

### La nulidad del convenio que establece privilegios en el nombramiento de los árbitros

Jhoel **CHIPANA CATALÁN\***

#### RESUMEN

*En este interesante artículo, el autor nos comenta las implicancias que se generan cuando en el convenio arbitral se establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de una de las partes. Advierte que en la contestación de la petición de arbitraje se tendrá que deducir la nulidad de esa situación de privilegio que solo servirá para dejar sentado tal hecho en la respuesta a la solicitud del arbitraje y, posteriormente, si el arbitraje concluye con un laudo que no favoreciera a la parte que ha deducido dicha nulidad, recién se acudiría al Poder Judicial para que se anule el laudo.*



#### MARCO NORMATIVO

**Decreto legislativo que norma el arbitraje, Decreto Legislativo N° 1071 (28/06/2008):** arts. 23, 25 inc 4), 26, 63 lit c).  
**Código Civil:** arts. 219 y 1918.



**PALABRAS CLAVE:** Arbitraje multipartes / Principio de igualdad / Nulidad de convenio arbitral / Laudo arbitral

**Recibido:** 12/10/2018  
**Aprobado:** 09/11/2018

#### I. ANÁLISIS

El artículo 26 del Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, la Ley de Arbitraje), regula el

caso de la nulidad del convenio que establece privilegios en el nombramiento de un árbitro con el siguiente tenor: "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".

Yáñez Velasco (2004) señala que:

[L]a ley concede total libertad para determinar el sistema de designación de los árbitros, con un único límite: el principio de igualdad. En efecto, el procedimiento que diseñen las partes debe respetar el principio de igualdad que es un principio de orden público, por lo que un

\* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres y también se desempeña como Árbitro. [j.chipana@puccp.pe](mailto:j.chipana@puccp.pe).

procedimiento que no lo respetase conllevaría a la nulidad de la designación. (p. 359)

Cualquier situación que constituya una inequidad en el nombramiento de los árbitros por las partes, sea cual fuere esta, determina automáticamente la nulidad de esa estipulación. De esta forma, si se constituye un tribunal arbitral con estos vicios estructurales, la parte que vea perjudicados sus intereses podrá exigir la anulación del laudo.

De la misma forma, Castillo Freyre (2007) sostiene que:

La doctrina coincide en señalar que una de las condiciones fundamentales para el ulterior desarrollo del proceso, consiste en que el tribunal arbitral tenga una conformación absolutamente idónea e imparcial. (...) En el contexto de la constitución de un tribunal arbitral **plurimembre**, la designación por cada parte de su árbitro es uno de los pasos estratégicos más determinantes del éxito de un procedimiento arbitral (...); se debe garantizar la igualdad de las partes. Dicha igualdad se manifiesta en dos ámbitos, a saber: la designación de los árbitros y la determinación de las reglas procesales. En relación a la designación de los árbitros, será nulo el convenio arbitral que coloque a una de las partes en cualquier situación de privilegio con respecto a la designación de los árbitros. La conformación imparcial del tribunal arbitral es tan importante, que el referido principio se encuentra recogido de manera expresa en la ley. (p. 46)

Debemos recordar que esta prohibición también se encuentra establecida en el primer párrafo del artículo 23 de la Ley de Arbitraje, que establece que "(...) las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido

en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad (...)".

De otra parte, resulta interesante subrayar la interrogante planteada por González de Cossío (2008, p. 173), quien cuestiona el hecho de si alguna "ventaja estratégica" debe interpretarse como una injusticia que le reste validez al método de designación de los árbitros.

Ante esta interrogante, el mismo autor señala que sí, y que este hecho causaría la invalidez del laudo, ya que se estaría dejando de observar el mecanismo contemplado por las partes.

En efecto, no debemos confundir estrategia con fraude, pues toda actuación debe enmarcarse, siempre, dentro de lo establecido por la Constitución Política y las leyes especiales (en nuestro caso, la Ley de Arbitraje).

