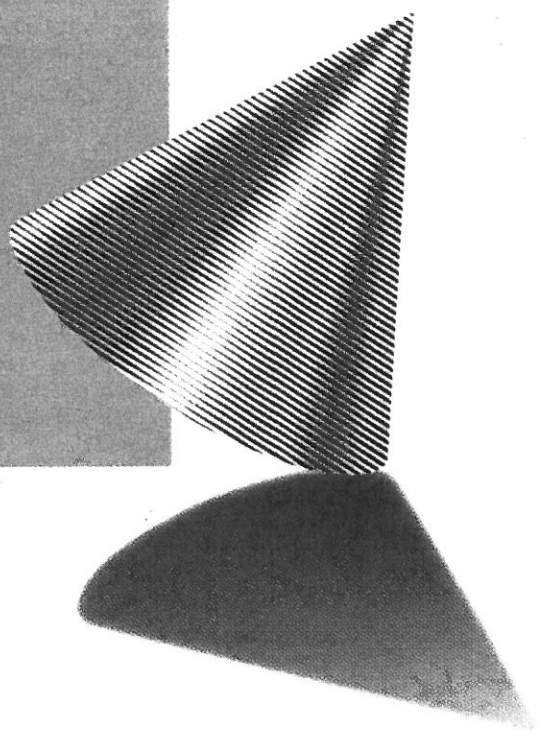


12162

Volumen 6 Biblioteca
de Arbitraje

Arbitraje

**Ponencias del
Congreso Internacional
de Arbitraje 2007**
Segunda Parte




PALESTRA



PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ



**CENTRO DE
ANÁLISIS Y
RESOLUCIÓN
DE CONFLICTOS**



Liberté • Égalité • Fraternité

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE
EMBAJADA DE FRANCIA EN EL PERÚ

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Ponencias del
Congreso Internacional de Arbitraje
llevado a cabo en septiembre del 2007
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Agosto 2008
Tiraje: 500 ejemplares

© Mario Castillo Freyre, 2008
© Palestra Editores S.A.C., 2008

Diseño de Cubierta: Iván Larco
Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o
parcialmente, sin permiso expreso de los autores.*

ISSN: 1996-8620

Impreso en el Perú - Printed in Peru

ÍNDICE

	Páginas
Índice	9
Día 4 – Jueves 6 de septiembre de 2007	13
Marianella Ledesma Narváez ✓ <i>¿El laudo pone fin al procedimiento arbitral?</i>	15
Verónica Rosas Berastain ✓ <i>Un laudo inhibitorio</i>	43
Laura Castro Zapata ✓ <i>El Convenio Arbitral vs. el Acta de Instalación (o en qué ocasiones puede modificarse lo pactado en el convenio arbitral)</i>	55
Juan José Pérez-Rosas Pons ✓ <i>Enemigos íntimos: Código Procesal Civil vs. Ley General de Arbitraje, a propósito del debido proceso</i>	75
Lorenzo Zolezzi Ibárcena ✓ <i>El arbitraje y su aparente colisión con algunos principios y derechos de la función jurisdiccional</i>	93
Ana María Arrarte Arisnabarreta ✓ <i>Apuntes sobre el debido proceso en el arbitraje: La anulación de laudo y el proceso de amparo</i>	115

EL CONVENIO ARBITRAL VS. EL ACTA DE INSTALACIÓN (O EN QUÉ OCASIONES PUEDE MODIFICARSE LO PACTADO EN EL CONVENIO ARBITRAL)

*Laura Castro Zapata **

Sumario: 1. Propósito. 2. El Convenio Arbitral.— 3. El Acta de Instalación.— 4. Convenio Arbitral o Acta de Instalación.— 4.1. Modificaciones al convenio arbitral antes del inicio del proceso arbitral.— 4.2. Modificaciones al convenio arbitral después de iniciado el proceso arbitral.— 4.2.1. A través del Acta de Instalación.— 4.2.2. A través de la Prórroga de la Competencia.— 5. Conclusiones.

