



Asamblea General

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

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

Solución de controversias comerciales: preparación de una norma jurídica sobre la transparencia exigible en los arbitrajes entablados entre inversionistas y un Estado en el marco de un tratado de inversión

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-4	3
II. Alcance y forma eventuales de una norma jurídica de la transparencia	5-21	4
A. Alcance de esa norma jurídica	5-6	4
B. Forma eventual de esa norma jurídica	7-21	4
1. Declaración de principio modelo	10-12	5
2. Cláusulas modelo insertables en un tratado de inversión	13-14	5
3. Directrices	15	6
4. Reglamento autónomo	16-21	6
i) Norma complementaria del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, únicamente aplicable a los arbitrajes abiertos en el marco de un tratado de inversión	17-19	6
ii) Reglamento aplicable a todo arbitraje entre inversionistas y un Estado, abierto en el marco de un tratado de inversión	20-21	6



III.	Aplicabilidad de una norma jurídica de la transparencia	22-53	7
A.	Relación entre los Estados Parte en un tratado de inversión	22-48	7
1.	Instrumento de la CNUDMI por el que se haga aplicable una norma jurídica de la transparencia a los arbitrajes entablados en el marco de tratados tanto existentes como futuros	22-25	7
i)	Recomendación relativa a la aplicación de una norma jurídica de la transparencia	22	7
ii)	Convenio sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y un Estado en el marco de un tratado	23-25	7
2.	Medidas que podrán adoptar los Estados Parte respecto de los tratados de inversión ya existentes	26-42	8
i)	Consentimiento dado por los Estados Parte en un tratado de inversión	27-31	8
ii)	Declaración interpretativa conjunta emitida por los Estados Parte	32-35	9
iii)	Declaraciones unilaterales de los Estados	36-37	10
iv)	Enmienda o modificación de un tratado de inversión	38-40	11
v)	¿Cabría impedir por la vía judicial que un Estado declare aplicable una norma jurídica de la transparencia en el marco de un tratado preexistente?	41-42	12
3.	Medidas que podrán adoptar los Estados respecto de sus futuros tratados	43-48	13
i)	Consentimiento dado por un Estado Parte en un tratado de inversión	43-44	13
ii)	Posibles opciones para hacer que una norma jurídica de la transparencia sea aplicable en el marco de futuros tratados	45-48	13
B.	Relación entre el Estado anfitrión y todo inversionista que sea parte en un arbitraje	49-53	14
1.	¿Podrá un inversionista actuar al margen de una norma jurídica de la transparencia?	50-52	14
2.	¿Podrán las partes en litigio apartarse de la norma jurídica de la transparencia?	53	14

I. Introducción

1. En su 43º período de sesiones (Nueva York, 21 de junio a 9 de julio de 2010), la Comisión asignó al Grupo de Trabajo la tarea de preparar una norma jurídica sobre el tema de la transparencia exigible en los arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados en el marco de un tratado de inversión¹. Se expresaron opiniones favorables a que el Grupo de Trabajo examinara además otras cuestiones que solían suscitarse en este tipo de arbitrajes y que merecieran ser objeto de estudio. Prevaleció el parecer de que, conforme a lo previamente decidido por la Comisión, sería prematuro adoptar una decisión sobre la forma y el alcance preciso de un instrumento futuro sobre los arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados en el marco de un tratado de inversión, por lo que procedía que el mandato conferido al Grupo de Trabajo quedara de momento limitado a la preparación de un régimen jurídico uniforme de la transparencia exigible en las actuaciones abiertas en tales arbitrajes. Ahora bien, se convino en que, sin salirse de ese mandato, el Grupo de Trabajo tratara de determinar toda otra cuestión suscitada por este tipo de arbitrajes, que tal vez también mereciera ser objeto de la tarea asignada al Grupo por la Comisión. Se convino en señalar a la Comisión, en su siguiente período de sesiones, en 2011, toda otra cuestión que mereciera ser objeto de estudio².

2. En su 53º período de sesiones (Viena, 4 a 8 de octubre de 2010), el Grupo de Trabajo inició la labor preparatoria de una norma jurídica relativa a la transparencia exigible en los arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados en el marco de un tratado de inversión. Las deliberaciones de ese período de sesiones, reflejadas en el documento A/CN.9/712, fueron de índole genérica y preliminar, sin que se buscara de momento un consenso. Se procedió así a fin de delinear las cuestiones que serían examinadas durante el siguiente período de sesiones del Grupo de Trabajo (A/CN.9/712, párr. 15). El Grupo de Trabajo entabló un debate general sobre la índole y la forma eventuales de una norma jurídica de la transparencia exigible en tales actuaciones (A/CN.9/712, párrs. 22 a 30 y 76 a 100), así como sobre su contenido eventual (A/CN.9/712, párrs. 31 a 75).

3. Conforme a lo decidido por la Comisión en su 43º período de sesiones (véase párr.1, *supra*), el Grupo de Trabajo examinó también otros temas, que se suscitaban a menudo en los arbitrajes entre inversionistas y un Estado en el marco de un tratado de inversión, que tal vez también merecieran ser objeto de estudio, a fin de señalarlos a la Comisión en un futuro período de sesiones. A ese respecto, el Grupo de Trabajo convino en recabar el parecer de la Comisión acerca de si cabía que el Grupo de Trabajo examinara, en el contexto de su labor actual, la posible intervención en un arbitraje de un Estado que fuera Parte en el tratado de inversión, en cuyo marco fue negociada la inversión comercial objeto de la controversia, pero que no fuera parte en el arbitraje abierto para dirimirla (A/CN.9/712, párrs. 102 a 103).

4. Conforme fue solicitado por el Grupo de Trabajo, en su 53º período de sesiones, en la presente nota se hace un análisis de las cuestiones indicadas por el Grupo de Trabajo respecto de la forma (sección II), la aplicabilidad (sección III) y el

¹ *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Núm. 17 (A/65/17)*, párr. 190.

² *Ibid.*, párr. 191.

contenido (sección IV) eventuales de una norma jurídica de la transparencia, a fin de someterlas al examen del Grupo de Trabajo, en su 54º período de sesiones (A/CN.9/712, párr. 101). Salvo indicación en contrario, toda referencia que se haga, en la presente nota, a las deliberaciones del Grupo de Trabajo, remite a las deliberaciones de su 53º período de sesiones.

II. Alcance y forma eventuales de una norma jurídica de la transparencia

A. Alcance de esa norma jurídica

5. En sus períodos de sesiones 41^{o3} y 43^{o4}, la Comisión confirió al Grupo de Trabajo el mandato de preparar una norma jurídica sobre la transparencia exigible en los arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados en el marco de un tratado de inversión. En su 41º período de sesiones, la Comisión decidió que sería prematuro adoptar una decisión sobre la forma del futuro instrumento relativo a este tipo de arbitrajes, por lo que convendría dar al Grupo de Trabajo un amplio margen de discreción al respecto. Las diversas posibilidades examinadas por la Comisión indican que la finalidad asignada a la labor emprendida es la de resolver una cuestión genérica que suele darse en todo arbitraje entablado entre un inversionista y un Estado, por lo que la Comisión se abstuvo de limitar el alcance de la nueva norma a los arbitrajes abiertos con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Se habló de preparar una cláusula modelo, unas directrices o incluso un reglamento especial de la transparencia debida en este tipo de arbitrajes, en forma de un anexo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Se habló también de preparar un reglamento en forma de norma autónoma o cláusulas optativas insertables en todo tratado donde proceda hacerlo⁵.

6. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar la conveniencia de que esa norma jurídica de la transparencia sea de aplicación general a todo arbitraje entablado en el marco de un tratado de inversión, cualquiera que sea el reglamento por el que se vaya a dirimir el arbitraje así entablado (véanse párrs 16, 20 y 21 *infra*). Tal vez proceda también considerar si ese ámbito de aplicación general de la futura norma, no dependiente de reglamento alguno, es el que mejor responde al mandato, recibido de la Comisión, de promover la transparencia en los arbitrajes entablados entre inversionistas y un Estado en el marco de un tratado de inversión⁶.

B. Forma eventual de esa norma jurídica

7. En su 53º período de sesiones, el Grupo de Trabajo consideró, en términos generales, la índole de la futura norma jurídica de la transparencia y la forma que cabría darle (A/CN.9/712, párrs. 22 a 30 y 76 a 100) y decidió que toda sugerencia al respecto debería ser objeto de mayor estudio (A/CN.9/712, párr. 94).

³ *Ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento Núm. 17 (A/63/17), párr. 314.

⁴ *Ibid.*, sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Núm. 17 (A/65/17), párrs. 190 y 191.

⁵ *Ibid.*, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento Núm. 17 (A/63/17), párr. 314.

⁶ *Ibid.*, sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento Núm. 17 (A/65/17), párrs. 190 y 191.

8. Cabe señalar que el examen de la aplicabilidad de una norma jurídica de la transparencia, en la sección III, así como los textos que se sugieran, en la sección IV, para la reglamentación futura de la transparencia, no tienen por objeto indicar preferencia alguna al respecto. La índole y la forma eventual de la futura norma jurídica se dejan al arbitrio de lo que decida el Grupo de Trabajo.

9. Cabe también señalar que las diversas formas, que se sugieren a continuación para una norma jurídica de la transparencia, no son, en principio, mutuamente exclusivas.

1. Declaración de principio modelo

10. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si, con miras a promover y facilitar la transparencia, convendría preparar una declaración de principio modelo, que todo Estado interesado pueda adoptar por su cuenta.

11. Cabe que esa declaración enuncie un régimen básico de la transparencia junto con una cláusula por la que todo Estado podrá declarar, u ofrecerse a declarar, aplicable su régimen a todo arbitraje abierto en el marco de un tratado de inversión en el que dicho Estado sea Parte. Cabe también que esa declaración de principio sea conjuntamente adoptada por todos los Estados Parte en un tratado de inversión (véanse párrs. 32 a 37, *infra*), lo que hará que su régimen de la transparencia sea aplicable a los arbitrajes abiertos en el marco de ese tratado, aun cuando el tratado esté ya vigente al hacer los Estados Parte tal declaración.

12. Al darse validez interna, en los Estados Parte en un tratado de inversión, a una declaración de principio de la transparencia, cada Estado estará declarando aplicable su régimen de la transparencia a todo arbitraje entre un inversionista y ese Estado, abierto en el marco de dicho tratado. Según en que términos se formule la declaración, su aplicación será obligatoria u optativa para las partes en litigio (véanse párrs. 50 a 53, *infra*).

2. Cláusulas modelo insertables en un tratado de inversión

13. Se ha mencionado también que cabría formular la norma jurídica de la transparencia en forma de una o más cláusulas modelo, insertables en un tratado, para la solución de toda controversia surgida en el marco de ese tratado. Cabe señalar que el régimen actualmente previsto en los tratados de inversión, para la solución de las controversias nacidas en su marco, suele estar inspirado en modelos de cláusula compromisoria comercial que no abordan la cuestión de la publicidad de la apertura, de los autos o de las audiencias de un procedimiento arbitral, ni la de la documentación presentada por terceros interesados.

14. Al insertar una de tales cláusulas en un tratado de inversión, los Estados Parte en ese tratado estarían demostrando su deseo de promover la transparencia del procedimiento arbitral. Cabría formular una cláusula modelo en términos que impongan una obligación de transparencia en las actuaciones arbitrales o en términos que ofrezcan esa transparencia al inversionista que sea parte en el arbitraje (véanse párrs. 50 a 53, *infra*).

3. Directrices

15. Otra posible manera de resolver la cuestión de la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y un Estado, abiertos en el marco de un tratado de inversión, consistiría en formular unas directrices al respecto destinadas a todo Estado que vaya a negociar un tratado de inversión y a los tribunales arbitrales que hayan de pronunciarse sobre cuestiones de transparencia procesal en sus actuaciones, así como a las partes en un arbitraje o a terceros con algún interés legítimo en el resultado de un arbitraje. Esas directrices serían aplicables, si las partes en litigio así lo convienen, a todo arbitraje abierto en el marco de un tratado, ya sea preexistente o futuro.

4. Reglamento autónomo

16. En el 53º período de sesiones del Grupo de Trabajo se expresaron pareceres favorables a que se formulara una norma jurídica de la transparencia en forma de anexo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o en forma de un reglamento autónomo de la transparencia arbitral (A/CN.9/712, párr. 76). Tal vez proceda examinar si esa norma de la transparencia debe ser aplicable (véanse párrs. 5 y 6, *supra*) únicamente a los arbitrajes dirimidos con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o a todo arbitraje en general, cualquiera que sea el reglamento por el que se rija.

i) *Norma complementaria del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, únicamente aplicable a los arbitrajes abiertos en el marco de un tratado de inversión*

17. El Grupo de Trabajo tal vez desee preparar un reglamento especial de la transparencia para los arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados en el marco de un tratado de inversión, que sería aplicable a título de norma complementaria del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

18. Tal vez proceda examinar hasta que punto esta opción sería compatible con la índole general del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Además, la formulación de un reglamento únicamente aplicable a los arbitrajes abiertos en el marco de un tratado de inversión podría suscitar difíciles cuestiones acerca de la delimitación de este tipo de arbitrajes (a los que esa reglamentación especial sería aplicable) frente a otros tipos de arbitraje (a los que no lo sería). También se habría de considerar si limitar el objeto de esa reglamentación a las cuestiones de transparencia resultaría apropiado, habida cuenta de otras cuestiones que cabría resolver en una reglamentación del arbitraje para casos concernientes a las inversiones negociadas en el marco de un tratado de inversión.

19. La aplicación de una norma de la transparencia complementaria del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI a los arbitrajes abiertos en el marco de un tratado de inversión dependerá de que los Estados Parte en ese tratado den o no su asentimiento a esa aplicación (véanse párrs. 27 a 31 y 44 a 47, *infra*).

ii) *Reglamento aplicable a todo arbitraje entre inversionistas y un Estado, abierto en el marco de un tratado de inversión*

20. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procedería formular un reglamento autónomo de la transparencia que sea aplicable a los arbitrajes entre inversionistas y un Estado, abiertos en el marco de un tratado de inversión,

cualquiera que sea el reglamento general que se declare aplicable a ese tipo de arbitrajes (véanse párrs. 5, 6 y 16, *supra*).

21. Esa opción supondría que ese reglamento habría de formularse en términos genéricos que lo hagan aplicable siempre que un Estado Parte en un tratado de inversión dé su asentimiento a esa aplicación (véanse párrs. 27 a 31 y 44 y 46, *infra*).

III. Aplicabilidad de una norma jurídica de la transparencia

A. Relación entre los Estados Parte en un tratado de inversión

1. Instrumento de la CNUDMI por el que se haga aplicable una norma jurídica de la transparencia a los arbitrajes entablados en el marco de tratados tanto existentes como futuros

i) Recomendación relativa a la aplicación de una norma jurídica de la transparencia

22. Según cual sea la forma que se dé a la norma jurídica de la transparencia, la CNUDMI podría ofrecerse a promover la aplicación de tal norma en el marco de los tratados de inversión mediante una recomendación por la que se inste a los Estados a hacer que esa norma sea aplicable en el marco de sus tratados tanto vigentes como futuros. Esa recomendación insistiría en la importancia de la transparencia en todo arbitraje entre inversionistas y un Estado abierto en el marco de un tratado, y alentaría a los Estados a dotar de vigencia a esa norma respecto de sus tratados de inversión tanto vigentes como futuros (véanse párrs. 26 a 40 y 45 a 48, *infra*).

ii) Convenio sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y un Estado en el marco de un tratado

23. En el 53º período de sesiones del Grupo de Trabajo se propuso que, con miras a promover la aplicación de una norma jurídica de la transparencia en el marco de los tratados de inversión, se preparara un convenio internacional por el que los Estados puedan convenir en dar curso interno a una norma jurídica de la transparencia (A/CN.9/712, párr. 93).

24. Respecto de los tratados preexistentes, el enfoque sugerido evitaría el tener que entablar un procedimiento de enmienda respecto de cada tratado de inversión ya vigente (procedimiento que se describe en los párrs. 32 a 40, *infra*)⁷. Ahora bien, con tal convenio solo se conseguiría que la norma de la transparencia sea aplicable

⁷ Se adoptó este mismo enfoque en la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales (2005) respecto del empleo de las comunicaciones electrónicas en orden a la formación o el cumplimiento de un contrato en el marco de otros convenios internacionales. Cabría, por ello, formular una regla similar a la del art. 20.1 de esa Convención, que dice: “1. *Las disposiciones de la presente Convención serán aplicables al empleo de comunicaciones electrónicas en lo concerniente a la formación o el cumplimiento de un contrato al que sea aplicable cualquiera de los siguientes instrumentos internacionales en los que un Estado Contratante de la presente Convención sea o pueda llegar a ser parte...*”.

en el marco de todo tratado de inversión ya vigente que se haya concertado entre Estados que pasen además a ser partes en ese nuevo convenio.

25. El nuevo convenio sobre la transparencia dispondría además claramente que su régimen de la transparencia será aplicable, conforme a lo estipulado en el convenio, a los arbitrajes entablados en el marco de los futuros tratados de inversión.

2. Medidas que podrán adoptar los Estados Parte respecto de los tratados de inversión ya existentes

26. En su 53º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó cuáles serían las medidas que un Estado podría adoptar para hacer que una futura norma jurídica de la transparencia sea también aplicable a los tratados de inversión tanto bilaterales como multilaterales, ya existentes. Muchas delegaciones se mostraron favorables a que la norma jurídica de la transparencia sea también declarada aplicable a los tratados de inversión ya existentes. Ahora bien se cuestionó la viabilidad jurídica y práctica de esa medida (A/CN.9/712, párrs. 85 y 86).

i) Consentimiento dado por los Estados Parte en un tratado de inversión

27. Conforme a la definición de tratado que se da en el párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁸ (“la Convención de Viena” de 1969), instrumento que está ya reconocido como derecho consuetudinario internacional, por tratado de inversión se ha de entender un acuerdo internacional en materia de inversiones concluido por escrito entre los Estados interesados y que se rige por el derecho internacional.

28. Los tratados de inversión suelen llevar una cláusula para la solución de controversias entre el Estado anfitrión y el inversionista por la que se prevé la selección del reglamento que será aplicable al arbitraje que se vaya a entablar para resolver una controversia. La incorporación a esa cláusula de una nueva norma jurídica de la transparencia no podría ser automática, dado que ello constituiría una enmienda de una cláusula de un tratado que no cabría hacer sin el acuerdo de las demás Partes en ese tratado, que son todas ellas “titulares” de su tratado (véanse arts. 39 a 41 de la Convención de Viena).

29. Para dar validez a tal acuerdo, no bastaría con que la CNUDMI apruebe, en su condición de órgano intergubernamental, una norma jurídica de la transparencia preparada en alguna de las formas que se mencionan en los anteriores párrafos 10 a 21, dado que la CNUDMI carece de autoridad para imponer a los Estados la aplicación de sus textos⁹.

30. En el 53º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se sugirió que cabría lograr una aplicación automática de una norma jurídica de la transparencia, en el marco de los tratados ya existentes, interpretando todo consentimiento otorgado en uno de esos tratados, a la solución de controversias con arreglo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, como un consentimiento otorgado en la previsión de que el régimen de ese Reglamento evolucionaría con el paso del tiempo. Con arreglo a esa lectura del consentimiento dado por los Estados Parte, cabría entender que toda

⁸ Hecha en Viena el 23 de mayo de 1969 y que entró en vigor el 27 de enero de 1980. Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331.

⁹ Véase resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, sec. II, párr. 8.

nueva norma sería automáticamente aplicable al entrar a formar parte del régimen evolutivo del Reglamento de la CNUDMI (A/CN.9/712, párr. 89). Cabe, no obstante, señalar que dar por aplicable en el marco de un tratado, una norma que entró en vigor estando ya vigente el tratado, sin que los Estados Parte hayan dado su consentimiento por ejemplo, mediante una declaración interpretativa conjunta de su tratado (véanse los párrafos 32 a 35 *infra*), podría constituir una violación del tratado y del derecho internacional aplicable. Cabe señalar que el párrafo 1 del artículo 31 de la Convención de Viena dispone, a título de regla general de interpretación de los tratados, que: “[un] tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

31. Tal vez deba recordarse que el Grupo de Trabajo fue consciente de la dificultad de admitir la aplicación retroactiva de otra norma en el marco de un tratado de inversión preexistente, razón por la que se formuló el párrafo 2 del artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, revisado en 2010, en términos que evitaran una aplicación retroactiva no deseada de una norma futura (A/CN.9/646, párr. 76).

ii) *Declaración interpretativa conjunta emitida por los Estados Parte*

32. Cabría hacer que una norma jurídica de la transparencia sea aplicable en el marco de un tratado de inversión preexistente mediante una declaración interpretativa conjunta de los Estados Parte en ese tratado. El apartado 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena dispone que se habrá de tener en cuenta, junto con el contexto de cada cláusula del tratado, “todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones”.

33. En el derecho internacional público, existen muchos ejemplos de declaraciones interpretativas conjuntas de los Estados Parte en un tratado, pudiéndose citar, a título ilustrativo, un “documento conjunto”, de 1993, de los Estados Parte en el Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa (FACE), de 1990, que contenía un entendimiento acerca de la interpretación y aplicación del Tratado FACE que equivalía a una enmienda de dicho tratado. Otro ejemplo de interpretación de un tratado tenida por auténtica fue la decisión conjunta, de los Estados entonces miembros de la Comunidad Europea, de sustituir, en el Tratado de la Comunidad Europea, el término “ECU” por el término “euro”, como nombre oficial de la unidad monetaria europea. Con su decisión conjunta, los Estados miembros evitaron el tener que proceder a la enmienda del tratado, tal vez sujeta en muchos de ellos a escrutinio parlamentario y ratificación. En su reunión de Madrid de 1995, los 15 Estados miembros decidieron conjuntamente sustituir el término específico “ECU” por “euro”, y declararon que su decisión conjunta constituía la interpretación definitiva de las disposiciones pertinentes de dicho tratado.

34. Cabría formular el acuerdo de los Estados Parte en un tratado de inversión en forma de una declaración interpretativa conjunta por la que decidieran incorporar una norma jurídica de la transparencia a la cláusula compromisoria o arbitral de su tratado. Tal interpretación no requiere, a tenor del apartado 3 a) del artículo 31 de la

Convención de Viena, forma especial alguna¹⁰, es decir no habrá de expresarse en forma de tratado, con tal de que quede clara la intención de las Partes de sentar, con su declaración conjunta, una regla de interpretación debidamente acordada.

35. Cabe que se estime que tal declaración interpretativa equivale de hecho a una enmienda del tratado original. Ciertamente es que tribunales internacionales han aceptado como interpretación auténtica de un tratado, declaraciones subsiguientes que se apartaban de la intención original de las Partes en el tratado¹¹. Ahora bien, la distinción, en términos de derecho internacional, entre una interpretación y una enmienda de un tratado dista mucho de ser clara. El Grupo de Trabajo tal vez estime que pese a que el derecho internacional consuetudinario reconoce cierto margen de enmienda a una declaración interpretativa acordada entre los Estados Parte en un tratado, cabe que algunos Estados se sientan reacios a seleccionar esta vía interpretativa de un tratado ya existente, por estimar que entraña cierto riesgo de controversias acerca de la validez de esa interpretación.

iii) *Declaraciones unilaterales de los Estados*

36. En el 53º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se sugirió también que cabría hacer aplicable una norma jurídica de la transparencia mediante declaraciones unilaterales de los Estados interesados (A/CN.9/712, párr. 93).

37. Dado que un tratado nace de un acuerdo entre Estados, la declaración de un único Estado Parte no bastará para hacer aplicable una norma jurídica de la transparencia en el marco de un tratado ya existente, y será preciso obtener una declaración similar de todo otro Estado Parte en un mismo tratado. Por ello, para hacer aplicable una norma jurídica de la transparencia en el marco de un tratado de inversión ya existente, hará falta obtener una declaración unilateral a dicho fin de cada Estado Parte en ese tratado. Tales declaraciones unilaterales de idéntico alcance pasarían así a formar un acuerdo interpretativo subsiguiente del contenido o de la aplicación del tratado, pactado entre los Estados Parte, con arreglo al apartado 3 a) del artículo 31 de la Convención de Viena (véanse párrs. 32 a 35, *supra*). No será preciso, para dicho fin, dar a esas declaraciones la forma de una declaración “conjunta”. Ahora bien, se habrá de dejar constancia del acuerdo entre las Partes concerniente a la interpretación del tratado, para lo que bastaría con proceder a un intercambio de notas. Conforme ha indicado la Comisión de Derecho Internacional en su proyecto de directrices sobre declaraciones concernientes a los

¹⁰ Véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte Internacional de Justicia en el caso Kasikili/Sedudu Island (Botswana/Namibia), *Judgement of 13 December 1999, I.C.J. Reports 1999, pág. 1045, párr. 49*, disponible en www.icj-cij.org/docket/files/98/7577.pdf, que aclara que el art. 31 3 a) de la Convención de Viena no exige, para la validez de un pacto interpretativo ulterior de un tratado, los requisitos formales exigibles para la validez del tratado.

¹¹ Véase, por ejemplo, *Case concerning the Dispute Regarding Navigational and Related Rights (Costa Rica v. Nicaragua)*, *Judgement of the International Court of Justice of 13 July 2009*, párr. 64, disponible en www.icj-cij.org/docket/files/133/15321.pdf; *Interpretation of the Air Transport Services Agreement of 27 March 1946 (France v. United States of America)*, *Award of 22 December 1963*, pp. 60 ff., disponible en http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XVI/5-74.pdf; *Location of Boundary Markers in Taba (Egypt v. Israel)*, *Award of 28 September 1988*, para. 210, disponible en http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XX/1-118.pdf; *Interpretation of the Air Transport Services Agreement of 6 February 1948 (Italy v. United States of America)*, *Award of 17 July 1965*, pp. 99 ff., disponible en http://untreaty.un.org/cod/riaa/cases/vol_XVI/75-108.pdf.

acuerdos bilaterales¹², una declaración interpretativa, efectuada por un único Estado Parte en el tratado, podrá ser tenida por interpretación auténtica del tratado, si la otra Parte en el tratado la acepta¹³.

iv) *Enmienda o modificación de un tratado de inversión*

38. El artículo 39 de la Convención de Viena dispone que: “Un tratado podrá ser enmendado por acuerdo entre las partes. Se aplicarán a tal acuerdo las normas enunciadas en la Parte II, salvo en la medida en que el tratado disponga otra cosa”. Los artículos 40 y 41 de la Convención de Viena regulan más en detalle lo concerniente a la enmienda o modificación de un tratado. El principio de los *pacta sunt servanda* deja abierta, como única vía para enmendar un tratado, la concertación por separado de un nuevo acuerdo que será únicamente vinculante para aquellos Estados que lo hayan pactado.

39. Lo dispuesto en los artículos 39 a 41 de la Convención de Viena será aplicable a todo tratado que no haya previsto alguna otra vía para su enmienda o modificación. Cabe señalar que son muchos los tratados en los que se ha previsto su propia vía de enmienda. Aun cuando un tratado haya previsto su propia vía de enmienda, los Estados Parte podrán pactar ulteriormente por unanimidad otra vía de enmienda. El Grupo de Trabajo debe tener presente que la enmienda de un tratado por alguna vía informal puede dar lugar a dificultades constitucionales en los Estados Parte, pese a que en los artículos 39 a 41 de la Convención de Viena no se exige, como cuestión de derecho internacional público, que los tratados hayan de ser enmendados o modificados por la misma vía que se concertaron.

40. En algunos tratados de inversión está expresamente previsto que cada Estado Parte habrá de aprobar tales enmiendas por la vía prescrita en su derecho interno. A título ilustrativo de un tratado de inversión que ha previsto su propia enmienda mediante un acuerdo entre las Partes cabe señalar que el Acuerdo de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos (CAFTA-DR) dispone en su artículo 22 que: 1. Las Partes podrán pactar entre ellas cualquier enmienda que proceda hacer en el Acuerdo CAFTA-DR. ... Toda enmienda, unánimemente pactada y aprobada por la vía prescrita por el derecho interno de la respectiva Parte, pasará a formar parte del Acuerdo y surtirá efecto a partir de la fecha en que todas y cada una de las Partes hayan notificado por escrito al Depositario su aprobación de la enmienda, o en toda otra fecha pactada por las Partes¹⁴; y 2. Toda enmienda debidamente aprobada pasará a formar parte del Acuerdo CAFTA-DR. Otro ejemplo es el del Acuerdo entre México y el Japón para el fortalecimiento de su alianza económica (Acuerdo Japón-México) de 2004, que en su artículo 174 dispone que: las Partes podrán pactar entre ellas su enmienda,

¹² El proyecto de directrices relativas a las declaraciones concernientes a los acuerdos bilaterales están incluidas en el proyecto de directrices relativas a las reservas efectuadas a un tratado y a la interpretación auténtica de un tratado con arreglo al apartado 3 a) del art. 31 de la Convención de Viena, preparado por la Comisión de Derecho Internacional, Informe de la Comisión de Derecho Internacional, *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo quinto período de sesiones, Suplemento núm. 10 (A/65/10)*, pág. 40, disponible en <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2010/2010report.htm>.

¹³ *Ibid.*, Proyecto de directrices 1.5.3.

¹⁴ Disponible en www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/cafta-dr-dominican-republic-central-america-fta/final-text.

salvo disposición en contrario del propio Acuerdo. Tal enmienda deberá ser aprobada por ambas Partes, por la vía prescrita para dicho fin en su derecho interno, y surtirá efecto el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya completado el intercambio de notas diplomáticas dando cuenta de su aprobación¹⁵. Ciertos tratados de inversión no mencionan en cambio el requisito de que la enmienda sea aprobada por la vía prescrita en el derecho interno de la respectiva Parte. Por ejemplo, el Acuerdo por el que se establece la Zona de Libre Comercio entre la ASEAN, Australia y Nueva Zelandia (AANZFTA), de 2009, dispone en el artículo 6 de su capítulo 18 que este Acuerdo podrá ser enmendado por acuerdo escrito entre las Partes y tal enmienda surtirá efecto en la fecha o las fechas que las Partes hayan indicado¹⁶.

v) *¿Cabría impedir por la vía judicial que un Estado declare aplicable una norma jurídica de la transparencia en el marco de un tratado preexistente?*

41. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si algún derecho o alguna expectativa legítima de un inversionista de que una controversia sea dirimida por arbitraje no transparente puede dar lugar a que se impida que un Estado declare aplicable, en el marco de un tratado preexistente, una norma jurídica de la transparencia ulteriormente aprobada. Tal impedimento legal o acción judicial ejercitable por el inversionista presupone que el inversionista goza de algún derecho, o expectativa legítima, dimanante del tratado de inversión, de que su caso sea resuelto por arbitraje no transparente. Cabe señalar que parece dudoso que un tratado de inversión entre Estados pueda ser tenido por fuente de tal derecho o expectativa legítima de un inversionista. Aun cuando un tratado de inversión prevea que todo arbitraje eventual podrá celebrarse con arreglo a cierto reglamento ya existente, ello no significa que se esté excluyendo que el procedimiento arbitral sea transparente. Además, muchos tratados de inversión prevén que un inversionista pueda presentar su demanda de arbitraje con arreglo a alguna norma no indicada en el tratado, pero requiriéndose a veces en el tratado que ambas partes litigantes den su consentimiento a toda norma o reglamento así designado¹⁷.

42. El Grupo de Trabajo tal vez estime que tal derecho o expectativa legítima del inversionista se habrán de tener por nacidos únicamente a partir del momento en que el inversionista acepte la oferta de arbitraje en el marco del tratado de inversión, lo que hará, las más de las veces, al presentar su demanda.

¹⁵ Disponible en www.mofa.go.jp/region/latin/mexico/agreement/agreement.pdf.

¹⁶ Disponible en www.dfat.gov.au/trade/fta/asean/aanzfta/contents.html.

¹⁷ Véase, por ejemplo, el Tratado Modelo de los Estados Unidos de América para la protección y el fomento recíproco de las inversiones (“*US Model BIT*”) de 2004, cuyo art. 24 3) b) dispone que todo demandante podrá presentar su demanda ante alguna otra institución arbitral o con arreglo a algún otro reglamento, siempre que el demandante o el demandado así lo convengan; el Acuerdo por el que se establece la Zona de Libre Comercio ASEAN-Australia-Nueva Zelandia (AANZFTA) de 2009, cuyo art. 21 1) se expresa en términos de idéntico alcance a los del tratado modelo *US Model BIT*; y el acuerdo entre Japón y México para el fortalecimiento de su alianza económica cuyo art. 79 1 d) dispone que el arbitraje podrá celebrarse con arreglo a todo otro reglamento en el que convengan las partes litigantes.

3. Medidas que podrán adoptar los Estados respecto de sus futuros tratados

i) *Consentimiento dado por un Estado Parte en un tratado de inversión*

43. En el 53° período de sesiones del Grupo de Trabajo, se dijo que cabrá presumir que las actuaciones arbitrales abiertas en el marco de un tratado de inversión estarán sujetas a una norma jurídica de la transparencia siempre que esa presunción se establezca de tal modo que las partes en todo arbitraje que se abra en el marco de ese tratado puedan estar seguras de que su arbitraje se ha de regir por esa norma (A/CN.9/712, párrs. 82 a 84).

44. Cabe señalar a ese respecto que una norma jurídica de la transparencia no será automáticamente aplicable en el marco de futuros tratados de inversión. En su 53° período de sesiones, el Grupo de Trabajo estimó importante que toda medida estatal por la que se haga aplicable una norma de la transparencia a los arbitrajes abiertos en el marco de los futuros tratados de inversión deberá estar redactada en términos claros que no se presten a duda acerca del consentimiento dado por los Estados Parte a que todo arbitraje que se abra en el futuro, en el marco de esos tratados, se desarrollará con arreglo a esa norma de la transparencia (A/CN.9/712, párr. 84).

ii) *Posibles opciones para hacer que una norma jurídica de la transparencia sea aplicable en el marco de futuros tratados*

45. Cabrá hacer efectivo el consentimiento de los Estados a que una norma de la transparencia sea aplicable en el marco de sus futuros tratados de inversión mediante un convenio sobre la transparencia aplicable en los arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados en el marco de esos tratados (véanse, párrs. 23 a 25, *supra*) o, en ausencia de un convenio, mediante la inserción de una cláusula modelo de la transparencia (véanse, párrs. 13 y 14, *supra*), en cada futuro tratado de inversión, así como por remisión en esos tratados a algún reglamento autónomo de la transparencia (véanse, párrs. 16 a 21, *supra*).

46. De formularse esa norma en forma de un reglamento autónomo de la transparencia, cabría prever que ese reglamento solo sea aplicable si los Estados Parte declaran expresamente, en el tratado de inversión, que ese reglamento será aplicable a todo arbitraje entablado en su marco. De optarse por este enfoque, tal vez convenga insertar en ese reglamento una cláusula que diga que “su régimen será aplicable a todo arbitraje abierto en el marco de un futuro tratado de inversión, siempre que ese tratado lo declare expresamente aplicable”.

47. Según otro enfoque, cabría establecer una presunción de la aplicabilidad de una norma de la transparencia en el contexto únicamente del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. La formulación de esa presunción dependería de la manera en que se fuera a complementar, con una norma de la transparencia, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En el 53° período de sesiones del Grupo de Trabajo, se sugirió que toda reglamentación autónoma de la transparencia debería llevar una disposición que dijera “la presente norma será incorporada al Reglamento de la CNUDMI para todo arbitraje que se celebre con arreglo a ese Reglamento y que sea abierto en el marco de un tratado de inversión ulteriormente ratificado, salvo que ese tratado disponga expresamente que esa norma no será aplicable” (A/CN.9/712, párr. 83).

48. En el 53° período de sesiones del Grupo de Trabajo, se sugirió que se evaluara toda solución que se seleccione respecto de los futuros tratados en función de su repercusión sobre los tratados ya existentes (A/CN.9/712, párr. 84).

B. Relación entre el Estado anfitrión y todo inversionista que sea parte en un arbitraje

49. Una vez que los Estados Parte en un tratado de inversión convienen en la aplicabilidad de la norma jurídica, esa norma será aplicable a toda controversia entre el Estado anfitrión y un inversionista en ese Estado. Cabe preguntarse si un inversionista podrá rechazar una oferta para someter su controversia a arbitraje transparente, o si podrá aceptarla parcialmente, y si una y otra parte podrán decidir que la norma de la transparencia no sea aplicable a su litigio.

1. ¿Podrá un inversionista actuar al margen de una norma jurídica de la transparencia?

50. En su 53° período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si debe darse a un inversionista la oportunidad de rechazar una oferta de dirimir su controversia por arbitraje sujeto a una norma jurídica de la transparencia o de no guiarse en su actuación por esa norma (A/CN.9/712, párrs. 30, 95 y 96). Se dijo, a ese respecto, que, a diferencia de otros arbitrajes comerciales, el arbitraje entre un inversionista y un Estado, entablado en el marco de un tratado suscrito por ese Estado, se sustanciaba en el marco de ese tratado, lo que limitaba la autonomía de las partes en el arbitraje para apartarse de la ruta prescrita en el tratado subyacente.

51. Se dijo además que dar al inversionista la última palabra en lo concerniente a la aplicación de la norma jurídica de la transparencia le dotaría de un privilegio indebido, restaría transparencia al arbitraje y sería contrario al mandato por el que se pide al Grupo de Trabajo que fomente la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados en el marco de un tratado. No obstante, se dijo también que, en aras de la igualdad entre las partes en litigio, tal vez proceda dar al inversionista el derecho a pronunciarse acerca de la oferta, por el Estado anfitrión, de un arbitraje transparente (A/CN.9/712, párr. 96).

52. Se sugirió a ese respecto que algunas de las disposiciones de la norma jurídica de la transparencia fueran declaradas no excluibles, indicándose cuales de ellas lo eran y cuales no (A/CN.9/712, párr. 98). Tal vez deba considerarse si procede que esa decisión normativa, por la que se prohíba que las partes en un arbitraje excluyan todas o algunas de las disposiciones de la norma jurídica de la transparencia, debe ser adoptada en la propia norma jurídica o en el tratado de inversión subyacente.

2. ¿Podrán las partes en litigio apartarse de la norma jurídica de la transparencia?

53. El Grupo de Trabajo pasó a examinar si cabía permitir que las partes en litigio se aparten de la norma jurídica de la transparencia. Como se mencionó previamente, el tratado subyacente será el que determine, al declarar aplicable la norma jurídica de la transparencia, si las partes podrán o no apartarse de esa norma, por lo que, de no permitirlo el tratado, el Estado que sea parte en el arbitraje no podrá apartarse unilateralmente de lo por él convenido en el tratado.