



# Asamblea General

Distr. general  
12 de junio de 2008  
Español  
Original: árabe/chino/español/  
francés/inglés/ruso

---

## Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

41° período de sesiones

Nueva York, 16 de junio a 3 de julio de 2008

### Solución de controversias comerciales

#### Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

#### Observaciones presentadas por el Gobierno del Canadá

#### Nota de la Secretaría\*

### I. Introducción

1. En su 48° período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de febrero de 2008), el Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) convino en recabar el asesoramiento de la Comisión acerca de si, una vez concluida su labor actual de revisión del Reglamento, el Grupo de Trabajo debería ocuparse con mayor detenimiento de la cuestión más específica de los arbitrajes en el marco de tratados y, de decidirlo así la Comisión, qué forma debería revestir tal tarea (A/CN.9/646, párr. 69). Previsiblemente, la Comisión, durante su 41° período de sesiones, dará al Grupo de Trabajo orientación a ese respecto. Con miras a la preparación de los debates sobre este tema en la Comisión, el 13 de junio de 2008 el Gobierno del Canadá presentó observaciones, cuyo texto se reproduce en forma de anexo adjunto a la presente nota, tal como fue recibido por la Secretaría.

---

\* El presente documento se presentó con retraso debido a que contiene observaciones que se recibieron el 13 de junio de 2008.



## Anexo

# Posición del Gobierno de Canadá sobre la necesidad de mejorar la transparencia en el arbitraje entre inversionistas y un Estado

## I. Introducción

1. Después de recibir los informes del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación (“el Grupo de Trabajo”) acerca de la labor de sus períodos de sesiones 45° y 46°, la Comisión observó que la cuestión del grado en que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI debería tener en cuenta la solución de controversias o el arbitraje administrado por una entidad entre inversionistas y un Estado aún sería tratada por el Grupo de Trabajo en futuros períodos de sesiones<sup>1</sup>. De conformidad con este mandato, en su 48° período de sesiones, el Grupo de Trabajo empezó a debatir la forma de revisar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (“el Reglamento”) con el fin de examinar cuestiones relacionadas con el arbitraje entre inversionistas y un Estado. El Grupo de Trabajo estudió, en particular, la necesidad de mejorar la transparencia del arbitraje entre inversionistas y un Estado conforme al Reglamento, tomando en consideración los intereses del público, que con frecuencia están en juego en este tipo de solución de controversias. Al término del período de sesiones, estaba claro que la mayoría de los Estados en el Grupo de Trabajo creen importante que el arbitraje entre inversionistas y un Estado sea abierto y transparente.

2. En su informe, el Grupo de Trabajo afirmó que recabará asesoramiento de la Comisión acerca de si, tras concluir su trabajo actual sobre el Reglamento, el Grupo de Trabajo debería analizar con mayor detenimiento la cuestión más específica del arbitraje basado en tratados y, de ser así, la forma que debería revestir dicha tarea<sup>2</sup>.

## II. La labor de mejoramiento de la transparencia en el arbitraje entre inversionistas y un Estado debería empezar sin demora

3. Se espera que el Grupo de Trabajo concluya su labor en una fecha que permita realizar el examen final del Reglamento revisado y aprobarlo a más tardar durante el 42° período de sesiones de la Comisión, en 2009<sup>3</sup>. El Canadá sostiene que el momento más adecuado para revisar el Reglamento a fin de mejorar la transparencia en el arbitraje entre inversionistas y un Estado no es después de concluir dicha

---

<sup>1</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional acerca de la labor de su 40° período de sesiones, Documento de las Naciones Unidas A/62/17 (Part. I), párrafo 175 (23 de julio de 2007) (“Informe de la CNUDMI sobre su 40° período de sesiones”).

<sup>2</sup> Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, *Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor de su 48° período de sesiones*, Documento de las Naciones Unidas A/CN.9/646, párrafo 69 (29 de febrero de 2008) (“Informe del Grupo de Trabajo II sobre su 48° período de sesiones”).

<sup>3</sup> Informe de la CNUDMI sobre su 40° período de sesiones, párr. 176.

labor, sino durante la misma. Las mejoras necesarias para aumentar la transparencia en el arbitraje entre inversionistas y un Estado son relativamente sencillas y no presentan complicaciones. Pueden realizarse modificando varias reglas concretas o formulando un breve anexo. Dada la simplicidad de la labor, el Canadá cree que hay suficiente tiempo para que el Grupo de Trabajo aborde el tema de la transparencia en el arbitraje entre inversionistas y un Estado y concluya su trabajo antes del 42° período de sesiones de la Comisión.