1. PROPÓSITO

El presente artículo es resultado de mi participación como expositora en el Congreso Internacional de Arbitraje 2007, llevado a cabo en la ciudad de Lima entre el 3 y 7 de septiembre de 2007, y está referida a las eventuales modificaciones que pueden producirse con respecto al contenido del convenio arbitral.

* Socia fundadora del Estudio Mario Castillo Freyre. Catedrática de los cursos de Derecho de Obligaciones y Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFÉ). Árbitro de la Cámara de Comercio de Lima y del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima en convenio con la Universidad Autónoma de Madrid. Alumna del Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2. EL CONVENIO ARBITRAL

Es usual en muchos contratos que se incluya una cláusula de solución de conflictos o controversias, denominada en el Derecho anglosajón como *dispute resolution*, en la que se determina la vía por la cual se resolverán el o los conflictos que se deriven del contrato que lo contiene, es decir, si dicha solución se llevará a cabo a través de un proceso arbitral (fuero privado) o de un proceso ordinario (Poder Judicial).

Cuando esa cláusula de solución de conflictos prevé que la vía a emplearse será la de un proceso arbitral, se le suele denominar también como cláusula arbitral o convenio arbitral.¹

A esta cláusula arbitral o convenio arbitral se le denomina así porque en ella las partes, reconocen que se someten a la decisión de un árbitro o de un tribunal arbitral,² es decir, reconocen a la vía arbitral como la

¹ Resulta necesario señalar que no constituye regla absoluta que el convenio arbitral se encuentre pactado dentro del contrato que le dio vida, ya que es posible que el convenio arbitral se pacte simultáneamente o con posterioridad a dicho contrato, en documento aparte; sin embargo, lo que sí constituye regla es que el convenio arbitral deba constar por escrito. Tan es así que la Ley General de Arbitraje (Ley n.º 26572), en su artículo 10 establece que «El convenio arbitral se celebra por escrito, bajo sanción de nulidad. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente». En el mismo sentido, la Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras), denominado también «Convención de Nueva York» del 10 de junio de 1958, requiere que el acuerdo arbitral de las partes para resolver el asunto que dio origen al laudo extranjero como consecuencia de un proceso arbitral desarrollado en el extranjero, deba constar por *escrito y firmado* por las partes, sin importar que el acuerdo forme o no parte de un contrato.

² Como sabemos, existen dos clases de arbitraje: de derecho y de conciencia, y éstos a su vez pueden ser, de manera excluyente, *ad-hoc* o institucionales. Será de derecho el arbitraje cuando en el convenio arbitral las partes así lo hayan pactado expresamente; de lo contrario, se presume que es de conciencia (salvo que el reglamento al que se sometieron las partes señale lo contrario). Si se determina que es de derecho, la controversia deberá resolverse de acuerdo al derecho aplicable, y si fuese de conciencia, la controversia se resolverá

única para dar solución a sus futuros conflictos en las materias para las que se pacta la referida cláusula.

También es usual que esas mismas partes establezcan en el propio convenio arbitral, las reglas —algunas, si no todas— por las que se regirán dichas partes ante un eventual conflicto, tal como se desprende de los artículos 9 y 33 de la Ley n.º 26572, cuyos textos reproducimos:

Artículo 9.- «Definición de convenio arbitral.- El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual, sean o no materia de un proceso judicial [...].

El convenio arbitral puede estipular sanciones para la parte que incumpla cualquier acto indispensable para la eficacia del mismo, establecer garantías para asegurar el cumplimiento del laudo arbitral, así como otorgar facultades especiales a los árbitros para la ejecución del laudo en rebeldía de la parte obligada [...].».

Artículo 33.- «Libertad de regulación del proceso.- Las partes pueden pactar el lugar y las reglas a las que se sujeta el proceso correspondiente. Pueden también disponer la aplicación del reglamento que tenga establecido la institución arbitral a quien encomiendan su organización.

