

LA APLICABILIDAD DEL CONVENIO DE NUEVA YORK AL ARBITRAJE DE INVERSIONES: EFECTOS DE LAS RESERVAS AL CONVENIO

JOSÉ ÁNGEL RUEDA GARCÍA

*Doctor en Derecho por la Universidad de Alcalá
Abogado*

Recibido: 15.01.2010 / Aceptado: 28.01.2010

Resumen: El Convenio de Nueva York de 1958 permite a sus Estados parte efectuar dos reservas para impedir el reconocimiento y ejecución de ciertos laudos arbitrales. Tanto la reserva de reciprocidad como la reserva comercial pueden afectar a un laudo derivado de una controversia entre un inversor extranjero y un Estado soberano, poniendo en duda la aplicabilidad del Convenio al arbitraje de inversiones. Por eso muchos Estados, bien en APPRI o TLCs bien en sus legislaciones internas, han adoptado disposiciones para evitar que por estos motivos se deniegue el reconocimiento y la ejecución de este tipo de laudos arbitrales.

Palabras clave: arbitraje de inversiones, Convenio de Nueva York, CIADI, reserva de reciprocidad, reserva comercial.

Abstract: The 1958 New York Convention allows its States party to make two reservations thereto in order to block the recognition and enforcement of a number of arbitral awards. Both the reciprocity reservation and the commercial reservation may affect an award issued from a dispute between a foreign investor and a sovereign State, thus putting into question the applicability of the Convention to investment arbitration. As a result, many States have included some clauses in their BITs and FTAs and in their municipal statutes to prevent from the recognition and enforcement of these arbitral awards being refused on these grounds.

Key words: investment arbitration, New York Convention, ICSID, reciprocity reservation, commercial reservation.

Sumario: I. Introducción. II. La reserva de reciprocidad y la fijación de la sede del arbitraje. 1. Normas del arbitraje comercial internacional y relevancia de la sede. A) La fijación de la sede del arbitraje en un Estado parte del APPRI incluso en casos CIADI. B) La fijación de la sede del arbitraje en un Estado parte del CNY en casos “no CIADI”. C) La fijación de la sede del arbitraje en un Estado parte del CNY incluso en casos CIADI. D) La fijación de la sede del arbitraje en un Estado parte tanto del APPRI como del CNY incluso en casos CIADI. E) Ausencia de previsión expresa. 2. Arbitraje CIADI: inexistencia del concepto de sede del arbitraje. A) Establecimiento del lugar del arbitraje a efectos de comodidad. B) El CW como *lex arbitri*. C) Un arbitraje CIADI con “sede” en un Estado parte del CNY. III. La reserva comercial y la arbitrabilidad de las controversias de inversiones. 1. Planteamiento del problema. 2. Soluciones aportadas. A) Inclusión de una cláusula en un APPRI. B) Inclusión de una cláusula en la legislación interna de arbitraje. C) Interpretación del art. V.2.a) CNY. IV. Conclusión.

I. Introducción

1. El arbitraje de inversiones es actualmente la gran estrella de los métodos alternativos de solución de controversias. Implica el otorgamiento de un *ius standi* internacional a los particulares naciona-

les o residentes de un Estado, sean personas físicas o jurídicas, contra un Estado soberano en el territorio del cual han realizado una operación de inversión. Es, sin duda, una de las más destacadas excepciones a la negación de la personalidad jurídica internacional del individuo; y conforma una realidad particular dentro del Derecho Internacional Público (en adelante, DIP), en la medida en que supera (pero no reemplaza) el concepto de protección diplomática del DIP general de la que es titular en exclusiva el Estado de la *nacionalidad* del inversor¹.

2. La concepción inicial del arbitraje de inversiones como solución de una controversia derivada de un contrato de Estado, sometido a un ordenamiento jurídico estatal (normalmente al del Estado receptor de la inversión) y no al DIP, está presente en la jurisprudencia arbitral desde los mismos arbitrajes petroleros de la época de la Descolonización. De ahí su estudio tradicional por el Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr.) junto al arbitraje comercial internacional². Sin embargo, cada vez más el arbitraje de inversiones se escora hacia el DIP³. En la inmensa mayoría de los casos actualmente pendientes el tribunal arbitral ha de determinar la existencia de la responsabilidad internacional de un Estado de acuerdo con el DIP que, por acción u omisión, haya violado los derechos concedidos al inversor de otro Estado y determinados en un estándar de un tratado de protección de inversiones (relación vertical), sea bilateral (caso de los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, en adelante APPRI; o capítulos de inversiones en Tratados de Libre Comercio, en adelante TLCs) o multilaterales (caso de acuerdos especiales *ratione materiae*); y sin que sea necesario que medie la existencia de un contrato entre el inversor y el Estado receptor (relación horizontal)⁴. A modo de ejemplo, el art. VI.1 del APPRI Estados Unidos de América-Ecuador⁵ resume perfectamente la dicotomía de orígenes de los distintos tipos de controversias de inversiones, sean relaciones horizontales (a) o verticales (b y c):

¹ C. JIMÉNEZ PIERNAS (Dir.), *Introducción al Derecho Internacional Público. Práctica española*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 440-441. El *Proyecto de Artículos de la CDI sobre Protección Diplomática* de 2006, disponible en http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_8_2006.pdf, establece en su art. 17 que dicho *Proyecto* no se aplicará en la medida en que sea incompatible con normas especiales de DIP tales como disposiciones de tratados relativas a la protección de las inversiones.

² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contratos de Estado”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 9ª. ed., Comares, Granada, 2008, pp. 533-540.

³ El hecho de que se escora hacia el DIP no significa que en una controversia sometida a un Derecho interno se haya de aplicar el DIP indiscriminadamente. El reciente asunto *RSM Production Corporation vs. Granada* (ICSID Case No. ARB/05/14), Laudo de 13 de marzo de 2009, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/RSMvGrenadaAward.pdf>, tiene su origen en un contrato para la obtención de una licencia de exploración petrolífera que estaba sometido al Derecho de Granada y, por extensión, al Derecho inglés (Laudo, §12). Nos parece exagerada la analogía perpetrada por el tribunal arbitral (Laudo, §§379-392) al interpretar el contrato no conforme a las normas al efecto del Derecho inglés sino a las del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, CVDT), de 23 de mayo de 1969 (BOE nº 142, de 13 de junio de 1980); y eso a pesar de reconocer que un contrato entre un inversor y un Estado no es un tratado internacional y, por tanto, no le es aplicable el DIP (Laudo, §379).

⁴ El primer caso de relación estrictamente vertical entre inversor y Estado con fundamento en un APPRI fue el asunto *Asian Agricultural Products Limited vs. Sri Lanka* (ICSID Case No. ARB/87/3), Laudo de 27 de junio de 1990, disponible en http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC676_En&caseId=C140, con origen en el APPRI Reino Unido-Sri Lanka, hecho en Colombo el 13 de febrero de 1980. También es posible que el inversor alegue el incumplimiento por parte del Estado receptor de alguna de las disposiciones de la normativa interna de fomento de las inversiones; el primer caso al respecto fue *Southern Pacific Properties (SPP) Middle East Ltd. vs. Egipto* (ICSID Case. No. ARB/84/3), Laudo de 20 de mayo de 1992, *ILM*, Vol. XXXII, No. 4, July 1993, pp. 933-1038, respecto de la normativa interna egipcia.

⁵ Hecho en Washington, D.C., el 27 de agosto de 1993, disponible en la página web de UNCTAD, http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx. En esta página se pueden encontrar todos los demás APPRI citados en este trabajo, mientras que aquéllos en los que son parte los Estados Unidos de América también pueden verse en http://tcc.export.gov/Trade_Agreements/Bilateral_Investment_Treaties/index.asp. A su vez, los TLCs citados en este trabajo pueden verse en http://www.sice.oas.org/agreements_e.asp. Y en particular la lista de APPRI en los que España es parte puede verse en <http://www.comercio.mityc.es/NR/rdonlyres/9AF15FE6-0A4B-4C70-8EC1-CD21EE04F266/0/listaappri.pdf>.

“A efectos del presente Artículo una diferencia en materia de inversión es una diferencia entre una Parte [Estados Unidos de América/Ecuador] y un nacional o una sociedad de la otra Parte, que se deba o sea pertinente a: a) un acuerdo de inversión concertado entre esa Parte y dicho nacional o sociedad; b) una autorización para realizar una inversión otorgada por la autoridad en materia de inversiones extranjeras de una Parte a dicho nacional o sociedad, o c) una supuesta infracción de cualquier derecho conferido o establecido por el presente Tratado con respecto a una inversión”.

3. Esa doble relación con el DIP y el DIPr. en sentido material⁶ también puede verse en la perspectiva procesal del arbitraje de inversiones. Podemos, así, distinguir nítidamente entre dos modelos de arbitraje existentes al servicio de las partes, aunque casi siempre sean los inversores quienes llevan la iniciativa⁷. Se trata, por un lado, del arbitraje CIADI; y, por otro lado, del arbitraje “no CIADI”⁸.

4. El primero de ellos se encuentra regulado por el *Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados*, hecho en Washington, D.C., el 18 de marzo

⁶ La doctrina española ha estudiado el problema desde tiempos pretéritos, justamente desde ambas perspectivas de DIP y DIPr. *Vid.* el actualísimo trabajo de A. MIAJA DE LA MUELA, “Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras”, *REDI*, 1969, pp. 9-41, a pesar de su ya lejana publicación. Más recientemente, I. GARCÍA RODRÍGUEZ, “Los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones: aspectos de autoridad competente y ley aplicable”, *Anuario del Instituto Hispano Luso Americano de Derecho Internacional*, Vol. 16, 2003, pp. 379-417, pp. 381, 383, 391-392, aboga por la necesaria interdisciplinariedad del análisis del tema (DIP y DIPr.) y extrapola al estudio de los APPRI la construcción clásica de los estudios de DIPr. en cuanto a competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones. De la misma autora, *La protección de las inversiones exteriores (los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrados por España)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 27-28, donde finalmente escribe: “Por ello, el lector podrá comprobar que el perfil elegido para este libro es el internacional en su sentido más amplio y que por ello se aprecia en sus páginas una continua y necesaria interacción entre ambas disciplinas, sin la cual no es posible asesorar a los inversores ni a los Estados y procurar el acercamiento de sus contrapuestos intereses”.

⁷ Carece de sentido, por tanto, la redacción de disposiciones como el art. X.2 del APPRI España-Argentina, hecho en Buenos Aires el 3 de octubre de 1991 (BOE de 18 de noviembre de 1992); el art. 11.2 del APPRI España-República Dominicana, hecho en Santo Domingo el 16 de marzo de 1995 (BOE nº 282, de 22 de noviembre de 1996); el art. XI.2 del APPRI España-Nicaragua, hecho en Managua el 16 de marzo de 1994 (BOE nº 98, de 25 de abril de 1995); o el art. 11.2 del APPRI España-Uruguay, hecho en Madrid el 7 de abril de 1992 (BOE nº 126, de 27 de mayo de 1994). En todos ellos el texto permite que, si una controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversor de la otra Parte Contratante respecto a cuestiones reguladas en el APPRI no puede ser resuelta mediante un acuerdo amistoso, será sometida a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión o a arbitraje “a petición de *cualquiera* de las partes en controversia” (República Dominicana); “a elección de *cualquiera* de las partes en controversia” (Nicaragua); o “a petición de *una* de ellas” (Argentina y Uruguay) (cursivas nuestras en todos los casos). Si los estándares recogidos en el APPRI son obligaciones para el Estado receptor de la inversión (el inicio de la cada frase que impone una obligación se refiere invariablemente a “cada Parte Contratante”, no a las “partes en la controversia”), no es lógico que sea el Estado el que inicie un procedimiento arbitral contra el inversor, pues éste no es quien debe cumplir esas obligaciones sino el propio Estado. Por un lado, ninguno de los APPRI citados contiene una “cláusula paraguas” por la que una violación contractual pudiera ser elevada a la categoría de violación del Tratado; de existir, el Estado podría reconvenir al inversor demandante si éste hubiera incumplido alguna de sus obligaciones contractuales. Por otro lado, si el Estado receptor considera que la actitud de sus propias autoridades es susceptible de calificarse como una violación del APPRI, lo lógico es que el Estado guarde silencio y espere a ver qué actitud toma el inversor supuestamente perjudicado. Sobre la libertad del inversor para elegir el foro competente, *vid.* I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La protección de las inversiones exteriores*, cit., pp. 273-280.

⁸ Sobre las diferencias entre el arbitraje CIADI y “no CIADI” en materia de inversiones, *vid.* R. DOLZER/C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 222-229. El campo de visión debe completarse con la referencia a otros mecanismos de solución de diferencias inversor-Estado, como la facultad de las partes de acudir a los tribunales estatales, particularmente los del Estado receptor de la inversión; o los mecanismos interestatales como la protección diplomática y los tribunales internacionales de justicia. *Vid.* el panorama descrito por A. REINISCH/L. MALINTOPPI, “Methods of Dispute Resolution”, en P. MUCHLINSKI/F. ORTINO/C. SCHREUER (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 691-720.

de 1965 (en adelante, CW)⁹. Éste es el tratado constitutivo de una organización internacional peculiar, el *Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones* (en adelante, CIADI), que administra procedimientos arbitrales de inversiones sometidos en realidad a tribunales no permanentes¹⁰. Veremos después algunos elementos definitorios de su funcionamiento que nos llevan a incardinarlo en el terreno del DIP y a afirmar que nunca será relevante la *sede* del procedimiento arbitral¹¹.

5. En contraposición con lo anterior, el arbitraje de inversiones “no CIADI” no es sino el conjunto de normas internacionales y estatales que regulan el arbitraje comercial internacional y que no fueron pensadas específicamente para el arbitraje con parte estatal. En este bloque normativo hemos de incluir especialmente el *Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (en adelante CNY)¹²; y la *Ley-Modelo de arbitraje* de UNCITRAL, de 11 de diciembre de 1985¹³, y las legislaciones estatales resultado de su transposición total o parcial, entre ellas la vigente Ley española de Arbitraje¹⁴.

En los casos en que un arbitraje de inversiones se rija por estas normas resultará relevante el concepto de *sede* del arbitraje en un sentido propio del DIPr. y sobre todo en tres aspectos: para la determinación de la ley aplicable al procedimiento arbitral, en la que suele aceptarse que prime lo pactado por las partes¹⁵ y, en su defecto, rija la ley arbitral de la sede (art. V.1.d) CNY¹⁶; para la determinación de los tribunales estatales competentes para conocer de la acción de anulación del laudo (art. V.1.e) CNY); y de cara al reconocimiento y ejecución del laudo en un Estado distinto al cual fue dictado (art. I.1 CNY)¹⁷.

6. No obstante lo anterior, la primera impresión que se recibe es que esta normativa del arbitraje comercial internacional se adapta en mayor o menor medida a la realidad del arbitraje de inversiones.

7. En primer lugar, en cuanto que una de las partes en la disputa es un Estado o una subdivisión política o un organismo público, tanto el art. I.1 CNY como el art. I.1.a) del *Convenio Europeo sobre ar-*

⁹ BOE nº 219, de 13 de septiembre de 1994. España es parte en el mismo desde el 17 de septiembre de 1994. A fecha 15 de enero de 2010 el número de Estados parte es de 144.

¹⁰ <http://icsid.worldbank.org>.

¹¹ *Vid. infra* Apartado II.2.

¹² BOE nº 164, de 11 de julio de 1977. España es parte en el mismo desde el 10 de agosto de 1977. A fecha 15 de enero de 2010 el número de Estados partes es de 144.

¹³ Resolución 40/72, de 11 de diciembre de 1985, de la Asamblea General de la ONU, disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html.

¹⁴ Ley 60/2003, de 23 de diciembre (BOE nº 309, del 26).

¹⁵ En muchos APPRI se suele aparecer una cláusula que indica que el procedimiento arbitral se regirá por las normas elegidas (CIADI, Reglamento UNCITRAL, etc.) “salvo en la medida de lo modificado por esta Sección” (por todos, el art. XI.2 del APPRI España-México, hecho en la Ciudad de México el 10 de octubre de 2006 (BOE nº 81, de 3 de abril de 2008; corr. de errores, BOE nº 121, de 19 de mayo)). En ese caso “lo pactado por las partes” comprendería tres tipos de disposiciones: las que figuren en el convenio arbitral incluido en un contrato de inversión, si existiere; el Reglamento de arbitraje y las disposiciones sobre arbitraje incluidas en el APPRI. La prelación de fuentes vendrá claramente dada por el APPRI seguido del Reglamento de procedimiento modificado por lo que las partes tuvieran a bien pactar. Lo recogido en el APPRI no es exactamente un pacto entre las partes contendientes, sino entre las Partes en el APPRI (los Estados); no obstante, se puede considerar que, como el convenio arbitral es una suma de *oferta* y *aceptación*, las disposiciones recogidas en el APPRI serían la *oferta* del Estado receptor de la inversión y el inversor únicamente habrá prestado su *aceptación* de las mismas normalmente al presentar la solicitud de arbitraje.

¹⁶ En similares términos se pronuncia el art. 5.1.d) de la *Convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional*, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975 e influida notoriamente por el CNY. El art. 3 de la misma establece, por su parte, que, “a falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial”, que habrán de completarse con las normas de la sede del arbitraje.

¹⁷ Sobre la “jurisdicción primaria” (la de la sede del arbitraje) y las “jurisdicciones secundarias” (la del foro derogado y la de la ejecución del laudo) *vid.* M. VIRGÓS SORIANO, “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº extraordinario, 2006, pp. 21-33, pp. 25-32.

bitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (en adelante, CG)¹⁸, permiten el uso de cada uno de ellos en caso de controversias en las que una o ambas partes sean personas jurídicas, sin matizar si tienen o no personalidad jurídica pública internacional. Con mayor precisión el art. II.1 CG faculta a su vez a las “personas morales de Derecho público” para concertar válidamente convenios arbitrales y, por ende, a ser parte en un arbitraje¹⁹. Finalmente, en el plano de las legislaciones internas, en España el art. 2.2 LA indica que, cuando el arbitraje sea internacional (en los términos establecidos por el art. 3 LA) y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral²⁰.

8. En segundo lugar, cada vez más se aboga por una interpretación laxa de los requisitos de validez formal de los convenios arbitrales con el fin de que quepa en ellos el modelo de oferta y aceptación disociadas que se recoge en los tratados de protección de inversiones y que ha sido denominado, en expresión ampliamente aceptada, como *arbitration without privity*²¹. Sin embargo, UNCITRAL ha dejado pasar una oportunidad excepcional para emitir una recomendación específica de cara a la interpretación del art. II.2 CNY, que exige que el convenio arbitral figure por escrito en unos términos propios de una época previa a la eclosión de este arbitraje *without privity*²². Por eso, para colmar esta laguna, en numerosos APPRIs se recoge una disposición por la cual los Estados parte tratan de cumplir con la exigencia del art. II.2 CNY y declaran que esa suma de oferta del Estado y aceptación del inversor equivale a un convenio arbitral por escrito, con el fin de que los tribunales estatales no puedan negar su validez ni impidan el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral²³.

