



Asamblea General

Distr. limitada
7 de diciembre de 2010
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación)
54° período de sesiones
Nueva York, 7 a 11 de febrero de 2011

Solución de controversias comerciales

La transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado

Observaciones de los Gobiernos del Canadá y de los Estados Unidos de América sobre el tema de la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un Tratado, entre inversionistas y un Estado conforme a lo dispuesto en el capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)

Nota de la Secretaría

En preparación del 54° período de sesiones del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) durante el cual el Grupo de Trabajo se ocupará del tema de la preparación de una regla jurídica sobre la transparencia en los arbitrajes celebrados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado, la secretaría de la Comisión ha enviado preguntas a los Estados partes en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), con el fin de recopilar información sobre los aspectos prácticos de la transparencia en este tipo de arbitrajes. El 30 de noviembre de 2010, los Gobiernos del Canadá y de los Estados Unidos de América respondieron enviando observaciones sobre los aspectos prácticos de la transparencia en los arbitrajes entablados, en virtud de un tratado, entre inversionistas y un Estado conforme al capítulo XI del TLCAN. Los textos de las observaciones se reproducen como anexo de la presente nota tal como las recibió la secretaría.



Anexo

1. Observaciones del Gobierno del Canadá

El Gobierno del Canadá responde en el presente documento a la solicitud de información que le envió la Secretaría acerca de la experiencia del Gobierno en la aplicación del principio de la transparencia en el contexto del TLCAN¹.

I. Experiencia del Canadá en la forma de anunciar el inicio de procedimientos de arbitraje regidos por el TLCAN

El Gobierno del Canadá da a conocer el inicio de procedimientos arbitrales contra él insertando lo antes posible los documentos iniciales presentados por los demandantes potenciales en el sitio en Internet del Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional, cosa que se hace, en todos los casos, antes del nombramiento del tribunal arbitral. En efecto, el Canadá anuncia públicamente los posibles arbitrajes incluso antes de que se presente formalmente una demanda. En particular, el Canadá ha seguido la práctica de publicar el aviso de intención de presentar una demanda de arbitraje (“aviso de intención”) inmediatamente después de recibir tal aviso de un presunto inversionista². Antes de publicar el aviso de intención, y posteriormente la notificación del arbitraje, el Canadá envía una carta al presunto inversionista en la que describe las obligaciones que tienen sus autoridades en virtud de la Ley sobre el Acceso a Información, así como la postura del Canadá respecto de las *Notas de Interpretación* de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN relativas al acceso a documentos. En la carta se indica que el Canadá se propone hacer público el aviso de intención o la notificación del arbitraje, según el caso, y, por consiguiente, se pide al presunto inversionista que proporcione al Canadá una versión del documento en que se omita toda información confidencial. Dado que las autoridades del Canadá ya hacen públicos ellas mismas esos documentos, no nos consta ningún caso en que no se haya hecho público el inicio de un procedimiento de arbitraje.

A juzgar por nuestra experiencia no se justifica el temor de que la publicación de esos documentos iniciales tenga consecuencias negativas si la demanda no se lleva adelante o si es frívola. Las autoridades canadienses han hecho públicos los 28 avisos de intención presentados contra el Canadá. Hasta la fecha solamente se

¹ En aras de la claridad, el Canadá señala que, si bien conforme al artículo 1137 y al anexo 1137.4 del TLCAN, el Canadá puede publicar los laudos arbitrales sin el consentimiento del inversionista; las otras prácticas que han fomentado la transparencia en los arbitrajes celebrados en el marco del TLCAN no están previstas en el propio texto del Tratado sino que son fruto de los esfuerzos realizados tras la aprobación del TLCAN. Entre esas prácticas figuran las Notas de Interpretación de ciertas disposiciones del capítulo XI (2001) relativas al acceso a documentos; las declaraciones de las Partes en el TLCAN sobre las audiencias abiertas en el marco de los arbitrajes regidos por el capítulo XI del TLCAN (2003); y la Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la participación de partes no litigantes (2003).

² En el contexto del TLCAN, la presentación de un aviso de intención no implica el inicio formal de un procedimiento de arbitraje sino que con ella se cumple simplemente el requisito de que las Partes den su consentimiento al arbitraje. Un inversionista solamente puede presentar una demanda de arbitraje (por ejemplo, presentando una notificación de arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI) cuando hayan transcurrido 90 días desde la presentación del aviso de intención.

han entablado procedimientos arbitrales contra el Canadá respecto de 15 de esas demandas potenciales. Además, de esos 15 procedimientos, solo diez de ellos han llegado, hasta la fecha, a la fase en que se nombran los integrantes del tribunal arbitral. No se han experimentado consecuencias negativas por haber hecho públicos de antemano los documentos iniciales disponibles en los 13 casos en que ni siquiera se ha llegado al arbitraje ni en los cinco casos en que, aun cuando se habían presentado los documentos, no se ha llegado a determinar la composición del tribunal.

II. Experiencia del Canadá en el tema del acceso público a los documentos en arbitrajes entablados conforme al TLCAN

En las versiones de 1976 y 2010 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no existe ninguna regla que especifique los documentos que podrán o que no podrán hacerse públicos. En los arbitrajes iniciales contra el Canadá regidos por el TLCAN el acceso a los documentos tendió a limitarse a los escritos esenciales (aviso de intención, notificación de arbitraje, escrito de demanda y contestación) y a las decisiones del tribunal. No obstante, en 2001, a fin de asegurar que los tribunales se atuvieran al máximo al principio de la transparencia, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN publicó sus Notas de Interpretación de carácter vinculante en virtud del TLCAN, conforme a las cuales las partes en el Tratado convenían en “hacer públicos oportunamente todos los documentos presentados a un tribunal o emitidos por él al amparo de capítulo XI”³.

Tras la publicación de estas Notas de Interpretación, en los arbitrajes contra el Canadá regidos por el TLCAN los tribunales han permitido el acceso a todos los documentos presentados al tribunal o emitidos por él⁴. En la experiencia del Canadá, la frase “todos los documentos presentados al tribunal o emitidos por él” instituye una regla que es fácil de seguir: si viene del tribunal o se dirige a él, es pública, y si es solamente entre las partes, no es pública. En consecuencia, los documentos oficiales y oficiosos presentados por escrito, las pruebas materiales, las declaraciones de testigos o declaraciones juradas, los informes periciales, la correspondencia enviada al tribunal o enviada por él y todas las decisiones, órdenes y laudos del tribunal son hechos públicos por las autoridades omitiéndose la información reservada. Los únicos documentos que no están a disposición del público conforme a este enfoque son los que constituyen correspondencia mantenida únicamente entre las partes, así como los documentos intercambiados por las partes durante la divulgación de documentos que ninguna de las partes ofrezca como pruebas.

³ *Notas de Interpretación de ciertas disposiciones del capítulo XI*, 31 de julio de 2001, disponibles en el sitio <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/nafta-interpr.aspx?lang=en>.

⁴ Para ver los dos enfoques seguidos en la aplicación de las Notas de Interpretación, compárese el caso *Chemtura Corp. v. Canada*, Orden de Confidencialidad, 21 de enero de 2008, apartado 11, disponible en el sitio <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Confidentialityorder.pdf>, con el caso *V.G. Gallo v. Canada*, Orden de Confidencialidad, 4 de junio de 2008, apartado 5, disponible en el sitio <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/ConfidentialityOrder2008-06-04.pdf>.

Por principio, el Gobierno del Canadá se compromete a hacer públicos estos documentos y, hasta la fecha, ha sufragado los gastos de su publicación. En la práctica, el Canadá tiene dos formas de enfocar el método de publicación de esos documentos. Por una parte, el Canadá inserta en el sitio en Internet del Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional los documentos esenciales presentados al tribunal o emitidos por él, como las alegaciones (por ejemplo, el aviso de intención, la notificación de arbitraje, el escrito de demanda y la contestación), las presentaciones formales (por ejemplo, el memorándum, el contramemorándum, la contestación y la réplica), y las decisiones, órdenes y laudos del tribunal. En cambio, el Canadá no cuelga en la red, sino que simplemente facilita a quien lo solicite, otras presentaciones, como las mociones, los informes periciales, las declaraciones de testigos y las pruebas materiales. Esos elementos pueden solicitarse invocando la Ley del Canadá sobre el Acceso a Información, o simplemente pidiendo que el Canadá proporcione esos documentos cumpliendo “la Orden de Confidencialidad” en el arbitraje.

Todos los documentos mencionados se facilitan en el idioma en el que fueron presentados o publicados. Como país bilingüe, el Canadá es consciente de la importancia de facilitar el acceso a documentos para los distintos grupos lingüísticos. Sin embargo, hasta la fecha, no se ha recibido ninguna solicitud de que se traduzca un documento y, por lo tanto, no se dispone de experiencia a este respecto que pueda comunicarse a la Secretaría.

III. Experiencia del Canadá con las presentaciones a cargo de terceros en arbitrajes regidos por el TLCAN

La experiencia del Canadá en arbitrajes regidos por el TLCAN le ha permitido llegar a la conclusión de que la participación de “amigos del tribunal” (*amicus curiae*) puede ser beneficiosa para el tribunal, siempre que se fijen límites razonables.

A este respecto, la Comisión de Libre Comercio del TLCAN publicó en 2003 la *Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la participación de partes no litigantes*⁵. Conforme a esa Declaración, se deja en manos del tribunal la decisión de autorizar o no la participación de un tercero interesado. Se permite a las partes litigantes que hagan observaciones sobre si el tribunal debe o no autorizar la intervención del tercero, pero, en principio, el tribunal podrá aceptarla aun cuando ambas partes litigantes se opongan a ello. En la Declaración se recomienda, que, al ejercer su discreción, el tribunal tenga en cuenta una serie de factores que lo ayuden a determinar si la presentación del tercero será de utilidad para el tribunal; concretamente, deberá estudiar si el tercero puede aportar conocimientos o consideraciones distintas de las de las partes y si la controversia afecta tanto al tercero como al público en general.

Reconociendo que las presentaciones escritas de partes no litigantes en arbitrajes regidos por la sección B del capítulo XI del TLCAN pueden afectar al funcionamiento de tales arbitrajes, la Declaración de la Comisión de Libre Comercio contiene también directrices detalladas para las presentaciones a cargo de

⁵ *Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la participación de partes no litigantes*, 7 de octubre de 2003, disponible en el sitio <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Nondisputing-en.pdf>.

terceros: todo tercero interesado debe pedir autorización para hacer su presentación; las presentaciones de terceros deben figurar por escrito y adjuntarse a la solicitud de autorización, con un límite máximo de 20 páginas. Al preparar las presentaciones, los terceros solo tendrán acceso a los documentos disponibles para el público.

Hasta la fecha se han hecho presentaciones en dos de los siete arbitrajes del TLCAN contra el Canadá que han llegado a la etapa de la audiencia⁶. Además, en órdenes procesales dictadas en otros arbitrajes se ha abordado expresamente la cuestión de la posible participación de terceros⁷. En los dos casos en que se efectuaron presentaciones de terceros se concedió el derecho de réplica a las partes litigantes. En esos casos, tanto el Canadá como el demandante optaron por responder a algunas de las cuestiones planteadas por el tercero, pero no a todas. En toda nuestra experiencia, los tribunales no han precisado, en relación con las presentaciones a cargo de terceros, una mayor orientación que la ofrecida por la Declaración de la Comisión de Libre Comercio.

Por último, cabe señalar que en nuestra práctica en el marco del TLCAN, los Estados Unidos y México tienen derecho a hacer presentaciones sobre cuestiones relativas a la interpretación del TLCAN de conformidad con el artículo 1128 del capítulo XI del Tratado. A nuestro juicio, esas presentaciones son de índole distinta a las de los terceros.

IV. Experiencia del Canadá con las audiencias públicas en procedimientos de arbitraje regidos por el TLCAN

Hasta la fecha tres de las siete audiencias realizadas en arbitrajes contra el Canadá regidos por el TLCAN han sido públicas⁸. Además, en otro arbitraje en el que aún no se han celebrado audiencias, las partes han convenido en celebrar una audiencia abierta al público⁹. En otros dos casos, el Canadá ha solicitado audiencias públicas, pero, a raíz de la objeción formulada por los demandantes en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, las audiencias se celebran a puerta cerrada¹⁰. La celebración de audiencias públicas no planteaba grandes problemas logísticos ni obstáculos prácticos; además, en opinión del Canadá, tampoco repercutía negativamente en el proceso de las audiencias.

⁶ Concretamente, hubo presentaciones de terceros en los casos *UPS v. Canada* y *Merrill & Ring Forestry L.P. v. Canada*.

⁷ *Bilcon v. Canada*, Orden Procesal núm. 1, (9 de abril de 2009), disponible en el sitio http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/ProceduralOrder_No1April9.pdf.

⁸ Concretamente, los casos *UPS v. Canadá*, *Merrill & Ring v. Canada*, y *Mobil Investments Inc. and Murphy Oil Corporation v. Canada*.

⁹ *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton and Bilcon of Delaware Inc. v. Canada*, Orden de Confidencialidad, 4 de mayo de 2009, apartado 26, disponible en el sitio <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/ProceduralOrderNo2-May42009.pdf>.

¹⁰ *Chemtura v. Canada*, Orden de Confidencialidad, apartado 10, 21 de enero de 2008, disponible en el sitio <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Confidentialityorder.pdf>; *V.G. Gallo v. Canada*, Orden Procesal núm. 1, apartado 31, 4 de junio de 2008, disponible en el sitio <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/ProceduralOrder12008-06-04.pdf>.

Las tres audiencias públicas se han celebrado en el marco de procedimientos administrados por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y, por consiguiente, todas las audiencias se han celebrado en el Banco Mundial en la ciudad de Washington. El CIADI facilitó el acceso público mediante un sistema de televisión de circuito cerrado. Se permitió al público seguir así el procedimiento desde otra sala. Cuando se trató información confidencial se interrumpió la conexión audiovisual con la sala del público. En un caso por lo menos las personas que deseaban asistir a la audiencia tuvieron que facilitar sus nombres e indicar de antemano la entidad a la que representaban. Tales medidas pueden adoptarse con el fin de que las personas que se hayan excluido de las audiencias (por ejemplo, los testigos que aún no hayan declarado) no puedan seguir el procedimiento en violación de esa orden. Los medios de comunicación han estado representados en esas audiencias públicas, pero hasta la fecha se ha prohibido en todos los casos todo tipo de grabación de los procedimientos.

Con respecto a esas tres audiencias públicas, el Canadá ha insertado dos de las transcripciones en la página en Internet del Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional¹¹ y se propone hacer lo mismo con la transcripción de la audiencia más reciente en cuanto esté disponible la versión con las partes confidenciales omitidas.

V. La experiencia del Canadá con la publicación de laudos resultantes de arbitrajes regidos por el TLCAN

De conformidad con el artículo 1137 y con el anexo 1137.4 del capítulo XI del TLCAN, el Canadá tiene derecho a publicar los laudos resultantes de arbitrajes regidos por el TLCAN, y los publica, omitiendo la información confidencial, en la página en Internet del Departamento de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional. Según nuestra experiencia, este proceso ha resultado relativamente eficaz y no ha planteado problemas importantes respecto de la sustanciación del arbitraje o de la redacción del laudo por el tribunal. Hasta la fecha, el Canadá ha publicado todos los laudos de los siete procedimientos en que se han emitido laudos en todo lo relativo a la jurisdicción, el motivo de la controversia, los daños y perjuicios y las costas. El procedimiento habitualmente seguido para publicar un laudo es el mismo que se sigue para publicar todos los documentos y que se describe a continuación.

VI. La experiencia del Canadá en la protección de información confidencial en los arbitrajes regidos por el TLCAN

En todos los procedimientos arbitrales regidos por el TLCAN que se han entablado hasta la fecha se ha protegido la información confidencial para evitar su divulgación. La información que es confidencial y que debe estar sujeta a protección no se define o especifica ni en el Tratado ni en la subsiguiente Nota de Interpretación. Por consiguiente, los tribunales arbitrales que han dirimido casos regidos por el TLCAN han dictado órdenes de confidencialidad en las que se define

¹¹ *UPS v. Canada*, transcripciones de las audiencias disponibles en el sitio http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/parcel_archive.aspx?lang=en; las transcripciones de las audiencias del caso *Merrill & Ring v. Canada* figuran en el sitio http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/merrill_archive.aspx?lang=en.

lo que debe considerarse información confidencial en un determinado caso, así como la forma de proteger tal información. En su mayor parte, los tribunales arbitrales de nuestro país han adoptado definiciones similares encaminadas a proteger la información comercial confidencial de ambas partes o de terceros. Ningún tribunal ha prohibido la divulgación de información por motivos que no sean su carácter comercial confidencial, como, por ejemplo, la protección de la integridad del proceso arbitral.

En cuanto al proceso seguido para proteger la información confidencial, los tribunales de nuestro país han requerido que una parte que se proponga hacer público un documento notifique su intención a la otra parte litigante. En esos casos, la otra parte litigante ha fijado un plazo para examinar el documento y omitir toda información confidencial¹². Dado que la omisión de la información confidencial se realiza en virtud de una orden del tribunal, este mismo resuelve también toda otra controversia.

Ha habido varios casos en que las autoridades canadienses han considerado que el demandante abusaba de la designación de “información confidencial”. En tales casos, se ha enviado un requerimiento al tribunal arbitral, que ha adoptado una decisión sobre la información que puede o no omitirse antes de la divulgación de los documentos pertinentes¹³.

No hemos tenido casos en que una parte litigante haya incumplido la orden de confidencialidad del tribunal haciendo público un documento que hubiera debido mantenerse confidencial. A este respecto, el tribunal goza de los mismos poderes que para hacer cumplir cualquiera de sus órdenes, incluido el de imponer las sanciones monetarias pertinentes. Cabe señalar también que, conforme a la práctica seguida en el Canadá, las personas que no sean representantes de las partes litigantes y a las que se dé acceso a documentos confidenciales para ayudarlas a preparar el caso suelen tener que firmar un “compromiso de mantenimiento de la confidencialidad”. Conforme a nuestra práctica, el derecho interno obliga expresamente a cumplir ese compromiso y el signatario acepta que toda controversia relativa al incumplimiento del compromiso se dirima ante un tribunal del país.

VII. La experiencia del Canadá en la administración de un registro de información pública para los arbitrajes regidos por el TLCAN

Como ya se ha indicado varias veces, el Canadá utiliza principalmente un archivo informático para almacenar los documentos que se hacen públicos en los arbitrajes regidos por el TLCAN. Sin embargo, como también se ha explicado ya, a fin de reducir al mínimo los recursos informáticos requeridos, las autoridades canadienses limitan los tipos de documentos que se pueden archivar en ese registro y las

¹² Véase, por ejemplo, *Chemtura v. Canada*, Orden de confidencialidad, apartados 11 y 12, de 21 de enero de 2008, disponible en el sitio <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Confidentialityorder.pdf>.

¹³ Véase, por ejemplo, *Bilcon v. Canada*, Orden Procesal núm. 4, disponible en el sitio <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Bilcon-ProceduralOrderNo4.pdf>; *Chemtura v. Canada*, Orden Procesal núm. 3, de 8 de agosto de 2008, disponible en el sitio <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/ProceduralOrder3Aug82008.pdf>.

personas interesadas pueden solicitar el acceso a documentos subsidiarios o complementarios.

Nuestra experiencia ha demostrado que el registro informático de información constituye un medio eficaz y económico para dar a la información la máxima difusión pública en el Canadá. Además, varios de nuestros arbitrajes son administrados por el CIADI o por la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) y, en tales casos, también se puede tener acceso a documentos públicos en sus respectivos registros informáticos. Hemos observado que la existencia de múltiples portales de acceso garantiza la máxima difusión de la información entre el público.

2. Observaciones del Gobierno de los Estados Unidos de América

Los Estados Unidos aprovechan la oportunidad para responder a las preguntas formuladas por la Secretaría acerca de la experiencia de los Estados Unidos en el modo de asegurar la debida transparencia en los procedimientos arbitrales regidos por el capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). En respuesta a esas preguntas, y como complemento de las observaciones que los Estados Unidos presentaron anteriormente a la CNUDMI a este respecto¹⁴, los Estados Unidos comunican en los siguientes párrafos información suplementaria sobre las prácticas que se siguen en el país en materia de transparencia.

1) Publicidad relativa al inicio de procedimientos arbitrales (por ejemplo, ¿qué experiencia tiene el país respecto de la publicación de la notificación de arbitraje en una fase inicial del procedimiento? ¿qué consecuencias tendría el hecho de no publicar información sobre el inicio de procedimientos arbitrales?)

Los Estados Unidos, que se han comprometido a asegurar la transparencia de los arbitrajes entre inversionistas y el Estado, facilitan prontamente al público, previa omisión de la información protegida¹⁵, los documentos relativos al inicio de los procedimientos arbitrales. De conformidad con las Notas de Interpretación de determinadas disposiciones del capítulo XI, de 31 de julio de 2001, elaboradas por la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, el Departamento de Estado comunica “oportunamente”¹⁶ las notificaciones de arbitraje que recibe insertándolas en su sitio en Internet¹⁷. En virtud de los recientes acuerdos de libre comercio, como el celebrado entre los Estados Unidos, países de América Central y la República Dominicana (CAFTA-DR), y de los tratados bilaterales de inversiones basados en el

¹⁴ Véanse las observaciones recibidas de los Estados Unidos de América sobre la transparencia en los arbitrajes entablados entre Estados e inversionistas en el marco de un tratado, A/CN.9/WG.II/WP.159/Add.3 (7 a 11) (4 de agosto de 2010) (“Observaciones de los Estados Unidos sobre la transparencia”).

¹⁵ Las categorías de información protegida se describen en las observaciones de los Estados Unidos sobre la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado. *Ibid.*, 9 a 10.

¹⁶ Véanse las Notas de Interpretación de la Comisión de Libre Comercio sobre determinadas disposiciones del capítulo XI, A 2) b) (31 de julio de 2001), disponibles en el sitio <http://www.state.gov/documents/organization/38790.pdf>.

¹⁷ Véase NAFTA Investor-State Arbitrations, U.S. Department of State, <http://www.state.gov/s/l/c3439.htm>.

Tratado Modelo de Inversiones Bilaterales de los Estados Unidos (2004)¹⁸, los Estados Unidos están obligados a poner sin demora a disposición del público tanto los avisos de intención como las notificaciones de arbitraje que reciba¹⁹.

Como se hace en el contexto del TLCAN, el Departamento de Estado, al recibir un aviso de intención, responde con una carta en la que acusa recibo y examina “diversos aspectos del capítulo XI del TLCAN y de la legislación estadounidense que regulan la divulgación de documentos en los arbitrajes entre inversionistas y un Estado regidos por el TLCAN²⁰. En la carta se comunica al demandante que:

- 1) En virtud de los artículos 1127 y 1129 del TLCAN se harán llegar a los Gobiernos del Canadá y de México copias de los documentos elaborados en relación con el arbitraje;
- 2) En virtud de la Ley sobre la Libertad de Información (*Freedom of Information Act*, título 5 del U.S.C., sección 552, esos documentos pueden revelarse al público, que goza de un derecho invocable ante los tribunales a tener acceso a documentos de organismos federales o a partes de ellos, a menos que estén protegidos por exenciones o exclusiones pertinentes, una de las cuales, prevista en la sección 552 b) 4) del título 5 del U.S.C. impide la revelación de “secretos comerciales e información comercial o financiera ... [que sea] de carácter reservado o confidencial”;
- 3) En virtud de las Notas de Interpretación de la Comisión de Libre Comercio (CLC) del TLCAN, las Partes en el Tratado convinieron en prever el acceso del público a la información relativa a los arbitrajes regidos por el capítulo XI del TLCAN;
- 4) En virtud del artículo 1126.10 se inscribirá en un registro público de la Secretaría del TLCAN una copia de toda solicitud de arbitraje o de toda notificación de arbitraje; y

¹⁸ Como se señaló en anteriores observaciones de los Estados Unidos sobre la transparencia en los arbitrajes celebrados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado, véanse las observaciones de los Estados Unidos sobre la transparencia (10), los siguientes acuerdos de inversiones recientemente negociados por los Estados Unidos que “reflejan las disposiciones” del Tratado Modelo de Inversiones Bilaterales de 2004 en materia de transparencia: Tratado Estados Unidos – Uruguay, artículo 29; Tratado Estados Unidos – Rwanda, artículo 29 (ambos disponibles en el sitio <http://www.ustr.gov/trade-agreements/bilateral-investment-treaties/bit-documents>), y los capítulos sobre inversiones de los siguientes acuerdos de libre comercio recientemente celebrados, que “incluyen disposiciones similares en materia de transparencia”: Acuerdo de Libre Comercio Estados Unidos – Chile, artículo 10.20; Acuerdo de Promoción del Comercio Estados Unidos – Colombia, artículo 10.21; Acuerdo de Promoción del Comercio Estados Unidos – Perú; Acuerdo de Libre Comercio Estados Unidos – Corea, artículo 11.21; Acuerdo de Libre Comercio Estados Unidos – Marruecos, artículo 10.20; Acuerdo de Libre Comercio Estados Unidos – Omán, artículo 10.20; Acuerdo de Promoción del Comercio Estados Unidos – Panamá, artículo 10.21; y Acuerdo de Libre Comercio Estados Unidos – Singapur, artículo 15.20 (todos ellos disponibles en el sitio <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>).

¹⁹ Véase el CAFTA-DR, artículo 10.21 1) a) - b), Tratado Modelo de Inversiones Bilaterales de 2004, artículo 29 1) a) - b), y la nota 18 *supra*.

²⁰ Véase la Carta modelo, apéndice A, *infra*.

5) La práctica general seguida en los Estados Unidos consiste en facilitar al máximo el acceso del público a los documentos incorporándolos al sitio en Internet del Departamento de Estado²¹.

En consecuencia, la carta recomienda también que, en particular respecto de las obligaciones impuestas por la Ley sobre la Libertad de Información de los Estados Unidos,

si el demandante considera que alguna parte de algún documento que presente al respecto contiene información comercial confidencial o cuya divulgación esté prohibida por dicha Ley, indique claramente la información cuya protección solicite y facilite una segunda versión del documento en que dicha información esté omitida o se presente de forma más vaga²².

Sin tal indicación, el Departamento de Estado presumirá que toda la información consignada en los documentos es divulgable al no estar sujeta a exenciones de la mencionada Ley²³.

Una vez que la carta es enviada al abogado del demandante, y si subsiguientemente se recibe una notificación de arbitraje, el Departamento de Estado insertará sin demora dicha notificación en su sitio en Internet, a reserva de toda información protegida que deba omitirse. Por ejemplo, en el caso *Grand River Enterprises Six Nations, LTD. et al. v. United States*, el Departamento de Estado insertó oportunamente esa notificación de arbitraje en una página que contenía la siguiente descripción del caso:

Grand River Enterprises Six Nations, Ltd., empresa canadiense, Jerry Montour, Kenneth Hill y Arthur Montour han entregado una notificación de arbitraje conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en nombre propio y en nombre de Native Wholesale Supply (denominación colectiva de “Grand River”). Grand River es una empresa de fabricación y venta de productos derivados del tabaco. Conforme a su demanda, Grand River reclama, como mínimo, de 310 a 664 millones de dólares en concepto de daños y perjuicios presuntamente derivados del acuerdo concertado en 1998 entre diversos fiscales generales estatales y las grandes compañías tabaqueras y de ciertas leyes estatales que ponían parcialmente en práctica ese acuerdo.

Grand River alega que se han violado los artículos 1102 (tratamiento nacional), 1103 (tratamiento de la nación más favorecida), 1104 (tratamiento mejor o tratamiento de la nación más favorecida), 1105 (criterio mínimo de tratamiento en virtud del derecho internacional) y 1110 (expropiación).

Los Estados Unidos se disponen a defender vigorosamente esa demanda²⁴.

Conforme a lo indicado en la última frase de la descripción del caso arriba mencionada, los Estados Unidos indican su posición en la defensa de la reclamación cuando se ha publicado en Internet la notificación de arbitraje.

²¹ Ibid.

²² Ibid.

²³ Ibid.

²⁴ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. United States*, Departamento de Estado de los Estados Unidos, <http://www.state.gov/s/l/c11935.htm>.

Las Notas de Interpretación de la CLC del TLCAN indican que las Partes en el Tratado se obligan entre ellas y frente a las personas interesadas de sus respectivos países a divulgar las notificaciones de arbitraje así como otros documentos presentados a un tribunal que actúe conforme al capítulo XI o emitidos por él²⁵. El hecho de no facilitar el acceso público a esos documentos constituiría un incumplimiento de esa obligación.

2) Documentos que deben publicarse (por ejemplo, ¿ha habido alguna duda acerca de si determinados tipos de documentos debían hacerse públicos o se ha planteado algún problema relativo a la traducción u otros gastos?)

En sus anteriores observaciones sobre la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado, los Estados Unidos describieron los documentos que debían publicarse en virtud de las Notas de Interpretación de la CLC del TLCAN y del Tratado Modelo de Inversiones Bilaterales de 2004²⁶.

Hasta la fecha en los Estados Unidos no ha habido incertidumbre acerca de si debían publicarse o no determinados documentos presentados a un tribunal del TLCAN o emitidos por él. En general, el Departamento de Estado ha incorporado a su sitio en Internet las presentaciones escritas, las transcripciones, las órdenes y las decisiones referentes a los casos en que ha sido parte litigante, y además ofrece vínculos con los sitios de Internet mantenidos por el Canadá y México en los que se da acceso a documentos referentes a casos sometidos a arbitraje contra esas Partes en el TLCAN²⁷. El público puede solicitar documentos que no se hayan incorporado al sitio de Internet, previa omisión de la información protegida, dirigiéndose al Office of International Claims and Investment Disputes (L/CID)²⁸.

No se han planteado problemas respecto de la traducción de estos documentos ni de los costos para su distribución. El Departamento de Estado facilita los documentos en el idioma o en los idiomas en que se hayan presentado al tribunal o en que el tribunal los haya emitido.

3. Presentaciones a cargo de terceros (por ejemplo, ¿alguna vez un tribunal arbitral ha necesitado mayor orientación a la hora de adoptar una decisión sobre la aceptación de presentaciones a cargo de terceros?)

En sus anteriores observaciones relativas a la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado, los Estados Unidos describieron las disposiciones relativas a la participación de

²⁵ Véanse las Notas de Interpretación de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN, A 2) b).

²⁶ Véanse las observaciones de los Estados Unidos sobre la transparencia (9).

