



# Asamblea General

Distr. general  
17 de octubre de 2011  
Español  
Original: inglés

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

45º período de sesiones

Nueva York, 18 de junio a 6 de julio de 2012

[o Viena, 9 a 27 de julio de 2011]

### Informe del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) sobre la labor realizada en su 55º período de sesiones (Viena, 3 a 7 de octubre de 2011)

#### Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción . . . . .	1-3	3
II. Organización del período de sesiones . . . . .	4-10	3
III. Deliberaciones y decisiones . . . . .	11	5
IV. Preparación de una norma jurídica acerca de la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado . . . . .	12-135	5
A. Reglamento sobre la transparencia exigible en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado . . . . .	13-133	5
1. Observaciones generales sobre la estructura del reglamento sobre transparencia . . . . .	13	5
2. Preámbulo – Objetivos del reglamento . . . . .	14-17	6
3. Artículo 1 – Ámbito de aplicación y estructura del reglamento . . . . .	18-40	6
4. Artículo 2 – Apertura de las actuaciones arbitrales . . . . .	41-53	12
5. Artículo 3 – Publicación de documentos . . . . .	54-66	14
6. Artículo 4 – Publicación de laudos arbitrales. . . . .	67	17
7. Artículo 5 – Presentaciones a cargos de terceros y de partes no litigantes . . . . .	68-98	17



8.	Artículo 6 – Audiencias y publicación de transcripciones de las audiencias .....	99-109	23
9.	Artículo 7 –Excepciones a la transparencia .....	110-130	25
10.	Artículo 8 – Expediente de información publicada (“registro”) .....	131-133	30
B.	Aplicabilidad a la solución de controversias que surjan en el marco de tratados ya existentes .....	134-135	30

## I. Introducción

1. En su 43º período de sesiones (Nueva York, 21 de junio a 9 de julio de 2010), la Comisión, respecto de la futura labor sobre la solución de las controversias comerciales, recordó la decisión que había adoptado en su 41º período de sesiones (Nueva York, 16 de junio a 3 de julio de 2008)<sup>1</sup> de que, una vez concluida la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, se abordara, con carácter prioritario, el tema de la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado. La Comisión encomendó a su Grupo de Trabajo II la tarea de preparar una norma jurídica sobre este tema<sup>2</sup>.

2. En su 44º período de sesiones (Viena, 27 de junio a 8 de julio de 2011), la Comisión reiteró el compromiso que había expresado en su 41º período de sesiones acerca de la importancia de que se garantizara la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado. La Comisión confirmó que la cuestión de la aplicabilidad de la norma jurídica sobre la transparencia a los tratados de inversiones existentes formaba parte del mandato del Grupo de Trabajo y era una cuestión que revestía un gran interés práctico, habida cuenta del gran número de tratados ya concertados<sup>3</sup>. Además, la Comisión convino en considerar que la cuestión de una posible intervención en el arbitraje de un Estado no litigante pero que fuera parte en el tratado de inversiones entraba en el mandato del Grupo de Trabajo. La cuestión de si en la norma jurídica sobre la transparencia debía o no abordarse ese derecho de intervención y, en caso afirmativo, la determinación del alcance y de las modalidades de tal intervención debería ser objeto de un mayor examen por parte del Grupo de Trabajo<sup>4</sup>.

3. En el documento A/CN.9/WG.II/WP.165, párrafos 5 a 12, se encontrará la compilación más reciente de datos sobre el examen de la labor del Grupo de Trabajo por parte de la Comisión.

## II. Organización del período de sesiones

4. El Grupo de Trabajo, integrado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 55º período de sesiones en Viena del 3 al 7 de octubre de 2011. Asistieron al período de sesiones representantes de los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argentina, Australia, Austria, Brasil, Bulgaria, Camerún, Canadá, Chile, China, Colombia, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Filipinas, Francia, Grecia, India, Israel, Italia, Japón, Mauricio, México, Nigeria, Noruega, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Singapur, Tailandia, Turquía, Ucrania y Venezuela (República Bolivariana de).

5. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Belarús, Bélgica, Croacia, Ecuador, Eslovaquia, Finlandia, Indonesia,

<sup>1</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17 y corrección (A/63/17 y Corr 1)*, párr. 314.

<sup>2</sup> *Ibid.*, sexagésimo quinto período de sesiones, *Suplemento núm. 17 (A/65/17)*, párr. 190.

<sup>3</sup> *Ibid.*, sexagésimo sexto período de sesiones, *Suplemento núm. 17 (A/66/17)*, párr. 200.

<sup>4</sup> *Ibid.*, párr. 202.

Nueva Zelandia, Países Bajos, Panamá, República Democrática del Congo, República Dominicana, Rumania y Suiza.

6. Asistieron también al período de sesiones observadores de Palestina y de la Unión Europea.

7. Asistieron además al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) Sistema de las Naciones Unidas: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI);

b) Organizaciones intergubernamentales: Corte Permanente de Arbitraje (CPA) y Organización para la Armonización de la Legislación Empresarial en África (OHADA);

c) *Organizaciones no gubernamentales invitadas*: Alumni Association del Concurso de Arbitraje Comercial Internacional Simulado Willem C. Vis, Asociación de Arbitraje de Suecia, Asociación Internacional de Abogados, Asociación para la Promoción del Arbitraje en África, Association Suisse de l'Arbitrage, Asociación de Arbitraje de Suecia, Barreau de Paris, Belgian Centre for Arbitration and Mediation (CEPANI), Center for International Environmental Law (CIEL), Centro de Arbitraje Internacional de la Cámara Federal Económica de Austria, Centro Regional de Arbitraje de Teherán, China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC), Club de Árbitros de la Cámara de Arbitraje de Milán, Comité Français de l'Arbitrage, Consejo de la Abogacía Europea, Construction Industry Arbitration Council, Corporate Counsel International Arbitration Group, Corte Internacional de Arbitraje (CCI), Federación Interamericana de Abogados, Foro de Conciliación y Arbitraje Internacionales, Hong Kong International Arbitration Center, International Arbitration Institute, International Insolvency Institute, International Institute for Sustainable Development, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, New York State Bar Association, Pakistan Business Council, Tribunal de Arbitraje de Madrid y Unión Internacional de Abogados.

8. El Grupo de Trabajo eligió las siguientes autoridades:

*Presidente:* Sr. Salim Moollan (Mauricio)

*Relator:* Sr. Markus Maurer (Alemania)

9. El Grupo de Trabajo tuvo a su disposición los siguientes documentos: a) el programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.165); b) una nota de la Secretaría relativa a la preparación de una norma jurídica sobre la transparencia exigible en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado (A/CN.9/WG.II/WP.166 y Add.1); c) una nota de la Secretaría en la que se reproducen observaciones presentadas por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) (A/CN.9/WG.II/WP.167).

10. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.

4. Preparación de una norma jurídica acerca de la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado.
5. Otros asuntos.
6. Aprobación del informe.

### **III. Deliberaciones y decisiones**

11. El Grupo de Trabajo reanudó su labor sobre el tema 4 del programa basándose en las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.166 y Add.1; y A/CN.9/WG.II/WP.167). Las deliberaciones mantenidas y las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en relación con este tema del programa se reseñan en el capítulo IV. Se pidió a la Secretaría que preparara un proyecto de reglamento sobre la transparencia que se basara en las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo.

### **IV. Preparación de una norma jurídica acerca de la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado**

12. El Grupo de Trabajo reanudó los debates sobre la preparación de una norma jurídica acerca de la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado, basándose en los documentos A/CN.9/WG.II/WP.166 y A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, así como en el proyecto de reglamento sobre la transparencia que figura en esos documentos (“el reglamento sobre la transparencia”).

#### **A. Reglamento sobre la transparencia exigible en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado**

##### **1. Observaciones generales sobre la estructura del reglamento sobre la transparencia**

13. El Grupo de Trabajo recordó la decisión que había adoptado de que la norma jurídica sobre la transparencia se redactara en forma de reglamento, y no de directrices (A/CN.9/717, párr. 58). Antes de iniciar su primera lectura del reglamento sobre la transparencia, se hizo una presentación oral ante el Grupo de Trabajo sobre la estructura del reglamento. Su artículo 1 regulaba el ámbito de aplicación del reglamento sobre la transparencia y, en particular, la cuestión del modo en que se expresaría el consentimiento de los Estados parte en un tratado de inversiones de forma que el reglamento sobre la transparencia fuera aplicable a la solución de una controversia entre inversionistas y un Estado con arreglo al tratado. El párrafo 2 del artículo 1 tenía la finalidad de aclarar que, cuando el reglamento previera que el tribunal arbitral pudiera ejercer un poder discrecional, ese poder debería ejercerse teniendo en cuenta el legítimo interés público en la transparencia

de los arbitrajes entablados entre inversionistas y un Estado y en el procedimiento arbitral, así como el interés legítimo de las propias partes en una solución eficaz de su controversia. Los artículos 2 a 6 regulaban cuestiones sustantivas de la transparencia. En el artículo 7 se abordaban las excepciones a la transparencia, que se limitaban a la protección de la información de carácter confidencial y delicado y de la integridad del proceso arbitral. El artículo 8 tenía por objeto determinar a quién correspondería hacer pública la información.

## **2. Preámbulo: Objetivos del reglamento**

14. El Grupo de Trabajo recordó que el preámbulo del reglamento sobre la transparencia que figuraba en el párrafo 8 del documento A/CN.9/WG.II/WP.166 reflejaba una sugerencia hecha en el Grupo de Trabajo en el sentido de que en la introducción del instrumento se enunciaran los objetivos que habían de tener esas normas sobre la transparencia (A/CN.9/717, párr. 112). En el preámbulo se abordaba el equilibrio que el reglamento pretendía establecer para que, por una parte, hubiera verdaderas oportunidades de participación pública y, por otra, para que se resolvieran las controversias de manera justa y eficaz para las partes. Algunas delegaciones, que se declararon en contra de que se insertara un preámbulo en el reglamento sobre la transparencia, indicaron que un preámbulo sería inhabitual para un instrumento de esa índole y que no habría certeza sobre su carácter vinculante. Como variante, se sugirió que el contenido del preámbulo se insertara en la decisión de la Comisión por la que se adoptara el reglamento, así como en el texto de la resolución de la Asamblea General en el que se recomendara su uso. Se señaló otra variante similar que garantizaba el equilibrio entre los objetivos de transparencia y de solución eficaz y que ya figuraba en el párrafo 2 del artículo 1. Se sugirió que esa disposición reemplazara el preámbulo.

15. En cuanto a la redacción, se sugirió que, en aras de la coherencia con el párrafo 1 del artículo 17 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, revisado en 2010 (“el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010”), en la primera frase del preámbulo, que hablaba de una “solución rápida y eficiente” de las controversias, el texto dijera “solución equitativa y eficiente” (véase también el párrafo 39 *infra*).

16. Se expresó la opinión de que tal vez fuera preferible aplazar la decisión sobre la eventual necesidad de incluir un preámbulo en el texto hasta que se hubiera examinado todo el contenido del reglamento sobre la transparencia.

17. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en ocuparse de la cuestión en un futuro período de sesiones.

## **3. Artículo 1: Ámbito de aplicación y estructura del reglamento**

### **a. Artículo 1, párrafo 1: Ámbito de aplicación**

*“Solución de adhesión o solución de rechazo o exclusión”*

18. El Grupo de Trabajo examinó el párrafo 1 del artículo 1 del reglamento que figuraba en el párrafo 10 del documento A/CN.9/WG.II/WP.166. Este párrafo regulaba el ámbito de aplicación de las normas sobre la transparencia y preveía dos opciones y también variantes. El Grupo de Trabajo convino en que sería útil analizar el párrafo 1 del artículo 1 para determinar las tendencias existentes en los

Estados miembros en lo relativo a la aplicación de las normas sobre la transparencia. Quedó generalmente entendido que, en esa etapa de las deliberaciones, no podría adoptarse ninguna decisión y que ese tema requeriría un mayor examen en futuros períodos de sesiones del Grupo de Trabajo.

19. Se expresó la opinión de que cabía determinar distintos aspectos en lo que se refiere al ámbito de aplicación del reglamento. Se sostuvo que habría que hacer una distinción entre el ámbito material de aplicación, que se refería a la cuestión de si el reglamento sobre la transparencia sería aplicable en el contexto de arbitrajes entablados únicamente en el marco del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o si lo sería también en virtud de otro reglamento por el que optaran las partes, y el ámbito temporal de aplicación, que planteaba la cuestión de si el reglamento sobre la transparencia sería aplicable únicamente a los arbitrajes entablados en el marco de tratados de inversiones celebrados después de la entrada en vigor del reglamento o también a los arbitrajes basados en tratados concertados después de esa fecha.

*Solución de rechazo o exclusión, aplicación material*

20. En la opción denominada “de rechazo” se disponía que: “el Reglamento sobre la Transparencia será aplicable a todo arbitraje entablado en función del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en conformidad con un tratado que establezca la protección de las inversiones (“el tratado”) [que haya entrado en vigor] después de [la fecha de aprobación del Reglamento sobre la Transparencia], a menos que el tratado disponga la no aplicabilidad del Reglamento sobre la Transparencia”. Esa opción establecía la presunción de que el reglamento sobre la transparencia sería aplicable a modo de suplemento del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI cuando los tratados de inversiones previeran que se recurriera a este Reglamento, a menos que, en el tratado de inversiones, los Estados dispusieran lo contrario, excluyendo explícitamente la aplicación del reglamento sobre la transparencia. Se consideraría que los Estados habían consentido en que el reglamento sobre la transparencia fuera aplicable cuando, en los tratados de inversiones, las partes incluyeran una remisión al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, a sabiendas de que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI contenía normas sobre la transparencia. Se entendería entonces que la aplicación del reglamento sobre la transparencia sería la norma, aunque las partes conservarían la facultad para excluir expresamente su aplicación.

21. Se opinó que esa opción únicamente podía aplicarse a los arbitrajes entablados en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, pero no en el contexto de arbitrajes regidos por otros reglamentos internacionales de arbitraje. Se subrayó que si el reglamento sobre la transparencia se aplicaba solamente a los arbitrajes entablados en el marco del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, ello permitiría al inversionista optar por otra vía de arbitraje que no previera disposiciones sobre la transparencia. Una delegación preguntó si sería conveniente que tal aplicación tuviera esa consecuencia. Se afirmó que, en principio, la solución de exclusión no era incompatible con la aplicación del reglamento sobre la transparencia a arbitrajes entablados en virtud de otros reglamentos internacionales de arbitraje, ya que las partes en un tratado de inversiones también podían convenir en aplicarlo a esos otros arbitrajes.

*Solución de rechazo o exclusión, aplicación temporal: “[que haya entrado en vigor]”*

22. Las delegaciones partidarias de la opción 1 expresaron opiniones divergentes acerca de si era conveniente o no mantener en la opción 1 las palabras “que haya entrado en vigor”, que figuraban entre corchetes.

23. Si se mantenían en ese párrafo las palabras “que haya entrado en vigor”, el reglamento sobre la transparencia sería aplicable, sin efecto retroactivo, a los tratados concertados después de su fecha de aprobación. En favor de ese argumento, se dijo que los Estados parte en el tratado de inversiones sabrían que la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI implicaría automáticamente la aplicabilidad del reglamento sobre la transparencia a los tratados de inversiones celebrados después de la fecha de adopción de ese reglamento. Para los tratados concertados antes de esa fecha, convendría examinar soluciones como las que se describían en los párrafos 15 a 23 del documento A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1.

24. Si se suprimieran las palabras “que haya entrado en vigor”, el reglamento sobre la transparencia sería aplicable a cualquier arbitraje entablado conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI después de la fecha de aprobación del reglamento sobre la transparencia, aun cuando el tratado hubiera entrado en vigor antes de esa fecha (siempre y cuando ese tratado no previera la aplicación de una versión anterior del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI). Las delegaciones partidarias de la aplicación del reglamento sobre la transparencia a los tratados de inversiones celebrados antes de la fecha de aprobación de ese reglamento pusieron de relieve que algunos tratados podrían interpretarse en el sentido de que permitían tal aplicación. Este sería el caso de los tratados de inversiones que remitieran a la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en vigor en el momento de entablarse el arbitraje. Se observó que, con arreglo a esa opción, en determinados casos, si los Estados parte en un tratado existente no quisieran que se aplicara el reglamento sobre la transparencia, habrían de enmendar o modificar en ese sentido su tratado de inversiones.

*Solución de adhesión, aplicación material y aplicación temporal*

25. En la segunda opción (“solución de adhesión”) se requeriría que los Estados adoptaran expresamente el reglamento sobre la transparencia para que fuera aplicable. Se propuso al Grupo de Trabajo que examinara dos variantes: la variante 1, en virtud de la cual el reglamento sobre la transparencia sería aplicable a cualquier arbitraje entablado en virtud de cualquier reglamento de arbitraje, y la variante 2, que limitaba la aplicación del reglamento sobre la transparencia a los arbitrajes entablados conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En ambos casos, el consentimiento de los Estados para que se aplicara el reglamento sobre la transparencia podía darse respecto de los arbitrajes entablados en el marco de tratados de inversiones concertados antes o después de la fecha de aprobación del reglamento. En ese caso, el reglamento sobre la transparencia constituiría un texto autónomo de por sí.

26. Hubo una mayoría de delegaciones que prefirió la opción 2 porque eran partidarias de que los Estados consintieran expresamente en la aplicación del reglamento sobre la transparencia y porque estimaban que esa solución garantizaría

que los Estados adoptaran, con conocimiento de causa, la decisión de aplicar esa norma.

27. Respecto de la opción 2, variante 1, se sugirió que tal vez sería más simple limitar la aplicación del reglamento sobre la transparencia a los arbitrajes entablados en el marco del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, pues se consideró que podría haber incertidumbre y dificultades jurídicas si se aplicaba el reglamento sobre la transparencia conjuntamente con otro reglamento de arbitraje.

28. Se invitó a las instituciones que se ocupaban del arbitraje a que formularan comentarios acerca de si cabía prever la posibilidad de que se aplicara el reglamento sobre la transparencia a los arbitrajes regidos por sus respectivos reglamentos. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya confirmaron que, en principio, era improbable que la aplicación de normas sobre la transparencia paralelamente a sus respectivos reglamentos creara problemas. Todas las instituciones manifestaron su interés en colaborar en la determinación del modo en que podían aplicarse en la práctica normas sobre la transparencia a casos de arbitraje administrados conforme a sus respectivos reglamentos de arbitraje. Además, el CIADI informó al Grupo de Trabajo de que ya había adquirido experiencia en la aplicación de una norma más amplia sobre la transparencia en el contexto de arbitrajes llevados a cabo en el CIADI en virtud del Acuerdo de Libre Comercio República Dominicana, Centroamérica, Estados Unidos (RD-CAFTA-EE.UU.). El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo explicó que el Reglamento de la Cámara se aplicaba del mismo modo a los procedimientos arbitrales comerciales y a los relativos a inversiones y que, si bien ese reglamento preveía el principio de la confidencialidad, las partes podían convenir en apartarse de él.

29. Tras haber escuchado las observaciones de las instituciones de arbitraje, varias delegaciones estimaron que la variante 1 de la opción 2 podría ser una solución viable que permitiría una aplicación más amplia del reglamento sobre la transparencia, lo cual se consideró acorde con el mandato que la Comisión había dado al Grupo de Trabajo.

30. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo observó que una mayoría de las delegaciones se inclinaba por la opción 2, quedando entendido que las dos variantes que contenía habrían de seguir examinándose en un futuro período de sesiones del Grupo de Trabajo. Algunas delegaciones apoyaron la opción 1, aunque hubo divergencias acerca de si en el párrafo 1 del artículo 1 debería abordarse la cuestión de la aplicación del reglamento sobre la transparencia a los tratados de inversiones existentes o si esa cuestión debería tratarse mediante la adopción de otros instrumentos. Se sugirió que la opción 1, que se limitaba al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, quedara a su vez limitada a los futuros tratados de inversiones y se combinara con la variante 1 de la opción 2, que abarcaba todas las demás situaciones (por ejemplo, la aplicación a los tratados existentes y con independencia del reglamento de arbitraje elegido por las partes). El Grupo de Trabajo convino en seguir examinando las dos opciones y sus dos variantes en un futuro período de sesiones. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que le proporcionara un análisis de las cuestiones que pudieran plantearse al aplicar el reglamento sobre la transparencia a arbitrajes entablados tanto en virtud de la versión original de 1976

del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI como de su versión revisada de 2010, y que ese análisis se refiriera a las diversas opciones previstas en el artículo 1 y también respecto de otras disposiciones sustantivas del reglamento sobre la transparencia.

*Relación entre el reglamento sobre la transparencia y cualquier disposición del tratado de inversiones relativa a la transparencia*

31. El Grupo de Trabajo estudió la relación entre el reglamento de transparencia y toda otra disposición sobre la transparencia prevista en un tratado de inversiones en virtud de la cual pudiera entablarse un arbitraje. Habida cuenta de ello, se sugirió que en el reglamento sobre la transparencia se insertaran palabras para indicar que el reglamento no primaría sobre una disposición del tratado de inversiones pertinente que exigiera un mayor nivel de transparencia. El Grupo de Trabajo consideró aceptable ese criterio y pidió a la Secretaría que redactara una disposición conforme a esa sugerencia para poderla examinar en un futuro período de sesiones.

*Aplicación del reglamento sobre la transparencia por las partes litigantes*

32. El Grupo de Trabajo examinó seguidamente si en el artículo 1 debería incluirse una disposición relativa a la aplicación del reglamento sobre la transparencia por las partes litigantes para tener en cuenta las deliberaciones que tuvieron lugar en su 54º período de sesiones (A/CN.9/717, párrs. 47 a 55). La finalidad de esa disposición sería aclarar que una vez que los Estados parte en el tratado de inversiones convinieran en que el reglamento sobre la transparencia sería aplicable de conformidad con el párrafo 1) del artículo 1, las partes litigantes no tendrían derecho a excluir su aplicación ni a modificarla.