¹⁸ BOE nº 238, de 4 de octubre de 1975.

¹⁹ En la práctica convencional española, el APPRI con Kuwait, hecho en Madrid el 8 de septiembre de 2005 (BOE nº 79, de 1 de abril de 2008), admite en su art. 1.2.c) la consideración de inversor a “El Gobierno del Estado de Kuwait y todas sus personas jurídicas constituidas en virtud de las leyes y reglamentos del Estado de Kuwait, como instituciones, fondos para el desarrollo, agencias, fundaciones y otras instituciones estatutarias y autoridades y sociedades”. Ello legitima, por ejemplo, a un fondo soberano kuwaití a invertir en el territorio de España (lo que ya ha sucedido) y, en su caso, a entablar un procedimiento arbitral contra España en los términos del art. 11 del APPRI en calidad de *inversor*; en ese supuesto no se podría hablar de arbitraje *interestatal* (art. 10), puesto que éste está concebido para la resolución de controversias derivadas de la interpretación o aplicación del APPRI entre las Partes Contratantes. *Vid.* más ampliamente F. J. PASCUAL VIVES, “Nuevas manifestaciones de la segunda generación de Acuerdos sobre la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones en España: los acuerdos celebrados con Kuwait y con México”, *REDI*, vol. LX (2008), 2, pp. 695-700, p. 696; así como, desde la perspectiva norteamericana, H. C. ALVAREZ, “Arbitration Under the North American Free Trade Agreement”, *Arbitration International*, Vol. 16, No. 4, 2000, pp. 393-430, p. 402.

²⁰ C. ESPLUGUES MOTA, “Arbitraje internacional con intervención de un Estado u organismo estatal”, en S. BARONA VILAR (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 133-145. Se trata de una disposición con origen en el art. 177.2 de la Ley suiza de DIPr. de 1987 (en adelante, LSDI-Pr.).

²¹ J. PAULSSON, “Arbitration without privity”, *ICSID Review – FILJ*, Vol. 10, No. 2, Fall 1995, pp. 232-257.

²² La redacción del art. II.2 CNY data de 1958 y prevé un convenio arbitral por escrito en forma de cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso. Por la lógica de los tiempos el CNY permitía que el convenio arbitral viniera recogido en forma de canje de cartas o telegramas; pero no pudo prever el desarrollo del comercio electrónico ni los convenios arbitrales en forma de intercambio de correos electrónicos, de ahí que el 7 de junio de 2006 UNCITRAL aprobara la *Recomendación relativa a la interpretación del art. II.2 y del art. VII.1 del CNY* por la cual recomienda que el art. II.2 CNY “se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas” (disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/A2S.pdf>). Pero no hay referencia alguna al modelo de convenio arbitral existente en los tratados de protección de inversiones.

²³ A pesar de la ya abundante práctica convencional española en materia de APPRIs, sólo podemos mencionar el art. XII.1 y XII.2.b) del APPRI con México: “1. Cada Parte Contratante otorga su consentimiento incondicional para someter una controversia a arbitraje internacional de conformidad con los procedimientos establecidos en esta Sección. 2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 anterior y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversor contendiente cumplirán con los requisitos señalados en: [...] b) el Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un acuerdo por escrito”. Y, con menos detalle pero en la misma línea, igualmente el art. 10.6 del APPRI con Colombia, hecho en Bogotá el 31 de marzo de 2005 (BOE nº 219, de 12 de septiembre de 2007):

9. Dejando al margen los dos aspectos anteriormente señalados, hay un tercero que va a acaparar nuestra atención. El art. I.3 CNY permite a sus Estados parte formular dos reservas al Convenio para impedir el reconocimiento y la ejecución en su territorio de laudos arbitrales que tengan unas peculiaridades *ratione loci* (por el lugar en que han sido dictados) y *ratione materiae* (por el objeto de la controversia). Esta cuestión tiene una especial trascendencia en el arbitraje de inversiones. Todas las consideraciones que se van a realizar en este trabajo se toman desde el punto de vista de la ejecución forzosa del laudo arbitral contra la parte recalcitrante que se niega a cumplirlo voluntariamente. Es posible que la parte condenada sea el inversor (por reconvencción del Estado, por condena al pago de costas) pero en la mayoría de ocasiones sucede que es el Estado el condenado a pagar una indemnización pecuniaria al inversor extranjero. En un APPRI muchas veces los Estados parte reconocen que el laudo arbitral será obligatorio y que deberá ser cumplido sin demora, reconociendo además el derecho del inversor a ejecutarlo forzosamente conforme al CW o al CNY, según los casos. Y a veces se comprometen también a establecer mecanismos de ejecución del laudo conforme a sus legislaciones procesales internas (art. 54.3 CW/art. III CNY). Pero aun así queda abierto el interrogante de en qué medida las reservas que se tratarán afectan a la ejecución de este tipo de laudos, pues es verosímil que un inversor trate de ejecutarlo forzosamente contra bienes de un Estado soberano en un tercer Estado que no sea parte del APPRI y, por tanto, no haya asumido ninguna de las obligaciones citadas.

Por tanto, este trabajo se plantea si alguna de las reservas que dicho art. I.3 CNY permite deducir como consecuencia algún efecto negativo sobre el arbitraje de inversiones, cómo se puede evitar y qué soluciones hasta ahora se han aportado. Así, primeramente analizaremos la llamada “reserva de reciprocidad” en los términos del CNY y la compararemos con la solución alcanzada en 1965 en el CW, y seguidamente veremos la llamada “reserva comercial”. En ambos casos, examinaremos cómo los Estados han encarado su encaje en las disposiciones sobre arbitraje contenidas en los miles de acuerdos de protección de inversiones y en las legislaciones internas y concluiremos con una propuesta *de lege ferenda* de cara a la adopción de nuevas normas internacionales²⁴.

II. La reserva de reciprocidad y la fijación de la sede del arbitraje

1. Normas del arbitraje comercial internacional y relevancia de la sede

10. La llamada “reserva de reciprocidad”²⁵ tiene su sentido si la asociamos con el concepto de

“Cada Parte Contratante da su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda controversia de esta naturaleza pueda ser sometida a cualquiera de los procedimientos arbitrales indicados en los literales b) [bajo el Reglamento UNCITRAL] y c) [CIADI y su RMC] del apartado 3 de este artículo”. Ambas disposiciones están inspiradas por el art. 1122.2.b) y c) del *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* (TLCAN) entre Canadá, los Estados Unidos de América y México, hecho en San Antonio el 7 de octubre de 1992: “Artículo 1122. Consentimiento al arbitraje. [...] 2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversionista contendiente cumplirá con los requisitos señalados en: [...] (b) el Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un acuerdo por escrito; y (c) el Artículo I de la Convención Interamericana, que requiere un acuerdo”. Se trata de una disposición recogida en multitud de APPRIs y TLCs en los que son parte Canadá, los Estados Unidos de América y México y citados *passim* en este trabajo. *Vid.* H. C. ALVAREZ, *Op. cit.*, pp. 401-402.

²⁴ En este sentido es de destacar la aportación doctrinal de A. J. VAN DEN BERG, “Hypothetical Draft Convention on the International Enforcement of Arbitration Agreements and Awards”, 2008, disponible en http://www.arbitration-icca.org/media/0/12133674097980/hypothetical_draft_convention_ajbrev06.pdf, junto a una “Explanatory Note” disponible en http://www.arbitration-icca.org/media/0/12133703697430/explanatory_note_ajb_rev06.pdf, en la que aboga por la redacción de un nuevo Convenio que sustituya al CNY. En pp. 6-7 explica que ambas reservas deberían ser suprimidas: por un lado, la reserva de reciprocidad debería dejar paso a la aplicación *erga omnes* del Convenio, sin perjuicio de mantener el concepto de “sede del arbitraje” a los efectos de la acción de anulación del laudo; por otro lado, la reserva comercial no ha representado ningún papel relevante en la interpretación y aplicación del Convenio por los tribunales estatales.

²⁵ De acuerdo con la página web de UNCITRAL, http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html, la reserva de reciprocidad está vigente en la actualidad para 70 Estados parte del CNY, a saber: Afganistán, Alemania, Antigua y Barbuda, Arabia Saudí, Argelia, Argentina, Armenia, Bahrein, Barbados, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Botswana, Brunei, Bulgaria, República Centroafricana, China, Chipre, República de Corea, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Estados Unidos de América, Filipinas, Francia, Grecia, Guatemala, Hungría, India, Indonesia, Irán, Irlanda, Jamaica, Japón, Kenia, Kuwait, Líbano, Luxemburgo, A. R.

“sede del arbitraje”²⁶. El art. I.3 CNY permite que, en el momento de firmar o de ratificar el CNY, de adherirse a él o de hacer la notificación de su extensión a los territorios cuyas relaciones internacionales tenga a su cargo (art. X), todo Estado podrá, a base de reciprocidad, declarar que aplicará el CNY únicamente al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante. Esto obliga a que las partes en el convenio arbitral²⁷ tengan en cuenta la conveniencia y aun la necesidad de fijar el arbitraje en una sede que esté situada en un Estado parte del CNY; sin perjuicio de que en la mayor parte de los casos se permita –y, en consecuencia, suceda– que el tribunal se reúna con las partes en cualquier otro lugar del mundo²⁸ y que la sede no sea más que una ficción²⁹.

11. Aunque no se haya tratado este problema desde un punto de vista teórico³⁰, en la práctica convencional de las inversiones exteriores se aprecia la aún tímida introducción de algunas disposiciones que, innegablemente, tienen como fin vencer cualquier excepción que pudiera oponerse contra el laudo arbitral con fundamento en la reserva de reciprocidad del CNY. Así, podemos encontrar cuatro soluciones al problema que presentan algunas diferencias importantes de matiz. Lo más sorprendente es que, tal y como se podrá comprobar, un mismo Estado (por ejemplo, los Estados Unidos de América) puede ser parte en varios APPRI y TLCs que ofrezcan a este respecto soluciones distintas y hasta contradictorias. La explicación de esta falta de armonía a veces se puede encontrar en la propia evolución del DIP

Y. de Macedonia, Madagascar, Malasia, Malta, Marruecos, Mauricio, Moldavia, Mónaco, Mongolia, Montenegro, Mozambique, Nepal, Nigeria, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Pakistán, Polonia, Portugal, Reino Unido, Rumania, San Vicente y las Granadinas, Santa Sede, Serbia, Singapur, Tanzania, Trinidad y Tobago, Tunicia, Turquía, Uganda, Venezuela y Vietnam. Por su parte, 8 Estados (Belarus, Bulgaria, Cuba, Lituania, Rumania, Rusia, Ucrania y Vietnam) han *declarado* asimismo que, con respecto a los laudos dictados en el territorio de Estados no contratantes del CNY, aplicarán dicho Convenio sólo en la medida en que los Estados no contratantes otorguen un trato recíproco a los laudos dictados en el territorio de los Estados declarantes.

²⁶ Como ha dicho K. HOBÉR, “Sweden: The Place of Arbitration – still a legal fiction?”, *Arbitration newflash (Denton Wilde Sapte)*, January 2006, pp. 3-4, la sede del arbitraje es una ficción jurídica asentada en la doctrina de todo el mundo que sólo sirve para vincular un arbitraje con el Derecho de un Estado a los efectos de anulación y de ejecución del laudo. Por ejemplo, el art. 16.2-3 del Reglamento UNCITRAL trata la sede del arbitraje como una absoluta ficción, sin necesidad de que el tribunal se reúna nunca allí ni para deliberar ni para oír a las partes (de modo concordante, *vid.* art. 14.2 del Reglamento de la CCI, art. 16.2-3 de las *Optional Rules* de la CPA y art. 16.2-3 del Reglamento de la ASA).

²⁷ Siguiendo a Y. DERAINS/E. A. SCHWARTZ, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague, 2nd ed., 2005, pp. 211-223, en materia de redacción de la cláusula arbitral (p. 216), la CCI reconoce que, a pesar de su mala redacción, cuando las partes designan simplemente algo así como “CCI Ginebra”, “CCI Zurich” o “CCI Estocolmo”, quieren decir que la sede del arbitraje esté en esa ciudad. Ahora bien, cuando designan “CCI París”, ¿qué quieren decir, que pactan un arbitraje administrado por la CCI de París o en París?

²⁸ Por todos, el asunto *Renta 4 S.V.S.A. y otros vs. Rusia* (SCC 24/2007), Laudo sobre objeciones preliminares de 20 de marzo de 2009 (con opinión separada de uno de los árbitros), disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Renta.pdf>. La sede del procedimiento era Estocolmo pero el tribunal celebró una audiencia con las partes en Washington, D.C. (§10).

²⁹ En el caso de los arbitrajes administrados por el *Tribunal Arbitral del Deporte*, G. KAUFMANN-KOHLER/P. BÄRTSCH, “The Ordinary Arbitration Procedure of the Court of Arbitration for Sport”, en I. S. BLACKSHAW/R. C. R. SIEKMANN/J. SOEK (Eds.), *The Court of Arbitration for Sport 1984-2004*, TMC Asser Press, The Hague, 2006, pp. 69-98, pp. 78-81, explican las consecuencias del art. R29 del *Code of Sport-related Arbitration* (de 22 de noviembre de 1994), que fija siempre como sede del tribunal arbitral la ciudad de Lausana aun cuando las audiencias a las partes y las deliberaciones se desarrollen en otro lugar del mundo, incluso en las Subdivisiones permanentes que el TAS-CAS tiene en Nueva York y Sydney y las Divisiones *ad hoc* del mismo constituidas para diversos acontecimientos deportivos (Juegos Olímpicos, Copa del Mundo de la FIFA). Para estos dos autores, la fijación en Lausana de la sede de todos estos arbitrajes supone tres cosas: 1^a) implica la aplicación automática del Capítulo XII de la LSDIPr. (arts. 176-194), tomando como referencia los domicilios de las partes; 2^a) otorga competencia a los tribunales estatales suizos para todo tipo de actividad en auxilio del arbitraje, así como para la anulación de los laudos ex arts. 190-191 LSDIPr. y del art. V.1.e) CNY; y 3^a) el laudo se considera dictado en Suiza a los efectos del CNY de cara a su ejecución forzosa en un tercer Estado y para vencer precisamente la reserva de reciprocidad.

³⁰ Sin duda se debe a que, como ha puesto de manifiesto A. J. VAN DEN BERG, “New York Convention of 1958: Refusals of Enforcement”, *ICC ICA Bulletin*, Vol. 18, No. 2, 2007, pp. 1-35, pp. 26-27, sólo está documentado un caso *comercial* en el que un tribunal estatal haya aplicado la reserva de reciprocidad.

en materia de inversiones exteriores, sobre todo a raíz de la adopción en 1992 del TLCAN³¹; pero otras muchas veces se debe a la escasa atención prestada por los negociadores de los acuerdos de promoción de inversiones en pos de la coherencia normativa, pues hay Estados capaces de adoptar contemporáneamente dos o más acuerdos divergentes en este punto. En esta cuestión vuelve a cobrar sentido la afirmación que los distintos modelos de APPRI no son más que “variaciones sobre el mismo tema”³².

A) La fijación de la sede del arbitraje en un Estado parte del APPRI incluso en casos CIADI

12. La primera de las soluciones que encontramos en la práctica convencional viene dada por que el APPRI o TLC exija la fijación de la sede del procedimiento arbitral, sin más, en un Estado parte del mismo, aunque se puede permitir que las partes en el procedimiento puedan acordar algo distinto. Esta solución es minoritaria y apenas hay ejemplos en la práctica; puede verse, por todos, la Regla 10 del Anexo al art. 17-16 del Tratado del *Grupo de los Tres*³³:

“*Cualquier tribunal establecido conforme a la sección B de este capítulo, salvo que las partes contendientes acuerden algo distinto, llevará a cabo el procedimiento arbitral en el territorio de una de las Partes*” (cursiva nuestra)³⁴.

13. Desde el punto de vista de nuestro análisis, el de la reserva de reciprocidad del art. I.3 CNY, la disposición anteriormente expuesta no garantiza la neutralización de dicha reserva. Ello se explica porque los Estados parte del APPRI no tienen por qué ser a la vez parte del CNY, aunque la adopción por un Estado de su primer APPRI o TLC con capítulo de inversiones que incluya una cláusula de solución de controversias inversor-Estado debería llevar aparejada tanto la adhesión al CNY (y al CW), si no se ha producido aún, como la revisión y actualización de la legislación interna de arbitraje. Pero, es más, si llegara a concurrir la sede del procedimiento arbitral en el territorio del Estado receptor de la inversión, es probable que los tribunales de dicho Estado pudieran distorsionar el devenir del procedimiento arbitral a instancias del poder ejecutivo; esto se ha tratado de evitar precisamente con la adopción de un régimen jurídico del arbitraje compuesto por el CNY y la Ley-Modelo de UNCITRAL³⁵. Por ello, los APPRI y TLCs que mantengan este tipo de disposiciones deberían ser, a nuestro modo de ver, revisados conforme a alguno de los modelos más satisfactorios estudiados a continuación.

B) La fijación de la sede del arbitraje en un Estado parte del CNY en casos “no CIADI”

14. En segundo lugar, en muchos arbitrajes de inversiones “no CIADI”³⁶ se exige expresamente que

³¹ Aunque veremos *infra* algunos aspectos reveladores de los trabajos preparatorios del TLCAN, disponibles en www.naftaclaims.com/commission.htm.

³² I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La protección de las inversiones exteriores*, cit., p. 283.

³³ TLC entre Colombia, México y Venezuela, hecho en Cartagena de Indias el 13 de junio de 1994. Desde el 19 de noviembre de 2006 funciona de modo bilateral entre Colombia y México tras la denuncia de Venezuela.

³⁴ Significa que también incluye a los arbitrajes CIADI, dada la interpretación sistemática de esta disposición junto con el art. 17-18. Sobre la trascendencia de la fijación de la sede de un arbitraje CIADI en un Estado parte del CNY, *vid. infra* letras C) y D).

³⁵ Sobre el principio de mínima intervención judicial en el arbitraje, expuesto en el art. 5 de la Ley-Modelo y desarrollado en España por el art. 7 LA 2003, *vid.* V. GUZMÁN FLUJA, “Artículo 7”, en S. BARONA VILAR (Coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje...*, cit., pp. 242-256.

