



# Asamblea General

Distr. general  
16 de febrero de 2012  
Español  
Original: inglés

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

45º período de sesiones

Nueva York, 25 de junio a 6 de julio de 2012

### Informe del Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) sobre la labor de su 56º período de sesiones (Nueva York, 6 a 10 de febrero de 2012)

## Índice

	<i>Párrafos</i>	<i>Página</i>
I. Introducción .....	1-3	3
II. Organización del período de sesiones .....	4-10	3
III. Deliberaciones y decisiones .....	11	5
IV. Preparación de una norma jurídica sobre la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado .....	12-116	5
A. Proyecto de reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado .....	13-116	5
1. Párrafo 1 del artículo 1: Aplicabilidad del reglamento sobre la transparencia .....	13-59	5
2. Párrafo 2 del artículo 1: Aplicación del reglamento sobre transparencia por las partes litigantes .....	60-81	15
3. Párrafo 3 del artículo 1: Discrecionalidad del tribunal arbitral .....	82-85	19
4. Párrafo 4 del artículo 1: Relación entre el reglamento sobre la transparencia y las disposiciones relativas a la transparencia que figuren en el tratado de inversiones .....	86-94	20
5. Párrafo 5 del artículo 1: Relación entre el reglamento sobre la transparencia y el reglamento de arbitraje aplicable .....	95-97	21
6. Notas del artículo 1 .....	98-102	21



7.	Artículo 2: Publicación de información tras el inicio de las actuaciones arbitrales. ....	103-110	22
8.	Artículo 3: Publicación de documentos .....	111-116	24

## I. Introducción

1. En sus 43° período de sesiones (Nueva York, 21 de junio a 9 de julio de 2010) la Comisión, con respecto a la labor futura en materia de solución de controversias, recordó la decisión adoptada en su 41° período de sesiones (Nueva York, 16 de junio a 3 de julio de 2008)<sup>1</sup> de que el tema de la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y Estados se abordara, con carácter prioritario, inmediatamente después de que hubiera finalizado la revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. La Comisión encomendó a su Grupo de Trabajo II la tarea de preparar una norma jurídica sobre dicho tema<sup>2</sup>.

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

3. La recopilación más reciente de referencias históricas relativas al examen por la Comisión de la labor del Grupo de Trabajo se encuentra en los párrafos 5 a 12 del documento A/CN.9/WG.II/WP.168.

## II. Organización del período de sesiones

4. El Grupo de Trabajo, formado por todos los Estados miembros de la Comisión, celebró su 56° período de sesiones en Nueva York, del 6 al 10 de febrero de 2012. Asistieron al período de sesiones los siguientes Estados miembros del Grupo de Trabajo: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Brasil, Bulgaria, Camerún, Canadá, Chile, China, Colombia, Egipto, El Salvador, España, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Filipinas, Francia, Grecia, Honduras, India, Irán (República Islámica del), Israel, Italia, Japón, Kenya, Malasia, Mauricio, México, Nigeria, Noruega, Pakistán, Polonia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Corea, Senegal, Singapur, Sudáfrica, Tailandia, Turquía, Ucrania, Uganda y Venezuela (República Bolivariana de).

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

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

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

<sup>4</sup> *Ibid.*, párr. 202.

5. Asistieron al período de sesiones observadores de los siguientes Estados: Bangladesh, Belarús, Bélgica, Croacia, Cuba, Ecuador, Eslovaquia, Finlandia, Indonesia, Iraq, Kuwait, Luxemburgo, Mozambique, Myanmar, Nicaragua, Países Bajos, Panamá, Perú, República Democrática del Congo, Rumania, Suecia y Suiza.