4. Sin embargo, si no se llega a un consenso para incluir estas revisiones en el marco de la labor actual del Grupo de Trabajo, el Canadá solicita que la Comisión encomiende al Grupo de Trabajo el mandato claro y explícito de formular revisiones para mejorar la transparencia en el arbitraje entre inversionistas y un Estado, inmediatamente después de concluir su actual trabajo y con el objetivo de presentarlo ante la Comisión lo antes posible. El hecho de no encomendar al Grupo de Trabajo, como mínimo, un mandato de esa índole resultaría un mensaje perturbador para la comunidad internacional.

5. Durante los últimos 30 años, el Reglamento ha gozado de una creciente popularidad y se ha ido aplicando cada vez más, en parte debido al peso que le ha conferido la comunidad internacional, el *imprimatur* de la Asamblea General de las Naciones Unidas<sup>4</sup>. La autoridad de la institución no puede usarse a la ligera. Si no se da una señal inequívoca de que la Comisión apoya la actualización del Reglamento para que incluya disposiciones que promuevan la transparencia en el arbitraje entre inversionistas y un Estado, los Estados entenderán que se apoya efectivamente la celebración a puerta cerrada de procedimientos de arbitraje entre inversionistas y un Estado, sin acceso ni escrutinio del público. La Comisión debería resistirse a adoptar un conjunto de normas que fomenten un clima de secretismo y nieguen la obligación de rendir cuentas ante el público, sin exigir como mínimo al Grupo de Trabajo que elabore inmediatamente un procedimiento para dar al público acceso al arbitraje entre inversionistas y un Estado.

### **III. El interés que suscita en el público el arbitraje entre inversionistas y un Estado exige una mayor transparencia**

6. El Reglamento fue adoptado por la CNUDMI y la Asamblea General de las Naciones Unidas recomendó su aplicación en 1976, hace más de 30 años. El Reglamento se redactó específicamente para ser utilizado en el arbitraje comercial<sup>5</sup>. Con tal fin, en la resolución que recomienda el uso del Reglamento, la Asamblea General reconoció el ‘valor del arbitraje como método para solucionar las controversias que surgen en el contexto de las *relaciones comerciales internacionales*’<sup>6</sup>. (cursiva agregada).

---

<sup>4</sup> Paulsson, J. & Petrochilos, G., *Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules*, párrafo 6, disponible en [http://www.uncitral.org/pdf/english/news/arbrules\\_report.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/news/arbrules_report.pdf) (“Informe de Paulsson/Petrochilos”).

<sup>5</sup> Informe del Grupo de Trabajo II sobre su 48° período de sesiones, párrafo 58.

<sup>6</sup> Asamblea General de las Naciones Unidas, *Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, documento de las Naciones Unidas A/RES/31/98 (15 de diciembre de 1976).

7. En los 30 años transcurridos desde su adopción, el uso del Reglamento se ha extendido más allá del contemplado originalmente por los redactores. En particular, el Reglamento se ha convertido como mínimo en el segundo conjunto de normas que se aplican con más frecuencia al arbitraje entre inversionistas y un Estado<sup>7</sup>. Este es un uso del Reglamento que los redactores no previeron y es también una de las razones principales por la que es necesaria su revisión<sup>8</sup>.

8. Los intereses que tienen las partes en un arbitraje entre inversionistas y un Estado son fundamentalmente diferentes de los de quienes participan en un arbitraje comercial, en especial cuando el procedimiento de arbitraje se entabla en virtud de un tratado. El arbitraje sobre inversiones con frecuencia implica el interés público y la política gubernamental en formas sencillamente de poca relevancia en el arbitraje comercial. En particular, un tratado de inversión es un documento de derecho internacional público, celebrado entre Estados soberanos, y por consiguiente, cuando surge una controversia en virtud del tratado, la forma de dirimirla reviste interés para toda la comunidad internacional. La decisión que se adopta puede cumplir una importante función educativa jurídica, al fomentar la comprensión de los inversionistas y los Estados sobre la forma en que se interpretan ciertas disposiciones y brinda orientación para futuros acuerdos.

9. En todo arbitraje entre inversionistas y un Estado están también en juego los intereses de los ciudadanos y residentes del Estado parte en el procedimiento. Con frecuencia, las controversias que se someten a arbitraje de conformidad con tratados de inversión guardan relación con reglamentos que tienen repercusiones de orden público, tales como las leyes fiscales, la legislación ambiental, las reglamentaciones sanitarias y las leyes sobre recursos naturales. Además, la defensa de toda reclamación y el pago de todo laudo se sufragarán, en última instancia, con fondos públicos. Como manifestó el profesor John Ruggie, Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas, en relación con los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, cuando trató la cuestión del arbitraje entre inversionistas y un Estado en el informe que recientemente presentó al Consejo de Derechos Humanos, en lo que se refiere a los derechos humanos y a otros intereses públicos, la transparencia debería ser un principio rector, sin perjuicio de la confidencialidad comercial legítima<sup>9</sup>.

#### **IV. Otros reglamentos de arbitraje y tratados de inversión ya están permitiendo una mejora de la transparencia**

10. El objetivo de la labor actual es actualizar el Reglamento, tener en cuenta la evolución de su uso durante los últimos 30 años, y asegurar su solidez y viabilidad durante los próximos 30 años. Si el Reglamento no se revisa para mejorar la

---

<sup>7</sup> Informe del Grupo de Trabajo II sobre su 48° período de sesiones, párrafo 58.

<sup>8</sup> Véase el informe de Paulsson/Petrochilos, párrafos 4 a 6.

<sup>9</sup> Consejo de Derechos Humanos, *Protect, Respect and Remedy: a Framework for Business and Human Rights: Advance Edited Version*, informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, documento de las Naciones Unidas A/HRC/8/5, párrafo 37 (7 abril de 2008), disponible en <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/8session/A-HRC-8-5.doc>.

transparencia del arbitraje entre inversionistas y un Estado, quedará desfasado con respecto a la práctica moderna. De hecho, si bien algunas instituciones de arbitraje comercial han decidido mantener una presunción de confidencialidad, la práctica del arbitraje entre inversionistas y un Estado va evolucionando hacia una mayor transparencia y apertura.

11. Los procedimientos de arbitraje entre inversionistas y un Estado ya no son una modalidad que esté empezando a aplicarse. La Convención del CIADI entró en vigor el 14 de octubre de 1966 y hace ya más de 40 años que los tratados de inversión contienen disposiciones que permiten la solución de controversias entre inversionistas y un Estado<sup>10</sup>. El número de tratados de inversión ha ido aumentando a lo largo de los últimos cuatro decenios, llegando a superar los 1.500 en 1997 y los 2.500 en 2007<sup>11</sup>. Si se examina la práctica moderna de solución de controversias, se hacen patentes las formas en que está evolucionando esta materia, en particular en lo que respecta a la transparencia en el arbitraje entre inversionistas y un Estado.

12. El Reglamento de Arbitraje del CIADI siempre ha exigido que la Secretaría de dicho Centro notifique públicamente de la realización de un procedimiento de arbitraje entre inversionistas y un Estado sustanciado de conformidad con el Reglamento de arbitraje del CIADI o su Reglamento para otros mecanismos<sup>12</sup>. Asimismo, el Reglamento ha permitido que cualquiera de las partes publique el laudo arbitral por iniciativa propia<sup>13</sup>. En 2006, el CIADI modificó su Reglamento para permitir una mayor participación de terceros mediante comunicaciones escritas<sup>14</sup>, a fin de crear una presunción de que el tribunal puede permitir audiencias abiertas<sup>15</sup>, y de hacer comprender mejor las razones jurídicas de los laudos, incluso cuando las partes se nieguen a publicar el laudo ellas mismas<sup>16</sup>. Ciento cuarenta y tres Estados, incluida la gran mayoría de los Estados que componen el Grupo de Trabajo, son Estados contratantes de conformidad con la Convención del CIADI. Por tanto, cada uno de esos Estados acepta ya la transparencia en los procedimientos de arbitraje entre inversionistas y un Estado cuando la controversia se somete a arbitraje conforme al Reglamento del CIADI.

---

<sup>10</sup> Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rule Making*, documento de las Naciones Unidas UNCTAD/ITE/IIA/2007/3, párrafo 1 (2007), disponible en [http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20073\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20073_en.pdf).

<sup>11</sup> *Id.* párr. 3.

<sup>12</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Administrative and Financial Rules*, rule 22 (10 de abril de 2006), disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp> ('El Secretario General publicará de forma apropiada la información sobre el funcionamiento del Centro, incluido el registro de todas las solicitudes de conciliación o arbitraje, y a su debido tiempo también una indicación de la fecha y el método de finalización de cada procedimiento').

<sup>13</sup> Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Rules of Procedure for Arbitration Proceedings*, rule 48(4) (10 abril de 2006), disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp> (limita sólo la capacidad del Centro de publicar el laudo sin el consentimiento de ambas partes) ('Reglamento de Arbitraje del CIADI'); Schreuer, C., *The ICSID Convention: A Commentary*, 822 (2001) (la Convención y el Reglamento de Arbitraje del CIADI no obligan a las partes a publicar el laudo).

<sup>14</sup> Reglamento de Arbitraje del CIADI, artículo 37.

<sup>15</sup> Reglamento de Arbitraje del CIADI, artículo 32(2).

<sup>16</sup> Reglamento de Arbitraje del CIADI, artículo 48(4).

13. Los Estados también están empezando a incorporar la transparencia en tratados de inversión nuevos, y a veces ya existentes, pese a las disposiciones del Reglamento de la CNUDMI u otras reglas en sentido contrario. Por ejemplo, en 2001 la Comisión de Libre Comercio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (“CLC del TLCAN”) publicó notas de interpretación vinculantes por las que declaran que los gobiernos de los Estados del TLCAN se comprometían a aplicar el principio de la transparencia en general y se creaba una presunción de divulgación y apertura al público<sup>17</sup>. En 2003, la CLC del TLCAN emitió una declaración por la que confería al Tribunal la discreción de aceptar comunicaciones de terceros<sup>18</sup>. Por último, en 2004, la CLC del TLCAN declaró nuevamente que los Estados miembros del TLCAN se comprometían a promover la transparencia y agradeció el apoyo brindado por México a la celebración de audiencias abiertas<sup>19</sup>.

14. Asimismo, el actual Acuerdo Modelo de Protección y Promoción de la Inversión Extranjera de Canadá dispone que los procedimientos y comunicaciones arbitrales deberán estar abiertos al público y que el tribunal podrá recibir comunicaciones de terceros<sup>20</sup>. Los Estados Unidos han adoptado un enfoque similar en su Tratado de Inversión Bilateral Modelo de EE.UU.<sup>21</sup> y en sus recientes Tratados de Libre Comercio con Chile, Singapur, América Central – República Dominicana y Marruecos. Además, en mayo de 2007, los 19 Estados miembros africanos del Mercado Común del África Meridional y Oriental (COMESA) firmaron un tratado de inversión que preveía una transparencia completa en los procedimientos de arbitraje entre inversionistas y un Estado<sup>22</sup>.

15. Aunque los Estados estén empezando a incluir disposiciones específicas en los tratados para sustituir las disposiciones contra la transparencia enunciadas en el Reglamento de la CNUDMI, ésta no es una solución conveniente si la Comisión desea asegurar la pertinencia continua del Reglamento en todo arbitraje entre inversionistas y un Estado. Además, no resultaría práctico renegociar los miles de

<sup>17</sup> Comisión de Libre Comercio del TLCAN, *Notes of Interpretation of Certain Chapter Eleven Provisions* (31 de julio de 2001), disponible en <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/NAFTA-Interp.aspx?lang=en>.

<sup>18</sup> Comisión de Libre Comercio del TLCAN, *Statement of the Free Trade Commission on non-disputing party participation* (7 de octubre de 2003), disponible en <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/pdfs/Nondisputing-en.pdf>.

<sup>19</sup> Comisión de Libre Comercio del TLCAN, *2004 NAFTA Commission Meeting: Joint Statement* (16 de julio de 2004), disponible en <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/nafta-alena/JS-SanAntonio.aspx?lang=en>.

<sup>20</sup> Véase por ejemplo, el Acuerdo Modelo del Canadá sobre Promoción y Protección de la Inversión Extranjera, artículo 38 (2004), disponible en <http://www.international.gc.ca/assets/trade-agreements-accords-commerciaux/pdfs/2004-FIPA-model-en.pdf>.

<sup>21</sup> Tratado de Inversión Bilateral Modelo de EE.UU. (2004), artículo 29, disponible en [http://www.ustr.gov/assets/Trade\\_Sectors/Investment/Model\\_BIT/asset\\_upload\\_file847\\_6897.pdf](http://www.ustr.gov/assets/Trade_Sectors/Investment/Model_BIT/asset_upload_file847_6897.pdf)

<sup>22</sup> Mercado Común del África Meridional y Oriental, Acuerdo de inversión para el Área Común de Inversión del COMESA, artículo 5) a 8), (3 de mayo de 2007), disponible en [http://www.comesa.int/investment/regimes/investment\\_area/Folder.2007-11-06.4315/Multi-language\\_content.2007-11-07.1023/en](http://www.comesa.int/investment/regimes/investment_area/Folder.2007-11-06.4315/Multi-language_content.2007-11-07.1023/en). Los 19 Estados miembros son: Burundi, Comoras, Djibouti, Egipto, Eritrea, Etiopía, Kenya, Libia, Madagascar, Malawi, Mauricio, República Democrática del Congo, Rwanda, Seychelles, Sudán, Swazilandia, Uganda, Zambia y Zimbabwe.

tratados de inversión bilateral que existen. Con frecuencia esos tratados permiten al inversionista optar por el Reglamento del CIADI o por el Reglamento de la CNUDMI. En vista de los importantes intereses públicos en juego, la Comisión debería oponerse a dar a los inversionistas el poder de forzar que los arbitrajes entre inversionistas y un Estado se lleven a cabo en secreto.

## **V. Mejorar la transparencia del Reglamento es sencillo**

16. A juicio del Canadá, el establecimiento en el Reglamento de una presunción de apertura y transparencia en el arbitraje entre inversionistas y un Estado puede lograrse ya sea introduciendo simples modificaciones en varias reglas, o agregando un anexo al Reglamento. Las modificaciones apenas repercutirían en la estructura, el espíritu y el estilo de redacción del Reglamento y tampoco influirían en el Reglamento en lo que se refiere a los procedimientos de arbitraje comercial entablados a raíz de contratos o entre partes privadas.

17. Los textos que se sugiere agregar al Reglamento deberían servir para lograr cinco objetivos: 1) divulgar la incoación de todo procedimiento de arbitraje entre inversionistas y un Estado; 2) permitir a terceros presentar comunicaciones ante el tribunal cuando tales comunicaciones sean útiles y pertinentes y no retrasen el procedimiento, no interfieran en él ni incrementen sus costos indebidamente; 3) permitir audiencias abiertas; 4) hacer públicas las decisiones y el laudo del tribunal arbitral; y 5) mantener la facultad que tienen los tribunales arbitrales para autorizar la celebración de procedimientos a puerta cerrada y para restringir el acceso a los documentos, o a partes de ellos, cuando sea necesario para proteger el carácter confidencial de información comercial o de información de acceso privilegiado o cuya revelación esté de algún otro modo vetada por el derecho interno del Estado parte en un procedimiento. La actual práctica arbitral demuestra que es posible lograr a la vez todos estos objetivos. Los tribunales de arbitraje entre inversionistas y un Estado ya tienen considerable experiencia a la hora de proteger la información confidencial y de acceso privilegiado en el contexto de procedimientos abiertos y transparentes. Por ejemplo, los grupos de arbitraje del TLCAN emiten habitualmente órdenes de confidencialidad que permiten a las partes redactar información confidencial antes de la publicación de documentos y, de ser necesario, esos grupos pueden decidir que procedimientos públicos se celebren a puerta cerrada.

18. Si bien el texto de las modificaciones necesarias aún tiene que negociarse en el Grupo de Trabajo, cabe señalar que será suficiente introducir modificaciones de poco alcance y muy sencillas. No es preciso inquietarse de que el texto de las revisiones ocasione algún tipo de conflicto jurisdiccional o de que cree una complejidad innecesaria debido a cuestiones como las cláusulas generales y la retroactividad, pues todo ello puede abordarse y resolverse en el Grupo de Trabajo. Además, dado el alcance limitado de las revisiones necesarias, es prácticamente seguro que el Grupo de Trabajo podrá resolver eficazmente cualquiera de esas cuestiones.

## **VI. Conclusión**

19. El hecho de que el Reglamento haya funcionado con éxito durante los últimos 30 años no garantiza que siga cumpliendo su función con el mismo éxito en los próximos 30 años. Cuanto más se aparte el Reglamento de la práctica moderna, menos importancia se le dará y menos se aplicará en el futuro. La Comisión debe asegurarse de que esto no ocurra dando al Grupo de Trabajo las instrucciones pertinentes.

20. Como mínimo, y como cuestión prioritaria una vez que el Grupo de Trabajo finalice su labor actual, debe dársele un mandato claro consistente en formular las revisiones que sean necesarias para dotar al Reglamento de mayor transparencia cuando se aplique al arbitraje entre inversionistas y un Estado. En última instancia, el hecho de que no se incluyan sin demora en el Reglamento, lo antes posible, disposiciones que permitan mejorar su transparencia dará la impresión de que las Naciones Unidas dan su beneplácito a la falta de transparencia en los procedimientos de arbitraje entre inversionistas y un Estado. Tal respaldo en la práctica del secretismo en este tipo de procedimientos iría en contra de los principios fundamentales de la buena gestión y de los derechos humanos en los que se fundamentan las Naciones Unidas.

---