²⁷ Los únicos documentos que el Departamento de Estado incorpora a sus páginas en Internet para demandas contra los Gobiernos del Canadá o de México son documentos presentados por partes no litigantes en virtud del artículo 1128 del TLCAN. Véase, por ejemplo, *Pope & Talbot, Inc. v. Government of Canada*, Departamento de Estado de los Estados Unidos, disponible en el sitio <http://www.state.gov/s/l/c3747.htm> (en que se hace una breve descripción del asunto, con copias de los documentos presentados por los Estados Unidos en virtud del artículo 1128, y un vínculo para entrar en la página en Internet del Gobierno del Canadá “para más información y otros documentos relativos a esta demanda”).

²⁸ Arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco del TLCAN, International Claims and Investment Disputes (L/CID), Departamento de Estado de los Estados Unidos, <http://www.state.gov/s/l/c3439.htm>.

terceros²⁹. En esas observaciones se describía también la Declaración de la CLC del TLCAN sobre la participación de partes no litigantes (FTC Amicus Statement)³⁰, en la que se recomendaba la adopción de directrices concretas por los tribunales regidos por el capítulo XI al estudiar propuestas de presentaciones de terceros³¹. En la práctica, no se han pedido directrices a los Estados Unidos además de las recomendadas en la Declaración.

En el caso *Glamis Gold, Ltd. v. United States*, el tribunal aplicó las directrices de la Declaración de la CLC sobre la participación de terceros. El tribunal enmendó su primera orden procesal en la que fijaba un plazo para las presentaciones a cargo de terceros, “respetando la presentación de solicitudes y las intervenciones de partes no litigantes de conformidad con [la Declaración]”³² y observó más adelante que las presentaciones a cargo de terceros “debían satisfacer los principios” de la Declaración³³. Tal como se indicó en el laudo, el tribunal expresó la opinión de que “debería aplicar estrictamente los requisitos enunciados en la Declaración de la Comisión de Libre Comercio, por ejemplo, las restricciones sobre la extensión o las limitaciones sobre los asuntos que cabe abordar ...”³⁴. Por su parte, los Estados Unidos habían apoyado plenamente la participación de terceros “en la medida en que cumplieran los requisitos de la Declaración de la Comisión de Libre Comercio en cuanto a la extensión y al contenido de las presentaciones [y] siempre que esa participación se efectuara de un modo que no impusiera una carga indebida a las Partes”³⁵. Al final, el tribunal decidió aceptar las presentaciones de terceros como la National Mining Association, la Quechan Indian Nation, Sierra Club and Earthworks y Friends of the Earth³⁶ y “examinarlas, en su caso, conforme a los principios enunciados en la Declaración de la Comisión y con el criterio concreto mencionado por [los Estados Unidos] de que en cada presentación deberían figurar

²⁹ Observaciones de los Estados Unidos sobre la transparencia (10 a 11).

³⁰ *Ibid.* examen de la Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la participación de partes no litigantes (7 de octubre de 2003), disponible en el sitio <http://www.state.gov/documents/organization/38791.pdf>.

³¹ *Ibid.*

³² *Glamis Gold, Ltd. v. United States*, TLCAN/CNUDMI, Orden Procesal núm. 4 (9) (26 de agosto de 2005), disponible en el sitio <http://www.state.gov/documents/organization/54151.pdf>.

³³ *Glamis Gold, Ltd. v. United States*, TLCAN/CNUDMI, Letter from President Young regarding the Request for Extension to File Application for Leave to File a Non-Disputing Party Submission and Associated Submission 2 (10 de octubre de 2006), disponible en el sitio <http://www.state.gov/documents/organization/73890.pdf>; véase también *Glamis Gold, Ltd. v. United States*, TLCAN/CNUDMI, Decision on Application and Submission by Quechan Indian Nation (10) (16 de septiembre de 2005), disponible en el sitio <http://www.state.gov/documents/organization/53592.pdf> (en que se señala que la presentación a cargo de la nación de los indios “Quechan” “satisface los principios” de la Declaración de la CLC sobre la participación de terceros).

³⁴ *Glamis Gold, Ltd. v. United States*, TLCAN/CNUDMI, laudo (286) (8 de junio de 2009) (“el laudo *Glamis*”), disponible en el sitio <http://www.state.gov/documents/organization/125798.pdf>.

³⁵ *Ibid.*, 285.

³⁶ Las solicitudes para hacer presentaciones y las presentaciones pueden consultarse en el sitio <http://www.state.gov/s/l/c10986.htm>.

perspectivas, conocimientos o consideraciones especiales distintas de las de las partes litigantes³⁷.

En el caso *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. United States*, las partes convinieron en la primera sesión del tribunal en que “el tribunal adoptara ulteriormente un procedimiento para recibir y examinar presentaciones de terceros, según fuera necesario (pero no en esta etapa), recurriendo a las recomendaciones de la [Declaración de la CLC sobre la participación de terceros]”³⁸. Cuando la Oficina del Jefe Nacional de la Asamblea de las Primeras Naciones presentó una comunicación *amicus curiae*³⁹, sin una autorización para presentarla, el tribunal anunció a las partes que había recibido una carta no solicitada de una parte no litigante que daba apoyo a una Parte en el litigio⁴⁰. El tribunal declaró además que, “al plantearse si debe aceptar y examinar esa carta, o cualquier otra presentación de terceros, el tribunal pretende guiarse por la [Declaración de la CLC sobre la participación de terceros] y decidirá en su momento si examinará la presentación, teniendo en cuenta las opiniones que las partes tal vez deseen expresar en la contestación y en la réplica”⁴¹. En su réplica, los Estados Unidos observaron que:

La presentación de la Asamblea de las Primeras Naciones no iba acompañada de una solicitud de autorización para hacer presentaciones como tercero. Los procedimientos recomendados en la [Declaración de la CLC sobre la participación de terceros], por los que se guiará el tribunal, según lo que ha indicado, al examinar las presentaciones de terceros en este caso, requieren que toda presentación a cargo de terceros vaya acompañada de una solicitud de autorización para presentarla. Dado que la Asamblea de las Primeras Naciones no cumplió este requisito, su presentación no debería examinarse en este arbitraje⁴².

El tribunal aún no ha decidido si acepta o no la presentación.

4) Audiencias públicas (por ejemplo, ¿cómo se organizan las audiencias públicas? ¿cuál es la experiencia del país en la publicación de transcripciones?)

Los Estados Unidos son claramente partidarios de que las audiencias sean públicas. En el contexto del TLCAN, los Estados Unidos han declarado que

³⁷ Laudo *Glamis* (286) (en que se cita la Declaración de la CLC sobre la participación de terceros, sección B 6 a)). Concretamente, la Quechan Indian Nation presentó dos solicitudes, la segunda de las cuales fue aceptada al mismo tiempo que las otras que se mencionan más arriba. *Ibid.*, el tribunal aceptó la primera presentación en su decisión sobre la solicitud y la presentación de la Quechan Indian Nation, de fecha 16 de septiembre de 2005. Véase la nota 33 *supra*.

³⁸ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. United States*, TLCAN/CNUDMI, actas de la primera sesión del tribunal, sección II 1) (31 de marzo de 2005), disponibles en el sitio <http://www.state.gov/documents/organization/45017.pdf>.

³⁹ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. United States*, TLCAN/CNUDMI, Letter from Phil Fontaine, National Chief of the Assembly of First Nations, to the Tribunal (19 de enero de 2009), disponible en el sitio <http://www.state.gov/documents/organization/117812.pdf>.

⁴⁰ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. United States*, TLCAN/CNUDMI, Letter from the Tribunal to the Parties Concerning the Amicus Curiae Submission at 1 (27 de enero de 2009), disponible en el sitio: <http://www.state.gov/documents/organization/117813.pdf>.

⁴¹ *Ibid.*, puntos 1 y 2.

⁴² *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. United States*, TLCAN/CNUDMI, réplica en 77, número 277 (13 de mayo de 2009), disponible en el sitio <http://www.state.gov/documents/organization/125482.pdf>.

consentirán y requerirán el consentimiento de los inversionistas litigantes y, en su caso, de los tribunales para que las audiencias celebradas en controversias regidas por el capítulo XI en las que sea parte se celebren en público, salvo cuando deba protegerse información confidencial, inclusive la de carácter comercial”⁴³. Además, en el Acuerdo de Libre Comercio con países de América Central y la República Dominicana (CAFTA-DR) y en virtud del Tratado Modelo de Inversiones Bilaterales de 2004, el compromiso de celebrar audiencias públicas aun es mayor, dado que los artículos pertinentes requieren que:

El tribunal celebre audiencias abiertas al público y determine, en consulta con las partes litigantes, las disposiciones logísticas apropiadas. Sin embargo, toda parte litigante que se proponga utilizar en una audiencia información calificada de protegida lo notificará al tribunal. El tribunal adoptará las medidas apropiadas para evitar la divulgación de esa información⁴⁴.

En la práctica, las audiencias celebradas en el marco del TLCAN se han abierto al público mediante circuitos cerrados de televisión, aunque las transmisiones se pueden interrumpir cuando en las audiencias se examine información protegida. Tal como explicaba en detalle el tribunal del caso *Glamis* en su Orden Procesal núm. 11:

Respecto del acceso público a las audiencias, el CIADI explicó que se había reservado una sala [en la sede del Banco Mundial en la ciudad de Washington] a la que se transmitirían las audiencias por televisión mediante un canal del Banco. Ninguna de las Partes se opuso a este tipo de acceso público a las audiencias. No obstante, ambas Partes reconocieron la imposibilidad de transmitir las audiencias durante el examen de información confidencial específica, por ejemplo, cuando se presentara información financiera de las empresas y detalles sobre la ubicación exacta de objetos y elementos culturales⁴⁵.

En la audiencia más reciente sobre el fondo del caso *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. United States*, el acceso del público fue garantizado del mismo modo. En ese arbitraje, las partes habían convenido en que:

Las audiencias sustantivas sobre el fondo del caso estarían abiertas al público mediante la transmisión por un circuito cerrado de televisión, siempre y cuando el CIADI [estuviera] en condiciones de adoptar las medidas logísticas apropiadas. Se señaló también que no se permitiría al público entrar en la sala de audiencias⁴⁶.

⁴³ Statement on Open Hearings in NAFTA Chapter Eleven Arbitrations (7 de octubre de 2003), disponible en el sitio

http://ustraderep.gov/assets/Trade_Agreements/Regional/NAFTA/asset_upload_file143_3602.pdf.

⁴⁴ Véase el CAFTA-DR, artículo 10.21.2, el Tratado Modelo de Inversiones Bilaterales de 2004, artículo 29 2), y la nota 18 *supra*.

⁴⁵ *Glamis Gold, Ltd. v. United States*, TLCAN/CNUDMI, Orden Procesal núm. 11 (15) (9 de julio de 2007), disponible en el sitio <http://www.state.gov/documents/organization/88173.pdf>.

⁴⁶ *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. United States*, TLCAN/CNUDMI, Minutes of the First Session of the Tribunal § I (10) (31 de marzo de 2005), disponible en el sitio <http://www.state.gov/documents/organization/45017.pdf>.

Conforme al acuerdo concertado, la audiencia se transmitió por televisión a la sala del público en la sede del Banco Mundial de Washington, con las interrupciones necesarias para proteger la información comercial de carácter confidencial.

El Departamento de Estado publica asimismo transcripciones completas de las audiencias en su sitio en Internet, omitiendo la información protegida⁴⁷.

5) Publicación de laudos (por ejemplo, ¿ha habido algún caso en que se haya excluido la publicación de ciertas decisiones o de ciertos laudos? En caso afirmativo, ¿por qué razones?)

Hasta la fecha no ha habido ningún caso en que los Estados Unidos fueran parte y en que se excluyera la publicación de decisiones o laudos. En el anexo 1137.4 del TLCAN, los Estados Unidos especificaron que “cuando los Estados Unidos sea la Parte contendiente, ya sea Estados Unidos o un inversionista contendiente podrá hacer público un laudo”. Además, los Estados Unidos se han comprometido a hacer públicos los laudos en virtud de las Notas de Interpretación de la CLC del TLCAN⁴⁸. Asimismo, los Estados Unidos están obligados a hacer públicos los laudos en virtud del Acuerdo de Libre Comercio CAFTA-DR y del Tratado Modelo de Inversiones Bilaterales de 2004⁴⁹.