6. También asistieron al período de sesiones observadores de Palestina y de la Unión Europea.

7. Asimismo asistieron al período de sesiones observadores de las siguientes organizaciones internacionales:

a) *Sistema de las Naciones Unidas*: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y Conferencia de la Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD);

b) *Organizaciones intergubernamentales*: Secretaría de la Carta de la Energía, Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) y Corte Permanente de Arbitraje;

c) *Organizaciones no gubernamentales invitadas*: American Bar Association (ABA), Asociación Árabe para el Arbitraje Internacional, Asociación de Alumnos del Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot, Asociación de Arbitraje de los Estados Unidos (AAA), Asociación de Abogados de la Ciudad de Nueva York (ABCNY), Association Droit et Méditerranée (Jurimed), Asociación Europea de Estudiantes de Derecho, Asociación Internacional de Abogados, Asociación Sueca de Arbitraje, Asociación Suiza de Arbitraje, Barreau de Paris, Center for International Environmental Law (CIEL), Centro Belga de Arbitraje y Mediación (CEPANI), Centro de Arbitraje Regional de Teherán, Centro de Estudios Jurídicos Internacionales, Club de Árbitros de la Cámara de Arbitraje de Milán, Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, Consejo Internacional para el Arbitraje Comercial, Construction Industry Arbitration Council (CIAC), Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG), Corte Internacional de Arbitraje, Chartered Institute of Arbitrators (CIARB), Facultad de Arbitraje Internacional de la Universidad Queen Mary de Londres, Federación Interamericana de Abogados (FIA), Federación Internacional de Instituciones de Arbitraje Comercial, Foro de Conciliación y Arbitraje Internacionales, Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, Instituto de Derecho Mercantil Internacional, Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible, International Insolvency Institute (III), International Arbitration Institution (IAI), Miami International Arbitration Society (MIAS), New York State Bar Association (NYSBA), Pakistan Business Council (PBC), Tribunal de Arbitraje de Madrid, Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres, Union des Avocats Européennes (UAE).

8. El Grupo de Trabajo eligió a las siguientes personas para integrar la mesa:

<i>Presidente:</i>	Sr. Salim Moollan (Mauricio)
<i>Relator:</i>	Sr. Shotaro Hamamoto (Japón)

9. Obraron en poder del Grupo de Trabajo los siguientes documentos: a) programa provisional (A/CN.9/WG.II/WP.168); b) una nota de la Secretaría relativa a la preparación de una norma jurídica sobre la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado (A/CN.9/WG.II/WP.169 y su adición); c) una nota de la Secretaría en la que se

reproducen las observaciones presentadas por instituciones arbitrales acerca del establecimiento de un registro de la información que se publicara (“el registro”) (A/CN.9/WG.II/WP.170 y su adición).

10. El Grupo de Trabajo aprobó el siguiente programa:

1. Apertura del período de sesiones.
2. Elección de la Mesa.
3. Aprobación del programa.
4. Preparación de una norma jurídica acerca de la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado.
5. Organización de la labor futura.
6. Otros asuntos.
7. Aprobación del informe.

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

11. El Grupo de Trabajo reanudó su labor sobre el tema 4 del programa tomando como base las notas preparadas por la Secretaría (A/CN.9/WG.II/WP.169 y su adición; y A/CN.9/WG.II/WP.170 y su adición). Las deliberaciones y decisiones del Grupo de Trabajo respecto de este tema se recogen en el capítulo IV.

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

12. El Grupo de Trabajo recordó el mandato que le había encomendado la Comisión en su 43º período de sesiones, mencionado en el párrafo 1 *supra*, y reiteró la importancia de asegurar la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado. El Grupo de Trabajo reanudó los debates sobre la preparación de una norma jurídica que regulara la transparencia en ese tipo de arbitrajes, sobre la base de los documentos A/CN.9/WG.II/WP.169 y sus adiciones, y el proyecto de reglamento sobre la transparencia que se proponía en esos documentos.

