

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y FLEXIBILIDAD EN EL ARBITRAJE

Jensen Francisco García Córdova.¹

I.- INTRODUCCIÓN

Es aceptado en la doctrina y práctica arbitral que el Principio de Flexibilidad es uno de los principios esenciales que rigen el proceso arbitral y, en el caso peruano, ello ha quedado plasmado en distintas disposiciones del Decreto Legislativo N° 1071 - Norma que regula el Arbitraje (en adelante Norma de Arbitraje).

Las disposiciones de la Norma de Arbitraje facultan, ante la falta de acuerdo o de Reglamento Arbitral, por ejemplo, en el caso de los Tribunales Arbitrales a dictar las reglas que considere más apropiadas para la dirección y desarrollo de sus actuaciones, teniendo en cuenta claro está, las circunstancias propias de cada caso en concreto y, siempre que, no se vulnere el derecho a la igualdad; en el caso de las partes, por ejemplo, a libremente decidir el procedimiento de nombramiento del árbitro y determinar las reglas a las que se sujeta el Tribunal Arbitral en sus actuaciones, tal como se desprende de los artículos 23 y 34 inciso 1) de la Norma.

Ello es un reflejo de que nuestra Norma de Arbitraje ha recogido disposiciones de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Internacional Comercial de 1985, con las enmiendas aprobadas en el año 2006, en cuyo artículo 19 inciso 1 señala por ejemplo que “con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones”.

II.- EL ACUERDO DE LAS PARTES COMO EJE CENTRAL EN LA ESTRUCTURA DEL ARBITRAJE.

El eje central de las disposiciones contenidas en las Normas de Arbitraje en general y, en el caso peruano en particular, es el acuerdo de las partes y ello se manifiesta no solo en disposiciones como las señaladas, sino también en disposiciones que en otros ámbitos, como en sede judicial, serían impensables, como aquella que señala que cualquier árbitro puede ser removido de su cargo con el sólo acuerdo de las partes o la que señala que las partes pueden decidir que el laudo a expedirse pueda o no ser motivado tal como se desprende del último párrafo del artículo 30 y del inciso 1 del artículo 56 de la Norma de Arbitraje. Impensable que ello pueda suceder con un

¹ Magíster en Derecho Público con mención Derecho Constitucional por la Universidad de Piura. Candidato a Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Piura. Especialización en Arbitraje y Arbitraje en Contrataciones del Estado por la PUCP y Arbitraje en Contrataciones del Estado por la Universidad de Trujillo. Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Piura. Desde el 2012 se desempeña como Juez Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura. Correo electrónico: jensen_009@hotmail.com.

Magistradoo con una sentencia en un proceso judicial. La lógica del arbitraje es totalmente distinta.

Seguidamente, en caso de no existir acuerdo entre las partes respecto de un tema en particular propio de la actuación arbitral, las mismas partes pueden acordar someterse a las disposiciones de los Reglamentos de los Centros de Arbitraje y; a falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, será el Tribunal Arbitral quien decidirá las reglas que considere más apropiadas de acuerdo a las circunstancias del caso. En la posibilidad de que no exista acuerdo entre las partes y se tenga que recurrir a las disposiciones de los Centros de Arbitraje, surge la necesidad de que dichas disposiciones deban ser adecuadas y flexibles para solucionar de manera célere y eficiente el conflicto de intereses que se presenta en el proceso arbitral, teniendo en cuenta, en todo momento, las necesidades e intereses de quienes se encuentran inmersos en dicho proceso.

