

la suspensión. En las demás situaciones se garantiza el cumplimiento del laudo. Si la prestación es dineraria, la fianza garantiza la suma correspondiente, y si no lo es la fianza garantiza el valor señalado por el tribunal arbitral o por la Corte Superior, según sea el caso. Dicho valor tiene el carácter de prestación sustitutoria según vimos.

Ahora bien, nada impide que las partes que convienen las características de la garantía del recurso de anulación, acuerden que ésta asegurará también los daños derivados de la suspensión (incluso cuando el fallo es de condena dineraria u obliga al deudor a cumplir prestaciones no dinerarias). A este efecto tendrían que convenir también el valor de tales daños (cláusula penal). Si no se acuerda el monto la garantía es válida, pero su ejecución requeriría que previamente se liquiden los perjuicios sufridos.

La fianza bancaria no deja de ser fianza por la participación de un banco. El Principio de Accesoriedad que es esencial a todas las garantías está presente en la fianza bancaria, por ello se debe ser muy riguroso en el señalamiento de la obligación garantizada. De hecho, la norma que comentamos constituye un avance respecto a su precedente, pues con anterioridad, cuando las garantías se constituían para acompañar el recurso de anulación, tratándose de laudos referidos a prestaciones ilíquidas o no dinerarias, obviamente la garantía enfrentaba un serio problema de ejecución. No se puede ejecutar una fianza dineraria para pagar una deuda que no es dineraria o que está pendiente de liquidación.

Tal como establece el inciso 6 del artículo que comento, si se rechaza el recurso de la Corte entrega la carta fianza a la parte vencedora. En ese momento el acreedor garantizado podrá ejecutar la garantía según lo que señale el laudo. En efecto, si el laudo ordena el pago de una suma líquida la fianza se realizará para cobrar dicha suma. Si la prestación no es dineraria, pero obviamente fue valorizada para efectos de la garantía, la ejecución de la fianza procede pero debemos entender que se está cobrando la prestación sustitutoria nacida de la ley.

En el caso de obligaciones ilíquidas y las no dinerarias la prestación sustitutoria tiene peculiaridades. Dado que el valor de la garantía no es producto de un análisis profundo en el arbitraje, sino de la verificación superficial del tribunal o de la Corte Superior, el abono de la fianza no necesariamente paga toda la prestación ordenada en el fallo. Sólo paga el valor que ésta tenga al momento de la ejecución. Establecida la diferencia el acreedor podría cobrarla a través del proceso correspondiente. Teóricamente la diferencia también podría favorecer al deudor.



Art. 67°.—Ejecución arbitral.

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.

2. Se exceptúa de lo dispuesto en el apartado anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.

COMENTARIO ⁽¹⁰⁹²⁾

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *¿Por qué los árbitros tendrían problemas para ejecutar un laudo? El uso de la coertio.* 3. *Tipos de ejecución por árbitros.* 4. *Requisitos de forma para el pacto de ejecución por los árbitros.* 5. *Alcances del acuerdo para ejecutar.* 6. *¿Qué tipo de actos puede llevar a cabo un árbitro durante la etapa de ejecución?* 7. *La facultad discrecional de dejar de ejecutar.* 8. *El arbitraje de ejecución.*

1. INTRODUCCIÓN

REISMAN dice que “el verdadero problema no está en llegar a una solución de acuerdo a Derecho, sino en poner en práctica esa solución legal. En el análisis final el Derecho no es [...] lo que la corte dice, pero lo que el sheriff hace” ⁽¹⁰⁹³⁾.

Si un laudo no se cumple, e incumplido no se ejecuta, entonces el sistema arbitral en su conjunto pierde sentido. Y lo que el “sheriff” hace es conseguir que se cumpla la ley o los principios aplicables, que en el caso de un arbitraje es lo que dice el laudo. La pregunta es quién debe desarrollar el rol de “sheriff” es decir de ejecutor de lo ordenado en el laudo. ¿Debe ser el Poder Judicial? ¿O deben los propios árbitros?

(1092) Por ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ: Socio del Estudio Bullard, Falla & Ezcurra Abogados. Profesor Principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas - UPC. Miembro del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la CCI.

(1093) REISMAN, W. M., “The Enforcement of International Judgments” p. 1. Traducción libre del siguiente texto: “[...] *the real problem is not in arriving at an answer in law, but in enforcing an answer in law. In the final analysis law is not only [...] what the court says but also what the sheriff does.*”

Tendemos a pensar que son las Cortes Ordinarias las que, desde sus orígenes, se encargaban de la ejecución de los laudos. Pero ello no es así. El concepto de ejecución o cumplimiento del laudo en los orígenes del arbitraje, se aleja mucho de lo que entendemos hoy. De hecho, el arbitraje como lo conocemos (como la mayoría de instituciones comerciales) no fue invención de los abogados, y menos de los procesalistas, sino de los mercaderes y su existencia precedió a la aparición de las Cortes ordinarias. El arbitraje nació antes que aparecieran los ejecutores judiciales de los laudos.

Si dos comerciantes tenían una disputa acudían al gremio, a la cámara de comercio, y le pedían que resolviera su conflicto. El gremio designaba a otros comerciantes (no a abogados) para que, en aplicación de los usos y costumbres comerciales, se resolviera el caso. En nada se parecía a un proceso civil. Era informal, flexible, pragmático y libre de ataduras doctrinarias y modelos conceptuales, orientándose a un tratamiento justo y equitativo a las partes, lo que no significaba necesariamente la mera aplicación de normas ni doctrinas legales, sino más bien prácticas y costumbres comerciales.

Y la ejecución se ajustaba a parámetros igualmente flexibles e informales. Si uno de los comerciantes se negaba a cumplir el laudo, no se recurría a un proceso legal. La sanción era privada y efectiva: el ostracismo. Nadie del gremio comerciaba con el incumplidor. No había anulación ni ejecución de laudo por los jueces, lo que hoy las leyes (y buena parte de la doctrina) asumen, de manera errada, como consustanciales al arbitraje.

La ejecución judicial de laudos es bastante reciente. Como bien relata BENSON, cuando en los años 20 del siglo pasado en Estados Unidos se aprobaron leyes que permitían la ejecución y revisión judicial de los laudos por las cortes ordinarias, procesalizando el arbitraje, la participación de abogados se incrementó dramáticamente. Antes de 1920 la participación de abogados en arbitrajes era realmente excepcional. Estas leyes aparecen por el lobby de los colegios de abogados que veían amenazado su negocio de prestación de servicios profesionales. Así se aprobaron normas a finales de los 30s, que permitían la ejecución de laudos por las cortes ordinarias. Según la estadística, la representación con abogados frente a los tribunales arbitrales de la AAA se incrementó de 36% en 1927, a 70% en 1938, a 80% en 1942 y a 91% en 1947⁽¹⁰⁹⁴⁾. El golpe de gracia al arbitraje alejado del procesalismo y la participación de abogados lo dio la decisión judicial en el caso *Paramount Lasky Corporation vs. United States* [282 U.S. 30 (1930)] en

(1094) BENSON, Bruce, "Arbitration" en *Encyclopedia of Law and Economics*. <http://encyclo.findlaw.com/7500book.pdf>, p. 169.

el que se declaró como boicot o negativa concertada a contratar, y por tanto contrario a las normas de libre competencia o antimonopolio, un acuerdo que permitía dejar de contratar con exhibidores de películas que se negaran a arbitrar o aceptar lo ordenado por el laudo⁽¹⁰⁹⁵⁾.

Como se ve, en sus orígenes, los laudos tenían mecanismos de autoejecución, que no requerían de la autoridad o del juez estatal para ser puestos en práctica. Ello cambió y hemos asumido, quizás sin suficiente reflexión, que ahora la ejecución es algo que corresponde naturalmente al juez, y que es ajeno a los árbitros inmiscuirse en ese tipo de actividades. Esta visión condujo en la LA a una solución intermedia que, sin negar la posibilidad de ejecución del laudo por los árbitros, considera que ello no es la situación normal y que, por tanto, es mejor que la regla dispositiva sea que, salvo pacto en contrario, la ejecución corresponde al juez.

En esa línea, el artículo 67° suscitó una gran discusión al interior de la Comisión a cargo de la elaboración del proyecto. Una parte de los integrantes proponía que los árbitros tuvieran facultad de ejecución, salvo pacto en contrario. El otro sector sugería como regla supletoria precisamente la inversa, es decir que los árbitros, una vez emitido el laudo, no pudieran ejecutar, salvo acuerdo en contra. Todos coincidían en que los árbitros podían ejecutar. La discusión era si esa era la regla o por el contrario se requería pacto para que la ejecución arbitral opere.

Como se desprende del texto del artículo, primó la segunda posición. Las razones que se esgrimieron fueron varias: (1) los árbitros no tienen habilidades especiales para ejecutar, principalmente por que carecen de facultades de coacción. En eso los jueces tienen facultades más adecuadas para desarrollar esa labor, en especial su capacidad de dar ordenes directas para el uso de la fuerza pública, por lo que es mejor confiar la ejecución a alguien ajeno al arbitraje mismo; (2) la ejecución por árbitros puede generar verdaderos cuellos de botella, que pueden hacer interminable el arbitraje; (3) no se encuentra recogido como una práctica internacional ni legislativa. De hecho la Ley Modelo UNCITRAL no tiene como regla la ejecución del laudo por los árbitros; (4) los honorarios de los árbitros no corresponde ni cubren, según la práctica, actos de ejecución.

Como veremos más adelante, sin embargo, la propia Comisión reconoció en el numeral 1 del artículo 48° de la LA que “El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o convenient-

(1095) *Ibid.*, p. 170.

te requerir la asistencia de la fuerza pública". El tema parece contradictorio, pues si los árbitros no son idóneos para ejecutar laudos, ¿por qué lo serían para ejecutar medidas cautelares, donde podrían presentarse los mismos problemas? Para quien diga que las cautelares requieren urgencia, y que por ello habría que confiarlas a los árbitros, habría que contestarle que ello significa que los árbitros están en mejor aptitud para ejecutar que los jueces. De hecho si en lo más urgente (la cautelar) pueden hacerlo, por que no podrían ejecutar un laudo contenido la decisión final sobre algunos o todos los puntos controvertidos.

Sin embargo el sentir de la mayoría de la Comisión quedo reflejada en un párrafo de la exposición de motivos:

"El artículo 67º supedita la ejecución arbitral siempre a la voluntad de las partes y también a la discrecionalidad de los árbitros. La norma es flexible por la variedad de supuestos que pueden suscitarse y posibilita que las partes recurran a la ejecución judicial en cualquier momento cuando resulte más efectiva".

Hay varios elementos a destacar.

a. El primero, como ya se dijo, se estableció, como regla supletoria, que los árbitros no se encargan de la ejecución. La facultad de ejecución arbitral no esta negada, pero requiere de pacto.

b. El segundo es que la posibilidad y alcances de la posibilidad de ejecutar dependerán del acuerdo al que lleguen las partes, acuerdos que incluso puede derivarse del sometimiento a un reglamento arbitral que contemple esa posibilidad. Así lo reconoce expresamente el numeral 1ro del artículo 67º, que indica que el pacto puede estar contenido en el reglamento del centro de arbitraje al que las partes se hayan sometido. Ello es concordante con lo que señala el inciso b) del artículo 6º de la LA que establece que cuando la Ley "Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido".

c. Lo tercero es que incluso si las partes acordaran la ejecución por los árbitros, ello no les impide a estos últimos pasar la ejecución a las Cortes ordinarias, si determinan, a su sola discreción, que no debe continuar con dicha actividad. Así el árbitro puede apartarse de dicha labor en cualquier momento, y sin incurrir en responsabilidad, sobre la base de un argumento de practicidad (conveniencia o necesidad del uso de la fuerza pública), pero sujeto a su criterio discrecional. Sin embargo, como veremos más adelante, esto plantea una discusión sobre la posibilidad de rembolsar honorarios ya pagados anticipadamente por la ejecución, si esta se interrumpe prematuramente.

2. ¿POR QUÉ LOS ÁRBITROS TENDRÍAN PROBLEMAS PARA EJECUTAR UN LAUDO? EL USO DE LA *COERTIO*

El punto principal por el que se sostiene que los árbitros no pueden ejecutar es por que carecerían de *coertio*. Si uno entiende *coertio* como el monopolio del uso de la fuerza pública entregado al Estado podría decirse que la afirmación sería correcta. Un árbitro no puede emitir una orden directamente a la policía para que apoye un desalojo, un descerraje o la extracción de un bien. Tendrá necesariamente que recurrir a un juez.

Pero ejecutar es mucho más que autorizar el uso de la fuerza pública. Muchos actos de ejecución no requieren del uso de tal fuerza pública. Inscribir un embargo o una decisión en los registros públicos, organizar o llevar a cabo la venta un bien, liquidar intereses, costa y costos, resolver oposiciones o cuestionamientos a la ejecución o a la forma como esta se esta realizando, son todos actos de un inmenso inventario, que pueden ser llevados a cabo por árbitros sin ningún problema, pues no hay que recurrir a la fuerza pública. Son actos que implican un juicio de conocimiento (o *notio*) por parte del juzgador que, en la esencia, no difiere del juicio y criterio que se requieren para dictar un laudo o cualquier otra decisión arbitral. Si el árbitro es bueno para una cosa, lo es para la otra. De hecho me atrevería a decir que, al menos en mi experiencia, las ejecuciones que requieren de *coertio*, entendido como uso de la fuerza pública, son más la excepción que la regla en los arbitrajes. Ello debido al alto grado de cumplimiento voluntario por las partes de lo que el laudo ordena. Pero las partes, incluso con voluntad de cumplir, requieren que para la ejecución se precisen o aclaren ciertas incertidumbres que naturalmente no están resueltas en el laudo, como, por ejemplo, cuáles son los intereses a pagar en la fecha misma de pago.

En esa línea nada en la naturaleza del arbitraje impide a los árbitros ejecutar sus decisiones, incluido el laudo. De hecho, como veremos, la ley, la práctica y la doctrina lo admiten. Si bien puede tener algunas limitaciones por la falta de *coertio*, de ello no se puede derivar que los árbitros no puedan ejecutar, sino solo que tendrá limitaciones para ciertos actos de ejecución.

En mi opinión sólo existen dos límites a la ejecución por un árbitro:

a. El uso de la *coertio* entendida como el ordenar el uso de la fuerza pública. Efectivamente un árbitro no puede pedir directamente a la policía que ejecute un laudo.

b. Las afectaciones, durante la ejecución, de terceros al convenio arbitral. Por ejemplo, durante los actos conducentes a la venta forzada de un bien, alguien ajeno al convenio arbitral podría solicitar una tercera^a sosteniendo que se pretende ejecutar un bien de su propiedad o que tiene un derecho preferente de pago. O podrían haber garantías sucesivas sobre un bien en el que el ejecutor (en este caso el árbitro), debería al ejecutar el bien, definir la distribución de los recursos obtenidos entre los distintos acreedores, a pesar que estos otros acreedores podrían no estar vinculados al convenio arbitral que le da competencia al árbitro. O también se presenta el problema del levantamiento de gravámenes de terceros después de la venta para la entrega del bien al adquirente. Nótese que ello podría significar afectar derechos de personas que no han sido parte en el arbitraje al ser ajenos al convenio arbitral. Sin embargo debemos anotar que este es un problema que afecta no sólo la ejecución, sino cualquier decisión arbitral que pueda afectar a terceros que nos suscribieron el convenio.

Fuera de estos limitantes, nada impediría a los árbitros llevar acciones de ejecución si es que las partes así lo acuerdan.

Por el contrario, presentada una de las situaciones señaladas como límites a la facultad de ejecutar, el árbitro debería:

a. En el primer caso (necesidad de uso de la fuerza pública), entregar la parte pertinente de los actuados a la parte interesada para que esta vaya a la ejecución judicial; y

b. En el segundo de los casos (afectación de posibles derechos de terceros), declararse incompetente por carecer de jurisdicción para pronunciarse sobre derechos de quienes no son parte del convenio arbitral, para dejar que un juez ordinario se pronuncie sobre el tema y tome las decisiones correspondientes⁽¹⁰⁹⁶⁾. Este principio tiene a su vez una excepción, y ello sería si en el laudo se han extendido los efectos a terceros en base a lo que señala el artículo 14º de la LA, es decir, si podemos estar ante partes no signatarias. Este tema será desarrollado con mayor detalle más adelante.

Son varios los antecedentes que admiten la ejecución de decisiones o laudos por los árbitros.

Un caso interesante es el de ejecución de garantías mobiliarias. En la Sexta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho In-

(1096) Sin embargo, debemos ser claros en señalar que dicha situación no significa que el árbitro quede privado de continuar la ejecución contra aquellas partes que si son parte del convenio y están obligadas a cumplir el laudo. Sólo se recurrirá al Poder Judicial para que resuelva aquella parte o elemento sobre el que el árbitro carece de jurisdicción bajo el convenio arbitral.

3. TIPOS DE EJECUCIÓN POR ÁRBITROS

Uno podría encontrar, en términos generales, distintos tipos de ejecución por árbitros:

a. Una primera es la ejecución del laudo emitido por un Tribunal Arbitral por el propio Tribunal que lo emitió. Así, de existir pacto entre las partes, una vez emitido el laudo sobre alguna discusión sustantiva, no termina la jurisdicción de los árbitros, y estos continúan dictando las decisiones necesarias para ejecutarlo.

b. El segundo supuesto es un arbitraje de ejecución, es decir un arbitraje en que lo que se encarga es la ejecución misma. En ese caso, el convenio arbitral se refiere específicamente a acciones de ejecución. Podría tratarse, por ejemplo, de árbitros que ejecutan laudos dictados por otros árbitros, lo cual podría explicarse en la especialización de la actividad de ejecución. Un centro arbitral podría tener tribunales de ejecución para los laudos que se dicten bajo su administración. O podría nombrarse árbitros para la ejecución directa de una obligación en caso de incumplimiento sin necesidad de una discusión sobre algún problema de fondo o sustantivo. Ello ocurriría, por ejemplo, en un pacto arbitral en una hipoteca o en una garantía mobiliaria, o un título valor, en la cual el árbitro se encarga directamente de la ejecución. Este modelo no sólo permite la ejecución, sino que hace del árbitro un mero ejecutor.

¿Cubre el artículo 67° ambos supuestos? Si bien la redacción parecería más orientada a referirse al primer supuesto, pues da a entender que lo que se ejecuta es un laudo o una decisión, lo cierto es que esa sería una lectura muy restrictiva del artículo. En ejercicio de su autonomía privada las partes pueden autorizar, como el propio artículo sugiere, la ejecución de laudos y decisiones. Por ello entendemos que nuestra ley permite pactar cualquiera de ambos supuestos.

En esa línea, es común escuchar que los bancos o entidades financieras no suelen pactar arbitraje por que su actividad de litigio se basa principalmente en ejecutar obligaciones. Pero ello quizás es un pre-

Ordenar a las Partes de un convenio arbitral el cumplimiento de cualquier medida de aseguramiento de pruebas o del reconocimiento de cosas o lugares.

Disponer cualquier medida adecuada a la finalidad perseguida Aun cuando no fuera la solicitada por la parte requirente.

Invitar a un tercero que no es parte en el contrato que contiene el convenio arbitral al cumplimiento de una prestación pactada, o a abstenerse de realizar conductas que puedan ocasionar los perjuicios que la cautelar pretende evitar haciendo conocer las consecuencias posibles de su negativa sin perjuicio de la confidencialidad requerida por el acuerdo arbitral” (énfasis agregado).

juicio que no advierte que es posible pactar directamente arbitrajes de ejecución. Si bien para el uso de la fuerza pública o para pronunciarse sobre derechos de terceros se requerirá de un juez, hay toda una gama de actos que pueden ser atendidos de manera más rápida y expeditiva por un árbitro que por un juez, incluyendo el dictado de cautelares, el dictado de ordenes de ejecución, la solución de oposiciones a la ejecución por alguna de las partes, el calculo de intereses o de costas y costos, etcétera.

4. REQUISITOS DE FORMA PARA EL PACTO DE EJECUCIÓN POR LOS ÁRBITROS

El pacto de ejecución por los árbitros puede producirse en momentos diferentes. Una primera posibilidad es que el pacto de ejecución ya este incorporado en el convenio arbitral mismo. Así, el convenio no sólo se refiere a cuál es la relación jurídica materia de arbitraje, sino que además indica que los árbitros están facultados a ejecutar sus decisiones.

Sin embargo, hay que tener cuidado con la lectura de muchas cláusulas arbitrales. Por ejemplo, en un contrato de compraventa muchas veces se redactan con fórmulas parecidas a la siguiente "Las partes convienen que toda disputa vinculada a la negociación, celebración, *ejecución* o terminación de este contrato quedara sujeta a arbitraje". El uso del término "ejecución" no esta referido a la ejecución de la decisión del árbitro, sino a la ejecución de las obligaciones contractuales en cumplimiento del contrato. Lo que entendemos quiere decir el término es que son arbitrables las discrepancias sobre el cumplimiento del contrato, y no es intención conceder facultades de ejecución a los árbitros. Lo que se requeriría es una fórmula que adicionalmente señale algo como lo siguiente: "*Las partes facultan a los árbitros a ejecutar el laudo o las decisiones que dicten*".