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

##### **1. Párrafo 1 del artículo 1: Aplicabilidad del reglamento sobre la transparencia**

13. El Grupo de Trabajo examinó el párrafo 1 del artículo 1 enunciado en el párrafo 8 del documento A/CN.9/WG.II/WP.169.

***Párrafo 1 del artículo 1 enunciado en el párrafo 8 del documento  
A/CN.9/WG.II/WP.169***

14. En el párrafo 1 del artículo 1 figuraban dos opciones con sus variantes. Según la opción 1, la solución de exclusión, el reglamento sobre la transparencia sería aplicable como complemento del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en el marco de los tratados de inversiones que previeran procedimientos regidos por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, a menos que el tratado dispusiera la inaplicabilidad del reglamento sobre la transparencia. Esa opción tenía dos variantes. La variante 1 preveía la aplicación del reglamento sobre la transparencia a los tratados concertados después de la fecha de aprobación del reglamento (denominados “futuros tratados de inversión”). La variante 2 preveía la aplicación del reglamento sobre la transparencia a los tratados futuros y, en algunos casos, a los tratados celebrados antes de la fecha de aprobación del reglamento (denominados “tratados de inversión vigentes”). En virtud de la opción 2, la opción de adhesión, el reglamento sobre la transparencia sería aplicable cuando las Altas Partes Contratantes (denominadas “Partes”) en un tratado de inversiones consintieran expresamente en su aplicación. La opción 2 tenía dos variantes. La variante 1 preveía la aplicación del reglamento sobre la transparencia a los procedimientos de arbitraje independientemente del reglamento de arbitraje aplicable. La variante 2 limitaba el ámbito de aplicación del reglamento sobre la transparencia a los procedimientos regidos por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

15. Se señaló que las opciones 1 y 2 establecían distintas normativas. La opción 1 preveía, como principio, la aplicación del reglamento sobre la transparencia a menos que las partes en un tratado de inversiones convinieran otra cosa, imponiendo así la carga de la negociación de la exclusión de las normas sobre transparencia a la parte que propugnara tal exclusión. En cambio, la opción 2 preveía la aplicación del reglamento sobre la transparencia únicamente en caso de acuerdo expreso de las partes en un tratado de inversiones, con lo cual imponía a la parte que propugnaba la transparencia la carga de negociar su aplicación.

16. En opinión de una gran mayoría de las delegaciones, habida cuenta del mandato encomendado al Grupo de Trabajo por la Comisión, convendría redactar el párrafo 1 del artículo 1 de modo que permitiera una aplicación amplia del reglamento sobre la transparencia. Se expresó la opinión de que la aplicación debía respetar el principio de derecho internacional de que los Estados no pueden quedar obligados salvo si consienten en ello. Hubo diversidad de pareceres sobre la forma en que debía manifestarse el consentimiento.

*Solución de exclusión, tratados futuros (opción 1, variante 1)*

17. Algunas delegaciones se declararon partidarias de la opción 1, variante 1. Se aclaró que el consentimiento para aplicar el reglamento sobre la transparencia se manifestaría cuando en los futuros tratados de inversiones las partes se remitieran al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI a sabiendas de que ese Reglamento incluía el reglamento sobre la transparencia (A/CN.9/736, párr. 20). Se opinó que esa resolución constituía el mejor medio para cumplir con el mandato encomendado por la Comisión al Grupo de Trabajo de fomentar la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado. Se sostuvo también que, si bien el reglamento sobre la transparencia sería aplicable juntamente

con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, nada impediría a las partes dar una amplia aplicación a aquel reglamento, independientemente del reglamento de arbitraje aplicable.

18. Se aclaró que la opción 1, variante 1, no tenía la finalidad de hacer aplicable el reglamento sobre la transparencia a los tratados celebrados antes de la fecha de aprobación de ese reglamento. A fin de dejar en claro que la opción 1, variante 1, no sería aplicable a los tratados de inversiones vigentes se sugirió que se sustituyeran las palabras entre corchetes “[de la versión aplicable]” por una remisión al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010.

*Solución de exclusión, tratados futuros y ciertos tratados existentes (opción 1, variante 2)*

19. Se expresaron reservas acerca de la opción 1, variante 1, por estimarse que no regulaba la cuestión de la aplicabilidad del reglamento sobre la transparencia a los tratados vigentes. Se señaló que la opción 1, variante 2, contenía una frase adicional que disponía lo siguiente: “El Reglamento sobre la Transparencia se aplicará (...), si el tratado dispone la aplicación de la versión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en vigor en la fecha del comienzo del arbitraje”. Las delegaciones que subrayaron la importancia de que se hiciera referencia a los tratados de inversiones vigentes indicaron que en la actualidad había unos tres mil tratados de esa índole, y que la mayoría de los arbitrajes que se entablarían en los próximos años entre inversionistas y un Estado se derivarían de ellos. Se opinó que la variante 2 permitiría lograr el objetivo de una aplicación más amplia del reglamento sobre la transparencia, de conformidad con el mandato que la Comisión había otorgado al Grupo de Trabajo. Se argumentó también que como el reglamento sobre la transparencia sería únicamente aplicable cuando el tratado de inversiones vigente lo permitiera, la opción 1, variante 2, no implicaría ningún efecto retroactivo.

20. Se sostuvo que toda referencia en los tratados al “Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI” sin especificarse a cuál de sus versiones se hacía remisión podría interpretarse como una “referencia dinámica” que daría cabida a futuros cambios en el Reglamento. Se señaló que en muy pocos tratados de inversiones figuraba un texto como el que se proponía en la opción 1, variante 2. Por consiguiente, como cuestión de redacción y a fin de asegurar una aplicación más amplia del reglamento sobre la transparencia al arbitraje en virtud del tratado, se propuso establecer en la opción 1, variante 2, que el reglamento sobre la transparencia sería aplicable cuando el tratado de inversiones no hiciera referencia expresa a la versión de 1976 del Reglamento de Arbitraje del CNUDMI.

21. No obstante, se expresaron reservas sobre la opción 1, variante 2. Se dijo que en la versión de 1976 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no figuraba ninguna disposición que previera su posible evolución. En este contexto se señaló que el párrafo 2 del artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, enmendado en 2010, establecía la presunción de que sus disposiciones serían aplicables a todo acuerdo de arbitraje concertado después del 15 de agosto de 2010, pero que tal presunción no sería aplicable cuando el acuerdo de arbitraje se hubiera concertado aceptando, después del 15 de agosto de 2010, una oferta hecha antes de esa fecha.

22. Además, se señaló que a fin de asegurar la aplicación del reglamento sobre la transparencia a los tratados vigentes tal vez fuera necesario incluir en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI una referencia al reglamento sobre la transparencia. No habría seguridad de que los tribunales arbitrales aplicaran el reglamento sobre la transparencia, en particular en los casos en que los tratados vigentes remitieran al “Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976”, ya que los tribunales arbitrales podrían considerar que dicho Reglamento era diferente del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI enmendado, por ejemplo, en 2013, para incorporar el reglamento sobre la transparencia.

23. Por consiguiente, se sugirió que para los tratados de inversiones vigentes se volvieran a analizar soluciones como las enunciadas en los párrafos 15 a 23 del documento A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1.

#### *Solución de adhesión*

24. Varias delegaciones se declararon partidarias de la opción 2 por considerar que ese enfoque aseguraría que los Estados habían tomado la decisión de aplicar ese reglamento con conocimiento de causa. Se recordó que las deliberaciones basadas en el reglamento habían sido aprobadas por las delegaciones que, en un principio, habían propugnado una norma jurídica en forma de directrices, en el entendimiento de que el reglamento sobre la transparencia solamente sería aplicable cuando se hiciera una referencia clara y concreta a esa norma (solución de adhesión) (véase A/CN.9/717, párrs. 26 y 58).

25. Se opinó también que la solución de adhesión era acorde con la práctica y las normas del derecho internacional público. Se señaló que los tratados de inversiones que se celebraban imponían obligaciones a los Estados que eran autorizadas mediante el debido proceso de derecho interno. Esas obligaciones no podían modificarse posteriormente agregando simplemente un apéndice al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

#### *Aplicabilidad de la solución de inclusión con independencia del reglamento de arbitraje seleccionado (opción 2, variante 1)*

26. En apoyo de la opción 2, variante 1, se sostuvo que la aplicación del reglamento sobre la transparencia independientemente del reglamento de arbitraje seleccionado propiciaría una aplicación más amplia del reglamento y, por lo tanto, permitiría cumplir del mejor modo posible el mandato encomendado al Grupo de Trabajo de fomentar la transparencia en los arbitrajes entablados, en el marco de un tratado, entre inversionistas y un Estado.

