

La selección de la sede en el arbitraje internacional. Su importancia

Por Hernán Martín Oriolo

La elección de la sede en el arbitraje internacional tiene varias consecuencias significativas y varios son los factores que deben tomarse en cuenta para realizarla. Ella depende enteramente de lo acordado por las partes. Solo frente a la falta de acuerdo, la sede será decidida por un tercero de acuerdo con el reglamento adoptado por las partes¹ o por las leyes arbitrales aplicables².

¹ En tal sentido ya el CCyC había establecido con claridad que “ARTICULO 1657.- Arbitraje institucional. Las partes pueden encomendar la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras cuyos estatutos así lo prevean. **Los reglamentos de arbitraje de las entidades administradoras rigen todo el proceso arbitral e integran el contrato de arbitraje.**” Y la ley de Arbitraje Comercial Internacional Argentina (LACI) 27449 estableció, siguiendo el Reglamento de la Ley Modelo Uncitral, que: Art. 7º- “A los efectos de la presente ley: e) Cuando una disposición de la presente ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, **se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado...**” Así, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la ICC establece que:

“ARTÍCULO 18

Sede del arbitraje

1 La sede del arbitraje será fijada por la Corte [organismo diferente del tribunal arbitral] a menos que las partes la hayan convenido”

Así también el Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje establece:

“Artículo 18

1. Cuando las partes no hayan acordado previamente el lugar del arbitraje, dicho lugar será determinado por el Tribunal Arbitral habida cuenta de las circunstancias del caso. El laudo se tendrá por dictado en el lugar del arbitraje.”

También el Reglamento de la London Court of International Arbitration establece que:

Artículo 16 - Sede del Arbitraje, Lugar(es) de la Audiencia y ley Aplicable

16.1 Las partes pueden acordar por escrito la sede (o lugar legal) de su arbitraje en cualquier momento antes de la formación del tribunal arbitral y, luego de dicha formación, con el previo consentimiento escrito del tribunal arbitral.

16.2 A falta de cualquier acuerdo, la sede del arbitraje será en Londres (Inglaterra), a menos y hasta que el tribunal arbitral ordene, dadas las circunstancias y luego de haberles dado a las partes una oportunidad razonable para realizar comentarios escritos al tribunal arbitral, acerca de que otra sede arbitral es más apropiada. (...)

² No habiendo las partes cual sería la sede del arbitraje ni habiendo estipulado la aplicación de un reglamento que determine quién será el encargado de establecer la misma la LACI establece que será el tribunal el encargado de fijarla:

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, al emitir las notas relativas a la Organización de Procesos Arbitrales (2016), consideró que el lugar del arbitraje generalmente determina la ley del arbitraje. Esta tiene impacto en varios asuntos, tales como los requerimientos relativos a la designación y recusación de árbitros, donde y como una parte puede pretender la revisión o la nulidad del laudo arbitral, que tribunales son competentes en relación a los procedimientos arbitrales, y las condiciones para el reconocimiento y ejecutabilidad de un laudo arbitral en otras jurisdicciones. Consecuentemente, es conveniente que el tribunal se familiarice con la ley arbitral y con cualquier otra regla procesal vigente en la sede del arbitraje, incluyendo en particular cualquier normativa obligatoria.

Asimismo, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional establece que hay diversos factores jurídicos y de otra índole que influyen en la elección del lugar del arbitraje, cuya importancia relativa varía según el caso. Entre los factores jurídicos más destacados, cabe mencionar los siguientes: a) la idoneidad de la legislación de arbitraje aplicable en el lugar del arbitraje; b) la legislación, la jurisprudencia y las prácticas en vigor en el lugar del arbitraje en lo relativo a: i) la intervención judicial durante el proceso arbitral, ii) el alcance de la revisión judicial o de los motivos para anular un laudo, y iii) la idoneidad profesional exigida a los árbitros y los asesores letrados; y c) si el Estado en el que se lleva a cabo el arbitraje y, por ende, donde se dictará el laudo es parte en la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958, la “Convención de Nueva York”) o en otros tratados multilaterales o bilaterales sobre la ejecución de laudos arbitrales.

