

La inejecución del convenio arbitral

Fernando Vidal Ramirez

Sumario

1. Planteamiento del tema. 2. Los antecedentes: la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral. 3. El convenio arbitral. 3.1 La capacidad para celebrarlo. 3.2 La formalidad para su celebración. 3.3 Su contenido. 3.4 Oportunidad para su celebración. 4. La eficacia vinculante del Convenio Arbitral y su oponibilidad. 5. La inejecución del convenio arbitral. 5.1 El régimen legal aplicable. 5.2 Los casos de inejecución. 5.2.1 La inejecución por recurrir a la Jurisdicción Ordinaria. 5.3 La inejecución en cuanto a la conformación del Tribunal Arbitral y la designación de los árbitros. 5.4 La inejecución por no comparecer al proceso. 6. Consideración final.

1. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

El convenio arbitral, que en el Perú sustituye a la cláusula compromisoria y al compromiso arbitral, fusionándolos, es un acuerdo mediante el cual, quienes lo celebran, deciden someter a la solución arbitral la controversia suscitada entre ellos, o las que se susciten en el futuro, como consecuencia de una relación jurídica, por lo general contractual, que los vincula.

Se trata de un genuino acto o negocio jurídico que puede ser celebrado de manera especial o estar contenido en un contrato o en relaciones jurídicas estándares, como son las cláusulas generales de contratación y los contratos de adhesión. En el Perú, además, se ha previsto su inserción en los estatutos de las personas jurídicas, lo que da lugar al denominado Arbitraje Estatutario, y,

aún, en los pliegos testamentarios, lo que da lugar al denominado Arbitraje Sucesorio.

Cualquiera que sea la modalidad de la existencia del convenio arbitral su eficacia es vinculante en cuanto a las personas que lo han celebrado, en cuanto a las personas que se han relacionado a la persona jurídica que lo tiene inserto en sus estatutos y para quienes están en la posibilidad de adquirir derechos sobre el patrimonio causado por el autor del pliego testamentario, todas ellas, en la obligación de solucionar sus conflictos de intereses o controversias mediante arbitraje.

El tema que se plantea es el de la inejecución de la obligación surgida del convenio arbitral propiamente dicho, de la del miembro de la persona jurídica que le ha dado cabida en una de sus normas estatutarias y de aquellos que devienen en omisos al cumplimiento de la voluntad testamentaria.

El tema será desarrollado con especial referencia a la Legislación Peruana.

2. LOS ANTECEDENTES: LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y EL COMPROMISO ARBITRAL

Como ya hemos advertido, en la Legislación Peruana la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral fueron integrados a un acto jurídico que recibió el *nomen iuris* de convenio arbitral.

Según los romanistas, tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral registran antecedentes en el Derecho Romano. MARRONE los destaca como conceptos vinculados al hacer referencia al *compromittere* y al *compromissium*, pero que por este último el *arbiter* asumía de manera privada la función de juez¹.

1. MARRONE, Matteo. "Sobre el arbitraje privado en la experiencia jurídica romana, en Roma e América". *Derecho Comune Romano, Revista de Diritto*. Roma, 1999.

Desde entonces, históricamente, en virtud de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral, el arbitraje ha tenido presencia como institución jurídica.

En el Perú, advenida la República, el arbitraje tuvo asiento en su ordenamiento jurídico, siendo reconocido en la Constitución de 1839 y legislado desde la perspectiva procesal, pues tuvo cabida en el Código de Enjuiciamientos Civiles de 1851 y luego en el Código de Procedimientos Civiles de 1911 hasta la reforma procesal de 1993. La Jurisdicción Arbitral tuvo reconocimiento en la Constitución de 1979, primero, y luego reiterado por la vigente desde 1993. De este modo, el arbitraje, en el Perú, ha adquirido una connotación jurídica propia basada en el rol de la voluntad de quienes deciden someter a la decisión arbitral sus conflictos o controversias.

La cláusula compromisoria era una estipulación en virtud de la cual los estipulantes se obligaban a someter a arbitraje los conflictos o controversias que en el futuro podrían surgir entre ellos, sustrayendo de la Jurisdicción Ordinaria su solución. Se trataba, pues, de un convenio pactado con el carácter de preliminar, pues si el conflicto se presentaba, debía celebrarse el compromiso arbitral, que era el convenio definitivo celebrado en cumplimiento de la cláusula compromisoria, en cuya virtud las partes decidían encargar la solución de su conflicto a los árbitros escogidos por ellas.

Cuando una de las partes, suscriptora de la cláusula suscriptora de la cláusula compromisoria, presentado el conflicto, era reuente a suscribir el compromiso arbitral, cuando el arbitraje era normado por el Código de Procedimientos Civiles, la otra parte podía recurrir al Juez en lo Civil, el cual, mediante un procedimiento sumario imputaba la inejecución y la emplazaba con apercibimiento de sustituirla en la suscripción del compromiso arbitral y en la designación del árbitro que le correspondía. De este modo, la parte interesada en el arbitraje podía llevar adelante lo que en ese viejo Código se denominaba juicio arbitral.

El Código de Procedimientos Civiles, que ha sido derogado en 1993 al entrar en vigencia el Código Procesal Civil, estableció un precedente importante, pues la inejecución de la obligación de celebrar el compromiso arbitral no se traducía en una indemnización de daños y perjuicios sino en darle viabilidad al derecho de la parte interesada en ventilar y resolver su controversia arbitralmente.

3. EL CONVENIO ARBITRAL

El Convenio Arbitral reviste especial relevancia y trascendencia pues constituye el meollo del Arbitraje, pues sin él no puede haberlo. Es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje sus controversias, o ciertas controversias, que surjan, o puedan surgir, entre ellas en relación a un contrato o a una relación jurídica de distinta naturaleza.

Consideramos que no se trata propiamente de un contrato sino de un acto o negocio jurídico que se constituye como una fuente generadora de una relación jurídica de carácter especial con un efecto vinculante que obliga a quienes lo celebran, y a quienes de algún modo quedan vinculados, a sustraer su controversia de la Jurisdicción Ordinaria y someterla a la decisión de árbitros.

La Legislación Peruana le ha dado denominación de convenio arbitral, por lo que siendo, como convenio, un acto jurídico bilateral, no obstante lo ha llevado a los estatutos de personas jurídicas como expresión de voluntad con eficacia vinculante respecto de sus miembros y demás personas vinculadas a ellas, así como a terceros que no lo han celebrado, como pueden ser los causahabientes de un causante, pero que quedan obligados por razones sucesorias.

El convenio Arbitral no tiene características propias ni excluyentes, pues puede estar contenido en un documento especial, o

en la cláusula de un contrato, en alguna de las cláusulas generales de contratación o en la de un contrato de adhesión, siendo, por tanto, un acto jurídico bilateral. Puede estar también contenido en los Estatutos de una persona jurídica para obligar a sus miembros actuales o potenciales, siendo en este caso, como en los anteriores, un acto jurídico *inter vivos*. Y puede también estar contenido en un pliego testamentario, siendo, por tanto, un acto jurídico unilateral y *mortis causa*.

La expresión de voluntad contenida en lo que la Legislación Peruana genéricamente ha denominado convenio arbitral es constitutiva, desde que da origen al derecho de exigir el arbitraje y la obligación de someterse al arbitraje.

3.1 La capacidad para celebrarlo

El convenio arbitral puede ser celebrado por personas físicas y por personas jurídicas.

Tratándose de personas físicas puede ser celebrado por el propio interesado o por un representante suyo. El interesado debe ser sujeto con capacidad de ejercicio tanto para celebrarlo directamente o por medio de representante, a quien debe otorgarle como facultad especial la de celebrarlo. Si el representante lo es de un incapaz requiere de autorización judicial para celebrarlo.

Tratándose de personas jurídicas la vigente Ley de Arbitraje ha simplificado su celebración y no le exige a quien ejerza su representación poder ni facultad especial, pues el gerente general, o el administrador de función equivalente, está facultado a celebrarlo en virtud de su nombramiento y si tiene facultad para celebrar contratos está legitimado también para celebrar el convenio arbitral.

3.2 La formalidad para su celebración

La vigente Ley de Arbitraje no ha prescrito una formalidad para la celebración del convenio arbitral sino que debe simplemente constar por escrito, por lo que su forma para su celebración es *ad probationem*, lo que significa que su existencia puede ser probada por cualquiera de los medios probatorios reconocidos en el Derecho, pero siempre que lo evidencien documentariamente.

La existencia del convenio arbitral, en consecuencia, puede probarse por cualquiera que sea la forma documental en la que conste, pública o privada. Se admite la existencia en una comunicación electrónica siempre que se materialice, trátase de correo electrónico, télex o telefax. Se admite también su existencia por un intercambio epistolar y, aún, en una demanda en la que se afirma su existencia y la otra parte no la contradice. Además, la vigente Ley de Arbitraje permite la presunción de la existencia del convenio arbitral cuando en un contrato se hace referencia a estar contenida en un documento aparte.

La demostración documentaria de la existencia del convenio arbitral tiene particular importancia. La vigente Ley de Arbitraje considera que el convenio arbitral no guarda relación de dependencia con el contrato, aún cuando sea una cláusula del mismo, por lo que no le es aplicable la máxima romana *accessorium sequitur suum principale*. Puede subsistir si el contrato se rescinde, se resuelve o se anula.

Si se trata de una norma estatutaria que dispone la obligación de sus miembros de resolver mediante arbitraje sus controversias con la persona jurídica o entre ellos, la disposición mantiene su eficacia mientras el estatuto de la persona jurídica mantenga su vigencia.

Si se trata de un pliego testamentario, en el que la voluntad del testador es que sus herederos y legatarios resuelvan sus controversias mediante arbitraje, puede quedar contenida en cual-

quiera de las formas testamentarias permitidas por el Código Civil. Sin embargo, al contrario de la cláusula arbitral de un contrato, la revocación del testamento o su nulidad, deja sin efecto la disposición del testador.

3.3 Su contenido

La expresión de voluntad que da contenido al convenio arbitral, a la norma estatutaria o al pliego testamentario, debe tener por contenido desde la simple referencia a la obligación de someter a arbitraje las controversias hasta el más mínimo detalle en cuanto a la materia de la controversia, la naturaleza y clase de arbitraje, la conformación del Tribunal Arbitral y la designación de los árbitros, las normas de procedimiento, los plazos y los demás detalles a los que se condiciona el arbitraje.

3.4 Oportunidad para su celebración

Si el convenio arbitral está contenido en una cláusula contractual, es obvio que tiene un sentido preventivo, de la misma manera si la obligación de someterse a arbitraje resulta de la norma del estatuto de una persona jurídica o de un pliego testamentario.

Si el convenio arbitral está contenido en un documento especial puede también ser celebrado de modo preventivo antes de que surja la controversia, o después de surgida la controversia, incluso, ya entablada la litis en la Jurisdicción Ordinaria.

4. LA EFICACIA VINCULANTE DEL CONVENIO ARBITRAL Y SU OponIBILIDAD

El convenio arbitral, como lo hemos venido exponiendo, tiene una eficacia vinculante para las partes que las obliga a re-

solver sus conflictos o controversias mediante un proceso arbitral y a someterse a la decisión de los árbitros. Su eficacia radica, pues, en la obligación que genera y que faculta a exigir su cumplimiento mediante la petición de arbitraje que plantea la parte interesada y su oponibilidad a la parte contra quien se dirige, si esta falta a su cumplimiento y llegara a recurrir a la Jurisdicción Ordinaria para eludirla o plantear pretensiones que deben ventilarse arbitralmente.

Las partes del convenio arbitral quedan obligadas a realizar los actos que sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle y tener su plenitud de efectos, y, especialmente, comparecer al proceso y dar cumplimiento al laudo.

Tratándose de un convenio arbitral contenido o vinculado a un contrato, su eficacia se extiende y alcanza a quienes otorgaron su consentimiento para dar creación al contrato y para someterse a arbitraje. Su eficacia puede extenderse a quienes, no siendo parte en el contrato, han tenido una participación activa en la negociación, ejecución o terminación del contrato, así como a quienes pretendan derivar derechos o beneficios de ese contrato, pero siempre que consientan en el arbitraje.

Tratándose de un convenio arbitral incorporado a las normas estatutarias de una persona jurídica, su eficacia alcanza a sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios, aún cuando se hayan apartado o cesado en sus funciones, y a los que se incorporen en el futuro, siempre que se trate de derechos y obligaciones respecto al cumplimiento de los Estatutos o a la validez de los acuerdos adoptados por los órganos de la persona jurídica.

Tratándose de una disposición arbitral contenida en un pliego testamentario, su eficacia alcanza a todos los causahabientes del testador y los albaceas.

Como puede apreciarse, la eficacia del convenio arbitral propiamente dicho, así como la del incorporado a normas estatutarias o a un pliego testamentario, lo hace oponible a todos aquellos a quienes alcanza, al extremo que su oponibilidad puede hacerse valer ante quien lo desconoce y recurre a la Jurisdicción Ordinaria.

En efecto, el Código Procesal Civil, manteniendo el criterio ya establecido por el viejo Código de Procedimientos Civiles, ha previsto la excepción de convenio arbitral a la que la vigente Ley de Arbitraje le ha dado nuevo impulso, obligando al magistrado a inhibirse de continuar conociendo del proceso postulado, bajo responsabilidad. En buena cuenta, la excepción se ha convertido en causal declinatoria de la competencia de la Jurisdicción Ordinaria a favor de la Jurisdicción Arbitral.

5. LA INEJECUCIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL

El cumplimiento de lo pactado en el convenio arbitral, o de lo dispuesto en la norma estatutaria que lo incorporó, o de la disposición testamentaria, supone su ejecución (del latín *exsequi*), llevar a término, cumplir, realizar, lo convenido o aceptado, en la acepción que, entre otras, le reconoce el Diccionario de la Lengua Española. Por el contrario, el incumplimiento constituye la inejecución de lo pactado o de lo dispuesto, que, pese a ser una locución no reconocida por el Diccionario de la Lengua Española, por lo menos hasta su vigésima primera edición², es utilizada en el Derecho de Obligaciones por un sector de la doctrina y de la codificación, como es el caso del Código Civil Peruano.

En el régimen de la inejecución de obligaciones establecido por el Código Civil Peruano, el incumplimiento da lugar a la indemnización de daños y perjuicios y es imputable por dolo o por culpa, sea esta inexcusable o leve, no siendo imputable la inejecución por ausencia de culpa y por caso fortuito o fuerza mayor.

2. Real Academia Española. Madrid, 1992.

La inejecución del convenio arbitral o de sus disposiciones no se rige por el Código Civil.

5.1 El régimen legal aplicable

El régimen aplicable a la inejecución del convenio arbitral, y su expresión estatutaria y testamentaria, como acabamos de indicar, no es el del Código Civil, puesto que la inejecución del convenio arbitral no requiere de una imputación a título de dolo o de culpa ni da lugar a una indemnización por daños y perjuicios, pues los que cause la inejecución darán lugar a su resarcimiento mediante la fijación de los costos arbitrales en el laudo.

El régimen aplicable es, en consecuencia, un régimen *sui generis*, determinado por el carácter privado de la Jurisdicción Arbitral y que ha recibido un marco legal propio, cualquiera que sea la modalidad de la fuente que genera la obligación de someter el conflicto o controversia a la decisión de árbitros.

En la actualidad, el Arbitraje en el Perú está normado por el Decreto Legislativo No. 1071 vigente desde el 1 de Septiembre de 2008³, cuyas normas tienen una función supletoria a la voluntad de las partes, salvo aspectos que la misma Ley considera de orden público.

5.2 Los casos de inejecución

De la revisión de las normas de la Ley hemos encontrado tres casos de inejecución: por recurrir a la Jurisdicción Ordinaria, por no designar, cuando corresponde, al árbitro que debe conformar el Tribunal Arbitral y por no comparecer al proceso.

3. Cuando el Congreso de la República le otorga facultades legislativas, el Poder Ejecutivo legisla mediante los denominados Decretos Legislativos.

5.2.1 *La inejecución por recurrir a la jurisdicción Ordinaria*

La finalidad del convenio arbitral y la de su incorporación a los estatutos de una persona jurídica o a un pliego testamentario, es la de sustraer de la Jurisdicción Ordinaria el conocimiento del conflicto o controversia. Por ello, recurrir a la Jurisdicción Ordinaria constituye una inejecución frente a la cual debe hacerse prevalecer la existencia del convenio arbitral o de sus disposiciones estatutarias o testamentarias.

Al detenernos en la eficacia y oponibilidad del convenio arbitral y de las expresiones de voluntad que dan lugar al arbitraje estatutario y al arbitraje sucesorio (supra No. 4), hemos enfatizado su fuerza vinculante y su eficacia que lo hace oponible, no solo a la parte renuente sino al propio magistrado de la Jurisdicción Ordinaria, mediante la excepción de convenio arbitral.

La excepción puede ser opuesta antes o después de iniciado el proceso y el Tribunal Arbitral, si está conformado, puede dar inicio a las actuaciones arbitrales o continuarlas. Probada la existencia del convenio arbitral ante la Jurisdicción Ordinaria, el magistrado está obligado a inhibirse, bajo responsabilidad.

5.3 **La inejecución en cuanto a la conformación del Tribunal Arbitral y la designación de los árbitros**

Al detenernos en el contenido del convenio arbitral y de las expresiones de voluntad que dan lugar a al arbitraje estatutario y al arbitraje sucesorio (supra No. 3.3), hemos dejado expuesto que en él se puede considerar la conformación del Tribunal Arbitral y acordarse la manera como debe designarse a los árbitros. El Tribunal Arbitral puede constituirse con un árbitro único o ser un tribunal colegiado.

Si se trata de Tribunal de Arbitro único y una de las partes es renuente a acordar su designación, la inejecución legitima a

la parte interesada en promover el proceso arbitral a recurrir a la Cámara de Comercio del lugar para que haga la designación. De la misma manera, si se trata de un Tribunal Colegiado cuyos miembros deban ser nombrados de común acuerdo por las partes. Si se trata de un Tribunal Colegiado, en el que cada parte deba designar un árbitro y los así nombrados designar al que presida el Tribunal y una de las partes es renuente a la designación del árbitro que le corresponde, la inejecución legítima a la parte interesada en promover el procesos arbitral a recurrir a la Cámara de Comercio del lugar para que designe al que corresponde a la parte renuente.

En cualquiera de los casos, la inejecución trae como consecuencia que, una vez conformado el Tribunal Arbitral, se de inicio al proceso emplazando a la parte renuente. Igual procedimiento se sigue en caso de ser necesaria la designación de un árbitro sustituto, en los casos de renuncia, recusación o remoción del árbitro único o de alguno de los del Tribunal colegiado.

5.4 La inejecución por no comparecer al proceso

Conformado el Tribunal Arbitral, luego de su instalación y declararse la apertura del proceso, debe procederse a su postulación, para lo cual las partes, dentro de los plazos establecidos, deben comparecer al proceso y plantear sus respectivas posiciones.

Si la peticionante del arbitraje, que viene a ser la parte pretensora, no presenta su demanda, inejecutando de ese modo el convenio arbitral, el Tribunal Arbitral dará por terminado el proceso, a menos que oída la parte demandada, esta manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión que reservaba para su reconvención.

Si es la parte demandada la que no comparece para ejercitar su derecho de contradicción, inejecutando de este modo el con-

venio arbitral, el Tribunal Arbitral continuará desarrollando el proceso, aunque sin considerar que la falta de comparecencia es una aceptación a las pretensiones de la parte demandante.

En ambos casos el Tribunal Arbitral decidirá sobre la controversia. El laudo se considera válidamente dictado.

6. CONSIDERACIÓN FINAL

De todo lo que ha sido expuesto se llega a una conclusión que se resume en que el convenio arbitral, y su expresión estatutaria y testamentaria, tienen un efecto vinculante que obliga a someter a arbitraje los conflictos o controversias de quienes resultan vinculados. El convenio arbitral y las indicadas modalidades en que puede ser expresado, solo queda cumplido o ejecutado al entablarse el proceso arbitral y postularse las respectivas posiciones con el propósito manifiesto de las partes de aceptar la decisión de los árbitros.