



Asamblea General

Distr. limitada
29 de julio de 2011
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación)
55° período de sesiones
Viena, 3 a 7 de octubre de 2011

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

Nota de la Secretaría

Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción	1-4	2
II. Contenido del reglamento sobre la transparencia exigible en los arbitrajes entablados entre inversionistas y un Estado	5-57	3
A. Observaciones generales	5-7	3
B. Proyecto de reglamento sobre la transparencia exigible en los arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados en el marco de un tratado de inversión	8-57	4
Preámbulo	8-9	4
Artículo 1. Ámbito de aplicación y estructura del reglamento	10-23	4
Artículo 2. Apertura de las actuaciones arbitrales	24-31	8
Artículo 3. Publicación de documentos	32-40	10
Artículo 4. Publicación de laudos arbitrales	41-42	12
Artículo 5. Presentaciones a cargo de terceros (“amicus curiae”) en procedimientos arbitrales	43-51	13
Artículo 6. Audiencias y publicación de transcripciones de las audiencias ..	52-57	15



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 en favor de 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, toda otra cuestión que mereciera ser objeto de estudio².

2. En su 44º período de sesiones (Viena, 27 de junio a 8 de julio de 2011), la Comisión reiteró el compromiso que expresó en su 41º período de sesiones (Nueva York, 16 de junio a 3 de julio de 2008)³ acerca de la importancia de que se garantizara la transparencia en ese tipo de arbitrajes. La Comisión tomó nota de que el Grupo de Trabajo había examinado las cuestiones del contenido, la forma y la aplicabilidad de la norma jurídica sobre la transparencia a los tratados de inversiones actuales y futuros. Se confirmó que la cuestión de la aplicabilidad de la norma jurídica sobre la transparencia a los tratados de inversiones existentes formaba parte del mandato del Grupo de Trabajo y era una cuestión que revestía un gran interés práctico, habida cuenta del gran número de tratados ya concertados (véase A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, párrs. 10 a 23). Además, la Comisión convino en que la cuestión de la posible intervención en el arbitraje de un Estado no litigante parte en el tratado de inversión debía considerarse en el marco del mandato del Grupo de Trabajo. Se afirmó que si la norma jurídica sobre la transparencia debía abarcar ese derecho de intervención, en tal caso el Grupo de Trabajo debía dejar pendiente para más adelante el examen de la cuestión de determinar el alcance y las modalidades de esa intervención (véase *infra*, párrs. 43 y 49 a 51)⁴.

3. En su 53º período de sesiones (Viena, 4 a 8 de octubre de 2010)⁵ y en su 54º período de sesiones (Nueva York, 7 a 11 de febrero de 2011)⁶, el Grupo de Trabajo examinó las cuestiones de la forma, la aplicabilidad y el contenido de una

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

² *Ibid.*, párr. 191.

³ *Ibid.*, *sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/63/17)*, párrs. 313 y 314.

⁴ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 44º período de sesiones, párrs. 203 a 205.

⁵ A/CN.9/712.

⁶ A/CN.9/717.

norma jurídica que regule la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado.

4. De conformidad con las decisiones adoptadas por el Grupo de Trabajo en su 54° período de sesiones, la presente nota contiene un proyecto de reglamento sobre la transparencia y aborda la cuestión de la aplicabilidad de las normas sobre la transparencia para la solución de controversias surgidas en el marco de los tratados de inversión ya existentes. En la presente nota se analizan el preámbulo y los artículos 1 a 6 del proyecto de reglamento sobre la transparencia y en su adición se tratan los artículos 7 y 8, así como la cuestión de la aplicabilidad de ese reglamento.

II. Contenido del reglamento sobre la transparencia exigible en los arbitrajes entablados entre inversionistas y un Estado

A. Observaciones generales

Forma de la norma jurídica sobre la transparencia

5. El proyecto de reglamento sobre la transparencia tiene por objeto dar cumplimiento a la decisión del Grupo de Trabajo de enfocar la redacción de la norma jurídica sobre la transparencia dándole la forma de reglas claras y no de directrices (A/CN.9/717, párr. 58). Cabe recordar que las delegaciones que se declararon partidarias de unas directrices convinieron en que se diera a la norma jurídica sobre la transparencia la forma de reglas claras y no de directrices más fluidas y menos estructuradas. Este acuerdo se alcanzó con el argumento estricto de que su anterior preferencia por unas directrices obedecía al deseo de asegurar que la norma jurídica sobre la transparencia fuera únicamente aplicable cuando se hiciera una referencia clara y concreta a ella (solución de adhesión, véase *infra*, párr. 16) (A/CN.9/717, párrs. 26 y 58).

Norma jurídica sobre la transparencia aplicable como suplemento del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o, de forma más general, a los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado, independientemente del reglamento de arbitraje aplicable

6. En su 44° período de sesiones, el Grupo de Trabajo no adoptó una decisión definitiva acerca de si la norma jurídica sobre la transparencia debía ser aplicable en función del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, o independientemente del conjunto de normas elegidas por las partes (A/CN.9/717, párrs. 27 a 32). Por tanto, cuando proceda, en la presente nota y su adición se presentan distintos proyectos de propuestas en que se recogen ambas opciones para someterlas al examen del Grupo de Trabajo.

Contenido de la norma jurídica sobre la transparencia

7. En sus 53° y 54° períodos de sesiones, el Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo en que las cuestiones básicas que habría que tratar en relación con la norma jurídica sobre la transparencia serían las siguientes: la publicidad de la apertura de actuaciones arbitrales; los documentos que habrían de publicarse

(escritos de demanda y de contestación, autos del proceso, material probatorio); los escritos presentados por terceros (“amicus curiae”) en las actuaciones; las audiencias públicas; la publicación del laudo; las posibles excepciones al régimen de la transparencia; y el archivo de la información publicada (“el registro”) (A/CN.9/712, párr. 31; A/CN.9/717, párr. 56). En su 54º período de sesiones, el Grupo de Trabajo estuvo de acuerdo en reanudar sus deliberaciones sobre cada una de las cuestiones sustantivas planteadas y dio ideas acerca de su posible contenido. En el proyecto de normas sobre la transparencia que figura en la sección B se trata de recoger las diversas opciones analizadas por el Grupo de Trabajo.

B. Proyecto de reglamento sobre la transparencia exigible en los arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados en el marco de un tratado de inversión

Preámbulo

8. Proyecto de preámbulo - Objetivos de las normas

“El Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI se ha concebido con el fin de ser aplicable en los arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados en el marco de un tratado de inversión [entablado en función del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI] con el fin de promover la legitimidad de los arbitrajes de este tipo y fomentar el interés público inherente a ellos de una manera que sea compatible con el interés de las partes litigantes en la solución rápida y eficiente de su controversia. Las partes litigantes y los tribunales arbitrales se guiarán por estos objetivos en la aplicación del presente Reglamento.”

Observaciones

9. En el preámbulo del reglamento sobre la transparencia se toma en consideración la sugerencia formulada en el ámbito del Grupo de Trabajo de que se aclarara la finalidad que había de tener esa norma (A/CN.9/717, párr. 112). En el preámbulo se aclara el equilibrio que el reglamento pretende encontrar para que haya verdaderas oportunidades de participación pública y de soluciones justas y eficaces de las controversias para las partes. Este planteamiento se analiza más a fondo en el párrafo 2) del artículo 1 relacionado con la estructura del reglamento (véase *infra*, párrs. 10 y 23).

Artículo 1. Ámbito de aplicación y estructura del reglamento

10. Proyecto de artículo 1 - Ámbito de aplicación y estructura del reglamento

Opción 1 (solución de rechazo): *“1. El Reglamento sobre la Transparencia será aplicable a todo arbitraje entablado en función del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en conformidad con un tratado que estipule la protección de las inversiones (“el tratado”) [que haya entrado en vigor] después de [la fecha de aprobación del Reglamento sobre la Transparencia], a menos que el tratado disponga la no aplicabilidad del Reglamento sobre la Transparencia”.*

Opción 2 (solución de adhesión), Variante 1 (aplicable independientemente del conjunto de normas de arbitraje aplicables): *“1. El Reglamento sobre la Transparencia será aplicable a todo arbitraje entablado en conformidad con un tratado que estipule la protección de las inversiones (“el tratado”) en el caso de que los Estados partes en el tratado en cuyo marco surgió la controversia hayan dado su consentimiento para la aplicación del Reglamento”.*

Variante 2 (aplicable solo en el contexto de un arbitraje entablado en el contexto del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI): *“1. El Reglamento sobre la Transparencia será aplicable a todo arbitraje entablado en función del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en conformidad con un tratado que estipule la protección de las inversiones (“el tratado”) en el caso de que los Estados partes en el tratado en cuyo marco surgió la controversia hayan dado su consentimiento para la aplicación del Reglamento”.*

“2. Los artículos 2 a 6 del Reglamento sobre la Transparencia contienen reglas relativas a la publicidad de la apertura de actuaciones arbitrales (artículo 2), la publicación de documentos (artículo 3), la publicación de laudos (artículo 4), la presentación de escritos por terceros en las actuaciones arbitrales (artículo 5), y las audiencias [públicas] [abiertas] y la publicación de transcripciones (artículo 6). Estas reglas están supeditadas a las excepciones expresas mencionadas en el artículo 7. En el caso de que el Reglamento sobre la Transparencia prevea el ejercicio de una discreción por parte del tribunal de arbitraje, este ejercerá esa discreción en la medida en que lo considere apropiado, habida cuenta de todas las circunstancias que estime pertinentes, incluso, cuando proceda, la necesidad de lograr un equilibrio entre i) el interés público legítimo en la transparencia inherente al arbitraje entre inversionistas y un Estado entablado en el marco de un tratado y en las actuaciones arbitrales y ii) el propio interés legítimo de las partes en el arbitraje en una solución rápida y eficaz de su controversia.”

Observaciones

Párrafo 1) - Alcance del reglamento sobre la transparencia

11. El párrafo 1) se relaciona con el ámbito de aplicación del reglamento sobre la transparencia y contiene dos opciones, y variantes.

- Opción 1: solución de rechazo

12. En el contexto de la primera opción (solución de rechazo), se establece en la disposición una presunción de aplicación del reglamento sobre la transparencia a modo de suplemento del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, a menos que los Estados dispongan lo contrario, excluyendo explícitamente su aplicación (A/CN.9/717, párrs. 19 y 20). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la posibilidad de formular una declaración sobre rechazo con el fin de evitar un efecto imprevisto de una decisión de rechazo en el reglamento sobre la transparencia en lo que se refiere a la aplicabilidad del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

“[que haya entrado en vigor]”

13. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si se deberían mantener las palabras “que haya entrado en vigor”, que figuran entre corchetes en la opción 1 del párrafo 1).

14. Si se mantienen las palabras “que haya entrado en vigor” en el texto de ese párrafo, el reglamento sobre la transparencia sería aplicable, sin efecto retroactivo, a los tratados concertados después de su fecha de aprobación.

15. Si se suprimen esas palabras, el reglamento sobre la transparencia sería aplicable a cualquier arbitraje entablado después de su fecha de aprobación, aun cuando el tratado hubiera entrado en vigor antes de esa fecha (siempre que el propio tratado no prohibiera la aplicación del reglamento). Esa opción requeriría un examen más detenido a fin de aclarar los casos en que el reglamento sobre la transparencia pudiera ser aplicable a tratados concertados antes de la fecha de su aprobación.

- Opción 2: solución de adhesión

16. En la segunda opción (solución de adhesión), se requiere el consentimiento expreso de los Estados para que sea aplicable el reglamento sobre la transparencia (A/CN.9/717, párrs. 19 y 21). Se propone que el Grupo de Trabajo examine dos variantes: en la variante 1 se estipula que el reglamento sobre la transparencia se aplicará con respecto al arbitraje entablado en virtud de cualquier conjunto de reglas de arbitraje, y en la variante 2 se limita la aplicación de las reglas al arbitraje entablado en función del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En ambos casos, el consentimiento de los Estados para aplicar el reglamento sobre la transparencia puede darse con respecto al arbitraje entablado en el marco de tratados de inversión concertados antes o después de la fecha de aprobación del reglamento sobre la transparencia.

- Otras cuestiones que deberían examinarse

Relación entre el reglamento sobre la transparencia y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

17. En la opción 1 y en la variante 2 de la opción 2, el reglamento sobre la transparencia es aplicable solamente en el contexto del arbitraje entablado en función del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (A/CN.9/717, párrs. 19 y 20). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si debería añadirse una nota para aclarar que el reglamento sobre la transparencia sería aplicable tanto en función de la versión de 1976 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI como de su versión revisada de 2010.

18. Asimismo, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si convendría enmendar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, revisado en 2010, para poner de relieve la aplicación del reglamento sobre la transparencia (A/CN.9/717, párr. 20). A este respecto, hubo divergencia de opiniones en el 54º período de sesiones del Grupo de Trabajo: se señaló que podría darse claridad al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI si se enmendaba su artículo 1 sobre el ámbito de aplicación de modo que aludiera a la norma jurídica sobre la transparencia. Según otras delegaciones, se crearía confusión si existieran tres versiones del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (la de 1976, la de 2010 y la versión enmendada para hacer mención de

la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado). Tras el debate, se decidió aplazar el examen de esta cuestión para una etapa posterior de las deliberaciones (A/CN.9/717, párrs. 31 y 32).

Relación entre el reglamento sobre la transparencia y todo conjunto de reglas de arbitraje aplicables

19. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si debería añadirse una disposición en el reglamento sobre la transparencia que abarcara la relación entre este y el conjunto de reglas de arbitraje aplicables.

Relación entre el reglamento sobre la transparencia y las disposiciones sobre transparencia del tratado de inversión

20. Otra cuestión que debería analizarse es la relación entre el reglamento sobre la transparencia y las disposiciones sobre transparencia del tratado de inversión en cuyo marco se entable el arbitraje. Por ejemplo, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar la necesidad de aclarar que el reglamento sobre la transparencia no reemplazará una disposición del tratado de inversión que requiera efectivamente mayor grado de transparencia.

Aplicación del reglamento sobre la transparencia por las partes litigantes

21. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si en el artículo 1 debería incluirse una disposición relativa a la aplicación del reglamento sobre la transparencia por las partes litigantes para tener en cuenta las deliberaciones que tuvieron lugar en su 54º período de sesiones (A/CN.9/717, párrs. 47 a 55). La finalidad de esa disposición complementaria sería aclarar que una vez que los Estados partes en el tratado de inversión convengan en que el reglamento sobre la transparencia será aplicable de conformidad con el párrafo 1) del artículo 1, las partes litigantes no tendrán derecho a excluir su aplicación. Esa disposición podría redactarse con el tenor siguiente: “*El Reglamento sobre la Transparencia tiene por objeto conferir derechos y beneficios al público general y, en consecuencia, tendrá efecto vinculante, de modo que las partes litigantes no tendrán derecho a rechazarlo o derogarlo en el curso del arbitraje*”. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar más a fondo la conveniencia y eficacia de tal disposición.

“un tratado que estipule la protección de las inversiones”

22. Como cuestión general, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si en el reglamento sobre la transparencia debería aclararse que la expresión “un tratado que estipule la protección de las inversiones” debería entenderse en sentido amplio que comprende acuerdos de libre comercio y tratados de inversión bilaterales y multilaterales siempre que estos contengan disposiciones sobre la protección de un inversionista y su derecho a recurrir al arbitraje entre inversionistas y un Estado (véase también A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, párr. 18).

Párrafo 2) - estructura del reglamento sobre la transparencia

23. El párrafo 2) se refiere a la estructura del reglamento sobre la transparencia. En él se aclara que cada una de las normas sustantivas establecidas en los artículos 2 a 6 estará sujeta a las excepciones limitadas expuestas en el artículo 7.

También se recogen los debates celebrados en el Grupo de Trabajo al efecto de que, aunque es necesario encontrar el equilibrio entre el interés público en la transparencia con respecto al arbitraje entablado entre inversionistas y un Estado en el marco de un tratado y el legítimo interés propio de las partes litigantes en una solución rápida y eficaz de su controversia, las excepciones del artículo 7 deberían aplicarse estrictamente y constituir las únicas limitaciones de las normas sobre la transparencia de conformidad con lo estipulado en los artículos 2 a 6 (A/CN.9/717, párrs. 129 a 143).

Artículo 2. Apertura de las actuaciones arbitrales

24. Proyecto de artículo 2 - Apertura de las actuaciones arbitrales

Opción 1: *“Una vez que el demandado haya recibido la notificación del arbitraje, [comunicará sin demora al archivo mencionado en el artículo 8][hará pública] la información relativa al nombre de las partes litigantes, a sus nacionalidades [y] al sector económico afectado],[y][una breve descripción del objeto de la demanda].”*

Opción 2: *“Una vez que el demandado haya recibido la notificación del arbitraje, [comunicará sin demora al archivo mencionado en el artículo 8][hará pública] i) la información relativa al nombre de las partes litigantes, a sus nacionalidades [y] al sector económico afectado][y][una breve descripción del objeto de la demanda][así como][una breve descripción del objeto de la demanda]; y ii) la notificación de arbitraje,*

Variante 1: salvo toda parte de la notificación sobre la que el demandante (en el momento de presentar la notificación) o el demandado pongan objeciones por considerar que contiene información confidencial y delicada tal como se define en el párrafo 2 del artículo 7.

Variante 2: [a menos que una de las partes litigantes ponga objeciones a su publicación.][siempre que todas las partes litigantes convengan en su publicación.]”.

Observaciones

25. En su 54º período de sesiones, el Grupo de Trabajo expresó su acuerdo general respecto de la necesidad de proporcionar información al público sobre la apertura de las actuaciones arbitrales. El Grupo de Trabajo centró su atención en la cuestión de si debía o no hacerse pública la notificación de arbitraje (A/CN.9/717, párrs. 60 a 74). El Grupo de Trabajo convino en general en que la notificación de arbitraje debía divulgarse (A/CN.9/717, párr. 61). Se expresaron diversas opiniones sobre la cuestión de si la notificación de arbitraje debía hacerse pública ya en la apertura de las actuaciones arbitrales, antes de la constitución del tribunal arbitral, sobre todo teniendo en cuenta el hecho de que, en los casos en que el reglamento sobre la transparencia fuera aplicable a los arbitrajes ad hoc regidos por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, la aplicación del reglamento no podría depender de una institución encargada de tratar las cuestiones que pudieran surgir antes de la constitución del tribunal arbitral (A/CN.9/717, párr. 62).

Opción 1 - Publicación de información general

26. En la opción 1 se prevé la divulgación de alguna información al abrirse las actuaciones, pero no se aborda la publicación de la notificación de arbitraje (A/CN.9/717, párrs. 67 y 68). Conforme a esta opción, la publicación de la notificación de arbitraje se trataría en el artículo 3 del reglamento sobre la transparencia, después de la constitución del tribunal arbitral (véase *infra*, párrs. 32 a 38 relativos a la publicación de documentos).

Opción 2 - Posible publicación de la notificación de arbitraje además de información general

27. La opción 2 se refiere a la publicación de la notificación de arbitraje al inicio del procedimiento arbitral, antes de la constitución del tribunal arbitral, y en ella se incluyen dos variantes.

Variante 1

28. En la variante 1 se prevé que la notificación de arbitraje se publique con la omisión de la información que las partes consideren confidencial y delicada (A/CN.9/717, párrs. 69 y 70). En la variante 1 también se pretende aclarar cómo debe redactarse la información al comienzo de las actuaciones, en vista de que no podría aplicarse el procedimiento definido en los párrs. 3) y 4) del artículo 7, en que se prevé una posible intervención del tribunal arbitral.

Variante 2

29. En la variante 2 se establece el derecho de las partes a oponerse a la publicación de la notificación de arbitraje, basándose en una sugerencia formulada en el 54º período de sesiones del Grupo de Trabajo según la cual, en la fase inicial del procedimiento, una parte podría tener diversos motivos para no desear que se hiciera pública determinada información consignada en la notificación del arbitraje (A/CN.9/717, párr. 71).

Medios de publicación en las opciones 1 y 2

30. Ambas opciones contienen variantes entre corchetes relativas a los medios de publicación: en la primera se contempla la publicación de información utilizando un archivo (véase A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1, párrs. 8 y 9); en la segunda se prevé la publicación por el demandado, muy probablemente el Estado en litigio. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las mismas opciones se presentan también en el artículo 3 (véase *infra*, párrs. 32 y 38) y en el artículo 4 (véase *infra*, párrs. 41 y 42).

Respuesta a la notificación de arbitraje en la opción 2

31. En función del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, revisado en 2010, o de las reglas de arbitraje aplicables, se habrá de enviar una respuesta a la notificación de arbitraje antes de la constitución del tribunal arbitral. En el caso de que la opción 2 se mantenga, el Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si debería añadirse una referencia a la publicación de la respuesta a la notificación de arbitraje.

Artículo 3. Publicación de documentos

32. Proyecto de artículo 3 - Publicación de documentos

Documentos que se habrán de publicar

Opción 1:

“A reserva de las excepciones expresas enunciadas en el artículo 7, todo documento que se presente al tribunal arbitral o que él mismo emita debe ser divulgado. Si el tribunal arbitral determina que algunos documentos no se deberán publicar debido a la carga indebida que impondría esa publicación, los documentos no publicados deberían divulgarse a terceros previa solicitud.”

Opción 2:

“A reserva de las excepciones expresas enunciadas en el artículo 7, el tribunal arbitral será el que decida qué documentos se divulgarán [en consulta con las partes litigantes][a menos que [una parte litigante][todas las partes litigantes] ponga [pongan] objeciones a la publicación].”

Opción 3:

“1. A reserva de las excepciones expresas enunciadas en el artículo 7, [los documentos siguientes][el tribunal arbitral será el que decida cuáles de los documentos siguientes] se divulgarán: la notificación de arbitraje, los escritos de demanda y contestación, los escritos presentados al tribunal por la parte litigante, incluso su material probatorio; todo escrito presentado [por el Estado Parte (los Estados partes) en el tratado] por terceros (amicus curiae); y las órdenes del tribunal.

2. A reserva de las excepciones expresas enunciadas en el artículo 7, el tribunal arbitral podrá ordenar [en consulta con las partes litigantes][a menos que una parte litigante ponga objeciones] la publicación de los documentos que se le presenten o que él mismo emita.

3. A reserva de las excepciones expresas enunciadas en el artículo 7, los terceros podrán requerir el acceso a todo documento presentado al tribunal arbitral o que él mismo emita, y el tribunal arbitral será el que decida si concede ese acceso [tras celebrar consultas con las partes litigantes].”

Forma y medios de publicación

Opción 1: *“El tribunal arbitral comunicará al archivo mencionado en el artículo 8 los documentos que se publicarán con arreglo [al párrafo] [a la sección] 1 a medida que se disponga de ellos y, cuando proceda, en su forma redactada de conformidad con el artículo 7. El archivo hará públicos oportunamente los documentos en la forma y en el idioma en que los reciba.”*

Opción 2: *“El demandado hará públicos oportunamente los documentos que se habrán de publicar con arreglo [al párrafo][a la sección] 1, en su forma revisada de conformidad con el artículo 7 si procede, y en el idioma en que se han emitido”.*

Observaciones

Documentos que se habrán de publicar

33. En el 53° período de sesiones del Grupo de Trabajo, se expresaron diversos pareceres acerca de si debía publicarse la documentación del proceso y, en ese caso, cuáles serían los documentos que se publicarían (A/CN.9/712, párrs. 40 a 42). Se opinó que debían divulgarse todos los documentos que se presentaran al tribunal y este emitiera. En cambio, otra delegación consideró que no sería indicado divulgar toda la documentación, habida cuenta en particular de la necesidad de compaginar las exigencias del interés público con el deseo legítimo de salvaguardar la eficiencia y la buena marcha de las actuaciones.

34. En el 54° período de sesiones del Grupo de Trabajo se propusieron distintos enfoques al examinarse esta cuestión (A/CN.9/717, párrs. 87 a 92). Esos enfoques se han formulado en el artículo 3 de la manera siguiente:

Opción 1 - Publicación de todos los documentos

35. Según la opción 1, se habrá de publicar todo documento que se presente al tribunal arbitral o que él mismo emita, a reserva de lo que se disponga en el artículo 7. Si determinados documentos que habrán de publicarse no pueden hacerse públicos, los terceros tendrían derecho de acceso a la información (A/CN.9/717, párr. 89).

Opción 2 - Publicación de documentos a discreción del tribunal arbitral

36. Conforme a la opción 2, el tribunal arbitral será el que decida qué documentos habrán de hacerse públicos (A/CN.9/717, párr. 88). Habrá que considerar dentro de esta opción si el tribunal arbitral debería consultar con las partes este asunto y si una parte litigante podría oponerse a la publicación de documentos. En el 54° período de sesiones del Grupo de Trabajo se señaló que, en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el tribunal arbitral podría ordenar la publicación de documentos si lo estimaba conveniente y sin que ninguna de las partes pudiera oponerse a ello (A/CN.9/717, párr. 88).

Opción 3 - Lista de documentos que se habrán de publicar

37. Con arreglo a una tercera opción, la disposición relativa a la publicación de documentos contendría una lista de documentos que podrían hacerse públicos (A/CN.9/717, párrs. 90 y 91). Habría que examinar si: 1) el tribunal arbitral será el que decida cuáles de los documentos consignados en la lista deberían hacerse públicos; 2) el tribunal arbitral tendrá la capacidad para ordenar la publicación de un documento no enumerado en la disposición; y 3) las partes litigantes deberían ser consultadas o tener el derecho de poner objeciones a una publicación. El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que las cuestiones referentes a la publicación de laudos y de actas o transcripciones de las audiencias se abordan en los artículos 4 y 6, respectivamente y, por tanto, esos documentos no figuran en la lista mencionada en la opción 3.

Forma y medios de publicación

38. Se proponen dos opciones para someterlas al examen del Grupo de Trabajo en relación con la cuestión de la forma y los medios de publicación (véase *supra*, párr. 30).

Gestión del proceso arbitral

39. En su 54º período de sesiones, el Grupo de Trabajo indicó que la gestión del proceso arbitral era un aspecto importante que debía tenerse en cuenta al formularse reglas sobre la transparencia, ya que esas reglas también deberían tener por objeto preservar el derecho de las partes litigantes a tener acceso al tribunal sin trabas (A/CN.9/717, párr. 145). No obstante, se expresó el temor de que una regla general sobre la gestión del proceso arbitral contribuyera a mermar notablemente la transparencia (A/CN.9/717, párr. 146). Tras deliberar, el Grupo de Trabajo consideró que tal vez fuera necesario encontrar el equilibrio adecuado en relación con cada disposición de las reglas sobre la transparencia, y no en el marco de las limitaciones de la transparencia enunciadas en el artículo 7 (A/CN.9/717, párr. 147).

40. El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si en los proyectos de propuesta se toman debidamente en consideración esas preocupaciones (véase, por ejemplo, la sección sobre “documentos que se habrán de publicar”: en la opción 1, las palabras “debido a la carga indebida”; en la opción 2, la decisión sobre qué documentos se habrán de publicar queda a discreción del tribunal arbitral; y en la opción 3, se presenta una lista limitativa de documentos).

Artículo 4. Publicación de laudos arbitrales

41. Proyecto de artículo 4 - Publicación de laudos arbitrales

“1. A reserva de las excepciones expresas enunciadas en el artículo 7, todos los laudos arbitrales se harán públicos.”

Opción 1: 2. *El tribunal arbitral comunicará los laudos arbitrales al archivo mencionado en el artículo 8 a medida que se disponga de ellos y, cuando proceda, en su forma revisada de conformidad con el artículo 7. El archivo hará públicos oportunamente los laudos arbitrales, en la forma y en el idioma en que los reciba”.*

Opción 2: 2. *El demandado hará públicos oportunamente los laudos arbitrales en su forma redactada de conformidad con el artículo 7, si procede, y en el idioma en que los reciba. El tribunal arbitral será el responsable de redactar la información confidencial y delicada de los laudos.”*

Observaciones

42. En el 54º período de sesiones un gran número de delegaciones del Grupo de Trabajo se declararon partidarias de una simple disposición en virtud de la cual habría que divulgar los laudos; las delegaciones que expresaron reservas al respecto pidieron al Grupo de Trabajo que asegurara una protección adecuada de la información confidencial y delicada (A/CN.9/717, párr. 100). Para atender a esa preocupación, en el párrafo 1) se dispone que los laudos arbitrales se harán públicos a reserva de las disposiciones enunciadas en el artículo 7. El párrafo 2) contiene

dos opciones que tratan la cuestión de la forma y los medios de publicación (véase el párr. 30 *supra*).

Artículo 5. Presentaciones a cargo de terceros (“amicus curiae”) en procedimientos arbitrales

43. Proyecto de artículo 5 - Presentaciones de partes no litigantes

Opción 1:

“El tribunal arbitral podrá aceptar y examinar escritos de amicus curiae presentados por una persona o entidad que no sea parte contendiente.”

Opción 2:

“Presentación a cargo de terceros

1. *Tras consultar con las partes, el tribunal arbitral podrá permitir que una persona o entidad que no es una parte en un litigio y no es una parte litigante en el tratado (un “tercero”) presente un informe escrito ante el tribunal relativo a un asunto que sea objeto del litigio.*

2. *Un tercero que desee presentar un escrito lo requerirá al tribunal arbitral y presentará la información escrita siguiente en un lenguaje de arbitraje [, de manera concisa, en [5 páginas mecanografiadas]] como máximo: a) descripción del solicitante, indicando, si procede, su organización interna y su condición jurídica (por ejemplo, asociación profesional u otra entidad no pública), sus objetivos generales, la índole de sus actividades, y toda entidad matriz (es decir, toda entidad que controle directa o indirectamente al solicitante); b) revelación de todo lazo, directo o indirecto, de afiliación con alguna parte litigante; c) información de todo órgano público, persona u entidad que haya prestado ayuda financiera o de otra índole para la preparación del escrito; d) especificación de la índole del interés del solicitante en el arbitraje abierto; y e) indicación de las cuestiones de hecho y de derecho suscitadas en el arbitraje que son objeto del escrito presentado.*

3. *Para determinar si permite esa presentación, el tribunal arbitral tomará en consideración a) si el tercero tiene un interés legítimo en el litigio entablado y b) la asistencia que puede suponer el escrito presentado para la determinación de alguna cuestión de hecho o de derecho relativa al litigio, al aportar datos nuevos o una perspectiva distinta a la de las partes o al hacer ver otros aspectos del caso.*

4. *El escrito presentado por una parte litigante deberá: a) estar fechado y firmado por la persona que lo presente; b) ser conciso y, en ningún caso deberá exceder [el escrito y sus apéndices, de veinte páginas mecanografiadas] [en la forma que autorice el tribunal arbitral]; c) enunciar, en términos precisos, la posición de su autor respecto de todo punto en litigio que se aborde en el escrito; y d) tratar únicamente de cuestiones en litigio.*

5. *El tribunal arbitral deberá cerciorarse de que el escrito, presentado por la parte no litigante, no perturba el curso de las actuaciones o causa algún perjuicio indebido a alguna de las partes litigantes y de que se da a ambas*

partes la oportunidad de hacer toda observación que proceda acerca del escrito presentado.

Presentación por un Estado no litigante que sea parte en el tratado de inversión

[2] [6]. El tribunal arbitral podrá aceptar o pedir la presentación de un escrito por un Estado no litigante que sea parte en el tratado, siempre que esa presentación se limite a las cuestiones de derecho y de interpretación del tratado y no aborde los aspectos fácticos del litigio.”

Observaciones

44. En el 53° período de sesiones del Grupo de Trabajo, muchas delegaciones apoyaron firmemente la propuesta de que se permitiera a terceros hacer presentaciones por estimarse que podrían ser útiles al ayudar al tribunal arbitral a resolver la controversia y promover la legitimidad del proceso (A/CN.9/712, párr. 46).

45. En su 54° período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó varias opciones de redacción de una disposición sobre las presentaciones ante el tribunal arbitral por terceros. Durante las deliberaciones, se indicó que en toda eventual disposición al respecto habría que puntualizar que el derecho de todo *amicus curiae* a que se acepten sus presentaciones no estará automáticamente reconocido (A/CN.9/717, párrs. 117 a 123). El Grupo de Trabajo tal vez desee examinar si se ha tenido debidamente en cuenta esa aclaración en los requisitos para la admisión de una presentación de un *amicus curiae*.

Opción 1

46. La opción 1 se basa en una disposición prevista en determinados acuerdos de inversiones, que, según se afirmaba, reflejaba la evolución de la práctica (A/CN.9/717, párr. 118). Solo enfoca el principio de que debería permitirse las presentaciones de *amicus curiae*, y deja el procedimiento para permitir esas presentaciones a discreción del tribunal arbitral.

Opción 2

47. La opción 2 corresponde a una sugerencia de que debía darse orientación a los terceros y al tribunal arbitral, teniendo en cuenta el hecho de que algunos países disponían de escasa experiencia en la materia (A/CN.9/717, párrs. 119 y 120). Recoge la propuesta de que se redacte una disposición del tenor del párrafo 2) del artículo 37 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, suplementada por elementos abordados en el apartado 2 del párrafo B de la “Declaración de la Comisión de Libre Comercio sobre la participación de terceros en las actuaciones arbitrales de 7 de octubre de 2004”, de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN (A/CN.9/717, párr. 122).

48. La opción 2 incluye en su párrafo 1) la disposición de que el tribunal arbitral deberá consultar con las partes, como fue analizado en el Grupo de Trabajo (A/CN.9/717, párrs. 120 y 125). En ella se prevé un procedimiento pormenorizado en relación con: la información que habrá de presentarse respecto del tercero que

desea presentar un escrito (párr. 2)); los asuntos que serán objeto de examen del tribunal arbitral (párrs. 3) y 5)); y la propia presentación (párr. 4)).

Intervención de Estados no litigantes partes en el tratado de inversión

49. En el 53° período de sesiones del Grupo de Trabajo se señaló que tal vez un Estado que sea Parte en el tratado de inversión, pero que no fuera parte litigante, deseara presentar algún escrito o fuera incluso invitado a presentarlo. Se observó que ese Estado disponía a menudo de información importante, como la relativa a los trabajos preparatorios, con lo cual se podía impedir la interpretación parcial de un tratado (A/CN.9/712, párr. 49). El Grupo de Trabajo se mostró de acuerdo en señalar esa cuestión a la Comisión y de pedirle orientación acerca de si su examen debía entrar en el ámbito de la labor actual (A/CN.9/712, párr. 103, A/CN.9/717, párr. 124).

50. En su 44° período de sesiones, la Comisión convino en que la cuestión de la posible intervención en el arbitraje de un Estado no litigante parte en el tratado de inversión debía considerarse dentro del mandato del Grupo de Trabajo. Se afirmó que si la norma jurídica sobre la transparencia debía abordar ese tipo de derecho de intervención, en tal caso el Grupo de Trabajo debía dejar pendiente para más adelante la cuestión de determinar el alcance y las modalidades de esa intervención (véase *supra*, párr. 2)⁷.

51. En el proyecto de propuesta de párrafo se recoge una disposición que figura en el capítulo 11 del TLCAN (artículo 1128), y tiene la finalidad de limitar la intervención de los Estados no litigantes en las cuestiones de derecho y de interpretación. Este alcance limitado de la intervención tiene por objeto atender a las preocupaciones planteadas en el sentido de que una intervención de un Estado no litigante, del que el inversionista fuera ciudadano, podría plantear cuestiones de protección diplomática (A/CN.9/712, párr. 49).

Artículo 6. Audiencias y publicación de transcripciones de las audiencias

52. Proyecto de artículo 6 - Audiencias y transcripciones de las audiencias

Audiencias

Opción 1: “1. *A reserva de lo estipulado en los párrafos 2 y 3 del artículo 6, las audiencias serán [públicas] [abiertas] [, a menos que una parte litigante ponga objeciones]*”.

Opción 2: “1. *El tribunal arbitral será el que decida si deben celebrarse audiencias [públicas] [abiertas]. Si el tribunal decide celebrar audiencias [públicas] [abiertas], las audiencias serán [públicas] [abiertas] a reserva de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3 del artículo 6*”.

Excepciones imperativas de las audiencias públicas

“2. *Si una audiencia habrá de ser [pública] [abierta] y se hace necesario proteger la información confidencial y delicada o la integridad del proceso*

⁷ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre su 44° período de sesiones, párrs. 204 y 205.

arbitral en virtud del artículo 7, el tribunal arbitral adoptará disposiciones para que toda la audiencia o parte de ella [se celebre en privado][sea abierta].”

Disposiciones logísticas y excepción discrecional de las audiencias públicas

“3. El tribunal arbitral podrá adoptar disposiciones logísticas para facilitar el derecho de acceso del público a las audiencias (incluso, según proceda, organizando la asistencia mediante enlaces de vídeo u otros medios de este tipo según estime conveniente) y podrá celebrar las audiencias [en privado][a puerta cerrada] cuando sea o se haga necesario por motivos logísticos.”

Transcripciones de las audiencias

“4. Salvo cuando [el tribunal arbitral haya decidido no celebrar audiencias [públicas] [abiertas] en virtud del párrafo 1 del artículo 6 o cuando] una audiencia se haya celebrado [en privado] [a puerta cerrada] por razones imperativas en virtud del párrafo 2 del artículo 6, las transcripciones de las audiencias se harán públicas. [El archivo mencionado en el artículo 8][El demandado] publicará las transcripciones de las audiencias en la forma y en el idioma en que las reciba del tribunal arbitral.

5. Las transcripciones de las audiencias [a puerta cerrada] [celebradas en privado] se harán públicas de conformidad con el párrafo 4 en todos los casos en que la decisión de celebrar la audiencia a puerta cerrada se haya tomado solo por razones logísticas en virtud del párrafo 3 del artículo 6, y no por razones imperativas en virtud del párrafo 2 del artículo 6.”

Observaciones

Párrafo 1) - Audiencias

53. En el 54º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se expresaron varias opiniones en relación con las audiencias públicas/abiertas (A/CN.9/717, párr. 102 a 111). Como cuestión de redacción, el Grupo de Trabajo tal vez desee decidir cuáles palabras sería más apropiado emplear en el artículo 6: “públicas” o “abiertas” y “celebración de audiencias a puerta cerrada” o “celebración de audiencias en privado”.

Opciones 1 y 2

54. La opción 1 recoge la opinión de que, en principio, las audiencias serán públicas/abiertas, y contiene entre corchetes la disposición de que toda parte litigante tendrá un derecho de veto al respecto. En el 54º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se puso en tela de juicio si ese veto contribuiría a aplicar la transparencia y si tal disposición era compatible con el mandato del Grupo de Trabajo (A/CN.9/717, párrs. 104, 105 y 114).

55. La opción 2 deja la decisión sobre las audiencias públicas a discreción del tribunal arbitral, con sujeción a las orientaciones formuladas en los párrafos 2) y 3) del artículo 6.

Párrafos 2) y 3) - Excepciones de las audiencias públicas/abiertas

56. Los párrafos 2) y 3) están destinados a proporcionar orientación sobre las excepciones de la regla de las audiencias públicas/abiertas. El párrafo 2) se refiere a las excepciones que figuran en el artículo 7. El párrafo 3) aborda las preocupaciones expresadas en el Grupo de Trabajo de que las audiencias tal vez tuvieran que celebrarse a puerta cerrada por razones prácticas (A/CN.9/717, párr. 109).

Párrafos 4) y 5) - Transcripciones de las audiencias

57. Los párrafos 4) y 5) se refieren a la cuestión de la publicación de las transcripciones de las audiencias y aportan orientación sobre esa cuestión en los casos en que las audiencias se celebraran en privado. Cabe recordar que, en el 54º período de sesiones del Grupo de Trabajo, algunas delegaciones pusieron en tela de juicio si la decisión que debiera adoptarse acerca de las transcripciones debería depender de cómo se resolviera la cuestión del acceso público a las audiencias. Se convino en que esa cuestión se estudiara también en conjunción con las diversas propuestas de redacción que prepararía la Secretaría para un futuro período de sesiones (A/CN.9/717, párr. 115). El Grupo de Trabajo tal vez desee tomar nota de que la redacción que figura entre corchetes al principio del párrafo 4), que reza “[el tribunal arbitral haya decidido no celebrar audiencias [públicas] [abiertas] en virtud del párrafo 1 del artículo 6 o cuando]” tiene la finalidad de dar cuenta de la opción 2 que figura en el párrafo 1). Ese texto se suprimiría si el Grupo de Trabajo decidiera que no se mantuviera esa opción.