A falta de acuerdo, dentro de los diez (10) días siguientes a la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, éstos deciden el lugar y las reglas del proceso del modo que consideren más apropiado, atendiendo la conveniencia de las partes. La decisión será notificada a las partes [...].».

Más allá de la discusión relativa a si el convenio arbitral es un contrato o un convenio, que no constituye materia de la presente

conforme a los conocimientos y leal saber y entender del árbitro o de los árbitros.

Un arbitraje ad-hoc se diferencia de uno institucional, cuando la organización y el desarrollo del arbitraje no han sido encomendadas a alguna institución arbitral. De tal manera que un arbitraje de derecho o de conciencia podrá ser *ad-hoc* o institucional, pero jamás un arbitraje podrá ser ad-hoc e institucional a la vez, ya que por su propia naturaleza ambas categorías son excluyentes.

ponencia, lo cierto es que sea uno u otro, igualmente, se le aplicarían las normas del Código Civil, referidas a contratos y acto jurídico.³

En este sentido, no cabe duda de que aquello que las partes pactaron en el convenio arbitral son las reglas que, de suscitarse un conflicto, resultarán aplicables entre ellas, por constituir su propia voluntad.

Ello, en virtud de lo establecido por los artículos antes mencionados y por los numerales 1361 y 1363 del Código Civil, que señalan que los contratos son obligatorios en todo lo que se halla expresado en ellos, y que producen efectos solamente entre las partes que los celebran.⁴

Hasta aquí, entonces, no hay duda de que lo acordado por las partes en el convenio arbitral, es lo que se aplicará entre ellas en el futuro proceso.

Sin embargo, como todo acuerdo de voluntades, el convenio arbitral puede ser regulado, modificado o incluso extinguido por un acuerdo posterior.

3. EL ACTA DE INSTALACIÓN

El acta de instalación siempre nace con posterioridad al convenio arbitral.⁵

³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. -«El Convenio Arbitral». En *Boletín Jurídico Arbitraje on Line*. La Voz del Árbitro, n.º 6, año III, septiembre del 2005. Boletín editado por la Cámara de Comercio de Lima, http://www.camaralima.org.pe/arbitraje/boletin/edic_ant/6/default.htm

⁴ CAIVANO, Roque y Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE. -«Arbitraje y grupos de sociedades. Extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario». En *Lima Arbitration*. Revista del Círculo Peruano de Arbitraje, n.º 1, 2006, p. 122.

⁵ Salvo la situación teóricamente posible, pero absolutamente inusual en la práctica, descrita en el segundo párrafo del artículo 10 de la Ley General de Arbitraje, Ley n.º 26572.

En tal sentido, existiendo un convenio arbitral por escrito y suscitada alguna controversia entre las partes intervinientes en dicho convenio, sobre algún tema previsto en él, la parte que considere que su derecho ha sido vulnerado (futura parte demandante), solicitará a quien estime pertinente,⁶ que acepte la designación como árbitro; designación que deberá ser comunicada —inmediatamente— a la parte contraria (futura parte demandada).

Cabe mencionar que si las partes pactaron que quien resolverá la controversia será un Tribunal Arbitral, constituido, en la mayoría de veces por tres árbitros (pudiendo ser éste de un número mayor pero siempre impar); cada parte solicitará, de acuerdo a su voluntad, a una persona la aceptación como árbitro de parte para que luego, a su vez, cada uno de los árbitros de parte designados, elijan a un tercer árbitro, denominado Presidente del Tribunal.

Es así, que una vez designado el Presidente del Tribunal, y no existiendo impugnación contra alguno de ellos, el Tribunal quedará constituido, procediéndose a citar a ambas partes a la instalación del mismo.

De dicha audiencia se deja constancia en el acta de instalación; de allí que la referida acta es el instrumento que regirá las relaciones entre el árbitro o tribunal arbitral y las partes que se encuentran en conflicto, en tanto ella constituye el contrato a través del cual se forma la relación jurídica trilateral propia del proceso arbitral (parte + parte + tribunal arbitral).