³⁶ Nótese que un laudo arbitral CIADI que se busque ejecutar forzosamente en un Estado no parte del CW puede/debe quedar sometido al régimen general del CNY. Los arts. 53-54 CW sólo afectan, lógicamente, a los tribunales estatales de los Estados contratantes del CW, al ser este Convenio *res inter alios acta*. A contrario, en el asunto *S.A.R.L. Benvenuti & Bonfant vs. Congo* (ICSID Case No. ARB/77/2), en su sentencia de 26 de junio de 1981 (*JDI*, 1981, pp. 843-846) la *Cour d'Appel* de París, de cara a la ejecución de un laudo CIADI en Francia, comprobó que el CW se encontraba en vigor para Francia (lugar de ejecución), así como para Italia (Estado del que era nacional la sociedad demandante) y Congo (Estado parte en la controversia). En puridad estos dos últimos extremos no hace falta examinarlos pues forman parte del concepto de jurisdicción y competencia del art. 25.1 CW cuya comprobación queda en exclusiva en manos del tribunal arbitral ex art. 41.1 CW; lo único que tenía que hacer el tribunal francés era comprobar que Francia fuera Estado parte del CW.

el procedimiento arbitral tenga su sede en un Estado parte del CNY para facilitar el posterior reconocimiento y ejecución del laudo³⁷. Así se tuvo en cuenta cuando se produjo en 1978 la redacción del *Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI* (en adelante, RMC), que permite al Centro administrar un arbitraje de inversiones cuando no concurre alguno de los elementos de jurisdicción y competencia del art. 25.1 CW (art. 2 RMC). En este caso, ya que el art. 3 RMC descarta la aplicación de todas y cada una de las disposiciones del Convenio, incluido el art. 44 CW³⁸, resulta como consecuencia que los laudos arbitrales dictados en estos procedimientos están sometidos al control de validez de los tribunales estatales internos como cualquier otro laudo arbitral; de tal modo que el Reglamento de Arbitraje del RMC (RA-RMC) se completa con la *lex loci arbitri*³⁹. Así se entiende que se haya recogido expresamente en el art. 19 RA-RMC la fijación absolutamente imperativa de la sede del procedimiento arbitral RMC en un Estado parte del CNY⁴⁰, que traerá como consecuencia que el laudo se considere dictado en la sede del arbitraje (art. 20.3 RA-RMC)⁴¹; y, en nuestro caso, se eliminarán los efectos de la reserva de reciprocidad⁴².

15. Esta exigencia de fijación de la sede del arbitraje en un Estado parte del CNY es ya arquetípica de la práctica convencional estadounidense⁴³, como se puede apreciar en el art. VI.5 del citado APPRI Estados Unidos de América-Ecuador⁴⁴:

³⁷ Sin duda se trata de una práctica importada del arbitraje comercial internacional. *Vid.* D. F. VAGTS, “Dispute-Resolution Mechanisms in International Business”, *R. des C.*, vol. 203, 1987-II, p. 70. También es muy frecuente en la normativa arbitral exigir que se especifique en el laudo el lugar donde se ha dictado el laudo; por ejemplo, dentro de los reglamentos arbitrales al uso, *vid.* art. 32.4 del Reglamento UNCITRAL, art. 25.3 del Reglamento de la CCI, art. 32.4 de las *Optional Rules* de la CPA, art. 32.4 del Reglamento de la ASA; y en las principales legislaciones estatales, *vid.* art. 37.5 LA (España), §53 *EAA* (Inglaterra y Gales), §1054.3 ZPO (Alemania), §31.2 *LSF* (Suecia), §606.3 ZPO (Austria).

³⁸ *Vid. Infra* Apartado II.2.B)

³⁹ R. D. BISHOP/J. CRAWFORD/W. M. REISMAN, *Foreign Investment Disputes. Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, The Hague, 2005, pp. 414-419; C. H. SCHREUER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *The ICSID Convention. A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2nd. ed., 2009, pp. 1098 y 1246; J. A. VIVES CHILLIDA, *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*, McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 239.

⁴⁰ “Artículo 19. Limitación en cuanto a la selección del lugar. Los procedimientos de arbitraje se celebrarán solamente en los Estados que sean partes de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (1958)”. Mientras que el art. 1 RA-RMC establece que “Cuando las partes en una diferencia hayan acordado someterla a arbitraje sujeto al Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario), la diferencia se arreglará de conformidad con el presente Reglamento, salvo que, si cualquiera de las normas de este Reglamento está en conflicto con una disposición de la ley aplicable al arbitraje de la que las partes no puedan apartarse, prevalecerá esa disposición”. El art. 20.1 establece como salvaguardia que el tribunal arbitral deberá consultar a las partes y al secretariado del CIADI antes de fijar la sede del procedimiento.

⁴¹ El CNY mantiene en su art. I.1 *in fine* que es aplicable tanto para los laudos dictados en un Estado distinto al de la sede como para los laudos que no sean considerados como internos por la ley del Estado en que se insta su ejecución (criterio no seguido en España en el art. 46.1 LA 2003, que apuesta por la territorialidad). E. R. LEAHY/D. F. ORENTLICHER, “Enforcement of Arbitral Awards Issued by The Additional Facility of the International Centre of Settlement of Investment Disputes (ICSID)”, *Journal of International Arbitration*, 1985, vol. 2, n° 3, pp. 15-26, pp. 18-23, mantienen que un laudo arbitral de inversiones puede ser en este último caso sometido al CNY; esta postura es compartida por C. H. SCHREUER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *Op. cit.* pp. 1122-1123.

⁴² C. H. SCHREUER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *Op. cit.*, p. 1122.

⁴³ Nótese, sin embargo, que en los primeros APPRIs celebrados por los Estados Unidos de América no figura ninguna mención a este respecto. *Vid.* los APPRIs celebrados con Bangladesh, hecho en Washington, D.C., el 12 de marzo de 1986; Camerún, hecho en Washington, D.C., el 26 de febrero de 1986; Congo, hecho en Washington, D.C., el 12 de febrero de 1990; República Democrática del Congo (entonces Zaire), hecho en Washington, D.C., el 3 de agosto de 1984; Egipto, hecho en El Cairo el 11 de marzo de 1986; Granada, hecho en Washington, D.C., el 2 de mayo de 1986; Jamaica, hecho en Washington, D.C., el 4 de febrero de 1994; Marruecos, hecho en Washington, D.C., el 22 de julio de 1985; Senegal, hecho en Washington, D.C., el 6 de diciembre de 1983; Sri Lanka, hecho en Washington, D.C., el 20 de septiembre de 1991; Tunicia, hecho en Washington, D.C., el 15 de mayo de 1990; y Turquía, hecho en Washington, D.C., el 3 de diciembre de 1985.

⁴⁴ De manera idéntica se recoge en los APPRIs celebrados por los Estados Unidos de América con Albania,

“Todo arbitraje efectuado de conformidad con la cláusula ii [RMC], iii [Reglamento UNCITRAL] o iv [cualquier otra institución arbitral o norma de arbitraje] del inciso a), párrafo 3 del presente Artículo, tendrá lugar en un estado que sea Parte en la Convención de Nueva York”.

De cara a la comparación de esta disposición con otras *infra*, es de notar que en esta disposición la cláusula i) del inciso a) del art. VI.3 del APPRI, que se refiere al arbitraje CIADI, no queda incluida, de lo que se deduce que incide en la irrelevancia de la sede para ese tipo de arbitrajes. De hecho, en la *Letter of Submittal* que el Departamento de Estado envió al Comité de Relaciones Exteriores del Senado acompañando al texto del APPRI para la prestación del consentimiento de los Estados Unidos de América se incluye un párrafo estándar explicativo⁴⁵. No obstante, como veremos después, los Estados Unidos de América son parte en otros APPRIs en los que no se ha efectuado esta salvedad para los arbitrajes CIADI. También conviene citar aquí que México es parte en un TLC⁴⁶ en el que también se recoge esta disposición y que es una excepción a su práctica de seguir a pie juntillas el modelo del art. 1130 TLCAN.

16. El fundamento de la citada exigencia de fijar la sede en un Estado parte del CNY es muy claro. Dejando al margen los arbitrajes CIADI, el inversor estadounidense⁴⁷ que obtiene un laudo arbitral contra el Estado receptor de su inversión va a conseguir con mayor facilidad la ejecución forzosa del laudo arbitral contra dicho Estado en cualquiera de los Estados parte del CNY, mediante un régimen legal sumamente conocido y extendido, con condiciones tasadas para negar el reconocimiento y la ejecución del título; y eliminando cualquier posibilidad de funcionamiento de la reserva de reciprocidad. Ni siquiera importa que el Estado receptor de la inversión sea parte en el CNY, sobre todo si se pueden hallar en otro Estado parte del CNY bienes estatales susceptibles de embargo. Es, por todo ello, una solución adecuada al problema planteado.

hecho en Washington, D.C., el 11 de enero de 1995 (art. IX.5); Argentina, hecho en Washington, D.C., el 14 de noviembre de 1991 (art. VII.5); Armenia, hecho en Washington, D.C., el 23 de septiembre de 1992 (art. VI.5); Azerbaiyán, hecho en Washington, D.C., el 1 de agosto de 1997 (art. IX.5); Bahrein, hecho en Washington, D.C., el 29 de septiembre de 1999 (art. 9.5); Bolivia, hecho en Santiago de Chile el 17 de abril de 1998 (art. IX.5); Croacia, hecho en Zagreb el 13 de julio de 1996 (art. X.5); El Salvador, hecho en San Salvador el 10 de marzo de 1999 (art. IX.5); Estonia, hecho en Washington, D.C., el 19 de abril de 1994 (art. VI.5); Georgia, hecho en Washington, D.C., el 7 de marzo de 1994 (art. IX.5); Honduras, hecho en Denver, CO, el 1 de julio de 1995 (art. IX.5); Jordania, hecho en Amman el 2 de julio de 1997 (art. IX.5); Kazajistán, hecho en Washington, D.C., el 19 de mayo de 1992 (art. VI.5); Kirguizistán, hecho en Washington, D.C., el 19 de enero de 1993 (art. VI.5); Letonia, hecho en Washington, D.C., el 13 de enero de 1995 (art. VI.5); Lituania, hecho en Washington, D.C., el 14 de enero de 1998 (art. VI.5); Moldavia, hecho en Washington, D.C., el 21 de abril de 1993 (art. VI.5); Mongolia, hecho en Washington, D.C., el 6 de octubre de 1994 (art. VI.5); Mozambique, hecho en Washington, D.C., el 1 de diciembre de 1998 (art. IX.5); Nicaragua, hecho en Denver, CO, el 1 de julio de 1995 (art. IX.5); Panamá, hecho en Washington, D.C., el 27 de octubre de 1982 (art. VII.3.e) de la versión dada por el Protocolo de enmienda hecho en la Ciudad de Panamá el 1 de junio de 2000); Rumania, hecho en Bucarest el 28 de mayo de 1992 (art. VI.5); Trinidad y Tobago, hecho en Washington, D.C., el 26 de septiembre de 1994 (art. IX.5); Ucrania, hecho en Washington, D.C., el 4 de marzo de 1995 (art. VI.5); y Uzbekistán, hecho en Washington, D.C., el 16 de diciembre de 1994 (art. IX.5). En el caso del APPRI con Haití, hecho en Washington, D.C., el 13 de diciembre de 1983, la exigencia prevista en el art. VII.3.d) de que el procedimiento arbitral tenga lugar en un Estado parte del CNY se debe a que sólo se prevé un arbitraje bajo el Reglamento de la CCI. **Todas estas disposiciones están inspiradas por el art. IX.5 del APPRI Modelo estadounidense de 1994**, disponible en C. McLACHLAN/L. SHORE/M. WEINIGER, *International Investment Arbitration. Substantive Principles*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 386-392.

⁴⁵ “Paragraph 5 provides that any non-ICSID Convention arbitration shall take place in a country that is a party to the United Nations convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards. This provision facilitates enforcement of arbitral awards”. Reproducido en otros APPRIs similares citados *supra*.

⁴⁶ Art. 88 del TLC con Japón, hecho en Ciudad de México el 17 de septiembre de 2004. Y fuera de la práctica de los Estados parte del TLCAN, ha sido recogido, por ejemplo, en la práctica convencional de Chile en el art. 10.20.1 de su TLC con Australia, de 30 de julio de 2008; art. 9.20.1 del TLC con Colombia, de 27 de noviembre de 2006; y el art. 10.19.1 del TLC con Perú, de 22 de agosto de 2006.

⁴⁷ Dado que los APPRIs son por definición recíprocos, también el inversor extranjero que obtiene un laudo arbitral a su favor contra el Gobierno de los Estados Unidos de América, aunque hasta la fecha no ha habido ni una sola condena contra éste ni en las *Letters of Submittal* del Departamento de Estado al Senado se profundice más allá de recordar los beneficios para los inversores privados estadounidenses.

17. Por último, y aunque no es muy frecuente, en algunos arbitrajes de inversiones se ha podido contemplar expresamente su aplicación práctica. En el asunto *Chevron Corp. vs. Ecuador*⁴⁸ se puede ver, por un lado, cómo el tribunal arbitral de manera muy pedagógica jerarquiza las normas del procedimiento arbitral siguiendo el esquema del art. V.1.d) CNY; y a la vez introduce el concepto de “sede del arbitraje” (*place of arbitration*):

“The procedural law to be applied by the Tribunal consists of the procedural provisions of the BIT (particularly its Article VI) [el convenio arbitral recogido en un APPRI], the UNCITRAL Arbitration Rules [las reglas de procedimiento arbitral], and, since The Hague is the place of arbitration, any mandatory provisions of Dutch arbitration law [la ley de la sede del arbitraje]; this Interim Award is made pursuant to Article 1049 of the Netherlands Arbitration Act 1986”.

C) La fijación de la sede del arbitraje en un Estado parte del CNY incluso en casos CIADI

18. En tercer lugar, también es posible que el APPRI en cuestión exija que el lugar del arbitraje haya de estar situado en un Estado parte del CNY aun cuando se esté ante un arbitraje CIADI, pero de manera más rotunda que en el caso anterior y sin hacer siquiera amago de distinción entre un arbitraje CIADI-CW y CIADI-RMC. Así, se puede ver la acrítica exigencia incluida en el art. 26.5.b) del *Tratado sobre la Carta de la Energía*, el primer acuerdo multilateral de protección de inversiones especializado *ratione materiae*⁴⁹:

“Cualquier arbitraje que se lleve a cabo con arreglo al presente artículo tendrá lugar, a petición de cualquiera de las partes en la controversia, en un Estado que sea Parte en el Convenio de Nueva York” (cursivas nuestras).

Esta norma destinada a todos los tipos de arbitrajes de inversiones se mantiene además en algunos APPRI estadounidenses que no comulgan con la práctica recogida en el APPRI con Ecuador, tanto antiguos⁵⁰ como otros más modernos influidos por el art. 28.1 del vigente APPRI Modelo estadounidense de 2004⁵¹. También es el caso de la inmensa mayoría de APPRI en los que son parte tanto

⁴⁸ *Chevron Corp. y Texaco Petroleum Corp. vs. Ecuador*, Laudo parcial de 1 de diciembre de 2008, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Chevron-TexacovEcuadorInterimAward.pdf>, §117. Nótese que en este caso se respeta lo previsto en el art. VI.5 del APPRI Estados Unidos de América-Ecuador aplicable al caso, pues los Países Bajos son Estado parte del CNY.

⁴⁹ *Tratado sobre la Carta de la Energía*, firmado en Lisboa el 17 de diciembre de 1994 (DOCE L 380, de 31 de diciembre de 1994; y BOE nº 177, de 17 de mayo de 1995). También se recogió, por ejemplo, en el art. D.18 del no nato *Acuerdo Multilateral de Inversiones* de la OCDE de 1998.

⁵⁰ “The place of any arbitration conducted under this Article shall be a country which is a party to the 1958 United Nations Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards” (cursiva nuestra). Así, en los APPRI con Bulgaria, hecho en Washington, D.C., el 23 de septiembre de 1992 (art. VI.3.d)); Checoslovaquia –ahora tanto con la República Checa como Eslovaquia–, hecho en Washington, D.C., el 22 de octubre de 1991 (art. VI.3.d)); Polonia, hecho en Washington, D.C., el 21 de marzo de 1990 (art. IX.3.d)); y Rusia, hecho en Washington, D.C., el 17 de junio de 1992 (art. VI.3.d)).

⁵¹ “The disputing parties may agree on the legal place of any arbitration under the arbitral rules applicable under Article 24(3). If the disputing parties fail to reach agreement, the tribunal shall determine the place in accordance with the applicable arbitral rules, provided that the place shall be in the territory of a State that is a party to the New York Convention”. *Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*, disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/38710.pdf>. Así se ha recogido en los APPRI con Ruanda, hecho en Kigali el 19 de febrero de 2008 (art. 28.1); y Uruguay, hecho en Mar del Plata el 4 de noviembre de 2005 (art. 28.1). Y también puede verse en varios capítulos de inversiones de TLCs, que pueden encontrarse en <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>, como el multilateral TLC entre los Estados Unidos de América, la República Dominicana y Centroamérica (DR-CAFTA, con Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua), hecho en Washington, D.C., el 28 de mayo de 2004 (art. 10.20.1); y los TLCs bilaterales con Colombia, hecho en Washington, D.C., el 22 de noviembre de 2006 (art. 10.20.1); República de Corea, hecho en Washington, D.C., el

Canadá⁵² como México⁵³ y de uno de los más importantes TLCs recientemente firmados⁵⁴. En el caso de Canadá y México cabe una cierta disculpa de que no salven la exigencia de fijación de la sede en un Estado parte en el CNY para los casos CIADI, pues ninguno de ellos es parte en el CW y no les son oponibles sus arts. 44, 62 y 63. Pero en el caso de los Estados Unidos de América, parte del CW desde 1966, podrían haber seguido en toda su práctica convencional el modelo del art. VI.5 de su APPRI con Ecuador, favoreciendo la coherencia de las disposiciones, aunque en todo caso se pueda intuir una justificación al respecto de la extensión a los casos CIADI⁵⁵.

19. En cuanto a la solución de los efectos de la reserva de reciprocidad, puesto que la sede queda fijada en un Estado parte del CNY no cabrá su entrada en funcionamiento; a estos efectos se trata de una solución tan adecuada como la del caso B) *supra*. Con respecto a la extensión de esta norma al arbitraje CIADI, y a pesar de la particular dimensión de su “sede” en su funcionamiento⁵⁶, proponemos que si el APPRI en el que el tribunal arbitral CIADI ha de fundamentar su competencia exige que en todo caso el

30 de junio de 2007 (art. 11.20.1); Marruecos, hecho en Washington, D.C., el 15 de junio de 2004 (art. 10.19.1); Omán, hecho en Washington, D.C., el 19 de enero de 2006 (art. 10.19.1); Panamá, hecho en Washington, D.C., el 28 de junio de 2007 (art. 10.20.1); y Perú, hecho en Washington, D.C., el 12 de abril de 2006 (art. 10.20.1). A esta regla hay dos excepciones, el art. 10.19.1 del TLC con Chile, hecho en Miami, FL, el 6 de junio de 2003; y el art. 15.19.1 del TLC con Singapur, hecho en Washington, D.C., el 6 de mayo de 2003, que no exigen que el procedimiento arbitral CIADI tenga lugar en un Estado parte del CNY (sí el resto). A su vez, éste último permite la fijación de la sede bien en un Estado parte del TLC (Estados Unidos de América y Singapur) bien en cualquier Estado parte del CNY. Nótese que, a fecha 15 de enero de 2010, no han entrado aún en vigor los TLCs con Colombia, la República de Corea y Panamá.

⁵² “Cualquier procedimiento de arbitraje iniciado según este Artículo deberá tener lugar en un Estado que sea signatario de la Convención de Nueva York...”. Así, coinciden los APPRIs celebrados con Armenia, hecho en Ottawa, ON, el 8 de mayo de 1957 (art. XIII.6.b)); Barbados, hecho en Bridgetown el 29 de mayo de 1996 (art. XIII.6.b)); Costa Rica, hecho en San José el 18 de marzo de 1998 (art. XII.6.b)); Croacia, de 3 de febrero de 1997 (art. XII.6.b)); Ecuador, hecho en Quito el 29 de abril de 1996 (art. XIII.6.b)); Egipto, hecho en El Cairo el 13 de noviembre de 1996 (art. XIII.6.b)); El Salvador, hecho en San Salvador el 6 de junio de 1999 (art. XII); Filipinas, hecho en Manila el 9 de noviembre de 1995 (art. XIII.6.b)); Letonia, hecho en Ottawa, ON, el 26 de abril de 1995 (art. XIII.6.b)); Líbano, hecho en Ottawa el 11 de abril de 1997 (art. XIII.6.b)); Panamá, hecho en la Ciudad de Guatemala el 12 de septiembre de 1996 (art. XIII.6.b)); Rumania, hecho en Bucarest el 17 de abril de 1996 (art. XIII.6.b)); Sudáfrica, hecho en Toronto, ON, el 27 de noviembre de 1995 (art. XIII.6.b)); Tailandia, hecho en Bangkok el 17 de enero de 1997 (art. XIII.6.b)); Trinidad y Tobago, hecho en Toronto, ON, el 11 de septiembre de 1995 (art. XIII.6.b)); Ucrania, hecho en Ottawa, ON, el 24 de octubre de 1994 (art. XIII.6.b)); y Uruguay, hecho en Ottawa, ON, el 29 de octubre de 1997 (art. XII.6.b)). El APPRI Canadá-Venezuela, hecho en Caracas el 1 de julio de 1996, establece en el art. XII.6.b) un matiz, el que la sede del arbitraje deberá estar ubicada en un lugar que facilite la ejecución forzosa del laudo conforme al CNY: “The venue for any arbitration under this Article shall be such so as to ensure enforceability under the New York Convention”. Por su parte, el art. 36 del APPRI con Jordania, hecho en Ammán el 28 de junio de 2009, recoge una disposición similar a la del citado art. 15.19.1 del TLC Estados Unidos de América-Singapur y permite al tribunal arbitral la fijación de la sede bien en un Estado parte del APPRI (Canadá y Jordania) bien en cualquier tercer Estado que sea parte del CNY.

⁵³ APPRIs con Alemania, de 25 de agosto de 1998 (art. 16); Australia, de 23 de agosto de 2005 (art. 16); Austria, de 29 de junio de 1998 (art. 15); Bélgica y Luxemburgo, hecho en Ciudad de México el 27 de agosto de 1998 (art. 15); República Checa, hecho en Ciudad de México el 4 de abril de 2002 (art. 14); República de Corea, hecho en Seúl el 14 de noviembre de 2000 (art. 12); Finlandia, de 22 de febrero de 1999 (art. 14); Grecia, hecho en Ciudad de México el 30 de noviembre de 2000 (art. 14); Islandia, de 24 de junio de 2005 (art. 14); Portugal, hecho en Ciudad de México el 4 de diciembre de 2000 (art. 13); Reino Unido, hecho en Viena el 12 de mayo de 2006 (art. 15); Suecia, de 3 de octubre de 2000 (art. 10); Trinidad y Tobago, hecho en Puerto España el 3 de octubre de 2006 (art. 17); y Uruguay, hecho en Montevideo el 30 de junio de 1999 (art. 8.6 del Apéndice al Tratado). El único APPRI que guarda absoluto silencio en la materia es el APPRI con Francia, hecho en Ciudad de México el 12 de noviembre de 1998.

⁵⁴ Art. 25.5 del TLC entre Australia, Nueva Zelanda y los 10 Estados de ASEAN (Brunei, Camboya, Filipinas, Indonesia, Laos, Malasia, Myanmar, Singapur, Tailandia y Vietnam), hecho en Hua Hin el 27 de febrero de 2009. *Vid.* el texto en <http://asean.fta.govt.nz>.

⁵⁵ *Vid. infra* Apartado II.2.C).

⁵⁶ *Vid. infra* Apartado II.2.A).

arbitraje tenga lugar en un Estado parte del CNY, el tribunal arbitral no tiene más que hacer que omitir cualquier tipo de referencia ambigua a la fijación de sedes innecesarias e indicar que el laudo ha sido dictado en la sede del CIADI, en Washington, D.C., pues los Estados Unidos de América son parte del CNY⁵⁷. De este modo tan sencillo quedaría absolutamente resuelto el problema, respuesta extensible al caso A) *supra* y al caso D) *infra*.

D) La fijación de la sede del arbitraje en un Estado parte tanto del APPRI como del CNY incluso en casos CIADI

20. En cuarto lugar, es posible que las disposiciones del APPRI a los efectos descritos exijan que la sede del arbitraje tenga lugar en el territorio de un Estado parte tanto del APPRI aplicable como del CNY, sin hacer distinciones entre los casos CIADI y “no CIADI”. El punto de partida es el art. 1130 TLCAN, muy influyente en la redacción de decenas de APPRIs y TLCs, que recoge una norma dispositiva a expensas de la voluntad de las partes:

“Salvo que las partes contendientes acuerden otra cosa, un tribunal llevará a cabo el procedimiento arbitral *en territorio de una Parte que sea parte de la Convención de Nueva York*, el cual será elegido de conformidad con:

- (a) las Reglas del Mecanismo Complementario de CIADI, si el arbitraje se rige por esas reglas o por el Convenio de CIADI; o
- (b) las Reglas de Arbitraje de CNUDMI, si el arbitraje se rige por esas reglas” (cursivas nuestras).

Frente al modelo anterior de establecer la sede en un Estado parte sólo del CNY, la presente es una alternativa minoritaria que, como hemos visto, los Estados Unidos de América ya no siguen en su práctica actual. En cambio, sí se recoge en el art. 36 del APPRI Modelo de Canadá⁵⁸, mientras que México lo ha copiado en casi todos sus TLCs⁵⁹.

21. Es muy significativo observar la extraña redacción de la letra a), que primero se refiere al RMC en exclusiva y después incluye el CW en su ámbito de aplicación. La coletilla que introduce la mención al CIADI es sin duda contraria al art. 3 RMC, que excluye de su ámbito de aplicación todas y cada una de las normas contenidas en el CW. Cabe preguntarse entonces si, al margen de su tenor dispositivo, la norma está exigiendo verdaderamente que los arbitrajes CIADI tengan su sede también en un Estado parte del CNY⁶⁰. A nuestro entender, dada la redacción del artículo y por la referencia expresa al RMC, en estos casos los arbitrajes CIADI deberían quedar excluidos de la

⁵⁷ En el asunto *Azpetrol International Holdings B.V., Azpetrol Group B.V. y Azpetrol Oil Services Group B.V. vs. Azerbaiyán* (ICSID Case No. ARB/06/15), Laudo de 8 de septiembre de 2009, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Azpetrolaward.pdf>, no se incluye ninguna referencia a cómo el tribunal arbitral cumplió con el mandato de la *Carta de la Energía* de fijar la sede del arbitraje en un Estado parte del CNY. En el laudo sólo aparecen referencias a tres audiencias del tribunal con las partes en Londres y Washington, D.C. (§§4-5 y 13) y no se cierra con la expresión “dictado en Washington, D.C.” (por ser los Estados Unidos de América parte en el CNY).

⁵⁸ *Agreement between Canada and for the Promotion and Protection of Investments*, disponible en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Canadian2004-FIPA-model-en.pdf>. Eso se ha traducido en su inclusión sin más en el art. 36 del APPRI con Perú de 14 de noviembre de 2006. Asimismo, puede verse en dos TLCs en los que Canadá es parte, el TLC con Chile, hecho en Santiago de Chile el 5 de diciembre de 1996 (art. G-31); y el TLC con Perú, hecho en Lima el 29 de mayo de 2008 (art. 833).

⁵⁹ TLCs con Bolivia, de 10 de septiembre de 1994 (art. 15-31); Chile, de 17 de abril de 1998 (art. 9-31); Costa Rica, hecho en Ciudad de México el 5 de abril de 1994 (art. 13-32); El Salvador, Guatemala y Honduras, hecho en Ciudad de México el 29 de junio de 2000 (art. 14-33); Nicaragua, hecho en Managua el 18 de diciembre de 1997 (art. 16-32); y Uruguay, de 15 de noviembre de 2003 (art. 13-30). Al margen del TLCAN, igualmente aparece en el art. 10.34 del TLC Chile-República de Corea, de 15 de febrero de 2003.

⁶⁰ Presuponiendo que los Estados parte en el APPRI son parte del CW, porque no es posible iniciar un procedimiento CIADI con un Estado no parte en el CW (art. 25.1 CW). En este caso sólo cabe un arbitraje bajo el RMC si al menos el Estado del que es nacional el inversor es parte en el CW (art. 2 RMC).

exigencia de fijación de la sede en un Estado parte del CNY (pero no de que la sede esté fijada en un Estado parte del APPRI), y sin perjuicio de algunos elementos positivos que se pueden deducir de esta exigencia. Se puede deducir esta interpretación si se observa sistemáticamente que la mención al “Convenio de CIADI” no es principal, sino secundaria; no figura en una hipotética letra c) a la altura del arbitraje RMC y del arbitraje bajo el Reglamento UNCITRAL, por lo que parece más una falta de precisión de los negociadores del TLCAN que una exigencia auténtica para ese tipo de arbitrajes⁶¹. De todos modos, está aún por ver cómo los tribunales arbitrales interpretan este precepto, puesto que ni Canadá ni México son Estados parte del CW, y todos los arbitrajes con base en el TLCAN hasta la fecha lo han sido bien conforme al RMC bien conforme al Reglamento UNCITRAL.

22. El art. 1130 TLCAN deja escaso margen de maniobra para la fijación de la sede, como se ha visto: o en Canadá, o en los Estados Unidos de América, o en México, pues los tres son Estados parte del CNY⁶². Por ello los arbitrajes bajo el Capítulo XI del TLCAN han dado lugar a una interesante práctica arbitral en la que se observa el derrumbe de uno de los grandes tópicos del arbitraje: la fijación de una sede neutral fuera del territorio de los Estados en los que se encuentran las partes. Los tres Estados parte del TLCAN, Canadá⁶³,

⁶¹ En los trabajos preparatorios del TLCAN se observa cómo los tres Estados parte manejaron hasta cuatro versiones distintas para este artículo. En el Documento n° 2, de 16 de enero de 1992 (disponible en <http://www.naftaclaims.com/Papers/02-January161992.pdf>), el entonces proyecto de art. XX07.5 salvaba los arbitrajes CIADI de la exigencia de fijar la sede en un Estado parte del CNY (modelo del art. VI.5 del APPRI Estados Unidos de América-Ecuador). En el Documento n° 8, de 1 de mayo de 1992 (disponible en <http://www.naftaclaims.com/Papers/08-May011992.pdf>), el proyecto de art. XX07.7 exigía que todos los arbitrajes tuvieran lugar en un Estado parte del CNY (modelo del art. 26.5.b) de la *Carta de la Energía*). Ya en el Documento n° 9, de 13 de mayo de 1992 (disponible en <http://www.naftaclaims.com/Papers/09-May131992.pdf>), el proyecto de art. XX07.7 exigía la coincidencia de la sede de todos los arbitrajes en un Estado parte del TLCAN y parte del CNY. Y en el Documento n° 16, de 4 de agosto de 1992 (disponible en <http://www.naftaclaims.com/Papers/16-August041992.pdf>), el proyecto de art. 2124.4 incluye *mutatis mutandis* la redacción actual del precepto con la coetilla del Convenio CIADI en casos de arbitraje bajo el RMC sin ninguna explicación.

⁶² H. C. ALVAREZ, *Op. cit.*, p. 418.

⁶³ 1) *Ethyl vs. Canadá*: la demandante (estadounidense) proponía Nueva York, NY; Canadá, bien Ottawa, ON, bien Toronto, ON. El tribunal arbitral emitió una *Decisión sobre la sede del arbitraje*, hecha en Nueva York el 28 de noviembre de 1997 (disponible en <http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/EthylCorp/EthylCorpAwardOnPlaceOfArbitration.pdf>), en la que fijó la sede en Toronto, ON (p. 10). Teniendo en cuenta el art. 1130 TLCAN y el art. 16 del Reglamento UNCITRAL, en primer lugar descartó que la sede fuera México (el tercer Estado parte del TLCAN); ante la elección de Canadá o los Estados Unidos de América (Estados con normativas arbitrales adecuadas y parte en el CNY), optó por Toronto siguiendo el §22 de las Notas de UNCITRAL para la Organización de Procedimientos Arbitrales (citadas después en prácticamente todos los casos), dada la cercanía al objeto del asunto y a la proximidad a las pruebas, y por considerar que Toronto sería percibida como más “neutral” que Ottawa.

2) *UPS vs. Canadá*: mediante Decisión de 17 de octubre de 2001 (disponible en <http://naftaclaims.com/Disputes/Canada/UPS/UPSOrderOnPlace.pdf>) el tribunal arbitral fijó la sede en Washington, D.C. (§19): la demandante (estadounidense) la había propuesto junto a Boston, MA y San Francisco, CA, mientras que Canadá propuso Ottawa, ON; Toronto, ON; Montreal, QU; y Vancúver, BC (§1). El tribunal arbitral, teniendo igualmente en cuenta el art. 1130 TLCAN y el art. 16 del Reglamento UNCITRAL y una multitud de factores sobre transporte y conveniencia, recordó que el CIADI iba a actuar como administradora del procedimiento y en sus oficinas tendrían lugar las audiencias

3) *Pope & Talbot vs. Canadá*: el procedimiento arbitral tenía su sede en Montreal, QU, y, dado que Canadá había instado la nulidad de varios laudos NAFTA dictados contra ella con sede en el mismo Canadá, el inversor pidió el traslado de la sede a Washington, D.C.. Mediante Decisión de 14 de marzo de 2002 (disponible en http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/Pope/Pope-Situs_Change-14-03-02.pdf) el tribunal arbitral lo rechazó por improcedente además de que el procedimiento iba demasiado avanzado como para cambiar la sede de modo efectivo (pareciendo decir el cambio “físico” de la sede cuando la modificación de la misma es estrictamente nominal).

4) *Merrill & Ring Forestry vs. Canadá*: mediante Decisión de 13 de diciembre de 2007 (disponible en http://www.naftaclaims.com/Disputes/Canada/Merrill/Merrill_Ring-Canada-Decision%20on%20Place%20of%20Arbitration.pdf), el tribunal arbitral fijó Washington, D.C., de acuerdo con la demandante estadounidense frente a la pretensión canadiense de Ottawa, ON, o Vancúver, BC. El tribunal dio especial énfasis en las cuestiones de trans-

los Estados Unidos de América⁶⁴ y México⁶⁵, han tenido que afrontar varios casos de fijaciones contenciosas de la sede del procedimiento conforme al RMC y al Reglamento UNCITRAL y los resultados dan lugar a conclusiones muy claras.

Una de ellas es la determinación de la sede dentro del territorio del Estado parte en la controversia⁶⁶. Al margen de interpretaciones más o menos alambicadas de disposiciones del Reglamento UNCITRAL, esto ha sucedido bien porque el Estado parte así lo ha exigido de manera expresa, especialmente el Gobierno estadounidense; bien porque las partes en la disputa se negaron a fijar la sede en el tercer Estado (ninguna de ellas ha tenido lugar en México)⁶⁷, que habría sido

porte y costes hasta llegar a la sede.

⁶⁴ 1) *Methanex vs. Estados Unidos de América*: mediante Decisión de 31 de diciembre de 2000 (disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/6038.pdf>), el tribunal fijó Washington, D.C., de acuerdo con la demandada frente a la propuesta de Toronto, ON, especialmente por razones logísticas, y descartando, por falta de “neutralidad” en el caso, California, la Columbia Británica y Texas.

2) *ADF Group vs. Estados Unidos de América* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/1): mediante la Orden Procesal nº 2, de 11 de julio de 2001 (disponible en <http://www.state.gov/documents/organization/5965.pdf>), el tribunal fijó Washington, D.C., de acuerdo con la demandada frente a la propuesta de Montreal, QU, dando especial importancia a la ley procesal de la sede del arbitraje.

3) *Canfor Corp. vs. Estados Unidos de América*: mediante Decisión de 23 de enero de 2004 (disponible en <http://www.naftaclaims.com/Disputes/USA/Canfor/Canfor%20-%20Decision%20on%20Timing%20and%20Place%20of%20Arbitration.pdf>), el tribunal acordó Washington, D.C., haciendo valer la petición de la demandada, frente a la propuesta de Toronto, ON, y Vancúver, BC. Llegó a este fallo valorando todo tipo de argumentos (desde costes a proximidad con el lugar de obtención de pruebas). Las partes estaban de acuerdo en que no querían México como sede.

⁶⁵ 1) *Marvin Roy Feldman Karpa vs México* (ICSID Case No. ARB (AF)/99/1): mediante la Orden Procesal nº 1, de 3 de abril de 2000 (disponible en <http://naftaclaims.com/Disputes/Mexico/Feldman/FeldmanProceduralOrder1.pdf>), el Presidente del tribunal fijó la sede en Ottawa, ON, frente a las respectivas pretensiones de las partes a favor de Washington, D.C., y Ciudad de México, por apreciarla más “neutral” (§4), y siempre de acuerdo con los arts. 1130 TLCAN y 20-21 RA-RMC.

2) *Waste Management (II) vs. México* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/03): mediante Decisión de 26 de septiembre de 2001 (disponible en <http://naftaclaims.com/Disputes/Mexico/Waste/WasteDecisionPlace.pdf>), el tribunal fijó Washington, D.C., como pedía el demandante, frente a la petición mexicana de una ciudad de Canadá, igualmente de acuerdo con los arts. 1130 TLCAN y 20-21 RA-RMC. En cuanto a la “neutralidad”, el tribunal apreció que una cosa es la figura de los Estados Unidos de América como parte del TLCAN y otra la labor de sus tribunales estatales (§22).

⁶⁶ Sobre la competencia entre Washington, D.C., y algunas ciudades canadienses para ser sede de los arbitrajes con base en el TLCAN, *vid.* las interesantes reflexiones de M. E. SCHNABL/T. G. NELSON, “Nothing Left To Chance: *Thunderbird v. Mexico* And The Power Of a Domestic U.S. Court To Review A NAFTA Investment Arbitration Award”, *Mealey’s International Arbitration Report*, Vol. 22, No. 3, March 2007, pp. 1-13, pp. 3-4.

⁶⁷ En contra de lo habitualmente creído para el arbitraje comercial internacional y para el resto de arbitrajes de inversiones no TLCAN. Para ello han dado argumentos más o menos convincentes sobre la neutralidad de los tribunales estatales de la sede (lo que, por otro lado, es asumible que sea cierto en el caso de Canadá y los Estados Unidos de América). Asimismo, en estos casos bajo el TLCAN no han considerado nunca seriamente establecer la sede en territorio de México, lo cual debe ser apreciado como un indisimulado desprecio hacia el tercer socio del Tratado, puesto que los mismos Canadá y los Estados Unidos de América así lo acordaban con sus contrapartes en los procedimientos arbitrales en que figuraron como demandados. Es por esto, por último, que siempre los Estados Unidos de América han conseguido que los arbitrajes en que son demandados tengan su sede en Washington, D.C., escudándose en que el CIADI va a servir como lugar de reunión del tribunal con las partes (sin perjuicio del probable miedo reverencial profesado por el tribunal arbitral). En suma, la elección de excelentes ciudades modernas como sede de un arbitraje, en Estados sumamente democráticos, ha sido a veces un mero ejercicio de esnobismo sin ninguna necesidad de complejos revestimientos jurídicos. *Vid.* algunos comentarios a estas disposiciones en H. C. ALVAREZ, *Op. cit.*, pp. 421-422; R. DOAK BISHOP/W. W. RUSSELL, “Survey of Arbitration Awards Under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 19, No. 6, 2002, pp. 505-579, pp. 523-527.

apreciada como neutral aunque en el caso del TLCAN nunca se puede decir que el Estado parte del mismo que no está afectado por el procedimiento arbitral sea del todo neutral⁶⁸.

Y otra conclusión es que se ha procedido a la elección de la sede tomando en consideración algunos elementos ajenos a la verdadera naturaleza ficticia del concepto de sede del arbitraje⁶⁹, lo cual a veces puede aportar complicaciones⁷⁰.

23. Desde el punto de vista de la eliminación de los efectos de la reserva de reciprocidad, sin embargo, este modelo es idéntico al de los casos B) y C), por lo que resulta también satisfactorio⁷¹. Además, comparte con C) una estratégica referencia al arbitraje CIADI que puede ayudar a la ejecución del laudo en un Estado parte del CNY que no sea parte del CW⁷².

E) Ausencia de previsión expresa

24. Por último, es posible que el APPRI o TLC no diga absolutamente nada al respecto de la reserva comercial. En el caso de España, es público y notorio que los numerosos APPRIs en los que es parte no prestan la suficiente atención a la regulación del procedimiento arbitral y se remiten sin más a las normas de procedimiento correspondientes (CIADI, Reglamento UNCITRAL, Reglamento CCI, Reglamento del AISCC de Estocolmo, etc.). La causa es que España no sigue en su política negociadora un modelo de APPRI lo suficientemente elaborado ni parece excesivamente preocupada por que el laudo arbitral logrado por el inversor, sobre todo el inversor español, sea efectivamente ejecutado. Es cierto que España no ha ejercido la reserva de reciprocidad y que el CNY es aplicable *erga omnes*, pero esto sólo tiene sentido para el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral en España (sea contra el inversor, contra España o contra un tercer Estado), no en los demás Estados parte del CNY.

La falta de disposiciones al respecto es tan elocuente que ni siquiera encontramos una referencia parecida a la del art. 1130 TLCAN (sede en Estado parte del APPRI y del CNY) o al art. 28.1 del APPRI Modelo estadounidense (sede en Estado parte del CNY) en el nuevo y excepcional APPRI España-México de 2006, a pesar de que México es Estado parte en el TLCAN y todo el APPRI en sí rezuma evidentes influencias de la práctica convencional mexicana y estadounidense⁷³.

⁶⁸ Recuérdese que el art. 1128 TLCAN permite al tercer Estado parte del Tratado, incluso al Estado de la nacionalidad del inversor, intervenir en el procedimiento arbitral para aportar su punto de vista al respecto de la interpretación de las disposiciones del Tratado.

⁶⁹ Es necesario tener en cuenta que casi siempre los tribunales han confundido –voluntaria o involuntariamente– la “sede” con el “lugar de audiencias” (bien visto en el asunto *Canfor vs. Estados Unidos de América*, cit., §22). Es pertinente recordar que los árbitros sólo tienen que preocuparse de encontrar avión y hotel en el lugar de las audiencias, no en el de la sede (como erróneamente se hizo en el asunto *Merrill & Ring vs. Canadá*, cit., §§29-30), puesto que a este último lugar sólo acudirán las partes si una de ellas decide instar la anulación del laudo, una vez acabado el trabajo de los árbitros.

⁷⁰ En estos casos sí tiene incidencia directa la ley del Estado en que el arbitraje tenga su sede por ejemplo en cuanto a la adopción de las medidas cautelares. Además, frente a la práctica habitual en arbitrajes bajo el CW, el hecho de que en una orden o laudo arbitral sobre medidas cautelares figure la mención a una ciudad distinta a la de la sede oficial del arbitraje pueda producir que a efectos del CNY el laudo y la orden vivan caminos jurídicos distintos. En el asunto *Marvin Roy Feldman Karpa vs. México*, Orden Procesal nº 2, de 3 de mayo de 2000, disponible en <http://naftaclaims.com/Disputes/Mexico/Feldman/FeldmanProceduralOrder2.pdf>, el tribunal arbitral rechazó una solicitud de medidas cautelares. La orden fue firmada en Atenas (Grecia) –lugar de residencia del Presidente del tribunal– aun cuando la sede del arbitraje había sido fijada en Ottawa (Canadá). Si la solicitud hubiera sido admitida y la orden hubiera necesitado de ejecución forzosa, a efectos del CNY es posible que se la hubiera tratado como un laudo dictado en Grecia frente al laudo arbitral dictado en Canadá. Y ello habría sido un problema, pues Grecia es parte en el CNY pero no en el TLCAN, y la sede en estos arbitrajes debe estar en un Estado parte en ambos Tratados.

⁷¹ Destaquemos el comentario favorable de L. OJEDA/C. AZAR, “Dispute Settlement. Regional Approaches. 6.1. NAFTA”, *Curso sobre la solución de diferencias*, UNCTAD, disponible en http://www.unctad.org/en/docs/edmmisc232add24_en.pdf, p. 30.

⁷² *Vid. infra* Apartado II.2.C).

⁷³ Para F. J. PASCUAL VIVES, “Nuevas manifestaciones...”, cit., pp. 696, 698, 700, las influencias sobre dicho APPRI son más bien de la jurisprudencia arbitral emanada contra México y de la falta de ratificación de México del CW.

25. La posición negociadora española en los APPRI, por tanto, no ha estado atenta a los desarrollos comparados de otros Estados emisores de inversiones y concienciados de que las disposiciones sobre arbitraje recogidas en los APPRI y TLCs deben ser lo más completas posibles. Así, un laudo arbitral logrado por un inversor español se ve *in abstracto* menos protegido que aquél logrado por un inversor nacional de un Estado que sea parte en APPRI más sofisticados. Pero España no es el único caso, puesto que la gran mayoría de Estados parte en algún APPRI no se ha preocupado en absoluto de esta cuestión⁷⁴. Sucede sobre todo entre los grandes Estados europeos⁷⁵ considerados como emisores de inversiones, que son parte en centenares de APPRI que en ocasiones sólo se refieren al arbitraje CIADI y en el caso de los más antiguos ni siquiera recogen una cláusula de soluciones de controversias inversor-Estado⁷⁶. Incluso algunos Estados que deberían ser conscientes de que han de proteger convenientemente a sus inversores manejan en la actualidad APPRI Modelo con grandísimas carencias⁷⁷, a pesar de ser conscientes de lo que están haciendo⁷⁸, y que no tienen en cuenta de ningún modo el problema que nosotros estudiamos en este trabajo. Por ello han de ser los tribunales arbitrales, de acuerdo con

⁷⁴ Ya vimos que algunos APPRI antiguos celebrados por los Estados Unidos de América guardan silencio al respecto. Por parte de Canadá, añadiremos los APPRI con Argentina, hecho en Toronto, ON, el 5 de noviembre de 1991; Checoslovaquia—ahora tanto con la República Checa como Eslovaquia—, hecho en Praga el 15 de noviembre de 1990; Hungría, hecho en Ottawa, ON, el 3 de octubre de 1991; Polonia, hecho en Varsovia el 6 de abril de 1990; y Rusia, hecho en Moscú el 20 de noviembre de 1989; todos ellos muy antiguos y previos al art. 1130 TLCAN.

⁷⁵ En el panorama latinoamericano, tampoco dicen nada al respecto ni el *Protocolo de Colonia para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones en el MERCOSUR*, hecho en Colonia del Sacramento el 17 de enero de 1994; ni el *Protocolo sobre Promoción y Protección de Inversiones Provenientes de Estados no parte de MERCOSUR*, hecho en Buenos Aires el 5 de agosto de 1994. Y en el marco de ASEAN, tampoco dice nada el *ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments*, hecho en Manila el 15 de diciembre de 1987.

⁷⁶ Alemania es parte en 134 APPRI pero solamente uno contiene disposiciones para vencer esta reserva, el APPRI con México cit. (art. 16); mientras que los APPRI con Polonia, hecho en Varsovia el 10 de noviembre de 1989, y con la U.R.S.S., hecho en Bonn el 13 de junio de 1989, se remiten de plano al CNY a los efectos del reconocimiento y ejecución del laudo (arts. 10.4 de ambos). Suiza es parte en 115 APPRI pero solamente uno contiene disposiciones para vencer esta reserva, el APPRI con Kuwait, hecho en Kuwait el 31 de octubre de 1998 (art. 10.6.b), conforme al modelo de sede en Estado parte del CNY incluidos los arbitrajes CIADI). Reino Unido es parte en 102 APPRI y sólo se recoge una disposición a estos efectos en el art. 15 del APPRI con México cit.. Y los Países Bajos y Francia son parte, respectivamente, en 97 y 96 APPRI y ninguno de ellos recoge una disposición al efecto.

⁷⁷ El APPRI Modelo de China de 2003, *Agreement Between the Government of the People's Republic of China and [...] on the Promotion and Protection of Investments*, sólo hace referencia al arbitraje CIADI (art. 9.2.b)). El APPRI Modelo de Francia de 2006, *Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement de [...] sur l'Encouragement et la Protection Réciproques des Investissements*, sólo hace referencia al arbitraje CIADI (art. 8). El APPRI Modelo de Alemania de 2005, *Treaty between the Federal Republic of Germany and [...] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments*, prevé en su art. 11 dos alternativas de cláusula de solución de controversias inversor-Estado pero remiten al final al arbitraje CIADI. El APPRI Modelo de Países Bajos, *Agreement on Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between [...] and the Kingdom of the Netherlands*, sólo hace referencia al arbitraje CIADI (art. 9). Y el APPRI Modelo de Reino Unido de 2005, *Draft Agreement Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of [...] for the Promotion and Protection of Investments*, prevé en el art. 8.2 el arbitraje CIADI, incluido el RMC; el arbitraje CCI y un arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento UNCITRAL, pero no hace mención alguna al CNY. Los textos de los APPRI Modelo pueden verse en R. DOLZER/C. SCHREUER, *Op. cit.*, pp. 352-359 (China); 360-367 (Francia); 368-375 (Alemania); y 376-384 (Reino Unido); así como en C. McLACHLAN/L. SHORE/M. WEINIGER, *Op. cit.*, pp. 423-426 (Países Bajos).

⁷⁸ Noruega presentó el 19 de diciembre de 2007 su borrador de APPRI Modelo, *Agreement Between the Kingdom of Norway and for the Promotion and Protection of Investments*, disponible en <http://www.regjeringen.no/upload/NHD/Vedlegg/hoeringer/Utkast%20til%20modellavtale2.doc>. En su art. 15.3 sólo prevé el arbitraje CIADI en la cláusula de solución de controversias inversor-Estado, con lo que en principio no hace falta ninguna referencia al CNY; pero esta necesidad aflora al plantearse una mención al RMC. Además, en el informe complementario del APPRI, *Comments on the Model for Future Investment Agreements*, disponible en [http://www.regjeringen.no/upload/NHD/Vedlegg/hoeringer/2008/Forklarende%20vedlegg%20\(engelsk\)%20-%20final.doc](http://www.regjeringen.no/upload/NHD/Vedlegg/hoeringer/2008/Forklarende%20vedlegg%20(engelsk)%20-%20final.doc), pp. 34-35, reconoce que un laudo dictado bajo el RMC no se beneficia de un reconocimiento tan eficaz como un laudo CIADI, por lo que se requiere someterlo al régimen del CNY.

las partes, los que se encarguen de fijar cuidadosamente la sede del arbitraje en Estados parte del CNY⁷⁹, sin perjuicio del deber que tienen de cuidar la adecuada mención de la misma en los casos en que sea necesario⁸⁰. Y si, por ejemplo, el Estado receptor de la inversión se niega a ello, puede que la institución administradora del procedimiento arbitral fije en todo caso esa sede en un Estado parte del CNY⁸¹.

2. Arbitraje CIADI: inexistencia del concepto de sede del arbitraje

26. En contraposición con la normativa del arbitraje comercial internacional extendida al arbitraje de inversiones, el régimen jurídico del CIADI es autosuficiente y no necesita de complementos externos, incluidos los tribunales estatales⁸². La ley aplicable al procedimiento arbitral en un arbitraje CIADI está sometida al Convenio de Washington, es decir, un tratado internacional⁸³. Por ello, frente a la lógica de DIPr. vista *supra* que regula el arbitraje comercial internacional también extendida al arbitraje de inversiones, bajo el CW nada

⁷⁹ *Romak S.A. vs. Uzbekistán*, Laudo dictado en París el 26 de noviembre de 2009, disponible en <http://www.pca-cpa.org/upload/files/ROMAK-UZBEKISTAN%20Award%2026%20November2009.pdf>, §81. Una vez que el tribunal arbitral fue nombrado conforme al Reglamento UNCITRAL el tribunal y las partes firmaron unos *Terms of Appointments* (acta de misión) en los que fijaron la sede en París y en donde efectivamente tuvo lugar la audiencia con las partes. El art. 9 del APPRI Suiza-Uzbekistán, hecho en Tashkent el 16 de abril de 1993, no contiene ninguna mención a la fijación concreta de la sede del arbitraje ni a los efectos de las reservas del CNY sobre el laudo.

⁸⁰ En el asunto *Cementownia "Nowa Huta" S.A. vs. Turquía* (ICSID Case No. ARB(AF)/06/2), Laudo de 17 de septiembre de 2009, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/CementowniaAward.pdf>, el tribunal arbitral estaba obligado a fijar la sede del arbitraje en un Estado parte del CNY tanto por la exigencia del art. 26.5.b) de la *Carta de la Energía* como del art. 19 RA-RMC. Sin embargo, en el laudo no figura ninguna mención expresa a la sede; sólo hay tres referencias a sendas audiencias celebradas en París (§§32, 49 y 86) y a que en la primera el tribunal fijó la sede del arbitraje en algún lugar del mundo. Cabe, por tanto, dudar de si la sede fue fijada en París o en Washington, D.C., al ser el CIADI la institución administradora, por más que Francia y los Estados Unidos de América son parte en el CNY. Un indicio a favor de París viene dado por un caso paralelo, *Europe Cement Investment & Trade S.A. vs. Turquía* (ICSID Case No. ARB(AF)/07/2), Laudo de 13 de agosto de 2009, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/EuropeCementAward.PDF>, en el que el tribunal arbitral fijó la sede en París (§12) aunque al final no lo dató en ninguna ciudad; a pesar de que los árbitros eran distintos, en ambos procedimientos coincidían la secretaria de los tribunales, los abogados de las partes, la celebración de todas las audiencias en París y las argumentaciones de competencia y fondo.

⁸¹ Como suele hacer la Corte de la CCI. *Vid.* E. SILVA ROMERO, "América Latina como sede de arbitrajes comerciales internacionales. La experiencia de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI", *DeCITA*, nº 2, 2004, pp. 217-230.

⁸² Salvo en materia de medidas cautelares. El art. 47 CW se completa con la Regla 39.6 de las Reglas de Arbitraje, si bien es necesario que las partes hayan pactado expresamente en el convenio arbitral que cualquiera de ellas pueda pedir una medida cautelar a un tribunal estatal.

⁸³ Del mismo modo hay que decir que la cuestión de la sede del arbitraje no sólo no tiene relevancia de cara a las cuestiones procesales sino tampoco de cara a las sustantivas. El art. 42.1 CW es una disposición que no remite nunca a la *lex situs arbitri* para la determinación de la ley aplicable al fondo, como manifestó tempranamente, entre los comentaristas del arbitraje CIADI, G. R. DELAUME, "La Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États", *JDI*, 1966, pp. 26-49, p. 48. Para ver las diferencias entre ley aplicable al fondo, ley aplicable al convenio arbitral y ley aplicable al procedimiento arbitral en el CIADI *vid.* C. McLACHLAN/L. SHORE/M. WEINIGER, *Op. cit.*, p. 60.

importa la “sede” del arbitraje⁸⁴; a pesar de alguna postura doctrinal ambigua⁸⁵ y de una a veces imprecisa jurisprudencia arbitral tanto antigua⁸⁶ como reciente⁸⁷.

A) Establecimiento del lugar del arbitraje a efectos de comodidad

27. De los arts. 62-63 CW y de la Regla 13.3 RA se desprende claramente que las partes pueden pactar⁸⁸ que el tribunal arbitral CIADI tenga su “sede”, entendida como lugar de reuniones entre el tribunal y las partes, en cualquiera de los siguientes lugares:

⁸⁴ Merece la pena detenerse en el examen de los comentarios realizados por la más significativa doctrina sobre esta cuestión. P. BERNARDINI, “Le prime esperienze arbitrali del Centro Internazionale per il Regolamento delle Controversie relative ad Investimenti”, *RDIPP*, Anno XVII, n° 1, 1981, pp. 29-40, p. 33, escribe: “nessuna influenza spiegano sul corso della procedura le norme dettate in materia dall’ordinamento giuridico dello Stato della « sede » dell’arbitrato, ivi incluse le norme imperative di tale ordinamento”. A. BROCHES, “The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”, *R. des C.*, vol. 136, 1972, pp. 331-410, p. 385, indica que “the Convention, being a treaty, constitutes the *loi de l’arbitrage* and as such excludes the applicability of any national *lex fori*, except where the Convention itself refers to it”. G. R. DELAUME, “Le Centre International pour le règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)”, *JDI*, 1982, pp. 775-843, p. 809, afirma que “dans le cadre de la Convention CIRDI et des règlements adoptés pour sa mise en oeuvre, les procédures ont un caractère autonome en ce sens qu’elles sont indépendantes de tout droit national, y compris celui du siège de l’arbitrage”. E. GAILLARD, “Quelques observations sur la rédaction des clauses d’arbitrage CIRDI”, *Revue de Droit des Pays d’Afrique*, 97^e année, n° 794, mai à septembre 1987, pp. 291-303, p. 294, asegura que “dans le système d’arbitrage CIRDI, le lieu où doit se dérouler l’instance arbitrale n’a rigoureusement aucune conséquence juridique [...] Le choix du siège de l’arbitrage n’a donc pas l’importance cruciale qu’il présente dans toutes les autres formes d’arbitrage”. P. LALIVE, “Problèmes relatifs à l’arbitrage international commercial”, *R. des C.*, vol. 120, 1967-I, pp. 569-714, pp. 658-659, define tempranamente el CW de la siguiente manera: “Cette convention tranche une série de difficultés du genre de celles qui viennent d’être évoquées, en créant un système de procédure largement autonome, soustrait à l’emprise de toute loi locale d’une façon efficace, puisque c’est un traité international qui oblige cette fois les États de s’abstenir d’imposer leur loi de procédure aux arbitrages relatifs à des questions d’investissements internationaux”. L. REED/J. PAULSSON/N. BLACKABY, *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, The Hague/London/New York, 2004, p. 8: “the ICSID Convention provides that the arbitration law of the place of arbitration, wherever it may be, has no impact whatsoever on the proceedings. The ICSID process is entirely self-contained and hence delocalized”. J. A. VIVES CHILLIDA, *Op. cit.*, pp. 38-39, escribe que “en el marco del Convenio es nula la incidencia del derecho del Estado donde tenga su sede el arbitraje del CIADI”.

⁸⁵ Cierta controversia surge de la obra de C. H. SCHREUER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *Op. cit.*, p. 1244, quienes aseguran, a pesar de entroncar con el grueso de comentaristas citados anteriormente, que “the place of arbitration under the ICSID Convention has *little* legal relevance” (cursiva nuestra). Por ello, recomiendan en p. 1245 que los procedimientos arbitrales se sigan en el territorio de Estados Contratantes del Convenio para evitar la injerencia de los tribunales estatales ex art. 26 CW.

⁸⁶ En la práctica CIADI podemos encontrar casos antiguos como el asunto *Southern Pacific Properties (SPP) Middle East Ltd. vs. Egipto*, Laudo cit., §8, en el que impropriamente se asegura que “...the seat of the arbitration would be Washington”; o el asunto *LETCO vs. Liberia* (ICSID Case No. ARB/83/2), Laudo de 31 de marzo de 1986, *ICSID Reports*, Vol. 2, 1994, pp. 346-380, p. 348, en el que el tribunal arbitral preguntó a las partes sobre su “desired *situs* for the arbitration as provided for in Article 63 of the ICSID Convention” (cursiva original).

⁸⁷ Igualmente se puede citar el más reciente asunto *Ioan Micula y otros vs. Rumania* (ICSID Case No. ARB/05/20), Decisión sobre Competencia y Admisibilidad, 24 de septiembre de 2008, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Miculav.RomaniaJurisdiction.pdf>, en el que el tribunal abierta pero impropriamente habló de *sede* del arbitraje: “It was also decided that the language of the proceedings would be English, and that the place of arbitration would be Paris, France” (§13).

⁸⁸ Puede darse el caso de que las partes fijen en el convenio arbitral la futura “sede” del procedimiento arbitral más bien como lugar de reunión entre el tribunal y las partes, como en el asunto *RSM Production Corporation vs. Granada*, Laudo cit., §12 (Londres).

- a) bien en las dependencias (oficinas) del CIADI⁸⁹ en la ciudad de Washington, D.C.⁹⁰;
- b) bien en las dependencias de la *Corte Permanente de Arbitraje* (CPA) en La Haya⁹¹;
- c) bien en las de cualquier otra institución apropiada, pública o privada, con la que el CIADI haya firmado un acuerdo a tal efecto⁹²;
- d) bien en cualquier otro lugar que el tribunal arbitral apruebe previa consulta al Secretario General⁹³, incluido el territorio del Estado parte en la controversia⁹⁴.

⁸⁹ En el asunto *Compañía de Desarrollo de Santa Elena vs. Costa Rica* (ICSID Case No. ARB/96/1), Laudo enviado a las partes el 17 de febrero de 2000, *ICSID Review – FILJ*, Vol. 15, No. 1, 2000, pp. 169-204, el tribunal arbitral no puso especial celo en determinar cuál sería la “sede” del procedimiento por cuanto resultaba irrelevante, así que lo hizo atendiendo exclusivamente criterios de comodidad práctica: “Among the procedural and other matters addressed at the First Session of the Tribunal, it was confirmed that the language of the proceedings would be English and that the place of the proceedings would be Washington, D.C., the seat of the Centre” (Laudo, §9).

⁹⁰ Es práctica habitual que cuando se inicia el procedimiento arbitral a instancias de un inversor el Secretario General del CIADI notifica la solicitud de arbitraje al Estado correspondiente a través de la Embajada de ese Estado acreditada ante el Gobierno de los Estados Unidos de América en Washington, D.C., aunque no lo digan expresamente así las Reglas 5 y 7 de las Reglas de Iniciación. Últimamente, en los TLC en los que los Estados Unidos de América son parte se incluye un Anexo al Capítulo sobre inversiones en el que se detalla la dirección a la que deben ser remitidas las notificaciones derivadas del procedimiento arbitral de inversiones; en ellas los Estados contraparte ofrecen direcciones ministeriales en sus propios Estados, obviando sus respectivas Embajadas en Washington, D.C.

⁹¹ En este caso, de nuevo, sería irrelevante tanto la normativa propia de la CPA como la de los Países Bajos. Por su parte, la propia CPA en el art. 16.1 de sus *Optional Rules* ha establecido que, a falta de acuerdo entre las partes, la sede de sus arbitrajes tendrá lugar en La Haya (con lo que el laudo arbitral sí será considerado como dictado en los Países Bajos).

⁹² Hasta la fecha el CIADI (de acuerdo con su página web) ha celebrado acuerdos con los siguientes Centros: *Australian Commercial Disputes Centre*, en Sydney (Australia); *Australian Centre for International Commercial Arbitration*, en Melbourne (Australia); *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit*, en Frankfurt am Main (Alemania); *Gulf Cooperation Council Commercial Arbitration Center* en Manama (Bahrein); los *Regional Arbitration Centres for Commercial Arbitration del Asian-African Legal Consultative Committee* en El Cairo (Egipto), Lagos (Nigeria) y Kuala Lumpur (Malasia); y *Singapore International Arbitration Centre (SIAC)*, en Singapur. *Vid.*, más detalladamente, G. R. DELAUME, “Le Centre...”, cit., pp. 809-811 y 822; y C. H. SCHREUER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *Op. cit.*, pp. 1250-1257.

⁹³ Podemos decir que en general las “sedes” más frecuentes de los arbitrajes suelen ser el propio CIADI en Washington, D.C., la sede del Banco Mundial en París (*Avenue d’Iéna*) y de la CPA en La Haya. Sin ánimo de exhaustividad, también ha habido sesiones de los tribunales arbitrales en Auckland, Bridgetown (Barbados), Bergisch-Gladbach (Alemania), Buenos Aires, Copenhague, Ferney-Voltaire (Francia), Frankfurt am Main, Ginebra, Londres, Nueva York, Oxford, Roma, Santiago de Chile, Singapur, Sydney, Viena y Zurich. Con suma lógica, para L. REED/J. PAULSSON/N. BLACKABY, *Op. cit.*, p. 31, “a shift of physical location from Washington, DC, to another venue has no legal effect on the arbitration proceedings”.

⁹⁴ Dos casos contra Ecuador han vuelto a traer a colación el problema de la sede del arbitraje CIADI cuando existe en el contrato subyacente una disposición distinta y cómo el tribunal arbitral procura argumentar a favor de celebrar las audiencias (impropiamente hablan de “sede”) fuera del territorio del Estado receptor de la inversión.

1) En el asunto *City Oriente vs. Ecuador* (ICSID Case No. ARB/06/21), Decisión sobre medidas cautelares de 19 de noviembre de 2007, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/CityOrient-ProvisionalMeasures-EN.pdf>, §§74-79, el tribunal no acertó a recalcar que la sede del arbitraje era irrelevante a los efectos de convocar a las partes a una audiencia para las medidas cautelares en Washington, D.C., y no en Quito a pesar de que así se había pactado en el contrato de participación petrolera. En su posterior Decisión de 13 de mayo de 2008, disponible en www.investmentclaims.com, con mejor criterio el tribunal arbitral recogió la invitación hecha a las partes a expresar sus argumentos sobre la fijación de la sede en una de las dos ciudades; a pesar del tenor literal del contrato, el tribunal arbitral se aferró al art. 63.b) CW que requiere elevar una consulta al Secretario General del CIADI y a la aprobación del propio tribunal para poder fijar una “sede” distinta a Washington, D.C. (§§108-120, esp. §§115-118).

2) Por su parte, en el asunto *Noble Energy Inc. y MachalaPower Cia. Ltd. vs. Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad* (ICSID Case No. ARB/05/12), Decisión sobre jurisdicción de 5 de marzo de 2008, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Noblev.EcuadorJurisdictionsp.pdf>, el tribunal resolvió la cuestión de un modo más afortunado: dado que debía resolver la controversia conforme al APPRI Estados Unidos de América-Ecuador y a dos contratos, el tribunal unió ambas controversias a su competencia y optó por hacer prevalecer la fijación de la “sede” en Washington, DC, a los efectos del APPRI y con el acuerdo de las partes principales, por más que

Y todo ello sin perjuicio de la práctica habitual de los tribunales arbitrales de datar los laudos como “dado en Washington, D.C.”, sede del CIADI, con independencia de lo que haya sucedido en el caso concreto desde el punto de vista de los arts. 62-63 CW citados y copiando lo que en su contexto exigen con propiedad otros reglamentos arbitrales y las legislaciones internas en el arbitraje comercial internacional.

28. Puesto que no hay “sede”, en un arbitraje CIADI los tres problemas que se resuelven en el arbitraje comercial internacional con la fijación de la sede se afrontan de otro modo:

Primero, la determinación de la ley aplicable al procedimiento. No es correcto en un arbitraje CIADI alegar u oponer de modo concurrente la ley interna del Estado en el que tiene lugar el procedimiento arbitral (*lex arbitri* igual a *lex fori*). En este sentido no es aplicable la norma de conflicto incluida en el art. V.1.d) CNY sobre la ley aplicable al procedimiento arbitral, sino el art. 44 CW, como veremos a continuación.

Segundo, la determinación del tribunal competente para resolver la acción de anulación del laudo. El art. 52 CW determina que ésta será resuelta por un tribunal *arbitral* distinto al que conoció del caso y que recibe el nombre de “Comisión *ad hoc*”; y no por un tribunal *estatal*, sea de la sede del arbitraje o uno elegido libremente por las partes.

Tercero, el reconocimiento del laudo arbitral CIADI no se somete a las condiciones de obtención del *exequatur* del CNY sino a unas normas especiales determinadas en los arts. 53-54 CW que permiten hablar de ausencia de *exequatur*. No obstante, es preciso recalcar que estas normas especiales sólo son aplicables en los Estados parte del CW y de cara a la ejecución de obligaciones pecuniarias (art. 54.1 CW); por lo que en los Estados parte sólo del CNY, o en caso de ejecución de obligaciones no pecuniarias, un laudo CIADI debe someterse a lo dispuesto por los arts. IV-V CNY.

B) El CW como *lex arbitri*

29. Así las cosas, la *lex arbitri* en un procedimiento bajo el CW nunca será la *lex fori* o ley de la “sede” del arbitraje, sino una norma de DIP. En concreto, la Sección 3ª del Capítulo IV del CW, que tiene carácter imperativo sin que las partes puedan derogarla en ningún caso; y, salvo acuerdo en contrario, las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje (art. 44 CW)⁹⁵.

en uno de los contratos se estableciera Quito como “sede” y en su defecto la “Corte Permanente de arbitraje del CIADI” (sic). Hecho esto (§§221-227), el tribunal hizo una pertinente matización: “En consecuencia el Tribunal considera que existen razones válidas por las cuales el arbitraje no puede tener lugar en Quito, y por lo tanto confirma la selección de Washington, D.C., como el lugar del arbitraje. Dicho esto, el Tribunal añade que a diferencia de otros tipos de arbitraje, el lugar del arbitraje en los procedimientos del CIADI, no entraña consecuencias jurídicas, ya que el sistema del CIADI es autocontenido. En especial, la selección del lugar del arbitraje no suscita la aplicación del derecho local sobre arbitraje, ni determina la jurisdicción de los tribunales locales como auxiliares y órganos de control del arbitraje. La determinación del lugar del arbitraje es un asunto de conveniencia, y a ese respecto el Tribunal observa que la representación de ambas partes incluye abogados de estudios jurídicos establecidos en Washington, D.C. Sea como fuere, el Tribunal no descarta la posibilidad de que, si corresponde, se celebren sesiones en cualquier otro lugar, incluido Quito” (§228, notas omitidas). Nótese, *ad abundantiam*, que en el otro contrato las partes habían pactado un arbitraje CIADI en los siguientes términos: “...El arbitraje según esta cláusula tendrá lugar en Washington D.C., sede del CIADI, Estados Unidos de América, Estado que es parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras...” (Cláusula 11ª.b), reproducida en §54).

⁹⁵ La misma solución se ofrece en el art. 33 CW en sede de conciliación. Ahora bien, en el §44 del *Informe de los Directores Ejecutivos* acerca del Convenio pasa desapercibida una afirmación que puede tener efectos considerables: los Directores indican que cuando se hace uso de algún acuerdo de sede arbitral firmado por el CIADI es posible que las funciones del otro Centro varíen desde la simple facilitación de local para los actos procesales (lo normal) hasta el suministro de servicios “completos” de secretaría. En este último caso, y a tenor de la imperatividad del Convenio, lo lógico sería que el Secretario General del CIADI fuera quien siguiera certificando el laudo arbitral y no el Secretario del otro Centro; so pena de no poder ejecutarse de modo efectivo, pues el art. 54.2 CW especifica que el título ejecutivo que ha de presentarse ante el tribunal competente es el laudo arbitral “debidamente certificado por el Secretario General” del CIADI. A pesar de todo, E. FERNÁNDEZ MASÍA, *Arbitraje en inversiones*

30. La explicación hay que basarla no en el DIPr. sino en el DIP, ya que a lo largo de los trabajos preparatorios del Convenio *nunca* encontramos un vínculo jurídico entre la *sede* del arbitraje CIADI y sus dos consecuencia naturales, la anulación del laudo por parte de los tribunales del Estado de la sede del arbitraje y el *exequatur* del laudo arbitral de cara a su reconocimiento y ejecución⁹⁶. El CIADI fue creado a semejanza (pero no a imagen) de un tribunal internacional de justicia sometido en su régimen procesal a un Estatuto regulado por el DIP y a un reglamento interno, en ambos casos independientes del Derecho del Estado en que se encuentra su sede. Como es sabido, ninguna relevancia tiene para los procedimientos que en ellos se ventilan la ley alemana para el *Tribunal Internacional del Derecho del Mar*, con sede en Hamburgo; la ley francesa para el *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, en Estrasburgo; la ley luxemburguesa para el *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*, en Luxemburgo; o la ley neerlandesa para la *Corte Internacional de Justicia*, en La Haya.

31. Ahora bien, si durante la sustanciación del fondo del asunto es posible que las partes tengan claro que no han de acudir a la normativa del Estado de la “sede” del arbitraje, puede que no lo tengan tan claro cuando se encuentren ante incidentes procesales particulares, como las medidas cautelares (art. 47 CW). En la práctica del CIADI se puede encontrar un caso en el que el tribunal arbitral hubo de valorar la concurrencia normativa del CW y de la ley de la sede del arbitraje. En el asunto *TANESCO vs. IPTL*⁹⁷ con buen criterio se despachó una solicitud de medidas cautelares, cuya audiencia tenía lugar en Londres, sin necesidad de atender a las Secciones 38 y 39 de la *Arbitration Act* inglesa de 1996 ni valorar su aplicabilidad al supuesto⁹⁸:

“We conclude that we have jurisdiction to make the recommendations sought, provided that they satisfy the requirements of Rule 39, which is all the power the Tribunal would have even if section 39 of the English Arbitration Act applied (as to which it is unnecessary for us to reach or express any conclusion)”.

extranjerías: el procedimiento arbitral en el CIADI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 41, opina que las partes pueden pactar otras reglas procesales no del CIADI –mientras que el Convenio en sí no es disponible–. En la práctica arbitral, en el asunto *Cargill, Inc. vs. Polonia* (ICSID Case No. ARB (AF)/04/2), administrado por el CIADI en el marco del RMC, mediante Orden de 4 de abril de 2005 el tribunal arbitral aceptó el acuerdo de las partes de proseguir el procedimiento arbitral conforme al Reglamento UNCITRAL pero con la misma administración por el CIADI; en realidad no era un caso CIADI puro, por lo que no hubo especiales dificultades para aceptar el cambio de reglamento.

⁹⁶ En el análisis de los trabajos preparatorios hemos tratado de encontrar el significado de “sede” del arbitraje que los delegados tenían en mente. No le hemos encontrado un significado jurídico de DIPr. sino de DIP. En su interpretación de los mismos, C. H. SCHREUER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *Op. cit.*, p. 1247, consideran que no hubo dudas de que la sede de los arbitrajes debía tener lugar siempre en la sede del CIADI, lo que escora el arbitraje CIADI hacia el concepto de tribunal permanente. Sin embargo, no es menos cierto que muchos Estados mostraron sus reticencias a que la sede del CIADI estuviera en la del Banco Mundial (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. History of the Convention*, Vol. II, Washington, D.C., 1968, Vol. II, pp. 104, 353-354, 437, 678-679); para evitarlo llegaron a proponer de todo, como la creación de subseces regionales del CIADI (p. 680), o una especie de fusión con la CPA de La Haya (p. 119), de ahí la referencia expresa a la CPA efectuada en el art. 63.a) CW, siempre “huyendo” de la vinculación tan estrecha entre el CIADI y el Banco Mundial. *Nunca* hubo debate alguno conforme al DIPr. sobre si convenía el uso de una sede sita en un Estado parte en los Convenios de arbitraje de la época (Ginebra 1923 y 1927, el incipiente CNY de 1958) (p. 940 *a contrario*); la única referencia es la propuesta del representante de Venezuela de que el futuro art. 49.1 CW dijera que el laudo arbitral debía ser dictado en el lugar en que el tribunal arbitral se reunió habitualmente (p. 333). No hay duda de que en los representantes yacía el conocimiento de la práctica de la CIJ y de la naturaleza jurídica de sus decisiones como sentencias internacionales en el marco del DIP y al margen del DIPr.

⁹⁷ (ICSID Case No. ARB 98/8), Decisión de 20 de diciembre de 1999, disponible en http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC579_En&caseId=C174, p. 5, § 11.

⁹⁸ De la misma manera, y aunque el tribunal arbitral no lo tuvo en cuenta expresamente, la §3.2 de la *Arbitration (International Investment Disputes) Act* 1966, dictada en Reino Unido el 13 de diciembre de 1966 para la transposición del CW, excluye la aplicación de la ley interna de arbitraje a los arbitrajes CIADI (disponible en http://www.opsi.gov.uk/RevisedStatutes/Acts/ukpga/1966/cukpga_19660041_en_1). No obstante, la §3.1 de la misma *Act* faculta al *Lord Chancellor* inglés a extender por Orden la aplicación de las Secciones 36 y 38-44 de la *English Arbitration Act* a los arbitrajes CIADI, sin especificar si deben tener su “sede” en el Reino Unido en general o en alguno de los cuatro territorios en particular (Escocia, Gales, Inglaterra o Irlanda del Norte).

C) Un arbitraje CIADI con “sede” en un Estado parte del CNY

32. Desde el punto de vista de nuestro estudio, ya adelantamos que algunos APPRIs y TLCs exigen que la sede de todo procedimiento arbitral tenga su sede en un Estado parte del CNY⁹⁹. En un principio la extensión de esta norma al arbitraje CIADI carece de sentido, de acuerdo con el art. 44 CW¹⁰⁰. Sin embargo, cabe que se plantee en dos ocasiones: por un lado, cuando se busca, o se pretenderá buscar, el reconocimiento y ejecución del laudo CIADI en un Estado parte del CNY pero no parte del CW; y, por otro lado, cuando se trate de ejecutar las obligaciones no pecuniarias contenidas en el laudo. Salvadas estas dos excepciones, en situaciones normales si el Estado en el que se pretende dicha ejecución es parte en ambos tratados ha de regir el principio *favor executionis* recogido en el art. VII.1 CNY, dejando paso al CW pues contiene unas normas más favorables al reconocimiento del laudo arbitral que las del CNY.

33. Dejaremos al margen la cuestión de las obligaciones no pecuniarias, las menos en la práctica pues casi todos los laudos contienen partes dispositivas de condena pecuniaria, sea de pago de una indemnización por el Estado al inversor, sea de pago de las costas a cualquiera de ellas¹⁰¹. Retomando la cuestión de la reserva de reciprocidad, hay que tener en cuenta que, a pesar del número idéntico de Estados parte en ambos tratados, 144, hay 27 Estados parte en el CNY que no son parte en el CW¹⁰². En esos casos el laudo arbitral CIADI deberá necesariamente someterse al régimen de reconocimiento y ejecución previsto en los arts. IV-V CNY, salvo que el Estado en que se inste la ejecución sea parte en un tratado más favorable a la ejecución o que su normativa interna contenga disposiciones menos onerosas al efecto (de nuevo art. VII.1 CNY). Se da la circunstancia de que los tribunales de algunos de esos Estados parte en el CNY pero no parte en el CW pueden oponer al reconocimiento del laudo la reserva de reciprocidad¹⁰³; por lo que si un inversor prevé, por las razones que sean, que el laudo arbitral va a ejecutarse finalmente en ese Estado parte del CNY que no es parte del CW y que ha ejercido la reserva de reciprocidad, debe procurar que la sede del arbitraje CIADI sea fijada en un Estado parte del CNY. Ya mencionamos *supra* que la manera más simple es la de que el tribunal arbitral mencione que dicta el laudo en Washington, D.C.¹⁰⁴

III. La reserva comercial y la arbitrabilidad de las controversias de inversiones

1. Planteamiento del problema

34. Junto a los efectos vistos de la “reserva de reciprocidad”, a continuación vamos a ver el efecto sobre el laudo arbitral de inversiones de la llamada “reserva comercial” incluida también en el art. I.3 CNY y desarrollada en una nota a la Ley-Modelo de UNCITRAL¹⁰⁵. Por esta reserva un Estado parte del

⁹⁹ En los casos C) y D) del Apartado II.1 *supra*.

¹⁰⁰ *Vid. supra* Apartado II.1.B).

¹⁰¹ Un problema distinto al aquí tratado es el caso de los Estados parte en el CW que no son parte en el CNY para cuando sus autoridades competentes ex art. 54.2 CW tengan que conocer de la ejecución de obligaciones no pecuniarias previstas en un laudo CIADI. Al no ser parte en el CNY, no habrá más remedio que someter la cuestión a la legislación autónoma de dicho Estado. Los 27 Estados que se encuentran en esa situación son Burundi, Chad, Comores, Congo, R. D. del Congo, Fiyi, Gambia, Granada, Guyana, Kosovo, Malawi, Micronesia, Papúa-Nueva Guinea, Islas Salomón, Samoa, San Cristóbal y Nieves, Santa Lucía, Seychelles, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Swazilandia, Timor Oriental, Togo, Tonga, Turkmenistán y Yemen.

¹⁰² Antigua y Barbuda, Bolivia, Brasil, Canadá, Islas Cook, Cuba, Dominica, República Dominicana, Ecuador, India, Irán, Kirguistán, Laos, Islas Marshall, México, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Polonia, Qatar, Rusia, San Marino, Santa Sede, Sudáfrica, Tailandia, Vietnam y Yibuti.

¹⁰³ De los mencionados en la nota anterior, los de Antigua y Barbuda, Cuba, Ecuador, India, Irán, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Polonia, Santa Sede y Vietnam.

¹⁰⁴ *Vid. supra* Apartado II.1.C).

¹⁰⁵ Con origen directo en la disposición 1ª.II del *Protocolo de Ginebra sobre cláusulas de arbitraje*, hecho en Ginebra el 24 de septiembre de 1923 (*Gaceta de Madrid*, 8 de mayo de 1926): “Todo Estado contratante se reserva el derecho de limitar la obligación arriba citada [reconocer la validez del convenio arbitral] a los contratos que se

CNY puede declarar que sólo aplicará el Convenio a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su derecho interno; o, lo que es lo mismo, podrá denegar el *exequatur* de aquellos laudos arbitrales cuyo objeto de litigio no haya tenido una dimensión comercial conforme a la definición de la ley interna del Estado en que se insta la ejecución. Hay que tener en cuenta que el art. I.3 CNY está redactado de tal modo que permite la inclusión de la reserva comercial sobre laudos que tengan su origen en una relación contractual o no contractual¹⁰⁶, y en este último caso se incardinan principalmente los arbitrajes con base en un APPRI, TMI o legislación nacional en los que no es necesario que haya ninguna relación contractual entre el inversor y el Estado¹⁰⁷. Por lo tanto, en el caso de que el inversor decidiera la ejecución forzosa de su laudo arbitral en un tercer Estado distinto al de la inversión por haber allí localizado bienes fácilmente embargables (y sin perjuicio de la eventual inmunidad de ejecución que los proteja), el inversor se puede topar sin esperarlo con que el tribunal estatal competente para otorgar el *exequatur* previo se lo deniegue en virtud de la llamada reserva comercial. O, incluso, que dentro del mismo Estado haya de seleccionar cuidadosamente el tribunal ante el que interpone la solicitud de ejecución por si no en todas sus subdivisiones políticas con competencias en materia de justicia rige esta reserva¹⁰⁸.

35. Esta reserva lleva a examinar qué definición de comercialidad aparece en la ley de arbitraje de cada Estado¹⁰⁹. En primer lugar, podemos encontrar una definición pintoresca en la §1 de la *Federal Arbitration Act* estadounidense (1925), evidentemente alejada de la práctica actual:¹¹⁰

““commerce”, as herein defined, means commerce among the several States or with foreign nations, or in any Territory of the United States or in the District of Columbia, or between any such Territory and another, or between any such Territory and any State or foreign nation, or between the District of Columbia and any State or Territory or foreign nation, but nothing herein contained shall apply to contracts of employment of seamen, railroad employees, or any other class of workers engaged in foreign or interstate commerce”.

Junto a ésta podemos señalar que el art. 1 de la Convención de Panamá de 1975 establece, no ya en sede de posibilidad de reserva sino en la misma determinación del ámbito de aplicación material de la Convención, que:

consideren comerciales por su derecho nacional”. De acuerdo con la página web de UNCITRAL, cit., está vigente en la actualidad para 45 Estados, a saber, Afganistán, Antigua y Barbuda, Argelia, Argentina, Armenia, Bahrein, Barbados, Bosnia-Herzegovina, Botswana, Canadá (salvo la provincia de Québec), República Centroafricana, China, Chipre, República de Corea, Croacia, Cuba, Dinamarca, Ecuador, Estados Unidos de América, Filipinas, Grecia, Guatemala, Hungría, India, Indonesia, Irán, Jamaica, A. R. Y. de Macedonia, Madagascar, Malasia, Mónaco, Mongolia, Montenegro, Nepal, Nigeria, Polonia, Rumania, San Vicente y las Granadinas, Santa Sede, Serbia, Trinidad y Tobago, Tunicia, Turquía, Venezuela y Vietnam; España formuló una reserva al Protocolo de 1923 pero no al CNY.

¹⁰⁶ Versión de 9 de junio de 1958 de los trabajos preparatorios del CNY.

¹⁰⁷ C. H. SCHREUER/L. MALINTOPPI/A. REINISCH/A. SINCLAIR, *Op. cit.*, p. 1122, consideran que en el caso de los arbitrajes bajo el RMC no existe conflicto con la citada reserva comercial puesto que la definición de inversión recogida en los arts. 2.b) y 4.3 RMC no se opone a la reserva. El argumento es claramente incompleto, puesto que los autores está pensando en aquellos casos en los que la controversia no surja directamente de una operación de inversión pero que se distinga de una transacción comercial ordinaria (art. 2.b)). Sin embargo, nada dicen de los casos más habituales por los que se aplica el RMC: cuando hay una operación de inversión pero el Estado nacional del inversor o el Estado receptor no son contratantes del CW (art. 2.a)).

¹⁰⁸ Todas las provincias de Canadá salvo Québec aplican la reserva comercial.

¹⁰⁹ D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Arbitraje comercial internacional”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Curso de contratación internacional*, Colex, Madrid, 2ª ed., 2006, pp. 45-46, aboga por un concepto amplio de “comercialidad” mas con una precisión importante: se trataría de un concepto propio del arbitraje privado en el que ninguna de las partes actúa en ejercicio de poder de imperio.

¹¹⁰ Por su parte, la §202 de la *FAA*, redactada en 1970 para la transposición del CNY en los Estados Unidos de América, impone que, para el reconocimiento tanto del convenio arbitral como de un laudo con arreglo al CNY, la relación legal de la que surja la controversia debe tener una dimensión *comercial*, sea contractual o no; mientras que la §302 de la *FAA* la incorpora por referencia al régimen del Convenio de Panamá. Recordemos que los Estados Unidos de América sí han ejercido la reserva comercial del art. I.3 CNY.

“Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil”.

36. La pregunta surge sola: ¿Un arbitraje de inversión responde a dicha exigencia *comercial* o no? Es sabido que las inversiones exteriores responden a un concepto muy amplio en que se han ido admitiendo las controversias derivadas de la aplicación de los APPRI y TLCs, en los que se incluyen definiciones amplias de inversión, y que pueden surgir en un plano estrictamente vertical sin que medie la existencia de un contrato entre el inversor y el Estado, por lo que no cabe pensar en los estrictos términos de los Estados del *Civil Law* que distinguen entre materia civil y materia mercantil y que fueron el origen de la inclusión de esta reserva comercial al CNY. Además, la práctica arbitral con la jurisprudencia CIADI a la cabeza ha contribuido a la ampliación progresiva de lo que se entiende por inversión extranjera (art. 25.1 CW)¹¹¹.

37. Para profundizar en el alcance del problema hemos de tener presente que, junto a la cuestión del carácter comercial de la operación de inversión, está su arbitrabilidad, pues una controversia puede ser arbitrable pero sin que se la pueda considerar como comercial¹¹². Pongamos dos ejemplos de especial trascendencia:

Por un lado, hemos de tener presente que ya se ha admitido sin dudarle la arbitrabilidad de las materias tributarias¹¹³ incluso expresamente en los APPRI y TLCs¹¹⁴, que ha dado como resultado la condena al pago de devoluciones tributarias debidas por Estados soberanos a inversores extranjeros¹¹⁵. Aquí no es posible hablar de relación comercial, al menos en la relación inversor-Estado, aunque queda por ver qué tipo de actividad económica realizó el inversor que fue considerada como el hecho imponible del impuesto correspondiente. Pero, en todo caso, sí es arbitrable.

Por otro lado, en un APPRI típico bajo la rúbrica “compensación por pérdidas” se recoge el derecho del inversor extranjero a ser compensado, restituido o indemnizado cuando sus inversiones en el territorio del Estado receptor sufran pérdidas debidas a guerra u otro conflicto armado, revolución,

¹¹¹ Aunque se trata de un debate jurídico lejos de estar resuelto. *Vid.* C. F. DUGAN/D. WALLACE, JR./N. D. RUBINS/B. SABAHI, *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 247-289.

¹¹² El art. 2.1 LA habla de la arbitrabilidad de las materias de libre disposición conforme a derecho, que no tienen por qué ser todas comerciales. Sobre la arbitrabilidad de las inversiones exteriores, *vid.* I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La protección de las inversiones exteriores*, cit., pp. 263-268.

¹¹³ B. HANOTIAU, “L’arbitrabilité”, *R. des C.*, vol. 296, 2002, pp. 25-254, 171-180.

¹¹⁴ A veces un APPRI reconoce expresamente, con ciertas reservas, que una disputa tributaria puede ser vista como un incumplimiento del APPRI y, por tanto, legítima al inversor a iniciar un arbitraje; en concreto, el art. XII.3 del APPRI Canadá-Ecuador establece lo siguiente: “Subject to paragraph (2), a claim by an investor that a tax measure of a Contracting Party is in breach of an agreement between the central government authorities of a Contracting Party and the investor concerning an investment shall be considered a claim for breach of this Agreement unless the taxation authorities of the Contracting Parties no later than six months after being notified of the claim by the investor, jointly determine that the measure does not contravene such agreement”. Asimismo, respecto a la expropiación, el art. XII.4 establece que el “Article VIII may be applied to a taxation measure unless the taxation authorities of the Contracting Parties, no later than six months after being notified by an investor that he disputes a taxation measure, jointly determine that the measure is not an expropriation”. Por tanto, según el art. XII.5 pasados los seis meses citados sin que hayan llegado a un acuerdo, el inversor podrá iniciar los trámites del arbitraje; de hecho, el arbitraje será rechazado si no se ha cumplido con lo dispuesto (art. XIII.3.c)). Esta disposición se encuentra igualmente en numerosos APPRI canadienses citados en este trabajo.

¹¹⁵ A nuestro entender, sin duda por causa de estos arbitrajes en el vecino Ecuador, aparece en el art. 11.3 del APPRI España-Colombia la exclusión expresa de su ámbito de aplicación material de las cuestiones tributarias. No obstante, en ese caso concreto tamaño eliminación nos parece una extensión ilimitada y anormal de la tradicional exclusión del ámbito de aplicación de la cláusula de la nación más favorecida de los acuerdos para evitar la doble imposición internacional (que en el art. 3.3 *in fine* de dicho APPRI son clamorosamente omitidos). *Vid.* en general F. J. PASCUAL VIVES, “El Acuerdo sobre la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones celebrado por España y Colombia: la consolidación de una nueva generación de acuerdos en la política convencional española de promoción y protección recíproca de las inversiones”, *REDI*, Vol. LIX (2007-2), pp. 834-838, pp. 836-837.

estado de emergencia nacional, insurrección, disturbio o cualquier otro acontecimiento similar, bajo los principios de trato nacional y de la nación más favorecida. Cualquiera de estas acciones u omisiones por parte del Estado son indudablemente acciones verticales o *iure imperii* que escapan tanto al concepto tradicional de comercialidad como a los ámbitos de aplicación material de los instrumentos típicos del DIPr. Así, en su sentencia de 15 de febrero de 2007, *Eirini Lechouritou y otros vs. Alemania*¹¹⁶, el TJUE ha dejado muy claro que una acción judicial ejercitada por personas físicas en un Estado contratante del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968¹¹⁷ (Grecia) frente a otro Estado contratante (Alemania), mediante la cual se pretende obtener reparación de los daños sufridos por los derechohabientes de las víctimas de la actuación de fuerzas armadas en el marco de operaciones bélicas en el territorio del primer Estado, no está comprendida en el concepto de materia civil y mercantil del art. 1.1 CB. Pero hay que tener en cuenta que no hay una correspondencia absoluta entre el ámbito de aplicación material de los instrumentos de DIPr. comunitario y la arbitrabilidad objetiva de estas materias.

38. No nos consta, por el momento, que ningún tribunal estatal haya denegado el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros de inversión por la concurrencia de la citada reserva comercial¹¹⁸, al menos desde la perspectiva de los arbitrajes basados en APPRIs¹¹⁹. Quizá se deba a que alguna de las principales sedes del arbitraje internacional radica en Estados que “estratégicamente” (a efectos de la captación de arbitrajes) no han hecho uso de la reserva¹²⁰. O bien porque han abrazado las interpretaciones doctrinales que abogan por considerar esta reserva “comercial” en sentido “económico” y, por lo tanto, más amplio que la estricta división en el *Civil Law* entre Derecho Civil/Mercantil vs. Derecho Administrativo¹²¹, bien conocida en los instrumentos comunitarios de DIPr. al uso.

39. Lo que sí consta plenamente, en sede de anulación, es que una controversia bajo el Capítulo XI del TLCAN cabe en la definición de “comercial” recogida en una ley de arbitraje redactada conforme a la Ley-Modelo de UNCITRAL. En el asunto *Metalclad Corporation vs. México*, la *Supreme Court* de la provincia canadiense de Columbia Británica en Vancúver¹²² estipuló, al determinar la aplicabilidad al

¹¹⁶ Asunto C-292/05, *EUR – Lex* 62005J0292.

¹¹⁷ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y su Protocolo anejo, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (Versión codificada en *DOCE* n° C 27, de 26 de enero de 1998). Interpretación extensible al Reglamento (CE) 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOCE* n° L 012, de 16 de enero de 2001; corr. de errores, *DOCE* n° L 307, de 24 de noviembre).

¹¹⁸ Los escasísimos casos en los que un tribunal estatal ha aplicado la reserva de reciprocidad distan mucho de parecerse a una controversia vertical. *Vid.* A. J. VAN DEN BERG, “New York Convention...”, cit., pp. 27-28.

¹¹⁹ Como excepción téngase muy en cuenta lo sucedido en Argentina en el asunto *Milantic Trans vs. Ministerio de Producción de la Provincia de Buenos Aires & Astillero Río Santiago*, sentencia de la Corte de Apelaciones de lo Contencioso-Administrativo de la Provincia de Buenos Aires, de 30 de agosto de 2007, comentada y criticada duramente por C. CONEJERO ROOS, “The New York Convention in Latin America: Lessons from Recent Court Decisions”, *The Arbitration Review of the Americas*, 2009 (disponible en <http://www.globalarbitrationreview.com/handbooks/13/sections/50/chapters/499/the-new-york-convention-latin-america-lessons-recent-court-decisions>). A causa del incumplimiento de un contrato de construcción de un buque la demandante obtuvo a su favor un laudo pecuniario dictado en Londres; al instar su ejecución en Argentina, en apelación la Corte negó el *exequatur* del laudo otorgado en instancia y determinó que como el astillero era propiedad de la Provincia de Buenos Aires el contrato no tenía una dimensión comercial de acuerdo con el Derecho argentino, sino administrativa por haber actuado revestida de funciones públicas. Argentina ha ejercido la reserva comercial al CNY.

¹²⁰ C. F. DUGAN/D. WALLACE, JR./N. D. RUBINS/B. SABAHI, *Op. cit.*, p. 640, atribuyen esta circunstancia a la fijación de la sede de los arbitrajes de inversiones en Estados con legislaciones arbitrales que cuentan con definiciones amplias de arbitrabilidad (como Canadá o Suecia); si bien nuestro punto de vista es el de la ejecución del laudo en un Estado distinto al de la sede.

¹²¹ Por todos, G. SACERDOTI, “Investment Arbitration Under ICSID and UNCITRAL Rules: Prerequisites, Applicable Law, Review of Awards”, *ICSID Review – FILJ*, Vol. 19, No. 1, Spring 2004, pp. 1-48, p. 12.

¹²² (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), Sentencia de 2 de mayo de 2001, (2001 BCSC 664), disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Metaclad-BCSCReview.pdf>, §§39-49. Para ello se basó en jurisprudencia local en materia de arbitraje comercial y en la interpretación laxa que el informe anexo a la Ley-Modelo de UNCITRAL

supuesto de anulación del laudo contra México de la *International Commercial Arbitration Act* local, que la disputa entre el inversor estadounidense y México al respecto de la instalación de un vertedero de residuos era una controversia “comercial”, pues la §1.6.p) *ICAA* expresamente recogía como ejemplo las inversiones; todo ello a pesar de la interesante alegación de México sobre la estricta verticalidad de la relación jurídica subyacente¹²³.

2. Soluciones aportadas

40. Veamos, a continuación, cómo los Estados han tratado de solventar los efectos de la reserva comercial sobre los arbitrajes de inversiones.

A) Inclusión de una cláusula en un APPRI

41. En primer lugar, es posible incluir una declaración por la cual los Estados consideran que una controversia de inversión cumple con el criterio comercial del art. I.3 CNY. Esto se efectúa, como en el caso de la reserva de reciprocidad, mediante la inclusión de una referencia en un APPRI o TLC. Frente a las divergencias vistas en la redacción de las disposiciones conducentes a eliminar los efectos de la “reserva de reciprocidad”, con cuatro posibles soluciones, en este caso hay una relativamente mayor homogeneidad en la práctica convencional comparada. El punto de partida es, de nuevo, el TLCAN, esta vez en su art. 1136.7:¹²⁴

“Para los efectos del Artículo I de la Convención de Nueva York y del Artículo I de la Convención Interamericana, se considerará que la reclamación que se somete a arbitraje conforme a esta sección, surge de una relación u operación comercial”.

Desde un punto de vista sistemático, como el precepto se refiere a los arbitrajes surgidos de esa Sección B del Capítulo XI del TLCAN, van incluidos asimismo los arbitrajes CIADI, por lo que ayuda a la ejecución del laudo CIADI en un Estado parte del CNY no parte del CW aunque es innecesaria para los casos de ejecución en un Estado parte del CW.

42. Empero, en la práctica convencional de los Estados parte en el TLCAN hay fuertes e inexplicables discrepancias, ya no derivadas de la redacción particular de cada cláusula sino de su misma inclusión u omisión en el APPRI o TLC. En la práctica estadounidense no se ve la misma preocupación que sí se aprecia en cuanto a la reserva de reciprocidad, por lo que apenas se menciona en los textos consultados¹²⁵. En la canadiense suele aparecer en la misma disposición que la cláusula de eliminación de

propugna sobre la definición de “comercial”.

¹²³ Hay que matizar que México en su argumentación trataba de que la *Supreme Court* aplicara la *Commercial Arbitration Act* que permite la revisión del fondo del asunto, cuestión que la *ICAA* rechaza de plano en la línea de la Ley-Modelo de UNCITRAL.

¹²⁴ J. J. VAN HAERSOLTE-VAN HOF/A. K. HOFFMANN, “The Relationship Between International Tribunals and Domestic Courts”, en P. MUCHLINSKI/F. ORTINO/C. SCHREUER (Eds.): *Op. cit.*, pp. 962-1007, pp. 1001-1002. En los trabajos preparatorios del TLCAN aparece por primera vez en el Documento n° 9, cit., como proyecto de art. XX07.6 *in fine* y se mantuvo con esa redacción hasta el texto vigente. Es de notar que en el Documento n° 28, de 4 de septiembre de 1992 (disponible en <http://www.naftaclaims.com/Papers/28-September041992.pdf>), se incluyó la nota al pie n° 16 al entonces proyecto de art. 1135.8 por la que se indicó que, en vez de incluir esta disposición, tanto Canadá como los Estados Unidos de América retiraran la reserva comercial al CNY. Fuera de los Estados parte del TLCAN, también en el art. 10.40.7 del TLC Chile-República de Corea; art. 9.26.10 del TLC Chile-Colombia; art. 10.25.10 del TLC Chile-Perú.

¹²⁵ De todos los APPRIs citados en este trabajo, solamente dos recogen esta previsión: el APPRI con Ruanda (art. 34.10) y el APPRI con Uruguay (art. 34.10): “A claim that is submitted to arbitration under this Section shall be considered to arise out of a commercial relationship or transaction for purposes of Article I of the New York Convention and Article I of the Inter-American Convention” (en este último caso para aquellos Tratados celebrados con Estados latinoamericanos). No obstante, se ha recogido con absoluta unanimidad en los capítulos de

los efectos de la reserva de reciprocidad¹²⁶, esquema al que responde asimismo el art. 26.5.b) del *Tratado sobre la Carta de la Energía*¹²⁷. Y en la mexicana podemos encontrar de todo: aparece a veces junto a la cláusula de reserva de reciprocidad como en la práctica canadiense¹²⁸; a veces aparece de modo separado tal y como sucede en el TLCAN (arts. 1130 y 1136.7)¹²⁹; a veces aparece por sí sola cuando aquélla no existe¹³⁰; a veces no aparece cuando sí hay una cláusula referida a la reserva de reciprocidad¹³¹; y en una ocasión no aparece porque tampoco figura referencia alguna a la reserva de reciprocidad¹³².

Fuera de los márgenes del TLCAN la ausencia de esta disposición es clamorosa, como sucede con la reserva de reciprocidad. Para España la primera y única referencia al respecto figura en el art. XVII.5 del APPRI con México:

“Para los efectos del Artículo I de la Convención de Nueva York, se considerará que la reclamación que se somete a arbitraje conforme a esta Sección surge de una relación u operación comercial”.

43. Procede aclarar que los efectos de estas disposiciones quedan circunscritos en exclusiva a los Estados parte en el APPRI correspondiente. Esto significa que, en caso de que se trate de ejecutar el laudo en un tercer Estado parte en el CNY con reserva comercial pero no parte en el APPRI, dicho acuerdo interestatal de consideración de la controversia como “comercial” no es vinculante para los tribunales estatales de ese tercer Estado, dado el principio *res inter alios acta* recogido en el art. 34 CVDT para los tratados internacionales (*pacta tertiis nec nocent nec prosunt*). Los tribunales del Estado requerido, por tanto, tendrán que aplicar su derecho interno para dirimir si se trata o no de una controversia de carácter comercial (art. I.3 CNY).

Por un lado, es realmente difícil hacer una integración de los APPRIs que carezcan de este tipo de disposiciones con la alegación de la existencia de una costumbre internacional, práctica generalmente aceptada como derecho, que considere que los arbitrajes de inversiones son comerciales a todos los efectos, incluidos los previstos en el art. I.3 CNY, ya que el número de Estados interesados no es suficientemente representativo. Es decir, el Estado tiene que aplicar su derecho interno, incluido en éste las normas de DIP general existentes; si no hay una costumbre internacional que establezca que estos arbi-

inversiones de los TLCs: DR-CAFTA (art. 10.26.10); Chile (art. 10.25.10); Colombia (art. 10.26.10); República de Corea (art. 11.26.11); Marruecos (art. 10.25.10); Omán (art. 10.25.10); Panamá (art. 10.26.10); Perú (art. 10.26.10) y Singapur (art. 15.25.10). Es llamativo, por tanto, que el Protocolo de enmienda del APPRI con Panamá no incluya una referencia al respecto cuando dicho Protocolo se hizo expresamente para incluir una disposición en el art. VII.3.e) para salvar los efectos de la reserva de reciprocidad.

¹²⁶ “...y se considerará que todas las reclamaciones sometidas a arbitraje resultan de una relación comercial o transacción a efectos del Artículo I de dicha Convención [CNY]”. Así, coinciden los APPRIs celebrados con Armenia (art. XIII.6.b)); Barbados (art. XIII.6.b)); Costa Rica (art. XII.6.b)); Croacia (art. XII.6.b)); Ecuador (art. XIII.6.b)); Egipto (art. XIII.6.b)); El Salvador (art. XII); Filipinas (art. XIII.6.b)); Letonia (art. XIII.6.b)); Líbano (art. XIII.6.b)); Panamá (art. XIII.6.b)); Rumania (art. XIII.6.b)); Sudáfrica (art. XIII.6.b)); Tailandia (art. XIII.6.b)); Trinidad y Tobago (art. XIII.6.b)); Ucrania (art. XIII.6.b)); Uruguay (art. XII.6.b)); y Venezuela (art. XII.6.b)). Las excepciones son los APPRIs con Jordania y Perú, en donde aparece de manera autónoma en sus respectivos arts. 45.7 (por influencia, a su vez, del art. 45.7 del vigente APPRI Modelo de Canadá); así como en los TLC con Chile (art. G-37.7) y Perú (art. 842.7).

¹²⁷ También el art. D.18 del nonato AMI.

¹²⁸ APPRIs con Alemania (art. 16); Australia (art. 16); Austria (art. 15); Bélgica y Luxemburgo (art. 15); República Checa (art. 14); República de Corea (art. 12); Finlandia (art. 14); Grecia (art. 14); Islandia (art. 14); Portugal (art. 13); Reino Unido (art. 15); Suecia (art. 10); Trinidad y Tobago (art. 17); y Uruguay (art. 8.6 del Apéndice al Tratado).

¹²⁹ TLCs con Bolivia (art. 15-36.7); Chile (art. 9-37.7); Colombia (Regla 13.2 del Anexo al art. 17.16); Costa Rica (art. 13-37.7); El Salvador, Guatemala y Honduras (art. 14-39.7); Nicaragua (art. 16-37.7); y Uruguay (art. 13-36.7).

¹³⁰ APPRIs con Argentina, hecho en Buenos Aires el 13 de noviembre de 1996 (art. 10.7); Cuba, hecho en Ciudad de México el 30 de mayo de 2001 (art. 9.5 del Apéndice); España (art. XVII.5); Países Bajos, hecho en Ciudad de México el 13 de mayo de 1998 (art. 10.6 del Apéndice); y Suiza, hecho en Ciudad de México el 10 de julio de 1995 (art. 9.5 del Apéndice).

¹³¹ Caso del TLC con Japón. Lo mismo sucede en el TLC Chile-Australia y en el TLC entre Australia, Nueva Zelanda y los 10 Estados de ASEAN.

¹³² APPRI con Francia.

trajes son comerciales ese Estado no está vinculado por las declaraciones de otros Estados en APPRI en los que aquél no es parte.

Sin embargo, si un laudo arbitral procede de una controversia derivada del APPRI X-Y y este APPRI no contiene una declaración para salvar los efectos de la reserva comercial, no debería ser oponible dicha reserva (por ejemplo, efectuada por el Estado Y) si se intenta la ejecución forzosa del laudo precisamente en el Estado Y y sí aparece una declaración al respecto en el APPRI Z-Y. En caso contrario, en ese supuesto el Estado Y mantendría una posición contradictoria en dos tratados. Se trataría, por tanto, de aplicar a la ejecución del laudo derivado del APPRI X-Y una disposición del APPRI Z-Y para que el reconocimiento del laudo en el Estado Y no fuera impedido por la reserva comercial ejercitada por el Estado Y.

B) Inclusión de una cláusula en la legislación interna de arbitraje

44. Por su parte, es posible que un Estado incluya en su ley de arbitraje la consideración como “comerciales” de las disputas sobre inversiones¹³³, como es el caso del art. 2.g) de la Ley chilena de arbitraje¹³⁴:

“La expresión “comercial” debe interpretarse en un sentido amplio para que abarque todas las cuestiones que se plantean en las relaciones de esta índole, contractuales o no. Se comprenden dentro de éstas, por ejemplo, cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra, construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera”.

45. También es posible que un Estado elabore una normativa interna completa para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros que sea exactamente idéntica al CNY (y a la Ley-Modelo de UNCITRAL) salvo por la ausencia de la reserva comercial. Tal es el caso de la Ley peruana de arbitraje¹³⁵, que en su art. 75 prevé las causales de denegación del reconocimiento del laudo conforme a los criterios del *droit commun de l'arbitrage* (§2, causales controladas a instancia de parte; §3, causales controladas de oficio); y de manera reiterada la Ley reconoce el principio del *favor executionis*, por el cual dicho artículo será de aplicación a falta de tratado o, aun cuando exista éste, si las normas contenidas en el mismo son, en todo o en parte, más favorables a la parte que pida el reconocimiento del laudo (arts. 75.1 y 78.1, en este caso con referencia expresa al art. VII.1 CNY)¹³⁶.

C) Interpretación del art. V.2.a) CNY

46. Finalmente, la reserva comercial debería ser leída en coordinación con el art. V.2.a) CNY y concordantes¹³⁷, que permite denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo si la autoridad competente del Estado en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba que, según la ley de ese Estado, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje¹³⁸.

¹³³ Sin llegar a ese extremo, el art. XII.6.c) del APPRI Canadá-Líbano prevé que, hasta que Líbano se convirtiese en Estado parte del CNY, aquel arbitraje iniciado por un inversor canadiense en Líbano sería considerado como “arbitraje internacional” a los efectos de la 2ª Parte del Decreto-Ley 83/90, de 16 de septiembre de 1983.

¹³⁴ Muy similar a la que la Ley-Modelo de UNCITRAL propone en la nota 2 al art. 1.1.

¹³⁵ Decreto Legislativo nº 1071, de 27 de junio de 2008.

¹³⁶ “Conforme a lo dispuesto en el párrafo 1) del art. VII de la Convención, será de aplicación una o más de las disposiciones de este Decreto Legislativo, cuando resulten más favorables a la parte que solicita el reconocimiento y ejecución del laudo”.

¹³⁷ Art. 5.2.a) Convención de Panamá.

¹³⁸ Se trata de una causa de denegación del reconocimiento y la ejecución del laudo a la que se le ha dado una

47. El fundamento de los arts. I.3 y V.2.a) CNY es distinto, pero en el arbitraje de inversiones mantienen una cierta relación, ya que es posible que muchas de las controversias de inversiones en un plano estrictamente interno no sean consideradas arbitrables porque no pertenecen a la categoría de comerciales. Por ejemplo, una disputa tributaria entre un ciudadano español residente en España y la Agencia Tributaria española se va a solventar por los trámites del procedimiento tributario correspondiente y, en su caso, por un proceso contencioso-administrativo, sin llegar a un arbitraje. Pero puede darse el caso de un ciudadano extranjero sujeto al pago de impuestos en España por cualquier hecho imponible que considere que, en el transcurso de sus operaciones de inversión, ha recibido un trato injusto e inequitativo por parte de las autoridades administrativas y judiciales españolas y decida entablar un arbitraje de inversiones “no CIADI” con fundamento en el APPRI X-España¹³⁹. En caso de que el inversor obtuviera un laudo a su favor y optara por la ejecución forzosa del laudo en territorio español, el tribunal competente ex art. 46.2 LA y art. 955 LEC 1881 puede tener la tentación natural de aplicar de oficio la denegación del *exequatur* por falta de arbitrabilidad de la controversia (arts. II.1 y V.2.a) CNY).

En esos casos, y sin perjuicio de la existencia de disposiciones que favorecen la validez de fondo del convenio arbitral (como el art. 9.6 LA), debería interpretarse la referencia hecha en el art. V.2.a) a la legislación del Estado requerido en su conjunto, incluyendo los tratados internacionales válidamente celebrados por ese Estado que consideren internacionalmente arbitrables determinadas disputas, como las de inversiones, que en un plano interno no lo serían¹⁴⁰.

IV. Conclusión

48. Las dos reservas posibles al CNY introducen una serie de obstáculos para el posterior reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral de inversiones. En los casos CIADI no es necesario que la sede del procedimiento venga fijada en ningún Estado en particular (ex art. 44 CW), si bien hay algunas razones que avalan que en todo caso la sede quede fijada en un Estado parte del CNY. En cambio, en los arbitrajes no CIADI cobra pleno sentido que la sede del procedimiento se fije en un Estado parte del CNY con el fin de evitar los efectos de las dos reservas.

49. Los Estados en su práctica convencional mantienen una posición errática y contradictoria, imposible de justificar, en cuanto a la manera de resolver los problemas que causan las reservas al CNY. Por ello, habiendo analizado abundante práctica convencional, suficientemente significativa por la entidad de los Estados parte, creemos que hemos de concluir nuestro trabajo con una proposición *de lege ferenda*, válida tanto para las renegociaciones de APPRI y TLCs existentes como para la elaboración de textos nuevos. A nuestro entender, todo APPRI debería incluir en su articulado referencias pensadas para salvar los efectos de las reservas al CNY del siguiente modo:

Por un lado, para la eliminación de los efectos de la reserva de reciprocidad, obligando a fijar la sede del procedimiento arbitral en un Estado parte del CNY (con independencia de los Estados parte en el APPRI). Es recomendable, pero no imperativo, que esta cláusula incluya los arbitrajes CIADI para cubrir ciertos casos residuales.

Y, por otro, para la eliminación de los efectos de la reserva comercial, declarando que la controversia de inversión deriva de una relación u operación comercial. Igualmente es recomendable, pero no imperativo, que esta cláusula incluya los arbitrajes CIADI.

interpretación restrictiva, lo que favorece una escasa aplicación de la misma. *Vid.* C. ESPLUGUES MOTA, “Presente y futuro del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en España”, en VV.AA., *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Eurolex, 2005, Tomo II, pp. 1471-1491, p. 1487.

¹³⁹ Sobre el tratamiento de las cuestiones tributarias en los APPRI y la arbitrabilidad de este tipo de controversias, *vid.* T. W. WÄLDE/A. KOLO, “Coverage of Taxation Under Modern Investment Treaties”, en P. MUCHLINSKI/F. ORTINO/C. SCHREUER (Eds.): *Op. cit.*, pp. 305-362.

¹⁴⁰ Hay muy pocos casos comerciales en los que un tribunal estatal haya aplicado de oficio la causa de la inarbitrabilidad de la controversia. *Vid.* A. J. VAN DEN BERG, “New York Convention...”, *cit.*, pp. 19-20, tres casos antiguos sobre seguros y contratos de distribución que hoy sí serían considerados arbitrables. El mismo autor en su propuesta de nuevo Convenio *cit. supra* sugiere la supresión de la arbitrabilidad como causa autónoma de denegación del reconocimiento del laudo y su inclusión en la del orden público.