

# Cuando la sede del arbitraje no es el lugar del arbitraje y la *lex arbitri* no es la ley de la sede

ELINA MEREMINSKAYA<sup>1</sup>

En la enseñanza y la práctica del arbitraje internacional es usual hacer hincapié en la importancia del concepto de la sede del arbitraje.<sup>2</sup> Habitualmente entendemos que la sede predetermina el derecho aplicable al arbitraje (*lex arbitri*) y la competencia de los tribunales ordinarios encargados de la asistencia y supervisión judicial.<sup>3</sup>

---

1 Elina Mereminskaya estudió derecho en la Universidad Báltica de Immanuel Kant (ex Universidad Estatal de Kaliningrado). Obtuvo el título de Magíster en Derecho de la Georg-August Universidad de Göttingen, Alemania (1998) y el título de Doctora en Derecho de la misma Universidad (2001). Actualmente es Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y socia de la firma Wageman & Cia en Chile.

2 Gary B. Born, "Selection of Arbitral Seat in International Arbitration", *International Commercial Arbitration*, 2da edición, Kluwer Law International, 2014, pp. 2051-2119, p. 2052: "There are a number of reasons why the location of the arbitral seat can have critical importance to an international arbitration. As noted above, the importance of the arbitral seat has diminished somewhat over the past several decades, but it nonetheless remains of potentially decisive significance in many cases."

3 Jacob Grierson y Annet van Hooft, "Place of the Arbitration", *Arbitrating under the 2012 ICC Rules*, Kluwer Law International, 2012, pp. 113-120, p. 113: "The choice of place of the arbitration is of primary importance, as it determines or influences, among other things: – which arbitration law will apply to the arbitration; – which national courts will be competent to determine various matters relating to the arbitration; – where the hearings will most likely take place; – the conditions under which the award(s) may be annulled; and – to a lesser extent, the choice of the sole arbitrator or president of the arbitral tribunal"; Richard H. Kreindler y Mariel Dimsey, "The Arbitrator and the Arbitration Procedure, The Applicable Law and Procedural Issues: Conceptions, Preconceptions and Misconceptions", en Christian Klausegger, Peter Klein, et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2015, pp. 149-168, p. 150: "As a rule, the seat establishes, with its selection, the applicable procedural law to govern the arbitral proceedings, but also determines the 'home courts' for court applications in support of the arbitral proceedings."

Sin embargo, el marco regulatorio del arbitraje se va tornando cada día más complejo, lo que ha hecho que incluso esas nociones tan consolidadas se hayan ido matizando y precisando. En línea con esas tendencias, este artículo desarrolla las siguientes preguntas: ¿Es posible separar la *lex arbitri* de la ley de la sede del arbitraje? ¿Es siempre la sede lo que predetermina la ley aplicable al arbitraje y los tribunales competentes? ¿Existe una noción de la sede que no necesariamente gatille la aplicación del derecho local?

Para responder a esas interrogantes, primero se analiza la postura que concibe la unidad entre sede y *lex arbitri* (sección 1).<sup>4</sup> En segundo lugar, se presenta la postura que relativiza dicho vínculo y admite que la ley procesal pueda ser distinta a la ley de la sede (sección 2). Seguidamente, se analizan ejemplos de separación entre la noción “sede” del arbitraje versus el “lugar” del mismo (sección 3). El artículo concluye con algunas recomendaciones derivadas del análisis (sección 4).

## 1. Unidad entre la sede y la *lex arbitri*

La Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL (en adelante, “LMA”) emplea el término “lugar” (*place*) del arbitraje.<sup>5</sup> Sin embargo, el término “sede” (*seat*) es más preciso, pues refleja mejor el vínculo que se crea entre el proceso arbitral y el ordenamiento jurídico al cual éste se incorpora.<sup>6</sup> En sintonía con lo anterior, algunas leyes más recientes de América Latina han optado por usar el concepto de “sede” arbitral. Así ocurre en el caso de Colombia y Panamá.<sup>7</sup>

El esquema de la LMA sigue un enfoque netamente territorialista. Esto es, al fijar el lugar del arbitraje dentro del territorio de un estado, la *lex arbitri* del

4 El artículo no pretende abordar la pregunta relevante pero distinta acerca de la ley aplicable al acuerdo arbitral. Al respecto existen posiciones divergentes. Por un lado, está la jurisprudencia que hace primar la ley sustantiva del contrato (*Klöckner Pentaplast GmbH & Co Kg v. Advance Technology (H.K.) Company Limited*, 14/07/2011, HCA1526/2010; *Sulamérica CIA Nacional de Seguros SA and others v. Enesa Engenharia SA and others* [2012] EWHC 42 (Comm)). Por otro lado está la jurisprudencia que aplica la ley de la sede (*FirstLink Investments Corp Ltd v. GT Payment Pte Ltd and others* [2014] SGHCR 12).

5 Artículo 1.2 de la LMA: “Las disposiciones de la presente Ley, con excepción de los artículos 8, 9, 17 H, 17 I, 17 J, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado.” El concepto “lugar”, asimismo, es usado por la Ley chilena N° 19.971, art. 2.1, el DL 1071 Peruano, arts. 1 y 5b, Ley española N° 60/2003, art. 1.2 y Ley costarricense N° 8937, art. 2.1

6 Gary B. Born, “Legal Framework for International Arbitral Proceedings”, *International Commercial Arbitration*, 2da edición, Kluwer Law International, 2014, pp. 1528-1635, p. 1540; Alastair Henderson, “Lex arbitri, procedural law and the seat of arbitration”, *Singapore Academy of Law Journal*, 2014(26), pp. 886-910, p. 892.

7 Estatuto N° 1536, art. 62 de Colombia y Ley N° 131, art. 2.1 de Panamá.

mismo será aplicable.<sup>8</sup> Lo anterior se desprende del artículo 1.2 de la LMA que hace depender la aplicabilidad de la ley del lugar del arbitraje.

Al mismo tiempo, el inciso 2 del artículo 20 de la LMA consagra la idea del lugar del arbitraje como concepto netamente jurídico desligado de las circunstancias fácticas, dado que no se requiere de la presencia física en la sede de las partes o de los miembros del tribunal arbitral.<sup>9</sup> Queda claro que la LMA admite la posibilidad de separar el lugar del arbitraje de la sede del mismo, lo que sería recomendable para aumentar la eficiencia del arbitraje y para reducir sus costos. Así, mientras la sede del arbitraje se elige debido a preferencias de índole jurídica (por ejemplo, una *lex arbitri* moderna y tribunales que apoyan el arbitraje), el lugar de las audiencias responderá a conveniencias prácticas (por ejemplo, ubicación del objeto del arbitraje o cercanía geográfica).

Durante los trabajos preparatorios de la LMA, se formuló la propuesta de usar el “vínculo genuino de hecho” de un arbitraje con el lugar real donde se realizan las actuaciones arbitrales, antes que con el lugar pactado por las partes.<sup>10</sup> Este planteamiento no fue acogido por los demás miembros de la UNCITRAL, instalándose el concepto de sede de arbitraje como *ficción jurídica*<sup>11</sup> o como el domicilio jurídico de arbitraje.<sup>12</sup>

Curiosamente, es la misma LMA la que autoriza a las partes para determinar libremente la sede del arbitraje (art. 20.1). Pero una vez elegida la sede, el efecto automático y obligatorio es la aplicabilidad de la LMA –o la *lex arbitri* que se basa en ella.

8 Adicionalmente, la sede impacta el arbitraje en algunos de sus aspectos sustantivos, por ejemplo, en lo que se refiere a la validez del acuerdo arbitral o la arbitrabilidad. Ver, por ejemplo, artículo 34.2.a.i) de la LMA: “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 de este Estado,” esto es, del país sede del arbitraje donde se falla la solicitud de anulación del laudo. Ver, por ejemplo, Artículo 34.2.b.i) de la LMA: “que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje,” tratándose del país sede de arbitraje donde se falla la solicitud de anulación del laudo.

9 Artículo 20 de la LMA: “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.”

10 Propuesta de Noruega. Compilación Analítica de los Comentarios de los Gobiernos y organizaciones internacionales al texto de la LMA, 18ª Sesión, 19 de marzo de 1985, A/CN.9/263, p. 33.

11 Gabrielle Kaufmann-Kohler, “Globalization of Arbitral Procedure”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36 (2003), pp. 1313-1333, pp. 1318-1319.

12 Gary B. Born, “Legal Framework for International Arbitral Proceedings”, *International Commercial Arbitration*, 2da edición, Kluwer Law International, 2014, pp. 1528-1635, p. 1530: “the ‘arbitral seat’ of an international arbitration is the legal domicile or juridical home of the arbitration”.

En algunos casos, el pacto de las partes no se pronuncia sobre la sede arbitral; en cambio directamente señala una *lex arbitri* aplicable.<sup>13</sup> Siguiendo el mismo concepto territorialista subyacente en la LMA, la sede del arbitraje se ubicará dentro del territorio nacional correspondiente. Por ejemplo, ello ocurriría si las partes pactaran someter el arbitraje a la Ley chilena N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional que sigue el esquema de la LMA. Acorde a su artículo 1 inciso 2, dicha Ley se aplica cuando el lugar del arbitraje se encuentra dentro del territorio de Chile. Esto es, al pactar su aplicación, las partes tácitamente fijan la sede del arbitraje en el territorio chileno.

Lo anterior deja en evidencia el vínculo estrecho que existe, bajo la LMA, entre la sede y la *lex arbitri*. Surge la pregunta si las partes pueden romper este esquema territorialista y escoger una ley procesal distinta a la del país sede.

En su momento, el Grupo de Trabajo de la LMA arribó a una respuesta negativa. Se consideró que la sede del arbitraje era el criterio decisivo para elegir el derecho procesal aplicable, sin que las partes en virtud de su autonomía de la voluntad pudieran excluir su aplicación o pactar la aplicación de una ley procesal extranjera.<sup>14</sup>

En efecto, el enfoque territorialista que caracteriza la LMA –y que a veces es declarado anticuado y superado<sup>15</sup>– sigue la línea de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras. En ésta subyace la idea de que la sede de arbitraje establece un marco obligatorio, y esencialmente territorial, para los procedimientos de arbitraje internacional.<sup>16</sup>

En línea con lo anterior, la LMA no contiene ninguna norma equivalente para la elección del derecho procesal, mientras sí consagra la facultad de las

13 Gabrielle Kaufmann-Kohler, “Globalization of Arbitral Procedure”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 36 (2003), pp. 1313-1333, p. 1315: “Conceptually, one can determine the law governing the arbitration proceedings according to the following two tests: The subjective test refers to the intent of the parties, and builds upon the strong contractual component of arbitration. It implies that the arbitration procedure is subject to the law chosen by the parties to govern the arbitration, regardless of the place where the arbitration takes place.”

14 Aron Broches, “UNCITRAL - Commentary On The Model Law”, Paulsson, Jan (ed), *International Handbook on Commercial Arbitration*, 1990, Kluwer Law International, pp. 1-202, pp. 9-10.

15 Jan Paulsson, “Arbitration in Three Dimensions”, *LSE Law, Society and Economy Working Papers* N° 2/2010, www.ssrn.com, p. 15; A favor de un concepto de arbitraje como un ordenamiento jurídico autónomo *sui generis* independiente de los derechos nacionales ver Gaillard, Emmanuel, *Legal Theory of International Arbitration*, 2010, Boston: Martinus Nijhoff Publishers.

16 Gary B. Born, “Legal Framework for International Arbitral Proceedings”, *International Commercial Arbitration*, 2da edición, Kluwer Law International, 2014, pp. 1528-1635, p. 1537; Stefan Kröll, “The Concept of Seat in the New York Convention and the Autonomy of Arbitral Award”, en Stavros L. Brekoulakis, Julian D. M. Lew, et al. (eds), *The Evolution and Future of International Arbitration*, Volume 37 Kluwer Law International, 2016, pp. 79-96, p. 95: la Convención de Nueva York “is obviously based on a system which tries to centralize the control over the arbitration at the place of arbitration, limiting the control at the place of enforcement to a minimum.”

partes para elegir el derecho sustantivo aplicable al fondo de la controversia.<sup>17</sup> Muy por el contrario, el artículo 19 de la LMA, titulado “Determinación del procedimiento”, reafirma su aplicación en cuanto *lex arbitri* y la concibe como un límite para el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. El precepto señala: “Con sujeción a las disposiciones de esta ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.” La aplicabilidad de la LMA se da por sentada.

La ventaja de vincular la *lex arbitri* a la sede tiene su origen en el pensamiento *iusprivatista*: el tribunal de la sede como encargado de efectuar las labores de supervisión y asistencia aplicará a esos efectos la *lex fori*. Sería muy desafiante, por ejemplo, para un tribunal chileno tener que determinar la validez de un laudo bajo la ley del estado de Nueva York.

En síntesis, bajo el esquema de la LMA no procede la separación entre la sede como domicilio jurídico de arbitraje y la *lex arbitri*. Ambas se encuentran intrínsecamente interrelacionadas y la determinación sobre uno de esos elementos conlleva una determinación sobre el otro. El enfoque territorialista finalmente contribuye a la mayor eficiencia del control judicial sobre el arbitraje. Los tribunales de la sede se encuentran mejor preparados para aplicar la *lex arbitri* local.

## 2. Separación entre la sede y la *lex arbitri*

Algunas de las jurisdicciones que no siguen la LMA al pie de la letra, admiten la posibilidad de que se elija una *lex arbitri* extranjera. La *ratio* detrás de esa solución consiste en darle mayor cabida a la autonomía de la voluntad de las partes.

Esta tendencia está marcada en el derecho inglés. La determinación de la sede del arbitraje tan solo crea una presunción de que las partes quisieron usar la *lex arbitri* vigente en la sede:

“If the parties do not make an express choice of procedural law to govern their arbitration, then the court will consider whether they have made an implicit choice. In this circumstance the fact that the parties have agreed to a place for the arbitration is a very strong pointer that implicitly they must have chosen the laws of that place to govern the procedures of the arbitration. The reason for this is essentially one of common sense. By choosing a country in which to arbitrate the parties have, ex hypothesi, created a close connection between the arbitration and that country and it is reasonable to assume from their choice that they attached some importance

<sup>17</sup> Artículo 28 de la LMA: “1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio.”

to the relevant laws of that country, i.e. those laws which would be relevant to an arbitration conducted in that country.<sup>18</sup>

Sin perjuicio de lo anterior, la autonomía de la voluntad de las partes les permite elegir una ley procesal distinta de la *lex arbitri* de la sede, no obstante que dicha solución puede resultar engorrosa:

“There is equally no reason in principle which precludes parties to agree that an arbitration shall be held at a place in a country X but subject to the procedural laws of Y. The limits and implications of any such agreement have been much discussed in the literature, but apart from the decision in the instant case there appears to be no reported case where this has happened. This is not surprising when one considers the complexities and inconveniences which such an agreement would involve. Thus, at any rate under the principles of English law, which rest upon the territorially limited jurisdiction of our courts, an agreement to arbitrate in X subject to English procedural law would not empower our courts to exercise jurisdiction over the arbitration in X.”<sup>19</sup>

En sintonía con esa jurisprudencia, se encuentra el nuevo Reglamento de la LCIA del año 2014. El inciso 4 del artículo 16 del Reglamento señala:

“The law applicable to the Arbitration Agreement and the arbitration shall be the law applicable at the seat of the arbitration, unless and to the extent that the parties have agreed in writing on the application of other laws or rules of law and such agreement is not prohibited by the law applicable at the arbitral seat.”

La solución no ha estado exenta de críticas, pues sigue en su esencia el esquema territorialista en desmedro de las teorías de “deslocalización” que van ganando adeptos.<sup>20</sup> Sin embargo, la flexibilidad que conlleva dicho precepto parece importante, dado que permite respetar las limitaciones que pueden imponer algunas jurisdicciones. Así apunta otro comentarista que el artículo 16.4 del Reglamento reconoce que “*the law of the seat may not permit an arbitration to be governed by foreign procedural law, in which case the law of the arbitration*

18 *Queen’s Bench Division, Union of India v. McDonnell*, 1993, 2 Lloyd’s Rep 48, p 50.

19 *Naviara Amazonica Peruana SA v. Compania Internacional de Seguros del Peru*, Court of Appeal, 10 de noviembre de 1987 en Albert Jan van den Berg (ed), *Yearbook Commercial Arbitration 1988 - Volume XIII, Yearbook Commercial Arbitration*, pp. 156-164, pp. 160-161.

20 Maxi Scherer, Lisa Richman, et al., “Seat and Place of Arbitration”, *Arbitrating under the 2014 LCIA Rules: A User’s Guide*, Kluwer Law International, 2015, pp. 185-192, p. 191.

*will be that of the seat.*”<sup>21</sup> Es de presumir que ese sería el caso en las jurisdicciones que siguen el esquema de la LMA.

Por su parte, el Decreto N° 2011-48 francés relativo a la reforma del arbitraje, de 13 de enero de 2011, recoge de manera amplia la idea del arbitraje “deslocalizado” que ha estado presente en la jurisprudencia de ese país durante ya varias décadas.<sup>22</sup> Su artículo 1505 señala:

“En materia de arbitraje internacional, el juez de apoyo al procedimiento arbitral será, salvo acuerdo en contrario de las partes, el presidente del Tribunal de Gran Instancia de París cuando:

- 1) El arbitraje se desarrolle en Francia, o
- 2) Las partes hayan acordado someter el arbitraje a la ley de procedimiento francesa, o
- 3) Las partes hayan concedido expresamente competencia a la jurisdicción estatal francesa para que conozca las diferencias relativas al procedimiento arbitral, o
- 4) Una de las partes corra riesgo de denegación de justicia.”

En otras palabras, el apoyo de la justicia ordinaria del Tribunal de Gran Instancia de París procede no tan solo cuando el arbitraje se lleva a cabo en Francia, sino también cuando su sede está en el extranjero, pero la *lex arbitri* es la ley francesa.<sup>23</sup>

Una situación interesante surgiría si se fijara la sede del arbitraje, por ejemplo, en Perú, conjuntamente con someter el arbitraje al Decreto N° 2011-48. La referencia al derecho procesal francés no podría desplazar la aplicación del DL N° 1071 acorde a lo establecido en su artículo 1.1. Conforme señala su artículo 8.4, las Cortes peruanas serían competentes para conocer del recurso de anulación del laudo. Al mismo tiempo, lo sería el presidente del Tribunal de Gran Instancia de París. Se produce un verdadero conflicto de leyes y jurisdicciones, siendo los tribunales de ambos países efectivamente competentes.

21 Simon Nesbitt y Michael Darowski, *LCIA Arbitration Rules, Article 16 [Seat(s) of Arbitration and Place(s) of Hearing]*, en Loukas A. Mistelis (ed), *Concise International Arbitration*, 2da edición, Kluwer Law International, 2015, pp. 517-519, p. 518.

22 Renata Brazil-David, “Harmonization and Delocalization of International Commercial Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2011, Vol. 28 N° 5, pp. 445-466, p. 455: “French courts have been known for their traditionally liberal, or laissez faire, approach towards arbitration, and there are a couple of cases in which the Paris Court of Appeal agreed to “detach” the arbitral proceedings from French law.”

23 Charles Jarrosson, “Les principales tendances du nouveau droit français de l’arbitrage international, Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones”, Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN); IproLex 2011, Volume 4 Issue 3, pp. 812-821, p. 817.

El D.L. N° 1071 sigue a grandes rasgos el esquema de la LMA. Así, en ella subyace también la restricción para elegir una *lex arbitri* extranjera. De esta manera, surge la interrogante acerca de si las Cortes peruanas estarían en condiciones de observar el pacto a favor de la *lex arbitri* francesa o si derechamente tenderían a pasarlo por alto.

En sintonía con la tradición francesa, el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, no establece ningún vínculo automático entre la sede del arbitraje<sup>24</sup> y las normas procesales aplicables. Más bien, el artículo 19 del Reglamento del año 2012 titulado “Normas aplicables al procedimiento”, permite determinar la *lex arbitri* en forma directa, sin vincularla a la sede:

“El procedimiento ante el tribunal arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el tribunal arbitral determinen ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje.”

La disposición continúa con la tendencia que venía de las versiones anteriores del Reglamento y que tuvo tremenda importancia para fortalecer la autonomía del arbitraje internacional:

“En el pasado ocurría comúnmente que los árbitros miraban el derecho del lugar del arbitraje para encontrar respuestas a preguntas procesales que podían surgir durante el arbitraje. De hecho, previo al año 1975, el Reglamento establecía que cuando las partes no habían elegido el “derecho procesal”, el árbitro tenía que recurrir al “derecho del país donde el árbitro llevaba a cabo el procedimiento”. Sin embargo, en 1975, lo que fue descrito como una “innovación revolucionaria”, las Reglas fueron revisadas para separar, dentro de lo posible, el arbitraje del derecho procesal local. Así, bajo el artículo 11 de las Reglas aprobadas ese año, los árbitros estaban autorizados para decidir los asuntos procesales a su discreción, sin referencia a un derecho nacional o un conjunto de normas procesales.”<sup>25</sup>

La finalidad de la norma era liberar al arbitraje de la camisa de fuerza de las leyes procesales creadas para los procesos nacionales o domésticos. Con la creciente armonización del marco regulatorio aplicable al arbitraje, la relevancia

---

24 Artículo 18 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje: “1) La sede del arbitraje será fijada por la Corte a menos que las partes la hayan convenido. 2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral, previa consulta con aquéllas, podrá celebrar audiencias y reuniones en cualquier lugar que considere apropiado. 3) El tribunal arbitral podrá deliberar en cualquier lugar que considere apropiado.”

25 Eric A. Schwartz y Yves Derains, “The Arbitral Proceedings (Articles 13-23)”, *Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2da edición, Kluwer Law International, 2005, pp. 209-302, p. 223.



práctica de la separación de la ley local puede considerarse disminuida.<sup>26</sup> Sin embargo, el artículo 19 sigue siendo un testimonio de que no existe un vínculo automático e inamovible entre la *lex arbitri* y la sede.

Dicha separación parece ser eficiente en la medida que se sigue el esquema del derecho francés, esto es, que los tribunales encargados de apoyar el arbitraje son, sin importar dónde se encuentra la sede, aquellos que apliquen la *lex arbitri* como su *lex fori*. De lo contrario, la pesada carga de tener que probarle al tribunal de la sede la *lex arbitri* extranjera hará necesario recurrir a la ficción de que la *lex arbitri* extranjera es la misma que la de la sede.<sup>27</sup>

### 3. Sede v. Lugar / Seat v. Place

En la práctica surgen diversas situaciones en las cuales los acuerdos de las partes respecto de la sede, la *lex arbitri* o de los tribunales competentes, resultan a lo menos ambiguos.

Así, en el caso *Braes of Doune Wind Farm (Scotland) Ltd v. Alfred McAlpine Business Services Ltd.*, las partes sometieron el arbitraje a las leyes de Inglaterra y Gales y otorgaron la jurisdicción a los tribunales de Inglaterra y Gales; y, al mismo tiempo, establecieron que la sede del arbitraje era Glasgow, Escocia:<sup>28</sup> “*This arbitration agreement is subject to English Law and the seat of the arbitration shall be Glasgow, Scotland. Any such reference to arbitration shall be deemed to be a reference to arbitration within the meaning of the Arbitration Act 1996 or any statutory reenactment.*”

El tribunal inglés resolvió que al referirse a Glasgow, las partes no tuvieron en mente la sede jurídica del arbitraje. Más bien eligieron Glasgow como lugar para llevar a cabo las audiencias arbitrales. En cambio, asignaron a los tribunales ingleses la competencia para realizar la asistencia y la supervisión judicial, con

26 Richard H. Kreindler y Mariel Dimsey, Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, The Applicable Law and Procedural Issues: Conceptions, Preconceptions and Misconceptions in Christian Klau-segger, Peter Klein, et al. (eds.), *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2015, pp. 149-168, p. 150: “Generally speaking, many *leges arbitri* are predominantly permissive rather than mandatory, providing for derogation on the basis of party agreement from many of the ‘rules’ which they prescribe.”

27 Ver Queen’s Bench Division High Court, *Enercon GmbH, Wobben Properties GmbH c. Enercon (India) Limited*, [2012] EWHC 689 (Comm), 23 de marzo de 2012, pár. 51: “I am also prepared to assume again in favour of the claimants that the Writ Petitions are not, in truth, to be treated as appeals; that, even if that is wrong, as a matter of English law the fact that such judgment and order are being appealed is irrelevant; and that the position as a matter of Indian law is the same regardless of the two Indian authorities relied upon by Mr Edey QC as cited above.”

28 Queen’s Bench Division, Technology and Construction Court, *Braes of Doune Wind Farm (Scotland) Ltd v. Alfred McAlpine Business Services Ltd*, 13 de marzo de 2008, [2008] EWHC 426 (TCC).

lo cual el domicilio jurídico del arbitraje se encontraba dentro de la jurisdicción inglesa. En palabras del Justice Akenhead:

“The parties’ express agreement that the “seat” of arbitration was to be Glasgow, Scotland must relate to the place in which the parties agreed that the hearings should take place. However, by all the other references the parties were agreeing that the curial law or law which governed the arbitral proceedings was that of England and Wales. Although authorities establish that, prima facie and in the absence of agreement otherwise, the selection of a place or seat for an arbitration will determine what the curial law or “lex fori” or “lex arbitri” will be, I consider that, where in substance the parties agree that the laws of one country will govern and control a given arbitration, the place where the arbitration is to be heard will not dictate what the governing or controlling law will be.”<sup>29</sup>

Otro caso que suscitó la discusión sobre el alcance de la expresión *lugar o sede* del arbitraje, dio lugar a pronunciamientos de tribunales ordinarios tanto ingleses como de la India.<sup>30</sup> En la cláusula arbitral se señalaba: “*The venue of the arbitration proceedings shall be London. [...] The provisions of the Indian Arbitration and Conciliation Act, 1996 shall apply.*”

Justice Eder resolvió que les correspondía a los tribunales de la India determinar cuál era la sede del arbitraje. Su principal motivo fue el hecho de que los demandantes previamente habían actuado ante los tribunales de ese país, prorrogando competencia a favor de sus tribunales.<sup>31</sup>

Sin embargo, a modo de *obiter dictum*, el magistrado concluyó que la intención original de las partes había sido la de fijar la sede del arbitraje en Inglaterra.<sup>32</sup> Dentro de los argumentos importantes que apoyaban dicha conclusión estaba el tenor literal de la cláusula a través del cual se anclaba en Londres el proceso

29 Queen’s Bench Division, Technology and Construction Court, *Braes of Doune Wind Farm (Scotland) Ltd v. Alfred McAlpine Business Services Ltd*, 13 de marzo de 2008, [2008] EWHC 426 (TCC), p. 17.e). Ver también: Queen’s Bench Division, Shagang South-Asia (Hong Kong) *Trading Co. Ltd v. Daewoo Logistics Defendant*, [2015] EWHC 194 (Comm), 05 de febrero de 2015, par. 53, p. 14: [I]t is necessary to bear in mind a number of separate concepts, all distinct (albeit related in many cases for practical purposes): (1) The venue/place of the arbitration, i.e. the geographical location where the arbitration hearings are to be held.(2) The ‘seat’ of the arbitration, i.e. the country which is intended to provide the curial law.”

30 Queen’s Bench Division High Court, *Enercon GmbH, Wobben Properties GmbH v. Enercon (India) Limited*, [2012] EWHC 689 (Comm), 23 de marzo de 2012.

31 Ibid, p. 48: “On the contrary, they engaged fully (albeit perhaps reluctantly) in the Indian proceedings before the Daman court. When they lost at first instance before Judge Shinde, they appealed to the DCC with the result indicated above. That is the choice they made. Having made that choice and now some years down the line, it seems to me that the English court should at least be extremely cautious to intervene at this stage and, in Mr Edey QC’s words, to ‘wrest’ back the proceedings to England.”

32 Ibid, p. 62: “the word ‘venue’ is, of course, not necessarily synonymous with ‘seat’, it seems to me that in the context of this particular clause, the parties’ agreement that the venue shall be London is and can properly only be a reference to London as the ‘seat’”.

arbitral y no tan solo las audiencias dentro del mismo. No se hablaba aquí de Londres donde el arbitraje tendría lugar (“*taking place*”). Más bien el lugar del arbitraje iba a ser la capital británica (“*shall be*” London).<sup>33</sup>

En un proceso paralelo, la Corte Suprema de la India negó que de la cláusula en análisis podía extrapolarse que el domicilio jurídico del arbitraje era Gran Bretaña. Para llegar a esa conclusión, la Corte aplicó la *ratio* del caso *Braes of Doune Wind Farm*, señalando:<sup>34</sup>

“In the present case, even though the venue of arbitration proceedings has been fixed in London, it cannot be presumed that the parties have intended the seat to be also in London. In an International Commercial Arbitration, venue can often be different from the seat of arbitration. In such circumstances, the hearing of the arbitration will be conducted at the venue fixed by the parties, but this would not bring about a change in the seat of the arbitration. This is precisely the ratio in *Braes of Doune*. Therefore, in the present case, the seat would remain in India.”

En un caso desarrollado tanto en Uruguay como en Argentina, se presentó una problemática muy parecida a la del caso anterior. La cláusula arbitral en el Acuerdo Marco para la celebración de un Contrato de Compraventa de Gas Natural establecía un arbitraje bajo las Reglas de Arbitraje de la CCI y en particular señalaba:

“El lugar del arbitraje será Montevideo –República Oriental del Uruguay– o cualquier otro lugar que las PARTES y los PARTICIPANTES involucrados acuerden. [...] El laudo arbitral deberá ser emitido por escrito y será definitivo, vinculante para las PARTES y los PARTICIPANTES involucrados, e irrecurrible, salvo los recursos de aclaratoria y/o nulidad previstos en el Artículo 760 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la República Argentina (Apelaciones Especiales).”

Finalmente se suscitó la discusión si los tribunales competentes para revisar el laudo eran los tribunales de Uruguay, como país sede del arbitraje, o los tribunales de Argentina, dado que habían sido mencionados expresamente.

En el fallo *YPF S.A. v. AES Uruguaiana Empreendimentos S.A. y Otros*, el Tribunal de Apelaciones de Montevideo resolvió que poseía “en forma indubitable” competencia jurisdiccional para conocer del recurso de nulidad. En particular señaló que las partes:<sup>35</sup>

33 Ibid, pár. 63.

34 Supreme Court of India, *Enercon (India) Ltd. and Ors v. Enercon GmbH and Anr.*, 14 de febrero de 2014, pár. 125.

35 Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2do Turno, *AES Uruguaiana Empreendimentos S.A. y Otro C/ YPF S.A. y otro*, 20 de agosto de 2014, p 18.

“dentro del ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden acordar que la resolución de todas las controversias o ciertas controversias que pudieran surgir entre ellas se someterían a Arbitraje, la ley que se aplicará y la Sede en que se realizaría el mismo, pero no pueden en virtud de la misma determinar la competencia de los Tribunales de otro Estado diferente a la Sede para entender en el recurso de nulidad, porque carecen de dicha facultad.”

Adicionalmente, el Tribunal invocó el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur, cuyo art. 22.1 señala que un laudo arbitral solo podrá impugnarse ante la autoridad judicial del país sede del arbitraje. Por las razones señaladas, la sumisión a los tribunales argentinos para la revisión del laudo arbitral fue declarada “sin efecto alguno”.<sup>36</sup>

Los tribunales ordinarios argentinos, asimismo, confirmaron su jurisdicción internacional para revisar el laudo bajo el artículo 760 del Código de Procedimiento (CP) y declararon la nulidad del laudo arbitral. Con fecha 7 de octubre de 2014, la Cámara Contencioso Administrativo Federal señaló:<sup>37</sup>

“es un principio reconocido de derecho internacional que los procedimientos arbitrales se regulan por la denominada *lex fori*, que importa que los únicos órganos judiciales que tienen competencia exclusiva y excluyente para examinar un laudo –ya fuere a través de un recurso de apelación o de nulidad, como ocurre en autos– son aquéllos correspondientes al asiento del Tribunal Arbitral: en el caso, los de la República Oriental del Uruguay, por haber sido la ciudad de Montevideo la sede designada por las partes para el arbitraje de marras.”<sup>38</sup>

Sin perjuicio de la conclusión anterior, la Corte recalcó:

“Quedó establecido como principio general, que los órganos jurisdiccionales correspondientes al país sede del arbitraje eran los naturalmente competentes para entender en los recursos de revisión, apelación y/o nulidad que pudieran deducir las partes”, teniendo en consideración el carácter “flexible” del procedimiento arbitral, una solución distinta es posible. [...] El fenómeno en cuestión, conocido como “deslocalización”, importa restar trascendencia a la “sede” del tribunal arbitral. “Es éste el nuevo sentido de la historia, el que acompaña la mundialización. El arbitraje se encuentra el día de hoy completamente desligado de cualquier referencia a la competencia jurisdiccional de un orden jurídico nacional”. Y ello, en razón de que el arbitraje internacional no tiene fuero.”<sup>39</sup>

36 Ibid., p. 19.

37 Cámara Contencioso Administrativo Federal, Exp. N° 41.255/2013/1/RH1 y 41.255/2013/CA1, 7 de octubre de 2014.

38 Ibid., Considerando 25.

39 Ibid., Considerando 27.

En virtud de las consideraciones anteriores, la Corte concluyó:

“Que, aun admitiendo la vigencia del principio general a que se ha hecho referencia, que asigna competencia para conocer en un recurso de nulidad a los tribunales del país sede del arbitraje, no puede desconocerse que en el caso las partes establecieron de manera expresa una solución distinta en los convenios que voluntariamente celebraron.”<sup>40</sup>

Sobre estos argumentos, la Corte confirmó la jurisdicción internacional de los tribunales argentinos.<sup>41</sup>

La interpretación de la Corte del concepto de la “deslocalización del arbitraje” parece más bien sesgada: se usa para retirar la supervisión judicial de un país y radicarla en otro. Más que deslocalizar el arbitraje, eso tiene el efecto de relocalizarlo. Sin embargo, en el fondo parece difícil discrepar de la Corte. Efectivamente fueron las mismas partes las que han querido separar la función específica de la supervisión judicial de la sede y entregaron la jurisdicción para pronunciarse sobre el recurso de la nulidad a tribunales ordinarios de otro país.

Considerando que la función más importante de la sede consiste en crear el marco necesario para la supervisión judicial y dado que las partes la asignaron a los tribunales argentinos, el caso se transforma en un símil del fallo inglés *Braes of Doune Wind Farm*. Así, Argentina se transformó en sede arbitral, mientras que Montevideo pudo haber cumplido el rol del lugar del arbitraje.

## 4. Conclusiones

Las conclusiones que se desprenden del análisis anterior tienen un alcance sumamente práctico. Al pactar el arbitraje, las partes deberían:

- i) Tener conciencia de la terminología. No existe un uso uniforme de las expresiones “lugar” o “sede” del arbitraje. Muchas veces se conciben como sinónimos, sin embargo, pueden tener acepciones diferentes.

40 Ibid., Considerando 28.

41 En la decisión de 22 de diciembre de 2015, la Corte determinó que el razonamiento del tribunal arbitral fue tan solo aparente. Ello infringiría el artículo 25.2 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, el que exige que el laudo exprese sus motivos. En la opinión de la Corte, el laudo carecería de uno sus “requisitos indispensables”, por lo que fue anulado bajo por “defectos procedimientos esenciales” acorde a lo establecido en el artículo 760 del CPC. En el marco del recurso federal extraordinario presentado por TGM, la Corte recalcó que las partes habían acordado expresamente la jurisdicción de los tribunales argentinos bajo el artículo 760 del CPC. Incluso reiteraron este acuerdo en los términos de referencia, sin reserva alguna.

- ii) Para acordar el domicilio jurídico del arbitraje, se recomienda referirse a la “sede”.
- iii) Si se desea trasladar el lugar del arbitraje a una jurisdicción distinta, es preferible referirse al “lugar donde se realizarán las audiencias”. La separación entre la sede y el lugar del arbitraje permite aprovechar las ventajas de un régimen jurídico pro-arbitraje de un determinado país, junto con optar por una solución más eficiente y/o económica para la realización de las audiencias.
- iv) La elección de la sede del arbitraje, en gran medida responde a la confianza que a las partes les merezca justicia ordinaria del país elegido. Si se busca asignar la jurisdicción a determinados tribunales, es recomendable fijar la sede en ese país. Salvo que se quiera encomendar la supervisión judicial a los tribunales franceses, los que, por el mandato expreso del legislador, pueden intervenir en arbitrajes realizados en otras sedes.
- v) La separación entre la sede y la *lex arbitri*, es admisible para ser acordada en las jurisdicciones que no siguen la LMA. Sin embargo, puede provocar a un verdadero conflicto de leyes y de foros competentes, abriendo puertas a tácticas dilatorias, por lo que debería evitarse.

En síntesis, a través de la distinción entre la “sede” y el “lugar” del arbitraje, junto con la posibilidad de elegir la *lex arbitri*, las partes de un acuerdo arbitral pueden maximizar los beneficios que les ofrezca el principio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, una redacción confusa o poco precisa, obligará a las partes a “judicializar” el arbitraje, entorpeciendo su eficacia. Por este motivo, es menester que las partes puedan mantener la claridad conceptual para acordar soluciones eficientes.