

## La igualdad en la constitución del tribunal arbitral vs. el respeto al acuerdo arbitral[1]

Roque J. Caivano

Una reciente decisión de los tribunales franceses arroja luz sobre cómo debe procederse cuando, en el acuerdo arbitral, las partes convinieron un procedimiento para elegir a los árbitros que, a la hora de su aplicación, traduce un desbalance, dando a alguna de ellas una posición de preeminencia en la designación de quienes compondrán el tribunal arbitral. Siendo que tanto la autonomía de la voluntad como la igualdad entre las partes son principios esenciales en el arbitraje, es interesante repasar cómo ha decidido este dilema la Corte de Casación y cómo se ha resuelto el tema en algunas normas de derecho comparado.

### **1. El caso “Vidatel”**

Resumidamente, y en lo que interesa a los fines del presente trabajo, en los párrafos siguientes se reseñarán las incidencias principales del caso.[2]

#### 1.1. La relación que unía a las partes y el acuerdo arbitral

Las sociedades PT Ventures SGPS (constituida en Portugal, luego controlada por una sociedad estatal angoleña), Vidatel Ltd. (constituida en las Islas Vírgenes Británicas), Mercury Serviços de Telecomunicações S. A. (constituida en Angola) y Geni S. A. (constituida en Angola) eran socias, en proporción del 25% cada una, de la sociedad Unitel Angola, la mayor proveedora de servicios de telefonía celular en Angola.

El 15 de diciembre de 2000, PT Ventures, Vidatel, Mercury y Geni celebraron un acuerdo de accionistas para regir sus relaciones como socios de Unitel. El convenio arbitral contenido establecía que las controversias serían resueltas mediante arbitraje, que se llevaría a cabo en idioma inglés, con sede en París, bajo el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Respecto de la constitución del tribunal arbitral, el acuerdo arbitral preveía que el tribunal estaría integrado por cinco árbitros, uno designado por cada una de las partes y el quinto por los otros cuatro coárbitros. También se estableció que, si no había acuerdo entre los coárbitros sobre la designación del quinto, este sería designado por el presidente de la Corte de Arbitraje de la CCI.[3]

#### 1.2. El procedimiento arbitral

Alegando que había sido progresivamente apartado de la gestión de Unitel y de sus beneficios en violación al acuerdo de accionistas,[4] el 13 de octubre de 2015, PT Ventures inició un arbitraje contra sus tres socios en Unitel Angola (Vidatel, Mercury y Geni). En su solicitud de arbitraje, PT Ventures propuso que el tribunal se constituyera con tres árbitros (a cuyo fin designó uno), que las tres demandadas designaran conjuntamente otro y que el tercer árbitro fuese designado por la Corte de la CCI.

En sus contestaciones a la solicitud de arbitraje, las demandadas rechazaron la propuesta de PT Ventures de constituir un tribunal de tres árbitros y reclamaron la aplicación de la cláusula arbitral, que contemplaba un tribunal de cinco, a ser designados uno por cada parte.

Ante la falta de acuerdo entre las partes, la Secretaría de la Corte de la CCI les informó que el tribunal se compondría de cinco árbitros y las invitó a formular sus comentarios sobre la aplicación del artículo 12(8) del Reglamento. Según esta norma (en la versión del Reglamento CCI de 2012, vigente en ese momento),

a falta de designación conjunta según lo previsto en los artículos 12(6) o 12(7) y si las partes no hubieren podido ponerse de acuerdo sobre el método para constituir el tribunal arbitral, la Corte podrá nombrar cada uno de los miembros de éste y designará a uno de ellos para que actúe como presidente. En este caso, la Corte quedará en libertad de escoger cualquier persona que estime apropiada para actuar como árbitro haciendo aplicación, si lo estima adecuado, de las disposiciones del artículo 13.

En respuesta a esa invitación, las demandadas designaron cada una un árbitro. PT Ventures sostuvo que una aplicación literal de la cláusula arbitral constituiría una violación al principio de igualdad, porque las demandadas tenían intereses comunes y, de ese modo, tendrían la posibilidad de designar tres árbitros, frente a uno solo que podría designar la demandante. Las demandadas insistieron en la aplicación del acuerdo arbitral, argumentando que el artículo 12(8) era inaplicable y que la CCI carecía de la facultad de nombrar árbitros porque existía un pacto entre las partes sobre el modo de integrar el tribunal, que era el propio acuerdo arbitral.

Aun cuando los cuatro árbitros designados por las partes ya habían aceptado los cargos, el 4 de febrero de 2016, la CCI otorgó a las partes un plazo de quince días para intentar alcanzar un acuerdo sobre el modo de constituir el tribunal, a falta del cual anunció que nombraría a los cinco árbitros, en aplicación del artículo 12(8) del Reglamento. Dado que las partes no llegaron a un acuerdo, el 14 de abril de 2016, la CCI designó a los cinco árbitros (todos distintos de los cuatro que habían nominado las partes).[5]

Con la reserva de PT Ventures acerca de su disconformidad con el modo en que había sido integrado el tribunal arbitral, el 31 de mayo de 2016, se firmó el Acta de Misión.

El 20 de febrero de 2019, el tribunal arbitral dictó el laudo final. En él, consideró a las demandadas solidariamente responsables de haber incumplido el acuerdo de accionistas y las condenó a pagar a PT Ventures la suma de US\$ 646,5 millones más costas. El 30 de abril de 2019, el tribunal dictó un laudo complementario para corregir un error relativo al monto de la indemnización.

### 1.3. Los fundamentos del recurso de anulación

El 11 de junio de 2019, Vidatel, una de las demandadas, planteó un recurso de anulación contra el laudo ante los tribunales franceses.[6] El principal agravio fue que la CCI había violado el acuerdo entre las partes sobre la constitución del tribunal arbitral al designar a los cinco miembros del tribunal arbitral, contraviniendo los artículos 11(6) y 12(8) del Reglamento.[7] De ese modo, argumentó, el tribunal estaba irregularmente constituido (causal de anulación prevista en el artículo 1520(2) del Código de Procedimiento Civil francés), dado que se oponía a lo establecido en el artículo 1453 de ese Código, que dispone que “cuando haya más de dos partes en el litigio y éstas no acordaran sobre la constitución del tribunal arbitral, la persona encargada de administrar el arbitraje o, a falta de ella, el juez de apoyo, designarán a los árbitros”. Vidatel sostenía que no se había dado la

situación que prevén las normas, porque sí había un acuerdo sobre la constitución del tribunal, contenido en el mismo convenio arbitral.

En efecto, Vidatel argumentó que la falta de aceptación a la propuesta de modificación del acuerdo arbitral efectuado por PT Ventures en su solicitud de arbitraje no llevaba a que debieran descartarse las estipulaciones del acuerdo arbitral vigente, y que es contrario al orden público pretender que las demandadas estaban obligadas a designar un árbitro común solo porque el demandante alegaba la existencia de una convergencia de intereses entre ellas. Vidatel alegó que no se habían verificado las condiciones establecidas en el artículo 12(8) del Reglamento para su aplicación, básicamente porque no existía ausencia de acuerdo: la propia cláusula arbitral era un acuerdo entre las partes sobre el modo en que debía constituirse el tribunal arbitral.

#### 1.4. La sentencia de la Corte de Apelaciones de París

El 26 de enero de 2021, la Corte de Apelaciones de París rechazó el recurso planteado por Vidatel, confirmando la validez del laudo.[8]

Sustancialmente, consideró que la forma de integrar el tribunal prevista en el acuerdo arbitral no era posible ante la existencia de un desacuerdo entre las partes sobre su implementación. El desacuerdo se materializó en el rechazo de las demandadas a la propuesta que la demandante hizo en la solicitud de arbitraje y en la falta de acuerdo ante el requerimiento de la CCI del 4 de febrero de 2016. Por tanto, fue ajustada a derecho la decisión de la CCI de designar a todos los árbitros, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento al que las partes se habían sometido, y en el Código Procesal Civil, que constituye la *lex arbitri* por ser París la sede del arbitraje. Además, recordó que el artículo 41 del Reglamento obliga a la Corte a proceder según el espíritu de sus disposiciones y esforzándose siempre para que el laudo sea susceptible de ejecución legal frente a casos no previstos expresamente, señalando que

incumbe a la CCI, en tanto encargado de organizar el arbitraje y teniendo en cuenta la discrepancia entre las partes, disponer la modalidad de designación de los árbitros de conformidad con el Reglamento, y hacerlo en condiciones tales que permitan satisfacer el principio de orden público que exige la igualdad entre las partes en la designación de los árbitros, y que supone la posibilidad de cada una de poder participar de manera igualitaria en la composición del tribunal arbitral.

