

# PLURES LEGES, SED LEGES FACIUNT ARBITRUM\*

FRANCO FERRARI

---

Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Nueva York, donde también dirige el Centro de Litigios Transnacionales, Arbitraje y Derecho Comercial

Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones 1  
Enero – Mayo 2022  
Págs. 11-34

**Resumen:** El artículo analiza la importancia que siguen teniendo la sede y la *lex loci arbitri* en las distintas etapas del ciclo de vida de un arbitraje. Al mismo tiempo, el documento muestra que la ley de la sede del arbitraje no es la única ley que se impone en un determinado arbitraje. Más bien, pueden entrar en juego –y suelen hacerlo– diversas leyes nacionales de arbitraje.

**Palabras clave:** Sede del arbitraje – Consecuencias jurídicas de la elección de la sede – Etapa previa a la adjudicación – Fase de anulación – Reconocimiento y ejecución.

**Abstract:** The paper analyses the continuing importance of the seat –as well as the *lex loci arbitri* – during all phases of an arbitration's life cycle. At the same time, the paper shows that the law of the seat of the arbitration is not the only one to impose itself on any given arbitration. Rather, various national arbitration laws may – and usually will – come into play.

**Keywords:** Seat of arbitration – Legal consequences of the choice of the seat – Pre-award stage – Annulment stage – Recognition and enforcement.

SUMARIO: I. «SOLA LEX LOCI ARBITRI NON FACIT ARBITRUM». II. LA IMPORTANCIA QUE SIGUE TENIENDO LA SEDE DEL ARBITRAJE EN LA FASE PREVIA A LA EMISIÓN DEL LAUDO. III. LA IMPORTANCIA QUE SIGUE TENIENDO LA SEDE DEL ARBITRAJE EN LA FASE POSTERIOR A LA EMISIÓN DEL LAUDO. IV. CONCLUSIONES.

---

\* Este artículo se basa en la lección magistral titulada «La importancia de la sede del arbitraje» impartida por el autor en la inauguración del Centro de Arbitraje Internacional de Hamburgo el 17 de noviembre de 2020.

## I. «SOLA LEX LOCI ARBITRI NON FACIT ARBITRUM»

Según algunos estudiosos, la sede del arbitraje «se elige a menudo por casualidad, o precisamente por su *falta de* relación con el litigio»<sup>1</sup>. Esta afirmación no puede ser compartida y parece más bien un instrumento para minimizar la importancia de la sede del arbitraje y sus implicaciones legales con el fin de «liberar el arbitraje internacional del dominio de la ley de la sede del arbitraje»<sup>2</sup>. Como dijo Lord Mance, hay que preguntarse hasta qué punto la «sede del arbitraje es fortuita»<sup>3</sup> y se elige por mera conveniencia práctica, especialmente en los sistemas que permiten que algunas, si no todas, las etapas del arbitraje se lleven a cabo en un lugar distinto de la sede del arbitraje. «Dado que esta ubicación y la de la sede del arbitraje pueden ser divergentes [...], uno esperaría que la sede se eligiera por razones legales sólidas, no simplemente por la conveniencia del hotel o como un lugar conveniente para cenar o entretenerse»<sup>4</sup>. La comparación de las encuestas sobre arbitraje internacional realizadas por la Universidad Queen Mary en 2006 y 2015 muestra que los implicados en el arbitraje comparten esta opinión<sup>5</sup>. La encuesta de 2006 reveló que la sede del arbitraje, en el sentido de «sede legal o jurídica (o domicilio) del arbitraje»<sup>6</sup>, se elige casi tanto por conveniencia como por

1. Paulsson, J., *The Idea of Arbitration*, Oxford: OUP, 2013, p. 36; véase también Clay, Th. y Mazzantini, S., «Reasons and Incoherencies regarding the Enforcement of Annulled Foreign Arbitral Awards», en 7 *Indian J. Arb. L.*, 2018, p. 149 («[t]he seat of the arbitration is essentially a matter of convenience»); Gaillard, E., «The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin», en 14 *ICSID Rev.*, 1998, p. 18 («The seat of arbitration is chosen for little more than the sake of convenience»); Read, P., «Delocalization of International Commercial Arbitration: Its Relevance in the New Millennium», en 10 *Am. Rev. Int'l Arb.*, 1999, p. 178 («Very often the place of arbitration is selected for reasons of convenience or neutrality»).
2. Paulsson, J., «Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding Local Standard Annulments», en 6 *Asia Pacific L. Rev.*, 1998, p. 21; véase también Paulsson, J., «Arbitration in Three Dimensions», en 60 *Int'l & Comp. L. Q.*, 2011, p. 317.
3. Mance, J., «Arbitration: a Law unto Itself?», en 32 *Arb. Int'l*, 2016, p. 234.
4. Mance, J., *ibid.*, p. 234; véase también Wagner, G., «§ 1025 – Scope of Application», en Nacimiento, P., y otros (coord.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, Deventer: Kluwer, 2015, p. 63 («By allowing the parties to designate the place of arbitration (§ 1043 (1) ZPO) and at the same time authorizing the tribunal to conduct the proceedings virtually anywhere (§ 1043 (2) ZPO), the place of arbitration may in fact be chosen with an eye towards the applicable law of arbitration only. The question of where it is most convenient to meet and hold hearings should really be of no concern in this context»).
5. Véase también Mance, J., *op. cit.* (nota 3), p. 223 («La evidencia empírica sugiere que la elección de la sede suele ser el resultado de una cuidadosa consideración de las consecuencias legales y no una mera cuestión de conveniencia»).
6. Born, G. B., *International Commercial Arbitration*, 3.<sup>a</sup> ed., Deventer: Kluwer, 2021, p. 1650; véase también Abdul Rahman, A., «Islamic finance arbitration: enforceability under the New York Convention 1958 of arbitration awards made following a reference to the Shariah Advisory Council under the Central Bank of Malaysia Act 2009», en 35 *Arb. Int'l*, 2019, p. 252 («The seat is the legal or juridical home of the arbitration»).

relevancia jurídica<sup>7</sup>, hasta el punto de que algunos encuestadores afirmaron que «el hecho de que muchos abogados de empresa consideren la elección de la sede más como una cuestión de conveniencia que de relevancia jurídica puede sugerir que algunos no aprecian plenamente la importancia de elegir la sede adecuada para el arbitraje internacional. Puede que algunos abogados de empresa no tengan claro que la elección de la sede es una decisión táctica que puede ayudarles a conseguir el mejor resultado para sus negocios»<sup>8</sup>. La encuesta de 2015 mostró, sin embargo, que las actitudes han cambiado y que «las preferencias por determinadas sedes se deben predominantemente a la evaluación que hacen los usuarios de la infraestructura jurídica formal de la sede: la neutralidad e imparcialidad del sistema jurídico; la legislación nacional de arbitraje aplicable; y la actitud de los tribunales respecto a las cláusulas de arbitraje y los laudos»<sup>9</sup>. Sobre esta base, la encuesta de 2015 concluyó que «nunca se insistirá lo suficiente en la importancia de seleccionar una sede adecuada para el arbitraje internacional. La elección de la sede afecta a los procedimientos arbitrales de varias maneras, como [...] la jurisdicción de apoyo de los tribunales nacionales de la sede»<sup>10</sup>. Esta conclusión apoya la opinión de que «mucho más importante que la conveniencia logística y el coste [...] es el efecto de la ley de la sede sobre el arbitraje, tanto directamente como indirectamente»<sup>11</sup>. A la luz de esto, no es de extrañar que algunos estudiosos sostengan que «la elección del "lugar", "sede" o "situs" del arbitraje [...] es una de las opciones más importantes del proceso arbitral»<sup>12</sup> y que «la elección de la

7. Véase *International arbitration: Corporate attitudes and practices 2006*, disponible en: [www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/IAstudy\\_2006.pdf](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/IAstudy_2006.pdf) («*Legal considerations were chosen as the single most important factor by the highest number of respondents. Convenience came a close second*»).

8. *Ibid.*

9. *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, disponible en: [www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015\\_International\\_Arbitration\\_Survey.pdf](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf).

10. *Ibid.*; véase también Mance, J., *op. cit.* (nota 3), pp. 234-235.

11. Born, G. B., *op. cit.* (nota 6), p. 2207; véase también Cordero-Moss, G., «International Arbitration is not Only International», en Cordero-Moss, G. (coord.), *International Commercial Arbitration. Different Forms and their Features*, 2013, Cambridge, CUP, p. 8 («*the place of arbitration [...] should be chosen first of all out of legal considerations*»).

12. Gusy, M., Hosking, J. M., *Guide to the ICDR International Arbitration Rules*, 2.<sup>a</sup> ed., Oxford: OUP, 2018, p. 177; véase también Öztürk Yurdakul, M. y Turhan, G., «The Significance of the Place of Arbitration», en 22 *GSI ARTICLETTER*, 2020, p. 210 («*[d]etermination of the place of arbitration is one of the most important features of the settling of disputes by way of arbitration*»); Sabater, A., «Cuando el arbitraje comienza sin sede», en 27 *J. Int'l Arb.* 2010, p. 443 («*the selection of the seat is one of the most critical decisions in any arbitration*»); Shaughnessy, P., «*The Right of the Parties to Determine the Place of an International Commercial Arbitration*», en *Stockholm Int'l Arb. Rev.*, 2005, p. 1335 («*The selection of the place of the arbitration [...] is one of the most important aspects of an international arbitration agreement*»); Wilske, S., Fox, T. J., «The Arbitrator and the Arbitration Procedure – The Global Competition for the "Best" Place for International Arbitration – Myth, Prejudice,

sede del arbitraje es quizás el punto más importante de la negociación relativa a la cláusula arbitral, ya que es decisiva para establecer las normas de procedimiento e identificar el tribunal que debe actuar tanto como "juez de apoyo" como órgano de supervisión»<sup>13</sup>. Estas declaraciones ponen de relieve «el importante, si no crucial, papel que la ley del lugar del arbitraje desempeña en el derecho y la práctica del arbitraje moderno»<sup>14</sup>. Según De Ly, esta importancia también se pone de manifiesto en el hecho de que en las últimas décadas se han hecho muchos esfuerzos para introducir reglas claras sobre cómo identificar la sede<sup>15</sup> a fin de «evitar las incertidumbres asociadas a la identificación de la sede del arbitraje»<sup>16</sup>. «Estos esfuerzos [son] señales claras de que el derecho y la práctica del arbitraje son muy conscientes de la relevancia de la ley de la sede del arbitraje para el arbitraje comercial internacional»<sup>17</sup>.

Lo anterior no significa que no haya que tener en cuenta las consideraciones prácticas<sup>18</sup>. Sin embargo, estas consideraciones pasan a un segundo plano

---

and Reality Bits», en *Austrian Arb. YB.*, 2009, p. 385 («*The selection of the place of arbitration is of great consequence and may well be the second most important decision following the choice of the arbitrators in preparing for an international arbitration*»).

13. Rubins, N., «The Arbitral Seat Is No Fiction: A Brief Reply to Tatsuya Nakamura's Commentary», en *16 Mealey's Int'l Arb. Rep.*, 2001, p. 27; véase también las *IBA Arbitration Clause Guidelines, Guideline 4 (Basic Drafting Guidelines), comment 21* («*Close attention must be paid to the legal regime of the chosen place of arbitration because this choice has important legal consequences under most national arbitration legislations as well as under some arbitration rules*»).
14. De Ly, F., «The Place of Arbitration in the Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: An Exercise in Arbitration Planning», en *12 Nw. J Int'l L. & Bus.*, 1991, p. 53.
15. Véase De Ly, F., *Ibid.*, p. 59, donde el autor afirma que «*la evolución reciente muestra que se está poniendo más cuidado para determinar la sede del arbitraje con más precisión*». Para escritos sobre la identificación de la sede del arbitraje, véase, por ejemplo, Hill, J., «Determining the Seat of an International Arbitration: Party Autonomy and the Interpretation of Arbitration Agreements», en *63 Int'l & Comp. L. Q.* 2014, pp. 517 ss.; Jarvin, S., «The place of arbitration: a review of the ICC Court's guiding principles and practice when fixing the place of Arbitration», en *7 ICC Bull.*, 1996, pp. 54 ss.; Verbist, H., «The practice of the ICC International Court of Arbitration with regard to the fixing of the place of arbitration», en *12 Arb. Int'l*, 1996, pp. 347 ss.; Zhao, X., «On the Legal Place of Arbitration and its Determination», en *Front Law China*, 2007, pp. 636 ss.
16. De Ly, F., *op. cit.* (nota 14), pp. 59-60; véase también Söderlund, C., «Decisión del Tribunal de apelación de Svea, Suecia, dictada en 2005 en el asunto n.º T 1038-05. Observaciones», en *Stockholm Int'l Arb. Rev.*, 2005, p. 1346 (donde el autor afirma que cuando la determinación de la sede «*suffers from any degree of uncertainty, parties to international arbitrations will be confronted with unacceptable scenarios; either one where no national court at all will supervise the arbitration and the ensuing award – i.e., a clear-cut case of déni de justice – or one where state courts of different national jurisdictions will all consider themselves competent to deal with, for example, matters of challenges of awards*»).
17. De Ly, F., *op. cit.* (nota 14), p. 60.
18. Born, G. B., *op. cit.* (nota 6), p. 2207 («a menudo se da a estos factores una importancia indebida, pero pueden, no obstante, ser importantes para el desarrollo de un arbitraje»).

frente a las implicaciones legales de la elección de la sede del arbitraje<sup>19</sup>. Este trabajo se centrará en estas implicaciones.

Cualquier análisis sobre la importancia de la sede del arbitraje no puede dejar de inspirarse en las palabras de Mann, a las que se alude con frecuencia en el debate sobre el tema, en su artículo de 1967 titulado «*Lex Facit Arbitrum*»<sup>20</sup>. Según Mann, «[e]n el sentido jurídico no existen arbitrajes comerciales internacionales [...], todo arbitraje es un arbitraje nacional, es decir, sujeto a un sistema específico de Derecho nacional»<sup>21</sup>. No solo eso, «nadie [...] ha podido señalar ninguna disposición o principio jurídico que permita a los individuos actuar fuera de los límites de un sistema nacional de Derecho; incluso la idea de la autonomía de las partes solo existe en virtud de un determinado sistema nacional de Derecho, y en diferentes sistemas puede tener características y efectos diferentes. Del mismo modo, cualquier arbitraje está necesariamente sujeto a la ley de un determinado estado. Ningún particular tiene el derecho o la facultad de obrar en un plano diferente al del Derecho nacional. Todo derecho o facultad de que goza un particular se confiere inexorablemente o se deriva de un sistema de Derecho nacional que, por conveniencia y tradición, puede denominarse *lex fori*, aunque sería más exacto (pero también menos familiar) hablar de *lex arbitri* o, en francés, *la loi de l'arbitrage*»<sup>22</sup> que, según Mann, «no puede ser la ley de un país distinto al de la sede del tribunal arbitral»<sup>23</sup>.

Y es a la luz de esta «comprensión positivista del Derecho y de la soberanía territorial de los Estados»<sup>24</sup> que debe evaluarse tanto el debate sobre la

19. Cabe señalar que, en ausencia de una elección de sede por las partes, las consideraciones prácticas pueden desempeñar un papel en la determinación de la sede de un arbitraje; véase, por ejemplo, el art. 1043(1) del Código de procedimiento civil alemán («*Die Parteien können eine Vereinbarung über den Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens treffen. Fehlt eine solche Vereinbarung, so wird der Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens vom Schiedsgericht bestimmt. Dabei sind die Umstände des Falles einschließlich der Eignung des Ortes für die Parteien zu berücksichtigen*»).

20. Véase Mann, F. A., «*Lex Facit Arbitrum*», en Sanders, P., (coord.), *International Arbitration. Liber Amicorum per Martin Domke*, La Haya: Martinus Nijhoff, 1967, pp. 157 ss., reimpresso como «*The UNCITRAL Model Law – Lex Facit Arbitrum*», en 2 *Arb. Intl.* 1986, pp. 241 ss.

21. Mann, F. A., *The UNCITRAL Model Law – Lex Facit Arbitrum*, *ibid.*, p. 244.

22. Mann, F. A., *The UNCITRAL Model Law – Lex Facit Arbitrum*, *ibid.*, p. 245.

23. *Ibid.*

24. Teramura, N., «*Ex Aequo et Bono and Arbitration Theories: an Arbitrator's Subjective Perspective of Fairness as the Final "Gap-Filler"*», en *ASA Bull.*, 2020, p. 353; véase también Barry, M., «*The Role of the Seat in International Arbitration: Theory, Practice, and Implications for Australian Courts*», en 32 *J. Int'l Arb.* 2015, p. 295 (donde el autor califica la posición de Mann como «fuerte adhesión al positivismo estatal»); Trakman, L., «*Domestic Courts Declining to Recognize and Enforce Foreign Arbitral Awards: A Comparative Reflection*», en 6 *Chinese J. Comp. L.*, 2008, p. 179 («visión soberanista»).

deslocalización<sup>25</sup>, «en curso desde los años 50»<sup>26</sup>, así como el impulso más reciente hacia un arbitraje autónomo<sup>27</sup> y un ordenamiento jurídico arbitral<sup>28</sup>. Estos dos movimientos comparten un objetivo común, a saber, limitar la injerencia de los Estados en el arbitraje internacional. «Donde los defensores de la autonomía se diferencian de sus predecesores es en el alcance de sus ambiciones. El objetivo de la deslocalización era simplemente romper el vínculo entre la ley nacional de la sede y el desarrollo del arbitraje y la ejecución del laudo»<sup>29</sup> con el fin de «liberar el proceso arbitral de cualquier vínculo imperativo con los tribunales de la sede del arbitraje»<sup>30</sup>. En otras palabras, este último movimiento tenía como objetivo «únicamente» «desmitificar la sede»<sup>31</sup>, «permitir que el proceso arbitral sea independiente del sistema jurídico nacional de la sede del arbitraje»<sup>32</sup>, mientras que los «autonomistas»<sup>33</sup> pretendían, y siguen pretendiendo, algo mucho más, a saber, «un ordenamiento jurídico arbitral que exista de algún modo independientemente de los ordenamientos jurídicos estatales e internacionales»<sup>34</sup>.

Pero ni los «autonomistas» ni los «deslocalizadores»<sup>35</sup> han conseguido su

- 
25. Véase, además de los artículos citados en la nota 2, Paulsson, J., «Arbitration Unbound: An Award Detached from the Law of the Country of Origin», en 30 *Int'l & Comp. L. Q.*, 1981, pp. 358 ss.; Paulsson, J., «Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters», en 32 *Int'l & Comp. L. Q.*, 1983, pp. 53 ss.
  26. *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c. Ministerio de Asuntos Religiosos, Gobierno de Pakistán*, 3 de noviembre de 2010, [2010] UKSC 46, párrafo 117.
  27. Véase, entre otros muchos, Ancel, J.-P., «L'arbitrage international en France», en *Arch. Phil. Dr.*, 2009, pp. 197 ss.; Racine, J.-B., «L'autonomie de l'arbitrage commercial international», en *Rev. Arb.*, 2005, pp. 305 ss.
  28. Véase, por ejemplo, Goldman, B., «Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé», en 109 *Rec. cours*, 1963, 379-380 («à moins de s'en tenir à la référence rationnellement injustifiée au système de rattachement du siège arbitral [...] toute recherche d'un système de rattachement [...] débouche sur l'inéluctable nécessité d'un système autonome, et non national»).
  29. Fauvrelle, M. R., «Beyond the Dream: Theorising Autonomy in International Arbitration», en 63 *Scandinavian Stud. L.*, 2017, p. 46.
  30. Paulsson, J., «Arbitration Unbound», *op. cit.* (nota 25), pp. 361-362.
  31. Olakunle, O., «Delocalized Arbitration under the English Arbitration Act 1996: An Evolution or a Revolution», en 30 *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, 2003, p. 55.
  32. Saghir, Z. y Nyombi, C., «Delocalisation in international commercial arbitration: a theory in need of practical application», en 27 *Int'l Comp. & Com. L. Rev.*, 2016, p. 270; véase también Olakunle, *op. cit.* (nota 31), p. 52 («neither affected by the strengths and weaknesses of a municipal order [of the seat] or automatically subject to the municipal order»).
  33. Para el uso de esta expresión, véase, por ejemplo, Abdel Wahab, M. S., «Expedited Institutional Arbitral Proceedings Between Autonomy and Regulation», en Lévy, L. y Polkinghorne, M., (coord.), *Expedited Procedures in International Arbitration*, Deventer: Kluwer, 2017, p. 135; Yu, H., «Theoretical Overview of the Foundations of International Commercial Arbitration», en 1 *Contemp. Asia Arb. J.*, 2008, pp. 280 y 282; Munir Maniruzzaman, A. F., «State Contracts and Arbitral Choice-of-Law Process and Techniques», en 15 *J. Int'l Arb.*, 1998, p. 70.
  34. Fauvrelle, M. R., *op. cit.* (nota 29), p. 47.
  35. Chan, R. Y., «The Enforceability of Annulled Foreign Arbitral Awards in the United States: A Critique of Chromalloy», en 17 *BU Int'l L. J.*, 1999, p. 152 («[i]n the

