

# Algunas reflexiones sobre la elección del Estado sede y su trascendencia en la nulidad de los laudos

MARÍA FERNANDA VÁSQUEZ PALMA<sup>1</sup>

## 1. Escenario general

El arbitraje es una de las instituciones jurídicas más relevantes de este tiempo. Su interés no solo se ha centrado en su fortalecimiento legislativo, sino también en constituirse en sedes del arbitraje comercial internacional<sup>2</sup>. En tal escenario, la adopción de una ley moderna constituía una llave para integrarse a este campo de acción y promover un ambiente favorable al uso del arbitraje como medio de resolución de diferencias internacionales. Tal actuar desató lo que se denominó una verdadera “fiebre” por incorporar la Ley Modelo arbitral UNCITRAL

---

<sup>1</sup> Profesora de Derecho Privado, Universidad de Talca. Doctora en derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España. Este artículo es resultado del Proyecto Anillo sobre Mecanismos Alternativos de solución de conflictos, como herramienta de modernización de la justicia. Construcción dogmática a partir de un análisis multidisciplinario”. SOC 1406 financiado por Conicyt Chile.

<sup>2</sup> KLEINHEINSTERKAMP, J., “*International Commercial Arbitration in Latin América*”, EE.UU., Oceana Publications, Inc., 2000; CANTUARIAS SALAVERRY, F., “*Problemática general de la práctica del arbitraje internacional en Latinoamérica*”, artículo presentado en el panel *Arbitration Developments in Latin América*, (New York State Bar Association, International Law and Practice Section, Santiago, nov. 2004), disponible en: <http://www.upc.edu.pe/bolson/0/0/3/33/142/FC6.doc>; GOLDMAN, M., “*El arbitraje comercial en las Américas*”, en *Técnicas Financieras*, 8 ( mayo-junio, 1969), pp. 496-520; PÉREZ PACHECO, Y., “*Los aportes de la conferencia especializada interamericana sobre Derecho Internacional Privado en materia de arbitraje internacional*”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 121, año XLI, (enero-abril de 2008), pp. 357-384, quien da cuenta de la evolución del arbitraje en el sistema interamericano; SIQUEIROS, J., “*El arbitraje comercial internacional. La experiencia latinoamericana*”, (México, Ed. Porrúa, 1999).

(LMU)<sup>3</sup> como mecanismo de resolución de controversias<sup>4</sup> aunque no siempre bajo las mismas líneas<sup>5</sup>.

En este camino, el tema de las sedes arbitrales se incardina como un fenómeno complejo, toda vez que en él se subyacen un conjunto vasto de discusiones relevantes, como son las pugnas existentes entre las llamadas tesis de la localización y deslocalización del arbitraje, la validez de los laudos flotantes, la pertinencia y trascendencia de la nulidad de un laudo efectuada por un Estado y su posible ejecución por otro, el abandono del método conflictual por la denominada ley material, la delimitación y concreción de la autonomía arbitral, entre otros. De este modo, antes de determinar los elementos que subyacen a una oferta atractiva de una sede arbitral, necesariamente debemos recorrer este sinuoso camino, estudiando el conjunto de materias relacionadas, el que, además de contextualizar nuestro estudio, nos aportarán sustancia y fundamento en el desarrollo de la investigación<sup>6</sup>.

Desde una óptica general, el concepto de la sede del arbitraje<sup>7</sup> es estrictamente jurídico<sup>8</sup>, en cuanto corresponde al lugar pactado por las partes para llevar a cabo el arbitraje. Sin embargo, la calificación de “jurídico” contrasta con la dimensión práctica<sup>9</sup>, en tanto esta elección no implica que todas las actuaciones

3 Véase [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitratio.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitratio.html)

4 México fue el primer país que adoptó la LMU de 1985 en 1993 (Decreto de 1993 que modifica el Código de Comercio), luego lo harán Guatemala (Decreto N° 67 de 1995); Brasil (Ley 9037 de 1996 sobre arbitraje); Costa Rica (Ley 7.727 de 1997 sobre Resolución de conflictos y promoción de la paz social); Ecuador (Ley RO/145 de 1997); Venezuela (Ley de Arbitraje Comercial de 1998); El Salvador (Decreto N° 914 de 2002 Ley de mediación, conciliación y arbitraje); Paraguay (Ley 1879 de 2002 de medios de resolución de conflictos); Nicaragua (Ley N° 540 de 2005 Ley de Mediación y Arbitraje); Colombia (Ley 1563 de 2012, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional). Perú, Bolivia y Panamá sustituyeron sus leyes de arbitraje de 1996, 1997 y 1999 por nuevas leyes en 2008 (Decreto Legislativo 1071), 2015 (Ley 708) y 2013 (Ley 131) respectivamente, siguiendo antes y después el modelo UNCITRAL.

5 Véase sitio CNUDMI: <http://www.uncitral.org>. Para PALAO MORENO, G., “Nuevas tendencias en materia de arbitraje comercial internacional en América Latina”, en *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, 1007 (Coord. S. Barona Vilar, Madrid) pp. 215-216 se podrían dividir las legislaciones entre aquellas que siguen de cerca la Ley Modelo UNCITRAL (Chile, Guatemala, México, Nicaragua), de las restantes que se ha distanciado sensiblemente de aquella.

6 PALAO MORENO, G., op. cit., pp 212-213; CREMADES, B.; CAIRNS, D., “*El arbitraje en la encrucijada entre la globalización y sus detractores*”, en RCEA (España, 2002), pp. 15-61. Sobre la acogida del arbitraje en Latinoamérica y los posibles puntos de fricción, véase: SANTOS BELANDRO, R., “*Se ha instalado un provechoso quid quo en los Estados Latinoamericanos respecto del arbitraje*”, en *Rev. Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, XVI (España, mayo 2004), p. 427-433.

7 Respecto a este tema, véase POUURET, J.F.; BESSON, S., “*Comparative Law of International Arbitration*”, (Ed. Sweet & Maxwell, Londres, 2007), pp. 83-119; FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, (Litec 1996), pp. 78-93; REDFERN, A.; HUNTER, M., *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Navarra, 2006, pp. 283-292.

8 Tal calificación fue confirmada por sentencia pronunciada por la CA de Paris, con fecha 28 oct. 1997, en el asunto “Soc. Procédés de fabrication pour le béton c. Libye”, *Rev. Arb.* 1998.

9 En base a ello se les ha denominado como una “ficción jurídica”, véase KAUFMANN-KOHLER, G. “*Le lieu de l'arbitrage à l'aube de la mondialisation*”, *Rev. Arb.*, 1, (1998), 517, p. 536.

deban ser realizadas en dicho lugar<sup>10</sup>, por el contrario, el tribunal arbitral podrá realizar las diligencias en otros sitios ya sea a petición de las partes o por su propia iniciativa, si tiene facultades para ello<sup>11</sup>. Esta movilidad está recogida en el Art. 20.2º LMU y reproducida en la mayor parte de las legislaciones que la siguen. En tal contexto, el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL de 1976 (RAU) distingue entre la posibilidad de celebrar reuniones y oír testigos en cualquier lugar que el tribunal arbitral estime conveniente atendiendo a las circunstancias del arbitraje (Art. 16.2º) y la eventualidad de inspeccionar mercancías y otros bienes o documentos, en cuyo caso, también es libre dicho tribunal de reunirse en cualquier lugar, aunque para ello deberá notificar a las partes con suficiente antelación para permitir su asistencia a tales inspecciones (Art. 16.2º). Lo que no es opcional es el lugar donde el laudo debe dictarse, en tanto debe corresponder siempre al lugar del arbitraje (Art. 16.3º)<sup>12</sup>.

Si bien se acostumbra a decir que la sede de arbitraje corresponde a un Estado, lo cierto es que no tiene por qué coincidir con él, sino más bien con una determinada plaza o ciudad (Por ejemplo: Ginebra, Lima, Madrid, Miami, Montevideo o París). Lo que ocurre es que normalmente la legislación que rige al lugar será la del país del que forme parte dicho sitio, así por ejemplo, los tribunales que apoyen y controlen la labor arbitral serán los propios de dicho Estado.

---

10 Véase, GÓMEZ JENE, M., “*El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*”, (Ed. Colex, Madrid, 2007), pp. 11-112. Bajo el mismo postulado, VIRGÓS SORIANO, M., “*Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958*”, en *Diario La Ley*, 6679, año XXVII, (2007). Por lo demás, tal libertad debe matizarse en relación al Reglamento de arbitraje de la UNCITRAL que restringe algunas de estas actuaciones (Véase Art. 16).

11 Se trata de una regla recogida en todos los derechos comparados, salvo en el Derecho italiano en el que la cuestión es controvertida. La jurisprudencia francesa ha incluso enunciado que los árbitros pueden decidir ellos mismos, sin el acuerdo de las partes. Véase Corte de Casación, 2º Civil, del 9 de abril de 1994 (no publicada), que señala al efecto: “que la convención de arbitraje no preveía que todo el procedimiento arbitral debía desarrollarse obligatoriamente en Lyon, sino solamente que en ese lugar debía llevarse a cabo al menos el pronunciamiento del laudo, que en sí mismo conlleva múltiples consecuencias relacionadas al ejercicio de los recursos”. Sentencia citada por CLAY, T., “*La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje internacional: ¿es todavía relevante?*”, en *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*, (Ed. Legis, Bogotá, 2007), p. 203.

12 Abunda los numerosos reglamentos de arbitraje que permiten al tribunal arbitral celebrar reuniones en un lugar distinto del lugar del arbitraje con ciertas reservas, Ej. Art. 14 del Reglamento de la CCI que distingue entre el lugar de las deliberaciones del tribunal arbitral, que no está sometido a ninguna restricción y las audiencias y reuniones que pueden celebrarse en lugar distinto a la sede del arbitraje “previa consulta de las partes”. Estas previsiones son seguidas por la generalidad de los Reglamentos arbitrales de América Latina. Frente a ello es preciso advertir que puede resultar peligroso en determinados supuestos otorgar al tribunal arbitral un derecho ilimitado de acordar la celebración de reuniones en cualquier lugar, toda vez que la sede del arbitraje tiene consecuencias no solo durante el procedimiento, sino también en la fase post-arbitral, de manera que la celebración de reuniones, siquiera sea con carácter fortuito, puede suponer que el arbitraje se vincule a un ordenamiento que las partes no previeron. En tal sentido, véase el caso *Hiscox v. Outhwaite* suscitado ante la Queen’s Bench Division inglesa en 1991.

La elección puede tener un efecto trascendental y concreto sobre el juicio arbitral, pues el arbitraje no es una institución completamente autónoma, requiere de una necesaria interacción con los tribunales estatales en dos aspectos: apoyo y control. La elección formulada por las partes a estos efectos buscará, por tanto, una red de apoyo puntual a la justicia arbitral que tendrá por misión el éxito del arbitraje; si la decisión no se efectúa o no goza de claridad, el arbitraje podría quedar desprotegido al no poder acudir a un tribunal estatal adecuado y, en definitiva, entorpecer la marcha del mismo<sup>13</sup>. Debido a lo anterior, se entiende que la elección de la sede del arbitraje en un contrato comercial internacional es vital tanto desde el punto de vista jurídico como práctico<sup>14</sup>, en tanto aquél será considerado como el lugar formal en que es llevado el arbitraje y dónde el laudo es dictado. De este modo, la ley de la sede del arbitraje, conocido como *lex loci arbitri* o *lex arbitrii*<sup>15</sup> será el vínculo que servirá para determinar el sistema de referencia que proporcione el marco jurídico del arbitraje y las autoridades judiciales con capacidad de intervención sobre el mismo<sup>16</sup>, sea en su faceta positiva (asistir a los árbitros como jueces de apoyo)<sup>17</sup>, como negativa (anulación de laudos)<sup>18</sup>. Más aún, el papel central de la sede se reflejará en el alcance

13 Así, el Art. 20 de la LMU, señala: “Lugar del arbitraje: 1. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos”.

14 Para mayor amplitud en este tema, véase: REDFERN, A.; HUNTER, M., op. cit., pp. 270-277; FOUCARD, GAILLARD, GOLDMAN, “On international...”, op. cit.; PARK, W., “The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration”, en, *Rev. International and Comparative Law Quarterly*, 32 (Cambridge University Press, 1983), pp. 21-52; id., *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice*, 1983, Oxford University Press, 2006.

15 Formada tanto por las reglas establecidas en los códigos procesales o leyes especiales sobre el arbitraje, como por las leyes de fondo y de las Convenciones y Tratados internacionales incorporados al derecho del país en cuestión.

16 Por ello se dice que esa elección conlleva el sometimiento al derecho de ese país, incluidas sus disposiciones obligatorias de la ley interna en materia de arbitraje. No es solo un marco procesal. Véase REDFERN, A.; HUNTER, M., op. cit., pp. 154-171.

17 A modo de ejemplo, la CCI emplea una serie de criterios de selección de la sede con el objeto de garantizar el *favor arbitratis*. Entre ellos toma en consideración la neutralidad del Estado, que este Estado se haya adherido a los Convenios internacionales más relevantes (Ej. CNY), analiza el Estado de su legislación y la adopción de los principios básicos del arbitraje internacional, y observa también la actitud de los tribunales estatales frente al arbitraje en cuanto reconozcan cada uno de los principios señalados (competencia-competencia, de nulidad del laudo, de intervención mínima). Sobre el particular, Véase SILVA ROMERO, E., “Breves observaciones sobre la modernidad del arbitraje internacional. A propósito de la nueva ley española de arbitraje”, *Tribuna Abierta*, 9 (2004), pp. 12-14; FERNÁNDEZ ROZAS, J., “Determinación del lugar y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral” en *Lima Arbitration* No 2-2007, p. 43.

18 VIRGÓS SORIANO, M., “Arbitraje comercial internacional...”, op. cit., expresa que si bien a este modelo se le ha criticado la nacionalización que produce del arbitraje internacional, en la medida en que fuerza

universal de su jurisdicción sobre el laudo<sup>19</sup>, pues si éste plantea la posibilidad de anulación del mismo y en definitiva aquél se anula, esta sentencia tendrá, en principio, efectos amplios en relación con cualquier otro sistema jurídico.

En este contexto, el presente artículo tiene por objeto formular y responder ciertas preguntas, como son: ¿Qué aspectos son considerados importantes al momento de elegir una sede arbitral?, ¿Cuáles son los efectos o trascendencia de esta decisión?, ¿Puede un laudo nulo ejecutarse en otro Estado?, ¿Qué causales autorizan para anular un laudo arbitral en un Estado sede?, ¿Cuál es la importancia actual del Estado sede hoy en día?, y ¿Qué reflexiones podemos realizar sobre esta materia?

## 2. ¿Qué aspectos son considerados al momento de elegir una sede arbitral?

La elección de la sede es una decisión que pertenece a las partes del conflicto, con alguna excepción<sup>20</sup>, sin que pueda incidir en aquélla ninguna condición adicional (como la nacionalidad de las partes o del litigio con el Estado escogido)<sup>21</sup>. Además de la *lex arbitri* las partes normalmente valorarán otros factores al tomar la decisión correspondiente, como la aplicación e interpretación que los tribunales estatales tengan sobre la ley arbitral y la institución del arbitraje propiamente tal, factores económicos y otras ventajas y/o limitaciones contempladas por el país en cuestión. Cada lugar plantea una realidad completamente diferente entre sí, por lo que esta elección implicará un cierto esquema ya asentado en dicho sitio.

---

su localización, esta solución proporciona seguridad jurídica pues las partes saben desde el comienzo a qué atenerse tanto en términos de tribunales como de marco jurídico de referencia del arbitraje.

19 Conforme a la CNY 1958, un laudo vinculante pronunciado en un Estado contratante debe ser reconocido y ejecutado en los demás Estados contratantes, salvo que ese laudo haya sido anulado o sus efectos suspendidos en el Estado de origen. Esto significa, positivamente, que el laudo válidamente emitido valdrá en los demás Estados contratantes y, negativamente, que si es anulado o suspendido, no lo hará.

20 Esta elección puede estar limitada en algunas ocasiones de carácter obligatorio e inderogables por las partes, como ocurre con el Art. 22 del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías (Reglas de Hamburgo) que establece que “El procedimiento arbitral se incoará, a elección del demandante, en uno de los siguientes lugares: a) Un lugar situado en un Estado en cuyo territorio se encuentre: (i) El establecimiento principal o, a falta de éste, la residencia habitual del demandado; o (ii) El lugar de celebración del contrato, siempre que el demandado tenga en él un establecimiento, sucursal o agencia por medio de los cuales se haya celebrado el contrato; o (iii) El puerto de carga o el puerto de descarga; o b) Cualquier lugar designado al efecto en la cláusula compromisoria o el compromiso de arbitraje”.

21 Véase, VERDERA Y TUELLS, E., “La elección del lugar y del idioma en el procedimiento arbitral”, en RCEA, 1995, pp. 89-102; VERBIST, H., “Le lieu de l’arbitrage Dans le processus de négociation et de rédaction d’une clause d’arbitrage”, en *Revue du Droit Comparé*, (1993), pp. 220 y ss.

Si las partes nada señalaren será al tribunal arbitral<sup>22</sup> a quien le corresponderá efectuar tal elección, o a la institución arbitral pertinente si las partes han optado por este tipo de arbitraje<sup>23</sup>, en ambos casos, debieran tomarse en consideración la opinión de las partes y las circunstancias del caso a dirimir<sup>24</sup>, incluyendo las consecuencias legales y prácticas derivadas de aquélla. La primera consideración conduce a elementos de carácter pragmático tales como la proximidad de las partes y del tribunal arbitral al lugar elegido, la necesidad de practicar en él pruebas sustanciales como inspecciones oculares o pruebas testificales; la conveniencia de abaratar los costos y de evitar desplazamientos innecesarios de los miembros del tribunal, de los abogados de las partes y de los testigos juega como elemento determinante en múltiples ocasiones, a lo que cabe añadir la garantía de la efectividad posterior del resultado del procedimiento arbitral. La expresión “conveniencia de las partes”, tiene una dificultad interpretativa, prueba de ello es que su inclusión no fue pacífica en los trabajos preparatorios de la LMU, en base a los distintos significados que podrían sostenerse que van desde el lugar que resulte más neutral para las partes, pasando por la sede donde existe una normativa más favorable, hasta el lugar donde existan mayores facilidades de acceso de todos los participantes en el procedimiento arbitral<sup>25</sup>.

Lo recomendable es que las partes efectúen la elección de la manera más clara posible en el respectivo acuerdo arbitral. La manera de establecer la sede del arbitraje es, simplemente, agregando una oración a la cláusula arbitral, como sigue: “La sede del arbitraje será la: (ciudad/Estado/país)”. Una variación de esta sencilla fórmula puede ser utilizada cuando las partes deseen incluir en el contrato

22 Así, por ejemplo, lo disponen las leyes de México, Perú y Colombia, la determinación del lugar de arbitraje, a falta de elección por las partes, será efectuada por el tribunal arbitral (Código de Comercio, Art. 1436; D.L. 1071; Art. 35(1); Ley 1563; Art. 93, respectivamente).

23 Ejemplo de este último cauce es el arbitraje administrado por la CCI en el que la “sede del arbitraje será fijada por la Corte a menos que las partes la hayan convenido” (Art. 14. 1º Reglamento CCI). Otros Reglamentos establecen una suerte de “sede interina” hasta que exista un pronunciamiento definitivo por parte del tribunal arbitral una vez constituidos; así, el Art. 13.1º Reglamento AAA declara que si las partes no se ponen de acuerdo con respecto al lugar del arbitraje, la propia AAA “podrá inicialmente determinar el lugar del arbitraje, sujeto a la facultad del tribunal de determinar finalmente el lugar del arbitraje dentro de los sesenta días después de su constitución. Dichas determinaciones se harán tomando en cuenta los argumentos de las partes y las circunstancias del arbitraje. Por último, un tercer bloque de reglas fija, en ausencia de designación expresa, la sede de la propia institución arbitral (Ej. Reglamento del Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio; Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá). Sobre el tema, véase: FERNÁNDEZ ROZAS, J., “*Determinación del lugar...*”, op. cit., p. 27.

24 Véase Art. 20 LMU.

25 Esta delimitación se observa también con relación al arbitraje marítimo, donde la elección de la sede se vincula a la sede de las instituciones de arbitraje especialmente aptas para resolver la controversia, por ejemplo, la London Maritime Arbitrators Associations (LMAA); la Chambre Arbitrale Maritime á Paris (CAMP), o la Society of Maritime Arbitrators of New York (SMA). Sobre el tema, véase. FERNÁNDEZ ROZAS, J., “*Determinación del lugar...*”, op. cit., pp. 28-30.

un disuasivo para la iniciación del arbitraje. Así, por ejemplo, si una de las partes fuera mexicana y la otra fuera francesa, la cláusula puede establecer: “La sede del arbitraje será París, Francia, si el arbitraje es iniciado por la parte mexicana, y la sede del arbitraje será la Ciudad de México, D.F., México, si el arbitraje es iniciado por la parte francesa”. Con todo, estas cláusulas no son aconsejables, ya que una cláusula desequilibrada de este tipo puede crear un incentivo para que una parte incumpla o continúe con su conducta violatoria del contrato, con la expectativa de que la otra parte no querrá iniciar el arbitraje en el foro de la parte que ha incumplido.

Dado que existen diferentes factores que influyen en un arbitraje, resulta difícil afirmar que existe un lugar único e ideal para su desarrollo en el cual todos los participantes estén cómodos<sup>26</sup>. La UNCITRAL destaca en sus Notas sobre procedimiento arbitral, las siguientes:

- a) Idoneidad de la ley del lugar del arbitraje en lo relativo al procedimiento arbitral;
- b) La existencia de un tratado multilateral o bilateral en vigor entre el Estado en que tenga lugar el arbitraje y el Estado o los Estados donde quizá haya de ejecutarse el laudo. El referente obligado en este punto es la CNY, pues a partir de su Art. V se conduce a una uniformidad de soluciones en orden a la anulación de los laudos arbitrales;
- c) Finalmente, también cobran relevancia cuestiones concretas propias del arbitraje como es el objeto de la controversia, la proximidad de las pruebas, la facilidad y la eficacia para el desarrollo del arbitraje, el grado de colaboración de que dispongan los tribunales locales y la neutralidad de dicho lugar.

Siguiendo estos lineamientos, podemos diferenciar dos tipos de criterios: generales y especiales. Los primeros gozan de una aplicación indiscutible, en tanto nadie podría dudar sobre su conveniencia, como el régimen legal aplicable y la ejecutabilidad del laudo; en cambio, los segundos, podrán interesar a las partes bajo determinadas circunstancias, como ocurre con los aspectos geográficos de la sede, costos involucrados, visas, instalaciones, proximidad para los testigos, entre otros<sup>27</sup>.

---

26 Véase ÁLVAREZ, H., “*La escogencia del lugar del arbitraje*” en Revista Internacional de Arbitraje No 3, Julio-Diciembre 2005, pp. 13-35.

27 Un estudio del Club Español del Arbitraje, finalizado en octubre de 2008, compara el posicionamiento de Madrid como sede de arbitraje en relación con las 7 sedes más importantes del mundo: Londres, Miami, Nueva York, París, Singapur y Zurich. La comparación se hizo en relación a 22 aspectos que se consideran

La elección que efectúan las instituciones arbitrales de las sedes resulta decisiva a estos efectos<sup>28</sup>, en tanto ponen de manifiesto ciertas preferencias en base a criterios específicos seleccionando lugares de arbitraje que conduzcan a laudos ejecutables. La CCI, por ejemplo, emplea una serie de criterios de selección con el objeto de garantizar el principio de *favor arbitratis*, para ello no fija la sede del arbitraje en ninguno de los Estados de los que provienen las partes del litigio y se enfoca en un Estado que sea parte de la CNY; toma, además, en consideración la legislación del Estado en cuestión para establecer hasta qué

---

más relevantes a la hora de seleccionar una sede para la solución de conflictos comerciales internacionales. Entre éstos se destacan: A) Aspectos legales: Acercamiento o influencia de la Ley Modelo de UNCITRAL; restricciones respecto a motivos adicionales de anulación del laudo, en tanto las sedes resultarían más atractivas si se corresponden los motivos con la LMU; país signatario de la CNY sin reservas, en tanto permite la ejecución en casi todos los países del mundo y predetermina las causas tasadas por las que se puede denegar la ejecución de un laudo extranjero; actitud de los jueces respecto al arbitraje, pues las sedes con jueces con actitud favorable al arbitraje (a la hora de revisar su posible nulidad) y que otorguen un auxilio eficaz y rápido a éste son más atractivas; B) Aspectos institucionales: Rapidez del procedimiento: que viene determinada por el plazo en que se fija en el reglamento correspondiente para la emisión del laudo, así como la posibilidad de prórrogas y por el hecho que se establezca un límite a su número (Miami, Nueva York y Madrid, cumplirían este ítem); Libertad en el nombramiento de árbitros: se tiene en cuenta la libertad en el nombramiento para las partes y la institución arbitral (En Madrid, París, Ginebra y Zurich existe libertad absoluta); Revisión del laudo por la corte arbitral: en tanto esto le otorga cierta garantía de calidad (París, Singapur y Madrid lo permiten); Posibilidad de procedimiento electrónico: en tanto facilita las comunicaciones al permitir el uso de Internet (Madrid, París, Miami y Nueva York, lo contemplan); Posibilidad de procedimiento abreviado: que permite la agilización del proceso al introducir plazos y prórrogas más cortos en ciertos casos (todas las sedes la posibilitan); Costes administrativos del arbitraje: se consideran los costos de administración y los gastos en que se incurra; Ley de arbitraje moderna que han sido actualizadas recientemente; Apoyo institucional: un fuerte apoyo por parte de los poderes públicos promueve el uso del arbitraje e influye indirectamente sobre la actitud de los jueces al respecto (en tal sentido, se destaca que desde el año 2006 el Gobierno de la comunidad de Madrid desarrolla un amplio abanico de acciones encaminadas a promover el uso del arbitraje y a promocionar a Madrid como sede de arbitraje internacional); C) Aspectos de capital humano: Prestigio de individuos y despachos en el mundo del arbitraje. Para la valoración de este ítem se ha utilizado el ranking desarrollado por la guía Chambers Global (Londres, Nueva York y París son sedes que destacan en estos aspectos); Costos de abogados; Costo de los árbitros: (se destaca que el costo de árbitros en Madrid es por lo menos un 50% inferior al resto de sedes comparadas); D) Aspectos económicos: Coste general de vida; Costos de alquiler de salas; Infraestructuras aeroportuarias y hoteleras. Más información en [http://www.promomadrid.com/archivos/CEA\\_Informe.pdf](http://www.promomadrid.com/archivos/CEA_Informe.pdf)

28 En tal contexto, debemos considerar que la práctica de la CCI es seleccionar un país que sea neutral bajo cualquier criterio (Art. 14.1 “La sede del arbitraje será fijada por la Corte a menos que las partes la hayan convenido”); la de la LCIA es elegir a Londres, a menos que las circunstancias aconsejen otra alternativa (Art. 16.1 “Las partes podrán acordar por escrito la sede -o el lugar legal- de su arbitraje. En ausencia de tal acuerdo, la sede del arbitraje será Londres, salvo que la Corte de la LCIA, una vez analizadas todas las circunstancias concurrentes y después de haber dado trámite de audiencia por escrito a las partes, estime otro lugar como más apropiado para ser designado como sede del arbitraje”); la práctica de la CIRD es considerar todas las circunstancias relevantes (Art. 13.1 “A falta de acuerdo de las partes, el administrador podrá determinar inicialmente el lugar del arbitraje, pero el tribunal arbitral tendrá la facultad de determinar definitivamente el lugar del arbitraje dentro de los 60 días siguientes a su constitución. Todas esas decisiones se harán tomando en cuenta los argumentos de las partes y las circunstancias del arbitraje”).



punto su normatividad puede ser favorable al arbitraje, y observa la actitud de las cortes nacionales del Estado en cuestión frente al mismo<sup>29</sup>.

Las estadísticas de la CCI muestran la siguiente selección de lugares por las partes: en Europa los lugares preferidos son París, Londres, Ginebra y Zurich<sup>30</sup>; en las Américas, el lugar preferido es Nueva York<sup>31</sup>; en Asia, los lugares preferidos son Singapur y Hong Kong<sup>32</sup>. Asimismo, se han destacado como lugares atractivos Madrid, Ciudad de México, y Miami. La mayoría comparte rasgos comunes que favorecen la práctica del arbitraje.

Derivado de lo anterior, se puede afirmar que existe una tendencia natural hacia la consolidación de éstas y otras sedes arbitrales, en tanto aportan una regulación atractiva a los operadores del tráfico comercial. En este contexto, se considera que una oferta llamativa se compone de tres piezas: la autonomía privada, la intervención judicial limitada y la neutralidad<sup>33</sup>. La autonomía implica que los legisladores redactan sus leyes de arbitraje con una arquitectura esencialmente dispositiva, tanto en lo que se refiere al procedimiento como a la ley aplicable al fondo del asunto; la intervención judicial limitada tiene por objetivo dar certeza a las partes sobre la posible interferencia de los tribunales nacionales, de modo que no se produzcan intervenciones inesperadas; finalmente, la neutralidad implica que el foro no imponga su idiosincrasia a las partes en temas cuyo contenido depende del derecho nacional, tales como la arbitrabilidad o el orden público.

A continuación, revisaremos aquellos criterios que resultan relevantes en esta elección.

29 Los resultados de esta toma de decisión no han recibido un respaldo unánime, pues muchos Estados se consideran discriminados sin entender las circunstancias de su exclusión por la CCI. Sobre el tema, FERNÁNDEZ ROZAS, J. “*Determinación del lugar...*”, op. cit., pp. 43-44.

30 Véase NASSAR, N., “*Sanctity of Contracts Revisited: A Study in the Theory and Practice of Long-term International Commercial Transactions*”, (Dordrecht, Boston-London, 1995), p. 44.

31 Otras ciudades que, según las estadísticas de la CCI, son frecuentemente escogidas en el continente americano son Miami, Ciudad de México, Sao Paulo y Buenos Aires. Ver GUITON, J.; HORTON, S., *Pointers in Drafting an International Arbitration Clause*, (CORP. LEGAL TIMES, 1993), p. 10.

32 HARRIS, P., “*International Arbitration Practice: Can You Be Global Without It?, Of Counsel*” (enero de 2001), p. 13 (sosteniendo que Singapur, Hong Kong y Nueva York son las “principales arenas para el arbitraje”). Un estudio muestra que “un país que sanciona una ley nueva o modificada de arbitraje, experimenta un aumento estadísticamente significativo en el número de procedimientos de arbitraje ante la CCI realizados por acuerdo de partes en ese país. Dado que los datos publicados corresponden solo a los arbitrajes ante la CCI y no a los arbitrajes administrados por otras instituciones (o procedimientos *ad hoc*), estas estimaciones posiblemente reflejan el aumento mínimo que se produce”. DRAHOZAL C., “*Regulatory Competition and the Location of International Arbitration Proceedings*”, en *Towards A Science Of International Arbitration: Collected Empirical Research*, 341, (Christopher R. Drahozal & Richard W. Naimark, editors, Kluwer Law International, La Hagué, 2005).

33 Véase VIRGÓS SORIANO M., “*Arbitraje comercial internacional...*”, op. cit.

### a. Régimen legal aplicable

En general, los Estados cambian por razones económicas su legislación con la finalidad de atraer arbitrajes a su territorio<sup>34</sup> y en todos los casos la influencia de la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional en la elaboración de los textos legales recientes ha sido decisiva<sup>35</sup>. En esta línea, se considera que un Estado que haya adoptado la referida ley modelo, incluso con modificaciones, es un Estado poseedor de una legislación moderna en materia de arbitraje y favorable respecto de dicha institución jurídica. Sin embargo, la confirmación de que una ley de arbitraje está basada en la LMU es solo un punto de partida, toda vez que existen varios países que son centros líderes en el arbitraje internacional –incluyendo a Francia, Inglaterra y los Estados Unidos– cuyas legislaciones son pro-arbitraje que no están basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL de manera fidedigna; como asimismo, hay países que pese a haber adoptado la Ley Modelo, plantean un número de modificaciones que no son nada inocuas, o sus cortes no la aplican de manera consistente, de manera que tampoco se presentan como sitios atractivos de arbitraje.

De la mano de lo anterior, es esencial considerar no solo si un determinado país ha sancionado una ley moderna de arbitraje, sino también el conjunto normativo y de principios que la legislación contempla con carácter obligatorio y que pudiera afectar la elección legislativa realizada por las partes, así como la interpretación efectuada sobre la misma. En este contexto, es evidente que las partes intentarán conducir el arbitraje hacia aquellas sedes donde sus leyes procesales sean proclives a la eficacia del arbitraje y se asegure que los tribunales estatales se encontrarán dispuestos a asistirlos, interfiriendo lo menos posible con el normal desenvolvimiento del procedimiento arbitral. Bajo esta óptica la elección de la sede importa contar con un manto de seguridad que brinde a las partes la confianza de que podrán recurrir en ayuda de los tribunales estatales para solicitar su apoyo a partir de la dictación de medidas precautorias, desarrollo de medidas probatorias, cumplimiento del laudo no cumplido espontáneamente, entre otras; pero, más que nada, aspiran a que dichos tribunales contribuyan al impulso y no a la obstaculización del juicio de árbitros<sup>36</sup>. La importancia del marco legal se visualiza en las siguientes materias:

34 En el Palamento británico se utilizaron cifras económicas para evaluar la importancia de modificar su legislación. Véase: DRAHOZAL C., “*Regulatory Competition...*”, op. cit., pp. 371-384.

35 GRIGERA NAÓN, H., “*Arbitraje comercial internacional en el mundo actual*”, en *Jurisprudencia Argentina*, N° 5998, (Buenos Aires, 14 de agosto 1996), pp. 34-35.

36 A modo de ejemplo, la CCI emplea una serie de criterios de selección de la sede con el objeto de garantizar el *favor arbitratu*. Entre ellos toma en consideración la neutralidad del Estado, que este Estado se haya adherido

### **i) Reconocimiento a la libre disposición de las partes**

La legislación debe permitir a las partes establecer, según sus necesidades, aspectos tan relevantes como el convenio arbitral, persona y número de árbitros, la institución arbitral, el procedimiento arbitral, la ley de fondo aplicable a la resolución del litigio, el idioma a emplear, entre otros factores. Solo en subsidio de dicha voluntad, la ley estatal podrá proveer una determinada solución que tienda justamente a llenar el vacío dejado por las partes.

### **ii) Ámbito de aplicación de la ley**

Usualmente, la ley del lugar del arbitraje determinará su propio campo de aplicación, el cual será interpretado y aplicado por las Cortes locales, así por ejemplo, la LMU plantea una aplicación de carácter “comercial e internacional”<sup>37</sup> y en cada caso presenta una enunciación de los elementos que delimitan la noción, sin entregar, normalmente, tal calificación a la disposición de las partes<sup>38</sup>. La determinación de la “internacionalidad” no es solo un ejercicio retórico, sino que su consecuencia es la confección y aplicación de normas específicas para este tipo de controversia conectado a más de un Estado y cuyos participantes son operadores del comercio internacional. La relevancia del carácter internacional de un arbitraje se acrecienta debido a que, en algunos sistemas, la legislación aplicable a dicho arbitraje difiere de la aplicable al arbitraje interno que suele ser más inflexible en la materia al establecer mayores restricciones; de este modo, la internacionalidad se concibe en muchos casos como la remoción de obstáculos

---

a los Convenios internacionales más relevantes (Ej. CNY), analiza el Estado de su legislación y la adopción de los principios básicos del arbitraje internacional, y observa también la actitud de los tribunales estatales frente al arbitraje en cuanto reconozcan cada uno de los principios señalados (competencia-competencia, de nulidad del laudo, de intervención mínima). Sobre el particular, véase SILVA ROMERO, E., op. cit., pp. 12-14; FERNÁNDEZ ROZAS J., “*Determinación del lugar...*”, op. cit., p. 43.

37 Normalmente la ley supletoria que se aplicará será la de arbitraje comercial doméstico, que frecuentemente resulta muy diferente al régimen aplicable a los casos comerciales internacionales. Por ejemplo, en los asuntos en que la ley local exige la constitución de una subsidiaria local, un *joint venture* u otra entidad legal, como un vehículo de inversión o para permitir un tipo particular de transacción, será importante saber cómo el derecho doméstico de arbitraje define una controversia surgida entre una de estas entidades y otra parte del Estado local.

38 La importancia de este tema puede apreciarse en la decisión de la Corte Suprema de British Columbia (Canadá) en *Estados Unidos de México v. Metaclad Corporation*. En este caso, el demandante argumentó que como el asunto versaba entre un Estado y una entidad privada se trataba de un arbitraje mixto que no podía ser clasificado como “comercial”. Se señaló que como el arbitraje surgió de una actividad regulada por el Estado no podía existir una controversia comercial. Esta posición tenía como propósito excluir la aplicación de la Ley de arbitraje comercial internacional de British Columbia que incluye las causales para la revisión de los laudos de la LMU. La Corte rechazó el argumento mexicano al señalar que el punto importante que debía ser considerado era la determinación de la relación primaria de la inversión, de manera que la subsume en la actividad comercial. Con todo, otras decisiones recientes de tribunales constituidos de acuerdo con el capítulo 11 del TLCAN dan cuenta que el debate subsiste. Véase ÁLVAREZ, H., op. cit., pp. 18-19.

al desarrollo del arbitraje, cuyos límites se encontrarán en la noción de arbitrabilidad<sup>39</sup> y de orden público que cada Estado acuñe al respecto<sup>40</sup>.

Más allá de ello, la determinación de la internacionalidad no debiera implicar establecer diferencias ostensibles entre el arbitraje interno y el internacional. De hecho, en muchos casos se valora positivamente que el sistema legal contemple una legislación uniforme en relación a ambos tipos de arbitrajes, en tanto con ello se resguarda la utilización de criterios unívocos, lo que disminuye el riesgo que sean llenados los vacíos internacionales con preceptos inadecuados venidos desde un Derecho doméstico, muchas veces arcaico, al mismo tiempo que aumenta las posibilidades de que los tribunales estatales tengan un nivel de comprensión global sobre el instituto arbitral, lo que facilita la interpretación y aplicación de su normativa de acuerdo a los estándares más avanzados.

La “comercialidad”, por su parte, plantea el ámbito de aplicación material de la legislación respectiva. Normalmente la ley dispone que sus normas serán aplicables a este tipo de litigios brindando una aproximación de lo que comprende la referida noción. Esto será relevante, toda vez que la delimitación de la comercialidad en sede internacional plantea normalmente parámetros más amplios que la comprensión del término en sede local<sup>41</sup>.

Asimismo, la ley del lugar puede definir su campo de aplicación en términos tales que distingan sobre la aplicación de sus disposiciones; por ejemplo, la LMU establece que con excepción de los Arts. 8º, 9º, 35 y 36, sus normas se aplican

39 BOUZA, N., *La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral*, en *REDI*, Vol. II, (2000), pp. 371-393.

40 En relación con este tema debe advertirse que cada legislación tiene criterios de definición propios y no coincidentes entre sí, por lo que seguramente este dato no resultará baladí para las partes que pretenden someterse a un arbitraje internacional. Así, por ejemplo, la CG establece que sus normas se aplicarán a los litigios nacidos o por nacer en operaciones del comercio internacional entre sociedades que tengan una sede social en Estados contratantes diferentes entre sí (Art. 1); en otros casos se requiere que un arbitraje no presente ningún contacto con el Estado (Reino Unido, Arts. 3 y 4 *Arbitration Act*, 1979); para otros basta con que uno de los participantes en el arbitraje no tenga su residencia, domicilio o sede social o no realice operaciones en ese territorio (Ley Belga, 1985; Ley Federal Suiza, 1987, Cap. 12); algunos combinan criterios como el lugar de ejecución del laudo y la residencia (ley italiana 1994 que reforma al CPC y establece la internacionalidad del arbitraje bastando que una de las partes no resida en Italia o que una parte esencial del laudo sea ejecutada en el extranjero, Art. 832); otros definen la internacionalidad del asunto ubicando el elemento de extranjería en el litigio en todos los casos, y nunca en el arbitraje en sí (Art. 1492 *NCPC* francés); la relación jurídica de la que dimana la controversia suele ser otro criterio utilizado a estos efectos en tanto afecte los intereses del comercio internacional (Art. 3.1. Ley 60/2003, España); e inclusive algunos han adoptado el criterio de la internacionalidad subjetiva contenido en el Art. 1.2, c de la LMU, que considera internacional al arbitraje “si las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado” (Art. 1º LACI). La CNY es particularmente expresiva pues, aunque declara aplicable al reconocimiento de laudos arbitrales dictados fuera del territorio del Estado en que tal reconocimiento se solicita, por vía de excepción se aplica también a los “laudos nacionales” en el Estado en que se solicita su reconocimiento y ejecución. De este modo, la Convención acoge la internacionalidad en relación a la materia, con independencia del lugar en que se establezca la sede del tribunal arbitral.

41 Así, por ejemplo, la LMU plantea en un pie de página la noción de comercialidad en términos amplios.

únicamente si el sitio del trámite está en el territorio del Estado en cuestión, lo que equivale a sostener un requisito territorial, y solo las cuatro disposiciones en comento se aplicarán sin tomar en cuenta la ubicación del lugar del arbitraje. En otras palabras, si el lugar del arbitraje escogido es el Estado en cuestión, se regirá por dicha ley, si el arbitraje es internacional y comercial, pero su sede se fija en otro país, únicamente serán aplicados los preceptos en comento.

### *iii) Flexibilidad y garantías procedimentales*

La legislación debiera determinar con precisión y claridad un procedimiento arbitral que sirva en caso que las partes se remitan a él, o no digan nada sobre el particular. En el procedimiento debiera conservarse el espíritu dispositivo de las partes y eliminar todo tipo de formalidades inútiles, como por ejemplo, la protocolización del laudo ante el Notario Público, la necesidad que el árbitro tenga la nacionalidad o resida en el Estado sede, entre otras. Asimismo, debiera cuidar de establecer plazos relativamente cortos a los respectivos trámites con el objeto de brindar celeridad al arbitraje.

Por otra parte, el procedimiento debiera garantizar ciertos principios como la neutralidad e independencia de los árbitros (por ejemplo, solicitar que los árbitros comuniquen cualquier circunstancia que pudiere poner en duda su independencia e imparcialidad); la posibilidad que el árbitro pueda adoptar medidas cautelares<sup>42</sup>, cuya eficacia estará supeditada a la rapidez de su adopción y a su efectiva ejecución, en el evento en que las partes se resistan a acatarlas<sup>43</sup>; ampliar los plazos de corrección, aclaración y complemento del laudo; entre otros factores.

Normalmente los requisitos de forma y contenido de los laudos arbitrales también se regirán por la ley del lugar del arbitraje, a menos que las partes acuerden otra cosa. Asimismo, los límites temporales para proferir el laudo y los requisitos para presentarlo también estarán definidos por esta ley.

---

42 Se trata de una medida ampliamente reconocida en los Reglamentos de la CCI (Art. 23); Reglamento CNUDMI (Art. 26); LMU (Art. 17); entre otras. Estos instrumentos dejan un margen de actuación a los árbitros para decidir la forma de adopción de las medidas. Así, éstos podrán optar por emitirlos en la forma de laudos o de simples órdenes.

43 Sobre la importancia de la forma en que se adopte esta decisión, véase BLACKABY, N., *La importancia de la forma y del alcance de la decisión arbitral para su ejecución*, en *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*, (Ed. Legis, Bogotá, 2007), pp. 184-186.

## b. Tratamiento de los árbitros y su selección

Aquí subyacen varias cuestiones. En primer lugar encontramos el tema de los nombramientos, en tanto la ley del lugar del arbitraje normalmente podrá plantear algunas limitaciones como la nacionalidad y la profesión del árbitro dependiendo del tipo de arbitraje; asimismo, se ocupa de llenar vacíos relacionados con las posibles recusaciones e inhabilidades que puedan afectar a los árbitros. Si no existen tales normativas, las partes pueden llevarse desagradables sorpresas que incluso afecten la validez del laudo o la denegación del mismo. En relación con este punto, algunas leyes con miras a salvaguardar determinados principios, como son la independencia y la imparcialidad, plantean como obligación de los árbitros nombrados hacer presente –antes de aceptar el cargo– posibles causas que pudieren tener relevancia a estos efectos. Otras leyes, en cambio, nada señalan sobre el particular<sup>44</sup>.

Es preciso considerar que el tribunal arbitral tiene ausencia de foro<sup>45</sup>. La conexión es meramente objetiva con el Estado sede, pues se encuentra desligado de toda jurisdicción nacional; el hecho que la relación litigiosa esté vinculada con varios ordenamientos jurídicos estatales provoca que ninguno de ellos pueda prevalecer frente al árbitro para regir la situación concreta, y serán los intereses de las partes los que deben predominar<sup>46</sup>. Derivado de lo anterior, el tratamiento que la legislación de una sede brinde a los árbitros presenta una importancia crucial que dice relación con el principio de intervención mínima ya visto, toda vez que si el árbitro es considerado como parte de la administración de justicia de un Estado, el nivel o grado de intervención que podrán asumir los tribunales estatales podrá ser superior a cuando se piensa que los árbitros son autónomos, y no pertenecen a ningún Estado en particular.

Finalmente, debemos tener en consideración que al elegir el lugar del arbitraje, las partes incrementan sustancialmente la posibilidad de que nacionales de dicho lugar sean seleccionados como árbitros, en tanto será relevante el conocimiento del candidato del derecho procesal de la sede del arbitraje y la disponibilidad para celebrar audiencias en la sede arbitral.

44 Véase LMU

45 ARTUCH IRIBERRI, E., “*El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*”, (Ed. Eurolex, Madrid, 1997), p. 156.

46 La concepción de la naturaleza híbrida del arbitraje ayuda a concebir las características de la función arbitral y la secuela de la elección del derecho de fondo. Véase SANTOS BELANDRO, R., “*Se ha instalado...*”, op. cit. (N° 2), pp. 182-183.

### c. Aspectos institucionales

Si las partes eligen una determinada institución arbitral como administradora del mismo estos centros normalmente tendrán la misión de elegir la sede del arbitraje<sup>47</sup>, la que no siempre coincidirá con la del territorio donde aquélla tenga su asiento.

La madurez y desarrollo del arbitraje institucional de un Estado sede tiene innegable relevancia, pues puede ocurrir que las partes se inclinen por una determinada institución en relación a dónde se encuentra y la posibilidad que dicho lugar se convierta en la sede arbitral. En tal lineamiento, se suele valorar la reglamentación que el centro otorga al arbitraje, considerando atractivo a estos efectos aspectos tales como: la rapidez del procedimiento que viene determinada por el plazo en que se fija en el reglamento correspondiente para la emisión del laudo, así como la posibilidad de prórrogas; la libertad en el nombramiento de árbitros; la revisión del laudo por la corte arbitral; la posibilidad de procedimiento electrónico; la posibilidad de procedimiento abreviado que permite la agilización del proceso; los costos administrativos del arbitraje; entre otros.

Es pertinente, por tanto, que si un Estado pretende convertirse en una sede de arbitraje atractivo, debe poseer uno o más centros arbitrales profesionales que estén en condiciones de prestar estos servicios de la forma más eficiente u óptima posible<sup>48</sup>. No en vano, los principales arbitrajes comerciales internacionales se han realizado y se realizan en Nueva York, Londres y París a partir del protagonismo de instituciones consolidadas en el panorama internacional como la Asociación Americana de Arbitraje (AAA); la Corte Londinense de Arbitraje Internacional y la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París.

---

47 A modo de ejemplo, véase Reglamento de Procedimientos de la CIAC, Art. 13.1 (a falta de opción de las partes, la elección es efectuada por parte de la CIAC de manera inicial, “sin perjuicio de la facultad de los árbitros para hacerlo de manera definitiva”, teniendo en cuenta “las pretensiones de las partes y las demás circunstancias del respectivo arbitraje”); Reglamento de Arbitraje de la OMPI, Art. 39(a) (a falta de elección por las partes, “el lugar del arbitraje será determinado por el Centro, habida cuenta de cualquier observación formulada por las partes y de las circunstancias del arbitraje”); Reglas de Arbitraje del CAM, Art. 20.1 (selección por parte de la institución); Reglamento de Arbitraje de la CANACO, Art. 21.1 (selección por parte del tribunal arbitral, de acuerdo con las circunstancias del arbitraje”); Reglamento de Arbitraje del CEMARC, Art. 15 (fijando como sede supletoria la de la CEMARC, Buenos Aires); Reglamento del Tribunal de Arbitraje de la BCBA, Art. 67 (Buenos Aires); Reglas del Centro de Arbitraje AmCham Perú, Art. 3 (Lima).

48 En algunos casos, es el propio gobierno el que incentiva estas características como sucede en el caso de Madrid.

#### **d. Rol de los tribunales estatales de la sede respectiva: neutralidad, competencia y experticia**

La actitud que adopten los tribunales nacionales frente al arbitraje será muy relevante para la determinación de esta sede. Este suele ser uno de los problemas más acusados, principalmente en relación a los países latinoamericanos que no siempre respetan los principios del arbitraje comercial internacional<sup>49</sup>. Aquí deben considerarse cuestiones prácticas como la neutralidad, la competencia y la experiencia de dichas cortes en los procedimientos arbitrales. La neutralidad implica que la sede no imponga su propia idiosincrasia a la resolución del arbitraje, de manera que entienda el carácter internacional y flexible del mismo. Se pretende que la sede no favorezca a ninguna de las partes<sup>50</sup>, de manera que debe cuidar que no exista una predisposición a favor de los intereses de la parte que pueda estar conectada al Estado sede. En cuanto a la competencia, es relevante que éstas tengan un nivel de experiencia y prestigio en la resolución de estas materias. Finalmente, en relación al procedimiento, será importante saber si hay un acceso fácil a los tribunales o si, por el contrario, no pueden evitarse largas demoras<sup>51</sup>.

Pues bien, de acuerdo a lo visto precedentemente hemos de considerar que la formación del consentimiento, las materias susceptibles de ser objeto de arbitraje (arbitrabilidad) y la protección del orden público serán valoradas de acuerdo a la normativa del propio Estado sede, lo que provoca que su lectura sea dispar por los diferentes sistemas jurídicos<sup>52</sup>, conllevando inevitablemente dificultades prácticas al enfrentarse el arbitraje internacional a diferentes criterios normativos e interpretativos. Derivado de ello, es válida la pregunta ¿Tenemos tantos tipos de arbitraje como leyes que los regulan?<sup>53</sup>.

Frente a la persistencia del derecho nacional, parte de la doctrina aboga por el surgimiento de un derecho transnacional del arbitraje como consecuencia de la armonización de la regulación del arbitraje, el que parece querer desembocar

49 FERNÁNDEZ ROZAS, J., “*Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*”, (Madrid, Ed. Iustel, 2003), pp. 130-133.

50 Véase LALIVE, P., “On the Neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration” en *Swiss Essays on International Arbitration*, Schulthess, Zurich, 1984, pp. 23-33.

51 Comentando esta posible situación, véase ÁLVAREZ, H., “*La escogencia...*”, op. cit., pp. 30-31.

52 El Art. 1.5 de la LMU prevé: “La presente ley no afectará a ninguna otra ley de este Estado en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley”.

53 Véase MANTILLA-SERRANO, F., “*La autonomía del derecho del arbitraje internacional: ¿hacia un arbitraje realmente autónomo?*”, en *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*, (Ed. Legis, Bogotá, 2007), p. 208.



en una institución con vida propia e independiente, que debe ser tenido en cuenta necesariamente en este debate<sup>54</sup>.

En este camino, la jurisprudencia y las propias legislaciones más avanzadas en materia arbitral se dirigen hacia la autonomía arbitral<sup>55</sup>. Ello tiene un efecto concreto, en tanto las partes tienden a privilegiar a los Estados que asumen este ideal, al interpretar la normativa arbitral internacional en un claro contexto universal, sin contaminar sus regulaciones con el derecho doméstico. Esto implica, a grandes rasgos, que los criterios que impregnan la arbitrabilidad debieran descansar sobre variables puntuales y predecibles<sup>56</sup> y el orden público interpretarse desde un claro enfoque internacional<sup>57</sup>.

#### **e. Aspectos económicos y otros criterios a valorar**

Una sede de arbitraje podrá ser más conveniente que otra en virtud de una serie de factores que dicen relación con cuestiones de carácter económico. En efecto, los costos no son un dato menor en esta elección, entre ellos deben considerarse: la existencia y valor de los hoteles y transportes existentes en la sede; la cercanía para los testigos; costos de los documentos y abogados; clima y disponibilidad de recursos locales (tales como traductores, equipos, entre otros). También, si existen exigencias especiales, tales como visas o permisos de trabajo para la entrada a estas sedes y cuál es su manejo temporal en las solicitudes. En este contexto, algunas jurisdicciones no permiten que abogados que no estén matriculados en el lugar del arbitraje representen a partes en arbitrajes internacionales llevados a cabo en tales jurisdicciones, sobre la base de que esto constituiría un ejercicio prohibido del derecho.

---

54 GAILLARD, E., “*Teoría jurídica del arbitraje internacional*”. (Asunción, Paraguay, Ed. Thomson Reuters, 2010).

55 A excepción de México, cuya regulación sobre arbitraje comercial se encuentra en el Código de Comercio y en el Código Federal de Procedimientos civiles, los demás países que han expedido leyes de arbitraje en Latinoamérica en este lapso (Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela) han optado por expedir leyes autónomas y separadas de otros cuerpos normativos.

56 En Latinoamérica, países como Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua y Venezuela, Brasil, Costa Rica y Paraguay, se refieren a cuestiones patrimoniales disponibles, mientras que México y Chile, siguiendo la LMU presuponen la arbitrabilidad de toda cuestión comercial.

57 Para una visión completa de la noción de orden público, véase FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, “*On international...*”, op. cit., p. 953 y ss.

La cultura arbitral internacional que impregna a un determinado país, tanto en relación con sus tribunales estatales, preparación de los abogados y la doctrina suele ser otro factor a tener en cuenta<sup>58</sup>.

### 3. ¿Qué trascendencia tiene la elección de la sede del arbitraje?: apoyo y nulidad del laudo

Uno de los mayores efectos que tiene la elección de la sede arbitral es la determinación de los tribunales estatales que normalmente intervendrán en el procedimiento arbitral en las funciones de apoyo y control. Ambas tareas se recogen como una manera de ordenar la relación que debe tener la justicia estatal con la arbitral, con la finalidad de respetar los principios configurativos de ésta última, y que las partes tengan previa certeza de cuáles son los posibles caminos en que puede solicitarse la intervención de los órganos estatales<sup>59</sup>.

Con el objeto de resguardar la autonomía tanto de la institución arbitral como de la labor de los árbitros, se ha instaurado internacionalmente el “Principio de intervención mínima”<sup>60</sup>, el que importa, en primer lugar, excluir todo poder de un sistema judicial nacional que no esté mencionado en la Ley de arbitraje comercial internacional adoptada en un Estado sede, lo que resulta especialmente beneficioso para el arbitraje comercial internacional ya que, tal como lo indica la historia de la LMU, el recurso de la intervención de los tribunales durante las actuaciones arbitrales a menudo solo se utilizaba como una táctica dilatoria y constituía con mayor frecuencia un abuso de las actuaciones estatales y no una

58 Así, por ejemplo, la comunidad de Madrid, destaca una cartera de abogados residentes con reconocida experiencia y prestigio en la materia, su elevado número de cortes y tribunales estatales con instalaciones modernas y adecuadas para el arbitraje, y el apoyo profesional que se mantiene. Véase <http://www.madridarbitraje.com>; [www.clubarbitraje.com](http://www.clubarbitraje.com)

59 Sobre esta materia, véase VÁSQUEZ PALMA, M.F., “*Coordinación del arbitraje y jurisdicciones especiales: una perspectiva latinoamericana*”, en *Rev. de Arbitraje comercial e inversiones*, Vol III, (2010), pp. 766-788. Desde una óptica europea OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, C., “*Nuevas perspectivas para la regulación coordinada del arbitraje y la jurisdicción civil en la Unión Europea*”, en *Rev. de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. I. N.º. 2, (2008), pp. 495-500.

60 El principio en comento se contempla en el Art. 5º de la LMU. El artículo siguiente dispone, en cuanto al tribunal para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje, que las funciones a que se refieren los artículos 11, 3 y 4 (nombramiento de árbitros); 13, 3 (recusación de árbitros); 14 (falta o imposibilidad en el ejercicio de las funciones de un árbitro); 16, 3 (Facultad de tribunal para decidir sobre su propia competencia) y 34, 2 (acción de nulidad del laudo arbitral), serán ejercidas por el tribunal estatal que se designe. Cada Estado especificará, en este espacio, al promulgar la ley modelo, el tribunal, los tribunales o, cuando en aquéllas se la mencione, otra autoridad con competencia para el ejercicio de estas funciones.

protección contra el abuso<sup>61</sup>; y en segundo lugar, que tal intervención se conciba en los términos más acotados y precisos posibles.

La problemática que se conecta con esta materia dice relación, precisamente, con el nivel o grado de intervención<sup>62</sup> y la calidad o sustancia de la misma, toda vez que lo consagrado por el principio en referencia es una intervención limitada, de manera tal que los tribunales estatales deben ejercer un control y apoyo efectivo, sin llegar a permear la esencia o autonomía del instituto arbitral. Así, por ejemplo, los tribunales estatales no debieran nunca involucrarse en el fondo de lo debatido en el juicio arbitral, sino solo resguardar el cumplimiento de determinados principios y garantías. Al mismo tiempo, el recurso o acción existente para impugnar las resoluciones debieran ser limitadas y referidas a causales o criterios estrictos, precisamente con el objeto que la competencia de los tribunales arbitrales no se vea perjudicada mediante la utilización de múltiples recursos que podrían emplearse para dilatar o intervenir injustificadamente el proceso arbitral. Lo que debiera resguardar son garantías concretas, o prestar apoyo a los árbitros en aquellas facultades de las que carecen éstos últimos, como sucede con el poder de imperio. En esta línea, el juez estatal debiera limitarse a cuestiones concretas que brinden eficacia y certeza al arbitraje llevado a cabo en su territorio<sup>63</sup> y que se denominan comúnmente como funciones de apoyo y control arbitral.

### a. Función de apoyo

El juez estatal estará llamado a prestar apoyo o auxilio a las decisiones arbitrales que requieran de imperio o afecten a terceros del juicio, caso en que deberán velar por la legalidad de aquellas, lo que importa una garantía frente al orden

---

61 Véase Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil, Vol. XVI, 1985, pp. 11 y ss.

62 Para un análisis del rol de los tribunales nacionales en los procedimientos arbitrales, ver REDFERN, A.; HUNTER, M., op. cit., pp. 328-350; WANG SHENG CHANG; CAO LIJUN, “*The Role of Nacional Courts and Lex Fori in International Commercial Arbitration*”, en *Pervasive problems in international arbitration*, (Loukas Mistelas & Julian D. M. Lew, editores, 2006), pág. 155.

63 SANTOS BELANDRO, R., ejemplificando la situación respecto de los países latinoamericanos (especialmente Argentina, Brasil, Uruguay, Perú), ha señalado que en éstos no existe una línea clara de intervención, o bien vacíos legales sobre estas materias podrán originar conflictos con las autoridades estatales de no fácil solución. Agrega que quizás el mayor problema existente aun en las legislaciones latinoamericanas sea el hecho que a pesar de que una gran mayoría de ellas aceptan como único recurso contra el laudo el de nulidad o anulación, todavía persiste un grupo importante de países que admiten otros recursos, especialmente el de apelación. *Brisas favorables de orientación estatal impulsan, a vela desplegada, el arbitraje comercial internacional en la región*, en *Estudios de arbitraje, Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007), pp. 561-563.

público general, mas no el ejercicio de funciones de control<sup>64</sup>. Los tribunales no pueden negarse a prestar la asistencia necesaria para la prosecución del arbitraje, excepto si aparece manifiesta la inexistencia *prima facie* del convenio arbitral<sup>65</sup>.

El juez estatal tiene por misión resguardar el respeto del acuerdo de las partes debiendo intervenir para evitar la ineficacia de un procedimiento arbitral, por ejemplo, por mala redacción del convenio arbitral, por carencia o inexistencia de la institución arbitral designada que impida la puesta en marcha del arbitraje, o porque el procedimiento acordado vulnera la igualdad de las partes. Así también, el árbitro debiera contar con la potestad de practicar la mayoría de las actuaciones, de manera que el apoyo de los tribunales estatales tenga un perfil claramente residual<sup>66</sup>. En tal contexto, la ley de la sede jugará un rol importante en relación a la resolución de algunas materias, como son: la recusación o el nombramiento de un árbitro, la práctica de ciertos medios probatorios que requieran del imperio del tribunal, la adopción de medidas cautelares, entre otras<sup>67</sup>.

También es relevante el rol que desempeñarán estos tribunales ante la alegación de una excepción de incompetencia. Al respecto, cabe recordar que el Art. 16 de la LMU contempla el principio *Kompetenz-Kompetenz*, según el cual será al propio tribunal arbitral al que le corresponderá pronunciarse sobre esta materia. El tribunal estatal que conoce del asunto debiera remitir a las partes a un arbitraje ante la solicitud que cualquiera de ellas realice, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio; a menos que el convenio sea nulo, ineficaz o de ejecución imposible<sup>68</sup>. Finalmente se encuentra el desarrollo de las *anti-suit injunctions* o exhortaciones anti-arbitraje, en tanto

64 BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, J., *La intervención jurisdiccional del arbitraje*, en *Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de práctica arbitral de tribunales arbitrales según la nueva ley de arbitraje 60/2003*, (Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 2005), p. 68.

65 Así lo establece, por ejemplo, la exposición de motivos de la nueva ley de arbitraje española.

66 En los países latinoamericanos, con la excepción de las legislaciones argentina y brasileña, parece existir una tendencia conducente a investir al tribunal arbitral de potestad autónoma para ordenar, sobre la base de su propia autoridad, la producción de material probatorio, la comparecencia de testigos así como de peritos, y la emisión de órdenes interlocutorias de protección, de manera semejante a lo que ocurre en Alemania (secciones 1041, 1042, 1049 y 1050 ZPO); Reino Unido (Secciones 39 y 34 (1), 38(2), y 41 del UK Arbitration Act); España (Arts. 23 y 32) y EE.UU. (Sección 7 del Federal Arbitration Act). Así ocurre en Chile (Art. 27 LA); Ecuador (Art. 22 de la ley de arbitraje, así como los artículos 211 al 245 del CPC, los cuales complementan la ley de arbitraje); Venezuela (Art. 26). En todos estos países los árbitros gozan de potestad para actuar sin tener que invocar o solicitar la intervención del orden local para legitimar sus acciones. Comentando esta situación, véase DI ROSA, P.; COX-ALOMAR, R., *El control judicial del arbitraje: ¿siempre tributario de un foro local?*, en *Arbitraje internacional. Tensiones actuales*, (Ed. Legis, Bogotá, 2007), p. 248-249.

67 En tal contexto, se debe tener claro si esa normativa permite ordenar medidas cautelares a los tribunales arbitrales, a las cortes estatales, o a ambos, y regular el ejercicio de esta facultad, teniendo en cuenta que una legislación estatal resultará atractiva precisamente cuando permita a los árbitros adoptar medidas cautelares y ellas cuenten con el apoyo de la justicia estatal en cuanto a su ejecución, sin vincularse en el fondo del asunto.

68 Véase Art. 8 de la LMU y II de la CNY

éstas importan un intento de interrupción a un procedimiento arbitral por medio de prohibiciones judiciales, que son tomadas en la mayoría de los casos en el país en que se encuentra la sede del tribunal arbitral.

## b. Función de control

Este punto resulta crucial para la elección de la sede arbitral, toda vez que debe determinarse si la legislación contempla recursos en contra del laudo y, en su caso, qué tipos, bajo qué causales y procedimiento, incluyendo ciertamente al tribunal que le corresponderá conocer de éstos, los límites temporales destinados al efecto, consecuencias y posibles remedios. Al mismo tiempo, conviene saber cómo los tribunales del país tienden a interpretar estas causales.

Existe una tendencia en aras de privilegiar aquellas sedes en que se conciba una regulación que dé seguridad y confianza, lo que se traduce en acciones con causales limitadas, en que no intervenga más allá de lo estrictamente necesario la ley de la propia sede<sup>69</sup>. La evidencia de un control judicial excesivo provoca que las partes desistan de elegir una determinada sede arbitral. Frente a ello, es relevante que el Estado sede asuma que no debe perjudicar impropiamente la eficacia del arbitraje, de manera que los recursos contra el laudo deben ser acotados y las causales que los hacen procedente taxativas, así como los plazos, procedimiento y órganos competentes para su conocimiento determinados previamente<sup>70</sup> de modo de evitar que los tribunales estatales intervengan frente a cualquier petición de las partes litigantes, lo que además podría ser calificado como una intromisión impropia al contravenir la competencia de los árbitros para conocer de dichos asuntos.

Asimismo, debe comprenderse que este recurso no entrega a los tribunales estatales una segunda instancia, no es factible discutir aquí cuestiones tales como la valoración de la prueba o la interpretación de las normas jurídicas aplicables. Debe tratarse de un instrumento fiscalizador del cumplimiento de las garantías procesales que en modo alguno puede entrar en el fondo de las cuestiones resueltas por los árbitros<sup>71</sup>, de lo contrario, se desnaturalizaría el instituto arbitral.

69 Francia ha sido uno de los países que más se ha ocupado de regular este sistema, véase DERAIS, Y., "France as a Place for International Arbitration", en *The Art of Arbitration*". Liber Amicorum Pieter Sanders, Deventer, (1982), pp. 112-114.

70 Así, por ejemplo, la LMU, establece un catálogo de estas causales en sus Arts. 34 y 36 y lo mismo acontece con la CNY.

71 MANÍES, M., *El derecho a la segunda instancia en el proceso arbitral y la imposibilidad de revisar el laudo en cuanto al fondo del asunto*, en *Rev. Actualidad Civil*, (2001), p. 303.

En otras palabras, el juez estatal no puede modificar el fallo sino únicamente pronunciarse sobre algunas de las causales contempladas legislativamente para anularlo<sup>72</sup>.

En cuanto al tipo de control existe una opinión minimalista que aboga por la efectividad y concreción en aras de comprobar si se aplicó el derecho elegido por las partes, y una postura maximalista que postula lo contrario, es decir, respalda la supresión casi total de este control, con las únicas excepciones del fraude y la corrupción<sup>73</sup>. En ambas vertientes es posible constatar que la noción de orden público se desliga del aspecto sustantivo, para dejarlo reservado solo a los principios y garantías procesales o derechos fundamentales que ha de respetar el árbitro en su actuar, considerando principalmente la naturaleza y objetivo de la acción de anulación que en ningún caso pretende constituirse como una segunda instancia a manos de los tribunales estatales, lo que viene a confirmar que no pueden los tribunales estatales entrar a revisar el fondo de lo debatido en el juicio arbitral bajo ningún punto de vista<sup>74</sup>. Por lo tanto, si las partes eligen una sede donde las cortes sean propensas a cuestionar las decisiones de los árbitros, hostiles hacia el arbitraje internacional, parciales en contra de los extranjeros en disputas con nacionales, las partes estarán incrementando el riesgo de que su laudo no pudiera ser ejecutable en otro sitio.

En la práctica, la mayoría de las legislaciones contemplan esta acción<sup>75</sup> pues su inclusión también se convierte en un factor de seguridad para las partes<sup>76</sup>. Frente a la amplitud de recursos existentes como mecanismos de control de

72 Esta cuestión no ha sido del todo pacífica. Por ejemplo, en España véase ALBALADEJO, M., “*La ominosa tentativa de hacer irrecurrible el laudo de derecho; las normas debidas a aplicar*”, en *Rev. De Derecho Privado*, (1990), pp. 171-186.

73 Para un análisis de esta cuestión en la jurisprudencia francesa, véase, DELANOY, L., *Le contrôle de l'ordre public Au fond par le juge de l'annulation: tríos contants, tríos propositions*, en *Rev. De l' arbitrage*, (2007), pp. 177-222.

74 ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, P., “*Algunas cuestiones sobre la anulación judicial del laudo en la Ley 60/2003, de arbitraje*”, en *Diario La Ley*, N° 6108, Año XXV, (2004); LORCA NAVARRETE, A., “*Los motivos de la denominada acción de anulación contra el laudo arbitral en la vigente ley de arbitraje*”, en *Diario La Ley*, año XXV, N° 6005, (2004); CARDASO PALAU, J., *Art. 41. Motivos*, en *Comentarios a la nueva ley de arbitraje 60/2003* (Coord. J. González Soria), (Ed. Thomson Aranzadi, Navarra, 2004), pp. 436-437; GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J., “*El control judicial del arbitraje*”, (Ed. La ley, Madrid, 2008), pp. 27-28.

75 Un caso en que el laudo no pasa directamente al control estatal, lo constituye el sistema del CIADI, aunque debe inscribirse en un contexto arbitral muy distinto al comercial: el arbitraje en materia de inversiones cuya puesta en marcha tiene un carácter eminentemente unilateral. El Centro prevé en su Reglamento que el recurso de anulación se sustancie ante una Comisión de anulación nombrada por la propia institución. Es el supuesto más parecido a la segunda instancia arbitral, puesto que no requiere acuerdo de las partes para nombrar y someterse a esta Comisión. A petición de una de ella, la renuente al cumplimiento del laudo arbitral, el Centro abre directamente el procedimiento de anulación.

76 Una regulación estatal partidaria de esta posición se incluyó en el Art. 191.1° LDIPr Suiza; y la solución belga incluida en la reforma del Cód. jud. Civ, de 1985.

sentencias<sup>77</sup>, la legislación arbitral internacional tiende a delimitar tal accionar permitiendo solo un tipo de acción con causales taxativas<sup>78</sup>, que puede deducirse en un breve plazo y ante un tribunal específico, tal como lo ha hecho la LMU. Con todo, ello no ha imposibilitado que algunas legislaciones, aun imitando a la LMU, permitan un número más amplio de recursos y/o de causales para hacerlo posible<sup>79</sup>, lo que evidencia la existencia de diferencias ineludibles aún bajo la misma concepción. A ello debemos sumar el hecho que aun cuando una determinada legislación sea idéntica a la otra en esta materia, la interpretación que sus jueces realicen sobre este asunto podrá hacer un mundo de diferencia, principalmente al establecer el contenido de las causales atinentes a la arbitrabilidad y el orden público que cada Estado define de manera particular.

El caso es que dentro de la configuración del recurso en cuestión adquiere una relevancia notable la determinación de las leyes aplicables en la revisión de las respectivas causales. En efecto, de acuerdo al Art. 34 de la LMU un laudo podría ser anulado por un tribunal estatal, normalmente en base a dos conductos: petición de parte, o de oficio. En el primer caso, la parte que interpone la petición debe probar:

- a) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el Art. 7° estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del Estado que corresponda;
- b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier razón, hacer valer sus derechos; o

---

77 Sobre esta materia, véase MONROY CABRA, M., “*Recursos contra el laudo arbitral*”, en *El contrato de arbitraje*, (Ed. Legis, Colombia, 2008), pp. 671-681.

78 El sistema admite varias excepciones. Así, por ejemplo, dentro de los modelos que siguen la dualidad arbitraje interno-internacional, como en Francia, se observan soluciones diferenciadas. En este país existen diversos recursos especializados en razón de su objeto: contra la decisión que deniega el reconocimiento del laudo arbitral extranjero (Art. 1501); contra la decisión que lo admite (Art. 1502); y el recurso de nulidad en contra del laudo arbitral. Similar cosa ocurre en el ordenamiento sueco, toda vez que se distingue entre recurso de nulidad (Art. 20) y de anulación (Art. 21). Holanda establece dos recursos contra el laudo: el de anulación y el de revocación, y se da lugar al segundo en caso de fraude, falsificación y presentación de nuevos documentos. En el caso de la ley británica se permite la apelación ante la *High Court*, cuya decisión puede ser revisada por la *Court of Appeal* (sección 1°); sin embargo, la propia ley impone una serie de condiciones para el ejercicio de este recurso. En el caso italiano, se establecen tres vías de impugnación: la nulidad, la revocación y la oposición de tercero (Art. 827), mas, cuando se trata de un laudo internacional, los dos últimos solo pueden utilizarse cuando las partes lo convinieron (Art. 838).

79 Así, por ejemplo, en Brasil, cabe la apelación de la sentencia que decide homologar o no el laudo y la nulidad por las causales establecidas en el Art. 1100 del CPC y en Costa Rica existen los recursos de apelación y el de nulidad. Véase VÁSQUEZ PALMA, M.F., “¿Están preparados los países latinoamericanos para ser sedes de arbitraje?”, en *Revista Internacional de Arbitraje* No 10, Enero-Junio 2009, pp. 109-174.

- c) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo se podrán anular estas últimas; o
- d) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo de las partes, salvo que dicho convenio estuviera en conflictos 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.

De oficio, cuando el tribunal compruebe: Que, según la ley del Estado correspondiente, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) Que el laudo es contrario al orden público de ese Estado.

Como se puede observar, la ley del Estado sede adquiere innegable relevancia pues variadas materias deberán resolverse conforme a sus normas, tanto si las partes nada han señalado (Acuerdo de arbitraje: Art. 7º; Composición del Tribunal Arbitral: Art. 10; Nombramiento y recusación de los árbitros: Art. 11 y siguientes; actuaciones judiciales: Arts. 18-27; Pronunciamiento del laudo y normas aplicables al fondo del litigio: Art. 28; etc.); como en todo evento, (causales aplicables de oficio: Si el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o si el laudo es contrario al orden público de ese Estado). En ambos casos, la ley estatal adquiere protagonismo pues normalmente es a dicha legislación a la que se recurre a estos efectos<sup>80</sup>. Esto no es inocuo, pues la noción e interpretación que tenga el Estado sede respecto de estas materias afectará la validez de un laudo que tiene vocación internacional. La pregunta que surge entonces, es si corresponde que este Estado contemple causales donde deba aplicar su propio derecho sustantivo.

---

<sup>80</sup> Así también lo establece la legislación chilena cuyo Art. 34 (LACI) dispone que un laudo podrá ser anulado si el acuerdo arbitral no es válido en virtud de la ley que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado (i); asimismo, el laudo podrá ser anulado si el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo arbitral (ii); si, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje (b, i); si el laudo es contrario al orden público de Chile (b, ii), entre otras señala lo anterior de manera expresa.



### c. Reconocimiento y ejecución del laudo arbitral

La ley del lugar del arbitraje también será importante en relación al reconocimiento y ejecución del laudo tanto si ésta se busca en la propia sede arbitral<sup>81</sup>, como en un tercer Estado. En este último caso se debe tomar en consideración si la sede ha asumido la CNY<sup>82</sup>, a fin de determinar las posibles causales de inejecución aplicables. Así, el Art. V de la citada normativa establece una serie de causales taxativas para la denegación del reconocimiento y de la ejecución del laudo arbitral<sup>83</sup>, las que pueden dividirse en dos grupos: aquellas que pueden y deben ser aprobadas por el demandado y que funcionan a instancia de parte, como son: la invalidez del acuerdo arbitral, la violación del debido proceso, que el laudo haya sido dictado *ultra o extra petita*, la irregularidad en la constitución del tribunal arbitral, el carácter no obligatorio del laudo y la existencia de una solicitud de suspensión o anulación del mismo; y en el otro grupo, las que pueden interponerse de oficio por el juez estatal, como la excepción de orden público y la falta de arbitrabilidad de la *litis*<sup>84</sup>. Al igual que en la acción de anulación, la labor del juez de ejecución queda limitada a constatar la existencia de alguna causal de rechazo, sin que pueda abrir ningún juicio sobre la actuación del árbitro o resolver sobre el fondo del asunto, de este modo, el juez del *exequatur* sólo constata, no juzga, aunque puede tener la latitud suficiente para valorar la causal de rechazo de acuerdo a su gravedad.

Cada legislación plantea un conjunto de causales por las que habrá de valorar el reconocimiento del laudo, señalando la legislación aplicable a estos efectos. Al respecto, la CNY nada señala sobre la ley que regirá la capacidad de las partes por lo que el juez deberá consultar sus normas de derecho internacional privado y establecer si la capacidad de aquéllas se habrá de regular por la ley

81 Esto no es lo frecuente, toda vez que existe la tendencia a evitar la jurisdicción local de cualquiera de las partes como lugar del arbitraje, Véase ÁLVAREZ, H., op. cit., p. 27.

82 La mayoría de los estados que han ratificado la CNY lo han hecho bajo reserva de reciprocidad, la cual conlleva que las cortes ejecutarán, conforme a la Convención, solo aquellos laudos que hayan sido dictados en otros Estados Parte. Por ejemplo, la Reserva de los Estados Unidos de América a la Ratificación de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (30 de setiembre de 1970) (“Los Estados Unidos de América aplicará la Convención, sobre la base de la reciprocidad, al reconocimiento y ejecución solamente de aquellos laudos dictados en el territorio de otro Estado Contratante”).

83 Los Arts. V.1.e. y VI de la CNY reconocen la facultad de anular el laudo que tiene el juez del país en que o conforme a cuya ley ha sido dictada esa sentencia. La CNY no especifica cuáles son estas causales de anulación –a diferencia de la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial internacional de 1961–, por lo que queda abierta la posibilidad de que el demandado pueda atacar la sentencia por otros motivos que los enumerados en el Art. V antes señalado.

84 Para un estudio detallado de estas causales, véase SANTOS BELANDRO, R., “*Se ha instalado...*” op. cit., pp. 86-122.

de la nacionalidad de las partes, por la del domicilio o su residencia, o por la ley del acto, si nada han señalado las partes sobre la materia<sup>85</sup>. Además, el Art. 35 de la LMU, siguiendo a la CNY, dispone que un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante por el Estado de ejecución y tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este precepto y las del Art. 36 de la misma Convención. Esta disposición señala causales muy similares a las señaladas en la CNY y a las provistas para anular el laudo en el Estado sede<sup>86</sup>, de manera tal que podríamos extrapolar a estos efectos los mismos comentarios que antes formulamos en relación a la nulidad del laudo, toda vez que la ley del Estado sede pasará a tener un papel relevante para el arbitraje en silencio de las partes.

Con todo, es preciso tener presente que los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo solo son válidos y eficaces en el Estado o Estados en los que la parte vencedora pretenda su reconocimiento y ejecución, a diferencia de lo que ocurre con los motivos de nulidad de aquél, que tienen repercusiones más amplias al impedir respecto de todos los Estados su ejecución<sup>87</sup>.

85 La norma que tendrá por función determinar la ley sustantiva será entonces la del juez del exequátur por ello se ha señalado que habría sido más provechoso que la propia convención hubiera establecido una regla de conflicto de leyes uniforme. En la actualidad, las preferencias están divididas entre la *lex patriae* y la *lex domicilli*, y en algunas legislaciones nacionales funciona la *lex contractus* como criterio derogatorio de cada uno de los principios generales señalados.

86 Esta última disposición, estableciendo los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución, dispone: “1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquier que sea el país en que se haya dictado: a instancia de la parte contra la cual se invoca, si esta parte prueba ante el tribunal competente del país en que pide el reconocimiento o la ejecución: i) que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7º estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o ii) que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquiera otra razón, hacer valer sus derechos; o iii) que el laudo se refiere a una controversia en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o iv) que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país en que se efectuó el arbitraje; o v) que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo; o Cuando el tribunal compruebe: i) que, según la ley del Estado correspondiente, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de ese Estado (...)”.

87 Así, por ejemplo, la corte en *Mimmetals Germany GMBH contra Ferco Steele Ltda.*, señaló: “In International commerce a party who contracts into an agreements to arbitrate in foreign jurisdictions is bound not only by local arbitration procedure, but also by the supervisory jurisdiction of the courts of the SEAT of the arbitration. If the award is defective or the arbitration is defectively conducted the party who complains of the defect must in the first instance pursue such remedies as exist under the supervisory jurisdiction. That is because by his agreement to the place in question as the seat of arbitration he has agreed not only to refer all

Como corolario de ello cabe advertir que el juez de impugnación necesariamente tendrá vocación de dar una resolución que trascienda sus fronteras, pues declarada la nulidad del laudo arbitral, ésta tendrá efectos para todas las legislaciones en que se pretenda reconocer y que siguen este planteamiento, a diferencia de la decisión del juez del reconocimiento que tendrá una visión necesariamente de ámbito nacional, pues sus resultados afectan solo al país en que se pretende reconocer y ejecutar la sentencia.

#### 4. ¿Son relevantes las sedes arbitrales hoy en día?: entre la localización y deslocalización

La importancia de la sede de arbitraje en el arbitraje comercial internacional no es un tema que genere consenso, pues existen al menos dos líneas sobre esta materia opuestas entre sí. La primera ha ido instaurando lentamente la tesis de la pérdida de significancia del mismo, basándose primordialmente en la CNY (Art. VI) y la LMU (Art. 36 N°1) que permiten la ejecución de la sentencia arbitral a pesar de la petición de nulidad del laudo en el Estado sede<sup>88</sup>; a ello se agrega

---

disputes to arbitration, but that the conduct of the arbitration should be subject to the particular supervisory jurisdiction. Adherence to the part of the agreement, must, in my judgment, be a cardinal policy considered by an English court considering enforcement of a foreign award". Extracto publicado en Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XXI Va., 1999, p. 739. Véase también *Baker Marine Ltd. v. Danos and Curole Marine Contractors*, D. Freyer, "United States recognition and enforcement of annulled foreign arbitral awards-the aftermath of the Chromalloy case", en *The Journal of International Arbitration*, Vol. N° 17, 2000, p.1. Otro ejemplo, la decisión de la Corte de Primera instancia de Almelo (Holanda) en que sobre una petición de ejecutabilidad el tribunal rechazó considerar una súplica de falta de jurisdicción del panel arbitral en donde el arbitraje se realizó (Inglaterra). *Yearbook, Commercial Arbitration*, Vol. XXVI, 2001, p. 827.

88 La Convención afirma que si se ha pedido a la jurisdicción de la sede del arbitraje la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad judicial ante la cual se invoca dicha sentencia "podrá", si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia. Al respecto, debemos señalar que el proyecto inicial de la CNY, preparado por la cámara de comercio internacional (cci), si hacía referencia a laudo internacional y no extranjero, de manera que los redactores propugnaban por un arbitraje verdaderamente internacional y deslocalizado, sin un nexo particular con un ordenamiento jurídico nacional. Fue con posterioridad, y ante la reticencia de ciertos países influenciados por la *lex arbitri* y la sede arbitral, que los redactores optaron por la versión que actualmente impera; no obstante ello y la referencia al lugar del arbitraje, el texto mismo de la CNY permite reconocer el carácter visionario de sus redactores. Sobre el tema, véase entre otros: convención sobre reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, convención de Nueva York, (1958). recuperado el 10 de nov. 2009, de la comisión de las naciones unidas para el derecho mercantil internacional, CNUDMI: [http://www.uncitral.org/uncitral\\_texts/arbitration/nyconvention.html](http://www.uncitral.org/uncitral_texts/arbitration/nyconvention.html); MANTILLA-SERRANO, F. *Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York*, 15 *International Law, Rev. Colombiana de Derecho Internacional*, (2009), pp. 15-40; PEREZNIETO, L.; GRAHAM J., "¿La muerte programada del Estado sede del arbitraje?" en *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje* Vol VI, No 2, pp. 197-208; BERG, A., "La aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 a laudos no nacionales" en *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de*

que varios países se han fundado en el Art. VII de la CNY para hacer prevalecer su Derecho interno sobre el texto internacional a fin de ejecutar laudos anulados por los tribunales del lugar de la sede arbitral<sup>89</sup>; además, el hecho que las causas para rechazar la ejecución de un laudo son normalmente las mismas que las establecidas para anular una sentencia arbitral, de manera que no se justificaría un doble control<sup>90</sup> y la pérdida de relevancia del recurso de nulidad que incluso es posible renunciar anticipadamente en ciertas legislaciones. La segunda tesis desconoce parte de lo antes expresado y afirma, en cambio, que dicha elección de la sede entraña efectos relevantes asociados principalmente a la validez del laudo arbitral y con ello la viabilidad del laudo en el contexto internacional.

Se trata de un tema controvertido pues detrás de él subyacen dos concepciones filosóficas del instituto arbitral bien diferenciadas: la primera tiene un sello claramente universalista, donde la sede no es más que un parámetro en medio de muchos otros<sup>91</sup>, la segunda en cambio, presenta un corte territorialista y considera que la sede es un elemento esencial en el arbitraje<sup>92</sup>. En relación con lo anterior, recuérdese que una de las primeras filosofías del instituto fue propuesta por Henri Batiffol<sup>93</sup>, al argumentar que los árbitros debían aplicar las normas de conflictos de la sede del arbitraje “en tanto *lex fori*”<sup>94</sup>. Con todo, fue Goldman el que propuso la idea según la cual los árbitros no tenían foro y, de existir uno, sería el mundo<sup>95</sup>. Asimismo, fue Francescakis (1960) el que señaló que una disciplina tan técnica como el Derecho Internacional Privado

---

Nueva York con motivo de su 50º aniversario, (Coords. Tawil, G. & Zuleta, E.), (Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 2008), pp. 100 y ss.

89 Esta disposición señala: “Las disposiciones de la presente Convención no afectarán la validez de los acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes ni privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitida por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque”.

90 Véase Art. 34 y 36 LMU.

91 Para CLAY, T., esta disyuntiva encuentra su base en el diferente origen cultural e intelectual de sus autores, pero de forma opuesta a aquellos que se observa comúnmente, no se trata de divergencias entre diferentes nacionalidades o entre sistemas jurídicos diferentes como sería el *Common law* y *Civil law*, sino de divergencias más sutiles. CLAY, T., “La importancia de la sede...”, op. cit., pp.193-194.

92 Véase GAILLARD, E., op. cit. plantea al respecto tres representaciones: la primera concibe al arbitraje como un componente de un determinado sistema jurídico, el de la sede arbitral. La segunda que denomina “westfaliana” comparte con la anterior su anclaje positivista pero es más cosmopolita o internacional ya que supone que todos los ordenamientos que de alguna manera se vinculen con un arbitraje pueden legítimamente pronunciarse acerca de la validez del laudo arbitral. La última plantea la existencia de un orden jurídico arbitral transnacional, donde ningún Estado sería referencia esencial desde el momento en que los árbitros no imparten justicia a nombre de ellos sino “al servicio de la comunidad internacional”.

93 BATIFFOL, H., “*Aspects philosophiques du droit international privé*”, (Ed. Dalloz, París, 1956).

94 En 1957 el Instituto de Derecho Internacional adoptó la Resolución de Ámsterdam, basándose en el informe de G. Sauser-Hall. GAILLARD, E., “*Teoría jurídica...*”, op. cit., p. 7.

95 GOLDMAN, B., “*Les conflits de loi dans l'arbitrage international de droit privé*”, Recueil des tours, 109 (1963), pp. 347 ss.

podía enriquecerse en cuestiones tales como la calificación o el orden público internacional, adoptando conceptos universalistas, que estimaba emanados del Derecho natural<sup>96</sup>. Veremos a continuación ambos escenarios.

Es justo partir señalando que la tesis de la deslocalización<sup>97</sup> no parece haber generado una gran cantidad de adeptos y ciertamente ha sido en los círculos franceses donde más se ha asentado; no obstante ello, consideramos que esta vertiente ha generado debates muy interesantes en relación al arbitraje, que no ha quedado en el sólo plano de las ideas, sino que ha logrado plasmarse en ciertas sentencias judiciales relevantes, tal como veremos más adelante, por lo que se puede afirmar que, a partir de su construcción, la importancia del lugar del arbitraje se ha relativizado<sup>98</sup>. La tesis en cuestión desvincula el arbitraje del Estado sede. Para ella éste último no tendría más importancia que cualquier otro Estado cuyas legislaciones pudieran ser aplicables al arbitraje en cuestión. Se aboga así por el carácter transnacional que impregna al instituto arbitral, cuyas manifestaciones ya habían sido anunciadas hace tiempo<sup>99</sup>. Esta corriente parece nutrirse de una defensa acérrima del principio de la autonomía como parte sustancial del instituto arbitral<sup>100</sup>, en orden a constituir al arbitraje internacional completamente desterritorializado (*arbitration unbound*), en ella encontramos cuatro argumentos independientes entre sí que tienden a dar respaldo a esta tesis:

#### **a. Pérdida de relevancia del sistema conflictualista clásico del Derecho Arbitral**

El primer argumento se relaciona con la pérdida de relevancia del sistema conflictualista clásico en el Derecho Internacional Privado, en tanto el instituto

96 Véase GAILLARD, E., “*Teoría jurídica...*”, op. cit., p. 8.

97 Incluso se alude a la multilocalización, es decir, la sujeción del laudo a la ley del país en el cual es invocado por diferentes razones que provocan en muchos casos situaciones complejas al no existir unicidad de criterios sobre diversos elementos. Véase Mayer, P., *L’insertion de la sentence Dans l’ordre juridique français*, in *Le droit et la pratique de l’arbitrage International en France*, (Deduci, 1984), pp. 81-84.

98 En esta línea, Mantilla-Serrano, F., “*Algunos apuntes...*”, op. cit., p. 19.

99 LALIVE, P., “*Ordre public transnacional (ou réellement international) et arbitrage international*”, *Rev. Arb.* (1986), pp. 326-371.

100 Para un completo análisis de la injerencia del principio de autonomía en el instituto arbitral, Véase PETSHE, M., *The growing Autonomy of International Commercial Arbitration*, (European Law Publishers, München, 2005), pp. 3-4; FERNÁNDEZ ROZAS, J., “*El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización*”, en *Rev. Española de Derecho Internacional*, Vol. LVII. (2005), pp. 605-636. Cuestionando seriamente la factibilidad de este principio, a lo menos en parte, en el arbitraje comercial internacional, véase CHATTERJEEK, C., *The Reality of the Party Autonomy Rule in International Arbitration*, en *Journal of International Arbitration*, 6 (Diciembre 2003) vol. 20, pp. 539-560.

arbitral habría cedido hacia la primacía de la regla material<sup>101</sup>, de manera de fijar el resultado sin preocuparse del juego e interacción de reglas de conflicto y puntos de contacto<sup>102</sup>. El Derecho arbitral se desliga así de la Escuela del Derecho internacional privado, pregonando su completa autonomía en la materia<sup>103</sup>.

## **b. Irrelevancia de la sede arbitral en relación a la ley aplicable**

Como segundo argumento –ligado al anterior– se pone acento en la irrelevancia de la sede arbitral en relación con las leyes aplicables. En esta línea se señala que el Estado sede no crea lazos sustanciales con la controversia, sino más bien se trata de un elemento artificial y sin importancia en relación a varias materias como son: la ley aplicable al fondo del litigio, ley aplicable al procedimiento, al lugar donde se desarrollan las audiencias y donde se ejecuta el laudo arbitral. Esto ocurriría porque en materia internacional, a diferencia de un arbitraje interno, un árbitro puede tener varios puntos de contacto con legislaciones de más de un país, lo que le lleva necesariamente en la búsqueda de la ley aplicable a cada caso, las que no necesariamente se vinculan con el Estado sede<sup>104</sup>. Una muestra de ello se da en la evolución de la determinación del derecho aplicable: de la aplicación de la norma de conflicto de la sede se pasa a la norma de conflicto “más apropiada” o a la norma de conflicto del país más estrechamente vinculado con el arbitraje, para desembocar en algunos textos a las “reglas que los árbitros consideren más oportunas”. De hecho, actualmente existe libertad para que las partes escojan la legislación o reglas que estimen convenientes para el procedimiento y el fondo del litigio, y éstas últimas podrían estar perfectamente desvinculadas a toda ley

101 No obstante, esta apreciación no es unívoca. La realidad demuestra que el recurso al derecho nacional goza aún de ciertos defensores, especialmente en los sistemas de *common law*. De hecho, ya en la CNY se alude a una ley aplicable en materia de capacidad, lo que permite afirmar que este texto internacional ampara la sujeción de la capacidad en materia de arbitraje internacional a un derecho nacional e, indirectamente, confirma el recurso al sistema conflictualista. La interpretación de norma no es pacífica. Véase FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, “*On international...*”, op. cit., p. 242.

102 Por ello, MANTILLA-SERRANO, F. se pregunta si es el triunfo del fin sobre el método, o el de la real intención de las partes y del respeto de sus expectativas, sobre construcciones artificiales, locales o coyunturales. “*La autonomía del derecho...*”, op. cit., p. 239.

103 Los partidarios de otorgar un papel más importante a la sede son aquellos que provienen de la escuela del Derecho internacional privado, mientras que aquéllos que pretenden reducir esta importancia llegaron al arbitraje sin pasar por esta Escuela, lo que se justifica en el hecho que para la primera vertiente el tema de los “conflictos de leyes o de jurisdicción” es crucial, para los segundos, en cambio, el arbitraje implica la negación de este tipo de conflictos, es el derecho de las reglas materiales que sobrepasan estos conflictos a partir del Derecho transnacional.

104 Sobre la defensa del arbitraje transnacional, véase OPPETIT, B., *Teoría del arbitraje*, (Ed. Legis, Bogotá, 2006), pp. 192-195.

nacional, como ocurre con la *lex mercatoria*<sup>105</sup>, de manera que el Estado sede ninguna injerencia tendría sobre el particular<sup>106</sup>.

Complementando lo anterior, hoy las partes se hallan en completa libertad para determinar el procedimiento arbitral<sup>107</sup> o las normas por las que se regirá. Asimismo, se ha señalado que el Derecho procesal del lugar del arbitraje carece de vocación para regular el arbitraje mismo, con alguna excepción<sup>108</sup>. Lo mismo ocurre con el juez de apoyo, en tanto este también ha perdido injerencia al no ser ya necesario contar con una sede arbitral para acudir a un tribunal estatal<sup>109</sup>, en tal sentido, existen legislaciones que contemplan la posibilidad de prestar asistencia aún en aquellos casos en que no se hubiere determinado el lugar del arbitraje<sup>110</sup>.

---

105 Véase Art. 28 LMU.

106 Esta desvinculación del contrato y del arbitraje puede ser progresiva, las partes pueden elegir reglas que no tengan un origen estatal para gobernar sus relaciones, por ejemplo, la *lex mercatoria*, o la aplicación de los principios generales del Derecho, o comunes (*pacta sunt servanda, fuerza mayor, rebuc sic stantibus*, el principio rector de la buena fe en las relaciones comerciales, respeto a los derechos adquiridos, el de equidad, etc.).

107 En esta línea resulta de interés analizar la evolución del Reglamento de la CCI toda vez que en su versión de 1955 establecía que en ausencia de pacto al respecto, el derecho aplicable al procedimiento sería el del país sede del arbitraje, pero luego esta referencia fue eliminada con la modificación al Reglamento efectuada en 1975. Actualmente, el Reglamento en su Art. 15.1 consagra de manera expresa la libertad que tiene el tribunal arbitral, a falta de acuerdo de las partes, para determinar las normas aplicables al procedimiento “ya sea con referencia o no a un derecho nacional aplicable al arbitraje”.

108 Véase Leyes de Costa Rica (Art. 29 del DL 7727/97) y de Ecuador (Art. 37 de la LA 1997).

109 Así, la Corte de Casación francesa, en un fallo del 1º de febrero de 2005, aceptó que las cortes francesas eran competentes como jueces de apoyo para la constitución de un tribunal arbitral, en un arbitraje CCI donde las partes no habían pactado la sede y, por lo tanto, en principio no existía competencia del juez francés. El único punto de contacto con Francia radicaba en que el convenio arbitral entre el Estado de Israel y la Compañía Nacional de Petróleos de Irán (NIOC) establecía que, en caso de desacuerdo entre los coárbitros respecto del nombramiento del tercer árbitro, el Presidente de la Cámara de Comercio Internacional (con sede en París) sería la autoridad de nominación. Ante la renuencia del Estado de Israel a designar un coárbitro, NIOC recurrió a la jurisdicción francesa para el nombramiento judicial de un árbitro. La Corte señaló que los tribunales franceses no podían negarse a efectuar esta función de apoyo a la constitución del tribunal so pena de incurrir en denegación de justicia, vulnerando el orden público internacional. De este modo, reconoce la existencia de un convenio arbitral, sin necesidad de preocuparse por las normas procesales aplicables al mismo y sin importar el lugar del arbitraje (o la falta de éste) para que el juez francés preste su apoyo. Corte de casación, Sección Primera Civil, 1º de febrero de 2005.

110 Véase Art. 8.1 ley española de arbitraje 60/2003, que establece: “Para el nombramiento judicial de árbitros será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje; de no estar éste aún determinado, el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, el del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, el de su elección”.

### c. Actualmente, un Estado puede aplicar un laudo arbitral anulado por el Estado sede

En tercer lugar, se argumenta que si bien antes un laudo anulado por el Estado sede impedía su ejecución por otro Estado, actualmente tal afirmación ha perdido efectividad. Ello se ha apreciado en determinados casos jurisprudenciales en los que, pese a la anulación de su laudo por el Estado sede, éstos fueron posteriormente reconocidos y ejecutados en un Estado diverso. Así ocurrió a principios de los años 80' en el caso *Société Palback Ticaret v. Société Norsolor*<sup>111</sup> en que el laudo, proferido en Austria, fue parcialmente anulado por la Corte de Apelación de Viena sobre la base de que los árbitros decidieron aplicar la *lex mercatoria*, lo cual –según la Corte vienesa– equivalía a fallar en equidad (*amiable composition*) no obstante que el tribunal arbitral no estaba facultado para ello<sup>112</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, la Corte de Casación Francesa reconoció la validez del laudo proferido en Austria y anulado, a su vez, por las Cortes Austríacas, y sostuvo que, con base en el Art. VII de la CNY, un juez no puede apoyarse en esa Convención para denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo cuando su Derecho nacional permita considerar ese laudo como válido y susceptible de ejecución. En opinión de la Corte, corresponde al juez francés de la ejecución “...investigar, inclusive de oficio, si el Derecho francés no permite a la parte que se ve beneficiada por el laudo, el derecho a prevalerse del mismo”.

Otra decisión proferida igualmente por la 1ra Sala de la Corte de Casación de París, en la causa *Société Polish Ocean Line v. Société Jolasry*<sup>113</sup>, consideró que, si bien una de las causales previstas por la CNY para poder denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral es la suspensión o anulación del mismo en su país de origen, también es cierto que esta causal no se encuentra dentro de la lista de motivos contemplados en el Art. 1502 del NCPC francés que permiten negar el reconocimiento de laudos extranjeros y, por lo tanto, en aplicación del Art. VII de la CNY, la suspensión o anulación del laudo por un tribunal del país donde fue dictado no justifica en sí misma la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo en Francia. Así, esta Corte señaló: “(...)El juez francés no puede denegar la ejecución, cuando el laudo ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en el cual ha sido rendido,

111 Corte de Casación de París, sección 1ª Civil, 9 de octubre de 1984. Se puede revisar en: Journal of International Arbitration, 2, 67, XI Yearbook of Commercial Arbitration, YBCA, 484 (1986), 24 International Legal materials, ILM, 360 (1985); Revue d'Arbitrage, 1983, p. 525; Collection of ICC Arbitral Award 1974-1985, Kluwer, p. 122.

112 Corte de Casación de París (9 de octubre de 1984), Journal of International Arbitration, 67.

113 Corte de Casación, Sección Primera Civil (10 de marzo de 1983), Revue de l'Arbitrage, 255 (1993).



*con base en una causal que no forma parte de las enumeradas en el Art. 1502 NCPC, aun cuando esté prevista por el Art. V, 1, e de la CNY (...)*<sup>114</sup>.

En el mismo sentido, aunque con fundamentos diversos, encontramos el caso *Hilmarton v. OTV*<sup>115</sup>, referente a un laudo proferido en Ginebra en el cual el árbitro había considerado que el contrato en cuestión –regido por el Derecho suizo- violaba el Derecho argelino, el que prohibía todo tráfico de influencias y sobornos, y además atentaba contra el orden público internacional. Sin embargo, la Corte de Casación francesa reconoció su validez a partir del Art. 1502 del NCPC el cual no contempla como motivo para denegar el reconocimiento del laudo el hecho que éste se haya anulado en el país de origen. Declaró adicionalmente que el laudo dictado en Suiza tenía el carácter de laudo internacional y como tal no se encontraba integrado al sistema jurídico de ningún Estado, de manera que su existencia permanece pese a su anulación.

Asimismo, encontramos la sentencia de la Corte de Apelaciones de París de 2005 en el caso *Bechtel*<sup>116</sup>, en el cual la Corte sostuvo que la exigencia reivindicada por la DAC (Dirección General de Aviación Civil de Emirato de Dubai- parte perdedora en el arbitraje y que había conseguido la anulación del laudo por la Corte de Dubái bajo el argumento de que habían sido escuchados ciertos testigos sin que éstos hubiesen prestado juramento) de agotar todos los recursos legales en el país de origen (del laudo) antes de otorgarle reconocimiento y ejecución en Francia era incompatible con los principios fundamentales del arbitraje en Francia, apoyándose en los Arts. 1498 y siguientes del NCPC. Afirma, además, que las decisiones judiciales proferidas como resultado de un procedimiento de anulación de laudo, al igual que aquellas relativas al *exequatur*, no producían efectos internacionales.

Bajo estos mismos postulados se guía la sentencia dictada por la Corte de Casación francesa en la causa *Société PT Putrabali Adyamulia v. Société Rena Holding et Société Mnoguta Est Epices*, de 29 de junio de 2007, conocido como *Putrabali*<sup>117</sup>. El laudo arbitral dictado en Londres bajo las reglas del International

114 Véase MANTILLA-SERRANO, F., “*La autonomía del derecho...*”, op. cit., pp. 230-232.

115 Corte de Casación francesa, 23 de marzo de 1994, “*Hilmarton v. Omnium de Traitement et de Valorisation (OTV)*”. *XX Yearbook Commercial Arbitration*, YBCA, 663 (1995), *Revue de l'Arbitrage*, 994, 327 (1994).

116 *Direction Générale de l'Aviation Civile de l'Émirat de Dubai, DAC v. Société Internationale Bechtel Co.* RG 2004/07635. Corte de Apelación de París, Sección Primera Civil, 29 de septiembre de 2005. Véase: *Revue de l'Arbitrage*, N° 695, 2006.

117 *PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding*. Nos. 05-18053 y 06-13293, Corte de Casación de París, 29 de junio de 2007. Sobre el tema véase, entre otros: CLAY, T., Nota 4, *Journal de Droit International*, JDI, 1236, 2007; GAILLARD, E., *Nota Société Putrabali Adyamulia c. S.A. Rena Holding et Autre*, en *Revue de l'Arbitrage*, (2007), pp. 697-720; MANTILLA-SERRANO, F., “*La autonomía del derecho...*”, op. cit., pp. 230-232; RIVERA, J., “*Arbitraje Comercial. Internacional y Doméstico*”, (Ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2007).

General Produce Association (IGPA) en el año 2001, fue anulado reabriéndose la discusión y reenviándose la cuestión al tribunal arbitral, quien dictó una nueva decisión favoreciendo a *Putrabali*. Concedido el *exequatur* al primer laudo ya anulado, se recurre esta decisión y frente a esta petición, la Corte de Casación francesa sostuvo que el laudo no estaba integrado al ordenamiento del país sede, ni a ningún ordenamiento jurídico estatal, vale decir, la sentencia arbitral no tenía nacionalidad. La fuente de su juridicidad era el Derecho internacional, cuya regularidad debe ser examinada en el país donde se pide su reconocimiento y ejecución. De este modo, la decisión sobre la validez o invalidez del laudo que haya adoptado el juez local en base al Derecho del país sede, no obliga a los jueces de otros países en los cuales ese laudo pretenda ser reconocido y ejecutado<sup>118</sup>. A partir de este orden de ideas, la Corte francesa concede el *exequatur* al laudo anulado por el tribunal inglés argumentando básicamente que la CNY no establece la anulación del laudo por el tribunal judicial del país en que éste fue dictado como un obstáculo definitivo a la ejecución. Asimismo, esta Convención sienta el principio de la ley más favorable, con lo cual los tribunales franceses pueden invocar que en la ley francesa la anulación del laudo no es una causal de rechazo de ejecución.

Además de las Cortes francesas, otras también han reconocido la validez de un laudo anulado, como ocurre con los Tribunales Federales de EE.UU. en el caso *Chromalloy Aeroservices v. Fuerza Aérea de la Rep. Árabe de Egipto*<sup>119</sup>, en el cual el laudo proferido en Egipto y anulado por las Cortes egipcias –por no haber aplicado el derecho administrativo egipcio– fue reconocido como ejecutable bajo la legislación de EE.UU., por la Corte del Distrito de Columbia. La Corte sostuvo que en aplicación del principio de favorabilidad del Art. VII de la CNY el laudo era susceptible de ejecución bajo el “Federal Arbitration Act.” Asimismo, la Corte afirmó que no estaba obligada a reconocer el efecto de cosa juzgada a la decisión de anular el laudo de la corte egipcia y precisó que las partes habían renunciado a los recursos contra el laudo por lo que no podía la Fuerza Aérea egipcia pretender retractarse de dicho pacto<sup>120</sup>.

No obstante, no podemos afirmar que lo relatado precedentemente forma una línea jurisprudencial consolidada<sup>121</sup>, pues solo algunos años después, la Corte de

118 En esta sentencia tuvo una enorme relevancia el informe de Jean-Pierre Ancel para la Corte de Casación. Entre otros, véase: RIVERA, J. “*Arbitraje comercial...*”, op. cit., (Nº 66).

119 Corte de Distrito de Columbia, 1996. *Revue de l'Arbitrage*, Nº 723, 1998.

120 MANTILLA-SERRANO, F., “*Algunos apuntes...*”, op. cit., (Nº 37), pp. 28 y ss.

121 La Corte sostuvo que en aplicación del principio de favorabilidad del Art. VII de la CNY el laudo era susceptible de ejecución bajo el “Federal Arbitration Act”. Asimismo, la Corte afirmó que no estaba obligada a reconocer el efecto de cosa juzgada a la decisión de anular el laudo de la corte egipcia y precisó que las

Apelaciones del Segundo Circuito negó el reconocimiento a dos laudos dictados y anulados en sus respectivos Estados sedes (Caso *Baker Marine*<sup>122</sup> y *Martín I. Spier*<sup>123</sup>). Posteriormente, da un nuevo giro en la materia, a propósito del caso *Pertamina*<sup>124</sup>, en que la Corte manifestó de forma expresa que bajo la CNY, forma parte de la discreción del juez ejecutar un laudo arbitral cuando se encuentre pendiente una acción de anulación en el país donde el laudo fue proferido, tal como se había fallado en el pasado. Sin embargo, todo hace sostener que esta tendencia no se encuentra firme, pues la Corte del Distrito de Columbia, en el caso *Termorio*<sup>125</sup>, ha negado el reconocimiento del laudo anulado en Colombia por el Consejo de Estado<sup>126</sup>. Volveremos sobre estos casos en el siguiente punto.

#### d. Desvinculación del árbitro con el Estado sede

Más allá de esta sucinta relación basada predominantemente en la redacción de la CNY, se esgrime como fundamento de esta tesis la desmaterialización del fuero, toda vez que el árbitro no está investido de poder por el Estado en el cual la sede se encuentra y, por tanto, no tiene la obligación de respetar las leyes de policía o de procedimiento de dicho lugar<sup>127</sup>. El arbitraje comercial internacional debe concebirse desnacionalizado, pues no puede sostenerse que el árbitro deba obediencia a ningún orden jurídico estatal, en tanto no tiene *lex fori* o la obligación de hacer respetar la ley de un Estado determinado. Su preocupación se circunscribe a velar por el respeto de la voluntad de las partes y de la comunidad internacional. El tribunal arbitral internacional resuelve un conflicto sobre un territorio y no en nombre del Estado que ejerce soberanía sobre dicho territorio, lo que plantea la inquietud de saber por qué existen recursos contra el laudo arbitral en el Estado sede y, al mismo tiempo un control por el Estado donde se ejecutará el fallo, que es donde se encontraría anclada su validez. A mayor abundamiento, si los árbitros no tienen fuero, los laudos tampoco tienen nacionalidad, por lo

---

partes habían renunciado a los recursos contra el laudo por lo que no podía la Fuerza Aérea egipcia pretender retractarse de dicho pacto.

122 *Baker Marine Ltd. (Nigeria) v. Chevron (Nigeria) Ltd.* 191 F. 3d. 194. Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito de EE.UU., 199.

123 *Martin Spier v. Calzaturificio Tecnica SpA.* 71 F. 2d. 279. Corte del Distrito Sur de Nueva York, 1999.

124 *Karaha Bodas Company, KBC v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara.* Corte de Apelaciones para el Quinto Circuito de EE.UU., 2003.

125 *Termorio and Lease Co. v. Electrificadora del Atlántico,* Electranta. Caso N. 1:03CV025887. Corte Federal del Distrito de Columbia, 17 de marzo de 2007.

126 En una decisión muy cuestionada. Véase MANTILLA-SERRANO, F., “*Algunos apuntes...*”, op. cit., p. 31.

127 CLAY, T., “*La importancia de la sede...*”, op. cit., p. 195.

que en realidad el laudo flota y no es posible atribuir ninguna conexión con un Derecho nacional<sup>128</sup>. En este entendido, el laudo no es más que un acto privado como lo es un contrato<sup>129</sup>, de manera tal que únicamente habría de recurrirse a las cláusulas contractuales y al propio criterio del tribunal arbitral. Como prueba de lo anterior se esgrime el hecho que algunas legislaciones han permitido la renuncia del recurso de nulidad por voluntad de las partes<sup>130</sup>, o la posibilidad de acudir a un tribunal distinto al de la sede arbitral<sup>131</sup>.

Por otra parte, la tesis de la localización se presenta como una realidad ineludible que el arbitraje debe practicarse en algún lugar<sup>132</sup> y que esta elección supone consecuencias cruciales para el desarrollo del arbitraje y para la propia viabilidad del laudo arbitral, por lo que la importancia del lugar del arbitraje va mucho más allá de la ubicación física en que se llevará a cabo<sup>133</sup>. Entre los aspectos relevantes destaca la determinación de las normas de base que van a regir la validez de lo actuado por los árbitros, la regulación de las relaciones entre los árbitros y los jueces para conocer las cuestiones relativas al apoyo y control del arbitraje, además de regir las normas procedimentales<sup>134</sup>. Por otra

128 Los laudos flotantes son aquellos por los que mediante una manifestación de voluntad de las partes realizada en el acuerdo arbitral, se desliga o desprende -o se intenta hacerlo- de toda ley nacional a fin de permitir que la controversia planteada sea resuelta por los árbitros sin basarse en una ley estatal. Sobre el tema, véase, entre otros: PAULSSON, J., *Delocalization of International Commercial Arbitration: When And Why It Matters*, en *International and Comparative Law Quarterly*, 33, (1983), pp. 53-61. SANTOS BELANDRO, R., "Se ha instalado..." op. Cit., pp. 28-38; FERNÁNDEZ ROZAS, J., "Tratado de arbitraje comercial en América Latina", (Ed. Iustel, Madrid, 2008), pp. 1190 - 1195.

129 Véase GRAHAM, J., *Grundlegung y lex contractus en los contratos estatales*, en *Rev. Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 18, (2001).

130 Bélgica, pese a que fue el primer país en abolir el recurso de nulidad cuando ninguna de las partes tuviese vínculos jurídicos con dicho país, luego reintrodujo el recurso (1998). El nuevo Art. 1717.4 del Código Judicial establece *de jure* el recurso de nulidad, pero permite a las partes su renuncia si ninguna tiene vínculos con dicho país. Asimismo, el Art. 192.2 de la Ley de Derecho Internacional privado suizo también permite la exclusión del recurso de nulidad, bajo el mismo postulado antes señalado. En América Latina, las leyes arbitrales de Perú (Art. 63(8), D.L. 1071) y Colombia (Art. 107, Ley 1563) contemplan la posibilidad de renunciar al recurso de nulidad.

131 Tema que puede apreciarse principalmente en materias de nombres de dominio, al realizar todo el procedimiento en línea. Véase GRAHAM, J., *La deslocalización del arbitraje virtual*, *Rev. De Derecho Informático*, 40 (nov. 2001). Disponible en: <http://www.alfa-redi.org/rdi-articulo.shtml?x=879>

132 Véase FOUCARD, GAILLARD, GOLDMAN, "On international...", op. cit., 828. <

133 En tal contexto VIRGÓS SORIANO, M., "Arbitraje comercial internacional...", op. cit., enfatiza que el CNY 1958 otorga al país de la sede del arbitraje el rol de jurisdicción primaria. Este rol implica dos cosas: el arbitraje se rige en principio por esta ley y corresponde a los tribunales de ese país el control general del procedimiento arbitral y del laudo. Aunque el CNY 1958 habla del país en que o conforme a cuya ley el laudo haya sido dictado, en la práctica ambas proposiciones llevan al mismo resultado pues la mayor parte de las leyes nacionales de arbitraje basan su aplicación en el hecho de que la sede del arbitraje se localice en ese país.

134 Sobre el particular, véase BORN, G., *International Arbitration and Forum Selection Agreements: Drafting and Enforcing*, en *The Netherlands*, (2006); ESPUGLES MOTA, C. ; MNERNY, M., reconocían que la libertad de las partes se ve coartada por el reconocimiento de la existencia de una cierta conexión entre el

parte, el lugar del arbitraje determina el Estado en que se considera que el fallo arbitral ha sido dictado, lo que es importante para solicitar su reconocimiento o ejecución en otro Estado. Dicha determinación entraña, además, la consideración de si un arbitraje es nacional o internacional y la arbitrabilidad de una materia<sup>135</sup>.

Se sostiene que la sede no solo provee un escenario material donde se desenvuelve el proceso arbitral, pues no se trata de un asunto de hecho, sino principalmente de contenido, en tanto se brindará un contexto legislativo que puede suplir la voluntad de las partes, si éstas nada han expresado, sobre un punto concreto o incluso superponerse a ellas<sup>136</sup>. Esto ocurre, pues si bien las partes tendrán un rol activo en la determinación de la ley aplicable<sup>137</sup>, no siempre tal voluntad estará clara o completa, de manera que habrá muchos puntos que el tribunal arbitral deberá considerar en aras de mantener la eficacia del arbitraje y el laudo arbitral<sup>138</sup>. En este contexto, la legislación estatal en materia de arbitraje internacional contribuirá a reafirmar dicha autonomía en el sentido sustancial y procesal, en tanto la autorregulación, procesal y sustantiva, nace y se desarrolla al amparo de la normativa de fuente estatal<sup>139</sup>; y, por otro lado, ésta suplirá los vacíos de dicha voluntad a fin de que el arbitraje prospere. En otras palabras, si las partes escogen como sede un Estado que no reconoce tal autonomía y su legislación posee un carácter impositivo, evidentemente la voluntad de las partes no tendrá una gran injerencia en el arbitraje.

Bajo este postulado se considera que la ley del Estado sede aplicará sus normas procesales frente a determinados vacíos de la voluntad de las partes, cuya falta podría incluso provocar la nulidad del laudo arbitral<sup>140</sup>. Por otra parte, esta ley ciertamente resolverá la problemática de establecer qué tribunales estatales, en qué oportunidad y evento, podrán intervenir en el procedimiento arbitral,

---

procedimiento arbitral y el lugar donde éste tiene lugar. “Aproximación a la nueva Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional”, en RCEA, (1986), p. 13.

135 Véase FERNÁNDEZ ROZAS, J., “Determinación del lugar...”, op. cit.

136 Véase ÁLVAREZ, H., op. cit., pp. 13-16.

137 Es lo que se denomina “normología”, véase OPPETIT, B., “Teoría...”, pp. 185-186.

138 Lo escrito acerca del derecho o reglas aplicables por los árbitros internacionales es abundante. Véase, a modo de ejemplo, GRIGERA NAÓN, H., “El derecho aplicable en el arbitraje comercial internacional”, en *El contrato de arbitraje*, (Ed. Legis., Bogotá, 2008), pp. 607-617.

139 La LMU y las legislaciones que la siguen contienen precisamente una arquitectura dispositiva en que la autonomía de la voluntad de las partes es respetada en el proceso arbitral.

140 Si bien ciertas convenciones como la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Ginebra, de 1961) omiten cualquier mención a la aplicación del procedimiento de la sede del arbitraje, nos encontramos con otros casos, como el de la CNY que, respecto al procedimiento a seguir en el arbitraje conserva la referencia subsidiaria al derecho del país sede del arbitraje (Art.V.I, d) que prevé la posibilidad de anular el laudo cuando el procedimiento arbitral no se ha llevado a cabo de conformidad con lo acordado por las partes o, en defecto de ese acuerdo, según lo previsto en la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje.

como además las causales por las que el laudo podrá ser anulado, decisión que tendrá un efecto expansivo, toda vez que –en principio– un laudo anulado no podría ser ejecutado en otro lugar.

En este sentido se sostiene que la ejecutabilidad de laudos anulados ha seguido una línea completamente diferente a la antes relatada. De hecho, solo algunos años después de los casos vistos precedentemente, una Corte de los EE.UU. denegó el reconocimiento de los laudos dictados y anulados en Nigeria en el caso *Baker Marine* en que se desestimó el argumento fundamental de *Chrommalloy* basado en el Art. VII de la CNY y se concentró exclusivamente en la redacción del convenio arbitral para determinar si éste contenía una renuncia a los recursos contra el laudo. Dado que ello no ocurrió de manera expresa, se entendió que las partes se sometían a las consecuencias y vicisitudes propias de haber escogido a Nigeria como lugar de arbitraje, incluida la posibilidad que una Corte nigeriana anulase el laudo.

Una situación análoga sucedió en el caso *Martin I. Spier v. Calzaturificio Technica SPA*. El laudo en cuestión había sido anulado por las cortes italianas en base a que los árbitros fundamentaron su decisión en una obligación extraña a la relación contractual *sub judice*. La Corte del Distrito Sur de Nueva York no reconoció el laudo en tanto ponía en entredicho la seguridad jurídica.

Por otra parte, se contrarresta el argumento del laudo flotante, en el entendido que su validez es dispar. A favor se ha dicho que el Art. V.1.d. de la CNY establece que la formación del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral puede constituirse y desarrollarse con arreglo a lo acordado por las partes, sin que se haga referencia a la sumisión a una ley estatal<sup>141</sup>. En contra se ha argumentado que de acuerdo al Art. I en relación con el Art. V.1.a de esta Convención, la validez del acuerdo arbitral debe determinarse de conformidad a la “ley a que las partes lo han sometido” y debe considerarse para ello que “*la sentencia no haya sido anulada o suspendida por una autoridad competente en el país en que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia*”<sup>142</sup>. Asimismo, se

141 El Art. V de esta Convención consagra un conjunto de causales para el rechazo del *exequatur* del laudo, dentro de las que no figura la posibilidad de rechazo por ser éste flotante. Finalmente, la CNY no contiene ninguna disposición expresa sobre el derecho de fondo que deberá aplicarse para la solución de la controversia. La Corte Suprema Holandesa parece ser una de las pocas jurisdicciones que consideran que un arbitraje flotante se encuentra regido por la CNY al fallar el caso *Bergesen v. Muller* y en el caso *SEE (Société Européenne d'Études et d'Enterprises) v. Rep. Federal de Yugoslavia*.

142 De este modo, la CNY impone que para que un laudo pueda ser ejecutado en otros países debe ser válido en el país de origen. La libertad concedida en materia procesal a través del Art. V.1.d. se encuentra limitada por los amplios poderes concurrentes del juez de dicho Estado de origen, quien tiene la facultad de intervenir en la acción de nulidad que se instaure. Hay pues una sumisión que la LMU toma y refuerza en el Art. 34 al restringir las causales de anulación a las mismas causales para denegar su reconocimiento o la ejecución en el Estado requerido y consignadas en el Art. 36.

ha entendido que con posterioridad a la entrada en vigor de la CNY, ninguna legislación nacional ha reconocido la existencia de una sentencia arbitral flotante.

Por último, se esgrime que la carencia de foro no implica prescindir por completo de una referencia estatal de una sede arbitral. El procedimiento carente de asistencia judicial produce un grado de inseguridad negativo para el desarrollo de la propia institución. Así también debe reconocerse la posibilidad que existan graves irregularidades en el comportamiento de los árbitros en el desarrollo del procedimiento, formulación de la sentencia y otros hechos que quiebren la igualdad procesal que merecen los litigantes, lo que permitiría el abuso de una de las partes, por ejemplo, en base a su poder económico<sup>143</sup>, de manera que la vinculación a un orden estatal tiene cualidades positivas innegables que deben ser tenidas en cuenta a la hora de tomar la decisión correspondiente.

## 5. Una reflexión final sobre la coexistencia de la autonomía arbitral con la colaboración de los tribunales estatales

Como adelantamos en el inicio de este apartado, es claro que detrás de esta profusa y compleja discusión se encuentra inmerso el rol del Estado sede en el contexto del arbitraje comercial internacional, asociación que a su vez liga con la filosofía que se abrigue respecto de la institución. Considerando lo anterior, debiéramos hacer propias las palabras pronunciadas por Oppetit, en tanto si es verdad que una ideología es un discurso mediante el cual una pasión busca convertirse en un valor, y las pasiones y valores son arbitrarios por no fundarse en la razón, una consecuencia capital se desprende: una ideología no puede ser ni probada, ni refutada; en consecuencia, no es ni verdadera ni falsa, y no puede ser otra cosa que eficaz o ineficaz, coherente o incoherente<sup>144</sup>.

Por otra parte, la realidad nos muestra que la mayoría de las legislaciones abrigan el modelo UNCITRAL, de manera que en la actualidad no es posible sostener que la sede arbitral esté desprovista de todo valor, pues es innegable que la LMU se lo confiere respecto de las funciones de apoyo y control, así como ley aplicable al arbitraje frente a determinadas circunstancias<sup>145</sup>, por lo que –considerando su injerencia– no es posible pensar en que esta situación varíe mientras este tratamiento se mantenga en dicha Ley.

143 En esta línea, véase SANTOS BELANDRO, R., “*Se ha instalado...*”, op. cit., pp. 29-31.

144 OPPEIT, B., “*La notion de source du droit et le droit du comerce international*”, en *Archives de philosophie du droit*, N° 27, “Sources” du droit, (1982), pp. 43-44.

145 Véase Art. 34 LMU.

Con todo, si bien se le reconoce un rol, el tratamiento legislativo de la sede es dispar. Un ejemplo concreto de ello lo encontramos en la CNY y la CG, la primera parece reflejar la concepción que impregna al Derecho Internacional Privado contemporáneo, para el cual los Estados constituyen la única fuente de soberanía con exclusión de cualquier otro orden supranacional. Este instrumento fija las condiciones en las cuales cada Estado Parte se compromete a reconocer en su territorio los laudos dictados en los territorios de otros Estados, reduce la importancia del papel del Estado sede y, sin prohibir al mismo controlar a su manera los arbitrajes celebrados en su territorio, se concentra esencialmente en las condiciones de reconocimiento de los laudos en el ordenamiento jurídico del o de los lugares en que éstos serán ejecutados.

Como había sugerido la CCI, la sede pasa a ser un punto de conexión subsidiario, que cede al dictado de la voluntad de las partes en lo que concierne a la constitución del tribunal o del procedimiento arbitral, de manera que el incumplimiento de los requisitos del ordenamiento jurídico de la sede, en lo que se refiere a estas materias esenciales, no es sancionado en otros países. Por lo demás, las condiciones de arbitrabilidad de la controversia y de la conformidad del laudo con el orden público se aprecian a la luz de las concepciones del Estado en el que se persigue su reconocimiento y ejecución<sup>146</sup>, de manera que esta CNY se aparta de la idea que el Derecho del Estado sede es considerado fuente exclusiva de la jurisdicción del laudo. En otras palabras, se invita al juez del lugar de la ejecución a razonar directamente sobre la materia constituida en el laudo, y no sobre las decisiones judiciales que hubieren podido recaer sobre el laudo en el Estado sede.

La CG plantea un escenario diferente pues para obtener el reconocimiento o la ejecución es necesario que la sentencia se haya hecho firme en el país donde hubiere sido dictada, no considerándose como tal si es susceptible de impugnación, apelación o de recurso de casación, o si se prueba que está en curso un procedimiento para impugnar la validez de la sentencia (Art. 1, línea 2, letra d). Esta diferencia de concepciones se explica porque la CG está basada en la idea que la jurisdicción del laudo emana de la autorización a las partes por el soberano local para solucionar así sus controversias y la CNY rompe con ese esquema<sup>147</sup>. Lo anterior refuerza nuestra conclusión en cuanto a afirmar que la relación entre el arbitraje y el Estado sede dependerá de la concepción que en definitiva decida acoger el legislador de un determinado Estado.

---

146 Véase Art. V CNY.

147 Véase, GAILLARD, E., "*Teoría jurídica...*", op. cit., pp. 37-38.



Como señalamos, actualmente la mayoría de las leyes de arbitraje –siguiendo a la LMU– plantean que la determinación del lugar del arbitraje entraña consecuencias relevantes para éste, así ocurre con la determinación de la ley que sustenta el procedimiento, el marco del auxilio que deben prestar los jueces estatales, la consideración de si un arbitraje es nacional o internacional, el lugar en que se considera dictado el laudo, la arbitrabilidad de la materia o el ámbito del control judicial de lo actuado por los árbitros. En este punto es posible advertir que la lógica empleada en la configuración actual sigue la línea interpretativa según la cual la elección de la sede hace presumir la intención de las partes en cuanto a que todo vacío sea llenado o resuelto por la ley del Estado sede. Esta posición, de carácter subjetivo, compartida por algunos autores como Poudret y Besson<sup>148</sup>, y entendida como el Derecho de la sede del arbitraje<sup>149</sup>, es refutada por otro sector doctrinal, en el entendido que la elección de la sede arbitral presenta como única certeza que las partes han decidido acudir al arbitraje y no han optado por someter su controversia a tribunal estatal alguno<sup>150</sup>, lo que se deriva del efecto negativo del convenio arbitral.

Por otra parte, dado que el instituto arbitral no es autónomo en su totalidad, en tanto necesita del apoyo de los tribunales estatales, es innegable que el Estado sede tendrá cierta relevancia para el éxito del arbitraje, más, la exacta trascendencia de dicho desempeño es una cuestión más amplia y compleja que debe analizarse con cautela. En efecto, si bien es consustancial al arbitraje la exclusión de la jurisdicción estatal en el marco de ciertas materias y derechos<sup>151</sup>, ello no implica que los tribunales estatales queden completamente al margen de un procedimiento arbitral. Las relaciones entre los tribunales judiciales y arbitrales se desarrollan en dos dependencias diferentes de un mismo edificio<sup>152</sup> donde el arbitraje no se presenta en ningún caso como una posición contraria a

---

148 Véase, POUURET, J.F.; BESSON, S., op. cit., quienes pese a no emplear términos como *lex arbitri* o *lex fori*, fundan la integralidad del régimen que rige la institución del arbitraje, incluidas la validez formal del convenio arbitral, la arbitrabilidad de la controversia, la composición del tribunal arbitral, las garantías fundamentales del proceso, la asistencia del juez estatal y el control de la regularidad del laudo, en la “*loi d’arbitrage*” o “*lex arbitri*”, entendida ésta como el derecho de la sede del arbitraje.

149 En el mismo sentido, HIRSCH, A., “*The Place of Arbitration and the Lex Arbitri*”, en *The Arbitration Journal*, Vol. 34, N° 3, (sep. 1979), p. 43 que admite que la expresión *lex arbitri* es equivalente a la *lex fori* para la aplicación del procedimiento.

150 Véase, GAILLARD, E., “*Teoría jurídica...*”, op. cit., p. 27.

151 Refiriéndose a esta temática, véase SENES MOTILLA, C., *La intervención judicial en el arbitraje*, (Ed. Thomson – Civitas, Pamplona, 2007), p. 24.

152 Tal como señala FERNÁNDEZ ROZAS, J., no es factible desvincular la institución arbitral de la actividad jurisdiccional del Estado y, en contrapartida, debe exigirse que los jueces que intervengan en asuntos arbitrales mantengan la corrección técnica precisa y cumplan estrictamente con el arbitraje a fin de que éste se desarrolle con naturalidad. “*Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia*”, en *Derecho Privado y Constitución*, N° 19, (2005), pp. 84.

aquélla, ni como un “compartimiento estanco”, al contrario, entre ambas vías de resolución de conflictos existe un amplio abanico de posibilidades<sup>153</sup>. El arbitraje requerirá de la jurisdicción estatal una cierta colaboración para el éxito de sus actuaciones provocándose la complementariedad de ambos en diferentes planos<sup>154</sup>, de manera que arbitraje y judicatura ordinaria solo serán excluyentes entre sí en cuanto a la competencia para conocer y resolver de una determinada materia a partir del efecto negativo del convenio arbitral.

La esencia de este mecanismo de arreglo de controversias deriva directamente del reconocimiento del Estado y del apoyo y control que éste pueda brindarle, de forma que no es factible desvincular del todo la institución arbitral de la actividad jurisdiccional; como contrapartida, debe exigirse que los jueces que intervengan en asuntos arbitrales mantengan la corrección técnica precisa y cumplan estrictamente con las normas estatales para que el arbitraje se desarrolle con normalidad<sup>155</sup>. En otras palabras, esta institución no puede plantearse como una fórmula contra los tribunales<sup>156</sup>, ni puede pensarse en él como un cauce exclusivamente privado de resolución de conflictos, ya que la colaboración de los tribunales estatales es un punto esencial en aras de la tutela pretendida y, por tanto, la coexistencia de ambos sistemas debe admitirse como necesaria e inevitable frente a determinados supuestos<sup>157</sup>. No obstante ello, se debe considerar como idea fundamental que esta “necesaria” intervención<sup>158</sup> se debe plantear en los términos más restrictivos posibles, toda vez que mientras mayor es la intervención judicial en el arbitraje<sup>159</sup>, menor es la eficacia de éste último<sup>160</sup>.

153 En este sentido, VERDERA Y TUELLS plantea que el éxito del arbitraje depende del buen funcionamiento de la justicia y el peor enemigo del procedimiento arbitral es la eficacia de la jurisdicción. “*La elección del lugar...*”, op. cit., pp. 137-177. En la misma dirección, BERNARDO SAN JOSÉ, A., *Arbitraje y jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*, (Granada, 2002), p. 2 y ss.

154 Véase GOSWAMI, L., “*Interim Reliefs: The role of the Courts*”, en *International Arbitration and National Courts: The never ending store*, ICCA International Arbitration Conference, The Hague, (2001), pp. 111 y ss.

155 FERNÁNDEZ ROZAS, J., *La nueva Ley de Arbitraje*, (Ed. Consejo General del Poder Judicial. Centro documentación, Madrid, 2007), p. 73.

156 SANDOVAL LÓPEZ, R., “*La normativa de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional como instrumento de unificación*”, en *Estudios de arbitraje, Libro Homenaje al Prof. Patricio Aylwin*, (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 2007), pp. 499-500.

157 En este mismo sentido BARONA, S., “*Comentarios a la ley de arbitraje (ley 60/2003, de 23 de diciembre)*”, (Ed. Thomson-Civitas, Barcelona, 2004), p. 63.

158 Sobre la forma y casos en que un tribunal local puede intervenir en relación con un arbitraje internacional, véase MAITRA, N., “*Domestic court intervention in international arbitration- The English view*”, en *Journal of International Arbitration*, vol 23. No 23, 2006, pp. 239-248.

159 Sobre el limitado rol, véase GOSWAMI, L., “*Interim Reliefs...*”, op. cit., pp. 114 y ss.

160 El principio de intervención mínima recogido en el Art. 5º de la LMU, se ha extendido en la generalidad de las legislaciones europeas, sólo la Arbitration Act inglesa de 1996, parece mantener una situación de control del arbitraje por parte de los jueces estatales. Comentando esta situación, véase ESPUGLES MOTA, C., “*Sobre*

Por otra parte, la idea que el recurso de anulación no tenga ninguna virtud y debe suprimirse reservando dicho control al juez del *exequatur*, debe también matizarse<sup>161</sup>, pues no puede desconocerse que el control ejercido por el Estado sede presenta varias externalidades positivas. Bien entendido y ejercido puede brindar garantías y con ello generar una mayor confianza hacia las partes. Asimismo, si éstas no han sido claras en prever esta posibilidad, el Estado sede podría desempeñar un rol relevante al permitir una acción concreta a estos efectos<sup>162</sup>. Quizá el punto de conflicto resida verdaderamente en la configuración del instrumento controlador, pues el qué, quién y aplicando qué leyes, resultará crucial para establecer la perspectiva con que se aborda el instituto arbitral y la eficacia que tendrá el laudo en el contexto internacional. En mi opinión, la función práctica que desarrolla un Estado sede por medio del apoyo y el control debe separarse *a priori* de la aplicación de las leyes de dicho Estado para la validez del arbitraje, en tanto la idea de que todos los vacíos sean llenados por la ley del Estado sede y que ciertas causales del recurso de nulidad deban vislumbrarse a partir de éste último no es una idea tan lógica o convincente.

---

*algunos desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional en Europa*”, en *Arbitraje y Justicia en el siglo XXI*, (Coord. BARONA, SILVIA), (Ed. Thomson Civitas, Pamplona, 2007), pp. 202-203.

161 En esta línea, FOUCHARD, P., *La portée internationale de l’annulation de la sentence arbitrale dans son pays d’origine*, en *Rev. Arb.* (1997), p. 239.

162 Así, por ejemplo, en Francia el Art. 1494 del CPCF expresa que “la convención de arbitraje puede regular el procedimiento por seguir en la instancia arbitral, directamente o por referencia a un reglamento de arbitraje; también ella puede someterlo a la ley de procedimiento que determine. En el caso de silencio de la convención, el árbitro regulará el procedimiento, en cuanto sea necesario, ya sea directamente o por referencia a una ley o a un reglamento de arbitraje”. Asimismo, el Art. 1493 de la referida norma dispone: “en los arbitrajes que se desarrollan en Francia o respecto de los cuales las partes han previsto la aplicación de la ley procesal francesa, la parte más diligente podrá acudir al presidente del Tribunal de Primera Instancia de París, si surge alguna dificultad en la constitución del tribunal arbitral, salvo cláusula en contrario”. Finalmente, sus Arts. 1504 y 1505 establecen que: “la sentencia arbitral dictada en Francia en materia de arbitraje internacional puede ser objeto de un recurso de anulación en los casos previstos en el Art. 1502(...) El recurso de anulación previsto en el Art. 1504 se presentará ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción la sentencia ha sido dictada (...). Antes de la vigencia de este Decreto, la jurisprudencia percibía la presencia de una laguna legal al comprobar que no había normas aplicables a los arbitrajes desarrollados en Francia sometidos a un reglamento de arbitraje, por ejemplo, el de la Cámara de Comercio Internacional de París. Aun cuando la institución arbitral fuese francesa, se consideraba que no existían suficientes puntos de contacto con Francia y se les negaba todo apoyo y toda injerencia jurisdiccional. Esta posición era inconveniente para Francia en un doble sentido: en primer lugar, no permitía la actuación de los órganos jurisdiccionales en relación a las actividades desarrolladas en el territorio francés; y desalentaba a establecer la sede de arbitraje en dicho país, lo que indudablemente provocaba perjuicios económicos. El giro del derecho positivo francés se debió, en gran medida, a dos casos: *Gotaverken* contra la empresa del Estado libio GNMTIC (General Maritime Transport Organizations) y el caso *Aksa-Norsolor*, en ambos la jurisprudencia había negado la posibilidad de revisar los laudos dictados en arbitraje comercial internacional basados en la falta de conexión real y concreto con el sistema francés. Sobre el tema, véase SANTOS BELANDRO, R., “*Arbitraje comercial internacional*”, (3º, Ed. Oxford, México D.F.), pp. 34-35.