La Corte de Apelaciones interpretó que la igualdad o desigualdad a que conduce un acuerdo arbitral no debe mirarse cuando se pacta sino cuando se implementa. Si bien cuando se celebró el acuerdo arbitral la estipulación pudo haber sido igualitaria, tal igualdad debe juzgarse al momento de plantearse el litigio y no solamente atendiendo a la posición de las partes en el contrato, sino también a la posición que tengan en el proceso, de acuerdo con sus pretensiones e intereses. Si, como en el caso, varias de las partes defienden intereses comunes frente a una sola, debe velarse porque el tribunal que se constituya garantice la igualdad.

Vidatel planteó otros motivos para procurar la anulación del laudo, sobre los que no nos explayaremos por exceder el objeto de este trabajo. La recurrente también sostuvo que la CCI había violado el principio *kompetenz-kompetenz* al arrogarse una facultad propia de los árbitros, que la Corte se había negado injustificadamente a confirmar a los árbitros designados por las partes (que habían aceptado el cargo),

que la designación del presidente del tribunal por parte de la Corte violaba la cláusula arbitral (según la cual el presidente debía ser nombrado por los coárbitros), y que dos árbitros (que habían sido recusados, y cuya recusación la Corte había rechazado) no eran independientes e imparciales. Todos esos motivos fueron también desestimados por la Corte de Apelaciones.

### 1.5. La sentencia de la Corte de Casación

Contra esa decisión, Vidatel recurrió a la instancia final del sistema judicial francés. Y el 9 de noviembre de 2022, la Corte de Casación confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones de París que había rechazado el recurso de nulidad. Por lo tanto, el laudo quedó confirmado.[9] En general, Vidatel reprodujo ante la Corte de Casación los argumentos planteados en la instancia anterior.

Con la concisión que caracteriza a sus sentencias, la Corte de Casación simplemente señaló que, dado que PT Ventures había designado un árbitro con la condición de que se conformara un tribunal de tres árbitros y Vidatel, Mercury y Geni designaran conjuntamente al otro por existir entre las demandadas una convergencia de intereses, y que las demandadas rechazaron la propuesta, se configuró un desacuerdo entre las partes sobre la forma de constituir el tribunal, que justifica la aplicación del artículo 12(8) del Reglamento de la CCI. De esa manera, si la CCI designa a todos los árbitros, todas las partes se ven privadas de su derecho a designar árbitro, y se preserva la igualdad.

## **2. Comentarios**

### 2.1. La libertad de las partes de acordar el modo de designación de los árbitros

Es un principio universalmente aceptado que las partes son libres de acordar el procedimiento para el nombramiento de los árbitros. Esta es una regla establecida en la Ley Modelo de la CNUDMI [artículo 11(2)], que está reproducida en innumerables legislaciones y reglamentos arbitrales. Y es también universalmente asumido que, de no respetarse esa regla, el laudo podría estar viciado. Que la composición del tribunal arbitral no se haya ajustado al acuerdo entre las partes es tanto una causal para procurar la nulidad del laudo [artículo 34(2)(a)(iv) de la Ley Modelo, igualmente reproducido en muchas leyes de arbitraje] como para oponerse al reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero [artículo V(1)(d) de la Convención de Nueva York y artículo 36(1)(iv) de la Ley Modelo].

La primera de esas reglas tiene el obvio sentido de brindar un amplio respaldo a la autonomía de la voluntad de las partes, en tanto es la piedra angular del arbitraje mismo. Y la segunda, el no menos obvio de reforzar la anterior, por vía de penalizar su infracción con la ineficacia del laudo. Si el arbitraje es principalmente producto de la voluntad de las partes, es razonable que ellas, que tienen la libertad de someterse o no a arbitraje, la tengan también para determinar en qué condiciones se someten. Especialmente en orden a uno de los más delicados aspectos, sobre el cual debe ponerse especial atención al pactar el arbitraje: cómo habrán de ser designadas las personas que juzgarán a las partes.