Cuando se prevea que las audiencias se celebren en el lugar del arbitraje, otros factores pueden resultar pertinentes para elegir ese lugar, a saber: a) la conveniencia de su ubicación para las partes y los árbitros, incluida la distancia que deberán recorrer; b) la disponibilidad y el costo de los servicios de apoyo; c) la ubicación del objeto de la controversia y la proximidad de las pruebas; y d) las restricciones que pudieran existir con respecto a la idoneidad profesional de los asesores letrados.

I) La incidencia de la Convención de Nueva York en la elección de la sede

Corresponde señalar que, teniendo en cuenta las consideraciones precedentes, resulta conveniente que la sede esté localizada en un estado que haya ratificado la Convención de Nueva York.

Por aplicación del artículo II de la Convención, las partes pueden requerir a un juez que las remita a un arbitraje cuando sea requerido para resolver una disputa que contenga una cláusula arbitral.

La mayoría de los Estados que ratificaron la Convención han establecido que su aplicación se encuentra limitada a los laudos arbitrales dictados en otros países que hayan ratificado la Convención. Por ello, si el contrato no especifica cual es la sede del arbitraje, un juez podría eventualmente concluir que no se encuentra obligado a aplicar el artículo II de la Convención, puesto que desconoce si la sede del arbitraje se encuentra localizada en un país signatario de la Convención³.

Asimismo, los laudos dictados en un Estado Parte de la Convención se verán beneficiados al ser ejecutados en el territorio de otro Estado Parte de la misma, por las reglas que establece la Convención en favor de la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Entre otros principios, cabe recordar que el artículo III de la Convención de Nueva York establece la obligación de

“Sede del arbitraje

Art. 65.- Las partes podrán determinar libremente la sede del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará la sede del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes”.

³ Craig, Laurence W, Park William W and Paulsson Jan, International Chamber of Commerce Arbitration, Third Edition, Oceana Publications, Inc. / Dobbs Ferry, NY, página 95.

reconocer los laudos dictados en otros Estados Contratantes de la Convención, bajo los términos y condiciones de la misma y considerando las reservas que pudieran haber formulado los Estados Contratantes. Al respecto la Convención establece que:

“Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá la autoridad de la sentencia arbitral y concederá su ejecución de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, con arreglo a las condiciones que se establecen en los artículos siguientes. Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica la presente Convención, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.”

El laudo se considerará dictado en la sede del arbitraje. Al respecto cabe destacar que, al ratificar la Convención de Nueva York, la República Argentina hizo la reserva prevista en el art. I.3. declarando que: *“aplicará la convención al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante únicamente”*.

En tal sentido, la LACI, siguiendo el artículo 31 inciso 3 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI, estableció en su artículo 88 que el laudo se considerará dictado en la sede del arbitraje: ***“Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y la sede del arbitraje determinada de conformidad con el artículo 65. El laudo se considerará dictado en ese lugar.”***

La importancia de la legislación local vigente en la sede

Resulta relevante entonces que la sede del arbitraje cuente con leyes arbitrales nacionales y tribunales que apoyen el arbitraje internacional. Tanto la legislación arbitral y la llamada ley Procesal Arbitral (también llamada Lex arbitri) son casi siempre las de la sede del arbitraje. Como consecuencia de ello, una amplia gama de cuestiones internas y externas relativas al arbitraje estarán virtualmente siempre gobernadas por la ley de la sede del arbitraje –en la medida que las partes no hayan previsto las cuestiones que resultan disponibles–, incluyendo la anulación de los laudos, la elección, calificaciones y remoción de los árbitros, el poder de los árbitros para dictar medidas provisionales o presentación de documentos en poder de la contraparte, la competencia para resolver disputas jurisdiccionales, la conducta de los abogados o de los representantes de las partes en el arbitraje, la forma y publicación del laudo, etc.⁴

Como señala Rivera, con cita a Jean F. Poudret y a Sébastien Besson, la elección de la sede constituye un evento crucial en la vida del arbitraje, pues determina su inserción en un ordenamiento jurídico que da sustento a la voluntad privada y al mismo tiempo lo limita con sus reglas interpretativas. En otras palabras, el arbitraje, aún internacional, se liga a determinado orden jurídico estatal que es el de la sede.⁵

Consecuentemente, resulta relevante elegir una sede que aliente y promueva el arbitraje como método de solución de controversias, en lugar de obstruir dicho procedimiento. Por ello, deberá priorizarse una sede en la que se propenda al reconocimiento y a la ejecución de los contratos de arbitraje; en la que, frente a la interposición de un recurso de nulidad contra un laudo, exista una posibilidad de revisión limitada que excluya una reinterpretación de los hechos merituados por los árbitros al dictar el laudo por parte del órgano judicial que intervenga en dicho eventual recurso de nulidad, en los que no existan limitaciones para elegir representantes o abogados; en la que las cuestiones cuya arbitrabilidad esté prohibida sean excepcionales; en la que se preste asistencia y cooperación judicial a los tribunales arbitrales, tanto en medidas de prueba como en materia cautelar o de asistencia al proceso arbitral.

En la misma línea deberá priorizarse la elección de sedes en la que los órganos judiciales tengan internalizados dichos principios, y posean un profundo conocimiento de los procesos arbitrales de modo de que no interfieran con el normal desarrollo del mismo.

⁴ Born Gary, International Commercial Arbitration, Second Edition, Wolters Kluwer, Law& Business, Tomo II, International Arbitration Procedures, páginas 2056/2057

⁵ Rivera Julio César, Arbitraje Internacional y Doméstico, Editorial Lexis Nexis, página 339.

II) La ley argentina

En primer término, cabe señalar que el art. 2° de la LACI estipula que sus disposiciones, con excepción de los Capítulos 2 y 3 del Título II, los Capítulos 4 y 5 del Título V y los Capítulos 1 y 2 del Título IX, se aplicarán únicamente si la sede del arbitraje se encuentra en el territorio de la República Argentina.

Las excepciones contempladas en los Capítulos 2 y 3 del Título II establecen la obligación de los jueces argentinos: (i) de respetar los acuerdos arbitrales, remitiendo a las partes al arbitraje aun cuando la sede se haya fijado en el exterior del país; y (ii) de no considerar renunciado un acuerdo arbitral en caso de que las partes soliciten medidas cautelares en la Argentina o en el exterior, en apoyo de un proceso arbitral.

Por su parte los Capítulos 4 y 5 establecen las condiciones para el reconocimiento y la ejecución de medidas cautelares dictadas por tribunales arbitrales con sede en el exterior, y para el dictado de medidas cautelares por parte de jueces argentinos en apoyo de arbitrajes cuando la sede de los mismos no se encuentre en la Argentina.

Por último, los Capítulos 1 y 2 del Título X regulan las condiciones del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros por parte de los jueces argentinos.

a) El establecimiento de la sede por las partes y la ausencia de un pacto expreso

El Código Civil y Comercial de la Nación ya había establecido en el capítulo del contrato de arbitraje (artículo 1658 inciso a) que, entre las cláusulas facultativas de dicho contrato, las partes estaban facultadas para convenir la sede del arbitraje.

Nuestra Ley de Arbitraje Comercial Internacional (LACI) N°27449 confirma que la sede del arbitraje no es un concepto físico o geográfico sino eminentemente jurídico y que la elección de un determinado lugar como sede de un arbitraje no implica que allí deban estar presentes los árbitros o realizarse actos procesales⁶.

En tal sentido la LACI expresamente dispone la libertad de las partes para establecer la sede del arbitraje y la potestad del Tribunal Arbitral para establecerla ausente tal acuerdo de voluntades.

Art. 65.- Las partes podrán determinar libremente la sede del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el Tribunal Arbitral determinará la sede del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes.

b) La realización de actos procesales fuera de la sede, tales como audiencias y reuniones, no altera las consecuencias jurídicas aplicables con motivo de la elección de la sede. También confirma que, salvo acuerdo en contrario, no necesariamente los actos procesales del arbitraje deban llevarse a cabo en la sede.

Art. 66.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 65 el Tribunal Arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

c) Los reglamentos arbitrales también reafirman en general la posibilidad de realizar audiencias y reuniones fuera de la sede

Dichas disposiciones de la LACI son consistentes con distintos reglamentos arbitrales que prevén disposiciones similares y que especifican que, aun cuando se hayan celebrado audiencias o

⁶ Caivano Roque J. Ceballos Ríos Natalia M, Tratado de Arbitraje Comercial Internacional Argentino, Comentario Exegético y Comparado de La Ley 27.449, Thomson Reuters, La Ley, página 590.

reuniones fuera del lugar de la sede del arbitraje, el laudo se considera dictado en la sede del arbitraje establecida por las partes o fijada por el Tribunal:

c.1.El Reglamento ICC:

En tal sentido el Reglamento de la ICC dispone que:

Artículo 18

“Sede del arbitraje

1 la sede del arbitraje será fijada por la Corte a menos que las partes la hayan convenido.

2 salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal Arbitral, previa consulta con aquellas, podrá celebrar audiencias y reuniones en cualquier lugar que considere apropiado.

3 el Tribunal Arbitral podrá deliberar en cualquier lugar que considere apropiado.”

Y que:

Artículo 32

Pronunciamiento del laudo

“...3 El laudo se considerará pronunciado en el lugar de la sede del arbitraje y en la fecha que en él se mencione”

c.2. Reglamento CNUDMI:

Por su parte el Reglamento de la CNUDMI estipula:

“Lugar del arbitraje

Artículo 18

1) Cuando las partes no hayan acordado previamente el lugar del arbitraje, dicho lugar será

2) determinado por el Tribunal Arbitral habida cuenta de las circunstancias del caso. El laudo se tendrá por dictado en el lugar del arbitraje.

2. El Tribunal Arbitral podrá celebrar sus deliberaciones en cualquier lugar que estime oportuno. Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, el Tribunal Arbitral podrá reunirse también en cualquier lugar que estime oportuno para celebrar audiencias o con cualquier otro fin.”

c.3 Reglamento de la London Court of International Arbitration.

En sentido similar, las reglas de la London Court of International Arbitration (LCIA) establecen que:

Artículo 16 - Sede del arbitraje, lugar(es) de la audiencia y ley aplicable

16.1 Las partes pueden acordar por escrito la sede (o lugar legal) de su arbitraje en cualquier momento antes de la formación del Tribunal Arbitral y, luego de dicha formación, con el previo consentimiento escrito del Tribunal Arbitral.

16.2 A falta de cualquier acuerdo, la sede del arbitraje será en Londres (Inglaterra), a menos y hasta que el Tribunal Arbitral ordene, dadas las circunstancias y luego de haberles dado a las partes una oportunidad razonable para realizar comentarios escritos al Tribunal Arbitral, acerca de que otra sede arbitral es más apropiada. (...)

16.3 En el supuesto de que deba celebrarse cualquier audiencia en persona, el Tribunal Arbitral podrá celebrar dicha audiencia en cualquier lugar geográfico que resulte conveniente consultándolo con las partes. Si el Tribunal Arbitral debe reunirse en persona para mantener sus deliberaciones, podrá hacerlo en cualquier lugar geográfico de su propia elección. **Si dicho lugar(es) tuviera que ser en otro lado más que en la sede del arbitraje, o si cualquier audiencia o deliberación tuviere lugar de otra forma más que en persona (total o parcialmente), aun así, el arbitraje será considerado a todos los fines como un arbitraje conducido en la sede arbitral y cualquier orden o laudo se considerará realizado en esa sede.**

Es decir que la celebración de audiencias o reuniones en un lugar distinto de la sede no afecta el hecho de que el laudo se considerará emitido en la sede fijada por las partes o por el Tribunal. En ciertas circunstancias, puede simplemente resultar más conveniente para las partes y para el Tribunal celebrar las audiencias o las reuniones en una ubicación diferente de la sede del arbitraje, o en forma virtual por medios electrónicos. En este caso la LACI contempla dicha posibilidad al igual que los reglamentos citados.

III) La taxativa intervención de los tribunales en el proceso arbitral estipulada por la LACI.

La *Lex arbitri* es un conjunto normativo formado tanto por las reglas establecidas en los Códigos Procesales o leyes especiales sobre arbitraje como por las que emanan de leyes de fondo, y de las convenciones y tratados internacionales incorporados al derecho del país sede⁷.

Como señala Caivano, la primera consecuencia que la sede proyecta sobre el arbitraje es que, en principio, son los tribunales de ese lugar quienes tienen competencia en aquellos casos en los que el Tribunal debe o puede intervenir⁸.

En tal sentido, el artículo 12 de la LACI estipula la prohibición expresa de intervención de los tribunales, salvo en los casos en que la ley expresamente lo autoriza. Allí se estipula que: ***“En los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún Tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo disponga.”***

A continuación, nos referiremos a tales supuestos que determinan una intervención acotada del poder judicial a las cuestiones contempladas por la norma.

a) La cooperación para la conformación del Tribunal en los casos que ello sea indispensable.

En los artículos 24 y 25 de la LACI se prevé la intervención de los tribunales competentes para coadyuvar a la conformación del Tribunal Arbitral. Obviamente tales facultades solo pueden ser ejercidas cuando las partes no hayan pactado la aplicación de reglas procedimentales, dentro de su acuerdo de arbitraje, que establezcan otro mecanismo para la conformación. Para tales supuestos, menos frecuentes, el artículo 13 de la ley establece que: ***“... Los jueces del lugar de la sede del arbitraje son competentes para las funciones a que se refieren los artículos 24 y 25, las que serán ejercidas por el juez de primera instancia con competencia en lo comercial de la sede del arbitraje...”***

b) Reconocimiento y ejecución de medidas cautelares y/o de prueba.

Consideramos que el mismo Tribunal de Primera Instancia debería resultar competente para: (i) adoptar las medidas de reconocimiento y ejecución de medidas cautelares y de prueba contempladas por el artículo 56 de la LACI, en cuanto dicha norma dispone que: ***“... Toda medida cautelar ordenada por un Tribunal Arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el Tribunal Arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el Tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada...”***; y (ii) proveer asistencia a los tribunales arbitrales para la producción de prueba, de conformidad con el artículo 78 de la LACI que dispone que: ***“... El Tribunal Arbitral o cualquiera de las partes con la***

⁷ Rivera Julio César, Arbitraje Internacional y Doméstico, Editorial Lexis Nexis, página 338.

⁸ Caivano Roque J. La sede del Arbitraje, El Derecho 272 – 6/04/2017 nro. 14.157.

aprobación del Tribunal Arbitral podrá pedir la asistencia de un Tribunal competente de la República Argentina para la práctica de pruebas. El Tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba...”.

Por otra parte, de conformidad con la segunda parte del artículo 13 de la LACI, las facultades referidas en los artículos 31, 32, 33, 37 y 99, serán ejercidas por la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Comercial de la sede del arbitraje.

c) Recusación de árbitros

En lo que respecta al artículo 31, referido a la recusación de los árbitros, el mismo dispone que *“Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del artículo 30, la parte recusante podrá pedir, dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación, al Tribunal competente conforme al artículo 13, que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será irrecurrible...”*

d) Falta o imposibilidad de ejercicio de funciones por parte de los árbitros.

Por su parte, los artículos 32 y 33 se refieren a la falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones por parte de los árbitros.

Art. 32.- Cuando un árbitro se vea impedido, de jure o de facto, en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar del Tribunal competente conforme al artículo 13 una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será irrecurrible.

La posibilidad de intervención por parte del poder judicial para estos supuestos, contemplados en los artículos 31 y 32 de la LACI, solo puede ser ejercida en forma extraordinaria y residual, ya que no podrá ser ejercida cuando las partes hayan previsto *“el procedimiento de su nombramiento”* y allí *“se prevean otros medios para conseguirlo”* (art. 25 de la LACI). Es decir que la intervención del Tribunal está prevista como un último recurso aplicable, solo si las partes no contemplaron o adoptaron reglas que les permitan sortear tales incidencias de conformidad con las mismas, lo que en la mayoría de los casos no debería ocurrir.

En el caso infrecuente de que las partes no hayan previsto ni adoptado ningún reglamento o ninguna regla de procedimiento, recién allí, habrá espacio para que el poder judicial coadyuve a la conformación del Tribunal.

e) La recurribilidad de la decisión sobre competencia que adopte el Tribunal Arbitral.

Por su parte, de conformidad con lo previsto en el artículo 37 de la LACI, será competente el Poder Judicial para resolver las excepciones contempladas en el artículo 36. Dicho artículo 36 establece que: *“... La excepción de incompetencia del Tribunal Arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el Tribunal Arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El Tribunal Arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.”*

Por su parte el art. 37 establece que: *“...- El Tribunal Arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el artículo 36 como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo.*

Si, como cuestión previa, el Tribunal Arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta (30) días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 13 que resuelva la cuestión, y la resolución

de este tribunal será irrecurrible; mientras esté pendiente dicha solicitud, el Tribunal Arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.”

En este supuesto, en caso de que la decisión sobre competencia sea adoptada por el Tribunal en el laudo definitivo, la revisión se efectuará por vía del recurso de nulidad previsto en el artículo 98 de la LACI (en particular con fundamento en los artículos 99 [a] [i], 99 [a] [iii] y 99 [b] [i] citados más abajo). En cambio, en el caso de que el Tribunal Arbitral adopte una decisión sobre competencia en forma preliminar, dicha resolución será recurrible en los términos del artículo citado, es decir, por ante la Cámara de Apelaciones en lo Comercial y con efectos devolutivos.

f) Recurso de nulidad

Sin adentrarnos en el tratamiento del recurso de nulidad, corresponde destacar que, en términos generales, la LACI establece (Art. 98) que: *“Contra un laudo arbitral solo podrá recurrirse ante un Tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los artículos 99 y 100.”*

Art. 99.- El laudo arbitral solo podrá ser anulado por el Tribunal indicado en el artículo 13 cuando:

a) La parte que interpone la petición pruebe:

I. Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 14 estaba afectada por alguna incapacidad o restricción a la capacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley argentina; o

II. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o

III. Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo se podrán anular estas últimas; o

IV. Que la constitución del Tribunal Arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley; o

b) El Tribunal compruebe:

I. Que, según la ley argentina, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

II. Que el laudo es contrario al orden público argentino.

IV) La deslocalización del arbitraje.

No obstante, lo señalado, cierta parte de la doctrina considera que debe reducirse la importancia de la sede del arbitraje considerando que no deben estar atados al ordenamiento legal de la sede ya que los efectos obligatorios del laudo dependen del acuerdo de voluntades de las partes y que los efectos del laudo pueden ser controlados por los tribunales judiciales del país en el que se pretenda el reconocimiento del laudo.

Sin perjuicio de ello, el arbitraje precisa de la asistencia del poder judicial en muchas instancias anteriores al dictado del laudo por lo que la elección de la sede seguirá siendo sumamente relevante.

No obstante lo señalado, en un fallo relativamente reciente se ha hecho aplicación del principio de deslocalización del arbitraje admitiendo que la nulidad del laudo se plantee por ante tribunales judiciales distintos de los de la sede considerado para ello válida la estipulación formulada por

las partes, quienes pactaron que la sede del arbitraje sería en la ciudad de Montevideo pero que los recursos de nulidad que eventualmente quisieran interponerse contra el laudo deberían deducirse por ante la justicia argentina.

Así, en el fallo YPF S.A. c. AES Uruguaiana Empreendimientos S.A. y otros s. recurso de queja dictado por la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal, se estableció que:

“A raíz de una práctica internacional generalizada y de las bondades que trajo aparejadas (particularmente, en materia de seguridad jurídica), quedó establecido, como principio general, que los órganos jurisdiccionales correspondientes al país sede del arbitraje eran los naturalmente competentes para entender en los recursos de revisión, apelación y/o nulidad que pudieran deducir las partes —entre otros temas—. Cabe destacar que la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI ó UNCITRAL, por su sigla en inglés), del 21 de junio de 1985, previó esta intervención judicial cuando ella fuese contemplada e introducida en el orden jurídico en el cual se encuentra la sede del Tribunal Arbitral (arts. 11, 13, 14 y 34)

Esta conclusión, sin embargo, no ha impedido el reconocimiento de una solución distinta fundada, en sustancia, en el referido carácter “flexible” del procedimiento arbitral internacional.

El fenómeno en cuestión, conocido como “deslocalización”, importa restar trascendencia a la “sede” del Tribunal Arbitral. “Es este el nuevo sentido de la historia, el que acompaña la mundialización. El arbitraje se encuentra el día de hoy completamente desligado de cualquier referencia a la competencia jurisdiccional de un orden jurídico nacional”. Y ello, en razón de que el arbitraje internacional no tiene fuero. “Ciertamente, en derecho internacional privado la noción de ‘fuero’ implica una localización estatal, es decir, la idea de la investidura por parte del Estado y por lo tanto el respeto de las leyes de policía o de procedimiento de esta sede. Aquí la noción de ‘fuero’ se confunde con la de ‘sede’. Pero si el árbitro tiene efectivamente una sede, él no está investido por el Estado en el cual esta sede se encuentra, y él no se encuentra en la obligación de respetar las leyes de policía o de procedimiento de dicha sede” (cfr. Clay, Thomas. “La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje internacional: ¿es todavía relevante?”. En “Arbitraje Internacional. Tensiones actuales”. Comité Colombiano de Arbitraje. Legis Editores S.A. 2007. pág. 194/95).

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

Así, en los citados artículos 20.2 y 10.2 de los Contratos de Gas y de Transporte, respectivamente, se expresó que el laudo arbitral sería irrecurrible “salvo los recursos de aclaratoria y/o nulidad previstos en el Artículo 760 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la República Argentina (‘Apelaciones Especiales’); precisando que toda “Apelación Especial deberá ser presentada exclusivamente ante los tribunales y de conformidad con las leyes de la República Argentina”.

También se afirmó, por cierto, que el lugar del arbitraje sería la ciudad de Montevideo, República Oriental del Uruguay. No obstante, esta última circunstancia no puede soslayar ni restar trascendencia o eficacia a lo que las partes unánimemente acordaron en los convenios de marras, so pena de transgredir la estructura y los principios mismos que gobiernan y sobre los que se asienta el procedimiento arbitral.

En efecto, como ya se señaló, la autonomía de la voluntad es el paradigma fundamental en este ámbito, que solo cede en la medida en que se vulnere el orden público internacional. Así se ha dicho que “el arbitraje es un sistema flexible, construido a partir de la voluntad de las partes plasmada en la composición del Tribunal, en la determinación de la materia objeto de la controversia, en el procedimiento, en el derecho aplicable y en el resultado del mismo”. Por tal motivo, el “derecho procesal internacional en materia de recursos se ve limitado y condicionado por la voluntad de las partes litigantes” debido a que la sanción de nulidad de un laudo es ajena,

como principio, a cualquier sistema institucionalizado de controversias (Quel López, Javier. "La interpretación..." op. cit., págs. 47 y 34, respectivamente..."

En términos semejantes, se ha argüido en época reciente que, "Por una decisión del 17 de junio de 2004, la Corte de Apelaciones de París sostuvo en un obiter dictum que las partes 'tenían la posibilidad de presentar recurso de anulación por la vía de una cláusula atributiva de jurisdicción ante otro juez diferente al juez del asiento del Tribunal Arbitral'. Como fundamento de tal afirmación, el Tribunal sostuvo que se justificaba por la 'deslocalización del laudo arbitral', rasgo típico del derecho francés del arbitraje internacional. Dicho de otro modo: el árbitro internacional no tiene 'foro' y el laudo arbitral, que no está vinculado necesariamente a ningún orden jurídico estatal, es una decisión de justicia internacional. Por tanto, la jurisdicción del juez estatal del asiento del Tribunal Arbitral no tiene una vocación superior a otra para conocer de un recurso de anulación contra una sentencia relocalizada. Esta sentencia es claramente compatible con el nuevo derecho francés del arbitraje surgido de los textos aprobados en la reforma de 2011 y abre la vía, para las partes, para atribuir competencia a un juez diferente al juez francés para conocer de un recurso de anulación contra el laudo dictado por un Tribunal con asiento en Francia". (Cfr. Christophe Seraglini / Jérôme Ortscheidt. "Droit de l'arbitrage interne et international". Ed. montchrestien. Paris. 2013. N° 938, p. 856).

"... Desde otra perspectiva, no cabe soslayar que una solución opuesta a la que propugna esta sentencia, que entienda "nulas" las cláusulas en estudio, conllevaría la suposición (inevitable, por cierto) de que los co-contratantes de YPF S.A. obraron con impericia, negligencia o imprudencia (sino con mala fe) al celebrar los acuerdos. Ello así, pues no cabría imaginar, al menos como principio, que pactos de la importancia de los involucrados, concebidos (además) en un marco jurídico internacional previo de enorme trascendencia institucional, fueron suscriptos sin mayor análisis de su contenido para, luego, debatir su legitimidad, contrariando de tal modo lo voluntariamente pactado y la doctrina conocida como "de los actos propios".

Así la Cámara, haciendo mención al principio de deslocalización, consideró que debía respetarse el acuerdo arbitral que prorrogaba la jurisdicción en favor de los tribunales argentinos – excluyendo a los de la sede- para resolver sobre los recursos de nulidad que pudieran plantearse contra el laudo.

Buenos Aires, abril de 2022

Citar: elDial DC2FF3

copyright © 1997 - 2022 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina