



Asamblea General

Distr. limitada
5 de agosto de 2010
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación)
53° período de sesiones
Viena, 4 a 8 de octubre de 2010

Solución de controversias comerciales: preparación de reglas jurídicas uniformes que regulen la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
II. La transparencia en la solución de controversias basada en tratados mediante arbitrajes entre inversionistas y Estados (<i>continuación</i>)	1-8	3
C. Legislación en materia de arbitraje comercial internacional	1-4	3
1. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional	2	3
2. Legislación que favorece la información privada y la confidencialidad	3	3
3. Legislación que propicia la transparencia en el procedimiento	4	3
D. Decisiones de tribunales arbitrales sobre la transparencia en el procedimiento	5-8	4
1. Documentos procesales y laudos arbitrales	6-7	4
2. Audiencias.	8	6
III. Observaciones finales y cuestiones que podría examinar el Grupo de Trabajo	9-31	7
A. Consideraciones normativas acerca de la transparencia	9-10	7
B. Cuestiones que cabría examinar en relación con la transparencia	11-21	8
1. Observaciones generales	11-12	8



2.	Las personas o instituciones interesadas.	13-14	8
3.	La información divulgable.	15-17	8
4.	Los receptores de información.	18	9
5.	Las audiencias abiertas.	19	9
6.	Las presentaciones a cargo de terceros.	20-21	9
C.	Posible forma de la labor en materia de transparencia.	22-31	10
1.	Cláusula modelo que cabría insertar en las disposiciones sobre solución de controversias de los acuerdos internacionales de inversiones.	23-24	10
2.	Reglas de arbitraje especiales.	25-30	11
3.	Directrices.	31	13

II. La transparencia en la solución de controversias mediante arbitrajes, en el marco de tratados, entre inversionistas y Estados (*continuación*)

C. Legislación en materia de arbitraje comercial internacional

1. El procedimiento arbitral, además de estar sujeto al reglamento de arbitraje elegido, se regirá por la Ley del Estado en que tenga lugar el arbitraje comercial internacional. El arbitraje comercial internacional se centra ante todo en los procedimientos de arbitraje entablados entre dos partes particulares, y el modo en que se aborda la transparencia del procedimiento no está necesariamente concebido para tener en cuenta las necesidades concretas de un arbitraje entablado entre un inversionista y un Estado.

1. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

2. La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional no contiene disposiciones que regulen la confidencialidad ni la divulgación de información, por lo que no ofrece ninguna solución uniforme de ese problema.

2. Legislación que favorece la información privada y la confidencialidad

3. En los casos en que las legislaciones nacionales sobre el arbitraje comercial internacional regulan la confidencialidad, no se sigue un único criterio en lo que respecta a la información que debe mantenerse confidencial, a las personas obligadas o a las excepciones permisibles en las prohibiciones de divulgación y comunicación. En lo que respecta al material o a la información que debe mantenerse confidencial, algunas disposiciones contienen una descripción general de los hechos u otros datos relativos a la controversia o al procedimiento arbitral. Otras disposiciones contienen una descripción más concreta de la información que debe mantenerse confidencial y dividen la información en diversas categorías, que deben recibir un trato diferente. Entre esas categorías figura, por ejemplo, el hecho de que el arbitraje esté celebrándose; la identidad de los árbitros; los argumentos escritos y verbales; la referencia a las pruebas presentadas por una parte o un testigo; las comunicaciones entre las propias partes o sus asesores antes del arbitraje o durante el mismo; la información que es intrínsecamente confidencial, como los secretos comerciales y la información basada en la confianza entre las partes; y el contenido del laudo. En cuanto a las personas obligadas a mantener la confidencialidad de la información, pueden ser muy diversas, desde los árbitros; el personal de la institución arbitral (cuando se trate de un arbitraje institucional); las partes y sus representantes; los testigos, inclusive los peritos; y los abogados y asesores.

3. Legislación que propicia la transparencia en el procedimiento

4. Entre las circunstancias reguladas por ley en las que se permite divulgar información en el procedimiento arbitral cabe mencionar las siguientes: cuando las partes convengan en su divulgación; cuando la información sea de carácter público; cuando la divulgación sea requerida por ley o por algún órgano normativo; cuando exista una necesidad razonable de proteger los intereses legítimos de una de las

partes; y cuando la divulgación sea en aras de la justicia o del interés público. Algunas disposiciones también imponen condiciones especiales a la divulgación de información. Esas condiciones pueden variar según el momento en que se produzca la divulgación. Si la información se revela, por ejemplo, durante el procedimiento arbitral, uno de los criterios consiste en requerir que la notificación de la divulgación sea dada tanto al tribunal arbitral como a la otra parte. Cuando la revelación se produzca una vez concluido el arbitraje, puede ser apropiado que solamente deba notificarse a la otra parte.

D. Decisiones de tribunales arbitrales sobre la transparencia en el procedimiento

5. Las decisiones que adoptan los tribunales arbitrales en materia de transparencia del procedimiento ilustran por lo general el carácter del enfoque caso por caso que adoptan los tribunales, al no existir directrices uniformes en los acuerdos internacionales de inversiones, en los reglamentos de arbitraje aplicables ni en las distintas legislaciones nacionales.

1. Documentos procesales y laudos arbitrales

6. En un caso en que se aplicó el Reglamento del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)¹, el tribunal arbitral dictaminó que: “Ni el Reglamento del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) ni el del CIADI (Mecanismo Complementario) limitan expresamente la libertad de las partes [...]. Si bien se sostiene a menudo que uno de los motivos para recurrir al arbitraje es evitar que se dé publicidad a una controversia, a menos que las partes estipulen tal limitación en su acuerdo, cada una de ellas podrá hablar libremente del arbitraje. [...] Aun así, el Tribunal Arbitral considera que sería ventajoso para el buen desenvolvimiento del proceso arbitral y se propiciaría el mantenimiento de relaciones de trabajo entre las partes si, durante el procedimiento, las partes limitaran al mínimo el debate público sobre el caso, salvo que existiera una obligación de divulgación impuesta desde el exterior que fuera jurídicamente vinculante para ambas partes”². En otro caso en que se aplicaron las Reglas de Arbitraje del CIADI³, el demandante (el inversionista) se quejó de la divulgación unilateral de las actas de la primera reunión del tribunal arbitral y de una orden procesal del demandado (el Estado), que difundió esos documentos en Internet. El demandante pidió que el tribunal arbitral dictara una orden para asegurar la confidencialidad de estos documentos y otros documentos en el procedimiento⁴. El tribunal resolvió que no había ninguna obligación general de confidencialidad ni ninguna regla general sobre transparencia en los procedimientos arbitrales del CIADI. Por consiguiente, el tribunal arbitral dictaminó que cada

¹ *Metalclad Corp. v. Mexico*, caso núm. ARB(AF)/97/, Laudo, 30 de agosto de 2000, 16 ICSID Review 168 (2001); 40 ILM 36 (2001), laudo disponible, el 29 de julio de 2010, en el sitio <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>.

² *Ibid.*, párr. 13.

³ *Biwater GAUFF (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, ICSID caso núm. ARB/05/22, laudo del 24 de julio de 2008, disponible, el 29 de julio de 2010, en el sitio <http://www.worldbank.org/icsid/cases/awards.htm>.

⁴ *Ibid.*, párrs. 45 a 51.

tribunal arbitral debía compaginar debidamente la confidencialidad de los documentos y la transparencia del procedimiento⁵. El tribunal sostuvo que, debido a la amplia difusión del caso en los medios de comunicación, existía un riesgo suficiente de agravación o exacerbación de la controversia. Por consiguiente, decidió que ambas partes deberían abstenerse de divulgar actas o actuaciones de las audiencias, documentos presentados por cada una de las partes en procedimientos de revelación, así como escritos de demanda y contestación y correspondencia. No obstante, decidió, como contrapunto de su decisión, que las partes eran libres de entablar un debate general público sobre el caso, siempre que ese debate público “se limitara a lo que fuera necesario y no se utilizara como instrumento de antagonismo entre las partes que exacerbara sus diferencias, las presionara indebidamente, dificultara más la solución de la controversia o violara los términos de esta orden procesal”⁶.

7. En un caso al que se aplicó el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976⁷, un tribunal arbitral del TLCAN sostuvo, respecto de la transparencia, que “[...] sea cual sea la posición en arbitrajes de consenso entre entidades comerciales privadas, no se ha demostrado la existencia de ningún principio general de confidencialidad en ningún arbitraje como el que se dirime ante este tribunal”⁸. En una primera orden, el tribunal arbitral resolvió que, en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, determinados documentos, como la notificación del arbitraje y los escritos de demanda y contestación, podían hacerse públicos. En otra orden temporal, el tribunal arbitral decidió que todas las transcripciones y otras actas de las audiencias debían mantenerse confidenciales y que solamente podían divulgarse conforme a las condiciones aplicables a los “documentos protegidos”. En otro caso del TLCAN que también se rigió por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976⁹, algunos terceros solicitaron al tribunal arbitral intervenir como *amici curiae* y, a ese respecto, solicitaron copias de todos los documentos presentados en el procedimiento. El tribunal arbitral dictaminó que la divulgación o la confidencialidad debían determinarse mediante acuerdo entre las partes litigantes conforme a la orden dictada respecto de la divulgación y la confidencialidad de la información. De conformidad con esa orden, cada una de las partes era libre de hacer públicos los principales escritos, órdenes y laudos del tribunal (a condición de que se excluyera la información sobre secretos comerciales)¹⁰. En otro caso¹¹, en el

⁵ Ibid.

⁶ Ibid.

⁷ *S.D. Myers Inc. v. Government of Canada*, disponible, el 29 de julio de 2010, en el sitio http://www.naftaclaims.com/disputes_canada_sdmyers.htm. Véanse también las observaciones del Canadá en el documento A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.1.

⁸ Ibid.

⁹ *Methanex Corporation v. United States of America*, Decisión del Tribunal de Peticiones de Terceros de intervenir como *amici curiae*, del 15 de enero de 2001. Las peticiones y todos los documentos relacionados con este caso estaban disponibles, el 29 de julio de 2010, en el sitio <http://www.state.gov/s/l/c5818.htm>. Véanse también las observaciones de los Estados Unidos de América en el documento A/CN.9/WP.159/Add.3.

¹⁰ Ibid., párr. 46.

¹¹ *United Parcel Service of America, Inc. v. Government of Canada*, Decisión del Tribunal sobre peticiones de intervención y de participación como *amici curiae*, del 17 de octubre de 2001, disponible, el 29 de julio de 2010, en el sitio http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/IntVent_oct.pdf. Véanse también las observaciones del Canadá que figuran en el documento A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.1.

que terceros presentaron una petición al tribunal arbitral en que solicitaban, entre otras cosas, la divulgación del escrito de demanda y de contestación, de memoriales y contramemoriales, de memorandos previos a las audiencias, de declaraciones de testigos y de informes periciales, inclusive los apéndices y las pruebas que se hubieran adjuntado, así como de toda solicitud o moción presentada al tribunal arbitral¹², el tribunal arbitral sostuvo que, conforme al capítulo 11 del TLCAN y al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, podían comunicarse los escritos de demanda y contestación, los documentos y las pruebas a la otra parte litigante, a otras Partes en el TLCAN, al tribunal arbitral y a la secretaría, pero a nadie más. La cuestión estaba también sujeta a todo acuerdo celebrado entre las partes o a toda orden relativa a la confidencialidad. El tribunal arbitral determinó que si bien los principios de transparencia podían servir de base para la divulgación de algunos documentos, esa cuestión no podía ser objeto de una regla general. Ciertos documentos podrían hacerse públicos mediante cualquier acuerdo o cualquier orden sobre confidencialidad que pudiera adoptarse o mediante otra disposición legal¹³.

2. Audiencias

8. En un caso de arbitraje regido por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976¹⁴, varias organizaciones presentaron peticiones al tribunal arbitral en las que solicitaban, entre otras cosas, autorización para asistir a las audiencias en calidad de observadoras. El tribunal arbitral llegó a la conclusión de que, dado que el párrafo 4 del artículo 25 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 preveía que las audiencias debían celebrarse a puerta cerrada, no podía otorgarse a los peticionarios el derecho a asistir a las audiencias del arbitraje. En opinión del tribunal arbitral, la expresión “a puerta cerrada” pretendía claramente excluir al público, es decir, a los terceros que no fueran partes, como los peticionarios¹⁵. No obstante, en una etapa ulterior del procedimiento, las partes convinieron en dar al público acceso a las audiencias y permitir que se emitieran en directo por los medios de comunicación. Además, se publicaron las transcripciones de las audiencias sobre el fondo del caso, así como el laudo final. En un caso análogo¹⁶, el tribunal arbitral, basándose tanto en el capítulo 11 del TLCAN como en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, estudió la cuestión de si esos reglamentos permitían el acceso del público a las audiencias. Se observó que el párrafo 4 del artículo 25 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, en virtud del cual las audiencias debían celebrarse a puerta cerrada a menos que las partes convinieran otra cosa, impedía que los terceros o sus representantes asistieran a las audiencias sin que ambas partes consintieran en ello¹⁷. Las partes convinieron

¹² *Ibid.*, párr. 1.

¹³ *Ibid.*, párr. 68.

¹⁴ *Methanex Corporation v. United States of America*, Decisión del Tribunal de Peticiones de Terceros para intervenir como *amici curiae*, del 15 de enero de 2001, disponible, el 29 de julio de 2010, en el sitio <http://www.state.gov/s/l/c5818.htm>. Véanse también las observaciones de los Estados Unidos de América en el documento A/CN.9/WP.159/Add.3.

¹⁵ *Ibid.*, párr. 41.

¹⁶ *United Parcel Service of America, Inc. v. Government of Canada*, Decisión del tribunal sobre peticiones para intervención y participación de terceros como *amici curiae*, del 17 de octubre de 2001, disponible, el 29 de julio de 2010, en el sitio http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/IntVent_oct.pdf.

¹⁷ *Ibid.*, párr. 67.

en abrir al público el procedimiento y en que las audiencias se transmitieran en directo por los medios de comunicación. Además, se publicaron el laudo final y una opinión disidente. De modo similar, en otro caso entablado en el marco del capítulo 11 del TLCAN y regido por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, las partes convinieron en abrir al público las audiencias. A petición de las partes y del tribunal arbitral, el CIADI aceptó acoger las audiencias. Las audiencias fueron transmitidas en directo y se publicaron las actas de las deliberaciones¹⁸.

III. Observaciones finales y cuestiones que podría examinar el Grupo de Trabajo

A. Consideraciones normativas acerca de la transparencia

9. La cuestión de la transparencia en los arbitrajes entablados, sobre la base de un tratado, entre inversionistas y un Estado se plantea a raíz de la presencia de un Estado en el arbitraje y también está en función del tema de la controversia, que a menudo plantea problemas de orden público, del interés público y del alcance de la posible responsabilidad. La transparencia se ha considerado uno de los aspectos primordiales de las reclamaciones relativas a la buena gestión dirigidas a los Estados y las entidades privadas también la consideran una importante característica de la responsabilidad social de las empresas. Las funciones que cumple y los valores que protege la transparencia son también aplicables a los métodos de solución de controversias. Sin embargo, la confidencialidad se considera en general una importante característica del arbitraje. Parece estar ampliamente reconocida la necesidad de proteger los secretos comerciales o gubernamentales, así como la necesidad de proteger los procedimientos de todo tipo de presión que pueda ejercerse sobre las partes o sobre los tribunales arbitrales. La confidencialidad, al menos durante el procedimiento arbitral, puede verse como un factor que contribuye a la despolitización de las controversias sobre inversiones.

10. Habida cuenta de que tanto la transparencia como la confidencialidad pueden considerarse intereses legítimos en todo arbitraje entablado, sobre la base de un tratado, entre inversionistas y un Estado, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la conveniencia de compaginar ambos intereses, así como la procedencia de formular consideraciones normativas sobre los principios en que se basa la transparencia en los arbitrajes entablados entre inversionistas y Estados en el marco de tratados internacionales.

¹⁸ ICSID Release News, “Canfor Corporation v. United States of America NAFTA/UNCITRAL Arbitration Rules Proceeding” (2 de diciembre de 2004), disponible, el 29 de julio de 2010, en el sitio http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=OpenPage&PageType=AnnouncementsFrame&FromPage=NewsReleases&pageName=Archive_%20Announcement13.

B. Cuestiones que cabría examinar en relación con la transparencia

1. Observaciones generales

11. Los ejemplos extraídos de acuerdos internacionales de inversiones, de reglamentos de arbitraje y de la jurisprudencia en relación con la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados, que se exponen en la parte II de la presente nota, ilustran las posibles formas de asegurar la transparencia al tiempo que se compagina el interés público y la necesidad de proteger la confidencialidad.

12. Cabe recordar que, en el 41º período de sesiones de la Comisión, una delegación sugirió que, en la labor en pro de la transparencia, se persiguieran 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” (véase el documento A/CN.9/662, párr. 17). El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar, en relación con el alcance de la labor sobre la transparencia del procedimiento, las cuestiones que figuran a continuación.

2. Las personas o instituciones interesadas

13. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la forma en que las disposiciones en materia de transparencia deberían determinar los derechos y obligaciones de cada una de las personas que intervengan en el procedimiento de arbitraje, es decir, los Estados partes en acuerdos internacionales de inversiones, las partes en la controversia y sus representantes, la institución arbitral, de haberla, y el tribunal arbitral. Los derechos y obligaciones de los terceros se examinan en los párrafos 20 y 21 *infra*.

14. En particular habría que determinar si sería más apropiado que la información fuera comunicada al público por las partes en la controversia, por el tribunal arbitral o por una institución. Tal vez convenga también precisar en qué medida las partes pueden entablar un debate general sobre el caso en público, o hacer divulgaciones, y el momento en que ello deba estar permitido. El Grupo de Trabajo tal vez desee también determinar si la publicación debería ser automática, si debería dejarse a la discreción de las partes o si debería estar sujeta a la autorización del tribunal arbitral, teniendo en cuenta la intención de las partes, o si debería organizarse de alguna otra manera.

3. La información divulgable

15. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si habría que formular una regla general sobre el acceso público a documentos procesales y a laudos arbitrales o en qué medida esas cuestiones habrían de ser decididas por las partes o por el tribunal

arbitral. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar también si deberían regularse las cuestiones relacionadas con los costos y, en caso afirmativo, de qué modo.

16. Otra cuestión que cabría examinar es la de si las disposiciones relativas al acceso público a documentos procesales deberían estar redactadas en forma de declaración general o si deberían consistir en una lista en que se enumeraran los documentos procesales que debieran hacerse públicos. En este último caso, el Grupo de Trabajo tal vez desee decidir si los documentos que deban hacerse públicos deberán abarcar todos los documentos siguientes o algunos de ellos: la notificación del arbitraje y la respuesta a la misma, las actas o actuaciones de las audiencias; cualquiera de los documentos presentados en el procedimiento arbitral por las partes, ya sea en el marco de la divulgación o de otro modo; cualquiera de los escritos de demanda o contestación o de los memoriales escritos (y cualesquiera declaraciones de testigos o informes periciales que se adjunten); la correspondencia entre las partes y/o el tribunal arbitral intercambiada respecto del procedimiento arbitral, las decisiones, órdenes o instrucciones del tribunal arbitral; y los laudos.

17. En caso de que el Grupo de Trabajo estimara que una disposición sobre la transparencia debería incluir la publicación de documentos procesales, tal vez desee examinar también la posibilidad de que pueda vetarse la divulgación de documentos que contengan secretos comerciales u otro tipo de información confidencial, y en qué medida esa divulgación debería estar prohibida, y tal vez desee examinar también la eventual conveniencia de dar orientaciones suplementarias.

4. Los receptores de información

18. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar los diversos enfoques posibles para determinar quiénes serían los receptores de la información divulgada, que podrían ser únicamente los gobiernos no litigantes o, en un enfoque más amplio, el público en general.

5. Las audiencias abiertas

19. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si deberían permitirse las audiencias abiertas y, en caso afirmativo, si debería darse orientación a los tribunales arbitrales sobre la organización de las audiencias abiertas, teniendo en cuenta la posible necesidad de proteger, en el grado requerido, la información confidencial.

6. Las presentaciones a cargo de terceros

20. Algunos acuerdos internacionales de inversiones prevén, en su cláusula de solución de controversias, la posibilidad de que personas u organizaciones no litigantes den a conocer sus opiniones sobre las cuestiones tratadas en un arbitraje. En ciertos casos se han establecido directrices en la legislación y en la jurisprudencia para la aceptación por el tribunal arbitral de esos escritos presentados por terceros en calidad de *amici curiae* y en ellas se ha previsto que el tribunal arbitral evalúe la pertinencia de tales presentaciones. La cuestión de las presentaciones hechas por terceros está estrechamente vinculada a la del acceso de los terceros a los documentos procesales, de modo que en sus presentaciones puedan abordar adecuadamente las cuestiones que entren en el ámbito de la controversia.

El Grupo de Trabajo tal vez desee decidir si esa cuestión debe incluirse en su examen del tema de la transparencia.

