

Importancia del lugar del arbitraje: similitudes entre el Derecho Peruano y el Derecho Español



JOSÉ ANTONIO CAÍNZOS

Abogado por la Universidad Santiago de Compostela.
Copresidente del Club Español del Arbitraje.



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El apartado 1 del artículo 26 de la Ley española de arbitraje.
- III. El apartado 2 del artículo 26 de la Ley española de arbitraje.
 1. La práctica de actividades probatorias.
 2. La celebración de deliberaciones.

AUTORES EXTRANJEROS

ARBITRAJE

ADVOCATUS 132

RESUMEN:

En el presente artículo el autor realiza un análisis acerca de la evolución, similitudes y diferencias entre la Ley peruana de arbitraje y la Ley española de arbitraje. Asimismo, desarrolla aspectos fundamentales como la designación del árbitro, sus competencias, la recusación del árbitro o tribunal arbitral, la práctica de las actividades probatorias y, sobre todo, la importancia del lugar de arbitraje.

Palabras clave: Arbitraje, Ley de arbitraje española, Ley de arbitraje peruana y árbitro.

ABSTRACT

In this article the author makes an analysis of the evolution, similarities and differences between the Peruvian Arbitration Law and the Spanish Arbitration Law. It develops fundamental aspects such as the designation of the arbitrator, its competence, the recusal of the arbitrator or arbitral tribunal, the practice of evidential activities and, above all, the importance of the place of arbitration.

Keywords: Arbitration, spanish arbitration law, peruvian arbitration law and arbitrators.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 26 de la Ley española de arbitraje del 26 de diciembre de 2003 (en adelante, "LA"), titulado "Lugar del arbitraje", dice:

"1. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, lo determinarán los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, los árbitros podrán, previa consulta a las partes y salvo acuerdo en contrario de estas, reunirse en cualquier lugar que estimen apropiado para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas. Los árbitros podrán celebrar deliberaciones en cualquier lugar que estimen apropiado."

El artículo 24.1 de la anterior Ley española de arbitraje, la Ley de 5 de diciembre de 1988, ya se refería al lugar del arbitraje pero la redacción era diferente. En ella se daba la facultad al árbitro, en defecto de acuerdo de las partes o de lo dispuesto por el reglamento arbitral aplicable, de decidir tanto el lugar del arbitraje propiamente dicho ("el lugar donde se desarrollará la actuación arbitral") como "el lugar en el que deban realizar cualquier actuación concreta".

Así pues se observa que el legislador de 2003 quiso introducir modificaciones respecto a la

situación existente con anterioridad. Por una parte quiso destacar la importancia de esta cuestión pero no entró en detalles. Por otra, llamó la atención sobre la posibilidad de realizar actuaciones fuera de la sede del arbitraje. Estos son los dos mensajes que contiene la mención más bien escueta que hace la Exposición de Motivos sobre el contenido del artículo 26:

"En lo que respecta al lugar del arbitraje, hay que destacar que se permite la celebración de audiencia y de deliberaciones en sede distinta de la del arbitraje. La determinación del lugar o sede del arbitraje es jurídicamente relevante en muchos aspectos, pero su fijación no debe suponer rigidez para el desarrollo del procedimiento".

Sin embargo, el legislador español no partió de cero. En este, como en otros muchos casos de la ley de 2003, se inspiró en la Ley Modelo de Arbitraje aprobada por UNCITRAL. En efecto, el texto del artículo 20 de la Ley Modelo es el antecedente obvio del artículo 26 de la LA. La redacción no es idéntica pero prácticamente lo es el contenido. Solamente hay dos pequeñas diferencias:

- Al referirse a las deliberaciones del tribunal arbitral, el artículo 20 de la Ley Modelo admite que las partes pueden acordar privar al tribunal arbitral de reunirse en un lugar que no sea el del arbitraje. En la LA española no existe esa posibilidad, es decir, el tribunal arbitral

podrá reunirse en donde estime oportuno, al margen de la opinión de las partes.

- En la Ley Modelo no se contempla la consulta previa a las partes en relación con las actuaciones a realizar fuera del lugar del arbitraje, algo que sí recoge el inciso 2 del artículo 26 de la LA española de 2003.

El artículo 35 de la vigente Ley peruana de arbitraje tiene un contenido prácticamente idéntico al del artículo 26 de la Ley española. Por ese motivo he creído que lo que se puede afirmar respecto a la ley española puede también afirmarse en gran medida, en relación con la ley peruana y, por tanto, que este comentario¹ basado en la situación del derecho español, puede ser útil en Perú.

II. EL APARTADO 1 DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY ESPAÑOLA DE ARBITRAJE

El primer aspecto tratado es del lugar del arbitraje² ¿Qué importancia tiene fijar un determinado lugar para el arbitraje? La respuesta es clara: sus efectos son varios y todos ellos, importantes³.

- a) El lugar del arbitraje, siguiendo el principio de territorialidad que adopta la legislación española, fija la Ley aplicable al procedimiento arbitral. Como dice el artículo 1.1 de la propia LA *"Esta Ley se aplicará a los*

*arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de los establecidos en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje"*⁴.

Como es sabido en el arbitraje pueden coexistir hasta tres leyes aplicables o más: i) la ley aplicable al fondo de la materia objeto de debate, a la que se refiere el artículo 34 de la LA⁵; ii) la legislación aplicable al procedimiento arbitral, mencionada en el artículo 1 de la misma ley; y iii) la legislación elegida para regir el convenio arbitral en caso de que no coincidan con ninguno de los anteriores, como admite el artículo 9.6 de la referida Ley^{6,7}.

La legislación arbitral es sumamente importante porque es la que se aplica necesariamente en los escasos supuestos en que la LA contiene disposiciones de derecho imperativo. También entra en juego en los casos en que la regulación legal opera solo en caso de que no exista pacto en contrario de las partes, directo o indirecto (mediante la remisión a un determinado reglamento arbitral).

Conviene recordar que la Ley de Enjuiciamiento Civil española (en adelante, la "LEC") no es aplicable ni siquiera con carácter

1. CAINZOS, José Antonio, "Comentarios del autor al artículo 26 de la Ley española de arbitraje" En: GONZALES BUENO, Carlos, (Coordinador). Comentarios a la Ley de Arbitraje. Madrid: Consejo General del Notariado, 2014, pp.
2. PALAO MORENO, Guillermo, "Comentario al artículo 26". En BARONA VILAR, Silvia (Coordinadora) op. cit. pgs. 1182 - 1183 señala que «lugar» y «sede» "en la práctica arbitral se utilizan como términos prácticamente equiparables e intercambiables".
3. GOMEZ JENE, Miguel, "Comentario al Artículo 26". En ARIAS LOZANO, David (Coordinador) op. cit. pág. 263. PALAO MORENO, Guillermo, op.cit. pág. 1180 dice que es *"un factor de importancia capital"*. No podemos olvidar que la Exposición de Motivos de la LA (I) reconoce abiertamente que este texto *"facilitará y aún impulsará que se pacten convenios arbitrales en las que se establezca nuestro país como lugar del arbitraje."*
4. El artículo 1.1 de la Ley peruana es muy similar.
5. Véase el artículo 57 de la Ley peruana.
6. Véase el artículo 13.7 de la Ley peruana.
7. Una descripción completa sobre "El derecho por el que se rige el arbitraje" podemos encontrarla en REDFERN, Alan y otros, "Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional". Thomson-Aranzadi. 4ª Edición, Cizur Menor (Navarra), 2006.

supletorio, como se puede comprobar si se revisan el articulado y las disposiciones adicionales, transitorias, derogatorias y finales de la propia LEC y de la LA.

Es este un aspecto importante porque con frecuencia se encuentran referencias a la legislación procesal civil en los escritos presentados en los procedimientos arbitrales, especialmente en los relacionados con la preparación de órdenes procesales, la admisión y práctica de la prueba y en los que se solicita la reconsideración de decisiones arbitrales.

Tales menciones denotan un cierto desconocimiento del funcionamiento de los procedimientos arbitrales. Lo mismo ocurre asiduamente en las intervenciones orales de letrados no familiarizados con el arbitraje que, en tales ocasiones, muestran cierta perplejidad cuando el tribunal arbitral les advierte de la inaplicación de las normas rituarías de la LEC.

No debe conducir a error el hecho de que determinados artículos de la LA mencionen a la LEC, se remitan a ella o a instituciones procesales recogidas en la misma (arts. 8, 11, 15, 42, 43, 44 y 45 por citar algunos ejemplos). En tales supuestos se aplican los correspondientes preceptos de la LEC pero solo porque la LA se remite a ella, no porque sea aplicable al procedimiento arbitral per se.

El hecho de que la LEC se aplique por los órganos judiciales en materia de medidas cautelares, apoyo y control del arbitraje,

anulación o ejecución del laudo no significa que el tribunal arbitral tenga que aplicarla en la tramitación del procedimiento arbitral en su conjunto. Cosa distinta es que los criterios establecidos en la ley rituaría civil o en la jurisprudencia sentada al aplicarla puedan considerarse criterios inspiradores por el tribunal arbitral y resultar útiles a la hora de tomar una decisión, lo que ocurre con cierta frecuencia en materias como las relacionadas con la prueba.

- b) El segundo efecto directo de la determinación del lugar del arbitraje lo encontramos en materia de anulación. Si el laudo ha sido dictado en España⁸, la anulación tiene que plantearse en España, en concreto ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma donde el laudo se hubiera dictado (artículo 8.5 de la LA)⁹ y por los cauces del juicio verbal que es un procedimiento sencillo y rápido (artículo 42 de la LA)¹⁰. Si, por el contrario, el laudo se ha dictado en Francia, por poner un ejemplo, se tiene que plantear la anulación ante el tribunal francés y por el procedimiento que la legislación procesal francesa establezca.

Los motivos de anulación son, en los ejemplos utilizados, los que la ley española o la ley francesa establezcan. En principio deben ser similares pero no tienen que coincidir necesariamente. Pensemos en un ejemplo reciente muy claro. En la Ley de Arbitraje española de 1988 dictar un laudo fuera de plazo se consideraba motivo de anulación¹¹,

8. El artículo 37.5 LA dice: «Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje, determinado de conformidad con el apartado 1 del artículo 26. El laudo se considerará dictado en ese lugar». En muy parecidos términos se expresa el art. 56.1 de la Ley peruana.

9. La Ley peruana, en su art. 8.4, remite la anulación a la Sala Civil Sub-especializada en lo Comercial o, en su defecto, a la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del lugar del arbitraje.

10. En la Ley peruana el procedimiento de anulación está regulado en el artículo 64.

11. Artículo . 45.3 de la Ley 36/1.988, de 5 de diciembre. Por el contrario el art. 41 de la LA de 2003 no contiene ese motivo de anulación. Muestra del debate que, no obstante, se mantuvo vivo durante años podemos encontrarla en LOPEZ ORTIZ, Alejandro "6+2: Reflexiones sobre el plazo para laudo en la Ley española de arbitraje", *Spain Arbitration Review*, N° 4/2009 pp. 107-120.

lo que no ocurría en Francia¹². No es el único caso. Los motivos de anulación en legislaciones que no han seguido la Ley Modelo o que solo la han adoptado parcialmente, ofrecen importantes modificaciones respecto a las que se han acomodado a aquélla.

Pero no solo los motivos de anulación pueden ser diferentes. Más importante aún puede ser el criterio más o menos favorable al arbitraje que sigan los tribunales judiciales nacionales. A nadie se le escapa que existen países que por tradición, conocimiento y experiencia (Francia o Suiza pueden ser buenos ejemplos) han venido aplicando criterios muy flexibles que han hecho posible la evitación de la anulación de laudos salvo casos realmente extremos. Por el contrario, todavía pueden encontrarse países en que los órganos judiciales desconfían de los árbitros y tienen una mentalidad más rígida lo que les lleva a la anulación habitual de laudos.

Afortunadamente el caso de España merece una mención muy favorable. En la actualidad las anulaciones de laudos arbitrales en materia comercial son muy escasas¹³. El cambio de competencias de las Audiencia Provinciales, en las que se residenció esta

función en la Ley de 1988, a los Tribunales Superiores de Justicia que la han recibido en 2011 no ha supuesto una modificación del rumbo de las decisiones judiciales. Los tribunales judiciales españoles han hecho enteramente suyas las recomendaciones que el Sr. Brinner, ex Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, les dio en una visita a España en la que impartió una conferencia en el Consejo General del Poder Judicial con motivo de la aprobación de la LA del 2003: un país puede convertirse en sede de arbitrajes internacionales si cumple tres requisitos, tener una buena Ley de Arbitraje, haber suscrito el Convenio de Nueva York y disfrutar de una judicatura favorable al arbitraje. España cumple con estos tres requisitos y, en particular, con el tercero gracias a que la judicatura española conoce y respeta el arbitraje.

- c) El tercer impacto del lugar del arbitraje está vinculado a la ejecución del laudo. A efectos de ejecución forzosa, si el laudo que se quiere ejecutar ha sido dictado en el mismo país en el que se quiere realizar la ejecución, se considera un laudo nacional al que se aplican las normas procesales de la ejecución en ese país. Es el caso del artículo 44 de la LA española que remite

En la Ley 11/2011 se trata la cuestión en la Exposición de Motivos: *"Respecto del laudo, las modificaciones se han centrado en el plazo y forma del laudo. Así, se modula una solución, a favor del arbitraje, para los casos en que el laudo se dicta fuera de plazo, sin perjuicio de la responsabilidad de los árbitros". La Exposición de Motivos se está refiriendo al nuevo art. 37.2 LA que, en su inciso final, dice: "Salvo acuerdo en contrario de las partes, la expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros".*

12. Artículo . 1492 para el arbitraje interno y 1520 para el arbitraje Internacional cuando el laudo se ha dictado en Francia. Sin embargo en otro país tan cercano a España como es Portugal, el art. 46.3 vii) de la Ley de Arbitragem Voluntária de 14 de diciembre de 2011 considera causa de anulación que el laudo se haya notificado a las partes después del plazo fijado para hacerlo.

En la Ley peruana también es una causal de anulación *"que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral"* (art. 63.1.g). Aunque se encuentra centrado en la Ley peruana anterior a la vigente, véanse los comentarios de CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando *"Arbitraje Comercial y de las Inversiones"*. Lima, 2007, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). pp. 521-524.

13. No confundir con anulaciones en materia de arbitraje de consumo. Para un estudio detallado de los pronunciamientos en materia de anulación, VERDERA TUELLES, Evelio y otros, op. cit., y LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO, Álvaro y MENÉNDEZ DE LA CUESTA LAMAS, Katharine. *"La intervención judicial en el arbitraje: análisis de jurisprudencia española reciente"* Spain Arbitration Review N° 8/2010, pp. 53-71.

la ejecución forzosa de los laudos a lo dispuesto en la LEC y en el título VIII de la LA. El Tribunal competente es el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo (artículo 8.4 LA)¹⁴.

Por el contrario, si el laudo que se quiere ejecutar en España es extranjero, es decir, se ha pronunciado fuera del territorio español, como dice el artículo 46.1 de la LA, se aplicará el Convenio de Nueva York u otros convenios internacionales más favorables a la concesión del exequátur¹⁵.

La diferencia entre tener que obtener un exequátur o no necesitarlo, es sustancial, tanto en términos de tiempo (el exequátur debe obtenerse tras el seguimiento de un procedimiento de reconocimiento del laudo que precederá a la ejecución del mismo), como de costes (dos procedimientos son, por definición, más costosos que uno) y de riesgo (a menor intervención de órganos judiciales, menor riesgo de que alguno de ellos rechace la ejecución)¹⁶.

- d) Al redactar un laudo, la mención al lugar del mismo es obligada. El laudo "se considerará dictado en ese lugar" (artículo 37.5 LA). Conviene recordar que bajo la vigencia de la Ley

de Arbitraje de 1988, que también exigía que el laudo incluyera el lugar del arbitraje, se dictó la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 19 de febrero de 2003¹⁷ que anuló un laudo por haberse dictado en sitio distinto del pactado.

La ausencia de referencia al lugar del laudo podría ser motivo de anulación, en opinión de Palao Moreno¹⁸, por no haberse ajustado el procedimiento arbitral a lo previsto en la LA.

- e) Hay otros efectos que también son relevantes. Por una parte el lugar del arbitraje es uno de los elementos determinantes para calificar un arbitraje como internacional¹⁹. Según el artículo 3.1.b) LA "El arbitraje tendrá carácter internacional cuando (...) el lugar del arbitraje (...) esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios"²⁰.

Por otra parte el artículo 8 de la LA establece el lugar del arbitraje como uno de los elementos para determinar el tribunal de apoyo en materia de nombramiento y remoción judicial de árbitros (el artículo 8.1 establece que es el Tribunal Superior de Justicia del lugar del arbitraje²¹) y de práctica de pruebas (el artículo 8.2 establece la competencia del Juzgado de Primera Instancia del lugar del

14. El sistema peruano es bien diferente. En su art. 67 la Ley peruana atribuye al tribunal arbitral la facultad de ejecutar sus laudos y decisiones siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable y el art. 68 de la nueva Ley regula la ejecución judicial que, según el art. 8.3 de la propia Ley, corresponderá al juez sub-especializado en lo comercial o en su defecto, al juez civil del lugar del arbitraje o el del lugar donde el laudo debe producir su eficacia.

15. Así ocurre en algunos casos con el Convenio Europeo de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional de 21 de abril de 1961. El artículo 74 de la Ley peruana es muy similar al artículo 46 de la Ley española.

16. El reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros está regulado en los artículos 76 y 77 de la Ley peruana.

17. PALAO MORENO, Guillermo, *Op. Cit.* pp. 1185-1186 se refiere en detalle a esta sentencia. También la comenta GONZALEZ NAVARRO, Alicia Comentario al "Artículo 26" en GARBARI LLOBREGAT, José (Director), *Op. Cit.* pp. 677-678.

18. PALAO MORENO, Guillermo, *Op. Cit.* p. 1186.

19. Las implicaciones de que un arbitraje sea considerado internacional en la LA española de 2003 pueden verse en FERNÁNDEZ-ARMESTO, Juan "El arbitraje internacional en la nueva Ley de arbitraje española", *Revista de Derecho Mercantil* Nº 258, Madrid, octubre - diciembre 2005.

20. Véase el artículo 5.1.b) de la Ley peruana.

21. El sistema seguido en Perú es muy diferente porque atribuye esta función a las Cámaras de Comercio (art. 23 d) y e)).

arbitraje²²). Finalmente el artículo 8.3 atribuye la adopción de medidas cautelares al tribunal del lugar en que el laudo debe ser ejecutado que, como hemos visto, es el del lugar en que el laudo se haya dictado²³.

En definitiva, la elección del lugar del arbitraje es una decisión trascendente que debe adoptarse con suficiente conocimiento de las consecuencias que comporta inclinarse por una u otra opción y no utilizarse como moneda de cambio como ocurre con cierta frecuencia en relación con la negociación de otro aspecto igualmente relevante que es el idioma del arbitraje. La importancia de la decisión del lugar del arbitraje, unida a la libertad para elegir tal lugar, hace recomendable que sean las partes quien fije el lugar en el que el arbitraje va a tener su sede.

- f) Una confusión que se produce con frecuencia es la que hace pensar a las partes que si se someten al Reglamento de una determinada institución con sede en un país y ciudad concreta (por ejemplo la Corte de Arbitraje de la CCI que tiene su sede en París, Francia), el lugar del arbitraje tiene que ser necesariamente esa ciudad, en nuestro ejemplo París. Nada más lejos de la realidad. La inmensa mayoría de los Reglamentos de las principales instituciones arbitrales dejan libertad a las partes para fijar el lugar del arbitraje y administran de forma habitual arbitrajes que tienen sede en ciudades y hasta en países distintos del que sirve como sede a la institución administradora.

Basta con leer las estadísticas de la CCI²⁴, siguiendo nuestro ejemplo, para comprobar que un número muy importante de arbitrajes que siguen las reglas CCI no tienen lugar de arbitraje en París, ni siquiera en Francia, sino en países muy diversos, entre ellos España. Lo

mismo puede decirse de otras instituciones que, en defecto de pacto entre las partes, dejan a criterio del tribunal arbitral determinar el lugar del arbitraje. Son al menos las que imponen un determinado lugar como sede del arbitraje si se opta por el arbitraje institucional según las reglas de esa Corte.

- g) Conviene incluir el lugar del arbitraje en la cláusula arbitral. Nada impide dejar ese tema sin abordar en el convenio arbitral con la intención de fijar el lugar en el momento en que se plantee el conflicto pero la experiencia aconseja lo contrario. Cuando las partes están enfrentadas y se ven obligadas a iniciar un procedimiento arbitral la predisposición a alcanzar acuerdos es mucho menor que cuando simplemente se acuerda una cláusula de resolución de conflictos pero aún no existe ninguna disputa que afrontar. La relevancia de esta decisión hace difícil que todas las partes enfrentadas en ese momento convengan en un determinado lugar para asentar el arbitraje porque los intereses en juego ya son mucho más concretos que cuando el acuerdo se negocia en abstracto y la adopción de una decisión, normalmente, es más favorable para una parte que para la otra.
- h) Igualmente es posible fijar un lugar para el arbitraje en la cláusula arbitral y variarlo llegado el momento del conflicto pero, por las mismas razones que hemos expuesto anteriormente, no es la solución más habitual. Lo esperable es que una vez fijado un determinado lugar para el arbitraje por acuerdo entre las partes, esa decisión no sea modificada.

Puesto que las partes son quienes tienen la capacidad de decidir esta materia, podrán hacerlo cuando quieran, cuantas veces lo

22. Véase el artículo 8.1 de la Ley peruana.

23. En este caso el artículo de la Ley peruana a consultar es el 8.2.

24. El último informe estadístico, correspondiente al año 2014, puede encontrarse en el ICC International Court of Arbitration Bulletin vol. 25/issue 1, pp. 7-19.

acuerden y como prefieran, es decir, puede fijarse el lugar del arbitraje por las propias partes, remitirse a un Reglamento de los que establecen una sede para el arbitraje o atribuir esa función al tribunal arbitral.

- i) Otra posible duda es si cabe cambiar el lugar del arbitraje durante el procedimiento arbitral. En este caso debemos contestar afirmativamente. Si se produce esa modificación el lugar del arbitraje a efectos del laudo, su posible anulación y ejecución será aquél en que se haya dictado y, a efectos de ley aplicable, se aplicará la que proceda a cada fase del procedimiento según el momento en que se produjo el trámite procesal y el lugar acordado en ese momento²⁵.
- j) Respecto a la documentación del acuerdo en que conste el lugar del arbitraje, debe distinguirse si está incluido en el convenio arbitral, en cuyo caso es aplicable integralmente el artículo 9 de la LA, a cuyos comentarios nos remitimos, de si el lugar del arbitraje se acuerda fuera de la cláusula arbitral. En este segundo supuesto caben múltiples variedades, como la reunión de negociación entre partes, una mediación previa al arbitraje, una sesión preparatoria de las reglas del procedimiento arbitral o el acta de misión, por citar solo algunos ejemplos. En cualquier caso lo que es altamente recomendable es que se documente de forma tal que quede plena constancia del acuerdo alcanzado para las partes y terceros, sean o no los miembros del tribunal arbitral, de tal forma que se eviten problemas innecesarios en relación con la interpretación de la voluntad de las partes sobre esta cuestión.
- k) Cabría plantearse si es posible establecer más de un lugar del arbitraje como cabe fijar

más de un idioma. La respuesta es negativa. El lugar del arbitraje debe ser necesariamente uno puesto que, como ya hemos visto, ese lugar atribuye consecuencias que exigen un solo lugar como sede del arbitraje y elemento de conexión para la fijación de la competencia del órgano judicial interviniente, en caso de que sea necesario.

- l) Otra pregunta es si puede tramitarse un procedimiento arbitral sin lugar del arbitraje. También aquí la contestación es que no cabe tal posibilidad. Podrá retrasarse su determinación y cabrá, incluso, iniciar el procedimiento arbitral sin haber fijado ese lugar pero no puede tramitarse un procedimiento sin saber cuál es la ley aplicable al procedimiento y, sobre todo, no puede haber un laudo que no se haya dictado en un lugar preciso. Es cierto que ni la LA ni los Reglamentos de las cortes de arbitraje suelen fijar un momento preciso para acordar el lugar del arbitraje pero lo recomendable es hacerlo cuanto antes. Si las partes no llegan a acordar el lugar del arbitraje, son los árbitros los llamados a hacerlo.
- m) Si el arbitraje tiene un árbitro único, será este quien deba hacerlo. Si hay un tribunal arbitral compuesto por varios árbitros, se aplicarán los criterios del artículo 35.1 LA²⁶, es decir: i) las decisiones se adoptan por mayoría si no se ha acordado otra cosa; ii) si las partes hubieran fijado reglas que eximieran de la mayoría o exigieran una mayoría cualificada, habrán de respetarse esos criterios; iii) si no fuera posible adoptar una decisión por mayoría, la decisión sería tomada por el presidente. A nuestro juicio, lo que no cabe es que el presidente decida por sí mismo sin dar la oportunidad de formar mayoría como si se tratara de una cuestión de ordenación, tramitación o impulso del procedimiento de los mencionadas

25. PALAO MORENO, Guillermo, *Op. Cit.* pp. 1202-1203 considera que "esta decisión no podrá llevarse a cabo con posterioridad al momento en que los árbitros han aceptado el encargo" y cita en apoyo de su tesis a Garberí y Olivencia.

26. Véase el artículo 52.1 de la Ley peruana.

en el artículo 35.2 LA²⁷ pues la enjundia de la decisión es muy superior a la de las cuestiones relativamente simples en las que el precepto citado habilita al presidente para tomar las decisiones que hagan que el procedimiento avance ordenadamente.

- n) Respecto al momento de la toma de esa decisión, es obvio que solo podrá adoptarla el tribunal arbitral cuando se haya constituido formalmente, es decir, no antes de la aceptación por parte de los árbitros elegidos o designados y de que hayan sido nombrados o confirmados, en su caso, por la institución arbitral administradora, si es que existe.
- o) La recusación de uno o más árbitros no les impide adoptar tal decisión porque el simple planteamiento de una recusación no produce efectos suspensivos de su nombramiento ni de su intervención²⁸.

Parecido pero no idéntico planteamiento puede hacerse en el caso de que un árbitro renuncie o sea removido por las partes (artículo 19 LA)²⁹. La diferencia radica en que en el caso de la recusación el árbitro cuya recusación haya sido aceptada habrá incurrido en una causa de falta de imparcialidad o independencia, mientras que en el caso de que se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones o no las ejerza, no existirá ningún motivo para cuestionar sus decisiones pues no habrá incurrido en violación de los principios de imparcialidad e independencia. Por esta razón pensamos que, en este último caso, lo más razonable es no cuestionar la decisión del árbitro sustituido referente a la elección del arbitraje.

No parece que en este caso sea aplicable lo previsto por el artículo 20.2 de la LA³⁰ cuando dice que el árbitro sustituto, previa audiencia de las partes, decidirá si ha lugar a repetir actuaciones ya practicadas. Poco tiene que ver repetir una actuación anterior para que el árbitro sustituto pueda tener pleno conocimiento del debate, con el mantenimiento de una decisión sobre el lugar del arbitraje que es ajena al árbitro interviniente. Distinto es el supuesto en el que las partes, ante la intervención de uno o varios nuevos árbitros, decidan libremente cambiar el lugar del arbitraje en cuyo caso nada hay que objetar.

- p) La LA no exige la audiencia previa de las partes a la hora de tomar la decisión los árbitros, aunque es razonable hacerlo. Prueba de ello es que el artículo 26.1 LA, a la hora de referirse a esta cuestión, no hace mención a la necesidad de que las partes sean oídas mientras que el número 2 del mismo artículo, al referirse a la posibilidad de que los árbitros se reúnan en cualquier lugar para oír a personas o examinar objetos o personas, exige expresamente que la decisión se adopte previa consulta a las partes y salvo acuerdo en contrario de estas.

Precisamente tomando como referencia el artículo 26.2 LA³¹ podemos concluir que las partes podrían no haber llegado a una decisión a favor de un determinado lugar para el arbitraje pero en cambio, podrían ponerse de acuerdo en la exclusión de determinados lugares, lo que debe considerarse como un acuerdo más de las partes plenamente exigible y vinculante para el tribunal arbitral.

27. Véase el artículo 52.2. de la Ley peruana.

28. El procedimiento de recusación está recogido en el artículo 29 de la Ley peruana. El numeral 4 de este artículo establece que el trámite de recusación no suspende las actuaciones arbitrales, salvo cuando así lo decidan los árbitros.

29. Para la recusación véase el artículo 30 de la Ley peruana.

30. Véase el artículo 31.3 de la Ley peruana.

31. Véase el artículo 35.2 de la Ley peruana.

- q) La LA obliga a que los árbitros, a la hora de decidir, atiendan a las circunstancias del caso y a la conveniencia de las partes. Estos términos son vagos y, por tanto, susceptibles de múltiples interpretaciones. La conveniencia de las partes, si no se exige la audiencia previa de las mismas, habrá de valorarla el propio tribunal arbitral, en principio, sin conocer lo que las partes consideran a tal efecto pero nada impediría que las partes, a pesar de no exigirse su audiencia previa, pudieran, motu proprio, presentar sus sugerencias o expresar en qué consiste su conveniencia.

Respecto a las circunstancias del caso que pueden o deben considerarse parece evidente que pueden ser muy variadas pero algunas son necesariamente importantes. Sin ánimo de ser exhaustivo destacaría todas las relacionadas con la eficiencia del procedimiento, es decir, quiénes son las partes, sus medios económicos, la cercanía de los potenciales declarantes y del objeto de la controversia, el idioma, la ley aplicable o la facilidad de ejecución del potencial laudo condenatorio. Palao Moreno hace una amplia referencia a los factores que deben ser considerados y que podemos resumir de esta manera³²:

- *"El lugar en donde residan las partes o se encuentran establecidas (...) y su proximidad al lugar del arbitraje (...) así como el lugar de situación de la institución arbitral escogida o incluso donde están residiendo los árbitros elegidos"*.
- *"Comprobar si el lugar elegido reúne las condiciones ambientales y materiales adecuadas, como para desarrollar de manera óptima el arbitraje (...) se tomaría en cuenta, entre otros datos: la acce-*

sibilidad de la localidad escogida para desarrollar arbitraje, las infraestructuras y las condiciones técnicas del lugar elegido para desarrollar el procedimiento, así como los servicios que ofrece a las partes y a los propios árbitros".

- *"Comprobar que la ubicación del arbitraje en un determinado lugar no entrañara excesivos costes (...) así como que la normativa local no plantee problemas para la transferencia de fondos"*.
- *"La independencia del arbitraje con respecto al poder judicial y este en relación al resto de poderes de un determinado Estado, el grado de libertad con que se regula la entrada y permanencia de los extranjeros en dicho país, la estabilidad institucional del Estado pactado como lugar de arbitraje, así como la probabilidad de que se produzcan actos de terrorismo o de levantamiento en el mismo"*.

A la hora de aplicar los criterios mencionados a España no hay la menor duda de que nuestro país alcanza una valoración muy positiva que lo convierte en un lugar idóneo para ser sede de arbitrajes nacionales e internacionales³³. Sin duda Perú es un país que debería promocionarse para sede de arbitrajes internacionales, especialmente entre empresas latinoamericanas.

III. EL APARATADO 2 DEL ARTÍCULO 26 DE LA LEY ESPAÑOLA DE ARBITRAJE

1. La práctica de actividades probatorias.

- a) Muy diferente a la elección del lugar del arbitraje es la determinación de dónde pueden reunirse los árbitros para practicar actividades probatorias. En primer lugar conviene decir que se trata de una práctica

32. PALAO MORENO, Guillermo, *Op. Cit.* pp. 1196-1198. Parecidas consideraciones hace REDFERN, Alan y otros, *Op. Cit.* pp. 394-403.

33. CAÍNZOS FERNÁNDEZ, José Antonio "¿Por qué España? Razones para elegir a España como sede de arbitrajes internacionales". *Revista Peruana de Arbitraje* 2/2006. pp. 377-432.

habitual que busca la eficiencia y los menores costes del procedimiento. Pongamos un ejemplo. Si el lugar del arbitraje de un procedimiento es Madrid pero el objeto de la disputa es un hotel sito en Barcelona, los abogados de las partes y ellas mismas residen en esa ciudad, los testigos y peritos viven o trabajan en ella, ¿qué sentido puede tener desplazar a Madrid para una audiencia a varias personas si el árbitro o los árbitros pueden viajar a Barcelona? La rapidez y el control de los costes se consideran actualmente claves en los procedimientos arbitrales. Por ello debe imponerse la decisión más eficiente, no la que resulte más cómoda al tribunal arbitral.

- b) Ahora bien, en este caso la LA es muy clara al exigir dos requisitos:
 - i) Previa consulta a las partes; ii) que no haya acuerdo en contrario de ellas. Es comprensible que así sea porque decisiones de

estas características mal orientadas pueden suponer dilaciones y costes innecesarios que recaen sobre las partes o porque puede ocurrir que, por razones diversas, las partes prefieran que el arbitraje se celebre en un lugar diferente al del conflicto o aquél en que las partes o terceros residen.

2. La celebración de deliberaciones.

Práctica habitual en el arbitraje es que los árbitros se reúnan para celebrar deliberaciones en lugar diferente al del arbitraje. En este caso la LA omite cualquier referencia a las partes porque dónde se reúnan para deliberar es algo que solo afecta a los árbitros y no a las partes. Tampoco existe objeción a que los árbitros estén situados en lugares diferentes cuando deliberan puesto que el uso de las conferencias telefónicas o las videoconferencias es una práctica generalizada que las tecnologías existentes en la actualidad permiten realizar sin dificultad y con un considerable abaratamiento de costes.