González de Cossío (2008, p. 174) cita un ejemplo bastante ilustrativo sobre este tema. Se trata del caso Dutco; un caso francés consistente en un arbitraje multipartes en el que había tres compañías (BKMI, Siemens y Dutco) que celebraron un contrato para la construcción de una fábrica de cemento. En dicho instrumento, del que las tres empresas eran partes, se incluyó un acuerdo arbitral CCI que contempló un tribunal arbitral de tres miembros. Dutco inició el arbitraje demandando en conjunto a las otras dos empresas y nombró su árbitro. La Corte de Arbitraje de la CCI solicitó a los demandados que designen un árbitro, hecho que fue rechazado por estos, 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 el laudo, el cual fue cuestionado ante la Corte de Apelación de París. Los demandados consideraron que se trató de un arbitraje multipartes y que el principio de igualdad exigía que cada quien designara a su árbitro en el cual confiara y que, por

consiguiente, cada uno participara en forma igualitaria en la constitución del tribunal arbitral. La Corte de Apelación rechazó la solicitud sosteniendo que no hubo violación del principio de igualdad en la constitución del tribunal arbitral, dado que el acuerdo arbitral podría interpretarse en el sentido de requerir que dos de las partes designaran un árbitro único entre ellos. 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.

Otro aspecto que debe tenerse muy en cuenta es el tema de la apariencia de determinadas estipulaciones. Decimos ello, debido a que de manera a veces sutil, algunos convenios esconden lo que precisamente la norma bajo análisis desea prohibir.

Castillo Freyre (2007) aborda el tema explicándolo a través de algunos ejemplos:

El problema fundamental se encuentra cuando las reglas establecidas para la determinación de los miembros de un tribunal arbitral, las cuales se hallan –aparentemente– en concordancia con la ley y con sus presupuestos de imparcialidad, en realidad solo tienen la apariencia de serlo.

Nos referimos a aquellos casos en los cuales se guardan las formas y se establece que cada parte designará a uno de los árbitros y que entre los dos escogerán al presidente del tribunal arbitral, pero, en defecto de señalamiento o de nombramiento por una de las partes, será un tercero el que suplirá dicho nombramiento o designación.

Por ejemplo, que se establezca en una cláusula arbitral que, en caso una parte no nombrase al árbitro que le correspondía, dicha designación será hecha por

la madre de su contraparte. (...) Es claro aquí que se estaría cumpliendo con el requisito de que la designación supletoria de uno de los árbitros o del presidente del tribunal arbitral, estaría siendo hecha por un tercero, pues no cabe duda alguna de que la madre de una de las partes no es, precisamente, parte en el proceso, en ningún sentido jurídicamente aceptable.

Otro ejemplo sería el caso en el cual se estableciera en una cláusula arbitral que, en caso una parte no nombrase al árbitro que le correspondía, o en caso los árbitros de las partes no logren ponerse de acuerdo en quién presidirá el tribunal arbitral, dicha designación será hecha por una institución vinculada –de alguna manera– con alguna de las partes. (...)

Ahora bien, si nos ciñéramos estrictamente a las formalidades, tendríamos que sostener que esa designación supletoria del árbitro, o del presidente del tribunal arbitral, sería una designación válida, con el correlato de que ese tribunal arbitral podría conocer el futuro proceso y resolver todas las cuestiones relativas a su propia competencia.

Sin embargo, el Derecho no puede limitarse a este tipo de formalidades, pues todos sabemos que en un caso como el de nuestros ejemplos hipotéticos, una de las partes tendría todo a su favor, en la medida de que, dentro de un orden normal de las cosas, será ella la que pueda influir de una manera mucho más eficaz, con respecto a su propia madre o con respecto a la institución, para que haga una designación supletoria del árbitro o del presidente del tribunal arbitral, que se ajuste a la medida de sus intereses, es decir, a los intereses del propio hijo de quien hará tal designación o de la parte vinculada a la institución. (...) Esto significa que el procedimiento de designación del tribunal arbitral no solamente

debe ser idóneo en el aspecto formal, es decir, que no solamente debe revestir criterios de imparcialidad, en lo que respecta al cumplimiento de las formas. (...) Resultará indispensable que las partes hayan adoptado un mecanismo que, además del aspecto formal, en el aspecto de fondo también deba serlo. (pp. 48-51)

En efecto, si bien es cierto el aspecto formal debe encontrarse blindado por la igualdad, la independencia e imparcialidad, no es menos cierto que el aspecto sustancial, es decir, el objeto mismo de dicho acuerdo también tenga que estarlo. De nada sirve tener un cascarón limpio que enseñar para cumplir con la exigencia de la ley, cuando dentro de él encontramos elementos que hagan que la balanza se incline notablemente a favor de los intereses de una de las partes.

Ahora bien, ¿qué ocurrirá si una de las partes solicita el inicio de un arbitraje con base en una cláusula que establezca una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a su favor?

En principio, lo que tendrá que hacer la futura parte demandada, en la contestación de la petición de arbitraje, será deducir la nulidad de esa situación de privilegio.

Dicha nulidad no será conocida previamente por el Poder Judicial y el tribunal arbitral se tendrá que instalar sobre la base de las pautas establecidas por el convenio arbitral, no importando si su conformación es injusta, arbitraria, sesgada, etc.

Así pues, la deducción de esta nulidad solo servirá para dejar sentado tal hecho en la respuesta a la solicitud del arbitraje y, posteriormente, si el arbitraje concluye con un laudo que no favoreciera a la parte que ha deducido dicha nulidad, recién se podrá tener la posibilidad de recurrir al Poder Judicial para que se anule el laudo en virtud del artículo 63, literal c, de la propia

Ley de Arbitraje, el cual establece que el laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe “que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuviera en conflicto con una disposición de este Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en este Decreto Legislativo”.

Por lo demás, nada impide que una de las pretensiones del demandado cuando reconvenga sea deducir la nulidad del convenio arbitral, la cual, como se dijo, tendría que ser deducida necesariamente, a efectos de poder recurrir posteriormente (si es que ella fuese declarada infundada) a la anulación del laudo ante el Poder Judicial.

Este podría ser el camino para solucionar este grave problema.

Por otra parte, cabría preguntarse si sería posible que las Cámaras de Comercio, en virtud de las facultades que la ley establece en su artículo 25, inciso 4, puedan considerar que el convenio nulo es un convenio inexistente y que, por ende, se nieguen a designar al árbitro para el inicio del arbitraje. No olvidemos que la segunda parte del inciso 4 del artículo 25 señala que “la Cámara de Comercio únicamente podrá rechazar una solicitud de nombramiento cuando aprecie que de los documentos aportados no resulta la existencia de un convenio arbitral”.

Creemos que esta facultad no podría ser ejercida por las Cámaras de Comercio en lo que respecta al artículo 26, ya que nuestro Código Civil no ha desarrollado la teoría de la inexistencia del acto jurídico. De hecho, la inexistencia se asimila en el Derecho nacional, en cuanto a sus consecuencias, a la nulidad.

Un acto jurídico es nulo cuando se encuentra inmerso dentro de alguna causal contenida en el artículo 219 del Código Civil o alguna de las normas que regulan casos específicos de nulidad.

Por su parte, la doctrina señala que un acto jurídico es inexistente cuando carece de la manifestación de voluntad del agente o agentes (como ya se dijo, la legislación nacional sanciona este hecho con nulidad).

De la Puente y Lavalle (2004), sobre este particular, señala que:

[C]uando falta la declaración de voluntad no se produce la nulidad del acto jurídico, como, equivocadamente, lo dice el inciso 1 del artículo 219 del Código Civil, sino la inexistencia del acto. En realidad, la manifestación de voluntad mencionada en el artículo 140 es necesaria para la existencia del acto jurídico, mientras que los cuatro requisitos exigidos por el mismo artículo 140 (o sea, agente capaz, objeto física y jurídicamente posible, fin lícito y observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad) son necesarios para la validez del acto jurídico, no obstante lo cual el artículo 219 otorga la misma sanción a la falta de una y otros, esto es, la nulidad, ignorando que un acto inexistente no puede ser declarado nulo. (pp. 499 y 500)

Los casos de inexistencia, como se recuerda, se empezaron a tratar de manera distinta a los de nulidad en la jurisprudencia francesa. Así, en un caso muy antiguo se presentó el problema en el que una pareja de homosexuales quiso contraer matrimonio y los tribunales se lo impidieron. La pareja sostenía que el Código francés señalaba que el matrimonio es la unión libremente contraída por dos personas que desean casarse y que la ley no distinguía si estas personas debían ser un hombre y una mujer. Por lo tanto, no cabía distinguir donde la ley no distingue.

Los tribunales de justicia, a su turno, consideraron que en este caso, si bien no había un supuesto de nulidad contemplado por la ley (habida cuenta de que las causales de nulidad tienen que estar contempladas expresamente por el ordenamiento jurídico), sí había un supuesto de inexistencia, dado que era implícito que personas del mismo sexo no podían contraer matrimonio.

En suma, entendemos que las Cámaras de Comercio no podrán hacer uso de la facultad contemplada en el inciso 4 del artículo 25, invocando la inexistencia del convenio arbitral cuando se trate de un supuesto de nulidad manifiesta, es decir, en los casos del artículo 26, por cuanto, en los supuestos de nulidad la ley establece que esta debe ser declarada judicialmente (entiéndase también, arbitrariamente). En conclusión, se prohíbe que una Cámara de Comercio pueda declarar la nulidad de un convenio arbitral a través de un simple trámite administrativo.

## II. FUENTES NACIONALES DEL ARTÍCULO 26 Y CONCORDANCIAS EXTRANJERAS

Dentro de los antecedentes legislativos que posee la norma bajo análisis, tenemos, en primer lugar, al Código Civil de 1984, cuyo artículo 1918 señalaba lo siguiente:

Artículo 1918.- (...)

Es nulo el pacto de deferir a una de las partes la facultad de hacer el nombramiento de alguno de los árbitros.

Posteriormente, la Ley General de Arbitraje del año 1992, contenida en el Decreto Ley N° 25935, en relación al tema estipulaba:

Artículo 9.- (...)

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.

Por otra parte, la derogada Ley General de Arbitraje del año 1996, Ley N° 26572, establecía sobre este punto que:

Artículo 14.- (...)

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.

Finalmente, concuerdan con el artículo 26 de la Ley de Arbitraje peruana los siguientes cuerpos normativos:

- Ley Modelo CNUDMI

Artículo 18.- Trato equitativo de las partes

Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

- Ley de Arbitraje española de 2003:

Artículo 15.- Nombramiento de los árbitros

(...)

2. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad.

(...)<sup>1</sup>.

### Referencias

Castillo Freyre, M. (2007). Imparcialidad en la conformación del Tribunal Arbitral. Alcances del último párrafo del artículo 14 de la Ley General de Arbitraje. En *Arbitraje y debido proceso* (Vol. II). Lima: Palestra y Estudio Mario Castillo Freyre.

De la Puente y Lavalle, M. (2004). Conversión del acto jurídico. En *Negocio jurídico y la responsabilidad civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Girjley.

González de Cossío, F. (2008). *Arbitraje*. México: Porrúa.

Yáñez Velasco, R. (2004). *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>1</sup> Este artículo se encuentra redactado conforme a la Ley N° 11/2011, de fecha 20 de mayo de 2011, a través de la cual se reformó la Ley N° 60/2003 de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado.