia).

Como es conocido existen dos corrientes de pensamiento que justifican la naturaleza jurídica del arbitraje, una desde la perspectiva contractual (tesis contractualista) y otra desde una perspectiva jurisdiccional (tesis jurisdiccionalista), encontrando, como en toda discusión, una corriente mixta o ecléctica que sintetiza ambas teorías.

---

<sup>23</sup> Al respecto reenviamos –por economía del discurso– a la doctrina venezolana referida en GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge Isaac, *Algunas consideraciones sobre la potestad cautelar en la Ley de Arbitraje Comercial*, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 146, 2008 (Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales) 241-254 y más recientemente en *Reflexiones sobre las tendencias jurisprudenciales sobre conflicto de “jurisdicción” cuando existe acuerdo de sometimiento arbitral*, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 3, 2013 (Caracas, RVLJ) 316. Entre la doctrina extranjera que se refiere a este fundamental asunto podemos mencionar, en Argentina: CAIVANO, Roque, *Arbitraje*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, pp. 97 ss., ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del Derecho procesal*, 2ª parte, Reimp., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, pp. 66 ss. En Colombia BENETTI SALGAR, Julio, *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 2001, pp. 22 ss., quien pareciera adscribirse a la teoría ecléctica, dejando a cada legislación la determinación respecto a la naturaleza jurídica del arbitraje. En España, MONTERO AROCA, Juan, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 23 ss., BARONA VILAR, Silvia, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Arandazi, Madrid, 2006, pp. 47 ss., quien otorga naturaleza autónoma al arbitraje, afirmando que “... el arbitraje es el arbitraje y esa es su naturaleza jurídica...”. CABALLO ANGELATS, Lluís, *El tratamiento procesal de la excepción de arbitraje*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 20 ss. FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 2008, pp. 95 ss. En Francia, OPPETIT, Bruno, *Teoría del arbitraje*, Trad. S. Romero E., Mantilla Espinoza F y Caicedo Demoulin J.J., Colombia, Legis, 2006, p. 57, quien señala “... su naturaleza jurisdiccional hoy no es puesta en duda, aunque su origen siga siendo contractual; el arbitraje es una justicia privada, es cierto, pero una justicia al fin y al cabo...”. En Italia la situación es mucho más compleja, complejidad que preferimos explicar en el texto como un caso paradigmático que muestra la importancia y efectos prácticos que puede tener la discusión. En todo caso reenviamos al respecto a CONSOLO, Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, II, 2ª ed., Giappichelli, Turín, 2012, pp. 147 ss., así como MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, III, 8ª ed., al cuidado de A. Carratta, Giappichelli, Turín, 2010, pp. 357 ss.

Pero además, encontramos otra forma de expresar aquella síntesis, que consiste en afirmar que el arbitraje es el arbitraje y esa es su naturaleza jurídica<sup>24</sup>, que, si bien se mira, es en sí misma una solución diferente.

Ya decíamos que esta discusión no es del todo estéril, por el contrario, puede ser provechosa para sacar ventaja a favor del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias.

¿Pero con cuál teoría o tesis nos quedamos?

Si bien el arbitraje es entendido comúnmente como una fórmula de heterocomposición que parte de un principio de autocomposición<sup>25</sup>, decir esto no obliga necesariamente a escoger en forma definitiva una u otra tesis y excluir su antagonista.

Las teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, es decir, sobre su carácter contractual o jurisdiccional, tienden a simplificar el problema en una solución *blanco o negro o todo o nada*<sup>26</sup>. Y esta simplificación no es más que expresión de simpatía y elección por un modelo de explicación de la función jurisdiccional, a saber, el modelo estatalista de jurisdicción.

En efecto, el término “jurisdicción” es por lo general asociado exclusivamente al derecho procesal (judicial), a los códigos procesales y a la función judicial, y ésta a función pública.

Y así, todo lo judicial-procesal es público y tendencialmente indisponible. Mientras que lo “contractual” es privado, por regla disponible y además contrario a la idea de jurisdicción<sup>27</sup>.

---

<sup>24</sup> Cfr. V. BARONA VILAR, Silvia, *Medidas cautelares en el arbitraje*, cit., pp. 47 ss.

<sup>25</sup> Cfr. V. ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema procesal. Garantía de la libertad*, 2009 (Santa Fe, Rubinzal-Culzoni). 496.

<sup>26</sup> Véase por todos 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, 2010 (Milán, Edizioni Scientifiche Italiane) 158.

<sup>27</sup> Si tratamos de explicar al fenómeno arbitral desde la perspectiva de la jurisdicción como soberanía del Estado, caeremos atrapados en el argumento que caracteriza a la jurisdicción como potestad exclusiva del Estado (Para la crítica a este argumento v. CAIVANO, Roque, *Arbitraje*, cit., pp. 24, 28 y 29). Así, todo lo que toque el Estado-Juez se convertiría en *jurisdiccional*, haciendo del juez oficial una especie de Midas (Véase la referencia en ALLORIO, Enrico, *Ensayo polémico sobre la jurisdicción voluntaria*, en *Problemas de derecho procesal*, II, EJEJA, Buenos Aires, 1963, p. 34) y por interpretación en contrario, lo que no pase

De ahí la dificultad y resistencia que ha existido de conciliar ambos esquemas conceptuales, por ejemplo, de admitir una categoría contractual que se denomine “contrato procesal”<sup>28</sup>, y a todo evento relegar dicha categoría a contratos típicos procesales como la transacción.

Parece pues que lo público y lo privado representan realidades irreconciliables<sup>29</sup> y por vía de consecuencia parecen ser también irreconciliables las tesis que explican al arbitraje.

Sin embargo, la aproximación al problema es, a nuestro modo de entender, inapropiada, pues en rigor de verdad lo que está en juego cuando se discute esta dicotomía, es propiamente identificar y distinguir entre modelos monistas (o autoritativos/estatalistas) o modelos dualistas<sup>30</sup> de jurisdicción desde los cuales se explique al arbitraje.

Esta distinción es saldada, no por la doctrina autoral sino, por el (los) propio(s) sistema(s) estatal(es) que reconoce(n) uno u otro (o ambos modelos).

---

por las manos del juez oficial, jamás será jurisdiccional. En síntesis, se trata de un argumento que da primacía al elemento subjetivo o institucional sobre cualquier otro para definir a la “jurisdicción”, esto es, una visión rigurosamente estatalista según la cual jurisdicción=Poder Judicial. De hecho, si siguiéramos esta vía argumental resultaría necesario concluir negando carácter jurisdiccional al arbitraje. Esta parece ser la opinión de ARAQUE BENZO, Luís Alfredo, ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo, GUERRERO-ROCCA, Gilberto y PLANCHART POCATERRA, Pedro Luís, *El acuerdo de arbitraje*, cit., pp.156 ss., sin embargo más adelante afirman la unidad de función que existe entre la justicia arbitral y la justicia ordinaria (p. 159).

<sup>28</sup> Véase por todos CAPONI, Remo, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, cit., pp. 146 ss.

<sup>29</sup> Esta circunstancia puede ser consecuencia de la radical separación que se dio entre derecho sustancial y derecho procesal, a causa de la monopolización por parte del Estado sobre la legislación procesal entre el siglo XVII y el siglo XVIII, por una parte, y a su adscripción al derecho público, resultado de una separación entre ambas categorías (derecho sustancial y derecho procesal) para darle a éste identidad propia. Véase por todos CAPONI, Remo, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, cit., pp. 146, 147, 150, 151 y 156.

<sup>30</sup> Cfr. V. ALPA, Guido, *La circulation des modèles de résolution des conflits*, cit. pp. 761 y 778 ss. De hecho el Estado-Nación puede mostrar tres diferentes actitudes o reacciones para la resolución de los conflictos: puede serle indiferente si el conflicto es resuelto o no, pero además también puede resultarle indiferente el cómo se resuelve, o puede serle indiferente únicamente si el conflicto es resuelto o no, más no en el cómo es resuelto; y en último lugar, al Estado puede no serle indiferente si el conflicto se resuelve y el cómo se resuelve (caso este último representado por el paradigmático ejemplo de los procedimientos sobre estado y capacidad de las personas). Véase al respecto Cfr. CARNELUTTI, Francesco, *Arbitri e arbitratori*, cit., p. 127. Las dos últimas posibilidades son las adoptadas por los modelos estatalistas de jurisdicción, donde si bien se reconoce la eficacia y validez de la función de los jueces privados, se los somete a controles estatales bien antes, durante y/o luego de ejercida la función. Lo que implica que la función jurisdiccional es entendida como exclusiva del Estado.

Dentro de esta polaridad de sistemas jurídicos la importancia del dato comparado<sup>31</sup> nos enseña un ejemplo bastante interesante, quizá de tozudez de la realidad, del tráfico económico y de audacia de sus actores: se trata del sistema arbitral de Italia.

En Italia uno de los principales criterios para clasificar al arbitraje es aquel que lo divide en arbitraje ritual (*arbitrato rituale*) y arbitraje libre (*arbitrato libero* o *irrituale*)<sup>32</sup>.

La doctrina parte de describir la existencia del acuerdo de arbitraje (*convenzione d'arbitrato*) como *genus* que contiene dos especies, el compromiso y la cláusula compromisoria<sup>33</sup>, y es calificada como un contrato de derecho privado con efectos procesales, cuyo régimen se encuentra previsto en el *Codice di procedura civile* (arts. 807 a 840).

La *convenzione d'arbitrato* puede dar lugar a dos tipos de arbitrajes con naturaleza y efectos muy diferentes: el arbitraje ritual, decisorio o jurisdiccional, como mecanismo de heterocomposición de la litis, equivalente o sustituto jurisdiccional<sup>34</sup>, da origen a un proceso privado y a una sentencia (en rigor: laudo arbitral), con todos los efectos correspondientes<sup>35</sup>, dictada por un árbitro elegido por las partes que excluye *la competenza* de la justicia oficial<sup>36</sup>.

Y se le llama ritual pues se rige o regula por el código de rito *ex* artículos 807 c.p.c. It. ss., cuyo resultado, el laudo, está sujeto a mecanismos de impugnación amplios – similares a la impugnación de una sentencia judicial– no sólo por vicios de forma (como

---

<sup>31</sup> Sobre la importancia del estudio comparado del arbitraje véase por todos DAVID, Rene, *Arbitrage et droit comparé*, *op. cit.*, pp. 5 ss.

<sup>32</sup> Cfr. V. DAVID, Rene, *cit.*, pp. 9 ss.

<sup>33</sup> Cfr. V. CONSOLO, Claudio, *Spiegazioni...*, *cit.*, pp. 147 ss.

<sup>34</sup> Cfr. V. MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, *op. cit.*, p. 357.

<sup>35</sup> Según el artículo 825 del *Codice di procedura civile*, el laudo (ritual, debe entenderse), produce los mismos efectos que la sentencia, esto a partir de la modificación de 1994 (ley n° 25/1994), correspondiendo al juez oficial únicamente declararlo ejecutivo *ex art.* 825 c.p.c. It.

<sup>36</sup> De hecho el legislador italiano reconoce expresamente que la excepción a plantearse ante el juez oficial en razón de la existencia un acuerdo arbitral es la de *incompetencia ex art.* 819ter del *Codice di procedura civile*; en igual sentido lo hace el legislador francés en el art. 1448 del *Code procédure civil*: “*Lorsqu'un litige relevant d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable. La juridiction de l'Etat ne peut relever d'office son incompétence. Toute stipulation contraire au présent article est réputée non écrite*”.

aqueellos modelos que siguen la tradición de la Ley Modelo UNCITRAL) sino también de fondo (arg. art. 829 c.p.c. It.).

Otra forma de arbitraje, es el arbitraje irritual, libre, negocial o contractual reconocido expresamente a partir de 2006 mediante la introducción del art. 808-*ter* c.p.c It.<sup>37</sup>.

Antes de la incorporación de la norma mencionada la doctrina autoral justificó la figura aduciendo que en ocasiones las partes no quieren ni un proceso ni una sentencia para resolver sus controversias, recurriendo a un *procedimiento negocial* donde la manifestación de voluntad de los árbitros vale como manifestación de voluntad de las partes.

De ahí que, se afirmaba, el “arbitro” es un mandatario común de las partes<sup>38</sup> actuando fuera de la jurisdicción, pero no fuera del ámbito del proceso<sup>39</sup>, que formulará una composición del contraste (será así un amigable componedor) o un juicio jurídico según derecho, siendo que en uno u otro caso el laudo *valdrá como contenido de un contrato entre los litigantes*.

En todo caso, su actuación será, no la de un juez sino, la de un encargado que ayude a las partes a encontrar un punto de acuerdo en un marco de confidencialidad.

En razón de esta formulación, en el arbitraje irritual o negocial, no hay espacio para una decisión heterocompositiva, ni para la demanda (y sus efectos: interrupción de la prescripción, evitar la caducidad, etc.) o excepción, ni para la condena en costas (pues no

---

<sup>37</sup> Establece la norma: “*Le parti possono, con disposizioni espressa per iscritto, stabilire che, in deroga a quanto disposto dall’articolo 824 bis, la controversia sia definita dagli arbitri mediante determinazione contrattuale. Altrimenti si applicano le disposizioni del presente titolo. Il lodo contrattuale è annullabile dal giudice competente secondo le disposizioni del libro I...*”.

<sup>38</sup> Cfr. V. CONSOLO, Claudio, *Spiegazioni...*, cit., p. 155. La idea del mandato continúa en nuestros días explicando también al arbitraje (adjudicativo o jurisdiccional), al respecto Cfr. ALPA, Guido, *La circulation des modèles de résolution des conflits*, cit., p. 759, así como Cfr. REDFERN, Alan, HUNTER, Martín, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., pp. 245 ss.

<sup>39</sup> Cfr. V. CONSOLO, Claudio, *op. cit.*, p. 155. Acá comienzan las dificultades teóricas para justificar este tipo de arbitrajes, pues la afirmación resulta contradictoria, en razón que el proceso es un fenómeno necesariamente relacionado con la función jurisdiccional.

hay vencedor), ni para los efectos procesales que se deducen generalmente del acuerdo de arbitraje (ritual).

Este tipo de arbitraje, resulta sin lugar a dudas difícil de entender en culturas jurídicas que han reconocido el arbitraje decisorio, jurisdiccional o como lo llaman algunos: *arbitraje propiamente dicho*<sup>40</sup>.

Ha sido un producto de la necesidad, fantasía y libertad negocial en Italia, con el objetivo de liberarse de los rigores del arbitraje ritual (p. ej., las impugnaciones contra el laudo), pero principalmente fue ideado para evitar la publicidad que se le daría al laudo luego de su depósito en la secretaria de los tribunales del Poder Judicial (*ex arts. 808ter y 825 c.p.c. It.*), a la publicidad de los documentos, y evitar los impuestos por registro a que están sometidos los actos judiciales así como eventuales determinaciones que podría ejercer la administración tributaria (o el poder público) al conocer los documentos que integran el expediente depositado junto con el laudo en la secretaría del tribunal oficial, así como evitar la divulgación de secretos industriales, negocios privados y/o delicadas situaciones endo-societarias o para-sociales.

El laudo arbitral en el arbitraje libre era –y es aun hoy– considerado un *contrato de segundo grado, contrato marco o contrato en blanco*<sup>41</sup>, propiamente un negocio declarativo (it. *negozio di accertamento*<sup>42</sup> o *contratto di accertamento negoziale*<sup>43</sup> e incluso podía tratarse de una transacción<sup>44</sup>), al que se le denomina *laudo-contrato*, resultado de un mandato otorgado a los árbitros, no para completar un elemento faltante del contrato-base –cual ocurre en el *arbitraggio ex art. 1349 C.civ. It.*– sino como contrato destinado a resolver una litis generada, generalmente, a raíz del contrato base, con el fin de establecer una determinación integrativa de una voluntad negocial ya expresada<sup>45</sup>.

<sup>40</sup> Cfr. V. DAVID, Rene, *Arbitrage et droit comparé*, cit. p. 15.

<sup>41</sup> Cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *Corso di diritto processuale civile*, cit., p. 359.

<sup>42</sup> Al respecto véase toda una perspectiva crítica en GENTILI, Aurelio, *Autonomia privata e potere di accertamento*, en *Rivista di diritto civile*, Cedam, Milan, 2017, pp. 1367 ss., para quien desde una perspectiva contractual no se trata propiamente ni de un negocio ni de un *accertamento*.

<sup>43</sup> V. CONSOLO, Claudio, *op. ult. cit.*, p. 158. Véase asimismo CARNELUTTI, Francesco, *Arbitri e arbitratori*, cit., pp. 134 ss.

<sup>44</sup> Cfr. MANDRIOLI, Crisanto, cit., p. 359.

<sup>45</sup> Cfr. CONSOLO, Claudio, cit., p. 173.

Hoy día, dadas las dificultades para reconstruir sistemáticamente una figura como la antes descrita y en razón del reconocimiento expreso del arbitraje negocial *ex art. 808ter c.p.c It.*, se argumenta a favor de su autonomía conceptual y funcional por el reconocimiento expreso como otra forma típica de arbitraje en Italia<sup>46</sup>.

Puede conjeturarse que en Italia el concepto de jurisdicción está aún ligado a lo judicial, tanto así que cuando se habla de arbitraje ritual o decisorio la doctrina cuida en calificarlo como una figura *al menos funcionalmente jurisdiccional* u *objetivamente jurisdiccional*<sup>47</sup>.

Parece significar esto que no hay una identificación total de la jurisdicción desde una perspectiva funcional, sino que existe aún un reconocimiento de la perspectiva subjetiva, institucional o estatalista que identifica a los órganos jurisdiccionales con los órganos del Estado tradicionalmente encargados de resolver controversias (tribunales del Poder Judicial).

Mientras que cuando se trata del arbitraje irritual o negocial, la doctrina autoral no duda en calificarlo como una figura *no jurisdiccional*, sino plenamente contractual, con las implicaciones que esto trae, p. ej., efectos no procesales sino meramente sustanciales *inter partes*, sujeto a los remedios a los que está sometido cualquier contrato<sup>48</sup>, etc.

Hoy día se aprecia que un gran número de Estados, siguiendo tanto la Convención de Nueva York de 1958<sup>49</sup> como la Ley Modelo UNCITRAL<sup>50</sup>, han incorporado un tipo de arbitraje *jurisdiccional* que no depende del Estado, vale decir, donde en rigor no interviene de manera contralora en el procedimiento.

---

<sup>46</sup> Cfr. CONSOLO, Claudio, *cit.*, p. 161, véase también MANDRIOLI, Crisanto, *op. cit.*, p. 358.

<sup>47</sup> Cfr. CONSOLO, Claudio, *cit.*, p. 157.

<sup>48</sup> Cfr. MANDRIOLI, Crisanto, *op. cit.*, p. 360.

<sup>49</sup> Nos referimos a la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (G.O. N 4.832 Extraordinario de 29/12/1994), que establece en su artículo II: “1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje. 2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”.

<sup>50</sup> Nos referimos a la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con enmiendas aprobadas en 2006.

Una vez identificado un modelo jurisdiccional a partir del cual se explique el fenómeno desde una perspectiva no-estatalista, habrá que no olvidar que el arbitraje sigue siendo un mecanismo de heterocomposición, que tiene la fundamental función de sustraer la decisión de la controversia surgida entre las partes, para confiarla a un tercero *alterutrum*, quien se sustituye voluntariamente en quienes no pueden o no quieren llegar a un acuerdo.

Pero esto, a diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial, no sucede por la sola decisión de un contendiente sino por el acuerdo inicial de ambas partes –de ahí que se diga que el arbitraje es un mecanismo de heterocomposición que parte de un principio de autocomposición– razón por la cual la génesis contractual que dio vida al mecanismo de heterocomposición estará siempre presente, caracterizará y coloreará a las relaciones y situaciones jurídicas que surjan entre las partes, con los árbitros y eventualmente con el centro de arbitraje (de tratarse de un arbitraje institucional).

Caracterizar al arbitraje como manifestación del fenómeno jurisdiccional<sup>51</sup>, no contradice de manera alguna el origen contractual del método.

Así, tanto la función que cumple el Estado mediante sus tribunales al resolver conflictos como la función que cumplen los árbitros, son manifestaciones auténticas de la función jurisdiccional, pues las mismas son formas autosuficientes y definitivas para resolver conflictos intersubjetivos de intereses<sup>52</sup>.

Ambas, como dice OPPETIT, tienen “dualidad de legitimidades, pero comunidad de ética y de objetivo, diversidad de vías y medios, pero unidad funcional, paralelismo, pero también convergencias, así se muestran hoy en día la justicia estatal y la justicia arbitral en la realidad”<sup>53</sup>. El fenómeno arbitral, como disciplina intermedia o derecho intersticial,

---

<sup>51</sup> Vale decir, como función de adjudicación donde un tercero, quien es imparcial e independiente, decide, luego de un *proceso*, un conflicto intersubjetivo de intereses sometido a su conocimiento con carácter definitivo, con el objeto de eliminar y prevenir el uso ilegítimo de la fuerza. Sobre el concepto de jurisdicción véase por todos Cfr. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto, *Notas relativas al concepto de jurisdicción*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n° 2-3, 1972, 506.

<sup>52</sup> Véase Cfr. ALLORIO, Enrico, *Nuevas reflexiones críticas en tema de jurisdicción y cosa juzgada*, en *Problemas de derecho procesal*, II, 1963 (Buenos Aires, EJE) 53.

<sup>53</sup> Véase por todos Cfr. OPPETIT, Bruno, *Teoría del arbitraje*, Trad. Silva Romero E., Mantilla Espinoza F. y Caicedo Demoulin J.J. 2006 (Colombia, Legis) 70, 57 ss., y 173 ss.

es manifestación del ocaso<sup>54</sup> de la diferenciación extrema entre público y privado, propio de la realidad económica y social actual cargada de impulsos globalizantes, y que no puede ser explicado exclusivamente desde una perspectiva estrictamente nacional (caracterizada por el monismo jurídico)<sup>55</sup>.

Así pues, parece conveniente calificar al derecho arbitral como una categoría propia<sup>56</sup>, superadora de la concepción estatal de la jurisdicción pero a su vez conservadora de su función<sup>57</sup>, y más adecuadamente, como categoría o fenómeno afín al derecho privado<sup>58</sup>, entendido este no en un sentido tradicional, como disciplina antagónica al derecho público<sup>59</sup>, sino como derecho “común”<sup>60</sup> a los sujetos públicos y privados<sup>61</sup>, que pone en el centro de la atención a la *persona*<sup>62</sup>.

En razón del origen contractual del arbitraje, a los árbitros en ejercicio de *función* jurisdiccional, no les resulta aplicable un riguroso orden público (judicial)<sup>63</sup>.

De hecho, creemos que afirmar que el arbitraje supera, pero conserva, las tradicionales concepciones que explican al arbitraje (contractual/jurisdiccional), posibilita cortar el nudo gordiano, para así darle eficacia a su funcionamiento como mecanismo de resolución de controversias y a la gama de remedios que pueden utilizar

---

<sup>54</sup> Al respecto Cfr. CAPONI, Remo, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, cit., p. 159, quien, si bien, hace referencia a este ocaso (público vs. privado) con ocasión de la disciplina procesal, a mayor razón puede servir para explicar el arbitraje.

<sup>55</sup> Cfr. DAVID, Rene, *Arbitrage et droit comparé*, cit., pp. 6, 13 y 16.

<sup>56</sup> Cfr. DÍAZ-CANDIA, Hernando, *El correcto funcionamiento expansivo del arbitraje (Teoría general del arbitraje)*, 3ª ed., 2016 (Caracas, Torino) 38.

<sup>57</sup> Cfr. CAPPONI, Bruno, *Arbitrato e giurisdizione*, en *Il giusto processo civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Turín, 2009, p. 59.

<sup>58</sup> Cfr. ALPA, Guido, *La circulation des modèles de résolution des conflits*, cit., p. 757. Véase del mismo autor *¿Qué es el derecho privado?* Trad. C. Moreno More, Zela, Perú, 2017, *passim*.

<sup>59</sup> Véase por todos Cfr. ALPA, Guido, *¿Qué es el derecho privado?*, cit., pp. 33 y 34.

<sup>60</sup> O mejor aún, como “derecho privado común”, véase al respecto LARROUMET, Christian, *Derecho civil. Introducción al estudio del derecho privado*, trad. V. Díaz Perilla, 2008 (Colombia, Legis) 54.

<sup>61</sup> Como señala ALPA el derecho privado es entendido en la actualidad “como conjunto de formas jurídicas homogéneas, como fuente de autorregulación de las relaciones que se fundan en valores éticos y en preceptos deontológicos compartidos, como conjunto de reglas y garantías del individuo en la sociedad de la información y de las tecnologías telemáticas, como técnica de resolución extrajudicial de las controversias, como forma jurídica de mercado, etc.” ALPA, Guido, *¿Qué es el derecho privado?*, cit., pp. 35 y 36. Véase asimismo DOMÍNGUEZ GUILLEN, María Candelaria, *Sobre la noción de derecho civil*, en *Revista de la Facultad de Derecho N° 62-63*, 2008 (Caracas, UCAB). 83 ss.

<sup>62</sup> Véase por todos Cfr. DOMÍNGUEZ GUILLEN, María Candelaria, *Derecho civil constitucional (La constitucionalización del derecho privado)*, 2018 (Caracas, CIDEP-EJV) 33 ss., en el mismo sentido Cfr. ALPA, Guido, *¿Qué es el derecho privado?*, cit., p. 37.

<sup>63</sup> Cfr. ARAQUE BENZO, Luís Alfredo, ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo, GUERRERO-ROCCA, Gilberto y PLANCHART POCATERRA, Pedro Luís, *El acuerdo de arbitraje*, cit., p.157 ss.

las partes cuando una de ellas no cumple con las obligaciones derivadas del acuerdo arbitral. Y esto es coherente con la vocación internacional natural del arbitraje como mecanismo de resolución de controversias, 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<sup>64</sup>.

## **2. EL ACUERDO ARBITRAL DENTRO DE LA CLASIFICACIÓN GENERAL DE LOS CONTRATOS**

No existe duda, según hemos adelantado, 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<sup>65</sup> y/o situaciones jurídicas subjetivas complejas<sup>66</sup> o moleculares.

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 que el acuerdo de arbitraje es un contrato preparatorio<sup>67</sup>, en el entendido que sirve de fundamento para la celebración de negocios jurídicos posteriores<sup>68</sup>, 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 co-contratantes.

Dentro de la clasificación general de los contratos<sup>69</sup>, consideramos que se trata de:

---

<sup>64</sup> Cfr. VON GOLDBECK, Andreas, *L'indemnisation du non-respect des clauses compromissaires*, en *Revue internationale de droit comparé*, n° 2, 2018, pp. 237 ss.

<sup>65</sup> Cfr. ARAQUE BENZO, Luís Alfredo, ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo, GUERRERO-ROCCA, Gilberto y PLANCHART POCATERRA, Pedro Luís, *El acuerdo de arbitraje*, *op. cit.*, p. 157 ss.

<sup>66</sup> 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.

<sup>67</sup> Cfr. ARAQUE BENZO, Luís Alfredo, ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo, GUERRERO-ROCCA, Gilberto y PLANCHART POCATERRA, Pedro Luís, *cit.*, p. 177 ss. Caen propiamente dentro de la categoría de contratos preparatorios los modelos arbitrales que distingúan entre cláusula compromisoria 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.

<sup>68</sup> Cfr. MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, 13<sup>a</sup> ed., II, 2002 (Caracas, UCAB) 555.

<sup>69</sup> Cfr. ARAQUE BENZO, Luís Alfredo, ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo, GUERRERO-ROCCA, Gilberto y PLANCHART POCATERRA, Pedro Luís, *cit.*, p. 178 ss.

Un contrato bilateral (o plurilateral), pues existen dos o más partes obligadas<sup>70</sup>;

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<sup>71</sup>;

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;

Conmutativo, pues las prestaciones de las partes se conocen de manera precisa<sup>72</sup> y de antemano<sup>73</sup>;

Es un contrato, en la generalidad de los casos<sup>74</sup>, formal<sup>75</sup>, pues se requiere que la expresión de voluntad conste por escrito<sup>76</sup>.

---

<sup>70</sup> 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 Cfr. 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.

<sup>71</sup> Cfr. MÉLICH-ORSINI, José, *Doctrina general del contrato*, 4ª ed., 2006, (Caracas Aciempol) p. 35 ss., también MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, 13ª ed., II, 2002, (Caracas, UCAB) 544, asimismo ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos. Civiles-Comerciales-De consumo. Teoría general*, 1999 (Buenos Aires Abeledo-Perrot) 175.

<sup>72</sup> Cfr. BORDA, Guillermo A., *Manual de derecho civil. Contratos*, 21ª ed., 2008 (Buenos Aires, La Ley) 20 a 21.

<sup>73</sup> Cfr. MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, 13ª ed., II, Caracas UCAB, 2002, p. 547.

<sup>74</sup> 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*”.

<sup>75</sup> Cfr. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos. Civiles-Comerciales-De consumo. Teoría general*, 1999 (Buenos Aires, Abeledo-Perrot) 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*, 4ª ed., Aciempol, Caracas, 2006, p. 43 ss.

<sup>76</sup> Cfr. REDFERN, Alan, HUNTER, Martín, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, cit., pp. 233 ss.

Es un contrato de prevención de riesgos<sup>77</sup>, donde el riesgo está representado en litigar la controversia ante tribunales oficiales<sup>78</sup>.

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<sup>79</sup>. De donde se infiere que el principio de buena fe objetiva<sup>80</sup> 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<sup>81</sup>) pero sí la *obligación* de cumplir las prestaciones para que el proceso arbitral inicie y termine, laudo mediante.

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*.

---

<sup>77</sup> Cfr. MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, 13<sup>a</sup> ed., II, UCAB, Caracas, 2002, p. 530, a pesar 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 oficiales es un riesgo que se procura evitar como función natural del arbitraje.

<sup>78</sup> Y acá cabría enumerar las ventajas del arbitraje frente a la justicia oficial que señala doctrina autoral, al respecto CAIVANO, Roque, *Arbitraje*, cit., 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.

<sup>79</sup> Cfr. MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, 13<sup>a</sup> ed., II, 2002 (Caracas, UCAB) 529.

<sup>80</sup> 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 Monteávila*, 12, 2016 (Caracas, Uma) 171 ss.

<sup>81</sup> Cfr. GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge Isaac, *El abuso procesal*, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 10-II, 2018 (Caracas, RVLJ) 505 ss.

Es un contrato paritario<sup>82</sup> por regla, y cuando se instrumenta en el contexto de un contrato de adhesión<sup>83</sup> se encuentra sometido a reglas particulares.

Es un contrato procesal (para algunos, judicial<sup>84</sup>) o contrato con efectos procesales<sup>85</sup> o que entra dentro de la categoría general de contratos para la solución de controversias<sup>86</sup>.

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

## II. OBLIGACIONES DE LAS PARTES DERIVADAS DEL ACUERDO ARBITRAL

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<sup>87</sup>. Las prestaciones que se deducen pueden tener carácter negativo y/o positivo.

### 1. OBLIGACIONES DE NO HACER<sup>88</sup>: EL LLAMADO EFECTO NEGATIVO DEL ACUERDO

Veamos:

---

<sup>82</sup> Cfr. MÉLICH-ORSINI, José, *Doctrina general del contrato*, 4ª ed., 2006 (Caracas, Aciropol) 51 ss., véase también MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, 13ª ed., II, (Caracas, UCAB) 569.

<sup>83</sup> Cfr. ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo, *Cláusulas abusivas y contratos de adhesión. Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, (Aciropol-MENPA) 387 ss.

<sup>84</sup> Cfr. MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio, *Curso de obligaciones. Op cit* 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 proceso civile*, coord. G. Scarselli, Edizioni Scientifiche Italiane, Milán, 2010, pp. 146 ss.

<sup>85</sup> Cfr. CONSOLO, Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Op cit*

<sup>86</sup> Cfr. ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos. Civiles-Comerciales-De consumo. Op cit*

<sup>87</sup> Cfr. ALPA, Guido, *La circulation des modèles de résolution des conflits*, op cit., 777. Véase asimismo ARAQUE BENZO, Luís Alfredo, ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo, GUERRERO-ROCCA, Gilberto y PLANCHART POCATERRA, Pedro Luís, *El acuerdo de arbitraje, cit.*, 176 ss.

<sup>88</sup> Sobre este tema véase DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, *La obligación negativa*, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 2, (Caracas, RVLJ) 17 ss.

Ticio y Cayo han celebrado un contrato de compraventa de mercancía estableciendo una cláusula arbitral para la resolución de las eventuales controversias. Presentado el conflicto contractual, Ticio decide desconocer el acuerdo y acudir a los tribunales oficiales para resolverlo ante un juez del Estado.

Propone una demanda, la cual es admitida a trámite y asimismo es emplazado el demandado, Cayo, para resistir la pretensión. Enterado Cayo de la demanda debe hacer valer el acuerdo de arbitraje, pues para él, por lo motivos tomados en cuenta en su oportunidad, es preferible resolver este conflicto ante árbitros y no frente a la justicia del Estado.

A Cayo conviene plantear una *excepción o defensa*, conocida en otros ordenamientos jurídicos como excepción de arbitraje, de acuerdo arbitral, declinatoria o incompetencia, y que en el ordenamiento jurídico venezolano es una excepción innominada reconducida –por interpretación jurisprudencial– a la excepción (cuestión previa) de falta de jurisdicción<sup>89</sup>.

En la hipótesis planteada Ticio habrá, *prima facie*, incumplido el acuerdo de arbitraje, específicamente habrá incumplido la obligación negativa de no acudir a un órgano distinto al tribunal arbitral para resolver la controversia.

Pero ¿en qué consiste la obligación de no hacer referida?

En términos generales consiste en abstenerse de plantear la controversia ante la justicia oficial<sup>90</sup> e incluso ante cualquier otro órgano (p. ej., un órgano administrativo que tenga competencia para intervenir en el conflicto o un tribunal extranjero).

Hemos dicho que 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.

---

<sup>89</sup> Al respecto véase GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge Isaac, *Reflexiones sobre las tendencias jurisprudenciales sobre conflicto de “jurisdicción” cuando existe acuerdo de sometimiento arbitral*, *cit.*, p. 316 ss.

<sup>90</sup> V. ARAQUE BENZO, Luís Alfredo, ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo, GUERRERO-ROCCA, Gilberto y PLANCHART POCATERRA, Pedro Luís, *El acuerdo de arbitraje*, *op cit.*, p. 176 ss.

Pero además, implica una actuación que debe ser *prima facie* catalogada como contraria a la buena fe contractual<sup>91</sup>, 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*)<sup>92</sup>, para incumplir el acuerdo y dirigirse a la justicia oficial.

Carga esta que dicho sea, no lo exonera de cumplir el acuerdo arbitral, sino que, como se dijo, 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.

Esta forma de incumplimiento puede dar lugar a varias hipótesis:

1.1. En primer lugar, cuando aún 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 arbitral.

En este caso, el remedio para repelar la actuación del incumpliente del 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

---

<sup>91</sup> 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, véase GIORGETTI, Mariacarla, *Antisuit, cross-border injunctions e il processo cautelare italiano*, en *Rivista di diritto processuale*, (Milan, Cedam) 493.

<sup>92</sup> *Cfr.* GIORGETTI, Mariacarla, *Antisuit, cross-border injunctions e il processo cautelare italiano*, op cit., p. 493.

débil<sup>93</sup>, como lo es la incompetencia territorial simple<sup>94</sup>– no relevante de oficio, cuya consecuencia es la extinción del proceso y la condena en costas al actor.

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

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

#### 1.1.1. 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 este caso, 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 est* falta de jurisdicción en Venezuela), podría complementar su argumento de defensa con base en el principio de *perpetuatio iurisdictionis*<sup>95</sup> 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 virtual<sup>96</sup>, a los fines que el órgano que conozca el proceso paralelo, sobre la base

---

<sup>93</sup> Cfr. CONSOLO, Claudio, *Spiegazioni di diritto processuale civile. Profili generali*, II, 2ª ed., (Turín, Giappichelli) 163 y 164.

<sup>94</sup> 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*, 3,2013 (Caracas, RVLJ) 316.

<sup>95</sup> Cfr. CAPPONI, Bruno, *Arbitrato e giurisdizione*, en *Il giusto processo civile*, Edizioni Scientifiche 2009 (Turín, Italiane) 58.

<sup>96</sup> Véase por todos Cfr. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, (Navarra, Aranzadi) 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 trascendentemente, 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”.

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 oficial 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 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.

#### 1.1.2. Segunda sub-hipótesis:

También podría ocurrir que quien demandó en arbitraje y sigue adelante el procedimiento arbitral, después de iniciado éste, inicie un procedimiento paralelo.

En este caso, el demandado en arbitraje, quien es a su vez demandado en el proceso paralelo tendrá la carga de plantear la defensa o excepción de arbitraje<sup>97</sup>—si su intención es litigar en sede arbitral—, tantas veces mencionada, pero acá además podrá, para dar fuerza a su defensa, fundarla en la *exceptio doli generalis seu praesentis*<sup>98</sup>(que no *exceptio doli specialis seu praeteriti* o dolo negocial<sup>99</sup>).

---

<sup>97</sup> 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 oficial y del demandado que tácitamente renunció al acuerdo, al no proponer la defensa o excepción para hacerlo valer.

<sup>98</sup> Cfr. RESTIVO, Carmelo, *Contributo ad una teoría dell'abuso del diritto*, 2007 (Milán, Giuffrè) 154 ss., véase así mismo Cfr. ASTONE, Francesco, *Venire contra factum proprium*, (Napoles, Jovene) 139 ss., y 237, así como Cfr. DALLA MASSARA, Tommaso, *L'eccezione di dolo generale nell pensiero della Corte Suprema*, en *Rivista di diritto civile*, n° 2, (Padua, Cedam) 223 ss., y FALCO, Gianluca, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, (Milán, Giuffrè) 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*, (Milán, Giuffrè) 22.

<sup>99</sup> Véase por todos URDANETA FONTIVEROS, Enrique, *El error, el dolo y la violencia en la formación de los contratos*, 2009 (Caracas, Aciénpol) 151 ss., así como FALCO, Gianluca, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, 2010 (Milán, Giuffrè). 227.

*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 instrumento<sup>100</sup> 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 actor<sup>101</sup>.

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

## **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 contrato<sup>102</sup>.

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.

---

<sup>100</sup> 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”, 80 ss.

<sup>101</sup> 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 en razón del sistema de costas del que se trate (p. ej., sistema subjetivo).

<sup>102</sup> *Cfr.* CORDÓN MORENO, Faustino, *El arbitraje en el Derecho privado. Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, 2005 (Navarra, Aranzadi) 136.

Mientras no exista una demanda arbitral, tal obligación no se eslabona. Vale decir, esta obligación está sujeta a una *condicio iuris*<sup>103</sup>, que tiene como detonante el derecho potestativo<sup>104</sup> de cualquiera de las partes de acudir a los árbitros con la solicitud de arbitraje.

Esto es particularmente importante en razón 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 éste no puede obligarse a acudir por la fuerza al arbitraje en razón de 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 arbitral<sup>105</sup>.

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<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> Al respecto véase Cfr. MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, op 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”.

<sup>104</sup> También llamados “de mera iniciativa” o derechos “a transformación jurídica”, véase en relación ALLORIO, Enrico, *Ensayo polémico sobre la jurisdicción voluntaria*, op cit., p. 44.

<sup>105</sup> Cfr. 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*, op cit., 135 ss.

<sup>106</sup> Cfr. BAUMEISTER TOLEDO, Alberto, *Algunas consideraciones...*, Op cit., 126 ss.

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<sup>107</sup>.

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<sup>108</sup>.

Y acá creemos también que a estos incumplimientos contractuales corresponde, en teoría, la posibilidad del acreedor (parte inocente) de demandar la responsabilidad del deudor, con los remedios –adecuados al tipo contractual– primarios y/o secundarios o auxiliares; y el imperativo de los Estados de reconocer (y dar eficacia) el acuerdo de arbitraje *ex art. II. 1* de la Convención de Nueva York.

### **III. REMEDIOS AL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DERIVADAS DEL ACUERDO ARBITRAL**

#### **1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DIRECTA ENDOARBITRAL O FUERA DEL ARBITRAJE**

Una de las consecuencias particulares que se desprenden del acuerdo de arbitraje es la producción de efectos patrimoniales<sup>109</sup>. Y, nuevamente, la producción de efectos

---

<sup>107</sup> 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) 84.

<sup>108</sup> 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.

<sup>109</sup> Cfr. VON GOLDBECK, Andreas, *L'indemnisation du non-respect des clauses compromissoires*, en *Revue internationale de droit comparé*, n° 2, 2018. 237 ss.

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*, 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 laudo<sup>110</sup>.

*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<sup>111</sup>, 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, 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

---

<sup>110</sup> Como se ha mencionado, el cumplimiento del laudo, no obstante contar con fuerza propia para producir ejecutoria, debe ser cumplido por el perdidoso 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), pero si deslegitiman *prima facie* cualquier otra vía de impugnación diferente (p. ej., amparo constitucional).

<sup>111</sup> 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.

resultado del proceso y de la condenatoria en costas– de recibir una indemnización por los daños y perjuicios sufridos<sup>112</sup>.

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–, 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<sup>113</sup>, 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.

---

<sup>112</sup> Cfr. TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, 2ª ed., II, (Bogotá, Legis.) 471 y 835 ss.

<sup>113</sup> Cfr. MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho Civil III*, 13ª ed., I, 2002 (Caracas, UCAB) 144.

## 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 del mismo<sup>114</sup>.

En general, son varios los modos de regular convencionalmente la responsabilidad contractual<sup>115</sup>, entre ellos pueden mencionarse las cláusulas que limitan, exoneran o agravan la responsabilidad<sup>116</sup>, o aquellas que liquidan convencionalmente la Responsabilidad, como la cláusula penal (arts. 1.257 al 1.262 C. civ. Ven), las arras<sup>117</sup> (art. 1.263 C. civ. Ven) y/o las multas penitenciales<sup>118</sup> (pacto de *displaciantia* o *displeciantia*).

---

<sup>114</sup> La posibilidad de aplicar *astraites*, dependerá de la contingencia normativa. Sobre las multas conminatorias, véase AMEAL, Oscar José, *Astreintes*, en AA.VV., *Enciclopedia de la responsabilidad civil*, I, 1996 (Buenos Aires, Abeledo-Perrot). 600 ss.

<sup>115</sup> Señala DE CUPIS, Adriano, *El daño*, trad. A. Martínez Sarrión, 1975 (Barcelona, Bosch) 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”.

<sup>116</sup> Véase por todos DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria, *Curso de derecho civil III. Obligaciones*, 2016 (Caracas, RVLJ) 291 ss., y la doctrina ahí mencionada.

<sup>117</sup> 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” *Cfr.* URDANETA FONTIVEROS, Enrique, *Las arras en la contratación. Discurso y trabajo de incorporación*, 2016 (Caracas, Aciempol) 44.

<sup>118</sup> 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 autoral 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 autoral es menester señalar que “No hay que confundir las arras penitenciales con la *multa penitencial* (*multa pœnitentialis, pactum displaciantia, 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

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 aún, los simplifican de antemano<sup>119</sup>.

En el contexto que nos ocupa, parece que son las cláusulas penales<sup>120</sup> las que pueden tener una función mucho más útil, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del acuerdo arbitral<sup>121</sup>.

Ha señalado la doctrina autoral 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”<sup>122</sup>.

O como señala la doctrina venezolana la cláusula penal “es una obligación o estipulación accesoria, 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”<sup>123</sup>.

La cláusula penal es una estipulación accesoria<sup>124</sup> a otra obligación y condicionada (*conditio iuris*) para asegurar su cumplimiento sujetando a 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

---

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.

<sup>119</sup> 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.

<sup>120</sup> Véase por todos URDANETA FONTIVEROS, Enrique, *La cláusula penal en el Código Civil venezolano*, Op cit del mismo autor *Las funciones indemnizatoria 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. Annicchiarico Villagrán, S. Pinto Oliveros y P. J. Saghy Cadenas, 2015 (Caracas, Editorial Jurídica Venezolana). 159 ss.

<sup>121</sup> 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 inejecución o retardo en el cumplimiento*” mientras que el artículo 1.258 C. Civ. Ven, reza: “La 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”.

<sup>122</sup> Cf. DE CUPIS, Adriano, cit., p. 502

<sup>123</sup> Cf. MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, Op cit. 937.

<sup>124</sup> Cf. URDANETA FONTIVEROS, Enrique, *Las funciones indemnizatoria y de garantía de la cláusula penal*, Op cit., 158.

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 cumplido, 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*<sup>125</sup>. 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 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.

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 conozca pretensiones patrimoniales eventuales, subsidiarias y/o

---

<sup>125</sup> Véase al respecto Cfr. DÍAZ ALBARAT, Silvia, *La cláusula penal*, 2011 (Madrid, Reus) 67 ss., quien además de las dos funciones mencionadas, incluye una tercera función, la penitencial por desistimiento; no obstante, esta última ha sido señalada como un categoría propia, a saber, el pacto de displicencia o *displeciantia*. Al respecto véase DE CUPIS, Adriano, *Op cit.*, 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.

sobrevenidas –en éste caso cuando las normas aplicables al procedimiento o el acuerdo de las partes lo permitan– no vemos óbice para que esto no ocurra.

### **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.

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*<sup>126</sup> 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<sup>127</sup> en violación de una cláusula contractual de elección de foro o de un acuerdo de arbitraje frente a su incumplimiento<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> Sobre el alcance y tipos de *injunctions* véase BEAN, David; PARRY, Isabel y BURNS, Andrew, *Injunctions*, 11ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2012, *passim*.

<sup>127</sup> La medida puede ser dictada incluso para asegurar que se evite 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.

<sup>128</sup> *Cfr.* GIORGETTI, Mariacarla, *Antisuit, cross-border injunctions e il processo cautelare italiano*, en *Rivista di diritto processuale*, 2003 (Milán, Cedam) 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 antecedentes de los casos *Gasser GmbH v. MISAT Srt*, C- 16/02, 2003 E.C.R. 1-14693 y *Turner v. Grovit* C-159/02, 2004 E.C.R. 1-3565.

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*.

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, en razón de 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*, quien escuchados los argumentos de Ras sobre la

violación de normas comunitarias<sup>129</sup>, remitió el asunto, en razón del planteamiento de la cuestión prejudicial, al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

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 Europea<sup>130</sup>, 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*, como es el caso de Estados Unidos de Norteamérica<sup>131</sup>, donde sigue siendo un argumento de fuerza para hacer más atractiva una eventual sede arbitral.

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.

---

<sup>129</sup> 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.

<sup>130</sup> Véase al respecto *Nori Holdings Limited* [2018] EWHC 1343 (Comm).

<sup>131</sup> Cfr. 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>

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 inadmisibile 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 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 mismas<sup>132</sup> y tendrán dificultad de circulación y reconocimiento.

A pesar que, como se señaló, algún equivalente de estas medidas conminatorias son desconocidas en países de tradición *civil law*<sup>133</sup>, 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<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> Cfr. RAINER, Daniel, *The Impact of West Tankers... cit.*

<sup>133</sup> 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.

<sup>134</sup> 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., 2004 (Londres, Cavendish) 320 ss.

## 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, se insiste, genera un fenómeno autónomo, puede contribuir para dar eficacia al arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en la práctica.

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.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR GORRONDONA, José Luís, *Contratos y garantías*, 12ª ed., UCAB, Caracas
- ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, Niceto, *Notas relativas al concepto de jurisdicción*, en *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n° 2-3, 1972, p. 506.
- ALLORIO, Enrico, *Ensayo polémico sobre la jurisdicción voluntaria*, en *Problemas de derecho procesal*, II, EJEA, Buenos Aires, 1963
- ALLORIO, Enrico, *Nuevas reflexiones críticas en tema de jurisdicción y cosa juzgada*, en *Problemas de derecho procesal*, II, EJEA, Buenos Aires, 1963
- ALTERINI, Atilio Aníbal, *Contratos. Civiles-Comerciales-De consumo. Teoría general*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del Derecho procesal*, 2ª parte, Reimp., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sistema procesal. Garantía de la libertad*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009
- 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
- ARAQUE BENZO, Luís Alfredo, ACEDO SUCRE, Carlos Eduardo, GUERRERO-ROCCA, Gilberto y PLANCHART POCATERRA, Pedro Luís, *El acuerdo de arbitraje*
- BARONA VILAR, Silvia, *Medidas cautelares en el arbitraje*, Arandazi, Madrid, 2006
- 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*
- BENETTI SALGAR, Julio, *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 2001

BERNAD MAINAR, Rafael, *Contratación civil en el Derecho venezolano*, I, UCAB, Caracas, 2002

BERNAD MAINAR, Rafael, *Derecho civil patrimonial. Obligaciones*, I, UCV, Caracas

BORDA, Guillermo A., *Manual de derecho civil. Contratos*, 21ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008

CAIVANO, Roque, *Arbitraje*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008

CAPONI, Remo, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, en AA.VV., *Poteri del giudice e diritti delle parti del proceso civile*, coord. G. Scarselli, Edizioni Scientifiche Italiane, Milán, 2010

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

COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., *Contrato de compraventa*, Hammurabi, Buenos Aires, 2007

Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (G.O. N 4.832 Extraordinario de 29/12/1994)

CORDÓN MORENO, Faustino, *El arbitraje en el Derecho privado. Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*, Aranzadi, Navarra, 2005

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

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Aranzadi, Navarra, 2005

DOMÍNGUEZ GUILLEN, María Candelaria, *Derecho civil constitucional (La constitucionalización del derecho privado)*, CIDEP-EJV, Caracas

DOMÍNGUEZ GUILLEN, María Candelaria, *Sobre la noción de derecho civil*, en *Revista de la Facultad de Derecho N° 62-63*, UCAB, Caracas, 2008

DOMINICI, Aníbal, *Comentarios al Código Civil de Venezuela*, 3ª ed., III, Destino, Caracas

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

FALCO, Gianluca, *La buona fede e l'abuso del diritto. Principi, fattispecie e casistica*, Giuffrè, Milán, 2010

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, *Tratado de arbitraje comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, 2008

GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge Isaac, *Algunas consideraciones sobre la potestad cautelar en la Ley de Arbitraje Comercial*, en *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, 146, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2008

GONZÁLEZ CARVAJAL, Jorge Isaac, *El abuso procesal*, en *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, 10-II, RVLJ, Caracas, 2018

GUASP, Jaime, *El arbitraje en el Derecho español*, Bosch, Barcelona

Guido, *La circulation des modèles de résolution des conflits*, en *Revue internationale de droit comparé*, Vol 45, n° 4, 1993

Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con enmiendas aprobadas en 2006

MADURO LUYANDO, Eloy y PITTIER SUCRE, Emilio, *Curso de obligaciones. Derecho Civil III*, 13ª ed., I. UCAB, Caracas, 2002

MÉLICH-ORSINI, José, *Doctrina general del contrato*, 4ª ed., Acienpol, Caracas, 2006

- MESSINEO, Francesco, *Doctrina general del contrato*, trad. R. O. Fontanarrosa, S. Sentís Melendo y M Volterra, I, EJEA, Buenos Aires, 1952
- MONTERO AROCA, Juan, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Civitas, Madrid, 1990
- PALACIOS HERRERA, *Apuntes de obligaciones. Versión taquigrafiada de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela año 1950-1951*, Ediciones Centro de Estudiantes Universidad del Zulia, Maracaibo, 1982
- REDFERN, Alan, HUNTER, Martín, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *Teoría y práctica del Arbitraje comercial Internacional*, 4ª ed., Aranzadi, España, 2006
- RENGEL-ROMBERG, Arístides, *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
- RODNER S., James Otis, *Introducción al arbitraje institucional*, en AA.VV., *Seminario sobre la Ley de Arbitraje Comercial*
- 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)*, EJV-Aciempol, Caracas, 2017
- TAMAYO LOMBANA, Alberto, *El contrato de compraventa. Su régimen civil y comercial*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2004
- URDANETA FONTIVEROS, Enrique, *El error, el dolo y la violencia en la formación de los contratos*, Aciempol, Caracas, 2009