33. Muchas delegaciones estuvieron de acuerdo en que no debería haber una disposición que permitiera a las partes litigantes modificar una oferta de arbitraje transparente por la razón básica de que no sería apropiado que las partes en litigio revocaran una decisión sobre esa cuestión. Además, con la norma jurídica de la transparencia no se pretendía beneficiar únicamente al inversionista y al Estado anfitrión, sino también al público en general y, por lo tanto, no correspondía a las partes litigantes renunciar a disposiciones sobre la transparencia adoptadas por los Estados.

34. El Grupo de Trabajo examinó a continuación la propuesta de redacción de dicha disposición que figuraba en el párrafo 21 del documento A/CN.9/WG.II/WP.166. Se sostuvo que las palabras “El Reglamento sobre la Transparencia tiene por objeto conferir derechos y beneficios al público en general” tenían que desarrollarse o deberían suprimirse. Otra opción sería sustituir esa oración por una cláusula que dijera “El Reglamento sobre la Transparencia se adopta en aras del interés público (...)”. Se apoyó la supresión de la frase por ser su contenido demasiado descriptivo e innecesario.

35. También se sugirió suprimir las palabras “en el curso del arbitraje”, ya que la disposición debería sentar claramente que las partes litigantes no tenían derecho a excluirse de la aplicación o a restringir la aplicación de las normas sobre la transparencia en ningún momento, ya fuera antes del procedimiento de arbitraje o durante el mismo.

36. Predominó la opinión favorable a incluir la propuesta mencionada en el párrafo 21 del documento A/CN.9/WG.11/WP.166, teniendo en cuenta las adaptaciones de redacción requeridas, y el Grupo de Trabajo acordó estudiar más a fondo la cuestión en un futuro período de sesiones. Varias delegaciones consideraron que, de acuerdo con el principio de la autonomía de las partes, las partes litigantes deberían poder convenir en no aplicar el reglamento sobre la transparencia.

*“un tratado que estipule la protección de las inversiones”*

37. El Grupo de Trabajo convino en que debería aclararse la expresión “un tratado que estipule la protección de las inversiones” que figura en el párrafo 1) del artículo 1, a fin de delimitar su ámbito de aplicación. Se señaló que el concepto de un “tratado que estipule la protección de las inversiones”, en el marco del reglamento, era una cuestión importante, pues era ese concepto el que daba paso a la aplicación de las normas sobre la transparencia. Hubo acuerdo en que tal concepto debería entenderse en sentido amplio, para englobar los acuerdos de libre comercio y los tratados de inversiones bilaterales y multilaterales, siempre que en ellos figuren disposiciones sobre la protección de un inversionista o de una inversión y sobre su derecho a recurrir al arbitraje entre inversionistas y un Estado. Además, se señaló que en muchos tratados de inversiones se preveía la solución de controversias entre los Estados parte contratantes y entre el inversionista y un Estado. Teniendo esto presente, se hizo observar que era menester aclarar que el reglamento sobre la transparencia se aplicaría solamente a la solución de controversias para la protección de las inversiones y los inversionistas, y no a una controversia entre Estados en el marco del tratado. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que, en la próxima versión revisada del reglamento, insertara palabras que aclarasen ese concepto.

**b. Artículo 1, párrafo 2: Estructura del reglamento sobre la transparencia**

38. El Grupo de Trabajo examinó el párrafo 2 del artículo 1 del reglamento, que figuraba en el párrafo 10 del documento A/CN.9/WG.11/WP.166. Se hizo observar que el párrafo 2 del artículo 1 se refería a la estructura del reglamento sobre la transparencia (véase también el párrafo 13 *supra*). En él se aclaraba que cada una de las normas sustantivas enunciadas en los artículos 2 a 6 estaba sujeta a las excepciones limitadas previstas en el artículo 7. También se recogían los debates celebrados en el Grupo de Trabajo al efecto de que, aunque era necesario compaginar el interés público en la transparencia del arbitraje entablado entre inversionistas y un Estado en el marco de un tratado con el legítimo interés propio de las partes litigantes en una solución rápida y eficaz de su controversia, las excepciones del artículo 7 deberían aplicarse estrictamente y constituir las únicas limitaciones de las normas sobre la transparencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 a 6 (A/CN.9/717, párrs. 129 a 143).

39. El principio enunciado figura en el párrafo 2 del artículo 1 recibió amplio apoyo. Se formularon algunas sugerencias acerca de la redacción. Para adecuar el texto al enunciado del párrafo 1 del artículo 17 del Reglamento de 2010, se sugirió sustituir la palabra “rápida”, que aparece en la última oración del párrafo 2 del artículo 1, por la palabra “equitativa” (véase también el párrafo 15 *supra*). Se sugirió asimismo suprimir las dos primeras frases del párrafo, ya que se

consideraron demasiado descriptivas, además de repetitivas del contenido del párrafo 1 del artículo 7 y, en consecuencia, redundantes. Se señaló que las consideraciones de derechos humanos podrían entrar en el ámbito del inciso i) del párrafo 2. Además, se sugirió, como cuestión de redacción, que se aclarase que en el inciso i) del párrafo 2 se enunciaban dos cuestiones de interés público: el arbitraje entre inversionistas y un Estado en el marco de un tratado, en general, y el propio procedimiento de arbitraje.

40. Tras un debate, el Grupo de Trabajo acordó que se reformulara el párrafo 2 ajustándolo a lo sugerido en el párrafo 39 *supra*, para que el Grupo de Trabajo prosiguiera su examen en un futuro período de sesiones.

#### **4. Artículo 2. Apertura de las actuaciones arbitrales**

41. En el marco de las deliberaciones sobre las disposiciones sustantivas referentes a la transparencia que figuraban en los artículos 2 a 6 del reglamento sobre la transparencia, se recordó al Grupo de Trabajo el mandato que tenía de preparar una norma jurídica sobre la transparencia que reflejara las mejores prácticas que se seguían en materia de transparencia en el contexto de los arbitrajes entre inversionistas y un Estado. En su 54° período de sesiones, el Grupo de Trabajo había convenido en proceder a examinar la forma de dar la máxima transparencia a la norma jurídica redactándola en forma de reglamento. Y efectivamente así se hizo, quedando entendido que las delegaciones que inicialmente propusieron que la norma jurídica sobre la transparencia revistiera la forma de directrices habían convenido en la preparación de un proyecto de reglamento, siempre y cuando ese reglamento fuera únicamente aplicable cuando se hiciera una referencia expresa a él (solución de adhesión). Se opinó que tal vez habría que reconsiderar el contenido de las normas sobre la transparencia y que tal vez habría que rebajar los requisitos de transparencia si el Grupo de Trabajo decidía ulteriormente que la aplicación del reglamento sobre la transparencia se basara en una solución de exclusión (A/CN.9/717, párrs. 26 y 58).

42. El Grupo de Trabajo pasó a examinar el artículo 2, relativo a la información que habría de facilitarse al público en la etapa de apertura de las actuaciones arbitrales, conforme a lo enunciado en el párrafo 24 del documento A/CN.9/WG.II/WP.166. El artículo 2 contenía distintas opciones de redacción que reflejaban las opiniones divergentes expresadas durante el 54° período de sesiones (A/CN.9/717, párrs. 60 a 74). La opción 1 preveía la divulgación de alguna información al abrirse las actuaciones, pero no abordaba la publicación de la notificación de arbitraje. Conforme a esa opción, la publicación de la notificación de arbitraje se trataría en el artículo 3 del reglamento sobre la transparencia, después de la constitución del tribunal arbitral. La opción 2 preveía la publicación de la notificación de arbitraje al inicio del procedimiento arbitral, antes de la constitución del tribunal arbitral, y en ella se preveían dos variantes.

##### *Publicación de información general*

43. En el Grupo de Trabajo se acordó en general que antes de la constitución del tribunal arbitral había que facilitar algún tipo de información, a fin de que el público en general quedara informado del inicio de las actuaciones. El Grupo de Trabajo convino en que, antes de la constitución del tribunal arbitral, el artículo 2 debía proporcionar, como mínimo, información sobre el nombre de las partes y una indicación amplia del sector económico afectado. Se comentó que esa propuesta

estaba en consonancia con la práctica que actualmente se seguía en el CIADI (véase A/CN.9/WG.II/WP.167, párrs. 5 a 7) y que, por lo tanto, muchos Estados conocían el procedimiento que preveía. Se convino en que el artículo 2 se insertara una remisión al tratado de inversiones en que se basara la demanda, pues se consideró una cuestión de hecho con pocas probabilidades de crear polémica. El Grupo de Trabajo convino en que las nacionalidades de las partes, así como la breve descripción del objeto de la demanda, enunciadas en la opción 1 del artículo 2, no formarían parte de la información que debiera hacerse pública en la fase inicial de las actuaciones, ya que esa información podría ser controvertida.

#### *Medios de publicación*

44. Sobre la cuestión de los medios de publicación se prefirió una publicación a través de un archivo de información publicada (“registro”), pues se consideró que la intervención de una institución neutral para encargarse de la publicación, en particular en esa etapa de las actuaciones, era la solución preferible. El Grupo de Trabajo convino en que cualquiera de las partes, y no únicamente el demandado, debería tener derecho a comunicar la notificación de arbitraje al registro, el cual podría a su vez extraer de ella la información pertinente enumerada en el párrafo 43 *supra*, con miras a publicarla.

45. Se planteó la cuestión de si procedía declarar obligatoria la publicación de información en esa etapa y, en caso afirmativo, si había que prever alguna sanción en caso de que las partes incumplieran su obligación de comunicar información al registro. Se opinó que la cuestión de las sanciones era difícil de abordar en un instrumento de la naturaleza del reglamento.

46. Se pidió a la Secretaría que propusiera una nueva versión de la opción 1 del artículo 2 que se basara en las deliberaciones reseñadas en los párrafos 43 y 44 *supra*.

#### *Publicación de la notificación de arbitraje (y de la respuesta a la misma)*

47. El Grupo de Trabajo pasó a ocuparse de la cuestión de si, además de la publicación de la información general mencionada en el párrafo 43 *supra*, también habría que hacer pública la notificación de arbitraje antes de la constitución del tribunal arbitral, como se prevé en la opción 2.

48. Las delegaciones que se habían declarado partidarias de que se publicara la notificación de arbitraje antes de la constitución del tribunal arbitral consideraron que la divulgación de la notificación de arbitraje en una etapa inicial permitiría al público en general no solo quedar informado de la apertura de las actuaciones sino también expresar sus opiniones en esta etapa inicial. Se consideró que la política más transparente consistiría en que la notificación de arbitraje se divulgara sin demora y que esa divulgación permitiera proteger la información delicada y confidencial, tal como se propone en la variante 1 de la opción 2.

49. No obstante, se formularon reservas sobre la publicación de la notificación de arbitraje antes de la constitución del tribunal arbitral. Se sugirió que se aclarara el hecho de que la información debería comunicarse “sin demora”, tal como se proponía en la opción 2. Se observó que no todos los Estados estaban necesariamente preparados para proceder oportunamente a la publicación de la notificación de arbitraje y que el Estado demandado necesitaría tiempo para organizar su defensa y preparar su respuesta a la notificación de arbitraje.

Se recordó que, conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el tribunal arbitral podía nombrarse en el plazo de dos o tres meses a partir de la fecha de la notificación de arbitraje. Además se observó que, entre la notificación y la presentación de la respuesta, había posibilidades de llegar a un acuerdo que se verían frustradas en cuanto se divulgaran las posturas de las partes en la notificación y en la respuesta.

50. Se formularon preguntas sobre la forma de proceder a la publicación y los costos que entrañaría, por ejemplo, los costos del mantenimiento de un sitio seguro en Internet y de la expurgación de la información confidencial y delicada que contuviera la notificación de arbitraje y quizá también la respuesta a la misma. Se comentó también que sería más apropiado regular la publicación de la notificación de arbitraje en el artículo 3, relativo a la publicación de documentos, pues se consideró que el tribunal arbitral es el que estaría más capacitado para tratar cuestiones como la información confidencial y delicada que pudiera figurar en la notificación de arbitraje, y que el análisis del contenido de la notificación de arbitraje iría más allá de las funciones asignadas a un registro.

51. Se respondió que las delegaciones partidarias de la publicación de la notificación de arbitraje antes de la constitución del tribunal arbitral sostuvieron que habría que ponderar los gastos de publicación de la notificación de arbitraje teniendo en cuenta los valores de la transparencia y de la rendición de cuentas, que deberían prevalecer. Se consideró que la publicación de la notificación de arbitraje no entrañaría gastos para el registro, ya que correspondería a las partes encargarse de la presentación de una versión de la notificación en la que se hubiera expurgado la información confidencial y delicada. Se dijo además que, según la experiencia registrada hasta la fecha, la divulgación de la notificación de arbitraje en una etapa inicial del procedimiento no era óbice para que se llegara a una solución amigable de la controversia. A fin de mitigar las preocupaciones sobre las posibles controversias entre las partes acerca de la información que debiera expurgarse de la notificación, se sugirió que el tribunal arbitral, una vez constituido, estuviera facultado para resolver tales controversias, y que la cuestión se aclarara en la opción 2.

52. Se apoyó la propuesta de que si debiera publicarse la notificación de arbitraje, también hubiera que publicar la respuesta a la misma. A fin de garantizar la equidad, se sugirió que los detalles sobre la controversia que figuraran en la notificación no se divulgaran hasta que el Estado demandado hubiera tenido oportunidad de presentar sus argumentos en su respuesta a la notificación.

53. Tras deliberar, la opinión preponderante de las delegaciones iba en contra de que se publicara la notificación de arbitraje antes de la constitución del tribunal arbitral, y una minoría de las delegaciones propugnaba la pronta publicación de la notificación. Se pidió a la Secretaría que propusiera una versión revisada de la variante 1 de la opción 2 que tuviera en cuenta las deliberaciones mencionadas.

## **5. Artículo 3. Publicación de documentos**

54. El Grupo de Trabajo recordó las deliberaciones que había mantenido en su 53° período de sesiones, en las que se expresaron diversos pareceres acerca de si debía publicarse la documentación del proceso y, en tal caso, cuáles serían los documentos que se publicarían (A/CN.9/712, párrs. 40 a 42). En el 54° período de sesiones del Grupo de Trabajo se propusieron distintos enfoques al examinarse esta

cuestión (A/CN.9/717, párrs. 87 a 92). Esos enfoques se habían plasmado en el artículo 3, que figuraba en el párrafo 32 del documento A/CN.9/WG.II/WP.166.

*Opción 1: publicación de todos los documentos*

55. Conforme a la opción 1, los documentos que debían publicarse eran todos los documentos que se presentaran al tribunal arbitral o que él mismo emitiera, a reserva de lo que se disponga en el artículo 7. Si determinados documentos que habrían de publicarse no pudieran hacerse públicos, los terceros deberían tener un derecho de acceso a la información. Esta opción no obtuvo apoyo.

*Opción 2: publicación de documentos a discreción del tribunal arbitral*

56. Conforme a la opción 2, correspondería al tribunal arbitral decidir qué documentos deberían publicarse, a menos que las partes litigantes se opusieran a su publicación. Se recordó a unas cuantas delegaciones que habían declarado preferir la opción 2 que esa opción sería incluso más estricta que el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (tanto la versión de 1976 como la de 2010), al dotar a las partes de un derecho de veto, con lo que no se promovería la transparencia. Se opinó además que se impondría una carga al tribunal arbitral, al tener que decidir qué documentos habrían de divulgarse, y se consideró que ese procedimiento podría restar eficiencia al procedimiento arbitral. Esta opción obtuvo escaso apoyo.

*Opción 3: lista de documentos que se habrán de publicar*

57. Según la tercera opción, la disposición sobre la publicación de documentos contenía un primer párrafo en el que se enumerarían los documentos que pudieran divulgarse, ya sea automáticamente o por decisión del tribunal arbitral. El párrafo 2 daba al tribunal arbitral el poder discrecional de ordenar la publicación de cualquier documento recibido o emitido por él. El párrafo 3 permitía a los terceros solicitar acceso a cualquier documento presentado al tribunal arbitral o que él mismo hubiera emitido, y permitía al tribunal decidir a su discreción si otorgaba o no ese acceso.

58. Se apoyó con vehemencia la opción 3 por estimarse que la estructura de la disposición era muy clara al especificar, en un primer párrafo, qué documentos habrían de divulgarse; además, en un segundo párrafo se preveía la posibilidad de que el tribunal arbitral publicara documentos adicionales; y por último, al final del texto se permitía incluir cualquier otro documento que pudieran solicitar los terceros y que no se hubiera indicado en los dos primeros párrafos. Se consideró que esa propuesta compaginaba bien los documentos de publicación obligatoria y el ejercicio del poder discrecional del tribunal arbitral en la gestión del proceso.

*Párrafo 1*

59. Se expresaron opiniones divergentes sobre los documentos que deberían enumerarse en virtud del párrafo 1. Algunas delegaciones eran partidarias de la publicación de todos los documentos de procedimiento, de modo que podrían omitirse los párrafos 2 y 3, mientras que otras consideraban que la lista debería mantenerse limitada, a fin de dar efecto al poder discrecional del tribunal arbitral para ordenar la publicación de documentos suplementarios en virtud de los párrafos 2 y 3. Las delegaciones partidarias de una lista exhaustiva de documentos que se publicaran automáticamente propusieron que, además de los documentos ya enumerados en el párrafo 1, se agregaran los siguientes documentos: la respuesta a

la notificación de arbitraje, los dictámenes de los peritos nombrados por el tribunal arbitral, y todas las decisiones del tribunal arbitral.

60. Hubo discrepancias acerca de si el material probatorio, que podría constar de documentos voluminosos, debería figurar en la lista del párrafo 1. Se sugirió que, a fin de que las partes tuvieran conocimiento de los documentos que se presentarían durante las actuaciones, se agregara a la lista un índice de las pruebas que de otro modo no se presentarían. Se estimó que, en la versión inglesa, el concepto de “submission” (presentación) de una parte era muy vago. Se propuso que, en el párrafo 1, se insertara la palabra “written” antes de los términos “submissions” y “orders”.

61. Además, se estimó que los documentos enumerados hacían referencia a términos jurídicos que podían interpretarse de modos diferentes. A fin de resolver ese problema, se sugirió que se ajustara el texto del párrafo 1 a la terminología del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 y que se hiciera referencia a la notificación de arbitraje, a la respuesta dada a esa notificación, al escrito de demanda, a la contestación de la demanda, a cualquier dictamen de un perito, a los escritos presentados por *amici curiae* y por Estados parte no litigantes y a otras declaraciones escritas.

62. Se apoyó con vehemencia la publicación automática de los documentos enumerados sin que el tribunal arbitral ejerza ninguna facultad discrecional en virtud del párrafo 1.

#### *Párrafos 2 y 3*

63. Dado que en los párrafos 2 y 3 se permitía al tribunal arbitral ejercer su poder discrecional para ordenar la publicación de documentos adicionales, se propuso que, en el párrafo 2, se insertaran las palabras “, en el ejercicio de su discreción,” a fin de emplear terminología que se ajuste a la del párrafo 2 del artículo 1.

64. Una amplia mayoría de delegaciones se pronunció a favor del mantenimiento de las palabras que figuraban entre corchetes en ambos párrafos y que preveían la consulta de las partes por el tribunal arbitral.

#### *Proyecto revisado de opción 3*

65. Tras deliberar, la mayoría de las delegaciones se inclinaron por la opción 3, que constituiría una base para reanudar, en un futuro período de sesiones, el debate sobre el tema de la publicación de documentos. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de opción 3. El encabezamiento de su párrafo 1 diría “1. A reserva de las excepciones expresamente enunciadas en el artículo 7, se pondrán a la disposición del público los siguientes documentos:” La lista de documentos se dividiría en varias categorías como: i) la notificación de arbitraje y la respuesta a la misma, ii) las peticiones, iii) las declaraciones de testigos y los dictámenes de peritos, y iv) las pruebas, v) las presentaciones a cargo de terceros y de Estados parte no litigantes y vi) las decisiones y órdenes del tribunal arbitral. Se señaló que habría que examinar más detenidamente los documentos que deberían divulgarse en virtud del párrafo 1, así como el momento de su publicación. Se pidió a la Secretaría que preparara una lista de documentos que entrarán en las categorías mencionadas, empleando una terminología precisa y teniendo en cuenta los términos utilizados en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Los párrafos 2 y 3 se redactarían en términos como los siguientes:

“2. A reserva de las excepciones expresamente enunciadas en el artículo 7, el tribunal arbitral podrá, en el ejercicio de su poder discrecional, ordenar, en consulta con las partes litigantes, la publicación de los documentos que se le presenten o que él mismo haya emitido. 3. A reserva de las excepciones expresamente enunciadas en el artículo 7, los terceros podrán requerir el acceso a todo documento presentado al tribunal arbitral o que él mismo haya emitido, y el tribunal arbitral será el que decida si concede ese acceso, tras celebrar consultas con las partes litigantes”.

#### *Formas y medios de publicación*

66. El Grupo de Trabajo pasó a examinar dos opciones sobre la forma y los medios de publicación, enunciadas en el párrafo 32 del documento A/CN.9/WG.II/WP.166. Las delegaciones prefirieron la opción 1, que disponía que el tribunal arbitral debiera comunicar al archivo los documentos que habrían de publicarse. El Grupo de Trabajo convino en examinar, cuando se ocupe del artículo 7, la cuestión del momento oportuno para la publicación.

#### **6. Artículo 4. Publicación de laudos arbitrales**

67. El Grupo de Trabajo examinó el artículo 4, que figuraba en el párrafo 41 del documento A/CN.9/WG.II/WP.166. Numerosas delegaciones apoyaron el párrafo 1, en virtud del cual los laudos arbitrales de harían públicos a reserva de lo dispuesto en el artículo 7. El párrafo 2 contenía dos opciones que trataban de la cuestión de la forma y de los medios de publicación. Habida cuenta de la decisión adoptada sobre la forma y los medios de publicación en el marco del artículo 3 (véase el párrafo 66 *supra*), el Grupo de Trabajo convino en que la opción 1 era la preferible.

#### **7. Artículo 5. Presentaciones a cargo de terceros y de partes no litigantes**

##### **a. Artículo 5, párrafos 1 a 5: Presentaciones a cargo de terceros**

68. El Grupo de Trabajo examinó el artículo 5 que figuraba en el párrafo 43 del documento A/CN.9/WG.II/WP.166. Se aclaró que los debates sobre los párrafos 1 a 5 del artículo 5 se centrarían en las presentaciones a cargo de terceros, y no en las presentaciones hechas por Estados parte en el tratado de inversiones, pero que no fueran partes litigantes. Esa cuestión se trataría por separado (véanse los párrafos 78 a 98 *infra*).

##### *Opción 1*

69. La opción 1 se basaba en una disposición que figuraba en ciertos tratados de inversiones y en la que se permitía en principio que los terceros hicieran presentaciones, aunque sin precisar las modalidades. Una delegación se declaró partidaria de la opción 1 por estimar que esa disposición reflejaba la evolución en la práctica y que los tribunales arbitrales solían saber cómo tratar las presentaciones hechas por terceros, sin necesidad de orientaciones concretas. No obstante, se objetó que tal vez fueran muchos los Estados que no estaban acostumbrados a tratar las presentaciones a cargo de terceros en el contexto de procedimientos arbitrales, por lo que se consideró que en el reglamento debería darse una mayor orientación al respecto.

*Opción 2*

70. El Grupo de Trabajo convino en proceder sobre la base de la opción 2 que, según las delegaciones, daba la orientación requerida respecto de las presentaciones a cargo de terceros. La opción 2 reflejaba la propuesta de que se redactara una disposición del tenor del párrafo 2) del artículo 37 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, complementada por elementos abordados en el apartado 2 del párrafo B de la Declaración de la Comisión de Libre Comercio del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) sobre la participación de terceros en las actuaciones arbitrales, de 7 de octubre de 2004 (A/CN.9/717, párr.121). La opción 2 preveía un procedimiento detallado sobre la información que habría de facilitarse respecto del tercero que deseara presentar un escrito (párrafo 2); sobre las cuestiones que serían objeto de examen por parte del tribunal arbitral (párrafos 3 y 5); y sobre la presentación en sí (párrafo 4).

*“amicus curiae” - “tercero”*

71. Se formuló la pregunta de si habría que emplear el concepto de *amicus curiae*. Se sostuvo que ese concepto era bien conocido en determinados ordenamientos jurídicos, donde era empleado en el contexto del procedimiento judicial. Se comentó que la participación de un *amicus curiae* en un procedimiento arbitral era un fenómeno más reciente. A fin de prever reglas que fueran entendidas del mismo modo en todos los ordenamientos jurídicos, se recomendó que se evitara toda referencia al concepto de *amicus curiae* y que, en su lugar, se hablara de “presentación a cargo de terceros”, “participación de terceros” o que se utilizara una expresión similar. Esta propuesta obtuvo apoyo.

72. Otra pregunta que se formuló era la de si el término “tercero” era el más indicado, habida cuenta de las distintas interpretaciones que podían dársele en diferentes contextos y en distintos ordenamientos jurídicos. Se señaló al Grupo de Trabajo el párrafo 5 del artículo 17 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010, donde se hacía referencia a “terceros”. El Grupo de Trabajo tomó nota de la sugerencia de que se previera la utilización de los términos “partes no litigantes” o, en la versión inglesa, “third persons” en vez de “third parties” (para “terceros”), y pidió a la Secretaría que introdujera los cambios de redacción pertinentes.

73. También se puso en entredicho la conveniencia de emplear el término “presentación” (“submission”), habida cuenta de que ese término se utilizaba también en relación con los escritos que presentaban las partes litigantes ante el tribunal arbitral. Como variante, se sugirió emplear el término “comunicación”.

74. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en suprimir del título y del contenido de la disposición el concepto de *amicus curiae*, y pidió a la Secretaría que preparara un enunciado adecuado a ese respecto.

*Párrafos 2 y 4: límite de páginas*

75. Se observó que en el párrafo 2 se fijaba un límite de páginas para la solicitud presentada por un tercero al tribunal arbitral y, en el párrafo 4, para la presentación en sí. Se opinó que tal vez no sea apropiado fijar un límite específico de páginas para cada caso y que quizá fuera mejor dejar que el tribunal arbitral lo decidiera a su discreción. Así pues, se sugirió que, en el párrafo 2, se sustituyeran las palabras “en cinco páginas mecanografiadas” por las palabras “, de manera concisa, dentro

de los límites que fije el tribunal arbitral”, y que, en el párrafo 4, se suprimieran las palabras “[el escrito y sus apéndices, de 20 páginas mecanografiadas]”. Esta propuesta obtuvo un amplio apoyo.

*Párrafo 3: “entre otras cosas”*

76. Se observó que en el párrafo 3 no figuraban, antes de la enumeración de los criterios para la aceptación de una presentación, las palabras “entre otras cosas”, que sí figuraban en el párrafo 2) del artículo 37 del Reglamento del CIADI, en el que se basaba la opción 2. El Grupo de Trabajo convino en que se insertaran esas palabras en la versión revisada del párrafo 3, ya que de ese modo el tribunal arbitral podría ejercer su poder discrecional en cuanto a los criterios que considerara pertinentes.

*Párrafo 5*

77. Se expresó la opinión de que el párrafo 5 regulaba dos cuestiones que tal vez conviniera diferenciar. En relación con la primera parte del párrafo, que disponía que el tribunal arbitral debía cerciorarse de que el escrito no perturbaba el curso de las actuaciones ni imponía una carga excesiva ni causaba un perjuicio indebido a alguna de las partes litigantes, se dijo que para el tribunal arbitral ese objetivo podía ser difícil de cumplir. Se sugirió que se hiciera una distinción entre los efectos de procedimiento y los efectos sustantivos que pudiera tener una presentación. Desde el punto de vista del procedimiento, el tribunal arbitral debería cerciorarse de que las presentaciones de terceros no impondrían una carga al procedimiento arbitral y de que, por ejemplo, se cumplirían los plazos fijados. Se sugirió que se estudiara la posibilidad de abordar esa cuestión en una versión revisada del párrafo 5. En relación con la segunda parte del párrafo 5, relativa al hecho de que ambas partes deberían tener la oportunidad de formular observaciones sobre los escritos presentados por un tercero, se estimó en general que esta disposición era importante y que debería mantenerse en el texto.

**b. Artículo 5, párrafo 6: Presentaciones a cargo de partes no litigantes que sean partes en el tratado de inversiones**

78. En el 53º período de sesiones del Grupo de Trabajo se observó que tal vez un Estado parte en el tratado de inversiones, pero que no fuera parte litigante, deseara presentar algún escrito, fuera invitado a hacerlo o tuviera derecho a hacerlo en virtud del tratado. Se señaló que tal Estado o tales Estados disponían a menudo de información importante, como la relativa a los trabajos preparatorios, con lo cual se podía impedir la interpretación parcial de un tratado (A/CN.9/712, párr. 49). El Grupo de Trabajo convino en señalar ese asunto a la Comisión y en solicitarle orientación acerca de si su examen debía entrar en el ámbito de su labor actual (A/CN.9/712, párr. 103; A/CN.9/717, párr. 124). A raíz de la decisión adoptada por la Comisión en su 44º período de sesiones (véase el párrafo 2 *supra*), el Grupo de Trabajo inició el examen de la cuestión basándose en el proyecto que figuraba en el párrafo 43 del documento A/CN.9/WG.II/WP.166.

79. El párrafo 6 del artículo 5 tenía la finalidad de limitar la intervención de los Estados no litigantes a las cuestiones de derecho y de interpretación. Con esta limitación se pretendía tener en cuenta las preocupaciones expresadas en el sentido

de que una intervención de un Estado no litigante, del que el inversionista fuera ciudadano, podría plantear cuestiones de protección diplomática.

*Disposición independiente relativa a los Estados parte en un tratado que no sean partes litigantes*

80. Se comentó que varios tratados de inversiones permitían la participación de un Estado no litigante. Tal era el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) en su artículo 1128 titulado “Participación de una parte”. Cabe encontrar disposiciones similares en otros tratados, como el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA) y el Tratado Modelo de Inversiones Bilaterales del Canadá (2004).

81. Se expresaron dudas sobre si era necesario incluir tal disposición en el reglamento, dado que los Estados parte en un tratado que no eran partes litigantes gozaban del derecho a comentar el tratado o porque el tribunal arbitral podía pedirles presentaciones, como se dijo que ocurría en la práctica. Por ejemplo, un Estado parte en un tratado podría emitir declaraciones sobre la interpretación del tratado o declaraciones unilaterales sobre el modo en que entendía una determinada disposición del tratado.

82. Según otra delegación, la disposición sobre las presentaciones de Estados parte en un tratado que no fueran litigantes no era necesaria debido a que un Estado debería gozar de los mismos derechos que los terceros a este respecto y, por consiguiente, se sugirió que se hiciera una remisión, en el párrafo 1 del artículo 5, a los Estados parte en un tratado que no fueran partes litigantes, y que se suprimiera el párrafo 6.

83. No obstante, hubo una amplia mayoría a favor de que, en una disposición aparte, se regulara el tema de la presentación de escritos por Estados parte en el tratado que no fueran partes litigantes por estimarse que con ello se contribuiría a aclarar el régimen jurídico aplicable a esa categoría de presentaciones y se haría, al mismo tiempo, una distinción entre los escritos presentados por terceros y los presentados por Estados parte en el tratado que no fueran partes litigantes. Se explicó que la participación de tales Estados parte podría entrañar el riesgo de que se planteara la cuestión de la protección diplomática, lo cual no ocurría con la participación de terceros. Por consiguiente, se apoyó que se excluyeran del párrafo 1 del artículo 5 los Estados parte que no fueran partes litigantes, y que se mantuviera el párrafo 6 en el texto del artículo 5.

84. Se opinó que algunas disposiciones del artículo 5, como las de los párrafos 3 y 5, podrían ser también aplicables en el contexto del párrafo 6. Por consiguiente, se sugirió que se preparara un artículo aparte con objeto de examinarlo en un futuro período de sesiones.

*Alcance: interpretación del tratado, cuestiones de hecho y de derecho*

85. El párrafo 6 limitaba la intervención de un Estado parte no litigante a las cuestiones de derecho y de interpretación del tratado y excluía la presentación de escritos sobre cuestiones de hecho.

86. En cuanto a la interpretación del tratado, una mayoría de delegaciones opinaron que el Estado parte en el tratado que no fuera parte litigante podía aportar

una perspectiva diferente a la interpretación del tratado, inclusive el acceso a los trabajos preparatorios, de los que de otro modo el tribunal arbitral tal vez no dispondría, evitándose así interpretaciones parciales basadas en la argumentación del Estado demandado.

87. Varias delegaciones consideraron que si se permitía al Estado del que el inversionista era ciudadano presentar un escrito que fuera más allá de cuestiones de interpretación del tratado y abordar cuestiones de derecho, existiría el riesgo de que el escrito presentado por el Estado parte en el tratado y no litigante entrara casi en el ámbito de la protección diplomática. Por consiguiente, se sugirió que, en el párrafo 6, se suprimieran las palabras “de derecho y”, antes de las palabras “de interpretación del tratado”.

88. En sentido contrario, se opinó que no debería impedirse que un Estado presentara escritos sobre cuestiones de hecho o cuestiones de derecho, y se sugirió que el artículo 6 se redactara de modo que un Estado parte en el tratado que no fuera parte litigante pudiera presentar un escrito al tribunal arbitral sin que se restringiera el alcance de su contenido. Se citó como ejemplo el caso de que un tribunal arbitral pudiera necesitar información sobre la nacionalidad o la condición empresarial del inversionista o sobre la política del Estado del que fuera ciudadano el inversionista y de que el Estado parte en el tratado, no litigante, como Estado del que el inversionista fuera ciudadano podría ser el más adecuado para proporcionar esa información, que entraba en el ámbito del derecho interno o de las cuestiones de hecho. Se dijo que en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tanto de 1976 como de 2010, no se decía nada sobre las presentaciones de Estados parte que no fueran litigantes, de modo que no se limitaban las intervenciones de tales Estados. Además, la experiencia en el contexto del TLCAN demostraba que las intervenciones de esos Estados no entrañaban el riesgo de que se planteara el problema de la protección diplomática.

89. Se preguntó si las palabras “cuestiones de derecho” en el párrafo 6 se referían al derecho internacional público o al derecho interno. Además, se argumentó que en muchos casos podría ser difícil distinguir entre una cuestión de derecho y una cuestión de hecho. Por ejemplo, los expedientes de las negociaciones podrían entrar en ambas categorías.

#### *Derecho a hacer presentaciones*

90. Hubo discrepancias sobre la conveniencia de establecer en el reglamento el derecho de que el Estado parte no litigante presente un escrito, disponiendo que el tribunal arbitral “deberá”, en lugar de “podrá”, aceptar un escrito de un Estado parte no litigante. Se dijo que el Estado no litigante debería tener el derecho de presentar escritos, y si así lo hacía, el tribunal arbitral debería aceptar tales escritos. Sin embargo, se señaló que en el párrafo 2) del artículo 37 de las Reglas del CIADI, a tenor del cual “el Tribunal puede permitir a una persona o entidad ...”, se precisaba que el tribunal arbitral gozaba de facultad discrecional para rechazar un escrito de un Estado parte no litigante, y se manifestaron opiniones en el sentido de que en el párrafo 6 debería adoptarse un criterio similar.

91. Se sugirió que los Estados parte en el tratado pero no litigantes no deberían estar sujetos a la obligación de hacer una presentación, y en los casos en que el tribunal arbitral invitase a alguno de esos Estados a hacerla, el tribunal arbitral no

debería deducir ninguna conclusión del hecho de la no participación del Estado. Se sugirió que se enmendara el párrafo 6 de modo que diera a entender que el tribunal arbitral podría aceptar presentaciones o invitar a hacerlas, pero no podía imponer a un Estado una obligación en tal sentido.

92. Se sugirió también que un Estado parte no litigante no debería tener el derecho de presentar un escrito por iniciativa propia, y que únicamente podría hacerlo si se lo pedía el tribunal arbitral. Esta sugerencia tuvo escaso apoyo.

#### *Aplicación de la disposición en un contexto multilateral*

93. Se sugirió que la disposición debería limitar las presentaciones de un Estado parte no litigante a los casos en que el Estado fuera el Estado de origen del inversionista, en particular si el Estado parte no litigante podía hacer presentaciones sobre cuestiones de hecho. Se consideró que esto era una aclaración importante en el contexto de los tratados de inversiones multilaterales.

#### *Estado negociador*

94. Se señaló también que era posible que un Estado que hubiera participado en la negociación del tratado, pero que no fuese parte en él, dispusiera de información útil que aportar al tribunal arbitral sobre la interpretación del tratado, por lo cual se sugirió estudiar si sería conveniente que la disposición versara igualmente sobre esa cuestión.

#### *“Parte en el tratado pero no litigante”*

95. Se dijo además que una parte en un tratado de inversiones no tenía que ser necesariamente un Estado y, que, por consiguiente, en el párrafo 6 debería hacerse referencia a una “parte en el tratado pero no litigante”, en lugar de a un “Estado no litigante que sea parte en el tratado”. Esta sugerencia recibió amplio apoyo.

#### *Propuesta de redacción*

96. Con el fin de tener en cuenta las diversas opiniones y objeciones expresadas acerca del párrafo 6, se formuló la propuesta de redactar una disposición sobre presentaciones a cargo de una parte en el tratado pero no litigante, concebida en los términos siguientes: “1. El tribunal arbitral deberá aceptar o, previa consulta con las partes, podrá invitar a una parte en el tratado pero no litigante a hacer presentaciones sobre la interpretación del tratado. 2. El tribunal arbitral, previa consulta con las partes, podrá aceptar o invitar a que se hagan presentaciones sobre cuestiones de derecho [o de hecho] con cargo a una parte en el tratado pero no litigante. Al ejercer su facultad discrecional de aceptar o no esas presentaciones o de invitar a hacerlas, el tribunal arbitral tendrá en cuenta los factores mencionados en el párrafo 3 del artículo 5. 3. El tribunal arbitral no deducirá ninguna conclusión del hecho de que no se haga ninguna presentación o no se responda a una eventual invitación formulada con arreglo a los párrafos 1 o 2. 4. El tribunal arbitral deberá cerciorarse de que una presentación no perturba el curso de las actuaciones, ni impone una carga excesiva, ni causa un perjuicio indebido a alguna de las partes. El tribunal arbitral deberá cerciorarse también de que ambas partes tienen la oportunidad de someter observaciones sobre toda presentación hecha por una parte en el tratado pero no litigante”.

97. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo tomó nota de que había amplio acuerdo en cuanto a i) abordar el tema de las presentaciones a cargo de partes en el tratado no litigantes en una disposición distinta de la referente a las presentaciones a cargo de terceros; ii) disponer que el tribunal arbitral debería consultar a las partes cuando este tribunal ejerciera su facultad discrecional; y iii) permitir a las partes someter sus observaciones acerca de la presentación. El Grupo de Trabajo convino además en que la propuesta a que se refiere el párrafo 96 sirviera de base para su examen de esta cuestión en el período de sesiones siguiente. Tomó nota de los diversos aspectos que sería necesario tener en cuenta al respecto.

98. En cuanto al párrafo 1, se formuló la pregunta de si el tribunal arbitral debería gozar de discrecionalidad para aceptar un escrito de una parte no litigante y, en consecuencia, si la palabra “deberá” que antecede a la palabra “aceptar” debería sustituirse por la palabra “podrá”. En cuanto al párrafo 2, se dijo que el concepto de “cuestiones de derecho” requería un examen más a fondo, en especial teniendo en cuenta las deliberaciones sobre la dificultad de distinguir en ciertos casos entre cuestiones de derecho y de hecho. Además, también se consideró que la cuestión de si los puntos de derecho y de hecho debían incluirse en el ámbito de una intervención de una parte no litigante era una cuestión pendiente que convenía examinar más a fondo. Algunas delegaciones se opusieron a su inclusión, mientras que otras estimaron que la referencia a “cuestiones de derecho [o de hecho]” debería reemplazarse por una referencia a “cuestiones en litigio” a fin de armonizar los derechos de las partes no litigantes con los de terceros. También se sugirió la posibilidad de reestructurar la disposición en el caso de que la parte no litigante estuviera sometida al mismo régimen que los terceros. En cuanto a la redacción, se sugirió que la referencia al párrafo 3 que figura en el párrafo 2 de la propuesta se examinara atentamente, a fin de asegurarse de que los criterios seguidos para evaluar la presentación no se limiten a los dos criterios mencionados en el párrafo 3, sino que incluyan también la discrecionalidad del tribunal arbitral para tener en cuenta otros criterios posibles. Se estimó que el párrafo 3 era demasiado detallado e innecesario. También se señaló como tema para examen ulterior la cuestión de la aplicabilidad de la disposición en el contexto de tratados con diversidad de partes. Por último en el párrafo 4 debería reflejarse de manera precisa toda revisión que se introdujera en el párrafo 5 del artículo 5.

## **8. Artículo 6. Audiencias y publicación de transcripciones de las audiencias**

99. El Grupo de Trabajo estudió el artículo 6, que figura en el párrafo 52 del documento A/CN.9/WG.II/WP.166. Recordó que la información enunciada en los documentos A/CN.9/WG.II/WP.163 y A/CN.9/WG.II/WP.167 podía facilitar una percepción clara de algunas cuestiones prácticas referentes a las audiencias públicas.

### *Párrafo 1 - Audiencias*

100. Se apoyó la opción 1 sin las palabras “[, a menos que una parte litigante ponga objeciones]”, pues se consideró que dicha opción era la que más contribuía a la transparencia. Unas pocas delegaciones fueron favorables a la opción 1 con el derecho de veto de una parte que figura entre corchetes. Algunas delegaciones dieron preferencia a la opción 2, pues estimaron que la discrecionalidad del tribunal era esencial, en particular habida cuenta de las dificultades prácticas y de los costos

de las audiencias públicas. Como fórmula de avenencia, se propuso combinar las opciones 1 y 2, de modo que las audiencias debieran, en principio, ser públicas pero que la decisión al respecto se dejara en manos del tribunal, previa consulta con las partes. La propuesta recibió apoyo, pues se consideró que ofrecía un equilibrio adecuado, en lo que coincidieron incluso las delegaciones que habían expresado preferencia por la opción 1 con derecho de veto de las partes.

101. Se preguntó si el disponer de transcripciones, en lugar de las audiencias públicas, no satisfaría igualmente el interés público por la transparencia. Se respondió que la participación ciudadana por medio de las audiencias públicas era una oportunidad valiosa, en particular en lo que respecta a ciertos grupos que no podían hacer fácilmente uso de transcripciones.

102. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en examinar, en un período de sesiones futuro, la opción 1 sin las palabras “[, a menos que una parte litigante ponga objeciones]” y la propuesta de avenencia mencionada en el párrafo 100 *supra*. En cuanto a la terminología, el Grupo de Trabajo acordó también hablar de audiencias “públicas”.

*Párrafo 2 - Excepciones imperativas de las audiencias públicas*

103. El párrafo 2 obtuvo un apoyo general. Respecto de su redacción, se estimó que la parte inicial del párrafo 2, que dice “Si una audiencia habrá de ser [pública] [abierta] y”, era redundante y se podía suprimir, en particular si se retenía la opción 1 del párrafo 1. Se expresó apoyo general al párrafo 2).

*Párrafo 3 - Disposiciones logísticas y excepción discrecional de las audiencias públicas.*

104. Se señaló que el párrafo 3 contenía dos elementos: el poder del tribunal arbitral para adoptar disposiciones logísticas que faciliten el acceso del público a las audiencias, y su discrecionalidad para celebrar las audiencias a puerta cerrada por razones logísticas. Algunas delegaciones expresaron la opinión de que el párrafo 3 era redundante y debería suprimirse, ya que el tribunal arbitral tendría por lo general ese poder y esa discrecionalidad. Se respondió que la disposición era necesaria para orientar a las partes que no estuvieran familiarizadas con las audiencias públicas, así como a los tribunales arbitrales. Algunas delegaciones manifestaron que, tal vez, el párrafo 3 fuera demasiado amplio, ya que permitía celebrar la audiencia a puerta cerrada por razones logísticas, lo que, en ciertos casos, pudiera dar lugar a abusos. Se contestó que las palabras “cuando sea o se haga necesario por motivos logísticos” serían posiblemente suficientes para tener en cuenta esa objeción. Además, se había propuesto disponer en el párrafo 3 que el tribunal arbitral debería consultar a las partes antes de decidir si las audiencias se celebraban a puerta cerrada.

105. Se expresó inquietud por la forma en que procedería abordar una presentación oral que, de improviso, repercutiera en información confidencial en el curso de una audiencia pública. Se respondió que, hasta el presente, no habían surgido dificultades a ese respecto, incluso en el caso de transmisión en directo de audiencia por medios audiovisuales. Una delegación opinó que, a juzgar por los documentos de la Secretaría, en todos los casos de transmisión en directo mencionados las partes litigantes habían dado su acuerdo y las transmisiones se realizaban en el contexto de un arbitraje internacional. Otras delegaciones discreparon de este argumento.

#### *Costos*

106. Se planteó una pregunta acerca de los costos de las audiencias públicas. A ese respecto, se dijo que sería útil recibir información sobre el particular. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo acordó invitar a instituciones arbitrales a facilitar a la Secretaría información sobre sus experiencias en lo que atañe a los costos inherentes a las audiencias públicas y, más generalmente, a los costos de publicación de documentos, de laudos arbitrales y de presentaciones efectuadas por terceros. El Grupo de Trabajo convino en que también habría que examinar más detenidamente el tema de la asignación de los costos.

#### *Párrafos 4 y 5 – Transcripciones de las audiencias*

107. El Grupo de Trabajo pasó a examinar los párrafos 4 y 5, en los que se dispone que la decisión sobre la disponibilidad de las transcripciones debería depender de la solución adoptada con respecto al acceso público a las audiencias, excepto las que se celebren a puerta cerrada por razones logísticas. Se aclaró que la finalidad de dichos párrafos no era hacer imperativas las transcripciones para todas las audiencias, sino asegurar su disponibilidad siempre que se hubieran emitido.

108. Se dijo que, en los casos en que las audiencias se celebrasen a puerta cerrada por las razones previstas en el artículo 7, sería de todos modos posibles expurgar cierta información de las transcripciones y publicarlas. Por consiguiente, se puso en duda la lógica de prever un régimen paralelo para las audiencias y las transcripciones. Se formuló la sugerencia de dar a las transcripciones un tratamiento análogo al que se da a los documentos publicables en una lista conforme a la opción 3 del artículo 3, (apartado 1)).

109. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en que la disposición debería simplemente prever que las transcripciones se debían hacer públicas a reserva únicamente de las excepciones mencionadas en el artículo 7. Asimismo, el Grupo de Trabajo acordó seguir examinando si sería necesario insertar un párrafo específico sobre las transcripciones en el artículo 6 o si las transcripciones de audiencias deberían agregarse a la lista de los documentos que habrían de publicarse con arreglo al apartado 1 de la opción 3 del artículo 3. Se convino también en que la cuestión del procedimiento para expurgar las transcripciones omitiendo la información confidencial se estudiaría en el contexto de las deliberaciones sobre el artículo 7.

### **9. Artículo 7. Excepciones a la transparencia**

110. El Grupo de Trabajo examinó el artículo 7, que figura en el párrafo 1 del documento A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1. El artículo 7 constaba de cuatro partes, que trataban de la determinación de las excepciones a la transparencia en el

párrafo 1, la definición de la información confidencial y delicada en el párrafo 2, el procedimiento para determinar y amparar la información confidencial y delicada en los párrafos 3 y 4, y el procedimiento para proteger la integridad del proceso de arbitraje en el párrafo 5. Se sugirió estudiar más a fondo la estructura general del artículo una vez que se hubiera deliberado sobre su contenido.

*Párrafo 1 – Excepciones a la transparencia*

111. El párrafo 1 limitaba las excepciones a la transparencia a la protección de la información confidencial y de carácter delicado así como a la protección de la integridad del proceso arbitral. El Grupo de Trabajo convino en que estas dos categorías fueran las que constituyesen las excepciones a las disposiciones sobre la transparencia enunciadas en los artículos 2 a 6 del reglamento.

112. Como puntos de redacción del apartado a), se señaló que la frase inicial de dicho apartado, que dice “Ninguna de las partes tendrá la obligación de publicar información confidencial y de carácter delicado”, no era clara, pues hablaba del concepto de la obligación de las partes mientras que, a tenor del reglamento, la comunicación de información se canalizaría principalmente por medio del tribunal arbitral. Si se mantenía este planteamiento, se sugirió que, en el apartado a), se insertaran las palabras “ni el derecho” a continuación de la palabra “obligación”. También se señaló que, como el procedimiento para determinar que información se considerará confidencial y delicada, según prevé el párrafo 4, compete al tribunal arbitral, en el apartado a) habría que hacer una referencia al párrafo 4 para aclarar que tal vez no correspondiera únicamente a las partes decidir lo que constituía información protegida.

113. Como cuestiones de redacción relativas al apartado b), se propuso sustituir las palabras “estará facultado a” por la palabra “podrá”. Asimismo, se sugirió, que, en concordancia con el criterio seguido en las reglas, se dispusiera que el tribunal arbitral debiera consultar a las partes cuando decidiera, por iniciativa propia, restringir la publicación de información por las razones mencionadas en el apartado b). Ahora bien, para tener en cuenta las circunstancias excepcionales en las que el tribunal arbitral podría tener que restringir la publicación, se sugirió que la consulta tuviera lugar “cuando fuera factible”. En apoyo de la propuesta se explicó que, en situaciones de urgencia, el tribunal arbitral no tendría necesariamente la posibilidad de consultar a las partes. Además, se sugirió disponer que en una etapa posterior, el tribunal arbitral debiera consultar a las partes sobre la vía que se propusiera seguir. La sugerencia recibió apoyo.

114. Se sugirió además enunciar una lista limitada de casos en que la publicación pudiera comprometer la integridad del proceso arbitral y, a tal efecto, suprimir las palabras “en particular” del apartado b). Seguidamente se debería redactar una frase independiente que especificase que se consideraría que la publicación comprometía el proceso arbitral en los casos enumerados en el apartado b), o en “circunstancias excepcionales comparables”. Esta sugerencia obtuvo apoyo porque ofrecía orientación adecuada al tribunal arbitral aclarando que solamente podría restringirse la divulgación en situaciones que satisficieran el criterio mínimo aplicable a circunstancias excepcionales.

115. Sin embargo, se señaló que podría haber otros casos no comparables con los ejemplos dados en el apartado b) en que el tribunal arbitral debiera adoptar medidas

para limitar la publicación, y que la referencia a “circunstancias excepcionales comparables” tal vez fuera demasiado restrictiva. Se recordó que en el párrafo 1 del artículo 17 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de 2010, se disponía que el tribunal arbitral gozará de discrecionalidad para dirigir el arbitraje conforme estime oportuno. Se planteó la cuestión de si procedía que la discrecionalidad fuese limitada por el reglamento sobre la transparencia. Se propuso, para eludir ese problema, utilizar, en la versión inglesa, el término “comparably” en lugar de “comparable”. Tal propuesta recibió apoyo. Se sugirió además simplificar el apartado b) de modo que expresara únicamente el principio, y dejar que las modalidades se regularan enteramente en el párrafo 5.

*Propuestas sobre los párrafos 1 y 5*

116. Para responder a los reparos expresados acerca de la redacción del párrafo 1, se sugirió reformular dicho párrafo conforme se indica seguidamente: “1) La información no se hará pública con arreglo a los artículos 2 a 6 cuando: a) la información sea confidencial y delicada conforme se define en el párrafo 2 y se determine a tenor de los párrafos 3 y 4; o b) la información, de hacerse pública, comprometería la integridad del proceso arbitral conforme se determine con arreglo al párrafo 5”. El párrafo 5 se reformularía entonces como sigue: “5) El tribunal arbitral podrá, a solicitud de una de las partes o, previa consulta con las partes cuando ello sea factible, por iniciativa propia, determinar que hacer pública la información comprometería la integridad del proceso arbitral a) porque podría ser un obstáculo para la reunión o la presentación de pruebas o b) porque podría conducir a la intimidación de testigos, de abogados que actúen en representación de las partes o de miembros del tribunal arbitral, o c) en circunstancias excepcionales comparables”. Esta propuesta recibió amplio apoyo. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que propusiera una versión revisada de los párrafos 1 y 5, teniendo en cuenta dicha propuesta e incluyendo una disposición que se refiera a los casos en que la consulta de las partes por el tribunal arbitral sea inicialmente imposible por razones prácticas (véase el párrafo. 113 *supra*).

*Párrafo 2 – Definición de la información confidencial y delicada*

117. En el párrafo 2 se definía la información confidencial y delicada. No se consideró adecuado sustituir la expresión “información confidencial y delicada” por “información confidencial o delicada” o por “información protegida”. El Grupo de Trabajo convino en examinar las cuestiones de terminología una vez que hubiera deliberado sobre la definición de este tipo de información.

118. En relación con el apartado a) se puso en duda que la expresión “información comercial de carácter confidencial” fuera lo suficientemente amplia. Se objetó que cabría entender que la expresión no abarcaba, por ejemplo, la información industrial o financiera o los datos personales. Se sugirió que se elaborara una lista de situaciones en que fuera necesario proteger la información, que podría abarcar la información delicada de carácter comercial, político o institucional, los datos personales y todo impedimento dimanante de una ley. Esa lista podría ir precedida de un texto general en el que se definiera de forma abstracta la información confidencial y delicada siguiendo, por ejemplo, la pauta del párrafo 2) del artículo 19 del Tratado Modelo de Noruega sobre Inversiones Bilaterales. Se sugirió que se suprimiera el apartado a), ya que entonces la protección de la “información

comercial de carácter confidencial” entraría en el ámbito del apartado b) y de la protección en virtud de la ley aplicable. Se respondió que en algunos ordenamientos jurídicos no existían leyes que protegieran esa información.

119. Respecto del apartado b), se consideró que las palabras “régimen aplicable” eran demasiado vagas, por lo que se sugirió que se definiera mejor la legislación que habría que tener en cuenta.

120. Se estimó que el apartado c), en el párrafo 1 del documento A/CN.9/WG.11/WP.166/ADD.1, era redundante y poco claro. Se sugirió que se enmendara su texto sustituyendo las palabras “dictado por alguna de las razones indicadas” por “dictado por razones que no sean las indicadas”, o bien suprimiendo estas últimas palabras del apartado. Con esa enmienda se estimó que el apartado c) daría al tribunal arbitral poder discrecional para proteger la información que no entrara en las categorías abarcadas por los apartados a) y b). Así, por ejemplo, podrían quedar comprendidos los datos personales o cualquier otra categoría de información no prevista en el párrafo 2.

121. No obstante, algunas delegaciones consideraron que no sería conveniente dar al tribunal arbitral un margen discrecional demasiado amplio y que en la disposición habría que tratar de definir qué información debería protegerse. Se opinó que el poder discrecional del tribunal arbitral debería limitarse en función de las leyes y reglamentaciones aplicables. Se explicó además que ese enfoque no eliminaría el poder discrecional del tribunal arbitral sino que definiría los criterios en que habría de basarse ese poder. El tribunal arbitral debería poder decidir discrecionalmente, por ejemplo, la forma de aplicar las leyes de las partes a fin de garantizar que el nivel de protección de la información confidencial fuera igual, aunque hubiera diferencias entre la protección otorgada por el Estado del que el inversionista fuera ciudadano y la prevista por el Estado parte en la controversia.

#### *Propuesta sobre el párrafo 2*

122. A fin de tener en cuenta las reservas expresadas, se propuso que se revisara el párrafo 2 de modo que dijera: “2. La información confidencial y delicada incluirá: a) la información comercial de carácter confidencial; b) la información que esté protegida de toda divulgación en virtud de lo dispuesto en el tratado; c) la información que esté protegida de toda divulgación en virtud de la legislación de una de las partes litigantes o de cualquier ley o reglamentación que el tribunal arbitral declare aplicable a la divulgación de tal información”.

123. Se explicó que con esa propuesta se trataba de compaginar la necesidad de establecer un criterio para la determinación de la información que deba protegerse con la flexibilidad necesaria para garantizar un tratamiento equitativo de las partes. La propuesta obtuvo apoyo por el hecho de que daba al tribunal arbitral una orientación adecuada.

124. No obstante, las delegaciones partidarias de dotar al tribunal arbitral de un amplio poder discrecional opinaron que el nuevo texto propuesto era demasiado restrictivo. Habida cuenta de ello, se sugirió agregar al texto un nuevo apartado, después del apartado c), que dijera lo siguiente: “; o d) la información que, de ser divulgada, vulneraría intereses esenciales de una determinada persona o entidad”.

125. Se sugirió que, en el apartado a), se definiera con mayor detalle la información comercial de carácter confidencial, pero no obtuvo apoyo la propuesta de enunciar una lista de posibles categorías de información que debiera protegerse.

126. El texto del apartado b) se consideró aceptable. No se estimó conveniente que la aplicación de las leyes y reglamentaciones imperativas a que se hacía referencia en el apartado c) de la propuesta se dejara a la discreción del tribunal arbitral, pues tal vez no correspondería al tribunal adoptar una decisión sobre tales cuestiones. Se sugirió unir el apartado c) al texto del apartado b).

127. Se comentó que el apartado c) pretendía dar al tribunal arbitral poder discrecional para determinar si la legislación de una parte litigante o cualquier otra ley o reglamentación eran aplicables a la divulgación de información confidencial. Se expresaron reservas sobre la capacidad del tribunal arbitral para determinar si la ley de una parte litigante era aplicable a la divulgación de información. Se sostuvo que el tribunal arbitral debería estar obligado a aplicar las leyes de una parte litigante a ese respecto. Se explicó además que los Estados que hubieran elaborado legislación sobre la información protegida podrían encontrarse en una difícil situación si el tribunal arbitral dictara una orden respecto de la información que debiera divulgarse que fuera incompatible con su legislación. Del mismo modo, podría darse la situación en que un Estado estuviera obligado por ley a revelar información y en que no pudiera dotarse al tribunal arbitral del poder necesario para impedir tal divulgación. Se consideró que habría que aclarar esa cuestión en el párrafo 2.

128. Tras un debate se sugirió que la propuesta enunciada en el párrafo 122 *supra* sirviera de base para seguir examinando la cuestión, y se pidió a la Secretaría que presentara una versión revisada del párrafo 2 en que se tuvieran en cuenta las deliberaciones mantenidas en el Grupo de Trabajo.

#### *Párrafos 3 y 4*

129. El Grupo de Trabajo examinó los párrafos 3 y 4 y convino en que fueran revisados de modo que dispusieran: 1) que eran aplicables a todos los documentos, inclusive a los informes de los peritos nombrados por el tribunal, a las presentaciones hechas por terceros, y no únicamente a los documentos presentados por las partes litigantes; así, la versión revisada de esos párrafos debería tratar de la expurgación de la información protegida en los laudos arbitrales de modo que se ajustara a lo dispuesto en el artículo 4 y abordar también la confidencialidad de las presentaciones hechas por terceros; 2) que se previera cierta flexibilidad temporal, ya que no era factible exigir a una parte que, cuando presentara la información al tribunal arbitral, presentara también la versión expurgada; 3) que el tribunal arbitral debería tener derecho a supervisar el proceso de expurgación de la información confidencial independientemente de que una de las partes se opusiera a que esa información fuera designada como tal, a fin de evitar que las partes frustraran el objetivo general del reglamento sobre la transparencia mediante acuerdos implícitos o explícitos sobre la confidencialidad; 4) y que si el tribunal resolvía que determinada información no era confidencial ni delicada, la parte que presentara la información pudiera retirarla total o parcialmente, y no invocarla, cuando esa parte estimara que la información confidencial y delicada no estaría suficientemente protegida.

*Párrafo 5*

130. Se sugirió que en el párrafo 5 figurara una disposición en virtud de la cual se permitiera divulgar la información cuando se hubiera disipado el peligro de que se prohibiera su publicación. Se sugirió además que se estudiara la posible formulación de una norma más general en virtud de la cual pudiera revisarse la decisión de calificar una información de confidencial y delicada, por iniciativa de una parte, a raíz de un cambio de circunstancias. Se objetó que ese enfoque podría crear incertidumbre e imponer una nueva carga al proceso. El Grupo de Trabajo convino en volver a examinar esa cuestión en un futuro período de sesiones.

**10. Artículo 8. Expediente de información publicada (“registro”)**

131. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 54º período de sesiones, había convenido en que la existencia de un registro neutral sería un factor decisivo para dar la neutralidad necesaria a la administración de las normas sobre la transparencia. Respecto del principio de un registro se estudiaron tres propuestas. La primera, consistente en que se estableciera un registro único, figuraba en el párrafo 8 del documento A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1. La segunda propuesta propugnaba la elaboración de una lista de instituciones arbitrales que pudiera desempeñar la función de registro y cuyo texto sería el siguiente: “1. En caso de que el procedimiento arbitral sea administrado por una de las siguientes instituciones, esa institución se encargará de facilitar al público la información de conformidad con el Reglamento sobre la Transparencia”. En esa propuesta figuraría a continuación una lista de instituciones arbitrales que hubieran accedido a participar. El segundo párrafo diría lo siguiente: “2. En caso de que el procedimiento arbitral no sea administrado por una de las instituciones enumeradas en el párrafo 1, el demandado designará a una de ellas, que se encargará de facilitar al público la información de conformidad con el Reglamento sobre la Transparencia”.

132. Se formuló una tercera propuesta en el sentido de que el establecimiento de un registro en el contexto del reglamento sobre la transparencia se ajustara, por analogía, al procedimiento para la designación de una autoridad nominadora, que figuraba en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010; de este modo, las partes litigantes convendrían en un determinado registro y, en caso de que no llegaran a un acuerdo, una institución designaría el registro.

133. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de artículo 8 para que fuera examinado en un futuro período de sesiones y en el que figuraron opciones que reflejaran las propuestas mencionadas en los párrafos 131 y 132 *supra*. El Grupo de Trabajo solicitó también a la Secretaría que proporcionara información sobre el costo de un registro y que lo hiciera en estrecha colaboración con las instituciones arbitrales que habían manifestado su interés en la cuestión, entre ellas el CIADI, la CPA y el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

**B. Aplicabilidad a la solución de controversias que surjan en el marco de tratados ya existentes**

134. El Grupo de Trabajo recordó que, en su 54º período de sesiones, se habían expresado opiniones a favor de que se siguieran estudiando las opciones para

preparar un instrumento que, una vez adoptado por los Estados, pudiera hacer que el reglamento sobre la transparencia fuera aplicable a los tratados de inversiones existentes. A continuación, el Grupo de Trabajo examinó diversos instrumentos mediante los cuales el reglamento sobre la transparencia pudiera ser aplicable a los tratados de inversiones existentes, conforme a lo expuesto en los párrafos 10 a 23 del documento A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1. Los instrumentos contenían: i) una recomendación por la que se instaba a los Estados a que dieran aplicabilidad al reglamento en el contexto de la solución de controversias entre inversionistas y un Estado regidas por un tratado; ii) una convención en virtud de la cual los Estados pudieran consentir en la aplicación del reglamento sobre la transparencia a arbitrajes regidos por sus tratados de inversiones existentes; y iii) declaraciones interpretativas conjuntas hechas de conformidad con el artículo 31, párrafo 3) a), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“la Convención de Viena”) o una enmienda o modificación hecha de conformidad con los artículos 39 a 41 de la Convención de Viena.

135. Las delegaciones consideraron interesantes todos los instrumentos propuestos y se señaló que esos instrumentos no se excluían entre sí sino que unos podían complementar a otros. En particular, se consideró que una convención sobre la aplicabilidad del reglamento sobre la transparencia, mencionada en el párrafo 19 del documento A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1 sería factible y resultaría interesante, pues se estimó que ese instrumento sería el más adecuado para cumplir el mandato que tenía el Grupo de Trabajo de fomentar la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado. El Grupo de Trabajo recordó que había considerado que esa convención solamente haría aplicable el reglamento sobre la transparencia a los tratados de inversiones entre los Estados parte que también fueran partes en la convención. En cuanto a la redacción, se sugirió que se enmendaran las palabras iniciales del artículo 3 del proyecto de convención de modo que dijeran: “Cada uno de los Estados contratantes conviene en que el Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI será aplicable”, a fin de dar una mayor precisión al enunciado. Se preguntó si en la convención debería figurar también el texto del reglamento sobre la transparencia. Respecto de las recomendaciones enunciadas en los párrafos 13 y 14 del documento A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, se convino en volver a examinarlas teniendo particularmente en cuenta la decisión que se adoptaría acerca del ámbito de aplicación del reglamento sobre la transparencia (véanse los párrafos 18 a 30 *supra*).