

EL LUGAR DE ARBITRAJE Y LA “DESLOCALIZACIÓN” DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL* *PLACE OF ARBITRATION AND “DE-LOCALIZATION” OF INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION*

Guillermo PALAO MORENO**

RESUMEN: Este artículo analiza la problemática relativa a la concreción del lugar de arbitraje en el actual contexto comercial y tecnológico, altamente globalizado, haciendo referencia a los desarrollos legales que se han llevado a cabo en esta materia en España y en América Latina. De este modo, en el mismo se analizan, por un lado, fenómenos como los “arbitrajes en línea” (vinculados a la aparición de sistemas de resolución de conflictos en línea —ODR—) o los “arbitrajes itinerantes”; así como, por otro lado, se destaca la tendencia hacia la “deslocalización” del arbitraje comercial internacional, tiéndolo de un marcado carácter “anacional”, en donde la concreción de la sede es empleada simplemente para elegir una normativa arbitral adecuada o para atender a las conveniencias del propio procedimiento arbitral, o las de los árbitros.

ABSTRACT: *This article analyzes the relevant issues concerning the localization of the place of arbitration in the current highly globalized trade and technology, referring to the legal developments that have taken place in this field in Spain and Latin America. Thus, on the one hand, phenomena like “online arbitration” (linked to the use of Online Dispute Resolution —ODR— systems) or “mobile arbitration” are analyzed. And, on the other hand, the trend towards “de-localization” of international commercial arbitration is underlined; turning it into a “non-national” arbitration, in which the determination of the seat is used simply to choose appropriate arbitration rules or even to meet the convenience either of the arbitral process or of the arbitrators.*

Palabras clave: arbitraje comercial internacional, lugar del arbitraje.

Keywords: *international commercial arbitration, place of arbitration.*

* Artículo recibido el 23 de agosto de 2010 y aceptado para su publicación el 27 de octubre de 2010. Artículo elaborado en el marco del Proyecto de Investigación MEC/SEJ2007-64594, “Hacia una cultura de las ADRs: De la mediación al arbitraje”, y del proyecto de la Generalitat Valenciana PROMETEO/2010/095 para grupos de investigación de excelencia sobre “Mediación y arbitraje: piezas esenciales en el modelo de justicia del siglo XXI”.

** Catedrático de derecho internacional privado en la Universidad de Valencia; miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, guillermo.palao@uv.es.

SUMARIO: I. *Globalización y competencia por el lugar de arbitraje.* II. *¿Qué se ha de entender por lugar de arbitraje?* III. *Importancia del lugar de arbitraje.* IV. *“Deslocalización” del arbitraje y lugar de arbitraje como “ficción legal”.* V. *Determinación del lugar de arbitraje. Elementos a tener en cuenta.* VI. *La determinación del lugar del arbitraje por las partes.* VII. *La determinación del lugar de arbitraje por los árbitros.* VIII. *Valoración.*

I. GLOBALIZACIÓN Y COMPETENCIA POR EL LUGAR DE ARBITRAJE

1. En el momento actual, donde son ampliamente conocidos los fenómenos de la globalización de las transacciones comerciales y la mejora de los medios de transporte y de comunicación (qué decir de la irrupción de Internet), tiene lugar un destacable hecho que debe ser subrayado: la creciente competencia entre los Estados para convertirse en sede de arbitrajes comerciales internacionales. Y es que, no lo olvidemos, en el contexto presente, la determinación del lugar donde se va a desarrollar el arbitraje comercial internacional se ha convertido en un elemento con una importancia capital, que cuenta con numerosas repercusiones tanto legales, como económicas e incluso con trascendencia política.

Esta creciente competitividad constituye una circunstancia que, sin duda alguna, ha de ser tomada en consideración por el legislador estatal a la hora de elaborar su Ley de Arbitraje. Y ello, ya que la respuesta que otorgue a esta cuestión (y otras relacionadas con ella) posee una especial importancia en su sistema arbitral y, en resumidas cuentas, en la pretensión de convertir dicho país en un lugar atractivo para el arbitraje (y de manera especial, para el Arbitraje Comercial Internacional). Un elemento que ha traído consigo, en muchos casos, una decidida voluntad de modernización de su sistema para adaptarlo a la realidad arbitral internacional.

En la mayoría de ocasiones, esta positiva actitud ha implicado que los legisladores estatales habitualmente tomen como referente el texto que cuenta con una mayor aceptación desde una perspectiva comparada: la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil

Internacional (en adelante, CNUDMI), de 1985.¹ Y ello, con el objetivo de otorgar un peso decisivo al principio de autonomía en la determinación del lugar del arbitraje, como la idea de que su concreción no suponga una excesiva rigidez para el desarrollo del procedimiento arbitral, con el fin de no encorsetar la actuación de los árbitros.

2. En este sentido, en el presente trabajo pretendemos aproximarnos a la problemática e importancia relativa a la concreción del lugar de arbitraje en este medio altamente globalizado, y cómo el nuevo contexto comercial y tecnológico inciden en esta cuestión. Para lo cual partiremos, en el presente estudio, del análisis de lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley Modelo de 1985. No obstante, debido a la mencionada tendencia competitiva para convertirse en sedes arbitrales —también presente, con especial fuerza, en América Latina y en España—,² se hará referencia igualmente a los desarrollos que se han hecho de esta materia en España, así como en determinados países de América Latina, tanto adoptando la Ley Modelo en sus ordenamientos internos,³ como en los propios resultados alcanzados en la codificación internacional desarrollada en el continente americano.⁴

¹ El texto de la Ley Modelo se encuentra disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html.

² Al respecto, Fernández Rozas, J. C., “Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral”, *Lima Arbitration*, núm. 2, 2007, pp. 25-62 y 45-48.

³ En la actualidad, se han promulgado leyes basadas en la Ley Modelo de 1985 en los siguientes Estados latinoamericanos: Chile (2004), Guatemala (1995), México (2004), Nicaragua (2005), Paraguay (2002), Perú (2008) y Venezuela (1998). Igualmente, la Ley de Arbitraje española vigente (2003) se encuentra claramente inspirada en este texto. Aun cuando no tenga tal carácter, igualmente se encuentra fuertemente inspirado en ella, el Acuerdo Mercosur sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1998 (Mercosur/CMC/DEC. núm. 3/98) —nos referiremos únicamente al mismo, al coincidir con el Acuerdo de ese mismo año, entre esta organización Bolivia y Chile—.

⁴ Véase Fernández Rozas, J. C., *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*, Madrid, Iustel, 2008, pp. 147-158; Palao Moreno, G., “Nuevas perspectivas en materia de arbitraje comercial internacional en América Latina”, en Barona Vilar, S. (dir.), *Arbitraje y justicia en el siglo XXI*, Madrid, Civitas, 2007, pp. 212-235 y 220-224. En lengua inglesa destacan Blackaby *et al.*, *International Arbitration in Latin America*, La Haya-Londres-Nueva York, Kluwer Law International, 2002, p. 3, y Kleinheisterkamp, J., *International Commercial Arbitration in Latin America (Regulation and Practice in the Mercosur*

Todo ello, en vistas a comprobar el grado de fidelidad con la que ha sido recibida la solución recogida en la Ley Modelo de 1985, con el objetivo de flexibilizar la respuesta a esta cuestión medular, así como adaptarlo al nuevo contexto comercial y tecnológico global. En definitiva, con el fin de acreditar cómo se han enfrentado los países al reto de la competencia existente, para convertirse en sedes de arbitraje comercial internacional.

A este respecto y a modo de ejemplo, la materia objeto de análisis se encuentra regulada, por lo que hace a las distintas normativas estatales relativas a la institución arbitral, en el artículo 42 de la Ley núm. 1770, de 10 de marzo de 1997, de Arbitraje y Conciliación de Bolivia; el artículo 10.IV de la Ley núm. 9037, de 23 de septiembre de 1996, sobre Arbitraje de Brasil; el artículo 20 de la Ley 1997/2004 sobre Arbitraje de Chile; los artículos 132 y 197 del Decreto 1818 de 1998, por medio del cual se Expide el Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos de Colombia; el artículo 40 de la Ley núm. 7727, Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social de Costa Rica; los artículos 35 y 42 de la Ley RO/145 de 1997 de Ecuador; el artículo 52 del Decreto 914 de 2002, Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador; el artículo 25 del Decreto núm. 67-95, Ley de Arbitraje de Guatemala; el artículo 61 de la Ley de Conciliación y Arbitraje, Decreto núm. 161/2000 de Honduras; el artículo 46 de la Ley núm. 540 de 2005, Ley de Mediación y Arbitraje de Nicaragua; el artículo 20 del Decreto-Ley núm. 5, de 8 de julio de 1999, por el cual se Establece el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación de Panamá; el artículo 23 de la Ley 1879 de 2002, de Medios de Resolución de Conflictos de Paraguay; el artículo 35.1 de la Ley de Arbitraje de 2008 (Decreto Legislativo núm. 1071) de Perú, y el artículo 9o. de la Ley de 1998, de Arbitraje Comercial de Venezuela. Por lo que hace al sistema español, esta cuestión se ventila en el artículo 26 de la Ley 60/2003 de Arbitraje.

II. ¿QUÉ SE HA DE ENTENDER POR LUGAR DE ARBITRAJE?

3. Como punto de partida cabe señalar que, por lugar del arbitraje hay que entender el sitio donde se va a desarrollar el mismo, o lo que es lo mismo, el emplazamiento concreto donde se llevará a cabo el procedimiento arbitral.⁵ No obstante, igualmente se debe subrayar que este lugar también incluirá el sitio donde con posterioridad se dictará el laudo (un extremo que posee una singular importancia, como se destacará posteriormente);⁶ pudiendo incluso llegar a presumirse que el mismo fue emitido en dicho lugar, si previamente no se hubiera acordado nada al respecto.⁷ Algo que no impediría, empero, que el laudo pueda ser firmado en cualquier otro emplazamiento distinto.⁸ Junto a ello, habrá que tener presente que dicho lugar habrá de referirse no sólo a la localidad en que se desarrolle el arbitraje y donde más tarde se vaya a emitir el laudo, sino también al emplazamiento específico (como sería, a modo de ejemplo, el caso de un determinado domicilio) donde éste se ubicará.⁹

Sin embargo, ello no implica que todas las actuaciones arbitrales deban desarrollarse precisamente en el lugar de arbitraje; resultando que, de hecho, es muy habitual en la práctica que algunas de estas actuaciones se desarrollen en otros sitios. Tal y como puede suceder,

⁵ Holtzmann, H. y Neuhaus, J. E., *A Guide to the Uncitral Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, La Haya, Kluwer, 1989, p. 596; Ángel Yagüez, R. de, "Artículo 24", en Bercovitz Rodríguez-Cano, R. de (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Tecnos, 1991, pp. 411-422 y 413; Mascarell Navarro, M. J., "Artículo 24", en Montero Aroca, J. (dir.), *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 134-138.