⁶ Que, por lo general, es una persona natural, de profesión abogado, salvo que las partes hayan pactado algo distinto, es decir, que el arbitraje no sea de derecho sino de conciencia o que, aun siendo de derecho, por lo menos alguno de los árbitros sea de profesión u oficio distinto, como ocurre en el caso de la Ley n.º 26850 (Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado), D.S. n.º 083-2004-PCM (Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado). Asimismo, es posible que la designación de los árbitros pueda recaer sobre personas jurídicas, incluida una institución arbitral.

4. ¿CONVENIO ARBITRAL O ACTA DE INSTALACIÓN?

La pregunta que surge y es materia de análisis en el presente ensayo es si resulta posible que el contenido del acta de instalación debe primar sobre lo pactado en el convenio arbitral, considerando que el acta de instalación nace en virtud del convenio arbitral.

La respuesta afirmativa se impone.

Nos explicamos.

Todo proceso arbitral implica la existencia de una relación jurídica trilateral, compuesta por:

- i) Las dos partes del arbitraje, que decidieron, por medio de un convenio arbitral, someter su conflicto de intereses a la jurisdicción arbitral; y
- ii) El tribunal arbitral, sea singular o, como ocurre en muchos casos, colegiado, que será el que resuelva la controversia.

De tal manera que la característica más significativa del arbitraje es la importancia que posee la autonomía privada, manifestada en los dos actos a través de los cuales se forma esa relación jurídica trilateral, es decir, el convenio arbitral y el acta de instalación del tribunal arbitral.

Como ya ha sido expresado, independientemente de la discusión que existe en doctrina en torno a la naturaleza jurídica del convenio arbitral, en lo que respecta al ordenamiento jurídico peruano, éste le otorga carácter obligatorio, además de que sus disposiciones resultan de ejecución forzosa. Es decir, convenio o contrato, resulta obligatorio para ambas partes.

Es evidente, también, que el convenio arbitral determina las pautas básicas y fundamentales con las que deberá plantearse la solución de cualquier controversia que, con respecto a las materias comprendidas

en el propio convenio arbitral, se presenten en el futuro entre las partes contratantes.

Pero el convenio arbitral constituye solamente el punto de partida; la referencia inicial; el aspecto mínimo que las partes han acordado para la futura solución de sus controversias.

De ahí que la casi totalidad de convenios arbitrales sólo constan de uno, dos o hasta tres párrafos, en los cuales se indican aspectos básicos, tales como si el arbitraje será ad-hoc o administrado, la naturaleza del arbitraje, el número de árbitros, el idioma y, tal vez, algún otro aspecto adicional.

Y ello obedece a que no existe la necesidad de prever más que eso, en tanto es una cláusula de mera previsión ante la aparición del conflicto.

Por ello, resulta claro que una vez producida la controversia, las partes podrán ratificarse en todos y cada uno de los términos del convenio arbitral, como podría ocurrir también que los varíen de manera expresa o tácita.

Son múltiples las situaciones susceptibles de ser imaginadas en relación al particular.

4.1. Modificaciones al convenio arbitral antes del inicio del proceso arbitral

La primera de esas situaciones sería aquella en que ambas partes adviertan la necesidad de modificar de manera expresa un aspecto del convenio arbitral, precisamente, para dar inicio al proceso.

En tal sentido, suele ocurrir con relativa frecuencia, que habiéndose pactado la administración del futuro proceso por un determinado Centro de Arbitraje, existiendo todavía este Centro, pero habiendo constatado las partes su poca operatividad y la falta de garantías en

torno a su adecuado funcionamiento, ellas decidan escoger y acordar un nuevo Centro de Arbitraje para que administre el proceso o que el mismo se tramite fuera de cualquier centro de arbitraje, es decir, que se trate de un arbitraje ad-hoc.

También, sería perfectamente factible que las partes modifiquen los términos del convenio arbitral de origen, que preveía la existencia de un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros, a efectos de que el mismo sea unipersonal, ahorrando los costos que implicaría la integración múltiple del tribunal.