6) Posibles excepciones a las reglas de transparencia (cómo abordar esas excepciones en la práctica, en particular en caso de desacuerdo entre las partes y cómo asegurar su cumplimiento)

Tal como se especificó en las observaciones de los Estados Unidos sobre la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado, las Notas de Interpretación de la CLC del TLCAN y el Tratado Modelo de Inversiones Bilaterales de 2004 prevén que no se pueda revelar información protegida⁵⁰. En casos anteriores, los Estados Unidos han concertado acuerdos de confidencialidad con demandantes para asegurar que no se divulgue la información protegida y para concretar un procedimiento encaminado a determinar si cierta información debe ser objeto de protección.

En la práctica, los Estados Unidos tratan de resolver las cuestiones de confidencialidad con la otra parte. Cuando las partes no puedan llegar a un acuerdo acerca de si debe protegerse o no cierta información, la controversia se somete al tribunal para que la resuelva de conformidad con todo acuerdo de confidencialidad aplicable. Por ejemplo, en el caso *Grand River Enterprises Six Nations, Ltd. et al. v. United States*, los Estados Unidos discreparon de la decisión de los demandantes de considerar que determinada información que figuraba en las transcripciones de las audiencias constituía información comercial confidencial. A fin de hacer públicas las transcripciones “oportunamente”, tal como se requiere en las Notas de Interpretación de la CLC del TLCAN, el Departamento de Estado incorporó a su

⁴⁷ Véase Cases Filed Against the United States of America, U.S. Department of State, disponible en el sitio <http://www.state.gov/s/l/c3741.htm>. Véase el ejemplo de una controversia sobre la omisión de una parte de una transcripción de una audiencia en la respuesta a la pregunta número 6 *infra*.

⁴⁸ Véase NAFTA FTC Interpretation, A 2) b).

⁴⁹ Véase CAFTA-DR, artículo 10.21.1 e), Tratado Modelo de Inversiones Bilaterales de 2004, artículo 29 1) e), y la nota 18 *supra*.

⁵⁰ Véase la nota 15 *supra*.

sitio en Internet las transcripciones de las audiencias omitiendo la información considerada confidencial por los demandantes. Sin embargo, los Estados Unidos impugnaron ante el tribunal la omisión de parte de esa información considerada confidencial alegando que no se justificaba tratarla como información comercial confidencial en virtud del acuerdo aplicable en materia de confidencialidad. El tribunal aún no ha resuelto la cuestión.

Como parte litigante en arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado, los Estados Unidos nunca registraron problemas de incumplimiento en lo que respecta al deber de no divulgar información protegida.

7) Archivo de información publicada (por ejemplo, ¿qué dificultades se han experimentado en el procedimiento de publicación?)

El Departamento de Estado no ha experimentado ninguna dificultad con la publicación de documentos en su sitio en Internet. Tampoco se han registrado problemas específicos a raíz de la obligación, prevista en el artículo 1126.10 del TLCAN, de facilitar una copia de toda solicitud de arbitraje o de toda notificación de arbitraje a la Secretaría del Tratado para su inclusión en un registro público.

Apéndice A: Carta modelo

Por correo electrónico o postal

Re: [indicación del asunto]

Estimado [destinatario]:

Por la presente el Gobierno de los Estados Unidos confirma la recepción, el [fecha], del aviso de la intención [del demandante] de presentar una demanda de arbitraje en virtud de la sección B del capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) acerca de [breve descripción del asunto].

Aprovechamos la oportunidad para señalar varios aspectos del capítulo XI del TLCAN y de la legislación de los Estados Unidos que son de interés para la divulgación de documentos en arbitrajes entre inversionistas y un Estado regidos por el Tratado. En primer lugar, en virtud de los artículos 1127 y 1129, los Estados Unidos están obligados a facilitar a las otras partes en el TLCAN copias de muchas categorías de documentos elaborados en relación con arbitrajes entablados en virtud del capítulo XI. [El demandante] debería entender que, al invocar las disposiciones del capítulo XI sobre solución de controversias, se ha sometido a un proceso durante el cual sus documentos podrán ser facilitados y serán facilitados a los Gobiernos del Canadá y de México.

En segundo lugar, ponemos de relieve las obligaciones que tienen los Estados Unidos en virtud de la Ley sobre la Libertad de Información, codificada en el título 5 del U.S.C., sección 552. Conforme a esa ley, el público goza de un derecho, invocable ante un tribunal, a tener acceso a documentos de organismos federales, o a partes de dichos documentos, salvo si se ha impedido su divulgación mediante exenciones o exclusiones. Una de las exenciones previstas en la Ley sobre la Libertad de Información que se invocan más a menudo para los documentos proporcionados por las partes litigantes a organismos es la prevista en el título 5 del U.S.C., sección 552 b) 4), por la que se impide divulgar “secretos comerciales e

información comercial o financiera ... [que sea] de carácter reservado o confidencial”.

Si [el demandante] considera que alguna parte de un documento que presente sobre este asunto contiene información comercial confidencial o cuya divulgación está prohibida por la Ley sobre la Libertad de Información, debería indicar claramente la información concreta que, a su entender, debería gozar de protección y facilitar una segunda versión del documento en que esa información estuviera omitida o fuera más vaga. En ausencia de tal indicación, se presumirá que [el demandante] no pide que una parte de la información consignada en los documentos que haya presentado esté exenta de ser divulgada al público conforme a la Ley sobre la Libertad de Información.

En tercer lugar, señalamos la declaración de interpretación elaborada por la Comisión de Libre Comercio, el 31 de julio de 2001, en virtud del artículo 2001 del TLCAN, que está disponible en el sitio <http://www.state.gov/documents/organization/38790.pdf>. En esa declaración se hace constar, entre otras cosas, la intención de las tres Partes en el TLCAN de autorizar, con excepciones limitadas, el acceso del público a información en arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados de conformidad con el capítulo XI del TLCAN.

En cuarto lugar, observamos que el artículo 1126.10 del TLCAN dispone que toda parte litigante deberá proporcionar a la Secretaría del Tratado una copia de toda solicitud de arbitraje o de toda notificación de arbitraje para su inscripción en un registro público. Todo documento por el que se presente una demanda de arbitraje sobre esta cuestión será divulgado a través de la Sección de los Estados Unidos de la Secretaría del TLCAN.

En quinto lugar, en los Estados Unidos se sigue la práctica de incorporar al sitio en Internet del Departamento de Estado, en el mayor grado posible, todas las presentaciones, órdenes y decisiones en relación con las demandas presentadas contra los Estados Unidos en virtud del capítulo XI que sean de interés público.