Pero hay también que ser cuidadoso con otras fórmulas, dependiendo del tipo de contrato. En un contrato de hipoteca o en una garantía mobiliaria, o en un título valor, facultar al árbitro para que resuelva controversias sobre la ejecución del contrato, tiene alcances distintos, pues la ejecución del contrato es en si misma la ejecución del bien dado en garantía o en su caso el patrimonio del deudor. Por ello, hay que leer el pacto a la luz de las circunstancias concretas de cada caso para tener claro si se faculta a ejecutar el laudo dictado por los mismos árbitros o se ejecuta un elemento distinto como una garantía real, personal o un título valor. Como veremos más adelante, lo recomendable sería contar un proceso arbitral con reglas *ad hoc* para la ejecución y que posiblemente difieran de las reglas de los arbitrajes

comerciales típicos, más orientados a labores de *notio*, y, por tanto, con requisitos y etapas necesarias para una ejecución. Sería recomendable que los centros arbitrales tengan reglas particulares distintas a sus reglamentos comunes, y que se asemejen más a las reglas procesales de un juicio ejecutivo o de ejecución.

El segundo supuesto es que el pacto de ejecución sea un pacto independiente al convenio arbitral mismo, sea por que se coloque en documento distinto o por que simplemente se celebró después de celebrado el convenio arbitral y eventualmente después de emitido el laudo.

En cualquier caso, el pacto de ejecución es o parte de un convenio arbitral o es en si mismo un convenio arbitral independiente (particularmente cierto en los acuerdos de arbitraje de ejecución). Y por ello los requisitos y formalidades que debe cumplir no son otros que los que corresponden a cualquier convenio arbitral. Y eso esta regulado por el artículo 13° de la LA.

Como se sabe, si bien el numeral 2 del artículo 13° hace referencia a que el convenio debe constar por escrito⁽¹⁰⁹⁸⁾, los demás numerales dan a entender que ello no es una forma *ad solemnitatem* y que, por tanto, el acuerdo para ejecutar puede tomar diversas formas, tal como se desprende inequívocamente del numeral 3 del mismo artículo 13⁽¹⁰⁹⁹⁾.

Este problema nos plantea la discusión sobre qué ocurre si en un arbitraje en el que las partes no han acordado inicialmente la ejecución, una de ellas solicita la ejecución del laudo, la otra no cuestiona la competencia de los árbitros y estos inician la ejecución. En nuestra opinión, ello equivale a un acuerdo para arbitrar, pues se aplicaría el numeral 5, que hace referencia a que un cruce de demanda y contestación, significa la existencia de un convenio para arbitrar⁽¹¹⁰⁰⁾. La solicitud de ejecución es, finalmente, el equivalente a una demanda de ejecución, y, por tanto, la contestación, sin cuestionar la competencia de los árbitros, equivale a una aceptación de que existe un acuerdo para que los árbitros ejecuten.

(1098) “2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”.

(1099) “3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”.

(1100) “5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra”.

Es importante destacar que en nuestra opinión existirá un acuerdo así haya oposición a la ejecución, siempre que la oposición se base en razones distintas a la competencia de los árbitros. Por ejemplo, si la oposición se basa en la inexistencia de la obligación o en la improcedencia de la misma por cuestiones de forma del título en la cual se basa. Ello por que resistirse a la ejecución no necesariamente significa resistirse a su competencia y desconocer que los árbitros pueden conocer del tema.

5. ALCANCES DEL ACUERDO PARA EJECUTAR

Como todo convenio arbitral, el acuerdo para ejecutar define sus límites de materia y de sujetos a los cuales resulta aplicable. En primer lugar, siguiendo lo que establece el numeral 1 del artículo 13°, la ejecución se limita a la relación jurídica definida por las partes⁽¹¹⁰¹⁾. Si bien suena redundante, lo que se ejecuta es lo que las partes han acordado que se ejecute, y no nada distinto. Ejecutar obligaciones ajenas a la relación jurídica viciaría de nulidad las decisiones de ejecución que adopte el Tribunal.

Más complejo es el problema del alcance subjetivo del convenio para ejecución. Ello por que no será extraño que la ejecución pueda afectar a terceros. Como se mencionó anteriormente, podrían surgir tercerías planteadas por quienes señalan que se pretende ejecutar bienes que no son de propiedad de la parte demandada, o podrían alegar un derecho preferente de pago. Y estos terceros no serían parte del convenio arbitral. O también podría darse, en ejecución de un bien, que deban levantarse los gravámenes luego de la venta. Y esos gravámenes pueden estar a favor de terceros no firmantes del convenio ni que han consentido al mismo.

Como ya se adelantó, salvo que sea de aplicación lo indicado en el artículo 14°, respecto a la existencia de partes no signatarias, no es posible que el árbitro asuma competencia sobre terceros, y por ello deberá entregar las partes pertinentes del expediente para que un juez se encargue de resolver el problema sobre el que el árbitro carece de competencia.

La regla es que el carácter vinculante del arbitraje y del propio laudo, proviene del acuerdo para arbitrar. En ese sentido, el arbitraje es

(1101) "1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas *respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza*" (énfasis agregado).

obligatorio porque se trata de un contrato, y por tanto, vincula a las partes que celebraron el convenio, y solamente a ellas.

El arbitraje, “nace de un negocio jurídico, que como tal, *proviene de la libre expresión de la voluntad de las partes vinculadas por el pacto arbitral*. Sin embargo, por medio del contrato de arbitraje *las partes invisten de jurisdicción a personas privadas con el fin de que decidan definitivamente un conflicto que los involucra*”⁽¹¹⁰²⁾ (énfasis agregado).

Dicho consentimiento voluntario se ve plasmado en la suscripción de un convenio arbitral, el mismo que, como regla general, sólo puede ser oponible entre las partes firmantes del mismo, pues son ellas —y sólo ellas— quienes dieron su conformidad con tal pacto arbitral. Al respecto, TRAZEGNIES ha indicado que:

“Por su origen y por su naturaleza, *el convenio arbitral es un contrato*. En consecuencia, como tal, es ley entre las partes, pero sus reglas no pueden ser aplicadas a terceros no signatarios. [...] Es en ese sentido que el artículo 1363° del Código Civil prescribe que *los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos*. En consecuencia, en tanto que contrato que *se rige fundamentalmente por la doctrina de la autonomía de la voluntad*, el convenio arbitral debe ser respetado e interpretado en sentido restrictivo, *no permitiendo que se extienda a quienes no han manifestado su voluntad de arbitrar*, sea por suscripción o por adhesión (arbitraje estatutario)”⁽¹¹⁰³⁾ (énfasis agregado).

El resultado de esta idea son varios principios fundamentales que determinan quién puede y quién no puede ser forzado a ir a una ejecución en arbitraje, soportando sus consecuencias, y quién no puede ser forzado y quién sí a permitir la participación de otro en la ejecución en el arbitraje. Estos principios son:

a. Las partes de un convenio no pueden desobligarse o desvincularse de ir a arbitraje si así lo consintieron. En consecuencia, si se acordó que los árbitros ejecuten, la parte que no desee que se ejecute lo ordenado en su contra no podrá impedir que dicha ejecución se produzca ni podrá desvincularse de la misma. Este principio, que no es otro que el de obligatoriedad de los contratos (*pacta sunt servanda*) está protegido por principios como el de inevitabilidad del arbitraje, separabilidad del convenio y el *kompetenz-kompetenz*, que se orien-

(1102) SALCEDO CASTRO, Myriam, *El Contrato de Arbitraje*, Bogotá: Legis Editores S.A., 2005, p. 114.

(1103) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando, “El rasgado del velo societario para determinar la competencia dentro del arbitraje”. En: *Revista Ius et Veritas*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 29, 2004, p. 16.

tan a limitar la creación de obstáculos que impidan que se arbitre o, como ocurre en este caso, que el árbitro ejecute.

b. Un tercero al convenio de ejecución no puede ser incorporado al arbitraje, y por tanto a los efectos de la ejecución, si es que no ha aceptado participar en el mismo. El tercero podrá entonces oponerse a la ejecución en arbitraje planteando excepciones o defensas previas o incluso de fondo por las que sostendrá que los árbitros no son competentes para ejecutarlo al no ser parte del convenio que permite tal ejecución. Así, si como producto del laudo se pretende ejecutar un bien de un tercero al arbitraje, este podrá negar la competencia de los árbitros.

c. Un tercero no puede ejecutar lo resuelto sin el consentimiento de quienes son parte del convenio. En ese caso serán quienes ya están incorporados en el arbitraje de ejecución los que tendrán que oponerse a la participación del tercero, sosteniendo que dicho tercero no está contractualmente facultado a ello. Así, por ejemplo, un tercero no podrá solicitar la ejecución de un laudo contra alguna de las partes del arbitraje, si el tercero no fue parte del convenio.

Así el árbitro autorizado a ejecutar está en una situación totalmente diferente a la de un juez ordinario. Su competencia se deriva de un contrato, de un acuerdo de voluntades, y por tanto sólo vincula a las partes de dicho acuerdo. Su competencia es tan relativa como relativos son los alcances del contrato del que se origina. El principio de relatividad del convenio adquiere así una doble dimensión, porque el contrato no sólo obliga a las partes a cumplir sus obligaciones, sino que limita a ellas el mecanismo de solución de conflictos pactado. El resultado de ello es que una decisión arbitral que pretenda ejecutar una obligación contra quien no es parte del convenio que autoriza a los árbitros a ejecutar, pueda estar viciada de nulidad.

Como dijimos, existe una excepción en el artículo 14º de la LA, el que permite la incorporación al arbitraje (y eventualmente a la ejecución del mismo) a aquella parte que, sin haber suscrito el convenio, queda a él vinculado por la participación en la negociación, celebración, ejecución y/o terminación del contrato que contiene el convenio arbitral. También permite incluir a quien deriva beneficios del contrato sujeto a arbitraje⁽¹¹⁰⁴⁾.

(1104) *“Artículo 14º.- Extensión del convenio arbitral.*

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende

Imaginemos, por ejemplo, el caso de dos empresas vinculadas económicamente, en la que una otorga una fianza en relación a un contrato de compraventa. Este contrato contiene un convenio arbitral que además permite la ejecución del laudo por los árbitros. En dicha fianza contractual, asegura el cumplimiento de las obligaciones del comprador a pagar el precio convenido. Además, la fiadora tuvo una participación importante en la negociación y en la ejecución del contrato de compraventa. Por ejemplo, recibió físicamente el bien adquirido. Sin embargo, la empresa no suscribe el contrato de compraventa y por tanto tampoco el convenio arbitral. En ese caso, en nuestra opinión, es posible ejecutar la fianza en vía arbitral en caso de incumplimiento del deudor, en aplicación del artículo 14°.

Pero si no estamos ante alguno de los supuestos contemplados bajo el artículo 14°, los árbitros no podrán ejecutar contra un tercero su obligación, ni resolver controversias que afecten directamente a esos terceros.

Como dijimos, ese sería el caso de una tercería, en el que una persona ajena al arbitraje (y al convenio que permite la ejecución) se presenta ante los árbitros alegando que el bien que se pretende ejecutar es de su propiedad y no del ejecutado, que fue vencido en el arbitraje. Tal controversia no podría ser resuelta por los árbitros al carecer de competencia para pronunciarse de manera vinculante respecto del derecho del tercero, salvo, claro está, que fuera de aplicación el artículo 14°.

Lo mismo ocurriría si existen diversos gravámenes, con acreedores distintos, sobre el mismo bien. Imaginemos que sólo uno de esos acreedores está cubierto por el arbitraje y la competencia de los árbitros, pero no los demás. Los árbitros tendrían que decidir sobre cómo repartir el dinero resultante de la venta y, eventualmente, levantar todos los gravámenes para que el bien quede libre de los mismos a favor del adquirente. Pero el árbitro no podrá tomar esa decisión por que se refiere a derechos de terceros que no se han sometido a su jurisdicción.

Una alternativa interesante sería que se inscriba en el registro correspondiente el convenio arbitral de ejecución, por ejemplo, al inscribirse una hipoteca o una garantía mobiliaria. Una forma de salvar el arbitraje sin afectar derechos de terceros, es que la cláusula arbitral inscrita, sea oponible a todos los que inscriban algún gravamen o derecho sobre el bien. Sería una suerte de aceptación del convenio arbitral

también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

por adhesión al convenio registrado en primer lugar. Evidentemente, la oponibilidad del convenio arbitral sólo alcanza a quienes inscribieron su gravamen después, y no a quienes lo inscribieron antes.

Por ejemplo, si un primer acreedor hipotecario registra su gravamen y al mismo tiempo queda registrado el convenio arbitral, este será oponible a un nuevo acreedor que inscribe después su hipoteca. Ello por que el segundo podía conocer el convenio revisando los registros públicos y, por tanto, verse obligado a respetarlo, si es que se opone a la ejecución de la primera hipoteca o se ve obligado a recibir el pago de la manera como lo ha establecido el árbitro pudiendo el gravamen ser levantado luego de la venta.

De hecho, ya existe en nuestro ordenamiento una figura parecida recogida en la Ley de Garantías Mobiliarias (Ley N° 28677) que en su artículo 47º, incisos 1 y 4⁽¹¹⁰⁵⁾ establece que las partes que inscriben una garantía mobiliaria pueden designar a un representante para la venta del bien. Si se inscriben garantías posteriores, todos quedan obligados a respetar la venta por el representante designado, pues se entienden adheridos por el conocimiento del registro a su representación para efectos de la venta y posterior pago. Una norma similar para el caso de ejecución arbitral de bienes registrados o en los que para un registro de garantías, podría ser un mecanismo que permitiría ampliar la eficacia del arbitraje, pudiéndose facultar al árbitro no sólo a proceder con la venta, sino eventualmente a entregar el dinero y a levantar los gravámenes.

(1105) **“Artículo 47º.- Venta extrajudicial**

Si es exigible la obligación garantizada, el acreedor garantizado puede proceder a la venta del bien mueble afectado en garantía mobiliaria en la forma establecida en los párrafos siguientes o en el acto constitutivo de la garantía mobiliaria. Excepcionalmente, si mediare pacto o la situación prevista en el inciso 6, se venderá el bien mueble con arreglo al Código Procesal Civil:

1. En el acto constitutivo de la garantía mobiliaria se otorgará poder específico e irrevocable a un tercero para realizar y formalizar la transferencia del bien mueble afecto en garantía mobiliaria. No se admite el pacto mediante el cual el propio acreedor garantizado sea el representante. El poder no requiere inscripción distinta de la que contiene el Registro respectivo. Para estos efectos no resulta aplicable el segundo párrafo del artículo 153º del Código Civil ni el artículo 156º del mismo. [...]

4. Si el bien mueble estuviese afecto a gravámenes anteriores a la garantía mobiliaria que dio lugar a la venta, el representante deberá consignar a la orden del Juez Especializado en lo Civil, el importe total de la venta del bien mueble dentro de los tres días hábiles siguientes al cobro del precio.

Si hubiese gravámenes posteriores a la garantía mobiliaria que ha dado lugar a la venta, el representante consignará a la orden del juez el saldo del precio de venta que hubiese después de haberse hecho cobro el acreedor garantizado. El juez procederá con arreglo al Código Procesal Civil”.

6. ¿QUÉ TIPO DE ACTOS PUEDE LLEVAR A CABO UN ÁRBITRO DURANTE LA ETAPA DE EJECUCIÓN

Sin que la siguiente enumeración sea taxativa, sino meramente enunciativa, un tribunal arbitral podría, durante la ejecución:

- a.* Calcular intereses o costas y costos del arbitraje y ordenar su pago.
- b.* Resolver oposiciones a la ejecución. Incluso bajo el principio kompetenz-kompetenz podría resolver cuestionamientos a su competencia para ejecutar, determinando si la cláusula arbitral lo faculta a ello.
- c.* Llevar a cabo la venta del bien.
- d.* Ordenar embargos e incluso proceder a su inscripción en el registro respectivo.
- e.* Monitorear el cumplimiento de la conducta u omisión ordenada en el laudo.
- f.* Entregar las cartas fianzas que se le hubieran dado para garantizar el cumplimiento del laudo.
- g.* Ordenar el desalojo o el secuestro de un bien. Sin embargo si para ejecutar dicha orden se requiere el uso de la fuerza pública, tendrá que recurrirse a un juez que emita la orden correspondiente.
- h.* Ordenar la entrega de bienes o dinero depositado en almacenes o entidades financieras.