Si en la lógica del arbitraje prima la voluntad de las partes, de existir un conflicto entre una disposición reglamentaria y un acuerdo entre las partes, debe primar el acuerdo de las partes; de la misma manera, de existir un conflicto entre una disposición reglamentaria o un acuerdo entre las partes y una disposición de la Norma de Arbitraje debe primar, en principio, la disposición reglamentaria a la que se han sometido las partes o el acuerdo arribado por las mismas, salvo que se trate de disposiciones de carácter imperativo como la relativa a la materia arbitrable prevista en el inciso 1 del artículo 2 de la Norma de Arbitraje, cuya vulneración constituye causal de interposición del recurso de anulación de laudo tal como se señala en el inc. 1.e) del art. 63 de la Norma de Arbitraje o disposiciones que sobre arbitraje se encuentren previstas en la Ley de Contrataciones del Estado, como que el arbitraje en estos casos viene impuesto por ley y no por voluntad de las partes.

Sólo en defecto de las disposiciones acordadas por las partes o de las disposiciones reglamentarias, se aplican las disposiciones de la Norma de Arbitraje tal como sucede con la libertad de regulación de las actuaciones arbitrales prevista en su artículo 34 inciso 3 que señala “si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el Tribunal Arbitral, **se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo**”. [El resaltado es propio]

La idea general en el arbitraje, es que las partes puedan establecer las disposiciones que rijan el proceso, amoldando sus etapas y desarrollo a sus propios intereses y, en ese sentido, la flexibilidad del arbitraje se conceptualiza, según Castillo Freyre, con el propósito de establecer una diferencia entre la rigidez de los procesos de la justicia ordinaria y los procesos arbitrales y, tal flexibilidad, se manifiesta, en la adopción de las reglas del proceso por las propias partes o, en su defecto, por el tribunal arbitral; o,

por la facultad que tienen los tribunales arbitrales para actuar en defecto de disposiciones preestablecidas, para el adecuado desarrollo del proceso².

Así, las reglas del arbitraje nacerán del acuerdo de voluntades de las partes si hubiesen sido establecidas en el convenio arbitral, en un acuerdo complementario o hubiesen surgido de la autoridad de los árbitros al inicio del arbitraje. En cualquier caso, señala Rubio Guerrero, la instalación del Tribunal Arbitral es un momento oportuno para revisar o adecuar reglas predeterminadas o concertar las reglas con las partes. (...) Cualquier cambio en las reglas de juego debe contar con el consentimiento de las partes³.

La flexibilidad del arbitraje permite que las partes consensuen, entre otros aspectos: el modo y forma de cómo han de realizarse las notificaciones, incluso, cuando se considerará recibida una notificación y desde cuando se computan los plazos establecidos (artículo 12); la designación del número de árbitros (artículo 19); si el árbitro, en un arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, requiere o no ser abogado (artículo 22); el procedimiento para el nombramiento y recusación de los árbitros (artículos 23 y 29); la posibilidad de acordar el contenido de la demanda y contestación de la misma (artículo 39 inciso 1); la posibilidad de que las partes o el tribunal arbitral acuerden si las audiencias y reuniones serán privadas o públicas (artículo 42 inciso 3), etc.

Sin perjuicio lo expuesto, debe tenerse en cuenta que, la flexibilidad como principio, al igual que cualquier otro principio en sede judicial o arbitral, tiene una finalidad, no constituye un fin en sí mismo sino un medio para hacer más celer y eficiente el proceso arbitral, ideado como alternativa a la rigidez que presenta la justicia ordinaria que otorga el Estado con el proceso judicial, aunque, con la incorporación de la oralidad en el proceso civil, se ha dado una reinterpretación del art. IX del Título Preliminar del Código Procesal civil fijándose ya la idea de flexibilidad del proceso, pero con sus propias limitaciones. A decir de José María Rojí "Si la flexibilidad pierde ese objetivo, se prostituye, y cuando los letrados la utilizamos para dinamitar un procedimiento al que voluntariamente se sometieron las partes, buscando el beneficio de una de ellas, estamos haciendo flaco favor al arbitraje y siendo infieles a nuestro compromiso con la justicia y con la verdad".