### 2.2. Los límites a la autonomía de la voluntad

Sin embargo, la libertad de las partes para acordar libremente el procedimiento para el nombramiento de los árbitros encuentra algún límite.[10]

El propio artículo 11(2) de la Ley Modelo pareciera condicionar esa libertad a “lo dispuesto en los párrafos 4) y 5) del presente artículo”. Sin embargo, los dos párrafos del artículo 11, a los cuales se remite el inciso 2, no parecen establecer mayores restricciones a la autonomía de la voluntad (ya que esencialmente tienen por objeto prever la intervención del juez para el nombramiento de los árbitros si el mecanismo de designación acordado no permite la constitución del tribunal, y las condiciones que debe cumplir el tercero que designe árbitros).[11] Aunque el artículo 11(2) no se remita directamente a ella, la exigencia de que los árbitros sean independientes e imparciales, consagrada en el artículo 12, constituye una limitación más notoria; las partes no podrán elegir árbitros que carezcan de esas condiciones. O, con más rigor, aun los árbitros designados por las partes son pasibles de recusación, por la causal prevista en el artículo 12(2).[12]

Se menciona que, en algún momento, el Grupo de Trabajo que redactó la Ley Modelo consideró la posibilidad de agregar una norma que restringiera la libertad de las partes de convenir el modo de designar a los árbitros, estableciendo la nulidad de la estipulación que diera a una de las partes una “posición predominante” o una “ventaja manifiestamente injusta” para la designación de los árbitros. Sin embargo, la idea finalmente no se incluyó en la Ley Modelo porque no se advertía que fuese un problema frecuente y porque las expresiones que se sugerían parecían demasiado ambiguas y se temía que pudieran dar lugar a controversias o a tácticas dilatorias.[13]

Otras leyes de arbitraje sí han incorporado una regla similar a la que desechó la CNUDMI y que, de manera directa, establece una limitación a la libertad de las partes, en un aspecto específico y sensible (la igualdad entre las partes en la constitución del tribunal), en general estableciendo la invalidez o inoponibilidad de la estipulación. Por ejemplo, la Ley peruana de Arbitraje de 2008 (artículo 26);[14] el Código Procesal Civil de los Países Bajos [artículo 1028(1)];[15] la legislación argentina,[16] tanto en sus normas sobre arbitraje doméstico (artículo 1661 del Código Civil y Comercial de la Nación) como en sus normas sobre arbitraje comercial internacional (artículo 24, Ley 27.449), con el mismo texto literal.[17]

Todas esas normas parecen haberse inspirado en la Ley española 36/1988, cuyo artículo 9(3) determinaba que “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 ley actual, de manera más concisa, establece que “las partes podrán acordar libremente el procedimiento para la designación de los árbitros, siempre que no se vulnere el principio de igualdad” [artículo 15(2), Ley 60/2003].

A modo de breve digresión, debe señalarse que, bajo la Ley 36/1988, parecía claro que la expresa referencia de la norma a la nulidad del convenio arbitral traducía la intención del legislador de anular la totalidad del acuerdo, presumiblemente atendiendo a la gravedad de la infracción.[18] La Ley 60/2003, que —como hemos visto— veda la ruptura de la igualdad entre las partes, pero no señala expresamente su consecuencia, ha llevado a algunos autores a opinar que la nulidad solo afecta al pacto de designación de árbitros, y no a la totalidad del convenio arbitral,[19] mientras que otros consideran que el mayor o menor alcance de la nulidad dependerá de las circunstancias del caso y de la gravedad de la quiebra del principio de igualdad.[20] A la luz de la terminología utilizada por el legislador, la norma del derecho argentino ha sido interpretada en forma restrictiva, asumiéndose que lo que

se anula, en caso de violación al principio de igualdad, es la estipulación referida a la designación de los árbitros, y no el acuerdo arbitral en su totalidad.[21]

### 2.3. La prevalencia de la igualdad

Estando el principio de igualdad contenido en la ley de arbitraje, debe repararse en que las normas que permiten la anulación o la denegatoria del reconocimiento y ejecución porque la composición del tribunal arbitral no se ha ajustado al acuerdo entre las partes [artículos 34(2)(a)(iv)[22] y 36(1)(iv) de la Ley Modelo, y artículo V(1)(d) de la Convención de Nueva York][23] aclaran que ello es así “salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley”. Ello significa que, si el tribunal se constituyó de un modo distinto al pactado, pero lo acordado implicaba infringir el principio de igualdad, la validez del laudo no se verá afectada; no será nulo un laudo en que no se haya respetado lo pactado si el acuerdo de las partes se dejó de lado para proteger la igualdad. En otras palabras: frente a un acuerdo arbitral cuyas previsiones puedan considerarse violatorias a la igualdad, este principio debe hacerse prevalecer por encima de lo pactado.

El derecho francés no contiene normas tan precisas como las de la Ley Modelo. No prevé la nulidad del acuerdo arbitral violatorio de la igualdad y, como causal de anulación del laudo, dispone, genéricamente, que “el tribunal arbitral haya sido irregularmente constituido” [artículo 1520(2), Código de Procedimiento Civil]. A pesar de ello, los tribunales franceses han sido celosos guardianes de la igualdad en la composición del tribunal arbitral. De hecho, el principio que inspiró el artículo 1453 del Código de Procedimiento Civil y numerosas reglas en el derecho comparado acerca de cómo se conforman los tribunales en arbitrajes con partes múltiples son consecuencia directa de la decisión de la Corte de Casación en el célebre caso “Dutco”. [24]

Tal es el caso de la ley española, según la cual “en caso de pluralidad de demandantes o de demandados, éstos nombrarán un árbitro y aquéllos otro. Si los demandantes o los demandados no se pusieran de acuerdo sobre el árbitro que les corresponde nombrar, todos los árbitros serán designados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes” [artículo 15(2)(b), Ley 60/2003]; y del propio Reglamento de la CCI que, en su versión de 1998, establecía que

si hay varias partes demandantes o demandadas, y la controversia hubiere de someterse a la decisión de tres árbitros, los demandantes, conjuntamente, y los demandados, conjuntamente, deberán designar un árbitro para confirmación según lo previsto en el artículo 9. A falta de dicha designación conjunta y si las partes no hubieren podido ponerse de acuerdo sobre el método para constituir el Tribunal Arbitral, la Corte podrá nombrar cada uno de los miembros de éste y designará a uno de ellos para que actúe como presidente. En este caso, la Corte quedará en libertad de escoger cualquier persona que estime apropiada para actuar como árbitro haciendo aplicación, si lo estima adecuado, de las disposiciones del artículo 9. (artículo 10).[25]

El claro propósito de estas disposiciones, promulgadas a raíz del caso “Dutco”, fue evitar que una de las partes o una de las posiciones procesales tuviese una mayor influencia en el tribunal, garantizando así el principio de equidad, y solamente privándolas del derecho a nombrar a su árbitro cuando no son capaces de llegar a un acuerdo para el nombramiento: “en consecuencia, a todas las partes se les trata de manera equitativa, pues todas nombrarán a un árbitro o ninguna lo hará”. [26] Bajo

el derecho francés, la igualdad de las partes en la designación de los árbitros es un principio que forma parte del orden público internacional.[27]

### 3. Conclusiones

El caso “Vidatel” pone la luz sobre la tensión que puede producirse entre respetar lo pactado por las partes o la igualdad en la constitución del tribunal arbitral, cuando ambos principios entran en colisión. Aunque en las sentencias apenas se hace referencia tangencial a la igualdad, la solución de la Corte de Apelaciones y de la Corte de Casación deja a la vista que este principio constituye la base última de ambas decisiones. Los tribunales franceses han sido, históricamente, adalides en dar preeminencia a la libertad que las partes tienen de regular sus asuntos. Pero también han sido firmes en defender el principio de igualdad, que constituye una de las garantías tendientes a preservar la independencia e imparcialidad del tribunal.[28]

En el caso “Vidatel”, la CCI enfrentó un dilema: o hacía respetar el acuerdo entre las partes o hacía respetar el principio de igualdad, porque era evidente que este último no podría mantenerse si se aplicaba la fórmula convencionalmente prevista y que, para preservar la igualdad, debía dejar de lado lo pactado.

Si elegía la primera opción y el tribunal se constituía del modo en que había sido convenido, era probable que, sobre la base del principio de igualdad, los tribunales hubiesen anulado el laudo, como lo hicieron en el caso “Dutco”. Aun siendo cierto que la desigualdad no fue congénita (al momento en que se pactó, y en abstracto, cada parte retenía el derecho de designar un árbitro), es evidente que se produjo, luego, como consecuencia del modo en que quedó planteada la controversia y de la situación de las partes frente al proceso arbitral, demandándola demanda de una de ellas a las otras tres, que tenían posiciones e intereses comunes. De haberse seguido el procedimiento de designación previsto en el acuerdo arbitral, PT Ventures habría terminado litigando frente a un tribunal de cinco árbitros, tres de los cuales hubiesen sido designados por su contraparte.

Asumiendo el riesgo de una posterior anulación por apartarse del acuerdo de las partes, la CCI optó por privilegiar el respeto al principio de igualdad, aun cuando ello significase forzar la interpretación de sus normas reglamentarias, alegando que existía un desacuerdo, a pesar de que la cláusula arbitral (que es un acuerdo) establecía el modo en que se constituiría el tribunal.

Probablemente la decisión de la CCI habría sido más fácil si la sede del arbitraje hubiese sido España, Perú, Países Bajos o Argentina, porque podía aplicar las expresas normas que hacen prevalecer la igualdad de las partes aun por encima del pacto expreso. También habría sido más fácil si por entonces hubiese estado en vigor el artículo 12(9) del Reglamento CCI, versión 2021, según el cual “no obstante cualquier acuerdo de las partes sobre el método de constitución del tribunal arbitral, la Corte podrá, en circunstancias excepcionales, nombrar a cada miembro del tribunal arbitral a fin de evitar un riesgo considerable de trato desigual e injusto que podría afectar la validez del laudo”. Esta norma, que fue calificada como “*prima facie* positiva”, [29] brinda a la Corte un instrumento útil para resolver el problema que representa una estipulación que, por ofender el orden público, haría anulable el laudo.

## Notas

[1] El presente artículo fue publicado en la revista La Ley España, suplemento de Mediación y Arbitraje, nro. 16, julio-septiembre de 2023. Agradecemos a la revista La Ley la autorización para reproducirlo en la Revista Argentina de Arbitraje.

[2] Un comentario al caso, con abundantes referencias a antecedentes históricos y comparados, puede verse en Bernal Gutiérrez, Rafael. (junio de 2023). De 'Dutco' a 'Vidatel': Los arbitrajes multiparte, Revista Argentina de Arbitraje, 11. Cita: IJ-MVCDLXXXIII-834.

[3] En el idioma original del contrato (inglés), la cláusula arbitral establecía textualmente lo siguiente: "16.1. Any claim, dispute or other matter in question between the Parties with respect to or arising under this Agreement or the breach thereof, shall be decided by arbitration, by a panel of five [5] arbitrators, one to be designated by each Party, and the fifth one to be designated by the other four arbitrators, provided, however, that if no agreement between the arbitrators designated by the Parties is reached, the independent arbitrator shall be designated by the President for the time being of the International Chamber of Commerce. Such arbitration shall be in accordance with [the] Rules of the International Chamber of Commerce. Any such arbitration shall be conducted in English in Paris".

[4] Según Vidatel, los demás accionistas la excluyeron del directorio y dejaron de pagarle los dividendos.

[5] En el ínterin, se sucedieron algunas otras incidencias: en marzo de 2016, las demandadas iniciaron un nuevo arbitraje, en el cual designaron árbitros a los mismos que habían nominado en el otro caso (en mayo de 2016, la Corte consolidó ambos casos, manteniendo el tribunal designado por la CCI); y PT Ventures planteó una recusación contra los cinco árbitros designados por la CCI (que la Corte rechazó).

[6] Ni Mercury ni Geni tomaron parte en el proceso de anulación.

[7] El artículo 11(6) del Reglamento entonces vigente establecía que "salvo estipulación en contrario de las partes, el tribunal arbitral será constituido según lo previsto en los artículos 12 y 13".

El artículo 12(8) disponía que "a falta de designación conjunta según lo previsto en los artículos 12(6) o 12(7) y si las partes no hubieren podido ponerse de acuerdo sobre el método para constituir el tribunal arbitral, la Corte podrá nombrar cada uno de los miembros de éste y designará a uno de ellos para que actúe como presidente. En este caso, la Corte quedará en libertad de escoger cualquier persona que estime apropiada para actuar como árbitro haciendo aplicación, si lo estima adecuado, de las disposiciones del artículo 13".

[8] Cour d'appel de Paris, 26 de enero de 2021, "Vidatel vs. PT Ventures", RG 19/10666, Portalis 35L7-V-B7D-B777V.

[9] Cour de cassation, 1ère Civ., 9 de noviembre de 2022, "Vidatel vs. PT Ventures", Arrêt 749 FS-B, Pourvoi 21-17203.

[10] De modo similar, la libertad de las partes de pactar las reglas del procedimiento arbitral tampoco es ilimitada; aun lo pactado debe garantizar el debido proceso. Sobre el tema, ver: Bullard González, Alfredo y Olórtégui Huaman, Julio. (mayo de 2019). Simetría para los desiguales. Trato igualitario y libertad de regulación en el arbitraje, Revista Argentina de Arbitraje, 3. Cita: IJ-DCCXL-538.

[11] Artículo 11(4): "Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes, a) una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o b) las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o c) un tercero, incluida una institución, no cumpla una función



que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo”.

Artículo 11(5): “Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los párrafos 3) o 4) del presente artículo al tribunal u otra autoridad competente conforme al artículo 6 será inapelable. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes”.

[12] “Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes”.

[13] Holtzmann, Howard M. y Neuhaus, Joseph E. A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative history and commentary, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 1989, p. 360.

[14] “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”.

[15] “If by agreement or otherwise one party is given a privileged position with regard to the appointment of the arbitrator or arbitrators, either party may, in derogation of the agreed method of appointment, request the provisional relief judge of the district court to appoint the arbitrator or arbitrators”.

[16] La Argentina tiene un régimen dualista: para los arbitrajes domésticos, aplican las normas sobre arbitraje contenidas en los Códigos de Procedimiento Civil (que son de alcance local en cada una de las provincias) y en el Código Civil y Comercial de la Nación; para los arbitrajes comerciales e internacionales, rige la Ley 27.449, de 2018. Para una explicación del régimen jurídico argentino en materia de arbitraje, ver Caivano, Roque J. y Sandler Obregón, Verónica. La nueva Ley argentina de arbitraje comercial internacional, Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, XI(1), 2018, pp. 575 y ss.

[17] “Es nula la cláusula que confiere a una parte una situación privilegiada en cuanto a la designación de los árbitros”.

[18] Ver, Reglero Campos, Luis Fernando. “Artículo 9”, en Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Dir.), Comentarios a la Ley de Arbitraje, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 119 y ss.

[19] “[U]n modo de designación que vulnere la igualdad de las partes no conlleva la nulidad del convenio arbitral. Simplemente, se debe tener por no escrito y debe entonces operar el sistema de designación supletorio previsto en la Ley de Arbitraje” (Mantilla-Serrano, Fernando. Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional, Madrid, Iustel, 2005, p. 103). En igual sentido, Bachmaier Winter, Lorena. “Comentario al artículo 15. Nombramiento de los árbitros”, en Arias Lozano, David (Coord.), Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003, Pamplona, Aranzadi, 2005, pp. 137 y ss.

[20] “A modo de ejemplo: si la infracción del principio de igualdad fuera radical -pongo por caso, imponiendo la designación de árbitros sin negociación alguna al respecto, o designando árbitros, con engaño o sin él, que pertenezcan como socios a una de las mercantiles que acuerdan el arbitraje-, estimo que tanto la voluntad del que impone o provoca esa vulneración como, incluso, la voluntad de quien la acepta no son idóneas, no sirven como manifestaciones de un consentimiento de someterse a arbitraje digno de tal nombre (...) La nulidad que deriva de designar árbitros con quiebra del principio de igualdad puede extenderse incluso a la

existencia misma del convenio arbitral, más allá de la indudable nulidad del nombramiento así efectuado, que debe entenderse como inexistente” (Santos Vijande, José María. (2010). El número impar y la imparcialidad como límites a la autonomía de la voluntad en la designación de árbitros, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2, pp. 1 y ss.).

“La ley de 2003 suprimió esta sanción expresa de nulidad. Puede pensarse, no obstante, que la nulidad sigue siendo la única consecuencia lógica que le es aplicable a un convenio que no respete el artículo 15.2, no sólo porque el principio de igualdad se presente imperativo en dicho precepto, sino también -para el caso de que el arbitraje se lleve a cabo sin respetarlo- por los pocos visos que el laudo tendría de superar con éxito el examen de los motivos de anulación previstos en las letras (a) y (d) del artículo 41. El hecho de que la ley no tache expresamente de nulo el convenio arbitral que infrinja el artículo 15.2 sugiere sin embargo la posibilidad de que el arbitraje pueda subsistir, corrigiéndose de algún modo -distinto del que obviamente podría ser un nuevo acuerdo de las partes- su inicial desequilibrio. Aunque la ley no contenga ninguna regla específica para ello, a diferencia de lo previsto en la legislación de otros países, nos inclinamos a pensar que tal posibilidad podría estar incluida en su artículo 15.3 cuando la vulneración del principio de igualdad fuese apreciable prima facie, por imposibilidad legal manifiesta de designar a los árbitros a través del procedimiento acordado por las partes. Aunque dicha posibilidad no siempre debiera ser acogida, en la medida en que la actuación correctora del tribunal pudiese en algunos casos resultar incompatible con la subsistencia del compromiso arbitral” (Alonso Puig, José María. “Artículo 15. Nombramiento de los árbitros”, en González Soria, Julio (Coord.), *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Ley 60/2003*, de 23 de diciembre, Pamplona, Aranzadi y Thomson Reuters, 2011, pp. 213 y ss.).

[21] Caivano, Roque J. y Ceballos Ríos, Natalia M. *Tratado de arbitraje comercial internacional argentino*, Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, 2020, pp. 298 y ss.

[22] En la ley española, artículo 41(1)(d), Ley 60/2003.

[23] Expresamente aplicable al reconocimiento y ejecución, en España, de un laudo extranjero [artículo 46(2), Ley 60/2003].

[24] Resumidamente, en el caso “Dutco”, las demandadas se opusieron al nombramiento de un árbitro común, alegando la existencia de intereses contrapuestos, aunque, finalmente, ante el apercebimiento de que, en caso de no hacerlo, la CCI procedería a su nombramiento, las demandadas designaron de común acuerdo a un árbitro, reservándose el derecho a impugnar ulteriormente la composición del tribunal. La Corte de Casación anuló el laudo porque el tribunal había sido irregularmente constituido: la Corte consideró que la igualdad entre las partes se había visto afectada, a pesar de haberse seguido el procedimiento del reglamento al que las partes se habían sometido (Cour de cassation, 7 de enero de 1992, “BKMI c/ Dutco”, *Revue de l’arbitrage*, 1992, p. 470). Un comentario al caso puede verse en Caivano, Roque J. (2007). Algunos problemas derivados de los arbitrajes con partes o relaciones jurídicas múltiples, *Revista Peruana de Arbitraje*, 4, pp. 65 y ss.

[25] Como se verá infra, el reglamento en vigor flexibiliza la regla.

[26] Sánchez Pos, María Victoria. (2015). La constitución del tribunal en el arbitraje con pluralidad de partes, *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, VIII(1), pp. 97 y ss.

[27] Delvolvé, Jean Louis. (1993). Multipartism: The Dutco decision of the French Cour de cassation, *Arbitration International*, 9(2), pp. 197 y ss.

[28] Castillo Freyre, Mario. (2007). Imparcialidad en la conformación del tribunal arbitral: alcances del último párrafo del artículo 14 de la Ley General de Arbitraje, *Revista Foro Jurídico*, 7, pp. 62 y ss.

[29] Sandler Obregón, Verónica: “Innovaciones del Reglamento de Arbitraje de la CCI en vigor a partir de 2021”, Revista Argentina de Arbitraje, nro. 7, abril de 2021, IJ-MLVIII-257.