⁶ Bernardini, P., *L'arbitrato commerciale internazionale*, Milán, Giuffrè, 2000, p. 131; Fernández Rozas, J. C., "Determinación del lugar de arbitraje...", *cit.*, p. 26; Redfern, A. *et al.*, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 2a. ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1991 pp. 304 y 305; Verbist, H., "The Practice of the ICC International Court of Arbitration With Regard to fixing of the Place of Arbitration", *Arb. Int.*, 1996, pp. 347-357.

⁷ De Boissésou, M., *Le droit français de l'arbitrage. Interne et international*, París, GLN, 1990, p. 723. Con respecto al arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), Fumagalli, L., "La sede dell'arbitrato nel Regolamento ICC", *Riv. Arb.*, 2001, pp. 619-642.

⁸ Holtzmann, H. y Neuhaus, J. E., *op. cit.*, p. 596.

⁹ Igualmente, Ángel Yagüez, R. de, *op. cit.*, p. 418.

a modo de ejemplo, con algunas audiencias, la práctica de determinadas pruebas o el desarrollo de las deliberaciones por parte de los árbitros. Algo que se ve facilitado por la mejora de las comunicaciones y de los transportes. En este sentido, se puede hablar tanto del lugar como de los “lugares” de arbitraje (aunque en este último caso en sentido impropio), en atención a si todas las actuaciones del procedimiento arbitral se efectúan en un mismo sitio o tienen lugar en emplazamientos distintos.

4. En otro orden de ideas, y por lo que hace a las diferencias existentes entre las nociones de “lugar” y de “sede” de arbitraje, se puede decir que, por un lado, el término “lugar” de arbitraje es un concepto utilizado comúnmente en los textos internacionales y que posee un marcado carácter fáctico. Y ello, a diferencia de la palabra “sede” de arbitraje, al poseer este último una clara connotación jurídica. En cualquier caso, se trata de una distinción que no ha de ser sobredimensionada, pudiendo llegarse a entender que en la práctica arbitral se utilizan ambos como términos prácticamente equiparables.¹⁰

III. IMPORTANCIA DEL LUGAR DE ARBITRAJE

5. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, el lugar de arbitraje desempeña una importante función en el desarrollo del procedimiento arbitral. De ahí la gran importancia de su determinación y, consecuentemente, el cuidado con que debe realizarse esta operación.¹¹ En esta misma línea, y como acertadamente se ha señalado por los autores con respecto a la Ley Modelo CNUDMI de 1985, la motivación jurídica que subyace a la posibilidad de elegir un determinado lugar de arbitraje no reside tanto en este concreto precepto (el artículo 20 de la Ley Modelo), como en otros artículos de la propia normativa relativa al arbitraje.¹²

¹⁰ Fumagalli, L., *op. cit.*, pp. 612-622.

¹¹ Derains, Y. y Schwartz, E. A., *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*, La Haya, Kluwer, 1998, p. 200; Huleatt-James, M. y Gould, N., *International Commercial Arbitration. A Handbook*, 2a. ed., Londres, LLP, 1999, p. 33.

¹² Holtzmann, H. y Neuhaus, J. E., *op. cit.*, p. 592.

1. *Concreción del ámbito de aplicación de la normativa arbitral y diferenciación entre los arbitrajes “internos”, “extranjeros” e internacionales”*

6. En primer término, no cabe duda de que el lugar del arbitraje constituye un decisivo elemento que permite delimitar el ámbito de aplicación territorial de la Ley de Arbitraje¹³ y, por lo tanto, atribuir un carácter “nacional” (ya sea este arbitraje, o bien interno, o bien internacional) o “extranjero” al arbitraje llevado a cabo en un determinado país.¹⁴ Una distinción que, entre otros, afectará a extremos como la propia aplicación de la Ley de Arbitraje de un determinado país en la fase arbitral y que, en línea de principio, también tendría consecuencias en la puesta en funcionamiento o no, ya en la fase postarbitral, del régimen de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.¹⁵

En este sentido y a modo de ejemplo —al tratarse de igual modo en todos los ordenamientos inspirados en la Ley Modelo—, por un lado, el tenor del artículo 1.1 de la Ley española de 2003 (siguiendo el ejemplo del artículo 1.2 de la Ley Modelo) dispone claramente que: “La presente Ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional”.¹⁶ Junto a ello, por otro lado, el criterio territorial también es el

¹³ Gómez Jene, M., “Primeras reflexiones en torno al Proyecto de Ley de Arbitraje”, *La Ley*, núm. 5874, 2003, pp. 1-5 y 2; Holtzmann, H. y Neuhaus, J. E., *op. cit.*, p. 593; Fumagalli, L., *op. cit.*, pp. 635 y 636.

¹⁴ Fernández Rozas, J. C., “Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international”, *R. des C.* 2001 (290), pp. 9-224 y 47; Bernardini, P., *op. cit.*, p. 131; Fumagalli, L., *op. cit.*, p. 623. Sin embargo, Cecchella, C., “La ‘sede’ dell’arbitrato”, *Riv. Arb.*, 2001, pp. 189-204 y 199-204.

¹⁵ Holtzmann, H. y Neuhaus, J. E., *op. cit.*, p. 593; Bernardini, P., *op. cit.*, pp. 131 y 132; David, R., *L’arbitrage dans le commerce international*, París, Economica, 1982, p. 390; Coe, J. J., *International Commercial Arbitration*, Nueva York, Transnational Publishers, 1997, p. 53. Con respecto a la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985, Esplugues Mota, C. y McNermy, M., “Aproximación a la nueva Ley Modelo de Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional”, *RCEA*, 1986, pp. 11-28 y 20.

¹⁶ Como se consigna en su numeral 2o., determinados preceptos de la Ley (artículos 8.3, 4o. y 6o., artículo 9o. —a excepción del apartado 2—, artículos 11 y 23, así como sus títulos VIII y IX) se aplicarán también en aquellas situaciones en las que el lugar del arbitraje se encuentre fuera de nuestro país. Véase Esplugues Mota, C.,

empleado por el legislador español cuando se enfrenta al régimen de exequátur, al establecerse en su artículo 46.1 que “se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español”.¹⁷

7. Junto a ello y en segundo término, el lugar de arbitraje igualmente permite distinguir entre aquellos arbitrajes que, desarrollados en un país, tengan un carácter “interno”, de aquellos otros que puedan ser caracterizados como “internacionales”.¹⁸

Así, por lo que se refiere a esta segunda categoría (los arbitrajes “internacionales”) y a tenor de lo previsto en el artículo 3.1 a) de la Ley de Arbitraje 60/2003 español (siguiendo el ejemplo del artículo 1.3 de la Ley Modelo y, por lo tanto, con similar resultados en los distintos ordenamientos que se han inspirado en la misma), se entiende que tendrá una naturaleza internacional aquel arbitraje, entre otros factores, cuyo lugar “determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste... esté situado fuera del Estado en que las partes tengan su domicilio”. Esto es, conforme a esta previsión, será “internacional” el arbitraje cuya sede se localice en dicho país, siempre y cuando las partes se encuentren establecidas en países distintos.¹⁹

2. Lugar de arbitraje y procedimiento arbitral

8. La sede del arbitraje cumple igualmente una importante función procesal, al permitir determinar el “juez de apoyo”. En otras palabras,

“Artículo 1”, en Barona Vilar, S. (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Civitas, 2004, pp. 75-98.

¹⁷ Junto a ello, la contraposición entre el laudo “nacional” y aquel que pudiera ser estimado como “extranjero”, deja de lado aquellos que pudieran considerarse como “anacionales”. Una categoría consagrada en el artículo I.1 *in fine* del Convenio de Nueva York de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (*BOE*, núm. 164, 11 de julio de 1977). Véase Esplugues Mota, C., “Artículo 46”, en Barona Vilar, S. (coord.), *Comentarios a la Ley...*, *cit.*, pp. 1575-1619.

¹⁸ Holtzmann, H. y Neuhaus, J. E., *op. cit.*, p. 593. Una categoría que, por cierto, no existía en la anterior Ley española de Arbitraje de 1988, donde tan sólo distinguía entre los arbitrajes “nacionales” y los “extranjeros”. Esplugues Mota, C., “El juez y el árbitro en el arbitraje comercial internacional”, en Fernández Rozas, J. C. (dir.), *Problemas actuales de aplicación del derecho internacional privado por los jueces españoles*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1997, pp. 13-57 y 19 y 20; *id.*, “Artículo 3”, en Barona Vilar, S. (coord.), *Comentarios a la Ley...*, *cit.*, pp. 146-170.

¹⁹ Al respecto, la sentencia núm. 161/03 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil del Segundo Turno, de 18 de junio de 2003, de Uruguay. Fernández Rozas, J. C., “Determinación del lugar de arbitraje...”, *cit.*, pp. 39 y 40.

el lugar donde se desarrolle el arbitraje será decisivo para concretar la autoridad judicial que deberá intervenir en el proceso arbitral, con el objeto de llevar a cabo determinadas actuaciones procesales que interesan y se encuentran vinculadas al procedimiento arbitral (como se prevé en el artículo 6o. de la Ley Modelo de 1985).²⁰ Por lo que, en resumidas cuentas, este elemento constituye una garantía efectiva de los derechos y de los intereses de las partes en el transcurso del procedimiento arbitral.²¹

A modo de ejemplo, mientras que el artículo 8.1 de la Ley española de Arbitraje prevé que, para el nombramiento judicial de los árbitros, será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar de arbitraje; en su apartado 2o., se contempla que esa misma autoridad será quien igualmente deba prestar asistencia judicial en la práctica de la prueba. De igual manera, el lugar donde se dicte el laudo (una noción que es plenamente equiparable a la de lugar de arbitraje, según lo previsto en el artículo 37.5 de la Ley de 2003) determinará el Juzgado de Primera Instancia, encargado tanto de la ejecución forzosa del laudo, como de la acción de anulación del laudo, tal y como se dispone en los apartados 4 y 5 de su artículo 8o.²²

9. A su vez, el lugar de arbitraje constituye uno de los elementos que necesariamente deberán constar en el laudo, tal y como contempla el artículo 31.3 de la Ley Modelo. De esta manera, aun cuando se tratara de un arbitraje desarrollado en distintos “lugares”, en el laudo deberá siempre figurar aquel considerado como principal,

²⁰ Esplugues Mota, C., “El juez...”, *cit.*, pp. 30 y ss.; Fernández Rozas, J. C., “Le rôle...”, *cit.*, p. 47; Panchaud, A., “Le siège de l’arbitrage international de droit privé”, *Rev. Arb.*, 1966, pp. 2-15 y 9; Holtzmann, H. y Neuhaus, J. E., *op. cit.*, p. 593; Lorca Navarrete, A. Ma., *Tratado de derecho de arbitraje*, San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2002, p. 321; Verdura y Tuells, E., “La elección del lugar y del idioma en el procedimiento arbitral”, *RCEA* 1995, pp. 89-102 y 100; Bernardini, P., *op. cit.*, pp. 132 y 133; David, R., *op. cit.*, pp. 390 y 391; De Boissésou, M., *op. cit.*, p. 723.

²¹ Fernández Rozas, J. C., “Le rôle...”, *cit.*, p. 47.

²² Por lo que respecta a la práctica española, la importancia procesal del lugar del arbitraje ha sido puesta de manifiesto, con total claridad, por parte de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 19 de febrero de 2003. Véase Palao Moreno, G., “Arbitraje Comercial Internacional. Laudo dictado en lugar distinto del fijado para la sede del arbitraje. Nota a la SAP de Valencia, de 19 de febrero de 2003”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2005, pp. 561 y 562.

siendo éste donde oficialmente se hubiera desarrollado el procedimiento.²³

Por consiguiente, de esta obligatoria consignación se deriva la consecuencia de que la ausencia de tal mención en el laudo podrá ser estimado como un supuesto en el que el procedimiento arbitral no se ha ajustado a la Ley de Arbitraje y, consecuentemente, ser susceptible de motivar la anulación judicial del laudo.²⁴

3. Lugar de arbitraje y *lex loci arbitri*

10. El lugar del arbitraje es un elemento que posee un significativo alcance procesal, debido a que permite determinar la ley que va a regular el procedimiento arbitral (la conocida como *lex loci arbitri*). De forma tal que, a pesar de que no hay un “foro” en materia arbitral y de que la elección de un lugar de arbitraje no concede al árbitro una función jurisdiccional en dicho sitio, esta inexistencia no implica que en el arbitraje se dé una ausencia total de referencia estatal, la cual se verá determinada por medio del lugar del arbitraje.²⁵

A este respecto, cabe señalar que la importancia que posee el lugar del arbitraje en la determinación de la ley reguladora del procedimiento arbitral se ha debatido, tradicionalmente, entre los partidarios de una concepción contractualista o autonomista de la cuestión, frente a aquellos que han defendido una aproximación más procesalista o territorialista del problema.

11. En este sentido, y sin por ello pretender agotar en esta sede la fecunda y longeva discusión doctrinal que se ha desarrollado al respecto, cabe manifestar que, por una parte, según una concepción subjetiva o autonomista estricta o pura (fundamentada, por lo tanto, en la naturaleza contractual del arbitraje), las partes serían absolutamente libres a la hora de elegir la normativa reguladora del procedi-

²³ Houtte, H. van, “Conduct of Arbitral Proceedings”, en Sarcevic, P. (ed.), *Essays on International Commercial Arbitration*, Londres, Graham & Trotman, 1989, pp. 113-128 y 116.

²⁴ Cecchella, C., *op. cit.*, p. 196.

²⁵ Fernández Rozas, J. C., “Le rôle...”, *cit.*, pp. 46 y 47. *Cf.* Lorca Navarrete, A. Ma., *op. cit.*, p. 321.

miento arbitral (incidiendo esta elección, incluso en aspectos como su “nacionalidad”).²⁶

No obstante, resulta más ajustada al actual marco legislativo la aproximación procesalista a esta cuestión —una postura presente en la propia Ley Modelo CNUDMI de 1985 y, consecuentemente, en las leyes estatales a las que ha inspirado—, que sin olvidar la importancia de la autonomía de la voluntad en la materia, atienda a una concepción más objetiva o de naturaleza territorial (basada, por tanto, en el carácter procesal de la institución arbitral); una aproximación conforme a la cual el lugar de arbitraje estará llamado a jugar un decisivo papel a la hora de determinar las normas procesales estatales que van a ordenar el procedimiento arbitral (esto es, la denominada por la doctrina *Lex facit arbitrum* o también conocida como la *Lex loci arbitri*).²⁷

12. Esta aproximación territorial o procesal no impide, sin embargo, que se le conceda un importante peso a la autonomía de la voluntad en esta materia.²⁸ De esta manera, se puede comprobar que, por un lado y aunque de forma indirecta, son las partes las que, en definitiva y por medio de la libre determinación del lugar del arbitraje, establecen libremente el vínculo jurídico que va a existir entre el

²⁶ Fragistas, Ch. N., “Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé”, *Rev. Crit. Dr. Internat. Privé*, 1960, pp. 1-20, 7 y 8, y 10 y ss.; Goldman, B., “Les conflits de lois dans l’arbitrage international de droit privé”, *R. des C.*, núm. 109, 1963, pp. 347 y ss., y 372-380; Robert, J., “De la place de la loi dans l’arbitrage”, en Sanders, P. (ed.), *International Arbitration. Liber Amicorum for Martin Domke*, La Haya, Martinus Nijhoff, 1967, pp. 226-239 y 228; Gaillard, E. y Savage, J. (eds.), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, La Haya, Kluwer, 1999, pp. 10 y 11, 48 y 49, 221, 635, 789, 868 y 869; De Boissésou, M., *op. cit.*, p. 723.

²⁷ Mann, F. A., “*Lex Facit Arbitrum*”, en Sanders, P. (ed.), *op. cit.*, pp. 157-183; Goode, R., “The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration”, *Arb. Int.*, 2001, pp. 19-39. Véase Kaufmann-Kohler, G., “Globalization of Arbitral Procedure”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, pp. 1313-1333 y 1315-1317; Panchaud, A., *op. cit.*, p. 5; Bernardini, P., *op. cit.*, p. 132; Huleatt-James, M. y Gould, N., *op. cit.*, p. 17; Redfern, A. et al., *op. cit.*, p. 71; Gómez Jene, M., “Primeras reflexiones...”, *cit.*, pp. 1-5 y 2. En contra, Álvarez González, S., “Artículo 63”, en Berco-vitz Rodríguez-Cano, R. (coord.), *op. cit.*, p. 913.

²⁸ Kaufmann-Kohler, G., “Globalization...”, *cit.*, p. 1321.

procedimiento llevado a cabo por los árbitros y la normativa arbitral de un determinado país, en tanto que ley rectora del mismo.²⁹

Por otro lado, también hay que tener presente que la elección que se realice de un determinado lugar de arbitraje, no va a eliminar totalmente la posibilidad de que las partes concreten autónomamente la regulación de su procedimiento arbitral (tal y como se deduce del tenor del artículo 19.1 de la Ley Modelo).³⁰ Pero no debe olvidarse que se trata de una posibilidad de elección material (esto es, su “incorporación”), y no conflictual, de la normativa procesal reguladora del arbitraje.³¹

13. En todo caso, la autonomía de la voluntad no juega en términos absolutos, sino que encuentra importantes limitaciones en el propio ordenamiento del lugar del arbitraje. Así cabe advertir que, por un lado, no debemos olvidar que la incidencia que puede llegar a tener la elección realizada por los contendientes de la normativa reguladora del procedimiento arbitral, así como la propia existencia de dicha posibilidad, no podrá implicar, en ningún caso, una elección de la sede del arbitraje.³²

Además, por otro lado, la elección de una normativa procedimental foránea contará, en cualquier caso, con el límite de las disposiciones y principios procesales imperativos presentes en la Ley de Arbitraje, en tanto que normativa del lugar de arbitraje.³³ A este respecto

²⁹ Kaufmann-Kohler, G., “Le lieu de l’arbitrage à l’aune de la mondialisation”, *Rev. Arb.*, 1998, pp. 517-536, 521 y 522; Bernardini, P., *op. cit.*, p. 131.

³⁰ Fernández Rozas, J. C., “Le rôle...”, *cit.*, p. 51. Pudiéndose hablar, al respecto, de la emergencia de una “*Lex Mercatoria* procesal” en materia de ordenación del procedimiento arbitral por las partes; véase Kaufmann-Kohler, G., “Globalization...”, *cit.*, pp. 1322-1333.

³¹ Gómez Jene, M., “Primeras reflexiones...”, *cit.*, p. 2.

³² Ciertos autores no entienden las razones que pueden llegar a motivar que el lugar de arbitraje y la ley rectora del procedimiento sean distintos (salvo en el caso del arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones —CIADI—). Huleatt-James, M. y Gould, N., *op. cit.*, pp. 18 y 19.

³³ Goode, R., *op. cit.*, p. 30; Coe, J. J., *op. cit.*, p. 225; Gaillard, E. y Savage, J. (eds.), *op. cit.*, p. 675. Tal y como ocurre con la Ley Modelo CNUDMI de 1985. Hascher, D., “Principes et pratique de procédure dans l’arbitrage commercial international”, *R. des C.*, núm. 279, 1999, pp. 51-194 y 74 y 81. Con respecto al arbitraje CCI, Jarvin, S., “The ICC Arbitral Process. Part V: The Place of Arbitration”, *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 1993, pp. 7-21 y 8; Verbist, H., “Le lieu de l’ar-

y a modo de ejemplo, mientras el artículo 18 de la Ley Modelo se refiere genéricamente al “trato equitativo de las partes”, en supuestos como el artículo 21.2 de la Ley brasileña de 1996 y el artículo 24 de la Ley española de 2003 se hace mención expresa de los principios de igualdad, de audiencia y de contradicción —añadiéndose a su vez, en el caso español, la confidencialidad—. ³⁴ Unos principios que, a su vez y en cualquier caso, serán siempre interpretados de conformidad a la normativa del país donde se encuentre la sede del arbitraje. ³⁵

IV. “DESLOCALIZACIÓN” DEL ARBITRAJE Y LUGAR DE ARBITRAJE COMO “FICCIÓN LEGAL”

14. La destacada importancia que, desde un punto de vista jurídico, posee la determinación del lugar del arbitraje (más aún cuando nos encontramos ante un arbitraje comercial internacional) ha conducido —aunque ello resulte paradójico a primera vista— a que en la actualidad su significado se haya visto sensiblemente disminuido. Un resultado que se ha producido por el efecto de una serie de factores de evidente alcance global, entre los que sobresalen:

Como primer factor que ha incidido directamente en la reducción del significado de la sede del arbitraje, podemos referirnos a fenómenos como el de la “deslocalización” de los arbitrajes. Un fenómeno que, frente a la tradicional concentración de los distintos elementos que componen el arbitraje y de las actuaciones del procedimiento arbitral en una única sede, atiende a su actual dispersión en diversos países. Algo que, si bien no es ni mucho menos novedoso, sin lugar a dudas se ha visto favorecido por factores como la incorporación al arbitraje de las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) en los últimos años. Algo que, en definitiva, ha conducido a que en la actualidad se hable de arbitrajes “deslocalizados”, también denominados arbitrajes “desnacionalizados” o incluso “anacionales”.

bitrage dans le processus de négociation et de rédaction d'une clause d'arbitrage”, *RDIDC*, 1993, pp. 220-242 y 236.

³⁴ Véase Barona Vilar, S., “Artículo 24”, en *id.* (coord.), *Comentarios a la Ley...*, *cit.*, pp. 883-916.

³⁵ Gómez Jene, M., “Primeras reflexiones...”, *cit.*, p. 2.

Como segundo elemento, cabe añadir la constante convergencia normativa que, desde una perspectiva mundial, se puede observar en material arbitral. En esta línea destacan, tanto el hecho de que los países tienden a ratificar (de forma mimética) los convenios internacionales más importantes en esta materia (como es, de manera destacada, la Convención de Nueva York de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras),³⁶ así como que suelen confeccionar de manera similar la normativa arbitral interna (por efecto de la referencia global que constituye la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985).³⁷

15. Pues bien, ambas circunstancias han implicado que, de alguna manera, se produzca una minimización de la trascendencia que en la actualidad posee el lugar del arbitraje, aunque sin por ello eliminar totalmente su importancia en la práctica. De esta manera, la peculiar función que despliega el lugar de arbitraje y la posibilidad que se le atribuye a las partes y árbitros para determinar éste (así como los otros “lugares” donde se desarrollen determinadas actuaciones arbitrales concretas), ha conducido a que, hoy en día y en un contexto fuertemente globalizado, pueda concebirse al lugar de arbitraje como una auténtica “ficción legal”.³⁸ En otras palabras, que su papel se vea limitado al de un mero “anclaje” jurídico del procedimiento arbitral a un determinado país, que es finalmente seleccionado por las partes o por los árbitros en función de sus intereses y su conveniencia.³⁹

Algo que determina, entre otros, que las partes o los árbitros localicen la sede del arbitraje en un determinado país en función de su marco normativo regulador del arbitraje (por motivos diversos, como

³⁶ El texto de la Convención de Nueva York de 1985 se encuentra disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html.

³⁷ Kaufmann-Kohler, G., “Globalization...”, *cit.*, pp. 1320-1322; Jarvin, S., “The ICC...”, *cit.*, p. 11; Fumagalli, L., *op. cit.*, p. 622. En la actualidad, se encuentra en vigor la mencionada Convención en los siguientes Estados de América Latina: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela.

³⁸ Kaufmann-Kohler, G., “Le lieu...”, *cit.*; Bechet, S., “Le lieu de l’arbitrage”, *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 2007, pp. 37-104 y 85.

³⁹ Destacan su carácter de vínculo jurídico, Kaufmann-Kohler, G. y Rigozzi, A., *Arbitrage international*, Zurich, Schulthess, 2006, p. 32.

serían: su neutralidad con respecto a las partes, su mayor adaptación a la realidad del arbitraje comercial internacional o por el hecho de que un determinado país forma parte de determinados textos internacionales), aun cuando las diversas actuaciones a las que da lugar el procedimiento arbitral se desarrollen en “lugares” distintos al de la sede principal del arbitraje.⁴⁰

Y ello debido a que, en tales supuestos, en la práctica actual se tiende a que, en la determinación del lugar de arbitraje, las partes atiendan a distintas motivaciones legales (conduciendo, en definitiva, una elección indirecta de la ley del arbitraje) y que, por consiguiente, este sitio pueda carecer de vínculos materiales incluso con el territorio donde efectivamente se van a llevar a cabo las actuaciones arbitrales.⁴¹

Este carácter de auténtica “ficción legal” del lugar de arbitraje se pone de manifiesto, de forma muy especial, en aquellos supuestos en los que nos encontramos ante arbitrajes totalmente “deslocalizados”; situaciones en las que la dispersión de sus elementos en distintos países hace que se discuta la oportunidad de que tales procedimientos se encuentren vinculados a un único país y, más concretamente, a la normativa arbitral de un solo Estado.⁴² Pues bien, podríamos preguntarnos si ello significa que este tipo de arbitrajes debería estar desvinculado totalmente de toda ley nacional, o que tal vez sería más oportuno dar plena validez al principio autonomista/contractualista en estos casos y desterrar para los mismos el principio de la territorialidad.

16. En un entorno altamente competitivo como el actual, en el que se reduce de modo tan espectacular la importancia que posee el lugar del arbitraje, lo más adecuado sería, en aras de dotar a la institución de la máxima seguridad jurídica (en definitiva, tornando así en más atractiva una determinada sede arbitral, frente a otras), realizar una

⁴⁰ Un fenómeno conocido como el de los “arbitrajes itinerantes”. Véase Redfern, A. *et al.*, *op. cit.*, pp. 77 y 78.

⁴¹ Kaufmann-Kohler, G., “Le lieu...”, *cit.*, p. 534. Destacando su componente jurídico, Panchaud, A., *op. cit.*, p. 9.

⁴² Cuartero Rubio, Ma. V., *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 29-32; Gonzalo Quiroga, M., *Orden público y arbitraje internacional de la globalización comercial*, Madrid, Universidad “Rey Juan Carlos”-Dykinson, 2003, p. 47.

aproximación liberal al tema y no exigir el juego de la normativa procesal local en tales casos, otorgando así un elevado grado de discrecionalidad a las partes e incluso permitirles que no se recurra a ley nacional alguna para ordenar el procedimiento arbitral; siendo únicamente en el momento del reconocimiento y ejecución del laudo cuando se podría realizar tal control.⁴³

En este sentido, se argumenta que si los juristas han otorgado tradicionalmente una gran importancia al lugar del arbitraje es porque razonan en términos de arbitraje “nacional” o arbitraje “extranjero”, lo que no es válido cuando éste también puede tener una naturaleza “internacional” (e incluso “anacional”).⁴⁴

Un ejemplo de lo que estamos señalando se refiere a los llamados arbitrajes “en línea”; casos en los que el procedimiento arbitral se lleva a cabo fuera del mundo real (y, por tanto, alejados de una sede física), mediante el empleo de las tecnologías de la información y de la comunicación (esto es, el *Online Dispute Resolution* —ODR, por sus siglas en inglés—).⁴⁵ Unos supuestos en los que, la ausencia de un “lugar” (al ser éste virtual) hace que las partes localicen su arbitraje de manera ficticia y legalmente en un país; con el fin de lograr la aplicación de la normativa de dicho Estado, para la ordenación del procedimiento arbitral.⁴⁶ Una posibilidad no únicamente vinculada a los litigios vinculados a las nuevas tecnologías (como sucede en materia de propiedad intelectual, específicamente en materia de nombres de dominio)⁴⁷ y que igualmente presenta interesantes perspectivas en re-

⁴³ Véase Artuch Iriberry, E., *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 91 y 92; Redfern, A. *et al.*, *op. cit.*, pp. 68-72. Comentando la práctica del Tribunal Arbitral de la CCI, Hascher, D., *op. cit.*, pp. 76-81.

⁴⁴ David, R., *op. cit.*, p. 392.

⁴⁵ Entre otros, Hill, R., “On-line Arbitration: Issues and Solutions”, *Arb. Int.*, 1999, pp. 199-207; Katsh, E. y Rifkin, J., *Online Dispute Resolution. Resolving Conflicts in Cyberspace*, San Francisco, Jossey-Bass, 2001; Hermann, G., “Some Legal E-flections on Online Arbitration (‘cybitration’)”, en varios autores, *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century. Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Colonia, Carl Heymanns, 2001, pp. 267-276; Montesinos García, A., *Arbitraje y nuevas tecnologías*, Madrid, Civitas, 2007; Coe, J. J., *op. cit.*, p. 89.

⁴⁶ Kaufmann-Kohler, G., “Le lieu...” *cit.*, pp. 529-534; Montesinos García, A., *op. cit.*, pp. 208-211.

⁴⁷ Al respecto, destacan los esfuerzos llevados a cabo por parte de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, tanto en materia de propiedad intelectual e in-

lación con determinados arbitrajes sectoriales (como el relacionado con las controversias de consumo).⁴⁸

17. No obstante lo atractivo de esta teoría, y teniendo presente el amplio margen que las partes tienen para determinar la regulación del procedimiento arbitral, entendemos que la “deslocalización” del arbitraje no va a significar que la autorregulación sea absoluta y, por consiguiente, que el lugar del arbitraje pierda totalmente su significado.⁴⁹

De esta forma, por una parte, consideramos que el procedimiento arbitral no puede moverse en el vacío y, por consiguiente, desconectado de todo ordenamiento estatal (y, consecuentemente, de sus disposiciones de naturaleza imperativa).⁵⁰ Por otra parte, estimamos que las soluciones previstas en la ley del lugar de arbitraje continúan desempeñando una función esencial en la ordenación del procedimiento arbitral (de conformidad a la concepción territorial o procesal, ya expuesta). Y ello, no sólo por el hecho de determinar el límite de la elección de la normativa rectora del procedimiento realizada por las partes, sino también porque esta normativa estará llamada a regular importantes aspectos del arbitraje.

A modo de ejemplo, la posibilidad de que las partes puedan desarrollar ciertas actuaciones en distintos “lugares” diferentes a la sede del arbitraje, hay que concebirlo como una posibilidad que sin duda facilita la gestión del procedimiento arbitral, pero que sin embargo no afecta a la ley rectora del procedimiento arbitral.⁵¹ Así, consideramos que más importante que determinar dónde se desarrollan las distintas actuaciones arbitrales de forma efectiva (un extremo sobre el que existe un considerable grado de libertad, como se verá más adelante), resulta concretar en cuál de tales lugares se podrá acudir al

dustrial (véase <http://www.wipo.int/amc/en/>), como en materia de nombres de dominio (véase <http://www.wipo.int/amc/en/domains/>).

⁴⁸ Palao Moreno, G., “La nueva Ley de Arbitraje española y el arbitraje de consumo”, *Europa e Diritto Privato*, Milán, Giuffrè, núm. 4, 2004, pp. 1173-1206.

⁴⁹ Fernández Rozas, J. C., “Determinación del lugar de arbitraje...”, *cit.*, pp. 38 y 39.

⁵⁰ Huleatt-James, M. y Gould, N., *op. cit.*, p. 17; Panchaud, A., *op. cit.*, p. 7; Coe, J. J., *op. cit.*, p. 54; Gonzalo Quiroga, M., *op. cit.*, pp. 50-52; Montesinos García, A., *op. cit.*, p. 211.

⁵¹ Huleatt-James, M. y Gould, N., *op. cit.*, p. 79.

juez de apoyo o determinar la ley estatal aplicable al procedimiento; en definitiva, cuál será el lugar de arbitraje.⁵²

V. DETERMINACIÓN DEL LUGAR DE ARBITRAJE. ELEMENTOS A TENER EN CUENTA

18. El lugar del arbitraje podrá ser determinado tanto por las partes como por los árbitros, tal y como se consagra en el artículo 20 de La Ley Modelo; aunque la autonomía de la voluntad de las partes ocupa un lugar privilegiado en su elección. Por lo que, en definitiva, la intervención de los árbitros en este punto tan sólo se producirá de manera supletoria, o bien en aquellos casos en los que las partes no lo hubieran acordado, o bien cuando delegaran en ellos tal función.

Antes de analizar ambas posibilidades (la elección por los contendientes o la determinación por los árbitros) nos detendremos en los elementos o criterios que, tanto unos como otros, habrán de tomar en consideración para determinar el lugar de arbitraje de forma más conveniente. A este respecto, se ha de subrayar que la elección de un determinado lugar de arbitraje no es una cuestión baladí, al poseer variadas e importantes consecuencias en la práctica. Algo que se pone de manifiesto, de modo más acentuado, en el arbitraje comercial internacional. Por ello, es recomendable que antes de realizar la oportuna elección, las partes (o, en su caso, los árbitros) tomen en consideración determinados y diversos criterios, así como el resultado al que conduciría su elección.

1. *Factores de naturaleza jurídica*

19. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, la elección de un determinado lugar como sede del arbitraje tiene trascendentales repercusiones legales y, por lo tanto, dependerá de diversos extremos de significativa trascendencia.

En primer lugar, debido a que la sede del arbitraje puede condicionar aspectos tales como la “nacionalidad” del laudo, será decisivo

⁵² Panchaud, A., *op. cit.*, p. 9.

comprobar si el Estado en cuestión es parte o no del entramado convencional existente en materia arbitral y, en concreto, si es signatario del importante Convenio de Nueva York de 1958 (u otros tratados bilaterales en materia de reconocimiento y ejecución aplicable a los laudos arbitrales);⁵³ y ello, en vistas a garantizar la posterior circulación internacional del laudo y, por lo tanto, no obstaculizar su posible eficacia fuera de las fronteras del país donde ha sido dictado.⁵⁴ Una eventualidad que tendrá una importancia menor para países como España —por lo que respecta a la Convención de 1958—, debido a que se adhirió al mismo con efectos universales o *erga omnes* y, consecuentemente, no jugará para dicho país el criterio de reciprocidad, no teniendo importancia alguna saber el país donde se dictó el laudo para la puesta en funcionamiento del mismo.

En segundo lugar, al encontrarse directamente vinculados elementos tales como la determinación del lugar del arbitraje, con el que hemos denominado “juez de apoyo”, también será crucial examinar las relaciones existentes entre el arbitraje y el Poder Judicial en la normativa procesal del Estado donde se ubique la sede del arbitraje, así como comprobar si esta normativa favorece o no el arbitraje; todo ello con el fin de comprobar el grado de rigidez o de flexibilidad de las mismas, así como el nivel de cooperación o interferencia que mantienen las autoridades judiciales con las arbitrales.⁵⁵ Algo que su-

⁵³ En el ámbito de América Latina destacan, al respecto (al margen de los desarrollos en el sector del arbitraje de inversiones y la normativa de Mercosur): la Convención Interamericana de Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (ratificada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela), y la Convención Interamericana de Montevideo sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros de 1979 (ratificada por Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Uruguay).

⁵⁴ Derains, Y. y Schwartz, E. A., *op. cit.*, p. 200; Jarvin, S., “The ICC...”, *cit.*, p. 10; Verbist, H., “The Practice...”, *cit.*, p. 350; Houtte, H. van, *op. cit.*, p. 115; Coe, J. J., *op. cit.*, pp. 53 y 164; Huleatt-James, M. y Gould, N., *op. cit.*, p. 35; Redfern, A. *et al.*, *op. cit.*, pp. 302 y 303; Fumagalli, L., *op. cit.*, p. 630; Born, G. B., *International Commercial Arbitration in the United States*, Deventer, Kluwer, 1994, p. 74. Las estrechas relaciones existentes entre la sede del arbitraje y la eficacia internacional del laudo también han sido puestas de manifiesto por, Panchaud, A., *op. cit.*, p. 15.

⁵⁵ Derains, Y. y Schwartz, E. A., *op. cit.*, p. 200; Jarvin, S., “The ICC...”, *cit.*, pp. 10 y 11; Verbist, H., “The Practice...”, *cit.*, pp. 350 y 351; Houtte, H. van, *op. cit.*, p.

cedería, a modo de ejemplo, con respecto a trascendentales aspectos como son, tanto el control judicial de los laudos arbitrales, como el recurso de nulidad del laudo.

Una serie de elementos que, sin lugar a dudas, han de ser previamente conocidos por las partes (lo que no se reduce a contar con la normativa local, sino también acceder a su práctica judicial) ya que, en último extremo, pueden favorecer la aparición de comportamientos oportunistas e interesados por parte de los contendientes más informados (tal y como sería la puesta en funcionamiento de prácticas dilatorias u obstruccionistas en el desarrollo del procedimiento arbitral).⁵⁶

En tercer y último lugar, también serán importantes a este respecto, en consideración a la naturaleza territorial de la *lex loci arbitri*, las diferencias legales que existen entre las normativas estatales con respecto a aspectos como son, entre otros: la arbitrabilidad (subjettiva y objetiva) de las controversias, la interpretación y la determinación de la validez (formal y sustancial) de los convenios arbitrales, la normativa relativa a la prueba, el comportamiento frente a la presencia de una pluralidad de partes en el litigio, las restricciones legales basadas en la nacionalidad de los sujetos que afecten a las partes o la actuación de los árbitros en dicho lugar,⁵⁷ así como a las exigencias que puedan plantearse con respecto a extremos tales como es el pago de una provisión de fondos.⁵⁸

2. Otro tipo de criterios

20. Por otra parte, hay que tener presente que, junto a los factores de naturaleza legal, también existe otra serie de elementos que igualmente habrán de ser valorados por las partes (o, en su caso, los árbi-

115; Huleatt-James, M. y Gould, N., *op. cit.*, pp. 34 y 35; Coe, J. J., *op. cit.*, p. 53; Born, G.B., *op. cit.*, p. 73.

⁵⁶ Verbist, H., "Le lieu...", *cit.*, pp. 233-235.

⁵⁷ Hay que felicitar la aproximación realizada el artículo 13 *in fine* de la Ley 60/2003 española (claramente inspirado en el artículo 27 del Código Civil español), al disponer que: "Salvo acuerdo contrario por las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro".

⁵⁸ Jarvin, S., "The ICC...", *cit.*, pp. 11-20; Houtte, H. van, *op. cit.*, p. 115; Verbist, H., "Le lieu...", *cit.*, p. 231; Coe, J. J., *op. cit.*, p. 53; Born, G. B., *op. cit.*, p. 74.

tros), en el momento de la determinación del lugar de arbitraje. Una serie de factores que atienden, tanto a las circunstancias que rodean el caso y la propia conveniencia de las partes, como a elementos que van desde aquellos de naturaleza económica, práctica o social, a incluso aquellos con un corte más político.⁵⁹

En primer lugar, y con respecto a las circunstancias que rodean a la relación, así como a la conveniencia de las partes, hay que tener en cuenta, entre otros factores, el país en que residan las partes o se encuentran establecidas (en caso de tratarse de una persona jurídica) y su proximidad al lugar del arbitraje (en términos de cercanía, de equidistancia o de neutralidad geográfica) a la hora de determinar una sede donde dirimir su controversia, así como el lugar de situación de la institución arbitral escogida o incluso donde están residiendo los árbitros elegidos.⁶⁰

En segundo lugar, por lo que hace a los factores relativos a su practicidad, su comodidad o a aquellos de tipo social, de lo que se trataría es de comprobar si el lugar elegido reúne las condiciones ambientales y materiales adecuadas, como para desarrollar de manera óptima el arbitraje. Esto es, con arreglo a estos factores se tomaría en cuenta, entre otros datos: la accesibilidad de la localidad escogida para ser sede del arbitraje, las infraestructuras y las condiciones técnicas de la sede elegida para desarrollar el procedimiento, así como los servicios que ofrece a las partes y a los propios árbitros;⁶¹ al igual que la disponibilidad en dicho lugar de las bibliotecas jurídicas, de aquellos especialistas en la materia debatida o de los peritos, que tanto las partes como los árbitros pudieran precisar.⁶²

En tercer lugar, por lo que respecta a los criterios de elección de corte económico, consistirían en comprobar que la ubicación de la sede arbitral en un determinado lugar no entrañara excesivos costes (en términos, no sólo de las tarifas de la institución arbitral o los ho-

⁵⁹ En ocasiones, las partes no van a reparar tanto en los motivos jurídicos como de otra índole, David, R., *op. cit.*, p. 391.

⁶⁰ David, R., *op. cit.*, p. 391. Sobre el arbitraje CCI, Verbist, H., "The Practice...", *cit.*, pp. 353-356.

⁶¹ Jarvin, S., "The ICC...", *cit.*, p. 10; Houtte, H. van, *op. cit.*, p. 115; Bernardini, P., *op. cit.*, p. 134; Huleatt-James, M. y Gould, N., *op. cit.*, pp. 34 y 35; Coe, J. J., *op. cit.*, pp. 53 y 54 y 165; Born, G. B., *op. cit.*, pp. 72 y 73.

⁶² Jarvin, S., "The ICC...", *cit.*, p. 9; Fumagalli, L., *op. cit.*, p. 631.

norarios de los árbitros, sino también de los traslados, el alojamiento y la manutención de los contendientes, representantes o testigos),⁶³ así como que la normativa local no plantee problemas para la transferencia de fondos.⁶⁴

En cuarto lugar y desde un punto de vista político, normalmente lo que analizarán las partes será, entre otros factores: la independencia del arbitraje con respecto al Poder Judicial y éste con relación al resto de poderes, el grado de libertad con la que se regula la entrada y permanencia de los extranjeros en dicho país, la estabilidad institucional del Estado pactado como lugar de arbitraje, así como la probabilidad de que se produzcan actos de terrorismo o de levantamientos en el mismo.⁶⁵ Unas situaciones que pueden incluso llegar a imposibilitar el desarrollo del procedimiento arbitral y obligar, caso de que se produzcan, a que se suspenda el procedimiento y se modifique el lugar del arbitraje.⁶⁶

VI. LA DETERMINACIÓN DEL LUGAR DE ARBITRAJE POR LAS PARTES

21. Una vez concretados los elementos a tomar en cuenta a la hora de concretar el lugar del arbitraje, comenzaremos por aquellos casos en los que se produzca una eventual determinación del lugar del arbitraje por las partes. A este respecto, cabe destacar de entre los extremos consignados por el artículo 20 de la Ley Modelo, tanto el papel primordial que posee el principio de autonomía de la voluntad en la materia, como el modo y las formalidades que esta elección debe cumplir (junto a los riesgos y problemas que se derivan de su incumplimiento), así como los límites que posee el principio autonomista en esta materia.

⁶³ Jarvin, S., "The ICC...", *cit.*, p. 9; Verbist, H., "The Practice...", *cit.*, p. 354.

⁶⁴ Jarvin, S., "The ICC...", *cit.*, p. 9.

⁶⁵ Derains, Y. y Schwartz, E. A., *op. cit.*, p. 200.

⁶⁶ Un cambio que puede conducir a la renuncia de los árbitros. Jarvin, S., "The Place of Arbitration. A Review of the ICC Court's Guiding Principles and Practice when Fixing the Place of Arbitration", *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, núm. 2, 1996, pp. 54-58. Por lo que dependerá de lo dispuesto en el convenio arbitral y del reglamento de arbitraje de la institución arbitral. Redfern, A. *et al.*, *op. cit.*, p. 305.

1. *La importancia de la autonomía de la voluntad*

22. El artículo 20.1 de la Ley Modelo de la CNUDMI establece que “las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje”. De esta forma tan directa y clara, el propio tenor del precepto comentado despeja cualquier duda sobre la gran amplitud y el peso que el legislador desea otorgar a la autonomía de la voluntad en esta sede, al no verse limitada ni condicionada en ningún momento.⁶⁷ Un reconocimiento que además entronca directamente con la propia naturaleza voluntaria de la institución y que, como punto de partida, estimamos que es especialmente positivo y ha de ser bienvenido en el contexto del arbitraje comercial internacional, debido a ser una práctica muy extendida y contar con un importante significado desde la perspectiva cautelar.⁶⁸ Además, su importancia se ha visto consagrada en la práctica judicial.⁶⁹ No obstante, dicha elección dependerá de la fuerza negociadora de las partes en último extremo, lo que se manifestará en cada caso concreto.⁷⁰

2. *Forma de determinación por las partes*

23. Con relación a la forma en que podrá realizarse la determinación del lugar del arbitraje por los contendientes, el artículo 20 de la Ley Modelo no establece nada al respecto. Debido a la trascenden-

⁶⁷ En el artículo 13.1 del Acuerdo Mercosur de 1998, se condiciona la elección a un Estado parte. Por su parte, en los artículos 741 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina y 11 de la Ley brasileña de 1996, se autoriza a las partes a elegir el lugar de arbitraje en el compromiso.

⁶⁸ Berger, K. P., “‘Sitz des Schiedsgerichts’ oder ‘Schitz des Schiedsverfahrens’”, *RIW*, 1993, pp. 8-12 y 9 y 11.

⁶⁹ Por lo que hace a la práctica judicial española, destaca la Audiencia Provincial de Valencia, en su ya mencionada sentencia de 19 de febrero de 2003 (la cual contrasta, en cierta medida, con lo establecido en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de febrero de 1999, AC 1998/7088). Una decisión que choca con la práctica judicial francesa en donde, ante hechos como los expuestos, se desentiende del lugar de firma efectiva o material del laudo, optando por presumir que éste había sido dictado en el lugar oficial del arbitraje. Algo que subraya el carácter jurídico de dicho lugar y su naturaleza de ficción legal. Entre otras, la sentencia del Tribunal de Apelación de París, de 11 de enero de 1996. Véase *Rev. Arb.*, nota de E. Gaillard, 1996, pp. 100-109.

⁷⁰ Verbist, H., “Le lieu...”, *cit.*, p. 223.

cia de esta cuestión, lo más habitual y recomendable será que la elección de la sede del arbitraje se manifieste de forma expresa por las partes y que, junto a ello, se realice desde un primer momento en el propio convenio arbitral.⁷¹ No obstante, algunos autores encuentran más oportuno llevar a cabo tal determinación con posterioridad, en el momento de que surja la controversia, al disponer mayores elementos de juicio para poder llevarla a cabo.⁷²

Por lo que hace al eventual juego de la elección expresa, resulta altamente aconsejable que se trate de un acuerdo claro y determinante de las partes, sin que éste pueda dar lugar a dudas a los árbitros. Sobre todo, si se trata de un arbitraje *ad hoc*, ya que en estos supuestos los árbitros contarán con una mayor libertad para determinar la sede y, por consiguiente, el grado de imprevisibilidad para las partes será potencialmente mayor.⁷³

Sin embargo, y en línea de principio, también habrá que estimar la validez de un acuerdo de esta naturaleza en el que los contendientes se hubieran referido a un lugar que fuera determinable. Algo que podría producirse, a modo de ejemplo, por medio de la eventual referencia que realizaran las partes al Reglamento de una institución arbitral concreta, si nos encontráramos ante un arbitraje institucional.⁷⁴ No obstante, en nuestra opinión, en la práctica difícilmente se distinguirá de la determinación que harían los árbitros de tal emplazamiento en un arbitraje institucional, en ausencia de acuerdo por las partes (fundamentalmente, si tenemos en cuenta los términos flexibles en los que se expresa el artículo 20.1 de la Ley Modelo CNUDMI).

En cualquier caso, dicha elección no puede ser contestada por la otra parte, al encontrarse fundamentada o derivar directamente de su propio acuerdo.⁷⁵ Además, resulta fundamental que la cláusula que incorpore tal acuerdo esté redactada con total claridad, evitando textos ambiguos o imprecisos —como aquellas patológicas que dispongan genéricamente que las partes se someten al arbitraje de la Cáma-

⁷¹ Jarvin, S., “The ICC...”, *cit.*, p. 8; Bernardini, P., *op. cit.*, p. 135; Panchaud, A., *op. cit.*, p. 15; Coe, J. J., *op. cit.*, p. 164.

⁷² Así Houtte, H. van, *op. cit.*, pp. 115 y 116; David, R., *op. cit.*, pp. 392 y 393.

⁷³ Lorca Navarrete, A. Ma., *op. cit.*, p. 312.

⁷⁴ Jarvin, S., “The ICC...”, *cit.*, pp. 8 y 10; Lorca Navarrete, A. Ma., *op. cit.*, p. 321.

⁷⁵ Verbist, H., “The Practice...”, *cit.*, p. 348.

ra de Comercio Internacional de París, que se refirieran a instituciones arbitrales inexistentes, o que suscitaran problemas en su traducción—⁷⁶ que, en definitiva, lleven a confusión o creen dudas a los árbitros; en caso de que se deseara su efectividad, al poder ser ello origen de incertidumbre y un indeseable nivel de inseguridad para los contendientes.⁷⁷

Junto a ello, aunque lo más recomendable es una determinación expresa del lugar de arbitraje, la elección de la sede también se puede realizar de forma implícita.⁷⁸ Algo que no se deduce claramente del tenor del precepto, aunque tampoco se excluye en el artículo 20 de la Ley Modelo de 1985. A este respecto, hay que subrayar que la determinación por las partes de una ley estatal como reguladora del arbitraje, puede ser entendido como una elección tácita a favor de ubicar la sede del arbitraje en dicho país.⁷⁹ Igualmente, determinados hechos concluyentes, como sería la propia designación de los árbitros, pueden ser entendidos como una elección implícita del lugar del arbitraje, al ser ésta una de las primeras misiones que estos deberán acometer.⁸⁰

24. Por lo que respecta a las formalidades que debe reunir dicho acuerdo, el artículo 20 de la Ley Modelo no exige forma alguna, resultando habitual que dicha elección se haga en el propio convenio arbitral. No obstante, también podrá realizarse esta elección en otros acuerdos complementarios al convenio que, de igual manera, obliguen a las partes.⁸¹ Tal y como serían, a modo de ejemplo, un intercambio posterior de cartas, de faxes, o de mensajes electrónicos que dejaran constancia de la voluntad de las partes.

Sobre este particular, la Ley Modelo —y por tanto las leyes estatales que se basan en ésta— aporta una gran flexibilidad formal, adaptándolo así a las exigencias del actual tráfico comercial y a las tecnologías de la información y de la comunicación. Y ello, tanto por el hecho de establecer que las partes podrán determinar el lugar “libre-

⁷⁶ Bechet, S., *op. cit.*, pp. 85-87.

⁷⁷ Verbist, H., “Le lieu...”, *cit.*, p. 231. Exigiendo, en ocasiones, incluso la intervención judicial para su concreción. Redfern, A. *et al.*, *op. cit.*, p. 134.

⁷⁸ En este sentido, también, De Boissésou, M., *op. cit.*, p. 723.

⁷⁹ Houtte, H. van, *op. cit.*, p. 115.

⁸⁰ Panchaud, A., *op. cit.*, pp. 10-12.

⁸¹ Verdera y Tuells, E., *op. cit.*, p. 96; Fumagalli, L., *op. cit.*, p. 625.

mente”, como por ser el principio de libertad formal el que preside su artículo 7o.,⁸² cuando se refiere a la forma del convenio arbitral.

25. Por lo que hace a los límites que encuentra la autonomía de la voluntad de las partes, cabe hacer referencia de manera diferenciada: tanto a aquellos límites a los que se enfrenta la autonomía de la voluntad de naturaleza material, como a aquéllos que cuentan con una naturaleza temporal.

De un lado, tal y como se ha señalado por los comentaristas de la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985, este límite se refiere a las disposiciones imperativas, contenidas en determinados convenios internacionales, que o bien condicionaran este acuerdo (como serían los supuestos en los que se impusiera en un convenio específico de arbitraje, una sede concreta para el desarrollo del procedimiento), o bien se excluyera la posibilidad de elección del lugar del arbitraje a las partes, o directamente se otorgara tan sólo a una de las partes el derecho de elección de la sede.⁸³

De otro lado, no es preciso que las partes alcancen tal acuerdo en el momento de la firma del convenio arbitral, pudiendo a su vez hacerlo con posterioridad, por medio de decisiones que lo complementen.⁸⁴ De igual manera, también será admisible que las partes modifiquen el acuerdo alcanzado en el convenio, cambiando con posterioridad la sede del arbitraje.⁸⁵ Ahora bien, cabe puntualizar que, aun cuando éstas podrán determinar la sede con total libertad desde una perspectiva temporal, esta elección no podrá llevarse a cabo con posterioridad al momento en que los árbitros han aceptado el encargo.

Y ello, tanto por el hecho de que, en caso contrario, estarían obligados aceptar un acuerdo que podría no interesarles o que les podría

⁸² Artículo 9o. de la Ley española. Véase Verdera Server, R. y Esplugues Mota, C., “Artículo 9”, en Barona Vilar, S. (coord.), *Comentarios a la Ley...*, cit., pp. 315-411.

⁸³ Por lo que respecta a la tercera posibilidad de limitación, el Secretariado de la CNUDMI se refirió a la imposición contenida en las Reglas de Hamburgo (con respecto al derecho marítimo), al disponer en las mismas una amplia elección del demandante a la hora de iniciar el arbitraje. Holtzmann, H. y Neuhaus, J. E., *op. cit.*, p. 595.

⁸⁴ Verdera y Tuells, E., *op. cit.*, p. 96; Fumagalli, L., *op. cit.*, pp. 625 y 626.

⁸⁵ Verbist, H., “Le lieu...”, *cit.*, p. 232; Born, G. B., *op. cit.*, p. 77.

resultar inconveniente,⁸⁶ así como porque a partir de ese mismo momento la función de determinar el lugar corresponde a los árbitros.⁸⁷ De hecho, en la práctica será en el momento de aceptar su designación, cuando éstos comprobarán si las partes han elegido o no el lugar donde se desarrollará el arbitraje, con el fin de dar cumplimiento a su obligación de determinar un lugar (en ausencia de elección por las partes).⁸⁸

VII. LA DETERMINACIÓN DEL LUGAR DE ARBITRAJE POR LOS ÁRBITROS

26. A falta de elección por las partes o en aquellos supuestos en los que los contendientes delegan tal actividad, habrán de ser los árbitros quienes lo determinen. Una elección que se llevará a cabo, en su caso, durante la sesión en la que deciden iniciar el procedimiento arbitral,⁸⁹ y que se realizará, o bien según lo dispuesto en el Reglamento arbitral correspondiente (en caso de ser un arbitraje institucional), o bien conforme a lo establecido en la normativa arbitral estatal aplicable (si éste fuera *ad hoc*).⁹⁰

En cualquier caso, lo decisivo en estos casos será que, consecuentemente con la primacía que posee en el sistema la voluntad de las partes, esta posibilidad se planteará para los árbitros tan sólo como supletoria a la actividad que pudieran desplegar los contendientes; debiendo pues estos esperar a comprobar la actitud que los conten-

⁸⁶ También, Ángel Yagüez, R. de, *op. cit.*, pp. 415 y 416. Cfr. Born, G. B., *op. cit.*, p. 77.

⁸⁷ Verdera y Tuells, E., *op. cit.*, p. 97.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 93. Aunque, eso sí, ese cambio de criterio deberá ser tenido en cuenta por los árbitros, en tanto en cuanto habrá de atender a la “conveniencia” de las partes, como se verá en el próximo apartado.

⁸⁹ En este sentido, Verbist, H., “The Practice...”, *cit.*, p. 349.

⁹⁰ Así, Bernardini, P., *op. cit.*, p. 135; Born, G. B., *op. cit.*, p. 75. Esta segunda posibilidad será la preferible para David (*op. cit.*, p. 394) y, en particular, constituye la acogida en el artículo 42.I de la Ley núm. 1770 de 1997, de Arbitraje y Conciliación, de Bolivia, y en el artículo 61 de la Ley de Conciliación y Arbitraje, decreto núm. 161-2000, de Honduras.

dientes desplieguen al respecto,⁹¹ no pudiéndose en ningún caso revisar dicho acuerdo por parte de los árbitros (o, en su caso, por la autoridad judicial).⁹²

A este respecto, las situaciones en las que deban actuar los árbitros para determinar el lugar del arbitraje, serán principalmente dos: tanto aquellos supuestos en los que las partes simplemente no determinan dicho sitio en el convenio arbitral (ni con posterioridad por medio de acuerdos complementarios), como aquellos otros casos en los que, ante la falta de acuerdo por parte de los contendientes, estos optan por trasladar dicha decisión al momento en que surja la controversia, para que lo concreten directamente los propios árbitros.⁹³

No obstante, también puede suceder que su intervención en este punto se deba a que las partes no habían determinado su localización de manera evidente de su acuerdo, y haya que “completar” o interpretar su acuerdo. Con lo que realmente las situaciones “tipo” son tres. Así, en la práctica arbitral nos encontramos con numerosos supuestos en los que, a pesar de que los contendientes han optado por resolver sus disputas por medio de arbitraje de un modo evidente, la falta de claridad del convenio arbitral sobre este punto ha conducido a que los árbitros tuvieran que finalmente determinar el lugar de arbitraje de manera supletoria. Algo que, si bien puede encontrar una sencilla respuesta cuando se trata de un arbitraje institucional, en aquellas situaciones en los que se hubiera optado por uno *ad hoc*, esta falta de claridad es susceptible de ocasionar mayores problemas e incluso llegar a exigir la intervención de una autoridad judicial.⁹⁴

27. Por lo que hace a la práctica arbitral desarrollada por el Tribunal Arbitral de la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, CCI), cabe apuntar, a modo de ejemplo, como en un determinado

⁹¹ Verdera y Tuells, E., *op. cit.*, p. 92.

⁹² No siendo factible, pues, un *forum non conveniens* en la materia. Véase Fumagalli, L., *op. cit.*, p. 627; Coe, J. J., *op. cit.*, p. 150.

⁹³ Con respecto a esta última posibilidad en el arbitraje CCI, Jarvin, S., “The Place...”, *cit.*, p. 57; Verbist, H., “The Practice...”, *cit.*, p. 349; Fumagalli, L., *op. cit.*, pp. 625 y 630. No obstante, algunos autores se muestran contrarios a que se deje en manos de terceros la determinación de un aspecto tan importante. Bernardini, P., *op. cit.*, p. 135; De Boissésou, M., *op. cit.*, p. 723. De hecho, esta posibilidad no se encuentra consignada en el artículo 13.1 del Acuerdo Mercosur de 1998.

⁹⁴ Verbist, H., “Le lieu...”, *cit.*, p. 231.

supuesto se llegó a estimar que, dado que en las diferentes versiones lingüísticas del convenio arbitral se determinaban distintos lugares de arbitraje (según la posición que ocuparan las partes en la demanda, aunque de manera inversa en las distintas versiones lingüísticas del convenio), finalmente se optó por un lugar de arbitraje neutro a las partes y distinto del contemplado en las distintas versiones del convenio.⁹⁵

Igualmente, en un litigio en el que en una versión del convenio arbitral se determinaba una concreta sede, mientras que en su traducción no se fijaba lugar alguno, los árbitros optaron de manera provisional por dicho lugar (el elegido), aunque dando también entrada a la autoridad judicial para su concreción.⁹⁶ Junto a ello, en aquellos casos en los que los contendientes se hubieron referido de forma laconica a la voluntad de someter su litigio a arbitraje CCI “en” o “de” París, los árbitros de la CCI entendieron que París debía ser la sede del mismo.⁹⁷ Aunque también es importante señalar, a este respecto, que el hecho de que los contendientes lleguen a optar por un arbitraje institucional no significa que, de por sí, el lugar de arbitraje deba ubicarse en el país donde la institución elegida posea su sede.⁹⁸

28. El artículo 20.1 de la Ley Modelo de 1985 establece el criterio que los árbitros habrán de tomar en cuenta a la hora de la localización de la sede arbitral. De esta manera, y prácticamente de modo idéntico a como queda plasmado en la Ley Modelo de 1985 y a modo de ejemplo, en la normativa española se dispone que los árbitros elegirán el lugar del arbitraje “atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes”. Un criterio ciertamente abierto y flexible, al no llegar a concretar cuáles han de ser tales circunstancias ni la manera en que han de ser evaluadas, que garantiza a los árbitros un amplio margen de interpretación. A diferencia de lo establecido en ordenamientos como el de Ecuador, donde se consignan diferentes

⁹⁵ *Ibidem*, pp. 226 y 227.

⁹⁶ Verbist, H., “The Practice...”, *cit.*, p. 349.

⁹⁷ Fumagalli, L., *op. cit.*, p. 628; Verbist, H., “The Practice...”, *cit.*, p. 351. Algo que podría también concebirse como una elección de la sede tácita, pero realizada por las partes. Gaillard, E. y Savage, J. (eds.), *op. cit.*, p. 551.

⁹⁸ Así, Bernardini, P., *op. cit.*, p. 135.

alternativas, de clara y poco conveniente inspiración judicial, limitando la actuación de los árbitros.⁹⁹

Por lo que respecta al primer elemento —“las circunstancias del caso”—, se puede referir, entre otros, tanto a las consecuencias prácticas relativas al desarrollo del procedimiento arbitral en dicho lugar (tal y como sería, a modo de ejemplo, elegir un emplazamiento que facilite su trabajo y el buen fin del procedimiento, o bien optar por el sitio donde hubiera surgido la controversia, o incluso el más próximo en términos geográficos a las partes, a las pruebas, a los testigos, a la institución arbitral elegida o a los propios árbitros), como a consideraciones de tipo legal que rodeen dicho emplazamiento (tal y como las ya apuntadas con anterioridad, cuando se analizó la importancia jurídica del lugar del arbitraje).¹⁰⁰

En definitiva, se puede advertir cómo tales “circunstancias” harían referencia, tanto a factores relativos a la cercanía geográfica, así como también a aquellos vinculados a la conveniencia legal. Y ello, en vistas, no sólo al adecuado desarrollo del procedimiento arbitral en dicho emplazamiento, sino también a la garantía de la efectividad posterior del resultado que se pudiera alcanzar en el arbitraje.

29. Con respecto al segundo elemento —“la conveniencia de las partes”—,¹⁰¹ hay que comenzar señalando que la inclusión de este flexible criterio fue tardía en el texto final de la Ley Modelo de 1985 (donde se refiere a “inclusive a las conveniencias de las partes”), así como que dicha incorporación suscitó ciertas reservas en algunos de los delegados (fundamentalmente representantes de países en vías de desarrollo), al poder permitir (en su opinión) que los árbitros se decantaran finalmente por una sede poco conveniente y contraria a

⁹⁹ Así el artículo 35 II de la Ley núm. RO/145 de 1997, de Ecuador, de Arbitraje y Mediación, dispone que a falta de acuerdo, se optará entre “el lugar de los efectos del acto o contrato materia de arbitraje o el domicilio del demandante a elección de éste”. Véase Fernández Rozas, J. C., “Determinación del lugar de arbitraje...”, *cit.*, p. 29.

¹⁰⁰ En este sentido, Holtzmann, H. y Neuhaus, J. E., *op. cit.*, p. 594; Derains, Y. y Schwartz, E. A., *op. cit.*, pp. 202 y 203; Houtte, H. van, *op. cit.*, p. 115. Entre los extremos legales a tomar en cuenta, destacarán las normas procesales imperativas de la ley del lugar del arbitraje. De Boissésón, M., *op. cit.*, p. 723.

¹⁰¹ La misma redacción se encuentra en el artículo 13.1 del Acuerdo Mercosur de 1998 y en el artículo 35.1 de la Ley de Arbitraje de 2008 (Decreto Legislativo núm. 1071) de Perú.

los intereses de los nacionales de tales Estados, debido al amplio margen que les otorgaba.¹⁰²

No obstante, cuando la CNUDMI adoptó el texto final de la Ley Modelo, el grupo de trabajo dejó constancia de que esta expresión se refería simplemente a que en dicho país se diera la disponibilidad de una normativa procesal adecuada, que el mismo estuviera vinculado a los convenios internacionales sobre reconocimiento y ejecución de laudos más importantes (como es el de Nueva York de 1958) o al hecho de que su normativa de arbitraje se basara en la Ley Modelo de 1985.¹⁰³

A modo de ejemplo, en distintos arbitrajes desarrollados ante el Tribunal Arbitral de la CCI este elemento ha sido interpretado a favor de aquel lugar que, en el caso concreto, permitiera un igual acceso a los contendientes a este mecanismo (en términos de requisitos de entrada para determinados nacionales y disponibilidad de medios de transporte), o que fuera el país de origen de las partes, de sus representantes o de los árbitros, o en función del coste del arbitraje, de la elección de ley aplicable realizada por las partes o del idioma del arbitraje.¹⁰⁴ De forma similar, en un arbitraje basado en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, se tomó en consideración los costes que entrañaba cada sede, así como la proximidad de las partes y las pruebas, para determinar el lugar del arbitraje.¹⁰⁵

Junto a ello, la idea de una conveniencia igual o similar para las partes va a ir vinculada, en ocasiones, a la determinación de un lugar de arbitraje “neutral” para los contendientes. De hecho, de entre los criterios que orientan la determinación arbitral en virtud de este elemento en la práctica, destaca la búsqueda de una sede “neutral” para las partes.¹⁰⁶ Para ello se podrían tomar en cuenta fundamentalmente

¹⁰² Holtzmann, H. y Neuhaus, J. E., *op. cit.*, p. 594.

¹⁰³ A/CN.9/WG.II/WP.37. Esto es, mediante esta ambigua expresión se daría cabida a elementos distintos a los de la proximidad legal a las partes o a la controversia. Houtte, H. van, *op. cit.*, p. 116.

¹⁰⁴ Verbist, H., “The Practice...”, *cit.*, pp. 353-356.

¹⁰⁵ Decisión de 28 de noviembre de 1997, en el asunto *Ethyl vs. Canada*, *Yearbook Comm. Arb'n.*, 1999, pp. 211-235.

¹⁰⁶ Analizando la práctica, Jarvin, S., “The ICC...”, *cit.*, pp. 9 y 10; Bernardini, P., *op. cit.*, pp. 133 y 134. Una búsqueda que también se produce cuando del acuerdo ar-

elementos de carácter geográfico, como son: el origen y la residencia o el establecimiento de las partes (evitando situar la sede del arbitraje en el país de uno de ellos, en detrimento de los intereses de la otra parte), así como el lugar donde se encontrara situada la sociedad matriz cuando el litigio afecte a un grupo de empresas.¹⁰⁷

30. En cualquier caso, como señala el artículo 20.2 de la Ley Modelo,¹⁰⁸ la determinación de un “lugar” del arbitraje no empece que algunas de las actuaciones del procedimiento arbitral tengan lugar en otros emplazamientos; pudiéndose entonces hablar de arbitrajes “itinerantes”, así como de la existencia de distintos “lugares” del arbitraje (aunque en puridad, el “lugar” tan sólo es uno y el resto no serían más que emplazamientos distintos dónde llevar a cabo determinadas actuaciones arbitrales).¹⁰⁹ Y ello, ya sea con el fin de atender a la conveniencia de los árbitros, a la cercanía de los testigos o al interés de las partes.¹¹⁰ Una eventualidad que, además, es muy habitual en la práctica y que responde al carácter extraterritorial que distingue al árbitro del juez,¹¹¹ lo cual podría conducir (como ya señalamos con anterioridad) a reducir la importancia del “lugar” del arbitraje y a convertirlo en una pura ficción jurídica.¹¹²

Ahora bien, por lo que respecta a ordenamientos como el español (artículo 26.2) y el peruano (artículo 36.2), estos distinguen entre, de un lado, actuaciones como son la celebración de reuniones por parte de los árbitros, oír a los testigos, a los peritos o a las partes, así como examinar o reconocer objetos, documentos o personas y, de otro lado, celebrar deliberaciones. Una distinción que, sin embargo, no se encuentra presente en la Ley Modelo de 1985, donde se parte de un concepto amplio y general de los actos que se pueden desarrollar fue-

bitral no se deduce claramente la elección un lugar para el arbitraje. Verbist, H., “The Practice...”, *cit.*, p. 349.

¹⁰⁷ Derains, Y. y Schwartz, E. A., *op. cit.*, p. 203; Verbist, H., “The Practice...”, *cit.*, p. 352.

¹⁰⁸ El artículo 13.1 del Acuerdo Mercosur de 1998 no dispone nada al respecto.

¹⁰⁹ Lugar “habitual” y lugar o lugares “no habituales”, para Lorca Navarrete, A. Ma., *op. cit.*, p. 322.

¹¹⁰ Así, Redfern, A. *et al.*, *op. cit.*, p. 304.

¹¹¹ Fernández Rozas, J. C., “Le rôle...”, *cit.*, pp. 50 y 51; David, R., *op. cit.*, p. 392.

¹¹² Kaufmann-Kohler, G., “Le lieu...”, *cit.*, p. 522.

ra de la sede arbitral y que abarca a todas las etapas del procedimiento arbitral sin excluir las deliberaciones.¹¹³

En el primer caso, los árbitros tendrán que consultar previamente a las partes y llevar a cabo el cambio de sede, siempre que éstas no se opusieran a ello. Una exigencia parcialmente distinta a la contenida en el artículo 20.2 de la Ley Modelo de la CNUDMI, ya que este precepto tan sólo se refiere al posible acuerdo contrario de las partes, pero no a la necesidad de consulta previa. No obstante, esta obligación de consulta se encuentra prevista en la normativa arbitral española y también (aunque con ciertos cambios) en la de Costa Rica, de Ecuador y de Panamá.¹¹⁴

Con esta exigencia se buscaría dar traslado a las partes del cambio o de la nueva circunstancia, para así darles la oportunidad de manifestarse al respecto y evitar posibles situaciones de indefensión (al poder privarles de la posibilidad de presenciar tales actuaciones) y también futuros recursos al laudo,¹¹⁵ aunque también es cierto que puede ser entendido como un nuevo elemento que dote de cierta rigidez al procedimiento arbitral que, en definitiva, lo dificulte.¹¹⁶ Aunque también es cierto que en la práctica arbitral se suele respetar este acuerdo (o su ausencia) para determinar si los árbitros pueden llevar a cabo sus actuaciones fuera de la sede del arbitraje (o no).¹¹⁷

31. En el segundo caso, los árbitros no tendrán por qué comunicar a las partes el lugar donde deseen deliberar, ni éstas podrán oponerse a ello. Se trata de una potestad no prevista en el artículo 20, segundo párrafo, de la Ley Modelo de 1985 (así como ciertamente novedosa en el panorama comparado de las normativas arbitrales estatales que

¹¹³ Holtzmann, H. y Neuhaus, J. E., *op. cit.*, pp. 595 y 596.

¹¹⁴ En todos los casos, se exige que las partes sean notificadas. Así, el artículo 40 II de la Ley núm. 7727, de Costa Rica, el artículo 35 III de la Ley núm. RO/145 de 1997, de Ecuador, y el artículo 20 II del Decreto-Ley núm. 5, de 8 de julio de 1999, de Panamá.

¹¹⁵ En este sentido, se ha señalado que en la elección de un lugar distinto para desarrollar ciertas actuaciones ha de concurrir “causa justa”. Mascarell Navarro, M. J., *op. cit.*, p. 135. *Cfr.* Ángel Yagüez, R. de, *op. cit.*, p. 418.

¹¹⁶ Blessing, M., “Introduction to Arbitration – Swiss and International Perspectives”, en Berti, S. V. (ed.), *International Arbitration in Switzerland*, Basilea, Helbing & Lichtenhahn, 2000, p. 96.

¹¹⁷ Con respecto al arbitraje CCI, Jarvin, S., “The Place...”, *cit.*, p. 55.

se encuentran basadas en dicho texto)¹¹⁸ y que otorga una gran libertad a los árbitros. Hasta tal punto que, según la misma, ni siquiera se debe imponer la presencia física en un lugar de los árbitros para llevar a cabo tales deliberaciones.¹¹⁹

Su inspiración ha de encontrarse, sin embargo, en el artículo 14.3 del nuevo Reglamento de Arbitraje de la CCI de 1998.¹²⁰ Con ello se buscaría responder a la práctica habitual en la materia,¹²¹ al igual que dotar de mayor flexibilidad al procedimiento (adaptándolo así a las necesidades de un tráfico comercial globalizado) y no constreñir la actividad arbitral en este punto, debido a que ello no afecta a los derechos de defensa de las partes (a diferencia de lo que podría acontecer con el resto de actuaciones).¹²² En cualquier caso, ha de quedar claro que este precepto no incluye la posibilidad de dictar el laudo arbitral fuera del lugar donde se desarrolla el arbitraje.¹²³

VIII. VALORACIÓN

32. La importancia que ha adquirido durante los últimos años el arbitraje comercial internacional hace que la determinación del lugar donde se vaya a desarrollar el procedimiento arbitral haya suscitado una suerte de “competencia” entre los Estados, con el objetivo de atraer a su país este mecanismo alternativo de resolución de conflictos. Un interés en convertirse en sedes de arbitraje, debido a los beneficios que de ello se derivan y los intereses (tanto económicos, como políticos y de influencia jurídica) que se encuentran involucrados. Desde la perspectiva legal, un elemento primordial a tomar en cuen-

¹¹⁸ Igualmente incorporado en el artículo 35.2 de la Ley de Arbitraje de 2008 (Decreto Legislativo núm. 1071) de Perú.

¹¹⁹ Fumagalli, L., *op. cit.*, p. 635.

¹²⁰ Se puede encontrar una provisión similar en el artículo 46 del Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual. Véase Blessing, M., *op. cit.*, p. 96.

¹²¹ Derains, Y. y Schwartz, E. A., *op. cit.*, p. 208.

¹²² Con respecto al texto del Reglamento de la CCI, Fumagalli, L., *op. cit.*, pp. 620, 632 y 633.

¹²³ Véase Holtzmann, H. y Neuhaus, J. E., *op. cit.*, p. 596; Fumagalli, L., *op. cit.*, pp. 634 y 635, y Born, G. B., *op. cit.*, p. 77. Cfr. Ángel Yagüez, R. de, *op. cit.*, p. 418.

ta para que un Estado alcance ese deseado estatus (entre los mencionados en este estudio), se fundamenta en la adopción de una Ley de Arbitraje que atienda a las peculiaridades del arbitraje comercial internacional (de modo manifiesto, que se encuentre basada en La Ley Modelo CNUDMI de 1985), así como la ratificación de la trascendente Convención de Nueva York de 1985.

En todo caso, hay que tener en cuenta que, gracias a los actuales avances tecnológicos y en el transporte, la sede arbitral se puede convertir únicamente en un “anclaje jurídico” para el desarrollo del arbitraje, contando por lo tanto con un carácter totalmente ficticio. En este sentido, se ha hecho mención a que —estrechamente vinculado al fenómeno de la globalización y la irrupción de Internet— se sitúan realidades como los “arbitrajes en línea” (vinculados a la aparición de los ODR) o los “arbitrajes itinerantes”; así como a la tendencia hacia la “deslocalización” del arbitraje, tiñéndolo de un marcado carácter “anacional”. Una serie de realidades en las que, en definitiva, la concreción de la sede es empleada simplemente para elegir una normativa arbitral adecuada o para atender a las conveniencias del propio procedimiento arbitral o a los árbitros.

De ahí que, en este movimiento competitivo, poseen una singular relevancia condicionamientos jurídicos que doten de un cierto nivel de flexibilidad a la regulación de esta cuestión (a ejemplo de cómo se prevé en la Ley Modelo de 1985); pero también poseen una singular relevancia otros factores, como serían —entre otros— la presencia de una extendida cultura arbitral en el país o la existencia de una “sana” relación entre el arbitraje y la jurisdicción ordinaria.