



Asamblea General

Distr. general
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 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>
IV. Contenido eventual de una norma jurídica de la transparencia	1-52	3
A. Cuestiones objeto de examen	2-42	3
1. Publicidad de la apertura de las actuaciones arbitrales	2-7	3
i) Momento para publicar la apertura de un arbitraje e información publicable	2-4	3
ii) Persona(s) encargada(s) de la publicación y efectos de no hacerlo	5-7	4
2. Documentos que se habrán de publicar	8-15	4
i) Lista de documentos	8-9	4
ii) Persona(s) encargada(s) de la publicación	10-12	4
iii) Aspectos prácticos de la publicación	13	5
iv) Ejemplos	14-15	5
3. Publicación de los laudos	16-17	6
4. Escritos periciales presentados por terceros (<i>amicus curiae</i>)	18-27	6



i)	Criterios restrictivos aplicables a los escritos de terceros (<i>amicus curiae</i>)	19	6
ii)	Intervención de Estados que no sean parte en el arbitraje (<i>amicus curiae</i>)	20-21	6
iii)	Admisión de escritos periciales de terceros	22	7
iv)	Grados de acceso a la documentación del caso en litigio	23	7
v)	Costas procesales y sustanciación eficiente del caso	24	7
vi)	Ejemplos	25-27	7
5.	Audiencias	28-31	9
i)	Audiencias públicas	28-30	9
ii)	Actas que se levanten de las audiencias	31	10
6.	Límites eventuales del régimen de la transparencia	32-40	10
i)	Principios	32-35	10
ii)	Definición del concepto de información delicada o confidencial.	36-37	11
iii)	Determinación de la índole delicada o confidencia de la información	38	12
iv)	Sanciones posibles	39	12
v)	Ejemplos de prácticas procesales protectoras de la información	40	12
7.	Archivo de la información publicada (el “registro”)	41-42	13
B.	Propuestas	43-52	13
1.	Ámbito de aplicación	44	14
2.	Apertura del procedimiento arbitral	45	14
3.	Publicación de la documentación del arbitraje	46-48	14
4.	Escritos presentados por terceros a título pericial (<i>amicus curiae</i>)	49	15
5.	Audiencias y actas levantadas de su celebración	50	15
6.	Límites eventuales del régimen de la transparencia	51	15
7.	Archivo de la información publicada	52	15

IV. Contenido eventual de una norma jurídica de la transparencia

1. En su 53º período de sesiones, el Grupo de Trabajo se mostró en general de acuerdo en que las cuestiones básicas que habría que tratar a este respecto serían las siguientes: publicidad de la apertura de actuaciones; documentos a publicar (escritos de demanda y de contestación a la demanda, autos del proceso, material probatorio); escritos presentados por terceros (“*amicus curiae*”); audiencias públicas; publicación del laudo; excepciones al régimen de la transparencia; y archivo de la información publicada (el “registro”) (A/CN.9/712, párr. 31). Cabe señalar que el documento A/CN.9/WG.II/WP.163 da información sobre los aspectos prácticos de la transparencia que complementa a la que se da en las siguientes secciones.

A. Cuestiones objeto de examen

1. Publicidad de la apertura de las actuaciones arbitrales

i) *Momento para publicar la apertura de un arbitraje e información publicable*

2. En el 53º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se expresaron diversas opiniones acerca de si procedía publicar la existencia del procedimiento arbitral al abrirse las actuaciones o al constituirse el tribunal arbitral (A/CN.9/712, párr. 34). Se expresaron también diversos pareceres acerca de la información que procedería publicar en fase tan temprana de las actuaciones, así como sobre si bastaría con dar a conocer la existencia del litigio o sobre si se habría de publicar también la notificación de arbitraje (A/CN.9/712, párr. 33). Se sugirió que tal vez bastara con dar información preliminar acerca de las partes en litigio, su nacionalidad y el sector económico afectado (A/CN.9/712, párr. 33).

3. Los reglamentos de las instituciones arbitrales a los que los tratados de inversión suelen remitir, en lo referente a la solución de controversias entre el Estado anfitrión y un inversionista, no han previsto que se publique la notificación del arbitraje. Por ejemplo, la regla 22 del Reglamento Administrativo y Financiero del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) dispone que el Secretario General publicará la información que proceda sobre la actuación del Centro, incluidos los datos de inscripción de toda solicitud de conciliación o arbitraje, y dará a conocer, en su momento, la fecha y la forma de clausura de cada procedimiento que se haya abierto. Los reglamentos de otras instituciones no se ocupan de esta cuestión o, si lo hacen, es para prescribir la confidencialidad de las actuaciones (véase A/CN.9/WG.II/WP.160, párrs. 38 a 47 sobre el contenido de los reglamentos de las instituciones arbitrales a este respecto). Los tratados de inversión prevén a veces la publicación de la notificación de arbitraje (o incluso de la mera intención de entablarlo), pero no siempre fijan un calendario para esa publicación. Cabrá, por ello, hacerla tan pronto como se determine la admisibilidad de la demanda. Pueden verse ejemplos de esas disposiciones en el documento A/CN.9/WG.II/WP.160, párrs. 18 a 20.

4. De mostrarse el Grupo de Trabajo favorable a que se publique la notificación de arbitraje tan pronto como la reciba una de las partes, tal vez estime oportuno examinar la cuestión de como se habrá de proteger, en una etapa de las actuaciones

previa a la constitución del tribunal arbitral, todo dato confidencial que figure en la notificación de arbitraje (véanse párrs. 41 y 42, *infra*). Tal vez proceda examinar también la cuestión de las demandas infundadas y el trato que deba dárseles.

ii) Persona(s) encargadas(s) de la publicación y efectos de no hacerlo

5. En cuanto a la(s) persona(s) que haya(n) de encargarse de la publicación de la apertura de un arbitraje, cabe pensar en el Estado anfitrión, el inversionista o el registro designado. Las partes en litigio podrían efectuarla conjuntamente, si así lo acuerdan (A/CN.9/712, párr. 35).

6. La determinación de la persona encargada de publicar la información dependerá de que la norma jurídica de la transparencia prevea o no la creación de un registro depositario de la información publicable. De ser este el caso, ese registro se encargaría de publicar la información divulgable, por lo que procedería señalar también la ruta para hacerle llegar esa información. De no designarse tal registro, cabría encomendar esa tarea a las partes, para que la cumplieran por separado o conjuntamente (véanse párrs. 41 y 42, *infra*).

7. También convendría volver a estudiar las cuestiones suscitadas por el Grupo de Trabajo, en su 53º período de sesiones, acerca de si procedía declarar obligatorio publicar la información que se señalara y, en ese caso, si procedía prever alguna sanción en caso de incumplimiento (A/CN.9/712, párr. 36).

2. Documentos que se habrán de publicar

i) Lista de documentos

8. En el 53º 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 a publicar (A/CN.9/712, párr. 40). Se expresó el parecer de que debía darse acceso al público a toda la documentación del proceso, tanto la que se presente al tribunal como la que éste emita (A/CN.9/712, párr. 41). Se dijo, en sentido contrario, que lo más indicado no era divulgar toda la documentación, sino buscar la manera de compaginar las exigencias del interés público con el deseo legítimo de salvaguardar la eficiencia y la buena marcha de las actuaciones (A/CN.9/712, párr. 42).

9. El régimen de acceso a la documentación del proceso arbitral previsto en los tratados de inversión suele consistir o bien en una declaración general por la que se prescribe la publicación de toda la documentación del caso o bien en una lista de los documentos publicables. En esas listas suelen figurar: la solicitud de arbitraje y la notificación de arbitraje, los escritos presentados por las partes, todo escrito presentado por una parte no litigante o por un tercero que intervenga a título pericial (*amicus curiae*), toda acta levantada de una audiencia, y todo laudo u otra decisión del tribunal.

ii) Persona(s) encargada(s) de la publicación

10. En el 53º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se expresaron diversos pareceres acerca de si debía encargarse de esa publicación a las partes litigantes o al tribunal arbitral. También se debatió acerca de si procedería condicionar esa divulgación al consentimiento previo de las partes (A/CN.9/712, párr. 43).

Hubo pareceres favorables a que se encargara al tribunal de decidir, caso por caso, lo que había de publicarse (A/CN.9/712, párr. 44).

11. En los tratados de inversión, esa responsabilidad se asigna a veces al tribunal arbitral y a veces a las partes litigantes¹. En casos en los que se autoriza a las partes a divulgar información, algunos tratados autorizan a ambas partes a divulgar toda la información del proceso arbitral abierto mientras que otros sólo autorizan a cada parte a divulgar sus propias declaraciones o deposiciones por escrito. Esos tratados no acostumbran a prever las vías de publicación utilizables.

12. Respecto del plazo para esa publicación, los tratados suelen prever que se haga “inmediatamente” o “según proceda”, mientras que otros no se pronuncian al respecto.

iii) *Aspectos prácticos de la publicación*

13. En el 53º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se suscitaron cuestiones, merecedoras de estudio, acerca del idioma en que habría de hacerse la publicación (A/CN.9/712, párr. 45) y de la distribución que procedería hacer entre las partes de los gastos de publicación.

iv) *Ejemplos*

14. En el 53º período de sesiones del Grupo de Trabajo, 42, se citó, como ejemplo de documento que regula la publicación de los documentos del proceso (A/CN.9/712, párr. 41), una orden emitida en el caso *Chemtura Corporation v. Government of Canada*², que dice:

“Parte II — Sustanciación del proceso y divulgación de su documentación [...] 11. A reserva de lo dispuesto en el párrafo 13, cada parte litigante podrá, tras dar a la otra parte un preaviso de veinte días, divulgar los siguientes documentos: los escritos de demanda y de contestación y demás escritos presentados, junto con sus apéndices y material probatorio adjunto, toda acta levantada, la correspondencia intercambiada con el tribunal, así como toda orden o providencia, y todo laudo preliminar o definitivo que emita el tribunal. 12. Toda parte litigante dispondrá de veinte días, desde la recepción del preaviso por el que la otra parte le notifique su intención de divulgar documentos mencionados en la lista del párrafo 11, para objetar contra esa divulgación por razón de la índole confidencial de ciertos datos. No podrá divulgarse la documentación indicada en el preaviso en tanto las partes litigantes no confirmen que no se oponen a esa divulgación o en tanto no lleguen a un acuerdo acerca de la no divulgación de aquellos datos que la otra parte designe como confidenciales. 13. A reserva de lo autorizado por la presente orden, ninguna de las partes litigantes podrá divulgar datos o documentos que la otra parte designe como confidenciales [...].”

¹ Art. 38, párrs. 3 a 8 del *Model Foreign Investment Promotion and Protection Agreement 2004* (FIPA) del Canadá. Véase también el Tratado entre México e Islandia sobre la Protección y el fomento recíprocos de las inversiones, firmado el 24 de junio de 2005, que dice, en su art. 17, relativo a la ejecutoriedad del laudo, que: sólo podrá publicarse el laudo definitivo con el consentimiento escrito de las dos partes litigantes; texto del tratado disponible, al 30 de noviembre de 2010, en www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/Mexico_Iceland.PDF.

² *Chemtura Corporation v. Government of Canada, Confidentiality Order*, 21 de enero de 2008.

15. En los párrafos 13 a 22 del documento A/CN.9/WG.II/WP.160 se dan ejemplos de normas relativas a la publicación de documentos.

3. Publicación de los laudos

16. En el 53° período de sesiones del Grupo de Trabajo, muchas delegaciones apoyaron la idea de que se enuncie una regla general por la que se haya de publicar todo laudo emitido en un arbitraje abierto en el marco de un tratado de inversión (A/CN.9/712, párr. 62). Cabría examinar esta cuestión a la luz de los ejemplos (sobre la publicación de documentos) que se dan en los anteriores párrafos 14 y 15.

17. De estimar el Grupo de Trabajo que debe darse al laudo arbitral un trato distinto del otorgado al resto de la documentación, ordenando su publicación, salvo acuerdo en contrario de las partes litigantes, aún cabría, caso de mediar este acuerdo entre las partes, ordenar que se publiquen extractos del laudo que den a conocer la fundamentación jurídica del laudo (A/CN.9/712, párr. 63)³. Cabría formular al respecto una regla que diga: “*Todo laudo será publicado salvo acuerdo en contrario de todas las partes litigantes. De no dar las partes su asentimiento a la publicación de un laudo, el tribunal arbitral publicará sin dilación extractos del laudo que den a conocer su fundamentación jurídica.*”

4. Escritos periciales presentados por terceros (*amicus curiae*)

18. Muchas delegaciones apoyaron firmemente la idea de permitir que terceros (designados por el nombre de *amicus curiae*) presenten sus escritos periciales al tribunal. Se dijo que esos escritos podían ayudar al tribunal arbitral a resolver el litigio y reforzaban la legitimidad del proceso arbitral (A/CN.9/712, párr. 46).

i) Criterios restrictivos aplicables a los escritos de terceros (*amicus curiae*)

19. Predominó el parecer de que esos escritos periciales estuvieran sujetos a ciertos criterios restrictivos fijados en función de la cuestión que se abordara en el escrito, de su interés para el caso dirimido y de la pericia reconocida a su autor, limitándose asimismo la longitud del escrito y fijándose un plazo para su presentación (A/CN.9/712, párr. 47).

ii) Intervención de Estados que no sean parte en el arbitraje

20. El Grupo de Trabajo tal vez desee considerar si procede proseguir su estudio de la participación de un Estado que sea Parte en el tratado de inversión, pero que no sea parte litigante, en espera de que la Comisión decida si esa cuestión forma o no parte de la labor actual del Grupo (véase A/CN.9/WG.II/WP.162, párr. 3). 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 sea parte litigante, desee presentar algún escrito o sea incluso invitado a presentarlo. Se observó que la intervención de tal Estado, sin duda buen conocedor de la labor preparatoria del tratado marco, ayudaría a evitar una interpretación unilateral de ese tratado (A/CN.9/712, párr. 49).

21. Cabría, por ejemplo, estudiar la formulación de alguna regla que limite el alcance eventual de esa intervención de un Estado, que no sea parte litigante, a

³ Véase la regla 48.4 del Reglamento de Arbitraje del CIADI.

aspectos interpretativos del tratado de inversión, o a la indicación de puntos de derecho que sean aplicables al caso dirimido. Tal vez deba facultarse al tribunal arbitral para invitar de oficio a un Estado Parte en el tratado, que no sea parte en el litigio, a presentar algún escrito, estudiándose la manera de evitar que esos escritos puedan perturbar el curso de las actuaciones o causar un perjuicio indebido a una de las partes litigantes.

iii) *Admisión de escritos periciales de terceros (amicus curiae)*

22. El Grupo de Trabajo dejó abierta la cuestión de si procede que el tribunal arbitral pueda decidir por sí solo acerca de la admisibilidad de un escrito pericial presentado por un tercero (*amicus curiae*), o si debe exigirse que consulte previamente con las partes litigantes, respetando así la índole consensual del procedimiento arbitral (A/CN.9/712, párr. 48).

iv) *Grados de acceso a la documentación del caso en litigio*

23. Al examinarse la procedencia de autorizar la presentación de dictámenes periciales, se insistió en la importancia de dar a su autor acceso a la documentación del caso en litigio, dado que la calidad del dictamen de un tercero (*amicus curiae*) puede depender del acceso que tenga a esos documentos (A/CN.9/712, párr. 51). Al tratar de la función asignada al *amicus curiae*, tal vez deba examinarse también si procede darle un grado de acceso a esa documentación superior al que se otorgue al público en general.

v) *Costas procesales y sustanciación eficiente del caso*

24. Al examinar el punto anterior, tal vez deban tenerse también presentes las costas procesales inherentes a la presentación de dictámenes periciales y la necesidad de conciliar los intereses tal vez encontrados de una mayor transparencia de las actuaciones y de una gestión eficiente del caso en litigio.

vi) *Ejemplos*

25. A excepción del Reglamento de Arbitraje del CIADI, los reglamentos de las instituciones arbitrales no suelen regular la participación de una parte no litigante, por lo que dejan este punto al arbitrio de lo que acuerden entre sí las partes litigantes y de lo que decida el tribunal arbitral (véase A/CN.9/WG.II/WP.160, párrs. 29 a 47). La regla 37.2 del Reglamento de Arbitraje del CIADI regula lo relativo a los escritos presentados por partes no litigantes como sigue:

“Tras consultar a ambas partes, el Tribunal podrá permitir que una parte ajena a la controversia (designada en la presente regla por el término “parte no litigante”) presente un escrito ante el Tribunal relativo a un asunto que sea objeto del litigio. Al pronunciarse acerca de la admisibilidad de ese escrito, el Tribunal considerará, entre otras cosas: a) 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; b) la relevancia para el caso en litigio de la cuestión abordada por el escrito de la parte no litigante; y c) el interés legítimo que pueda tener la parte no litigante en el litigio entablado. El Tribunal 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.”

26. Tal vez deba señalarse que el capítulo once del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y documentos interpretativos emitidos por la Comisión de Libre Comercio da detalles acerca de la participación de terceros en las actuaciones. Cabe citar la declaración de la Comisión de Libre Comercio, de 7 de octubre de 2004, sobre la participación de terceros en las actuaciones, dice:

“[...]B. Prácticas procesales que se han de observar

1. Toda parte no litigante que actúe en nombre de una Parte en el Tratado, o que ocupe una posición importante en el territorio de esa Parte, que desee presentar un escrito al Tribunal (el “solicitante”), deberá solicitar la autorización del Tribunal para presentar su escrito. El solicitante adjuntará el escrito a su solicitud.

2. Tal solicitud: a) se hará por escrito, deberá estar fechada y firmada por la persona que la presente y deberá dar la dirección y demás datos de contacto del solicitante; b) no deberá exceder de cinco páginas mecanografiadas; c) describirá al solicitante, indicando, si procede, su organización interna y su condición jurídica (p.ej., empresa, 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); d) revelará todo lazo, directo o indirecto, de afiliación con alguna parte litigante; e) dará a conocer todo órgano público, persona u entidad que haya prestado ayuda financiera o de otra índole para la preparación del escrito; f) especificará la índole del interés del solicitante en el arbitraje abierto; g) indicará las cuestiones de hecho y de derecho suscitadas en el arbitraje que son objeto del escrito presentado; h) explicará, en función de los factores enunciados en el párrafo 6, las razones por las que procede que el Tribunal admita el escrito presentado; y, por último, i) tal solicitud deberá presentarse en un idioma del arbitraje.

3. Todo escrito presentado por una parte no litigante deberá: a) estar fechado y firmado por la persona que lo presente; b) ser conciso, no debiendo exceder, el escrito y sus apéndices, de veinte páginas mecanografiadas; 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.

4. La solicitud de admisión de un escrito de una parte no litigante deberá ser presentada, junto con el escrito, al Tribunal y a cada una de las partes litigantes.

5. El Tribunal fijará un plazo apropiado para todo comentario que desee hacer alguna parte litigante acerca de la solicitud de admisión de un escrito presentado por una parte no litigante.

6. Al decidir acerca de la admisión de un escrito presentado por una parte no litigante, el Tribunal tendrá en cuenta, entre otras cosas, la medida en que:

a) ese escrito coadyuvará a la determinación de alguna cuestión de hecho o de derecho relativa al litigio, al aportar datos, puntos de vista o un conocimiento del caso distintos de los de las partes litigantes; b) el escrito presentado aborda cuestiones que son objeto de litigio; c) la parte no litigante tiene un interés legítimo en el arbitraje; y d) está en litigio algún punto de interés público.

7. El Tribunal deberá cerciorarse de que: a) el escrito que se desea presentar no perturbará el curso de las actuaciones; y b) ese escrito no impondrá a alguna de las partes litigantes una carga indebida ni le causará un perjuicio que pueda ser tenido por injusto.

8. El Tribunal decidirá si admite o no el escrito presentado por la parte no litigante. Si lo admite, el Tribunal deberá fijar un plazo razonable para que las partes litigantes puedan responder por escrito a todo punto controvertido del escrito presentado. Hasta esa fecha, toda Parte en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, que no sea parte en el arbitraje abierto, podrá exponer, con arreglo a su artículo 1128, su parecer acerca de toda interpretación del Tratado que se dé en el escrito presentado.

9. La admisión de un escrito presentado por una parte no litigante no obligará al Tribunal a tener ese escrito en cuenta en algún punto del arbitraje. Esa admisión no autorizará a la parte no litigante para presentar otros escritos en el curso del arbitraje. [...]”.

27. El proyecto noruego de un tratado de inversión modelo contiene disposiciones que regulan expresamente la intervención de terceros. Su artículo 18.3 dispone que: “El Tribunal estará facultado para admitir y valorar, según proceda, todo escrito pericial presentado por una persona o entidad que no sea parte litigante, con tal de que determine que su contenido es de interés directo para alguna cuestión de hecho o de derecho objeto de examen. El Tribunal deberá ofrecer a las partes litigantes, así como a la otra Parte en el tratado de inversión, la oportunidad de formular por escrito toda observación que deseen hacer al escrito pericial presentado”. Su artículo 18.4 dispone: “[...] el Tribunal reflejará, en su informe, los alegatos de todo escrito pericial presentado por un *amicus curiae* o por la otra Parte en el tratado.”

5. Audiencias

i) Audiencias públicas

28. En su 53º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de si procede abrir las audiencias al público (A/CN.9/712, párr. 52). La idea de que las audiencias sean públicas fue objeto tanto de apoyo como de reservas. Se sugirió que la futura norma jurídica de la transparencia debe prever que las audiencias sean públicas, salvo acuerdo en contrario de las partes litigantes (A/CN.9/712, párrs. 53 a 55). Pero también se expresaron reservas de índole general a que se previera la celebración de audiencias públicas, al estimarse que esa publicidad sería contraria a la esencia misma del arbitraje, basada en la confidencialidad del proceso, por lo que procedía que toda audiencia se celebrara sin la asistencia de terceros. Se dijo que los arbitrajes entre inversionistas y un Estado suscitaban a veces cuestiones de índole política, y que la celebración de audiencias públicas se prestaba a que el público ejerciera presiones sobre el Estado participante que, en vez de facilitar, dificultaran la resolución de la controversia (A/CN.9/712, párr. 57).

29. Las cláusulas para la solución de toda controversia eventual, incorporadas a los tratados de inversión, prevén la celebración de audiencias públicas, con la salvedad de que en ellas se respete toda información tenida por confidencial, que cabrá organizar por vía informática o por algún otro medio que no requiera la presencia física del público en la sala de audiencias. Suele encomendarse al tribunal arbitral la tarea de resolver, en consulta con las partes litigantes, los problemas logísticos de organizar esas audiencias. Pueden verse ejemplos de esas cláusulas en los párrafos 23 a 28 del documento A/CN.9/WG.II/WP.160.

30. El Reglamento de Arbitraje del CIADI dispone, en su regla 32.2, que: “*De no objetar a ello alguna de las partes, el Tribunal podrá permitir, previa consulta con el Secretario General, que otras persona, que no sean ni las partes en el arbitraje, ni sus representantes o defensores, ni sus testigos o peritos, observen, a título de asistentes, el curso total o parcial de las audiencias, a reserva de que se adopte toda medida logística que proceda. El Tribunal deberá prever, en tales casos, medidas de protección adecuadas de toda información privilegiada o que sea objeto de propiedad intelectual.*”

ii) *Actas que se levanten de las audiencias*

31. En el 53º período de sesiones del Grupo de Trabajo, hubo acuerdo general de que la decisión relativa a las actas de las audiencias dependería de lo que se decidiera acerca del acceso del público a las audiencias (A/CN.9/712, párr. 58). Se informó al Grupo de Trabajo de que en todo arbitraje sometido al Reglamento de Arbitraje del CIADI, salvo objeción de alguna de las partes, el tribunal estaba facultado para decidir que las audiencias fueran públicas. Ahora bien para dar acceso al público a las actas levantadas, se necesitaba el consentimiento de las partes. Se dijo además que la publicación de las actas solía dejarse al arbitrio del Estado demandado, al menos en los casos abiertos en el marco del tratado TLCAN, y que el CIADI no había publicado hasta la fecha acta alguna en su sitio en Internet (A/CN.9/712, párr. 59).

6. Límites eventuales del régimen de la transparencia

i) *Principios*

32. En su 53º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó los límites eventuales del régimen de la transparencia. Se mencionaron diversas categorías de excepciones o límites eventuales: la protección de toda información delicada o confidencial, la protección de la integridad del proceso arbitral, la gestión eficiente de las actuaciones arbitrales (A/CN.9/712, párrs. 67 a 72).

- protección de toda información delicada o confidencial

33. En el 53º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se admitió en términos generales la necesidad de proteger toda información delicada o confidencial y de amparar a las partes y al tribunal frente a toda presión exterior (véanse párrs 36 a 40, *infra*). Habida cuenta de que tanto la transparencia como la confidencialidad pueden ser tenidas por intereses legítimos de las partes, tal vez proceda que el Grupo de Trabajo busque la manera de conciliar uno y otro interés. Se hicieron observaciones generales en el sentido de que no procedía prever excepciones a la transparencia destinadas a amparar la información delicada o confidencial que

debilitaran el régimen básico de la transparencia; convendría formularlas en términos precisos y claros a fin de evitar controversias entre las partes acerca de su alcance (A/CN.9/712, párr. 70).

- protección de la integridad del proceso arbitral

34. En el 53º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se reconoció en general la importancia de amparar la integridad del proceso arbitral en el marco del régimen de la transparencia. El amparo de la integridad de las actuaciones arbitrales puede además ser visto como un medio para contrarrestar la politización de las controversias relativas a inversiones.

- la gestión eficiente de las actuaciones arbitrales

35. En el 53º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se dijo que, dada su importancia para la vía arbitral, la cuestión genérica de la gestión eficiente del caso merecería ser objeto de mayor examen (A/CN.9/712, párr. 72). El régimen de la transparencia no debería dar lugar a trámites, demoras o gastos adicionales, por lo que se habría de buscar la manera de conciliar la fluidez y agilidad deseables del proceso arbitral con el interés público por conocer el curso del litigio.

ii) *Definición del concepto de información delicada o confidencial*

36. Las cláusulas para la solución de controversias, de los tratados de inversión, que tratan de la publicidad que ha de darse a los documentos procesales o al laudo arbitral, suelen prever que todo documento, emitido o admitido por un tribunal arbitral, sea publicado, salvo acuerdo en contrario de las partes, una vez expurgado de toda información delicada o confidencial. La denominada información delicada o confidencial suele ser descrita como toda información que no sea de conocimiento general ni esté al alcance del público y que, de ser divulgada, perjudicaría o pondría en peligro algún interés esencial de una de las partes o violaría su privacidad (véase A/CN.9/WG.II/WP.160, párrs. 13 a 22). En el 53º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se dijo que toda regla que se diera al respecto debería esta formulada en términos genéricos que eviten tener que precisar en la regla todas las circunstancias posibles y que dejen amplio margen de discreción al tribunal (A/CN.9/712, párr. 69).

37. Un modelo que, según se dijo, contenía indicaciones útiles para los arbitrajes entre inversionistas y un Estado eran las Reglas sobre la práctica de la prueba en los arbitrajes internacionales (2010) de la Asociación Internacional de Abogados, cuyo artículo 9, sobre admisibilidad y valor probatorio de las pruebas, trataba, en sus párrafos 3 y 4, del respeto debido a la confidencialidad de ciertos datos (A/CN.9/712, párr. 68). Cabe leer en esos párrafos: “3. *Al examinar las cuestiones de confidencialidad y de secreto o ética profesional con arreglo al artículo 9.2 b), y en cuanto sea compatible con toda regla jurídica imperativa o de conducta profesional que sea tenida por aplicable, el Tribunal Arbitral podrá tener en cuenta: a) toda necesidad de amparar la confidencialidad de todo documento creado o de toda declaración de palabra o por escrito efectuada en el marco o al servicio de la tarea de prestar o de obtener asesoramiento letrado; b) toda necesidad de amparar la confidencialidad de un documento creado o de una declaración de palabra o por escrito efectuada en el marco o al servicio de un*

arreglo negociado de las diferencias; c) las expectativas de las partes en litigio y de sus asesores letrados en el momento de invocarse la confidencialidad o el secreto profesional; d) toda renuncia eventual a la confidencialidad o al secreto profesional efectuada por consentimiento o deducible de la divulgación previa o de la utilización efectiva del contenido del documento o de la declaración, comunicación o asesoramiento de palabra, o efectuada por algún otro medio; y e) la necesidad de salvaguardar la equidad y la justicia entre partes litigantes sujetas a una reglamentación jurídica o ética diferente. 4. El Tribunal Arbitral podrá, siempre que proceda, adoptar toda medida que sea precisa para asegurar la confidencialidad requerida durante la presentación o valoración de ciertas pruebas.”

iii) *Determinación de la índole delicada o confidencial de la información*

38. Cabe asignar la tarea de determinar la índole delicada o confidencial de la información tanto al tribunal arbitral como a las partes litigantes (A/CN.9/712, párr. 69). Lo dispuesto al respecto en los tratados de inversión parece indicar que las partes suelen ser las que han de señalar la índole delicada o confidencial de la información, mientras que el tribunal arbitral suele estar facultado para decidir al respecto.

iv) *Sanciones posibles*

39. Procedería examinar la exigibilidad por el interesado de toda limitación o excepción que se haya previsto del régimen de la transparencia, y si debe sancionarse toda violación de una obligación de confidencialidad. Una posible sanción mencionada en el 53º período de sesiones del Grupo de Trabajo concierne a las costas procesales (A/CN.9/712, párr. 71). El artículo 9.7 de las Reglas sobre la práctica de la prueba en los arbitrajes internacionales (2010) de la Asociación Internacional de Abogados prevé tal sanción, al disponer que: “*De haberse determinado que una parte litigante no ha actuado de buena fe en la práctica de la prueba, el Tribunal Arbitral podrá, sin perjuicio de toda otra medida prevista en estas Reglas, tener en cuenta esa conducta al asignar las costas del arbitraje y, en particular, los gastos imputables a la práctica de la prueba*”.

v) *Ejemplos de prácticas procesales protectoras de la información*

40. El artículo 29.4 del tratado de inversión modelo *US Model BIT* dispone que:

“Toda información confidencial, que se presente al tribunal, deberá ser protegida mediante la observancia de las siguientes prácticas:

a) A reserva de lo dispuesto en el apartado d), ni las partes litigantes ni el tribunal divulgarán a una parte no litigante o al público en general información alguna que la parte litigante que la presentó haya claramente designado como confidencial, con arreglo al apartado b);

b) Toda parte litigante que presente información que estime ser confidencial deberá designarla con claridad como tal, al presentarla al tribunal;

c) Toda parte litigante, que presente un escrito que contenga información tenida por confidencial, deberá presentar simultáneamente otra versión de ese

escrito expurgada de esa información, que será la única versión del escrito que se facilite a la parte no litigante y que se divulgue al público con arreglo al párrafo 1; y

d) El tribunal deberá pronunciarse acerca de toda objeción que se presente contra la designación de la información como confidencial. Si el tribunal determina que esa designación es indebida, la parte litigante que la presentó podrá: i) retirar parcial o totalmente el escrito que contenga esa información; o ii) convenir en volver a presentar la versión completa y la versión expurgada de su escrito corregidas con arreglo a la designación asignada a la información por el tribunal y a lo prescrito en el apartado c). En uno y otro caso la otra parte litigante podrá, de ser ello necesario, presentar de nuevo sus escritos en los que, o bien suprima toda información retirada, con arreglo a lo previsto en el inciso i) del presente apartado, por la parte litigante que la presentó inicialmente, o bien dé esa información conforme haya sido recalificada, a instancia del tribunal y con arreglo al inciso ii), por la parte que la presentó primero.”

7. Archivo de la información publicada (el “registro”)

41. En el 53º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se sugirió que cabría encargar la tarea de divulgar la información publicable al Estado anfitrión, al inversionista, o a un registro neutro (A/CN.9/712, párrs. 37 y 73 a 75). La finalidad de la labor actual acerca de la transparencia es la de velar por que la información sobre los arbitrajes entre inversionistas y un Estado llegue al conocimiento del público interesado. Un enfoque flexible para conseguirlo sería el de dejar que sea el Estado anfitrión el que se encargue de publicarla. De encomendarse la administración del caso a una institución arbitral, cabría encomendarle también la publicación de esa información.

42. De decidir el Grupo de Trabajo que convendría establecer un registro neutro, tal vez convenga también señalar cual habrá de ser su función y si conviene que dicho órgano intervenga en la determinación de los límites de la transparencia. En el contexto de esta opción, procedería aclarar ciertos puntos, tales como lo que constituye un arbitraje entre inversionistas y un Estado entablado en el marco de un tratado a efectos de que le sea aplicable lo dispuesto respecto de la publicación de documentos por un registro neutro, la función exacta asignable a ese registro neutro, y si procedería establecerlo en el seno de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas o en una institución arbitral existente; la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya y el CIADI se han declarado dispuestos a prestar este servicio.

B. Propuestas

43. Tal vez deba señalarse que si se formula la norma jurídica de la transparencia en forma de unas directrices (véase A/CN.9/WG.II/WP.162, párr. 15), cabría darle a su texto un contenido más explicativo; cabría además proponer a las partes o al tribunal arbitral una o más variantes de un mismo texto. Si se le da la forma de una cláusula modelo o de un reglamento autónomo de la transparencia (A/CN.9/WG.II/WP.162, párrs. 13 y 14 y 16 a 21), que serán vinculantes para las

partes que remitan a su régimen, su texto deberá enunciar con claridad las obligaciones que su adopción por las partes conlleva.

1. Ámbito de aplicación

44. Tal vez deba comenzarse por determinar el ámbito de aplicación de la futura norma jurídica de la transparencia, para lo que tal vez proceda definir los criterios que determinen esa aplicación, así como decidir si esa norma se aplicará únicamente a los litigios abiertos en el marco de un tratado de inversión o también a otros litigios entre inversionistas y un Estado relativos a controversias nacidas en el marco de un contrato, y si debe aclararse el alcance del término “tratado de inversión”. Tal vez proceda considerar aquí las dificultades y la merma de flexibilidad a que pudiera dar lugar una definición estricta del alcance de la futura norma. Al abordar este punto, tal vez deba estudiarse la interacción eventual entre la norma jurídica de la transparencia y el reglamento de arbitraje que se declare aplicable (véase A/CN.9/WG.II/WP.162, párrs. 46 y 47).

2. Apertura del procedimiento arbitral⁴

45. Propuesta: “*La información relativa al nombre y la nacionalidad de las partes y al sector económico afectado deberá ser divulgada tan pronto como [el demandado reciba la notificación de arbitraje][se constituya el tribunal arbitral].*”

3. Publicación de la documentación del arbitraje⁵

46. Opción 1, variante 1: “*Todo documento que se presente al tribunal arbitral o que ese tribunal emita debe ser divulgado [, salvo acuerdo en contrario de todas las partes], a reserva de lo que se disponga con arreglo a lo indicado, más adelante, en la sección 6.*” Variante 2: “*Deben divulgarse los siguientes documentos: la notificación de arbitraje; la demanda, la contestación a la demanda y todo otro escrito que sea presentado al tribunal por las partes; todo escrito que presente una parte no litigante o un tercero que actúe a título pericial (amicus curiae); las actas de las audiencias, si se han levantado actas; y toda orden, laudo u otra decisión del tribunal [, salvo acuerdo en contrario de las partes litigantes], a reserva de lo que se disponga con arreglo a lo indicado, más adelante, en la sección 6.*”

47. Opción 2: “*El tribunal arbitral decidirá, en consulta con las partes, cuales son los documentos que se habrán de divulgar.*”

48. Propuesta relativa al idioma en que habrán de publicarse los documentos: “*Los documentos se publicarán en el idioma o los idiomas en que hayan sido presentados al tribunal arbitral.*”

⁴ Esta propuesta refleja la opción por la que únicamente se exige, al inicio de las actuaciones, la divulgación de información preliminar (pero sin dar aviso público del arbitraje), ya sea con anterioridad o a raíz de constituirse el tribunal arbitral. La divulgación de la notificación de arbitraje se aborda en la siguiente sección (párrs. 46 a 48) relativa a la publicación de documentos.

⁵ Estas propuestas reflejan las diversas sugerencias que hizo el Grupo de Trabajo relativas a la publicación de documentos (véanse párrs. 8 a 16). Prevé la publicación de la notificación de arbitraje y del laudo arbitral.

4. Escritos presentados por terceros a título pericial (*amicus curiae*).

49. Tal vez convenga que el Grupo de Trabajo examine todo detalle que deba precisarse respecto de los escritos periciales en una norma jurídica de la transparencia, a la luz de los ejemplos que se dan en los anteriores párrafos 25 a 27.

5. Audiencias y actas levantadas de su celebración

50. Propuesta: *“Si se celebran audiencias orales, esas audiencias serán públicas, [salvo que alguna de las partes objete a ello] y el Tribunal adoptará, en consulta con las partes, toda medida logística que estime apropiada. Toda acta que se levante de esas audiencias deberá ser publicada, a reserva de lo que se disponga, con arreglo a lo indicado más adelante, en la sección 6.”*

6. Límites eventuales del régimen de la transparencia

51. Cabría prever, en una norma jurídica de la transparencia, una sección dedicada a todo límite que eventualmente deba imponerse a la celebración de audiencias públicas o a la publicación de los documentos procesales. Cabría indicar esos límites en términos genéricos o específicos, por lo que el Grupo de Trabajo tal vez desee determinar cual sería el modelo más indicado (véanse párrs. 14 y 32 a 40, *supra*).

7. Archivo de la información publicada

52. Propuesta: *[La información] [Los documentos] de que se habla en las secciones 2 y 3 deberá[n] ser divulga[da][dos] por [se determinará la persona o entidad encargada], por [se determinará la vía que proceda].*