III.- EL DEBER DE RESPETAR EL CONTENIDO DE LOS ACUERDOS DE LAS PARTES Y LA MAL LLAMADA FLEXIBILIZACIÓN

² CASTILLO FREYRE, Mario. El Principio de Flexibilidad en el Arbitraje. Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009. Editorial Palestra Editores. Págs. 95 a 103. En: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/78C84271E9D6C61605257D01005740AB/\\$FILE/TercerCongresoInternacionalArbitraje2009.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/78C84271E9D6C61605257D01005740AB/$FILE/TercerCongresoInternacionalArbitraje2009.pdf). Consulta: 31 de julio del 2021.

³ RUBIO GUERRERO, Roger. Ruido en la Calle Principal: Las reglas de juego en el Arbitraje y sus peligrosas distorsiones. En Revista de Derecho THEMIS N° 53. Pág. 17.

A continuación presentaremos un caso que grafica perfectamente cómo se manifiesta el Principio de Flexibilidad y, al mismo tiempo, cómo se desnaturaliza como consecuencia de una errónea interpretación de sus alcances. Se trata de un caso real recaído en el Expediente N° 826-2020 sobre Recurso de Anulación de Laudo Arbitral expedido por la Segunda Sala Civil con Sub Especialidad en Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

1.- Hechos del caso

El Ministerio de Transportes y Comunicaciones (PROVÍAS) interpuso Recurso de Anulación contra el Laudo de fecha 22 de junio de 2012 emitido por el Tribunal Arbitral en el proceso seguido por Consorcio Tumbes contra Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Descentralizado, sustentado en la causal prevista en el literal c) del artículo 63 de la Normade Arbitraje, esto es, en la causal que permite cuestionar las actuaciones arbitrales que contravengan los acuerdos adoptados por las partes.

PROVIAS señaló que el Tribunal Arbitral había inobservado los acuerdos adoptados por las partes, los cuales se encontraban contenidos en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral; específicamente, el acuerdo por el que las partes habían fijado como Sede del Tribunal Arbitral la dirección a la que denominaremos "X", lugar donde se debían presentar los escritos y llevarse a cabo todas las audiencias del proceso arbitral.

Consorcio Tumbes, dentro del plazo de ley, interpuso demanda arbitral el 10 de abril del 2007 en la Sede de CONSUCODE (ahora OSCE), lugar distinto al fijado por las partes; posteriormente, el 11 de abril del 2007, al día siguiente, Consorcio Tumbes nuevamente interpuso demanda arbitral, esta vez, en la dirección que habían acordado las partes, Sede del Tribunal Arbitral, pero fuera del plazo de ley.

Ante tal circunstancia, el Tribunal Arbitral decidió admitir a trámite la demandainterpuesta por Consorcio Tumbes, sustentando su decisión, por un lado, en la aplicación del Principio de Flexibilidad y; por otro, en las facultades con las que cuenta el Tribunal Arbitral para dictar reglas complementarias; de esta manera, el Tribunal Arbitral convalido la demanda interpuesta el 11 de abril del 2007, un día después de vencido el plazo para su interposición y, a su entender, para garantizar el Principio d Igualdad, otorgó a PROVÍAS un día adicional al establecido en el Acta de Instalación para contestar la demanda.

2.- La decisión de la Segunda Sala Civil con Sub Especialidad en Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

En cuanto al acuerdo de las partes, la Sala Civil señaló que el literal c) del artículo 63 de la Norma de Arbitraje, comprende la posibilidad de cuestionar las actuaciones arbitrales que contravengan los acuerdos adoptados por las partes, toda vez que, de

conformidad con el artículo 34 de la citada norma, las partes pueden determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones.

Ésta regla prevista en el artículo 34, según se expresa, “confiere plena autonomía a las partes para establecer de modo consensuado las reglas procedimentales a las que se someten, **las cuales deberán ser acatadas por el tribunal, el mismo que no tiene capacidad alguna para modificarlas**, salvo con la anuencia de ambas partes, **lo contrario sería equivalente a considerar que un tercero puede alterar el contenido de un contrato**”. (El resaltado es propio)

Así, la Sala Civil precisó que “el proceso arbitral se encontraba sometido al acuerdo de las partes conforme a las diversas reglas pactadas en el Acta de Instalación. Al pactarse de modo expreso e inequívoco **el lugar que constituiría la sede del proceso arbitral**, y además, precisarse que todos los escritos deberíanser presentados en ese mismo lugar, se infiere con claridad **que cualquier escrito que se presente en otro lugar es igual a no haberlo presentado**”. (El resaltado es propio)

Por otro lado, **en cuanto al Principio de Flexibilidad**, que da personalidad propia al proceso arbitral, la Sala Civil señaló que “**no está pensado en absoluto para violar acuerdos de las partes ni menos para imponer de modo arbitrario una nueva regla por sobre aquéllos** (como en este caso, modificando el plazo de 10 días y convertirlo en 11 días), lo que desnaturaliza el propio principio, lesiona la seguridad jurídica y, lo que es peor, afecta el fundamental principio de igualdad, que importa tratar (...)ambas partes en igualdad de condiciones sin romper la ley (en este caso proveniente del acuerdo) a favor de una de ellas para luego pretender componer el destroz por medio de un forzadísimo y nada convincente otorgamiento de un día adicional a la otra parte para que se crea que se ha restablecido dicho principio-derecho constitucional”. (El resaltado es propio)

Por tanto, se concluye que el Tribunal Arbitral ha procedido en contravención de los acuerdos adoptados por las partes, los cuales se encontraban expuestos en el Acta de Instalación y declaró fundado el recurso de anulación de laudo interpuesto.

3.- La Regla de ampliación de los plazos de la Norma Arbitral.

Lo primero por decir, es justamente, la errónea interpretación que realizó el Tribunal Arbitral de los alcances que tendría el Principio de Flexibilidad. Ello tiene su origen en la disposición prevista en el inciso 4) del artículo 34 de la Norma de Arbitraje que señala “(...) El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos”.

Intentemos dar contenido a dicha disposición. Para tal efecto, formulemos las siguientes interrogantes ¿es posible decir que el Tribunal Arbitral, al amparo de dicha disposición, pueda ampliar plazos vencidos de cualquier tipo, incluso, plazos que las

partes han pactado de manera expresa una fecha de término o de preclusión? o ¿es posible decir que el Tribunal Arbitral, al amparo de dicha disposición, sólo pueda ampliar los plazos vencidos, de aquellas actuaciones arbitrales que el propio Tribunal les haya establecido un plazo?

Como toda disposición en nuestro ordenamiento jurídico, no puede ser analizada de manera aislada, por el contrario, debe ser analizada de manera sistemática y bajo el principio de unidad del ordenamiento. En tal sentido, sin ser conclusivos, en tanto sería muy pretensioso de nuestra partes y, con la perspectiva de expresar una forma de ver las cosas, lo primero que hemos de decir, es que el arbitraje tiene su sustento en la voluntad de las partes, para entre otros supuestos, acudir a la jurisdicción arbitral y resolver sus controversias y, establecer las normas que rijan el proceso arbitral. El respeto de esta voluntad se encuentra garantizado por el artículo 62 de nuestra Constitución que señala “(...) los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase”.

Si esta voluntad de las partes que se traduce en términos contractuales no puede ser modificada por la ley, con mayor razón, en sede arbitral, diremos que tampoco podrá ser modificada por un Reglamento o, en su defecto, por disposiciones previstas por el propio Tribunal. La única forma de modificar tales términos contractuales es por iniciativa de las propias partes involucradas.

Así, la regulación de actuaciones arbitrales por parte del Tribunal, incluyendo, las regulaciones sobre plazos, sólo será válida, si no ha existido acuerdo entre las partes o si no existe Reglamento aplicable, así se desprende de previsto en el artículo 34 de la Norma de Arbitraje cuando señala que “A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el Tribunal Arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

Dicho de otra manera, en aquello que las partes hayan regulado, incluyendo, las regulaciones sobre plazos, el Tribunal Arbitral no podrá modificar tales términos contractuales, so pena de vulnerar el artículo 62 de la Constitución y la propia esencia del arbitraje. De allí que se haya previsto como causales de anulación del laudo arbitral, por ejemplo, de manera general, que **las actuaciones arbitrales no se hayan ajustado al acuerdo entre las partes**, lo cual incluye, como es obvio, lo referente al tema de los plazos y; de manera particular, que **la controversia haya sido decidida fuera del plazo pactado por las partes**, tal como consta de los literales c) y g) del artículo 63 de la Norma que regula el Arbitraje.

Por tanto, la disposición contenida en el inciso 4) del artículo 34 de la Norma de Arbitraje, en nuestra opinión, deberá ser entendida, en el sentido que el Tribunal Arbitral sólo podrá ampliar los plazos, aun cuando éstos se encuentren vencidos, de aquellas actuaciones arbitrales que el propio Tribunal les haya establecido un plazo;

esto es, que tal ampliación sólo será válida, si no ha existido acuerdo entre las partes o si no existe Reglamento Arbitral aplicable, así se desprende de su propio texto “(...) El tribunal arbitral podrá, a su criterio, **ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales**, incluso si estos plazos estuvieran vencidos”. [El resaltado y subrayado es propio]

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que dicha ampliación de plazo deberá tener por finalidad, lograr la consecución de la actuación arbitral que no pudo ser cumplida con el plazo inicial, en principio, por una causa justificada y, que por lo menos, a criterio del Tribunal Arbitral, tal actuación resulte necesaria para resolver el conflicto de intereses, independientemente de a quien beneficie tal actuación. En esa línea de ideas, el Tribunal deberá respetar los derechos que le asisten a ambas partes y, sobre todo, evitar que con dicha ampliación de plazo una de las partes se vea beneficiada en detrimento de la otra; por tanto, esta facultad de ampliar no podría comprender la ampliación del plazo para contestar la demanda, ya que se estaría beneficiando a una de las partes.

IV.- CONCLUSIONES

1.- El Principio de Flexibilidad es uno de los principios esenciales que rigen el proceso arbitral y ello ha quedado plasmado en distintas disposiciones de la Norma de Arbitraje. Como todo principio tiene una finalidad, no constituye un fin en sí mismo, sino que constituye un medio para hacer más celeridad y eficiente el proceso arbitral. Este principio, no está pensado en absoluto para desconocer los acuerdos de las partes y menos para imponer de modo arbitrario una nueva regla por sobre aquéllos.

2.- En la lógica del arbitraje prima la voluntad de las partes y de existir un conflicto entre una disposición reglamentaria y un acuerdo entre las partes, debe primar el acuerdo de las partes; asimismo, de existir un conflicto entre una disposición reglamentaria o un acuerdo entre las partes y una disposición de la Norma de Arbitraje debe primar, en principio, la disposición reglamentaria a la que se han sometido las partes o el acuerdo arribado por las mismas, salvo que se trate de disposiciones de carácter imperativo.

3.- En aquello que las partes hayan regulado, incluyendo, las regulaciones sobre plazos, el Tribunal Arbitral no podrá modificar tales términos contractuales, so pena de vulnerar el artículo 62 de la Constitución y la propia esencia del arbitraje. La única forma de modificar tales términos contractuales es por iniciativa de las propias partes involucradas.

4.- La disposición contenida en el inciso 4) del artículo 34 de la Norma de Arbitraje deberá ser entendida, en el sentido que el Tribunal Arbitral sólo podrá ampliar los plazos, aun cuando éstos se encuentren vencidos, de aquellas actuaciones arbitrales

que el propio Tribunal les haya establecido un plazo; esto es, que tal ampliación sólo será válida, si no ha existido acuerdo entre las partes o si no existe Reglamento Arbitral aplicable; sin embargo, esta facultad de ampliar no podría comprender la ampliación del plazo para contestar la demanda, ya que se estaría beneficiando a una de las partes.

Piura, 21 de junio del 2023.