objetivo final<sup>36</sup>, y hoy en día la ley de la sede del arbitraje sigue teniendo una importancia capital<sup>37</sup>. Esto no significa que uno pueda adherirse a lo que se ha llamado la teoría «monolocal»<sup>38</sup>, entendida como la teoría que sostiene que la ley de la sede opera como fuente exclusiva del proceso arbitral, como si *sola lex situs facit arbitrum*. Si aún es la *lex loci arbitri* «la que proporciona principalmente al arbitraje su marco regulador, en forma de normas básicas bajo las cuales puede desarrollarse válidamente la actividad arbitral en la sede del arbitraje»<sup>39</sup>, permitiendo así que la sede mantenga su importancia «crucial»<sup>40</sup>, la normativa de la sede no es necesariamente la única que debe aplicarse en un arbitraje internacional<sup>41</sup>. En otras palabras, la soberanía normativa del Estado de la sede del arbitraje no es necesariamente la única que entra en juego durante las distintas etapas del ciclo de vida de un arbitraje<sup>42</sup>. Esto se debe a que esta soberanía normativa se encuentra con limitaciones tanto substantivas como territoriales, por lo que puede ser necesario, según la cuestión concreta

---

*absence of an international treaty that sanctions [delocalization], such a system has not become a reality, thus far existing only in "academic dreamland"»); Blackaby, N. y otros (coord.), AA.VV. Redfern y Hunter on International Arbitration, 6.ª ed., Deventer/Oxford, Kluwer/OUP, 2015, p. 184 («It seems, for now, that the movement in favour of total delocalisation, in the sense of freeing an international arbitration from control by the lex arbitri, remains aspirational»).*

36. Véase Lord Mustill en *Coppée-Lavalin v. Ken-Gen Chemicals*, (1994) 170 N. R. 203 (HL), quien, con respecto al «*theoretical ideal which posits that international arbitration [...] is a self-contained juridical system, by its very nature separate from national systems of law, and indeed antithetical to them*» (párr. 23), afirma que «*doubt[s] whether in its purest sense the doctrine now commands widespread support*» (párr. 24).
37. Véase también *General Provisions – Reporters' Notes, Restatement of the U.S. Law of International Commercial and Investor-State Arbitration, Proposed Final Draft of April 24, 2019*, p. 88 («[t]he choice of the seat [continues to] carry manifold jurisdictional and governing law implications»).
38. Véase, por ejemplo, Barry, M., *op. cit.* (nota 24), pp. 294 ss.; Bentolila, D., *Arbitrators as Lawmakers*, Deventer: Kluwer, 2017, pp. 8-9; Gaillard, E., *Legal Theory of International Arbitration*, La Haya: Martinus Nijhoff, 2010, pp. 15 ss.
39. Bermann, G. A., «International Arbitration and Private International Law», en 381 *Rec. cours*, 2017, p. 190; véase también Bentolila, *op. cit.* (nota 38), p. 8 («*The law of the seat of the arbitration remains applicable to international arbitrations taking place in its territory and allows the courts of the seat to set aside the arbitral awards made in their territory*»).
40. Bermann, *Ibid.*, p. 194; De Ly, *op. cit.* (nota 14), p. 53.
41. Jacquet, J.-M., «La lex arbitri dans l'arbitrage commercial international: mythe ou réalité?», en *Unité et diversité du droit international: écrits en l'honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy*, La Haya: Brill, 2014, p. 671 («*la lex arbitri est la loi relative à l'arbitrage qui est en vigueur dans le pays du siège du tribunal arbitral. Pour exacte qu'elle soit dans un nombre de cas très majoritaire, cette affirmation mérite d'être précisée et nuancée. Car, si le siège du tribunal arbitral joue effectivement un rôle éminent, celui-ci n'est cependant pas exclusif*»).
42. Von Mehren, A., «Limitations on Party Choice of Governing Law: Do They Exist for International Commercial Arbitration?», en *The Mortimer and Raymond Sackler Institute of Advanced Studies*, 1986, pp. 19-20 («*in the case of international commercial arbitration, [regulatory sovereignty] is diffuse or distributed*»).

que se vaya a tratar –y por quién<sup>43</sup> y en qué fase del procedimiento arbitral–, invocar la soberanía normativa de Estados distintos del Estado de la sede<sup>44</sup>. Esto puede conducir a una abundancia de soberanía normativa, que también puede dar lugar a conflictos, como en el caso de los procedimientos paralelos, pero nunca puede conducir a un vacío de soberanía normativa<sup>45</sup>. Por lo tanto, todas las cuestiones que pueden surgir en el arbitraje están, en palabras de Mann, «sujetas a un sistema específico de Derecho interno»<sup>46</sup> (entendido como expresión de la soberanía normativa de un Estado, que también incluye la decisión de poner en vigor los convenios internacionales). Así pues, es en el Derecho nacional donde radica la «jurisdicción»<sup>47</sup> del arbitraje<sup>48</sup>, definida por Gaillard como «el lugar de donde procede el poder [de los árbitros] y la naturaleza jurídica del proceso y de la decisión resultante»<sup>49</sup>. Como afirma Park, «la ley nacional [...] confiere al arbitraje su carácter jurídicamente vinculante»<sup>50</sup>. Pero esto no significa que todas las cuestiones estén necesariamente sujetas a una sola ley nacional<sup>51</sup>, como la de la sede; múltiples leyes nacionales pueden ser –y generalmente lo son– aplicables al mismo arbitraje<sup>52</sup>. En otras palabras, *plures leges faciunt arbitrum*. El Derecho nacional específico aplica-

43. Véase Bentolila, D., *op. cit.* (nota 38), p. 12 [*the law applicable to international arbitration (or to an aspect of it) will depend on the forum that is called to decide the issue in question – and some issues may be governed by one law and others by other laws. Indeed, the courts of the seat are not the only courts having jurisdiction to assist and control international arbitration*].
44. Véase también Fauvrelle, M. R., *op. cit.* (nota 29), p. 52 («*more than one state may legitimize or validate the arbitration agreement, the arbitral proceeding and the award that flow from the exercise of that will*»).
45. Véase Abdal Rahman, A., *op. cit.* (nota 6), pp. 252-253 («*Assigning a home for the arbitration arises from an "appreciation that an arbitration" cannot take place in some transnational void*»).
46. Mann, F. A., «The UNCITRAL Model Law – Lex Facit Arbitrum», *op. cit.* (nota 20), p. 244.
47. Gaillard, E., *Legal Theory of International Arbitration*, *op. cit.* (nota 38), p. 2.
48. *Contra* véase, por ejemplo, Hascher, D., «Francia», en *The Review of International Arbitral Awards*, 2010, p. 97 («*there is an arbitral legal order, which is distinct from the legal order of individual States [...]. It is this arbitral legal ord-r – and no national legal ord-r – that confers jurisdiction to arbitration*»).
49. Gaillard, E., *Legal Theory of International Arbitration*, *op. cit.* (nota 38), p. 2.
50. Park, W. W., «Judicial Controls in the Arbitral Process», en 5 *Arb. Int'l*, 1989, p. 236; véase también Radicati di Brozolo, L., «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: The Control System of Arbitral Awards: A Pro-Arbitration Critique of Michael Reisman's "Architecture of International Commercial Arbitration"», en Van den Berg, J. A., (coord.), *Arbitration: The Next Fifty Years*, Deventer: Kluwer, 2012, p. 75 («*Arbitration cannot exist and operate as a legal mechanism for the settlement of disputes, domestic and international, unless it is tolerated and supported by States*»).
51. Bermann, G. A., *op. cit.* (nota 39), p. 213 («*arbitral tribunals derive their legitimacy not from being rooted in any single national legal system, but rather from the recognition that multiple jurisdictions are willing to accord to the arbitral proceedings and the arbitral award they produce*»).
52. Véase Mistelis, L., «Reality Test: Current State of Affairs in Theory and Practice Relating to "Lex Arbitri"», en 17 *Am. Rev. Int'l Arb.*, 2006, p. 156 («*A closer look at the arbitration process reveals a number of legal systems or sets of rules and standards that may be relevant*»).

ble a una cuestión determinada dependerá del contexto en el que se aborde la cuestión y de quién y en qué fase<sup>53</sup>. Pero será una ley nacional. *Plures leges, sed leges faciunt arbitrum*. Y es este Derecho nacional aplicable el que decide también el alcance de la autonomía concedida a las partes (y a los árbitros)<sup>54</sup> en una cuestión determinada. No hay autonomía de las partes sin un sistema jurídico aplicable que la conceda<sup>55</sup>. Sin embargo, conviene subrayar de nuevo que el sistema jurídico aplicable no tiene por qué ser el de la sede del arbitraje.

## II. LA IMPORTANCIA QUE SIGUE TENIENDO LA SEDE DEL ARBITRAJE EN LA FASE PREVIA A LA EMISIÓN DEL LAUDO

Aunque el Derecho de la sede no es el único que puede ser relevante, mantiene su posición preeminente entre los que pueden aplicarse en relación con un arbitraje concreto, a modo de *primus inter pares*. Por lo tanto, la determinación de la sede del arbitraje sigue siendo de suma importancia y constituye una importante herramienta de planificación<sup>56</sup>, como también señala De

- 
53. Véase Bentolila, D., *op. cit.* (nota 38), pp. 12-13 «*the law applicable to international arbitration (or to an aspect of it) will depend on the forum that is called to decide the issue in question – and some issues may be governed by one law and others by other laws. Indeed, the courts of the seat are not the only courts having jurisdiction to assist and control international arbitration. [...] Each of these jurisdictions may apply different laws to the arbitration or to some aspects of it*»).
54. Véase Park, W. W., *op. cit.* (nota 50), p. 237, donde el autor afirma que «*[t]he authority of an arbitrator therefore, derives not only from the consent of the parties, but also from the several legal systems that support the arbitral process the law that enforces the agreement to arbitrate, the forum called on to recognise and enforce the award, and the law of the place of the proceedings*».
55. Véase Radicati di Brozolo, L., «The Impact of National Law and Courts on International Commercial Arbitration: Mythology, Physiology, Pathology, Remedies and Trends», en *Paris J. Int'l Arb.*, 2011, p. 666 («*Arbitration admittedly rests on party autonomy and the parties enjoy a very considerable freedom to lay down the rules they choose, and State interference has become very limited. Nonetheless, it is a truism that party autonomy can produce the desired effects only insofar as that is permitted by national legal systems. This applies to arbitration just as it does to any type of contract*»); Cordero-Moss, G., *International Commercial Contracts*, Cambridge, CUP, 2014, p. 135 («*party autonomy is recognised as a conflict rule in the vast majority of states participating in international trade and business. However, this does not mean, as some voices enthusiastically maintain, that party autonomy is a universal principle of transnational law, which is generally recognised and therefore not rooted in any specific state law*»). Para un análisis detallado de la autonomía de la voluntad y sus límites derivados de la ley de arbitraje aplicable, véase, por ejemplo, Cordero-Moss, G., «Limitations on party autonomy in international commercial Arbitration», en 372 *Rec. cours*, 2015, pp. 114 ss.; Ferrari, F., y Rosenfeld, F., *Limitations to Party Autonomy in International Arbitration*, en Ferrari, F., y otros (coord.), *Cambridge Compendium of International Commercial and Investment Arbitration*, Cambridge, CUP, 2022 (en prensa).
56. Véase también De Ly, F., «Forum Shopping and the Determination of the Place of Arbitration», en Ferrari, F. (coord.), *Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context*, Mónaco: Sellier, 2013, p. 61.

Ly: «si las partes no determinan la sede del arbitraje, pierden inmediatamente una herramienta de planificación muy importante y, en consecuencia, pueden enfrentarse a escenarios imprevisibles en cualquier etapa del procedimiento de arbitraje»<sup>57</sup>. Esto es así aunque, como sugiere Born, «la importancia práctica de la ley de la sede se ha erosionado en las últimas décadas debido a la convergencia de las leyes de arbitraje de varias jurisdicciones desarrolladas, y debido a la imposición de estándares internacionales en virtud de la Convención de Nueva York»<sup>58</sup>. Sin embargo, en la medida en que sigan existiendo diferencias entre los distintos regímenes de arbitraje<sup>59</sup>, y hay muchas<sup>60</sup>, incluso diferencias sustanciales<sup>61</sup>, seguirá existiendo una «competencia normativa internacional»<sup>62</sup>. Esto significa, a su vez, que la elección de «la sede del arbitraje

57. De Ly, F., «The Place of Arbitration», *op. cit.* (nota 14), p. 56.

58. Born, G. B., *op. cit.* (nota 6), pp. 1652-1653; véase también Brazil-David, R., «Harmonization and Delocalization of International Commercial Arbitration», en 28 *J. Int'l Arb.*, 2011, p. 445 («*there has been an effort to harmonize the law and practice of international commercial arbitration and, therefore, reduce the impact of national laws on international commercial arbitration*»).

59. Véase, por ejemplo, Belohlavek, A., «Importance of the Seat of Arbitration in International Arbitration: Delocalization and Denationalization of Arbitration as an Outdated Myth», en *ASA Bull.*, 2013, p. 268 («*the precise scope of the lex arbitri may differ from one jurisdiction to another, because the states determine what issues relating to arbitration conducted in their territory will be regulated and how*»).

60. Brasil-David, R., *op. cit.* (nota 58), p. 466 («*the legal framework of international commercial arbitration is neither truly international nor harmonized, and peculiarities of national laws still need to be taken into consideration*»).

61. Véase Radicati di Brozolo, L., «The Impact of National Law», *op. cit.* (nota 55), p. 669 («*Despite the increasing liberalization of national laws and the central role accorded by them to party autonomy, differences between the arbitration laws of individual States remain and in some instances are substantial*»); Radicati di Brozolo, L., *The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice*, *op. cit.* (nota 55), p. 78 («*Predictably there still exist divergences, at times significant ones, between different legal systems even as to how they apply apparently similar rules, including those of the New York Convention, as well as in their overall attitude towards arbitration*»).

62. De Ly, F., «The Place of Arbitration», *op. cit.* (nota 14), p. 48; véase también Guo, Y., «From Conventions to Protocols: Conceptualizing Changes to the International Dispute Resolution Landscape», en *J. Int'l Disp. Settlement*, 2020, p. 223 (menciona una «*form of regulatory competition in which States, inter alia, have created "arbitration havens" to attract transnational business*»); Working Group ICC – France, «Observations on the Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States of the European Union ("Schlosser Report")», en *Trans. Disp. Mgmt.*, 2009, disponible en: [www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1423](http://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=1423) («*Places of arbitration are competing fiercely to attract arbitration to their respective territories*»). Para un análisis detallado de esta competencia normativa en el ámbito del arbitraje, véase, por ejemplo, Dezalay, Y. y Garth, B., «Merchants of Law as Moral Entrepreneurs: Constructing International Justice from the Competition for Transnational Business Disputes», en 29 *L. & Soc. Rev.*, 1995, pp. 27 ss.; Drahozal, C. R., «Regulatory Competition and the Location of International Arbitration Proceedings», en 24 *Int'l L. & Econ.*, 2004, pp. 371 ss.; Zajdela, B., «L'arbitrage international: une terre fertile pour la concurrence normative?», en Sefton-Green, R., Usunier, L. (coords.), *La concurrence normative. Mythes et réalités*, París: LGDJ, 2013, pp. 149 ss.

sigue desempeñando un papel único, y a menudo fundamental, en el proceso arbitral internacional en virtud de la Convención [de Nueva York] y de la legislación arbitral nacional»<sup>63</sup>. Esto se debe a que la sede suele anclar el arbitraje al sistema jurídico del Estado en el que tiene lugar, aunque esto ha sido cuestionado –incluso en voz alta–<sup>64</sup> por muchos. Esto se debe a que el Derecho arbitral de la mayoría de los países establece –a través de una norma de conflicto unilateral–<sup>65</sup> que se aplican siempre que la sede del arbitraje se encuentre en el país<sup>66</sup>. Con ello, estos Derechos de arbitraje otorgan a la competencia y a la elección de la sede la importancia fundamental antes mencionada y, al mismo tiempo, abren la puerta a lo que se ha denominado «*place of arbitration shopping*»<sup>67</sup>, es decir, la búsqueda de la *lex arbitri* más conveniente<sup>68</sup>. En efecto, «al fijar la sede de su arbitraje en un país cuyas leyes utilizan la sede como criterio de aplicación, las partes se aseguran de desencadenar la aplicación de estas leyes»<sup>69</sup>.

Como ejemplo muy elocuente, puede bastar recordar el art. 1(2) de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, según el cual –tanto en la versión de 1985 como en la de 2006– «[l]as disposiciones de la presente Ley, con excepción de [artículos específicos], se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio de este Estado». Esta disposición, transpuesta en muchos regímenes nacionales de arbitraje basados en la Ley Modelo de la CNUDMI<sup>70</sup>, incluido, por poner un ejemplo, el § 1025(1) de la *Zivilprozessordnung* alemana, pero también identificable en regímenes de arbitraje no basados en la Ley Modelo de la CNUDMI<sup>71</sup>, como los regímenes

63. De Ly, F. «The Place of Arbitration», *op. cit.* (nota 14), p. 48.

64. Véase, por ejemplo, Gaillard, E., *Legal Theory of International Arbitration*, *op. cit.* (nota 38., *passim*; Paulsson, J., *Arbitration in Three Dimensions*, *op. cit.* (nota 2), pp. 293-296.

65. Para esta calificación, véase Wagner, G., *op. cit.* (nota 4), p. 62; véase también Jacquet, J.-M., *op. cit.* (nota 41), p. 671 («*La démarche est indiscutablement unilatéraliste car, en procédant de la sorte, ces lois indiquent leur volonté d'application et postulent clairement leur indifférence à une application qui irait au-delà des critères qu'elles ont elles-mêmes retenus*»).

66. Véase Cordero-Moss, G., «International Arbitration is not Only International», *op. cit.* (nota 11), p. 14 («*Generally, arbitration is governed by the arbitration law of the place where the tribunal has its venue*») (énfasis añadido).

67. De Ly, F. «The Place of Arbitration», *op. cit.* (nota 14), p. 80.

68. Véase también Redfern y Hunter sobre el arbitraje internacional, *op. cit.* (nota 35), pp. 183-184 («*The fact that different states have different laws governing international arbitration and that some of these laws may not be well suited to this task has [...] practical consequences [...] it means that not every country is a suitable situs for international arbitration and that a certain amount of "forum shopping" is advisable*»).

69. Jacquet, J.-M., *op. cit.* (nota 41), p. 672.

70. Véase, por ejemplo, el art. 2 de la Ley de arbitraje comercial internacional de Argentina de 2018; el art. 577(1) del Código de procedimiento civil de Austria; el art. 5(1) de la Ordenanza de arbitraje de Hong Kong; el art. 1 de la Ley de arbitraje de Japón de 2003; el art. 1(1) de la Ley de arbitraje de España de 2003.

71. Véase también Harisankar, K. S., «Supervisory Jurisdiction of Indian Courts in Foreign Seated Arbitration: The Beginning of a New Era or the End of Bhatia Doctrine», en *Arbi-*

de arbitraje inglés<sup>72</sup> y suizo<sup>73</sup>, hace aplicable la ley del país donde se sitúa el arbitraje como *lex arbitri*<sup>74</sup>. Según algunos estudios, esto fomentaría la seguridad sin sacrificar la autonomía de las partes<sup>75</sup>, en primer lugar, porque las partes tienen derecho a elegir la sede del arbitraje y, en segundo lugar, porque muchas de las disposiciones contenidas en las leyes nacionales de arbitraje no son obligatorias. «Hay muy poco *ius cogens* dentro de las legislaciones de arbitraje; la mayoría de las disposiciones son solo de carácter dispositivo»<sup>76</sup>. Esto se debe al hecho de que el movimiento hacia la deslocalización mencionado anteriormente, así como el movimiento hacia la creación de un ordenamiento jurídico arbitral autónomo, han tenido, sin embargo, un impacto en muchas leyes nacionales de arbitraje haciéndolas más permeables a la autonomía de las partes. Pero, en la medida en que la autonomía de las partes puede tener algún efecto, sigue siendo una cuestión que siempre puede evaluarse sobre la base de la ley nacional de arbitraje aplicable a la cuestión específica respecto de la cual se reclama la autonomía. No hay autonomía de las partes sin un sistema jurídico que la conceda. Y en los Estados en los que la ley de arbitraje se basa en la sede como factor de conexión, este sistema jurídico es, al menos *a priori*, el de la sede. En estos Estados, es este sistema legal el que ofrece, al menos *a priori*, la *lex arbitri*, «el conjunto de reglas que establece una norma externa al acuerdo de arbitraje, y a la voluntad de las partes, para la realización del mismo»<sup>77</sup>. Es esta ley la que establece los límites externos a la autonomía de las partes en relación con las cuestiones que regula esta ley<sup>78</sup>, entre las que se encuentran, por poner algunos ejemplos, la validez del acuerdo de arbitraje, la arbitrabilidad de una cuestión concreta, la composición del tribunal arbitral, la existencia y el alcance de la competencia del tribunal arbitral para decidir

---

*tration Brief*, 2013, p. 61 («In most legal systems, the arbitration law of a state is territorial in scope, regulating arbitration proceedings that have their seat within the territory of that state and not the foreign arbitrations»).

72. Véase, por ejemplo, el art. 2 de la Ley de arbitraje inglesa de 1996; en la jurisprudencia inglesa, véase *Lesotho Highlands Dev. Auth. v Impregilo SpA* [2006] 1 AC 221, ¶20 («The Act is engaged where the "seat" of the arbitration is in England and Wales or Northern Ireland... This is a reference to "the juridical seat" of the arbitration designated, inter alia, by the parties to the arbitration agreement»).
73. Véase el art. 176(1) de la Ley federal suiza de derecho internacional privado.
74. Véase Gusy, M., Hosking, J. M., *op. cit.* (nota 12), p. 176 («The law at the seat usually provides the applicable *lex arbitri*»).
75. Véase Wagner, G., *op. cit.* (nota 4), p. 63.
76. *Ibid.*
77. Gusy, M., Hosking, J. M., *op. cit.* (nota 12), p. 177; *Redfern y Hunter on International Arbitration*, *op. cit.* (nota 35), p. 167; Ahmed, M., «The Influence of the Delocalisation and Seat Theories upon Judicial Attitudes Towards International Commercial Arbitration», en *77 Int'l J. Arb.*, 2011, p. 407; en jurisprudencia, véase *Smith Ltd v H International* [1991] 2 *Lloyd's Rep.* 127, 130.
78. Véase Radicati di Brozolo, L., *The Impact of National Law*, *op. cit.* (nota 55), p. 666 («despite the great degree of freedom from States that arbitration has acquired, in practical terms this freedom remains a concession by States»).

sobre su propia jurisdicción y los requisitos para ello, el alcance de la injerencia y la asistencia de los tribunales estatales en los procedimientos arbitrales<sup>79</sup>, la posibilidad de que los tribunales arbitrales dicten medidas provisionales<sup>80</sup> y las cuestiones de representación procesal en los procedimientos arbitrales internacionales.

Y es siempre la *lex loci arbitri* la que define si es posible celebrar las audiencias y las deliberaciones en un lugar y un Estado distintos al de la sede y cuáles son los efectos de tal opción<sup>81</sup>. Por lo tanto, limitarse a afirmar que «las audiencias [y las deliberaciones] pueden celebrarse en un país diferente, y a veces incluso en el territorio de más de un país»<sup>82</sup>, sin reconocer que es el Derecho de la sede el que determina si esto es posible, es, como poco, superficial, ya que no tiene en cuenta el papel de la ley de la sede.

Asimismo, es la *lex loci arbitri* la que otorga o niega a las partes la posibilidad de elegir una *lex arbitri* diferente<sup>83</sup>. Algunos regímenes arbitrales no permiten a las partes hacerlo<sup>84</sup>, mientras que otros sí. Y en los raros casos en que las partes hacen tal elección<sup>85</sup>, a pesar de las indicaciones de la doctrina

79. Born, G. B., *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*, 2.<sup>a</sup> ed., Deventer: Kluwer, 2001, 412.

80. Collins, L., «Introductory Essay», en 26 *Sing. Ac. L. J.*, 2014, p. 808; para una discusión detallada, véase Boog, C., «Interim Measures – Relevance of the Courts at the Place of Arbitration and Other Places», en *Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context*, *op. cit.* (nota 56), pp. 199 ss.

81. Para algunas disposiciones legales que prevén expresamente la posibilidad de celebrar audiencias u otras reuniones en un lugar distinto al de la sede, véase el art. 1043(2) de la Ley de enjuiciamiento civil alemana; el párrafo 22 de la Ley de arbitraje sueca; véase también el art. 20(2) de la Ley Modelo de la CNUDMI.

82. Vial, G., «Influence of the Arbitral Seat in the Outcome of an International Commercial Arbitration», en 50 *Int'l Law.*, 2017, p. 340; Ordway, E., «The Importance of the Seat of Arbitration», en 25 *Advoc. (Tx)*, 2003, p. 16 («unless the arbitration agreement specifically provides that the hearings should be held at the place of arbitration or the rules of the arbitration institution so dictate, the parties are free to conduct such hearings elsewhere»).

83. Cordero-Moss, G., «International Arbitration is not Only International», *op. cit.* (nota 11), p. 15.

84. Véase Gómez Jene, M., *International Commercial Arbitration in Spain*, Deventer: Kluwer, 2019, p. 17 («once Spain has been appointed as the place of arbitration, the parties cannot designate a legislative provision of another jurisdiction as governing arbitration procedure. In other words, if Spain is the place of arbitration, then the procedure will be governed by Spanish law»). Sobre la Ley Modelo de la CNUDMI, véase Otto, D. y Elwan, O., «Art. V(2)», en Kronke, H., y otros, (coord.), *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*, Deventer: Kluwer, 2010, p. 411, nota 318 (donde los autores afirman que según «[l]a Ley Modelo de la CNUDMI [...] no es posible elegir una *lex arbitri* extranjera»).

85. Véase *General Provisions – Reporters' Notes*, cit., p. 89 («that use of party autonomy remains largely unutilized in practice»); Hirsch, A., «The Place of Arbitration and the *Lex Arbitri*», en 34 *Arb. J.*, 1979, p. 46 («Un caso muy raro»); Mantilla-Serrano, F., «Non-domestic Award: The Second Hypothesis of Article I(1)», en Fach, K., López-Rodríguez, A. M.

en sentido contrario<sup>86</sup>, es la ley de la sede la que rige las consecuencias y los límites de cualquier elección a favor de una *lex arbitri* extranjera (así como la medida en que los tribunales de la sede siguen siendo «jueces de apoyo»<sup>87</sup>, y la determinación de si las normas imperativas de la ley de la sede deben seguir siendo respetadas<sup>88</sup>).

Lo dicho hasta ahora no significa que la ley de la sede se aplique a la totalidad de las cuestiones anteriores con exclusión de todas las demás leyes. Una ley diferente puede ser aplicable cuando se activa la soberanía normativa de un Estado distinto al de la sede.

Vale la pena dar un ejemplo. A pesar de la existencia de un convenio arbitral, una parte inicia un procedimiento ante un tribunal de un estado distinto al de la sede. La otra parte puede alegar la incompetencia del tribunal que conoce del caso en vista de la existencia de un convenio arbitral; en este contexto, el tribunal que conoce del caso decidirá sobre los efectos que pueda tener el convenio arbitral. Y lo hará sobre la base del Derecho aplicable a la luz de su propio régimen jurídico arbitral, incluidos los convenios internacionales aplicables. Y esta ley no será la *lex loci arbitri* si la parte actora, por ejemplo en Alemania, alega que el objeto de la controversia sometida a arbitraje en el extranjero no es arbitrable. En Alemania, será la *lex fori* la que se aplique a la cuestión de la arbitrabilidad, como en muchos otros países<sup>89</sup>; esto demuestra que la ley de la sede no excluye necesariamente la aplicación de otras leyes. Como se ha mencionado anteriormente, la ley aplicable dependerá de la cuestión concreta que deba resolver quién y en qué fase. Sin embargo, en la fase previa a la adjudicación, la ley de la sede parece ser la que se aplica por defecto.

---

(coords.), *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, Deventer: Kluwer, 2019, p. 61 («*Arbitration practice has shown that it is extremely rare (if not unlikely) for the parties to agree to arbitrate in one country but to apply a foreign lex arbitri*»).

86. Véase Girsberger, D., Voser, N., *International Arbitration: Comparative and Swiss Perspectives*, 3.<sup>a</sup> ed., Deventer: Kluwer, 2016, p. 41 («*In any event, the choice of a foreign lex arbitri seems to be rare and is generally speaking not advisable since it may give rise to uncertainties*»).
87. Véase, por ejemplo, Poudret, J.-F., Besson, S., *Comparative Law of International Arbitration*, 2.<sup>a</sup> ed., Londres: Sweet & Maxwell, 2007, para. 529 («*the choice of a foreign lex arbitri will not have the effect of delocalizing the arbitration by removing it from the mandatory provisions of the lex arbitri and from the courts of that country*»).
88. Born, G. B., *International Commercial Arbitration*, op. cit. (nota 6), p. 1701 («*parties are in principle free to agree to the application of a foreign procedural law to govern arbitrations seated in France; that freedom is subject, however, to a limited number of mandatory provisions dealing with «external» aspects of the relationship between the arbitration and French courts*»); Girsberger, D., Voser, N., op. cit. (nota 86), p. 41 («*The freedom to choose a foreign lex arbitri is commonly limited by mandatory provisions of the lex arbitri at the seat*») (aludiendo al Derecho suizo); Wagner, G., op. cit. (nota 4), p. 62 («*the stipulation in favour of a different arbitration law is to be re-interpreted to the effect that the rules of such law derogate from the applicable system wherever it allows the parties to agree otherwise*»).
89. Véase el art. 177 de la Ley federal suiza de Derecho internacional privado.

### III. LA IMPORTANCIA QUE SIGUE TENIENDO LA SEDE DEL ARBITRAJE EN LA FASE POSTERIOR A LA EMISIÓN DEL LAUDO

La sede del arbitraje también tiene una importancia capital en la fase posterior a la emisión del laudo arbitral, principalmente porque determina la ley aplicable a las causas de anulación del laudo<sup>90</sup> e identifica los tribunales que tienen competencia exclusiva para anular el laudo arbitral<sup>91</sup>, salvo en los casos excepcionales en que un régimen arbitral extranjero extienda su alcance de anulación más allá de su territorio (basándose, por supuesto, en un criterio diferente al de la sede del arbitraje). En la India, por ejemplo, los tribunales han afirmado durante mucho tiempo su jurisdicción para anular los laudos arbitrales que aplicaban la ley procesal india, incluso cuando el arbitraje tenía su sede fuera de la India<sup>92</sup>. En Pakistán, el Tribunal supremo ha afirmado la competencia de los tribunales pakistaníes para anular un laudo porque los árbitros habían aplicado el Derecho sustantivo de Pakistán<sup>93</sup>, aunque el arbitraje no tuviera sede en ese país<sup>94</sup>. Pero incluso en estas situaciones excepcionales, en las que puede entrar en juego un régimen de anulación extranjero, los tribunales de la sede conservan su competencia para anular el laudo, solo que esta competencia no será exclusiva. Y estos tribunales podrán recurrir a su régimen de anulación nacional, siquiera cuando no se haya elegido una *lex arbitri* extranjera<sup>95</sup>. Esto significa, por ejemplo, que es la *lex loci arbitri* la

90. Véase Scherer, M., Silberman, L. J., «Limits to Party Autonomy at the Post-Award Stage», en Ferrari, F. (coord.), *Limits to Party Autonomy in International Commercial Arbitration*, Huntington: Juris, 2016, p. 442; Cordero-Moss, *International Arbitration is not Only International*, *op. cit.* (nota 11), p. 25.

91. Véase, entre muchos otros, Kjos, H. E., *Applicable Law in Investor-State Arbitration: The Interplay Between National and International Law*, Oxford, OUP: 2013, p. 31 («Perhaps the strongest indication that arbitral proceedings are subject to the law of the tribunal's seat is the fact that the national courts of the seat may sanction "flawed" awards with annulment»).

92. Véase, por ejemplo, *Nat'l Thermal Power Corp. v. Singer Co.* XVIII Y. B. Comm. Arb. 403 (Indian S. Ct. 1992) (1993), anulado, *Bharat Aluminium v. Kaiser Aluminium*, C. A., No. 7019/2005 (Indian S. Ct. 2012).

93. Véase Born, G. B., *International Commercial Arbitration*, *op. cit.* (nota 6), p. 1756 (donde el autor cita *Hitachi Ltd. V. Rupali Polyester*, en XXV Y.B. Com. Arb., 2000, p. 486).

94. Para una crítica severa de esta decisión, véase Born, G. B., *International Commercial Arbitration*, *op. cit.* (nota 6), p. 1756 («This rationale is even less defensible than that in the Indian decisions discussed above (and since overruled), because it would grant any state whose substantive law applied to a dispute the power to annul the award – which is contrary to the terms and objectives of the New York Convention and to the parties' desire for a neutral dispute resolution mechanism»). En la jurisprudencia, véase *International Standard Elec. Corp. V. Bidas Sociedad Anónima Petrolera, Indus. Y Comercial*, US Dist Ct (SDNY), 24 de agosto de 1990, 745 F. Supp. 172, 177 («it is clear, we believe, that any suggestion that a Court has jurisdiction to set aside a foreign award based upon the use of its domestic, substantive law in the foreign arbitration defies the logic both of the Convention debates and of the final text and ignores the nature of the international arbitral system»).

95. Véase Fouchard, P., «La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine», en *Rev. Arb.*, 1997, p. 330 («Le contrôle ainsi exercé sur la sentence est

que determina no solo los motivos de anulación<sup>96</sup>, sino también si las partes pueden o no acordar la reducción o ampliación de estos motivos<sup>97</sup>. Algunos sistemas jurídicos conceden a las partes la opción de reducir los motivos de impugnación de la nulidad. Según la legislación francesa<sup>98</sup>, por ejemplo, las partes pueden renunciar en cualquier momento –mediante declaración expresa– a su derecho a emprender una acción de anulación<sup>99</sup>. Así, «cuando se excluye la anulación, los tribunales franceses tratarán el laudo como si se hubiera dictado en el extranjero. En consecuencia, las partes no podrán pedir la anulación del laudo, pero si el tribunal acepta la solicitud de ejecución de la parte ganadora, la parte perdedora conservará el derecho a impugnar la decisión de ejecución»<sup>100</sup>. Hay otras jurisdicciones que prevén la posibilidad de renunciar completamente a la impugnación de un laudo arbitral: así Bélgica, Perú, Rusia, Suecia, Suiza y Túnez<sup>101</sup>. Sin embargo, se ha observado correctamente en cierta literatura que «las condiciones en las que la renuncia al derecho a solicitar la anulación es inadmisibles, así como sus efectos, varían

---

*un contrôle national. Es propio de cada Estado en el que la sentencia es impugnada o invocada. D'où –inévitablement– un risque de divergence dans l'attitude des juges de chaque Etat ; une sentence sera considérée comme valide et efficace dans un pays, et rejetée dans un autre»); Vial, G., *op. cit.* (nota 82), p. 338 («only courts in countries with primary jurisdiction may effectively vacate an arbitral award, and different standards under different national laws exist for [annulment] purposes»).*

96. Al determinar los motivos de anulación, los Estados tienen una discrecionalidad de la que no gozan en relación con los motivos de no reconocimiento y no ejecución en la medida en que se aplica la Convención de Nueva York; véase *Karaha Bodas Co. V. Perusahaan Pertamina Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 23 de marzo de 2004, 364 F.3d 274, 282 (5th Cir. 2004) («In contrast to the limited authority of secondary-jurisdiction courts to review an arbitral award, courts of primary jurisdiction, usually the courts of the country of the arbitral situs, have much broader discretion to set aside an award. While courts of a primary jurisdiction country may apply their own domestic law in evaluating a request to annul or set aside an arbitral award, courts in countries of secondary jurisdiction may refuse enforcement only on the grounds specified in Article V»).
97. Para las siguientes observaciones, véase, por ejemplo, Ferrari, F. y E., Rosenfeld, «Límites a la autonomía de las partes en arbitraje internacional», en *Arbitraje*, 2017, pp. 350-353.
98. Véase Burda, J., «La renonciation au recours en annulation dans le nouveau droit français de l'arbitrage», en *Rev. Trim. Dr. Com.*, 2013, pp. 653 ss.
99. Véase el art. 1522(1) del Código de proceso civil francés («Par convention spéciale, les parties peuvent à tout moment renoncer expressément au recours en annulation»). Solo las renunciaciones completas son efectivas en el derecho francés; las partes no pueden declarar una renuncia parcial a la acción de anulación; véase Scherer, M., Silberman, L. J., *op. cit.* (nota 90), p. 449, citando a Gaillard, E., De Lapasse, P., «Commentaire analytique du décret du 13 janvier 2011 portant réforme du droit français de l'arbitrage», en *Paris J. Int'l Arb.*, 2011, p. 263.
100. Bratic, C., «The parties hereby waive all recourse... but not that one. Why parties adopt exclusion agreements and why courts hesitate to enforce them», en *12 Disp. Res. Int'l*, 2018, p. 112.
101. Véase Scherer, M., Silberman, L. J., *op. cit.* (nota 90), pp. 444-445.

de una jurisdicción a otra»<sup>102</sup>. Por otro lado, algunas jurisdicciones no permiten una renuncia completa por adelantado<sup>103</sup>. Como ejemplo, basta recordar que el Tribunal Supremo de la India ha dictaminado que las partes no pueden excluir completamente la posibilidad de recurrir un laudo arbitral<sup>104</sup>. Del mismo modo, jurisdicciones como Brasil, Egipto, Alemania, Panamá y los Emiratos Árabes Unidos no permiten a las partes renunciar de forma preventiva al recurso de anulación<sup>105</sup>. No es de extrañar que haya posiciones intermedias entre estos dos enfoques extremos<sup>106</sup>. Algunas jurisdicciones permiten a las partes renunciar a la impugnación por los motivos enumerados en el art. 34(2) (a) de la Ley Modelo de la CNUDMI, pero no les permiten renunciar a la impugnación por otros motivos, estos últimos más orientados a la protección del público en general<sup>107</sup>. Otras jurisdicciones solo permiten las renunciaciones cuando las partes no tienen ninguna relación con el lugar del arbitraje<sup>108</sup>. Según otro enfoque, las renunciaciones solo pueden declararse *ex post* y no *ex ante*<sup>109</sup>, es decir, no antes de que se dicte el laudo. También pueden identificarse muchas diferencias con respecto a la respuesta a la pregunta de si las partes tienen derecho a reducir los motivos de recurso, en lugar de excluir todos los recursos<sup>110</sup>.

En cuanto a la posibilidad de ampliar –en lugar de limitar– los motivos de recurso una vez emitido el laudo, se observan algunas similitudes. Algunos sistemas jurídicos permiten esta posibilidad, mientras que otros no<sup>111</sup>. Sin

102. Scherer, M., «*The fate of parties' agreements on judicial review of awards: a comparative and normative analysis of party-autonomy at the post-award stage*», en 32 *Arb. Int'l*, 2016, p. 440.

103. Véase Scherer, M., Silberman, L. J., *op. cit.* (nota 90), p. 448.

104. *Shin Satellite Public Co. Ltd contra Jain Studios Ltd*, 31 de enero de 2006, [2006] 2 SCC 628.

105. Véase Bratic, C., *op. cit.* (nota 100), p. 442.

106. Para una visión más detallada, véase Scherer, M., Silberman, L. J., *op. cit.* (nota 90), pp. 446 ss.

107. Tribunal de Justicia de Ontario, *Noble China Inc. V. Lei Kat Cheong*, 13 de noviembre de 1998, [1998] CanLII 147908 (ON SC), publicado en (1998) 42 O. R. (3d) 69; Wellington Court of Appeal, *Methanex Motunui Ltd v. Spellman*, 17 de junio de 2004 (2004) 3 *New Zealand L Rev* 3 (2004) 454.

108. Tribunal supremo tunecino, sentencia de 18 de enero de 2007, n.º 4674, citada en el *Compendio de jurisprudencia de la CNUDMI sobre la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional* (Naciones Unidas 2012) 135. Véase también el art. 192(2) de la Ley federal suiza de Derecho internacional privado, y el art. 1718 del Código de procedimiento civil belga.

109. Este planteamiento está respaldado por una parte de la doctrina alemana; véase Münch, J., «§ 1059», en Rauscher, T., Krüger, W. (coords.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, vol. III, 5.ª ed., München: Beck, C. H., 2017, p. 662; W. Voit, «§ 1059», en Musielak, H.-J., Voit, W., (coord.), *Zivilprozessordnung*, 15.ª ed., München: Beck, C. H., 2018, p. 39; véase, sin embargo, la sentencia del Tribunal de apelación de Fráncfort del Meno, 21 de diciembre de 1983, en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1984, p. 2768 (donde se reconoce la posibilidad de una renuncia anticipada).

110. Para una visión más detallada, véase Scherer, M., Silberman, L. J., *op. cit.* (nota 90), pp. 449 ss.

111. Véase Scherer, M., Silberman, L. J., *op. cit.* (nota 90), pp. 444 ss.

embargo, hay un elemento que todos los enfoques tienen en común: todos se basan en la *lex loci arbitri* como punto de partida para evaluar la admisibilidad tanto de una renuncia (parcial o total) como de una ampliación, lo que demuestra una vez más la importancia de la elección del foro.

Esto no significa que en el contexto de la anulación los tribunales de la sede deban ignorar todos los ordenamientos jurídicos distintos de la *lex loci arbitri*. Significa simplemente que es este ordenamiento el que decide el alcance de los demás en este contexto. El art. 34(2) de la Ley Modelo de la CNUDMI constituye un ejemplo paradigmático de este enfoque, en la medida en que se refiere a un Derecho distinto del de la sede a efectos de la apelación. En virtud del art. 34(2)(a)(i), el tribunal competente del Estado de la sede puede anular un laudo si el acuerdo arbitral «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», ¡dando así preferencia a una ley distinta de la *lex loci arbitri*!

La sede también es de suma importancia en relación con los procedimientos de reconocimiento y ejecución, al menos en los 168 Estados en los que está en vigor el Convenio de Nueva York de 1958<sup>112</sup>. No solo eso, sino que según un comentarista, «todo el sistema mundial, cuando se trata de acuerdos y laudos arbitrales, gira en torno al hecho de que la Convención de Nueva York de 1958 concede una importancia decisiva a que los laudos arbitrales se emiten en una jurisdicción determinada»<sup>113</sup>.

Esta afirmación no es sorprendente, ya que es precisamente la ubicación de la sede la que determina si se activa la aplicación del Convenio de Nueva York en el foro de reconocimiento y ejecución<sup>114</sup>. De acuerdo con su art. I(1), por ejemplo, la Convención de Nueva York no se aplica si el laudo fue dictado en el territorio del Estado en el que se pide el reconocimiento y la ejecución, es decir, si no tiene «nacionalidad»<sup>115</sup> extranjera<sup>116</sup>, a menos que el laudo no

112. Véase: [https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign\\_arbitral\\_awards/status2](https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2).

113. Söderlund, C., *op. cit.* (nota 16), p. 1345.

114. Véase, por ejemplo, Obregón, V. S., «Arbitration Agreements : The Argentine Perspective», en Fortese, F. (coord.), *Arbitration in Argentina*, Deventer: Kluwer, 2020, p. 39.

115. A menudo se ha argumentado que la sede del arbitraje confiere al laudo su «nacionalidad»; véase, por ejemplo, Redfern y Hunter *on International Arbitration*, *op. cit.* (nota 35), p. 181; Kröll, S., «The Concept of Seat in the New York Convention and the Autonomy of Arbitral Award», en Brekoulakis, S. (coord.), *The Evolution and Future of International Arbitration*, Deventer: Kluwer, 2016, p. 81; Söderlund, C., *op. cit.* (nota 16) p. 1346; *contra* Bentolila, *op. cit.* (nota 38), p. 20 (donde el autor afirma que «[l]a ejecución de los laudos arbitrales en virtud de la Convención de Nueva York no depende, por tanto, de la nacionalidad de los mismos»).

116. Véase también Gómez Jene, M., *op. cit.* (nota 84), p. 17 (donde el autor afirma que la sede «sirve también para determinar: (1) el carácter nacional o extranjero del laudo»).

sea considerado como laudo nacional en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución<sup>117</sup>. Además, la sede del arbitraje determina si el laudo fue dictado en un Estado que permite el cumplimiento del requisito de reciprocidad del Estado de reconocimiento y ejecución<sup>118</sup>, cuando este ha introducido este requisito<sup>119</sup> en virtud del art. I(3) de la Convención de Nueva York. El *Restatement of the U.S. Law of International Commercial and Investor-State Arbitration* es muy claro en este punto cuando afirma en su § 1.3 que «la elección de la sede del arbitraje normalmente determina: (1) el lugar en el que se considera que se ha dictado el laudo a efectos de la aplicación del requisito de reciprocidad de la [Convención de Nueva York]»<sup>120</sup>. Sin embargo, a la luz del gran número de Estados contratantes de la Convención de Nueva York, la importancia de este requisito de reciprocidad está disminuyendo.

Esto no significa, sin embargo, que la importancia global de la sede a efectos de la Convención de Nueva York disminuya a medida que aumenta el número de Estados contratantes. La sede determina y seguirá determinando «donde se ha efectuado el arbitraje»<sup>121</sup> a efectos del art. V(1)(d), y donde «se haya dictado la sentencia»<sup>122</sup> a efectos, por ejemplo, del art. V(1)(a), que establece que un tribunal puede denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo cuando el acuerdo de arbitraje «no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia». Por poner otro ejemplo<sup>123</sup>, el art. V(1)(e) establece que el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral pueden ser denegados si «la

117. Véase Kjos, H. E., *op. cit.* (nota 91), p. 37.

118. Por ello, no es de extrañar que una doctrina sugiera que «*the basic precaution is to choose a place of arbitration in a country having acceded to the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards. The award thus rendered benefits from the international currency attached to such awards and can be enforced without too much difficulty*», Najjar, J.-C., «The Inside View: Companies' Needs in Arbitration», en *12 Arb. Int'l*, 1996, p. 366.

119. Kjos, H. E., *op. cit.* (nota 91), p. 37; Shaughnessy, P., *op. cit.* (nota 12), p. 1339.

120. Véase también *General Provisions – Reporters' Notes, Restatement of the U.S. Law of International Commercial and Investor-State Arbitration, cit.*, p. 89 («*the application of the reciprocity requirement depends on the arbitral seat, not the nationality of the parties or the applicable arbitration law*»).

121. Véase el art. V(1)(d) de la Convención de Nueva York: «la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje».

122. Véase también Mance, J., *op. cit.* (nota 3), p. 224 («*the seat is where English law treats any award as made for the purposes of the New York Convention*»).

123. Véase también el art. VI de la Convención de Nueva York, que establece que «si se ha pedido a la autoridad competente prevista en el artículo V, párrafo 1 e), la anulación o la suspensión de la sentencia, la autoridad ante la cual se invoca dicha sentencia podrá, si lo considera procedente, aplazar la decisión sobre la ejecución de la sentencia y, a instancia de la parte que pida la ejecución, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas».

sentencia no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia». Al resolver así, la disposición confirma claramente el papel preeminente de la sede también para los procedimientos de reconocimiento y ejecución<sup>124</sup>, más aun teniendo en cuenta, como ya se ha mencionado, que la elección de una *lex arbitri* que conduzca a una ley procesal arbitral<sup>125</sup> diferente de la de la sede es muy rara<sup>126</sup>, como también señala la jurisprudencia<sup>127</sup>. Pero mientras los tribunales de la mayoría de los Estados reconocen la importancia de la sede también en este contexto y se niegan a reconocer y ejecutar los laudos anulados por los tribunales del país de origen<sup>128</sup>, es decir, los tribunales con «jurisdicción primaria»<sup>129</sup>,

124. Fouchard, P., *op. cit.* (nota 95), p. 332 («La Convención de Nueva York reserva así un papel doblemente importante al tribunal del Estado de origen»).

125. Véase *International Standard Elec. Corp. v. Bridas Sociedad Anónima Petrolera, Indus. Y Comercial*, U. S. Dist Ct (SDNY), 24 de agosto de 1990, 745 F Supp. 172, 177 («we hold that the contested language in Article VI(E) of the Convention, «[...] the competent authority of the country under the law of which, [the] award was made» refers exclusively to procedural and not substantive law, and more precisely, to the regimen or scheme of arbitral procedural law under which the arbitration was conducted, and not the substantive law of contract which was applied in the case»); ver también *Belize Soc. Dev. Ltd. v. Gobierno de Belice*, 13 de enero de 2012, 668 F3d 724, 731 (D.C. Cir. 2012).

126. Véase *General Provisions – Reporters' Notes, Restatement of the U.S. Law of International Commercial and Investor-State Arbitration*, cit., p. 89 («that use of party autonomy remains largely unutilized in practice»).

127. *Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, *op. cit.* (nota 96), 291 («Authorities on international arbitration describe an agreement providing that one country will be the site of the arbitration but the proceedings will be held under the arbitration law of another country by terms such as «exceptional»; «almost unknown»; a «purely academic invention»; «almost never used in practice»; a possibility «more theoretical than real»; and a «once-in-a-blue-moon set of circumstances.» Commentators note that such an agreement would be complex, inconvenient, and inconsistent with the selection of a neutral forum as the arbitral forum»).

128. Esto se aplica, por ejemplo, en Alemania; véase Kröll, S., *op. cit.* (nota 115), p. 83; en la jurisprudencia, véase, por ejemplo, Tribunal federal alemán, 23 de abril de 2013 – III ZB 59/12, en XXXIX Y. B. Com. Arb., 2014, p. 394 (que negó el reconocimiento y la ejecución de un laudo anulado por los tribunales del Estado de la sede).

129. Según los tribunales estadounidenses, los tribunales que tienen «jurisdicción primaria» sobre el arbitraje son los que tienen autoridad para anular el laudo, mientras que los que tienen «jurisdicción secundaria» son los que deciden sobre el reconocimiento y la ejecución de los laudos; véase, por ejemplo, *Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 18 de junio de 2003, 335 F3d 50 357, 364 (5th Cir. 2003) («Under the Convention, "the country in which, or under the [arbitration] law of which, [an] award was made" is said to have primary jurisdiction over the arbitration award. All other signatory States are secondary jurisdictions, in which parties can only contest whether that State should enforce the arbitral award»). El uso de la expresión en cuestión ha sido criticado por parte de la doctrina; véase, por ejemplo, Paulsson, *Enforcing Arbitral Awards*, *op. cit.* (nota 2), p. 22: «The Convention itself does not use the categories "primary" and "secondary", and I find them unwarranted. If anything, the primary jurisdiction should be the one where the economic or other consequences of an award are sought». Para una crítica más sustantiva del concepto de

los tribunales de un grupo muy reducido de países adoptan una actitud diferente<sup>130</sup>. Convencido de que, «en el arbitraje comercial internacional, el procedimiento arbitral y el laudo resultante son autónomos»<sup>131</sup>, desconectados no solo de la ley de la sede y sus tribunales, sino de cualquier ley, los tribunales franceses, por poner el ejemplo más conocido, «dan efecto a los laudos arbitrales cuando se solicita su ejecución en Francia sin preocuparse de la actitud de los tribunales de la sede»<sup>132</sup>. Y lo hacen basándose, por un lado, en el art. VII de la Convención de Nueva York, que «reconoce el derecho de la parte que obtiene el laudo a beneficiarse del enfoque más generoso del derecho interno del Estado de ejecución»<sup>133</sup> y, por otro lado, en el hecho de que el régimen francés de reconocimiento y ejecución es más generoso que el de la Convención de Nueva York<sup>134</sup>, porque «no prevé que la anulación de un laudo arbitral por el país de origen sea una causa para rechazar su reconocimiento»<sup>135</sup>. Pero este régimen es un régimen interno, y como tal constituye solo «la reacción de un sistema jurídico nacional entre los muchos sistemas que pueden desempeñar un papel en la vida de un arbitraje»<sup>136</sup>, que se aplica por medio del art. VII<sup>137</sup>, y no parece ser la manifestación de una facultad discrecional autónoma –quizás ni siquiera

---

«jurisdicción primaria» a la luz de la reciente jurisprudencia estadounidense, véase Goldstein, M. J., «Annulled Awards in the U.S. Courts: How Primary is "Primary" Jurisdiction?», en *25 Am. Rev. Int'l Arb.*, 2014, pp. 19 ss. Para una defensa convincente del uso de la distinción entre jurisdicción «primaria» y «secundaria», Reisman, M. W., y Richardson, B., «The Present – Commercial Arbitration as a Transnational System of Justice: Tribunals and Courts: An Interpretation of the Architecture of International Commercial Arbitration», en *Arbitraje: los próximos cincuenta años*, cit., pp. 17 ss.

130. Para una evaluación muy diferente, véase Chen, M., y Wang, C., «Vanishing Set-Aside Authority in International Commercial Arbitration», en *18 Int'l & Comp. L. Rev.*, 2018, p. 152 («enforcements courts commonly hold that they are not bound by set-aside decisions that have been made by foreign courts due to ambiguous legal sources and different national grounds for setting aside arbitral awards»).
131. Goode, R., «The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration», en *17 Arb. Int'l*, 2001, p. 21 (en referencia al enfoque francés).
132. *Ibid.*
133. *Ibid.*, p. 25.
134. Para esta calificación, véase *Dallah Real Estate and Tourism Holding Company c. Ministerio de Asuntos Religiosos, Gobierno de Pakistán*, 3 de noviembre de 2010, [2010] UKSC 46, párrafo 129.
135. Smit, H., «Postscript: The Court de Cassation's Decision in Putrabali», en *18 Am. Rev. Int'l Arb.*, 2007, p. 310.
136. Paulsson, J., «Arbitration in Three Dimensions», *op. cit.* (nota 2), pp. 303-304.
137. Véase también Van den Berg, A. J., «Enforcement of Arbitral Awards Annulled in Russia. Comentario del caso del Tribunal de apelación de Ámsterdam», en *27 J. Int'l Arb.*, 2010, p. 181 («French case law shows that the French judge does not base this unconventional point of view on an interpretation of the New York Convention itself, but on French national law regarding the recognition and enforcement of international arbitral awards rendered abroad and applies said law via the more-favorable-right provision of Article VII(1) of the Convention»).

existente— en virtud del art. V(1)(e)<sup>138</sup>, y que permite a los tribunales franceses no tener en cuenta las decisiones de anulación de los tribunales que tienen «competencia primaria». En otras palabras, el principio en cuestión forma parte del Derecho francés<sup>139</sup> y no de un sistema de arbitraje autónomo<sup>140</sup> imaginario<sup>141</sup>, y por lo tanto solo es aplicable en Francia, a pesar de los intentos de la doctrina francesa de hacerlo aplicable a una escala mucho más amplia.

Esto, a su vez, significa que en ausencia de tal principio de Derecho vigente en el foro de reconocimiento y ejecución, las decisiones de anulación de los tribunales de la sede, es decir, los tribunales del lugar «donde se haya dictado» el laudo, también tendrán un impacto en los tribunales de la jurisdicción secundaria.

#### IV. CONCLUSIONES

Lo anterior confirma que la sede es importante en todas las etapas de la vida de un arbitraje<sup>142</sup>. «El Derecho de la sede es [...] la primera fuente a la que hay que acudir para resolver la mayoría de las cuestiones relacionadas con un

138. Véase, por ejemplo, *PT First Media TBK v Astro Nusantara International BV et al*, 31 de octubre de 2013, [2014] 1 SLR 372, en para. 77 («While the wording of Art. V(1)(e) of the New York Convention and Art. 36(1)(a)(v) of the Model Law arguably contemplates the possibility that an award which has been set aside may still be enforced, in the sense that the refusal to enforce remains subject to the discretion of the enforcing court, the contemplated erga omnes effect of a successful application to set aside an award would generally lead to the conclusion that there is simply no award to enforce»). En la doctrina véase, por ejemplo, Diez-Hochleitner, J., Heredia Cervantes, I., «Exequátur en España de Laudos Anulados y Suspendidos en el Estado de Origen», en *Rev. Esp. Arb.*, 2012, 93 y ss. (donde los autores niegan que el art. V(1)(e) otorgue una discrecionalidad autónoma); en este sentido, véase también Braghetta, A., «The Framework of the International Arbitration System: the Challenge Derived from the Improper Conduct of Judicial Courts», en Van den Berg, A. J., (coord.), *International Arbitration: The Coming of a New Age*, Deventer: Kluwer, 2013, p. 442; Fouchard, *op. cit.* (nota 95), p. 344.

139. Véase también Kröll, S., *op. cit.* (nota 115), p. 88 («the French court[s] relied upon the French national enforcement regime»).

140. Cabe señalar que, según una doctrina, el enfoque francés «disregards NYC's international reach by "anchoring" awards to the seat of enforcement, which is unfounded under the NYC and contradicts the fundamental principle of "free-floating transnational legal order" promulgated by delocalist's themselves», Filina, M., «Evaluation of Whether the Awards Annulled at the Seat of Arbitration Should Be Enforced in Other Jurisdictions in the Context of Juridical Theories of Arbitration», en 7 *SOAS L. J.*, 2020, p. 123.

141. Véase también Radicati di Brozolo, *The Impact of National Law and Courts*, *op. cit.* (nota 55), 664 (donde el autor habla del «mito de la completa libertad del arbitraje respecto de los sistemas jurídicos nacionales»).

142. *Contra*, además de los autores citados por ejemplo en las notas 1 y 2, Clay, Th., «A quoi sert le siège du tribunal international?», en Bostanji, S., y otros (coord.), *Le juge et l'arbitrage*, Paris: LGDJ, 2014, pp. 45 ss.

arbitraje concreto»<sup>143</sup>. En la fase previa al dictado de un laudo, es la ubicación de la sede la que desencadena la aplicación del régimen arbitral en aquellos numerosísimos Estados en los que el régimen arbitral se basa en el criterio territorial<sup>144</sup>. La sede también determina el lugar en el que se «haya dictado» el laudo arbitral, lo cual es esencial para la etapa posterior a su dictado (y esto se aplica tanto a los recursos como al reconocimiento y la ejecución). Esto significa que en el arbitraje internacional la elección de la sede es de suma importancia<sup>145</sup>. Renunciar a la elección de la sede es renunciar a una herramienta de planificación del arbitraje, para la que no existe un remedio adecuado. De hecho, cuando la sede es el factor de conexión que hace que se aplique un determinado régimen arbitral, como ocurre en la mayoría de las jurisdicciones, lo hace independientemente de que las partes hayan elegido la sede del arbitraje<sup>146</sup>, es decir, independientemente de quién determine en última instancia la sede. Si las partes no eligen una sede, se aplicarán los *default rules* para la identificación de la sede, dejando así una de las decisiones más importantes en manos de un tercero, por muy identificado que esté.

A la luz de lo anterior, es necesario *educar* a las partes sobre las implicaciones legales de la elección de la sede<sup>147</sup>, permitiéndoles tomar decisiones informadas y reducir incertidumbres<sup>148</sup> y costes eligiendo la sede «cuando todavía hay ternura, o al menos deseo, en los ojos de las partes contratantes –cuando están cortejando, sin pensar en un pleito–»<sup>149</sup>, en lugar de reducir la elección de la sede a una mera elección de conveniencia.

143. Radicati di Brozolo, L., *The Impact of National Law and Courts*, op. cit. (nota 55), 667.

144. Véase Braz Teixeira, D., «Recognition and Enforcement of Annulled Arbitral Awards under the New York Convention», en 8 *Indian J. Arb. L.*, 2019, p. 10 (el enfoque territorial «has been prevailing ever since the widespread transposition of the UNCITRAL Model Law»).

145. Véase Risse, J., «Commentary on the Arbitration Rules of the German Institution of Arbitration (DIS Rules), Section 21 – Place of Arbitration», en *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, cit., p. 658 («the place of arbitration is of paramount importance»).

146. Véase también Jacquet, op. cit. (nota 41), p. 672 («La loi d'arbitrage qui se déclare applicable en fonction de la fixation du siège de l'arbitrage sur le territoire de l'Etat qui l'a édictée s'applique en dehors de toute considération de la volonté ou des prévisions des parties»).

147. Véase también Hwang, M., Cheng, F. L., «Relevant Considerations in Choosing the Place of Arbitration», en 4 *Asian Int'l Arb. J.*, 2008, p. 195 («a little homework by counsel during the dealmaking process in choosing the seat of the arbitration may go a long way in making arbitrating any dispute a cheaper and less painful process for their clients»).

148. Reid, V. G., Diem, M., «Litigation and ADR: Seating Plan – With Legislation Varying Across Borders, Choosing the Country to Be the Seat of an Arbitration is Key», en *The Lawyer*, 30 de octubre de 2006, p. 35 («Unless the parties understand the implications of the laws of the seat of the arbitration, they could be exposing themselves to procedural intricacies of a legal system that is unfamiliar to them»); Zeller, B., Andersen, C. B., «Discerning the Seat of Arbitration – An Example of Judicialization of Arbitration», en 19 *Vindobona J. Int'l Com. L. & Arb.*, 2005, 195, p. 198 («If the seat is not carefully chosen, the parties to the arbitration agreement may face unintended and far-reaching consequences»).

149. Gauntlett, J., «The Place of Arbitration», en *Int'l Arb. Med. Disp. Managem. J.*, 2014, p. 379.