No está de más decir que todas estas modificaciones ab initio del convenio arbitral, como expresó Lourdes Flores el primer día de este Congreso, se realice por una apuesta común de ambas partes en relación al futuro proceso que ambas enfrentarán.

Sí, en cambio, primara entre ellas una actitud beligerante, resultará prácticamente imposible modificar del modo descrito los alcances del convenio arbitral.

Otro aspecto que puede conducir a las partes a la modificación de los términos del convenio arbitral o, incluso, a su sustitución por otro nuevo, se presenta en aquellos casos, advertidos y descritos en la exposición que el día martes hizo el profesor Eduardo Barboza Beraún, en relación, a las cláusulas patológicas en el arbitraje.

Decimos esto, porque ocurre muchas veces que las partes introducen una cláusula arbitral en su contrato sin haber reflexionado detenidamente en torno a los alcances de ella.

En este caso, la cláusula arbitral defectuosa puede conllevar a la frustración de expectativas de aquél que quiere hacer efectivos sus derechos, en la medida de que dicha cláusula podría no permitirle llevar adelante un proceso arbitral e incluso condenarlo a no poder recurrir a la vía judicial para hacerlos valer.

Siempre en el entendido de que exista buena fe entre ambas partes, será evidente que el camino más razonable que ambas partes podrán transitar es el de proceder a modificar dicha cláusula patológica a efectos de tornar viable el futuro proceso.

Ahora bien, luego de haber expuesto aquellas situaciones susceptibles de presentarse antes del inicio del proceso arbitral, pasaremos a referirnos a aquellas otras que pueden producirse con posterioridad al inicio del mismo.

4.2. Modificaciones al convenio arbitral después de iniciado el proceso arbitral

4.2.1. A través del acta de instalación

No cabe la menor duda de que el momento idóneo para proceder a la modificación de las normas básicas establecidas en el convenio arbitral es el acta de instalación.

Decimos esto, pues, generalmente, el acta de instalación representa el desarrollo pormenorizado de todos aquellos aspectos que van a constituir las reglas en las que se desarrollará el proceso que comienza.

No cabe duda de que en la mayoría de veces las reglas del acta de instalación no son otra cosa que la ampliación —al detalle— de los aspectos básicos pactados en el acta de instalación.

En muchos casos también el acta de instalación se limitará a establecer sólo algunos aspectos, tales como los relativos al secretario arbitral, el domicilio de las partes, los honorarios de los árbitros, la sede del tribunal, el idioma aplicable y algún otro adicional. Ello, en la medida de que se tratase de un arbitraje administrado por un Centro de Arbitraje, pues en este caso lo más probable será que, en concordancia con el convenio arbitral, las partes hayan establecido que el futuro proceso se regirá por el reglamento procesal del respectivo centro de arbitraje, el mismo que ya contempla casi todas las reglas sobre el particular.

La práctica enseña que las actas de instalación de los tribunales arbitrales de procesos administrados por un Centro de Arbitraje, son considerablemente más cortas que las actas de instalación de tribunales arbitrales ad-hoc, dado que en estos últimos sí será necesario establecer un conjunto de reglas precisas, en ausencia de un reglamento preestablecido.

Pero así como el acta puede constituir el mero desarrollo del convenio en reglas particulares y precisas podría no serlo, sino por el contrario, podría establecer reglas diferentes y hasta contradictorias con aquéllas establecidas en el convenio.

Situaciones como éstas son más comunes de lo que uno podría pensar.

Ello obedece a varias razones.

En primer lugar, voy a referirme a la naturaleza jurídica del acta de instalación con respecto al convenio arbitral.

Es evidente que con la salvedad formulada al inicio de mis palabras, el convenio arbitral obliga, pero sólo obliga a las partes que lo han celebrado.

Es evidente también que ellas no podrían imponer a los futuros árbitros que conocerán las controversias, determinadas reglas que dichos árbitros podrían no querer aceptar.

Sólo para ilustrar lo expresado, mencionaremos algunos ejemplos extremos, como podría ser el caso en el que dos empresas peruanas, por una controversia surgida de un contrato celebrado y ejecutado en el Perú, hubiesen pactado que el proceso se desarrollara en idioma chino-cantonés, y que los árbitros que conocieran ese arbitraje de derecho fueran de nacionalidad peruana.

No resulta difícil imaginar que será muy poco probable que dichas

partes consigan en nuestro medio a tres profesionales competentes que, además, hablen y lean perfectamente en el citado idioma.

Ello conllevará a que, si son elegidos como árbitros profesionales que no conocen el chino cantonés, ellos establezcan en el acta de instalación que el proceso se debería desarrollar en idioma español.

En ese sentido, resultará evidente que si ambas partes suscriben en estos términos el acta de instalación, el proceso se deberá desarrollar en español y no en chino cantonés.

Y es que lo que ocurre es que el acta de instalación, independientemente de constituir un acto procesal del arbitraje, es un contrato en todos sus términos, en el cual intervienen cada una de las partes en conflicto, además de los árbitros, quienes darán su consentimiento con respecto a un conjunto de reglas que deberán aplicar en el proceso.

En ese sentido, para seguir con nuestro ejemplo, si bien es cierto que el convenio arbitral establecía el chino cantonés como idioma del proceso, el haber pactado en el acta de instalación que el proceso se desarrollara en idioma español, habrá constituido una modificación expresa de lo pactado en el convenio arbitral.

En tal sentido, debo recordar que el día martes en las exposiciones que se formularon en este Congreso, coincidieron sobre el particular los profesores Leysser León y Eric Palacios.

Y es, precisamente, el contenido del acta de instalación el contrato que regirá la conducta, no sólo de las partes en el proceso, sino de los propios árbitros, a quienes se les podrá exigir el cumplimiento de lo pactado en el acta, y quienes, obviamente, no estarán obligados a cumplir aquello que no se hubiere convenido en el acta de instalación, salvo que se tratase de la aplicación de normas de orden público.

No cabe duda de que uno de los casos más representativos de cambios en el acta de instalación con respecto del convenio arbitral, está

constituido por aquellos casos en los cuales el convenio arbitral establecía que el proceso se desarrollaría en días naturales, en tanto que el acta de instalación prevea que el proceso se debería desarrollar en días hábiles.

Otro de los supuestos de común ocurrencia, es aquél en el cual las partes hubiesen establecido en el convenio arbitral determinadas reglas en relación al plazo máximo de duración del proceso, como sería el caso en el cual hubiesen pactado que éste no durara más de 60 días.

Y qué habría pasado si en el acta de instalación no se hubiese hecho referencia al plazo máximo de duración del proceso, pero se hubiesen establecido reglas procesales que conllevarían a que la duración del proceso fuera —necesariamente— mayor a los 60 días.

Pues, resultaría evidente que, en este caso, se habría producido la derogación expresa de lo acordado en el convenio arbitral.

Es más, resultaría de aplicación al ejemplo lo dispuesto en materia obligacional por el ordenamiento jurídico peruano, cuando el artículo 1277 del Código Civil establece que por la novación se sustituye una obligación por otra.

Agrega la norma que para que exista novación es preciso que la voluntad de novar se manifieste —indubitablemente— en la nueva obligación, o que la existencia de la anterior sea incompatible con la nueva.

Dentro de tal orden de ideas, si la suma de los plazos de los diferentes actos procesales descritos en el acta de instalación fuese mayor al plazo del convenio arbitral, será evidente que las partes habrán novado la primera obligación.

Pero, no sólo se habrá producido la novación antedicha, ya que en el acta de instalación el tribunal arbitral habría dado su asentimiento únicamente al nuevo plazo y no al primigenio.

De lo expuesto, creemos que va quedando claro que el tema de las modificaciones implícitas, explícitas, tácitas o expresas, resulta moneda corriente en la Audiencia de Instalación y en la consiguiente acta que recoja lo acordado en la misma.

Pero, nos debemos preguntar si existe algún otro momento procesal en el que las partes puedan modificar lo acordado en el convenio arbitral y en el acta de instalación.

Para tal efecto, debemos subrayar que, en lo que se refiere a las reglas del proceso, cualquier modificación futura de las mismas tendrá que ser, necesariamente, acordada por ambas partes y por el tribunal arbitral.

Es claro para nosotros que, a partir de la firma del acta de instalación del tribunal arbitral no procede cambio unilateral alguno de dichas reglas.

Nos explicamos.

Las partes aunque estuvieran de acuerdo, no podrían imponer reglas distintas a las acordadas con el tribunal arbitral.

Esto es así, en la medida de que una vez acordadas las reglas en el acta de instalación, las partes no son dueñas ni señoras del proceso, ya que el mismo se desarrolla por un acuerdo conjunto entre las partes y los árbitros.

Para explicarlo con un ejemplo, resultaría evidente que si las partes ahora deciden que el arbitraje deberá llevarse en idioma francés, no podrían comprometer a los árbitros a acatar dicho acuerdo, así como los propios árbitros no podrían obligar a las partes a que el proceso se lleve en idioma japonés.

Éste y otros aspectos van configurando cuáles son los límites que a partir de la audiencia de instalación se presentan en torno a la modificación de las reglas del proceso.

Queda claro, entonces, que cualquier modificación futura requiere del acuerdo de partes y árbitros.

4.2.2. A través de la prórroga de la competencia

De otro lado, es evidente que en la audiencia de instalación de un tribunal arbitral no se establecen los puntos controvertidos del proceso, pues ellos se deducen de la demanda, de la contestación a la demanda, de la reconvención y de la contestación a la reconvención.

Dentro de tal orden de ideas, la materia arbitrable usualmente no es modificada en acto posterior al convenio arbitral o a la modificación del propio convenio arbitral.

Sin embargo, ella puede producirse cuando se presente la figura conocida como «prórroga de competencia».

Para ilustrar lo expresado vamos a poner un ejemplo.

Imaginemos que el convenio arbitral sólo prevé como materia arbitrable en el futuro proceso las controversias que se susciten de la ejecución del contrato en el que se inserta el convenio arbitral. De esta manera, no han sido previstas como arbitrables, eventuales controversias sobre: nulidad, anulabilidad o rescisión del contrato.

Imaginemos, también, que al momento de interponerse la demanda, ésta contiene, dentro de sus pretensiones principales, una relativa a que se declare la nulidad del contrato.

Es evidente para cualquiera de nosotros que la parte demandada al contestar la demanda tendría todo el derecho de deducir una excepción de incompetencia del tribunal para conocer esta pretensión de la parte demandante, excepción que no me cabe duda alguna de que debería ser declarada fundada.

Pero ¿qué pasaría si la demandada no deduce la citada excepción

sino que se limita a negar y contradecir los argumentos en los que se sostiene la pretendida nulidad del contrato?

Si seguimos el razonamiento citado, resultará evidente que las partes, en la demanda y en la contestación, han procedido a prorrogar la competencia del tribunal arbitral, el mismo que ahora podrá conocer y resolver la nulidad pretendida, salvo que ello colisione con alguna norma de orden público.

Entonces, como puede apreciarse, aquí también se habría producido una modificación del convenio arbitral.

Aunque ello puede parecer extraño, la prórroga de la competencia, en el plano civil, constituye un contrato, en este caso modificatorio del convenio arbitral.

Es verdad que fuera de los casos expuestos, resultará difícil encontrarnos en presencia de otros supuestos de modificación de las reglas convenidas por las partes en el convenio arbitral y de aquéllas convenidas por la partes y los árbitros en el acta de instalación; no obstante lo cual, y siempre que ello no colisione con normas de carácter imperativo, se podrían acordar modificaciones a dichas reglas en cualquier momento anterior al laudo.

Un ejemplo podría ser el caso en el cual el tribunal arbitral solicitara a ambas partes un pequeño plazo adicional para laudar y las partes acordaran concederlo.

Finalmente, debemos expresar que, cualquier consideración en torno al denominado «principio de flexibilidad del proceso arbitral», deberá enmarcarse con estricto apego a los principios contractuales que rigen el convenio arbitral, el acta de instalación y cualquier acto civil de similar naturaleza que las partes convengan posteriormente.

Resulta evidente, entonces, que la flexibilidad de los procesos arbitrales no se extiende a la modificación unilateral de sus reglas.

5. CONCLUSIONES

El convenio arbitral es un acuerdo entre partes y, como tal, se funda en el consentimiento de éstas (autonomía privada), quienes deciden someter sus conflictos a la decisión arbitral. Esta autonomía privada se funda en sus dos aspectos, a saber:

- En la libertad de contratar, como libertad para decidir con quién contratar y con quién no hacerlo; y
- En la libertad contractual, como poder de reglamentación del contenido de las relaciones jurídicas, la misma que se rige por las disposiciones generales de la Sección Primera (Contratos en General) del Libro VII del Código Civil peruano y por el artículo 33 de la Ley General de Arbitraje, en el que expresamente se ampara la libertad de regulación del proceso.

El acta de instalación, finalmente, es el instrumento que rige las relaciones entre el árbitro o Tribunal Arbitral y las partes, en tanto ella misma constituye el contrato a través del cual se forma la relación jurídica trilateral propia del proceso arbitral.

Habiendo establecido que tanto el convenio arbitral como el acta de instalación son, en esencia, acuerdos de voluntades, le es de aplicación el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, mediante el cual se establece que las disposiciones de dicho cuerpo normativo se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza; por lo que lo establecido en el acta de instalación, en tanto sea una manifestación de la autonomía privada de quienes intervienen en ella, resulta obligatorio para los contratantes, esto es, para las partes y para el árbitro u órgano arbitral (argumento del artículo 1361 del Código Civil), por lo que el acta de instalación (nuevo contrato) tiene fuerza vinculante entre todas las partes que intervienen en él, obligándose a satisfacer las obligaciones asumidas.

Los árbitros no están obligados por aquello que se establezca en el convenio arbitral (en el que no participaron), sino por lo que convinieron con las partes en el acta de instalación o en algún acuerdo posterior. Bajo estas premisas, aquello que fue pactado en el convenio arbitral —que sólo obliga a las futuras demandante y demandada—, es decir a las partes que lo celebraron, es susceptible de modificación parcial o total, por un acuerdo o contrato posterior (acta de instalación, prórroga de la competencia o cualquier otro acuerdo posterior) en el que ellas mismas participen nuevamente, pero ahora junto con los miembros del Tribunal Arbitral.

De tal manera que si en el acta de instalación se regula —nuevamente— materias reguladas en el convenio arbitral y éstas se contraponen —explícita o implícitamente— a aquéllas, lo pactado en el convenio arbitral queda modificado automáticamente por el acta de instalación en el sentido de ésta; es decir, que prevalece lo estipulado en el acta de instalación; pero si, por el contrario, el acta de instalación (contrato posterior al convenio arbitral) no regula directa o indirectamente alguna materia regulada por el convenio arbitral, allí no podríamos afirmar que el acta de instalación modificó el convenio arbitral, por la sencilla razón de que no modificó nada, y se entenderá que el árbitro o los árbitros, respetarán lo convenido en ese extremo en el convenio arbitral y lo pactado en el acta de instalación, toda vez que el acta de instalación recoge al convenio arbitral con las salvedades expuestas líneas arriba. De tal manera que, respecto de ese extremo no modificado, el convenio arbitral seguirá surtiendo efectos, coexistiendo, de esta manera, dos contratos (convenio arbitral y acta de instalación).

hora bien, resulta evidente que las partes nunca podrán oponer a un tribunal arbitral lo pactado en el convenio arbitral, si es que esta estipulación no fue pactada conjuntamente con los árbitros por aplicación del principio universal *res inter alios acta*.