21. En caso de que el Grupo de Trabajo decidiera que debería abordarse esa cuestión, tal vez desee plantearse la posibilidad de formular normas y directrices concretas para las intervenciones de terceros en que se abordaran, entre otras cosas, posibles criterios para la aceptación de presentaciones de terceros, como la evaluación del interés legítimo de los terceros y medidas para asegurarse de que los terceros son responsables e independientes y no están respaldados por ninguna de las partes litigantes. Tal vez convendría determinar el alcance de sus posibles intervenciones; por ejemplo, las reglas vigentes al respecto permiten a terceros presentar resúmenes en calidad de *amici* pero no necesariamente convocar a testigos, o cabría prever la posibilidad de que enmendaran las demandas o afectaran independientemente al proceso. También puede haber que determinar la forma y el contenido de las presentaciones de los terceros (limitación del número de páginas o las cuestiones de hecho o de derecho que puedan abordarse). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si debería pedirse al tribunal arbitral que justificara su negativa de aceptar las presentaciones de terceros y los argumentos que figuren en ellas. Otra cuestión que debería considerarse es la de las condiciones para la divulgación de los resúmenes de escritos presentados por terceros en calidad de *amici curiae*.

C. Posible forma de la labor en materia de transparencia

22. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar las opciones que figuran a continuación respecto de la forma que podría revestir su labor sobre el tema de la transparencia de los arbitrajes entablados, en el marco de tratados, entre inversionistas y un Estado.

1. Cláusula modelo que cabría insertar en las disposiciones sobre solución de controversias de los acuerdos internacionales de inversiones

23. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si, con miras a fomentar y facilitar la transparencia, sería útil elaborar una cláusula modelo sobre la transparencia que fuera incluida en las disposiciones sobre la solución de controversias de los acuerdos internacionales de inversiones. Cabe señalar que a menudo las disposiciones sobre solución de controversias en tales acuerdos se inspiran en el modelo del arbitraje comercial y que, en la mayoría de los casos, no regulan cuestiones como la divulgación de la existencia del procedimiento, la divulgación de todo documento procesal, y las audiencias abiertas o las intervenciones de partes que no sean partes en el arbitraje. La finalidad de la preparación de esa cláusula modelo sería armonizar las prácticas que siguen los Estados en esta materia, de

conformidad con el mandato de la CNUDMI¹⁹. Al incorporar tal cláusula en acuerdos internacionales de inversiones, los Estados demostrarían que están dispuestos a promover la transparencia en el arbitraje.

24. Si se adoptara la opción de prever una cláusula modelo para su introducción en los acuerdos internacionales de inversiones, el Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que, tal como se señala en un informe de la UNCTAD, en la nueva generación de acuerdos internacionales de inversiones se ha tendido a regular oportunamente una serie de cuestiones concretas relacionadas con el procedimiento arbitral, como la presentación de la misma controversia ante los tribunales locales, el lugar del arbitraje, el nombramiento de peritos y las vías de recurso disponibles, inclusive las medidas cautelares²⁰. En el marco de esa opción, el Grupo de Trabajo tal vez desee decidir si su labor debería limitarse a ofrecer una cláusula modelo sobre la transparencia o si debería abarcar también otras cuestiones sobre las que los Estados tal vez desearan recibir orientación para redactar la cláusula sobre solución de controversias en sus tratados internacionales de inversiones.

2. Reglas de arbitraje especiales

25. El Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar la opción de redactar reglas específicas de arbitraje que traten de la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de tratados, entre inversionistas y un Estado, ya sea en forma de reglas de arbitraje separadas o como anexo del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En ambos casos, la existencia de un conjunto de reglas específicas aplicables únicamente al arbitraje en materia de inversiones podría plantear difíciles problemas respecto de la definición de este tipo de arbitraje (regulado por esas reglas) frente a otros tipos de arbitraje (a los que esas reglas específicas no serían aplicables).

Deliberaciones anteriores del Grupo de Trabajo

26. En el 46° período de sesiones del Grupo de Trabajo (Nueva York, 5 a 9 de febrero de 2007), se sugirió que se introdujeran disposiciones concretas en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI para asegurar la transparencia en los procedimientos de arbitraje en que interviniera un Estado²¹. El Grupo de Trabajo había decidido seguir un enfoque genérico por el que se trataría de hallar denominadores comunes que fueran aplicables a todos los tipos de arbitraje, independientemente del tema de la controversia, en vez de tratar de resolver

¹⁹ Resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General [Anuario 1968-1970, primera parte, cap. II, sección E]. Cabe recordar que el mandato se basa en la consideración de que la cooperación comercial internacional entre Estados es un importante factor en la promoción de las relaciones de amistad y, por consiguiente, en el mantenimiento de la paz y la seguridad, de que los intereses de todos los pueblos, en particular de los países en desarrollo, exigen que se mejoren las condiciones que favorezcan un amplio desarrollo del comercio internacional, y de que las divergencias resultantes de las legislaciones de distintos Estados en cuestiones de comercio internacional constituyen uno de los obstáculos para el desarrollo del comercio mundial.

²⁰ Véase *International Investment Arrangements: Trends and emerging issues*, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, Part II. Key Issues in New Generations IIAs, J. Investor States Dispute settlement (Nueva York y Ginebra, 2006), págs. 49 y 50; disponible, el 29 de julio de 2010, en el sitio http://www.unctad.org/en/docs/iteiit200511_en.pdf.

²¹ Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 46° período de sesiones, A/CN.9/619, párr. 61.

situaciones específicas²². En ese período de sesiones, el Grupo de Trabajo había examinado además si sería adecuado introducir en el Reglamento una disposición general sobre la confidencialidad en los procedimientos arbitrales o de los materiales, inclusive los alegatos, que se presentaran al tribunal arbitral²³. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en no introducir en el Reglamento ninguna disposición sobre la confidencialidad de los procedimientos²⁴.

27. El Grupo de Trabajo tal vez desee recordar también las deliberaciones mantenidas en su 48° período de sesiones (Nueva York, 4 a 8 de febrero de 2008) en relación con la transparencia en los arbitrajes entablados entre inversionistas y un Estado, y tal vez desee tomar nota de que en los anexos I a III del informe sobre la labor realizada en ese período de sesiones se reproducen las declaraciones hechas por las delegaciones a este respecto²⁵.

Reglas separadas para los arbitrajes en materia de inversiones

28. En caso de que el Grupo de Trabajo decidiera adoptar reglas separadas en materia de transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de tratados, entre inversionistas y un Estado, tal vez desee estudiar hasta qué punto ese enfoque contribuiría a mantener la aplicabilidad general del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Además, el Grupo de Trabajo tal vez desee estudiar si sería apropiado limitar la elaboración de nuevas reglas para los arbitrajes sobre inversiones a la cuestión de la transparencia, habida cuenta de las cuestiones suplementarias que, en principio, habría que abordar también en todo reglamento para los arbitrajes sobre inversiones.

Anexo del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

29. En caso de que el Grupo de Trabajo decidiera que es necesario complementar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI con un anexo en el que se aborde la transparencia en el procedimiento de los arbitrajes entre inversionistas y un Estado, ese anexo podría contener reglas específicas sobre la transparencia o bien recomendaciones que dieran orientación a los tribunales arbitrales.

30. De adoptarse esa opción, tal vez habría que estudiar en qué grado ese anexo vincularía a las partes (habida cuenta del carácter consensual del arbitraje).

²² *Ibid.*, párr. 62.

²³ *Ibid.*, párr. 127.

²⁴ *Ibid.*, párrs. 128 a 133. Los partidarios de tal disposición sobre la confidencialidad hicieron referencia a una serie de reglamentos de arbitraje internacionales como el Reglamento de Arbitraje de la LCIA y el de la OMPI, que contenían disposiciones concretas sobre la confidencialidad. En contra de esa disposición se sugirió que su inclusión en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI iría en contra de la tendencia actual hacia una mayor transparencia en los procedimientos internacionales. También se dijo que el objetivo de fondo de la revisión del Reglamento era conferir flexibilidad a fin de dar cabida a los cambios en las leyes y las prácticas. A este respecto se observó que la confidencialidad era un tema sobre el que las leyes y las prácticas aún estaban en evolución.

²⁵ Informe del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje y Conciliación acerca de la labor realizada en su 48° período de sesiones, A/CN.9/646, párrs. 54 a 69.

3. Directrices

31. Otra posible opción para regular la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado consistiría en redactar directrices para dar orientación a los Estados a la hora de negociar tratados internacionales de inversiones, a los tribunales arbitrales que tuvieran que decidir sobre tales cuestiones, a las partes en los procedimientos de arbitraje y a otras partes que tuvieran un interés legítimo en el resultado de un arbitraje.