Como vemos, la relación de actos es amplia y permite formarse una idea del potencial de la ejecución arbitral y de la contribución adicional que el arbitraje puede dar a la desjudicialización de los conflictos. El etcéteras de las posibilidades puede ser interminable y se puede cubrir un espectro muy variado de actos de ejecución.

7. LA FACULTAD DISCRECIONAL DE DEJAR DE EJECUTAR

El segundo numeral del artículo 67° señala, sin embargo, que en caso los árbitros consideren, a su mera discreción, que se requiere el auxilio de la fuerza pública, podrán así requerirlo. Así el numeral en cuestión señala:

“2. Se exceptúa de lo dispuesto en el apartado anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a

costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución”.

El párrafo merece algunos comentarios. El primero es que, incluso, así el árbitro este facultado por las partes para ejecutar, puede apartarse del encargo. La norma ha señalado que ello es a su sola discreción, dando a entender que no puede ser obligado a llevara cabo la ejecución más allá de lo razonable, siendo la razonabilidad evaluada a discreción de los propios árbitros. En nuestra opinión, ello no significa que pueda apartarse inmotivadamente, pues la norma le exige que evalúe si es conveniente o necesario el uso de la fuerza pública, que como ya vimos parece el campo en el que justamente no se puede dar competencia al árbitro.

El ejercicio de la discrecionalidad del árbitro no debe entenderse como libre de consecuencias. Por ejemplo, si un árbitro que aceptó la ejecución y aceptó también honorarios adicionales por dicha etapa, y se retira sin que sea razonable hacerlo, deberá, a nuestro criterio, devolver los honorarios o una parte proporcional de los mismos, por la labor que deja de desempeñar en uso de dicha discreción. Ello no debería ocurrir si efectivamente es razonable que la ejecución continúe en lo judicial. En esa línea, la ausencia de responsabilidad no puede ser entendida como una facultad para conservar honorarios por actividades que no ha realizado.

En segundo lugar, hay que leer la norma con cuidado para evitar malas interpretaciones. Pueden darse situaciones en que el árbitro ha hecho todo a su alcance y ya no es posible continuar con ningún aspecto de la ejecución sin recurrir a la fuerza pública. En ese caso cesa en sus funciones (como señala el párrafo comentado) y entrega los actuados para que se recurra a la ejecución judicial.

Sin embargo, ello no significa que toda vez que recurra a la fuerza pública debe cesar en sus funciones. Los árbitros pueden estar, por ejemplo, ejecutando diversos bienes al mismo tiempo y en uno de los casos requerir la extracción de uno de esos bienes del predio en el que se encuentra. En ese caso puede pedir el auxilio del juez para la ejecución, pero sin cesar en sus funciones para continuar ejecutando otros bienes. El cese al que se refiere el párrafo es en el caso que el árbitro ya haya llevado a cabo todos los actos que estaban a su alcance.

¿Qué situaciones puede justificar que el árbitro se aparte? Por ejemplo, la necesidad de realizar un descerraje o la extracción física de bienes de un domicilio, la inscripción de una decisión ante la negativa de un registrador, la negativa de un banco o de un almacén de entregar los fondos o bienes correspondientes, etc. No olvidemos que si bien la ley y el acuerdo pueden haber facultado al árbitro a ejecutar, se pre-

sentarán situaciones en las que autoridades o incluso particulares, se resistan a cumplir lo ordenado, llevando al árbitro a considerar que es mejor dejar la ejecución a un juez, para que este haga uso de aquellas facultades y apercibimientos de los que los árbitros carecen.

8. EL ARBITRAJE DE EJECUCIÓN

Finamente, es conveniente reflexionar sobre el relativo poco uso de árbitros para actividades de ejecución. No es común que los bancos o entidades financieras usen al arbitraje como mecanismo de ejecución. Quizás ello se derive de la creencia que esa actividad significa siempre el uso de la fuerza pública. Pero como vimos, ello no es necesariamente cierto.

Como mencionamos antes, la ejecución por árbitros puede no referirse a la ejecución de un laudo, sino a la ejecución de un título valor, una hipoteca, una garantía mobiliaria, etc. Ello se haría en procesos arbitrales de ejecución en la que los árbitros ejecutan desde un primer momento y sin intervención judicial.

Quizás el no uso tenga otra explicación, y se relacionen con esquemas arbitrales usados en el arbitraje comercial convencional, diseñado para lidiar con controversias contractuales de otra naturaleza. Una ejecución requiere decisiones rápidas, muchas veces sin notificar del inicio de las actuaciones a la otra parte. Ello significaría que el árbitro para ejecutar este designado sin la participación, pues si se pasa por la etapa de designación usualmente utilizada, la parte deudora estaría notificado de la inminencia de la ejecución, y procedería a ocultar sus bienes. Incluso el uso de órganos colegidos (suelen designarse tribunales de tres miembros) puede hacer más lentas las actuaciones y privar de eficacia la ejecución misma.

En ese sentido, es mejor plantear un sistema de arbitraje de ejecución diferente, con otros paradigmas y con otra funcionalidad. Tendría que tener su propio reglamento, con reglas que se ajusten a los procesos de ejecución.

No puede tratarse del arbitraje tradicional con tres árbitros. Posiblemente, requerirá de un nivel de especialización particular, con una estructura capaz de responder de inmediato al conflicto y con capacidad de reacciones rápidas sin advertir a la otra parte que la ejecución es inminente.

Ello hace que consideremos algunas características especiales para los arbitrajes de ejecución: