

Art. 26°.—Privilegio en el nombramiento.

Si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes, dicha estipulación es nula.

COMENTARIO ⁽⁵⁴²⁾

El artículo 26° del D. Leg. N° 1071 resulta concordante, en primer término, con el artículo 23° del mismo dispositivo legal, por el que se regula el procedimiento de nombramiento de los árbitros, ratificándose la libertad que tienen las partes para acordar el procedimiento aplicable al nombramiento de los árbitros, pero precisándose que ello no puede significar que se vulnere el principio de igualdad.

Como se sabe, la referida regla general, por la cual la elección de los árbitros está sujeta a la libre voluntad de las partes, se encontraba ya prevista en el artículo V.1.d) de la Convención de Nueva York de 1958 ⁽⁵⁴³⁾ y en el primer párrafo del artículo II de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de Panamá de 1975 ⁽⁵⁴⁴⁾. Esta libertad, como refiere RIVERA, hace a la esencia del procedimiento arbitral, cuya primera característica es la posibilidad de elegir el juez que ha de juzgar ⁽⁵⁴⁵⁾.

En nuestro país, el antiguo Código de Procedimientos Civiles, promulgado por Ley N° 1510, establecía en su artículo 551° que los árbitros debían ser nombrados por las partes “[...] y de común acuerdo”. La Exposición de Motivos del citado Código, que fuera publicada en 1912, explicaba que “Como regla general, se ha establecido en el artículo 551° que los árbitros sean nombrados por los interesados y de común acuerdo. Prácticamente, esta regla no impide que cada parte designe a su árbitro, pero tiende a que el nombramiento del tercero,

(542) Por NATALE AMPRIMO PLÁ: Socio del Estudio Amprimo Abogados. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Miembro del Capítulo Peruano del Club Español del Arbitraje.

(543) Según el cual: “Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si es que esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: [...] d) Que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo que la constitución del Tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la Ley del país donde se ha efectuado el arbitraje”.

(544) Según el cual: “El nombramiento de los árbitros se hará en la forma convenida por las partes. Su designación podrá delegarse a un tercero sea éste persona natural o jurídica”.

(545) RIVERA, Julio C., *Arbitraje comercial: internacional y doméstico*, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2007, p. 211.

que en la generalidad de los casos resuelve la discordia, sea el fruto de la voluntad de los contendientes”⁽⁵⁴⁶⁾.

A su turno, el Código Civil de 1984 ratificó, en el primer párrafo de su artículo 1918°, que el nombramiento de los árbitros debía ser efectuado por las partes, aun cuando suprimió la expresión “de común acuerdo” que contenía el artículo 551° del Código de Procedimientos Civiles, por considerarla obvia, según refiere CÁRDENAS QUIRÓS⁽⁵⁴⁷⁾.

En su segundo párrafo, el artículo 1918° del Código Civil estableció que “Es nulo el pacto de deferir a una de las partes la facultad de hacer el nombramiento de alguno de los árbitros”. Como en su momento expresó LOHMANN LUCA DE TENA, el legislador quiso “[...] evitar que en la designación de árbitros se vulnere la regla per conditio o de equilibrio de las partes, y cuya derogación convencional podría permitir designar árbitros inescrupulosos o acomodaticios a favor de una parte y desfavor de la otra”⁽⁵⁴⁸⁾.

Por Decreto Ley N° 25935, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 10 de diciembre de 1992, se aprobó la Ley General de Arbitraje que, en su Primera Disposición Final derogó los artículos 1906° al 1922° del Código Civil (es decir, todo el Título XI de la Sección Segunda de su Libro VII, relativo a la Cláusula compromisoria y compromiso arbitral). El Decreto Ley N° 25935 fijó también como regla general que los árbitros eran designados directamente por las partes (artículo 18°) y estableció, en el último párrafo de su artículo 9°, que “Es nulo el convenio arbitral que concede a una de las partes derecho exclusivo para la designación de los árbitros, para la fijación de la materia objeto de arbitraje, o para establecer las reglas del proceso arbitral”.

Obsérvese que, a diferencia de lo regulado en el artículo 1918° del Código Civil (según el cual la nulidad afectaba sólo al pacto mediante el cual se acordaba deferir a una de las partes la facultad de hacer el nombramiento de alguno de los árbitros; lo que, en consecuencia, y a la luz de lo previsto en el primer párrafo del artículo 224° del Código Civil⁽⁵⁴⁹⁾, no perjudicaba al compromiso arbitral), el Decreto Ley

(546) Cita extraída del libro de GUZMÁN FERRER, Fernando, *Código de Procedimientos Civiles*, Tomo I, Lima, 1977, p. 403.

(547) CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos, “Cláusula compromisoria y compromiso arbitral”. En: REVOREDO, Delia (compiladora) *Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios*. Tomo VI, Lima, 1985, p. 684.

(548) LOHMANN LUCA DE TENA, Juan G., *El Arbitraje, Biblioteca Para leer el Código Civil*, 2ª ed., Vol. V, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1988, p. 136.

(549) El primer párrafo del artículo 224° del Código Civil señala que “La nulidad de una o más de las disposiciones de un acto jurídico no perjudica a las otras, siempre que sean separables”.

Nº 25935 señalaba la nulidad del convenio arbitral, ampliando incluso las causales, pues ya no se limitaba a lo relativo a la designación de los árbitros, sino que también se preveía la nulidad por conceder a una de las partes el derecho exclusivo para la fijación de la materia objeto de arbitraje o para establecer las reglas del proceso arbitral.

El Decreto Ley Nº 25935 fue derogado por la Ley Nº 26572, que entró en vigencia el 06 de enero de 1996, y que aprobó una nueva Ley General de Arbitraje, la que, en el último párrafo de su artículo 14º, estableció que “Es nula la estipulación contenida en un convenio arbitral que coloca a una de las partes en situación de privilegio respecto de la otra en relación con la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento”. Evidentemente dicha redacción superaba la que contempló el Decreto Ley Nº 25935, pues no sólo se hacía la salvedad que lo que resultaba nulo era la estipulación que violaba el principio de igualdad y no el convenio arbitral que contenía la voluntad de someterse a arbitraje, sino que, además, se sancionaba con nulidad la estipulación que colocaba a las partes en cualquier situación de privilegio (que es una expresión más amplia), respecto de la designación de los árbitros, la determinación del número de éstos, de la materia controvertida o de las reglas de procedimiento.

El artículo 26º del D. Leg. Nº 1071 tiene su antecedente inmediato en el referido último párrafo del artículo 14º de la Ley General de Arbitraje que fuera aprobada por la Ley Nº 26572, aun cuando el texto vigente ha restringido sus alcances sólo al caso de una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de una de las partes. El referido artículo 26º es pues concordante con el principio de igualdad que inspira al arbitraje y que además la actual ley ha precisado de forma expresa en el primer párrafo de su artículo 23º, siguiendo la redacción que a su turno se plasmó en la Ley de Arbitraje española, Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, en su artículo 15.2⁽⁵⁵⁰⁾.

Adicionalmente, podemos señalar, coincidiendo con GONZÁLEZ MALABIA, que el principio de igualdad recogido en la Ley de Arbitraje española, como en nuestro reciente D. Leg. Nº 1071, se inspira en el artículo 18º de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), de 1985, según el cual “deberá tratarse a las partes con igualdad y

(550) Según el cual: “Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad”.

darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer su derecho”⁽⁵⁵¹⁾.

Por otro lado, el artículo 26° en comentario, también resulta concordante con el artículo 63°, literal c., del mismo D. Leg. N° 1071, según el cual el laudo puede ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales estuvieran en conflicto con una disposición del D. Leg. N° 1071, “de la que las partes no pudieran apartarse”. Respecto de esto último, hay que precisar que dicha causal de anulación del laudo ya se encontraba contemplada en el artículo 73°, inciso 3, de la LGA, Ley N° 26572, así como en el artículo 34° de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), y en el artículo 41° de la Ley de Arbitraje española (Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003).

Como ya expresamos, si bien el D. Leg. N° 1071, al regular el procedimiento de nombramiento de los árbitros permite que las partes acuerden libremente el mismo, éste no puede vulnerar el principio de igualdad y, en concordancia con ello, el artículo 26° en comentario sanciona con nulidad cualquier estipulación que coloque a alguna de las partes en una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros.

En ese sentido, si el tribunal fue nombrado de acuerdo al procedimiento convenido por las partes, que colocó a una de ellas en una situación de privilegio en la designación de los árbitros, el laudo que dicho tribunal arbitral emita podrá ser objeto de anulación, siempre que la parte afectada hubiese efectuado un reclamo expreso en su oportunidad ante el propio tribunal arbitral y éste lo hubiese desestimado. Esto último debido a que el inciso 2 del artículo 63° del D. Leg. N° 1071 exige este reclamo previo ante el propio tribunal arbitral, como requisito de procedibilidad del recurso de anulación.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, al comentar los límites a la libertad de diseñar un método de constitución del tribunal arbitral, se pregunta si ¿cualquier ventaja estratégica debe interpretarse como una injusticia que le reste validez al método de designación de los árbitros?; y si ¿la institución arbitral, la autoridad designadora o los árbitros, al detectar la más ligera ventaja a favor de una de las partes, deben hacer caso omiso del método incluido en el acuerdo arbitral y aplicar el mecanismo previsto como supletorio en el reglamento o derecho arbitral? A

(551) GONZÁLEZ MALABIA, Sergio. En: BARONA VILAR, Silvia (coordinadora). *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, 1ª ed., Civitas Ediciones SL, Madrid, 2004, ps. 591 y 592.

continuación señala que si las respuestas son positivas, cabría analizar si: ¿no invitaría ello la invalidez del laudo, pues después de todo, se estaría dejando de observar el mecanismo contemplado por las partes?

Dentro de la práctica internacional, es conocido un caso francés también citado por el mismo GONZÁLEZ DE COSSÍO: el caso Dutco, que involucró un arbitraje multipartes en el que existían tres compañías (BKMI, Siemens y Dutco), que contrataron para la construcción de una fábrica de cemento. En el contrato respectivo, del que las tres compañías eran partes, se incluyó un acuerdo arbitral CCI que contempló un tribunal arbitral de tres miembros. Dutco inició el arbitraje demandando, en conjunto, a BKMI y Siemens, y nombró su árbitro. La Corte de Arbitraje de la CCI solicitó a los demandados que designen un árbitro, lo que fue rechazado por éstos, argumentando que sus diferencias les impedían ponerse de acuerdo sobre un mismo árbitro. En vista de lo anterior, la Corte de Arbitraje CCI designó al árbitro y continuó el procedimiento, llegándose a emitir un laudo, que fue cuestionado ante la Corte de Apelación de París. Los demandados sostenían que se trataba de un arbitraje multipartes y que el principio de igualdad exigía que cada quien designara su propio árbitro, de forma tal que participara en forma igualitaria en la constitución del tribunal arbitral. La Corte de Apelación de París rechazó la solicitud sosteniendo que no había habido violación del principio de igualdad en la constitución del tribunal arbitral, en vista que el acuerdo arbitral podía interpretarse en el sentido de requerir que dos de las partes designaran un árbitro único entre ellas. La Corte de Casación estuvo en desacuerdo y anuló el laudo sosteniendo que el principio de igualdad de las partes en la designación del árbitro es un aspecto de orden público que no puede ser renunciado⁽⁵⁵²⁾.

Como se ve, la discreción de las partes sobre la designación de los árbitros no es ilimitada, máxime cuando nuestro ordenamiento contempla como un elemento esencial del principio de igualdad y del debido proceso, el procedimiento de nombramiento de los árbitros.



Art. 27°.—Aceptación de los árbitros.

Salvo acuerdo distinto de las partes, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación del nombramiento,

(552) GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Arbitraje*, Ed. Porrúa, México, 2008, ps. 173 y 174.