#### *Solución de adhesión, aplicabilidad limitada al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (opción 2, variante 2)*

27. Algunas delegaciones se declararon partidarias de la opción 2, variante 2, por considerar que la redacción del reglamento sobre la transparencia debía respetar el principio fundamental de derecho internacional público de que los Estados Parte en los tratados de inversiones solo podían quedar obligados si habían manifestado explícitamente su consentimiento en el tratado. Para esas delegaciones la opción 2, variante 2 también aportaría coherencia y previsibilidad.



### *Propuestas*

28. Tras las deliberaciones, el Grupo de Trabajo observó que en su actual período de sesiones la opción 1 había recibido más apoyo que en su 55° período de sesiones (A/CN.9/736, párr. 30), y que la opción 2 también había obtenido apoyo. Se formularon diversas propuestas para conciliar ambos enfoques.

29. Se propuso la preparación tanto de un apéndice del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI como de un texto independiente sobre la transparencia. Los partidarios de esta propuesta dijeron que promovería una amplia aplicación del reglamento sobre la transparencia. Se aclaró que la Comisión había otorgado gran discrecionalidad al Grupo de Trabajo acerca de la forma que revestiría la norma jurídica sobre la transparencia, que incluso podía presentarse como un anexo del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI<sup>5</sup>. En apoyo de la modalidad de texto independiente, se observó además que las instituciones arbitrales mencionadas en los documentos A/CN.9/WG.II/WP.170 y Add.1 habían comentado que el reglamento sobre la transparencia, en su forma actual, podía funcionar conjuntamente con sus respectivos reglamentos institucionales. Se puso en duda la necesidad de preparar dos instrumentos distintos, ya que las partes siempre tendrían libertad para elegir el régimen de transparencia, ya sea que este régimen estuviese establecido como un reglamento independiente o como un apéndice del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

30. Se sugirió que se incluyera en el reglamento sobre la transparencia una disposición que alentara a los tribunales arbitrales a utilizarlo a modo de directrices para la sustanciación del procedimiento. Se expresaron dudas sobre la necesidad de tal disposición.

31. Se formuló también la propuesta de combinar ambas opciones del siguiente modo: “El Reglamento sobre la Transparencia se aplicará a los arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados en el marco de un tratado que establezca la protección de las inversiones o los inversionistas y donde las partes hayan convenido en que el Reglamento sobre la Transparencia será aplicable por disposición expresa del tratado, ya sea en su versión original o en una enmienda, o bien en virtud de declaraciones recíprocas hechas por las partes en el tratado, o de otra forma, a reserva de toda modificación que las partes puedan convenir o hayan convenido. Si la realización del arbitraje se rige por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y las partes convienen en que se aplicará el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010, se considerará que ese Reglamento lleva incorporado el Reglamento sobre la Transparencia”.

32. Tras las deliberaciones se puso de manifiesto el siguiente criterio. El párrafo 1 del artículo 1 podría contener una disposición en que se destacara ante todo el carácter consensual de la aplicación del reglamento sobre la transparencia, indicándose que se aplicaría cuando lo hubieran acordado las partes en un tratado de inversiones o las partes litigantes. Además, respecto de los futuros tratados de inversiones, el reglamento sobre la transparencia sería aplicable si en esos tratados se hiciera remisión al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, a menos que las partes en el tratado convinieran lo contrario. Quedó entendido también que una

<sup>5</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/63/17), párr. 314.*

remisión expresa a las versiones de 1976 o 2010 de ese Reglamento no implicaría la presunción de que el reglamento sobre la transparencia sería aplicable. En cuanto a los tratados de inversiones vigentes, hubo divergencias acerca de si en el párrafo 1 del artículo 1 sería necesario especificar que el reglamento sobre la transparencia sería aplicable cuando el tratado de inversiones permitiera la aplicación de la versión más reciente del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, o si el mencionado párrafo no debería decir nada al respecto.

***Proyecto revisado del párrafo 1 del artículo 1 (“la propuesta revisada”)***

33. A fin de reflejar las deliberaciones mantenidas en el Grupo de Trabajo se propuso el siguiente texto revisado del párrafo 1 del artículo 1: “A reserva de lo que dispongan las normas internacionales aplicables de derecho internacional en materia de interpretación de tratados: 1) el presente Reglamento será aplicable a los arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados de conformidad con un tratado que prevea la protección de las inversiones o de los inversionistas (“el tratado”) cuando a) las partes en el tratado hayan convenido en su aplicación, o cuando b) las partes litigantes hayan convenido en su aplicación; 2) en particular, en un tratado celebrado después del [fecha de aprobación del Reglamento sobre la Transparencia] se presumirá que toda remisión que se haga en el tratado al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI incluye el Reglamento sobre la Transparencia, a menos que las partes en el tratado hayan convenido lo contrario, por ejemplo, remitiendo a una determinada versión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI que no incluya el Reglamento sobre la Transparencia”.

34. El Grupo de Trabajo examinó el contenido de la propuesta enunciada en el párrafo 33 *supra* (denominada “la propuesta revisada”).

***El párrafo 1 de la propuesta revisada: Acuerdo de las partes en un tratado de inversiones o de las partes litigantes***

35. El párrafo 1 de la propuesta revisada disponía que el reglamento sobre la transparencia sería aplicable cuando las partes en un tratado de inversiones o las partes litigantes hubieran convenido en que fuera aplicable. Permitía aplicar al arbitraje el reglamento sobre la transparencia de forma amplia, pues no limitaba su aplicación a los procedimientos regidos por el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

36. Se propuso la enmienda del apartado a) del párrafo 1 de la propuesta revisada de modo que se refiriera al consentimiento expreso de las partes en un tratado de inversiones en lugar de referirse al consentimiento, a fin de establecer una regla que no planteara ninguna duda sobre el modo en que debe manifestarse el consentimiento de las partes. En ese sentido, se expresó la opinión de que no eran convenientes las palabras introductorias de la propuesta revisada (“A reserva de lo que dispongan las normas internacionales aplicables de derecho internacional en materia de interpretación de tratados”), ya que podían servir de base a la interpretación del tribunal arbitral en el sentido de que las partes en un tratado de inversiones habían prestado su consentimiento cuando no era así. Se propuso suprimir las palabras introductorias.

37. Se sugirió suprimir el apartado b) del párrafo 1 de la propuesta revisada, cuyo fin era permitir que las partes litigantes aplicaran el reglamento sobre la

transparencia cuando hubieran convenido en ello, dado que podría provocar confusión en cuanto al ámbito de aplicación del reglamento. Además se puso en tela de juicio que las partes litigantes pudieran aplicar el reglamento sobre la transparencia cuando las propias partes en el tratado de inversiones no lo hubieran acordado.

38. Se observó asimismo que el párrafo 1 de la propuesta revisada no preveía ningún marco temporal y se formularon preguntas sobre los efectos de esa disposición en los tratados de inversiones vigentes (véanse los párrafos 47 a 53 *infra*).

*Párrafo 2 de la propuesta revisada: Aplicación a los futuros tratados de inversiones*

39. El párrafo 2 de la propuesta revisada disponía que en el caso de futuros tratados de inversiones se entendería que una remisión al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI comprendía una remisión al reglamento sobre la transparencia. Se aclaró que si las partes se remitían a la versión de 2010 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI el reglamento sobre la transparencia no sería aplicable.

40. Se opinó que la presunción enunciada en el párrafo 2, según la cual el reglamento sobre la transparencia sería aplicable cuando en el tratado de inversiones se hiciera una remisión al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI planteaba interrogantes acerca de la forma que revestiría el reglamento sobre la transparencia. Se consideró que esa presunción implicaba enmendar el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI para incorporarle el reglamento sobre la transparencia. Se puso en duda que el mandato del Grupo de Trabajo incluyera la introducción de enmiendas en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Se respondió con la aclaración de que, cuando la Comisión consideró que debía seguir analizando la cuestión de la transparencia, afirmó que la preparación de un instrumento de este tipo podría incluir la preparación de un anexo del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI<sup>6</sup>.

41. Se sugirió que la cuestión de la forma que habría de revestir el reglamento sobre la transparencia (por ejemplo, un reglamento independiente o un apéndice del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI) fuera examinada antes de iniciar un estudio basado en que el reglamento sobre la transparencia pudiera incorporarse en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI como cuestión previa y distinta. Se respondió que esa cuestión estaba estrechamente vinculada a la cuestión general tratada en el párrafo 1 del artículo 1.

*Referencia a los tratados de inversiones vigentes en el párrafo 1 del artículo 1*

42. El Grupo de Trabajo pasó a ocuparse de la cuestión de si el párrafo 1 del artículo 1 debería tratar de la aplicación del reglamento sobre la transparencia a los tratados de inversiones vigentes. Se recordó que, en relación con esos tratados, había discrepancias acerca de si en la redacción del párrafo 1 del artículo 1 debería mantenerse la aplicación del reglamento sobre la transparencia cuando el tratado de inversión permitiera la aplicación de la versión más reciente del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (lo cual se denominó durante el debate una “interpretación dinámica de los tratados de inversión”), o si en el párrafo 1 del artículo 1 no debería

<sup>6</sup> *Documentos Oficiales de la Asamblea General, sexagésimo tercer período de sesiones, Suplemento núm. 17 (A/63/17), párrs. 313 y 314.*

mencionarse esta cuestión (véase el párrafo 20 *supra*). Se expresaron opiniones divergentes, que se podrían clasificar en tres categorías: quienes estaban a favor de incluir una disposición a efectos de que el reglamento sobre la transparencia no fuera aplicable a los tratados vigentes mediante una interpretación dinámica de esos tratados; quienes expresaron preferencia por permitir la aplicación del reglamento sobre la transparencia a los tratados vigentes, cuando estuviera permitido, mediante una interpretación dinámica de esos tratados; y, en tercer lugar, quienes eran partidarios de no prever ninguna norma sobre esa cuestión.

*-Aplicación solo a los futuros tratados de inversiones*

43. Algunas delegaciones se declararon partidarias de limitar el ámbito de aplicación del reglamento sobre la transparencia exclusivamente a los futuros tratados de inversiones. Se recordó que el Grupo de Trabajo había convenido en estudiar varias soluciones para los tratados vigentes, inclusive recomendaciones o una convención, y que el reglamento sobre la transparencia no debía aplicarse a los tratados vigentes, a menos que las partes en el tratado expresaran su consentimiento a ese respecto. Las delegaciones favorables a la solución de adhesión declararon que aceptaban estudiar el párrafo 2 de la propuesta revisada partiendo de la base de que el ámbito de aplicación del reglamento sobre la transparencia se limitaría a los tratados futuros.

44. A favor de que se limitara la aplicación del reglamento sobre la transparencia a los tratados futuros se dijo que no podía ponerse a los Estados en una situación en que debieran reabrir las negociaciones o emitir declaraciones sobre la interpretación de cada uno de sus tratados vigentes para indicar si el reglamento sobre la transparencia sería aplicable o no.

45. En ese contexto se consideró importante indicar en el ámbito de aplicación el modo en que entraría en juego el reglamento sobre la transparencia. Se señaló que cuando el reglamento sobre la transparencia se aplicara conjuntamente con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, regiría el párrafo 2 del artículo 1 de ese Reglamento (revisado en 2010). Se sugirió insertar también en el reglamento sobre la transparencia una disposición similar al párrafo 2 del artículo 1 a fin de evitar que esos textos regularan de modo diferente la aplicación temporal. Si el reglamento sobre la transparencia adoptara la forma de un reglamento independiente se podría limitar la posibilidad de que fuera aplicable en el contexto de los tratados de inversiones vigentes. No obstante, se opinó que aun cuando el reglamento revistiera la forma de un texto independiente, los tribunales arbitrales podrían considerarlo parte integrante de la versión más actual del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y aplicarlo.

46. A fin de evitar que el reglamento sobre la transparencia se aplicara a los tratados vigentes sin el consentimiento expreso de las partes, se sugirió disponer que el reglamento sobre la transparencia no sería aplicable a menos que, después de la fecha de su entrada en vigor, las partes convinieran expresamente en que sí lo fuera.

*-Tratados de inversiones vigentes y futuros*

47. Se expresaron opiniones en sentido contrario, pues habida cuenta del número de tratados de inversiones ya concertados, el reglamento debería ser aplicable a los tratados vigentes, cuando esos tratados permitieran su aplicación.

48. Con respecto a la propuesta revisada se observó que el párrafo 1 no excluía una interpretación dinámica de la remisión al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI en los tratados vigentes, dado que únicamente aludía al acuerdo de las partes de aplicar el reglamento sobre la transparencia. No obstante, se estimó que el segundo párrafo de la propuesta revisada podría considerarse excluyente de esa interpretación dinámica al descartar la aplicación del reglamento sobre la transparencia cuando se hiciera referencia a una determinada versión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI que no incluyera el reglamento sobre la transparencia. Se comentó también que en el derecho internacional público estaban bien reconocidas las interpretaciones dinámicas, y se citó como ejemplo la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia sobre el caso de la plataforma continental del Mar del Norte. Además, se estimó que la admisión de esa interpretación dinámica era una decisión normativa, y que sería lamentable no permitirla, ya que promovería óptimamente el mandato del Grupo de Trabajo.

49. Frente a las reservas expresadas se argumentó que el derecho internacional público reconocía el consentimiento implícito, y se dieron los ejemplos de *forum prorogatum* respecto de la jurisdicción y del artículo 20 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969)<sup>7</sup>. Se respondió que esos ejemplos no se referían a la cuestión que estaba examinando el Grupo de Trabajo.

*-Ausencia de disposiciones que regulen los tratados de inversiones vigentes*

50. Se advirtió al Grupo de Trabajo de que no convenía establecer una regla de interpretación del ámbito de aplicación del reglamento sobre la transparencia en relación con los tratados ya existentes. Se sostuvo que esa cuestión se regularía mejor de los modos mencionados en los párrafos 15 a 23 del documento A/CN.9/WG.II/WP.166/Add.1. Se observó que toda disposición que figurara en el reglamento sobre la transparencia y que regulara su aplicación a los tratados existentes quedaría privada de efectos jurídicos, ya que se trataba de una cuestión de interpretación de tratados que dependía de los términos concretos de cada tratado.

51. Se opinó que el texto del reglamento sobre la transparencia debería regular únicamente los futuros tratados de inversiones, pero que nada de lo dispuesto en el texto debería interpretarse en el sentido de que se excluía la aplicación del reglamento sobre la transparencia a los tratados vigentes si las partes convenían en la aplicación del reglamento. Por consiguiente, se sugirió que esa cuestión no se tratara en el reglamento sobre la transparencia.

52. Se respondió que el Grupo de Trabajo tenía el mandato de establecer un ámbito de aplicación claro para evitar incertidumbres que generaran controversias sobre la interpretación. La determinación del ámbito de aplicación del reglamento sobre la transparencia debería hacerse de forma que no quedara ninguna ambigüedad, y se aclaró que el Grupo de Trabajo se esforzaba por establecer la regla

<sup>7</sup> Naciones Unidas, *Treaty Series*, vol. 1155, pág. 331.

de aplicación que tuviera la máxima aceptación, teniendo en cuenta las divergencias sobre los efectos que habría de tener el reglamento sobre la transparencia en los tratados ya existentes.

53. Se afirmó que al examinar esta cuestión era mejor evitar una redacción que sugiriera la posibilidad de los Estados de quedar obligados por una norma a menos que la excluyeran expresamente, ya que esto podría preocupar innecesariamente a los Estados y polarizar las deliberaciones.

***Observaciones generales sobre el párrafo 1 del artículo 1***

54. Tras deliberar, se señaló que muchas delegaciones se habían apartado de sus posturas iniciales con miras a encontrar una solución y se habían declarado dispuestas a seguir colaborando para llegar a una transacción. En ese contexto, se invitó al Grupo de Trabajo a que adoptara el siguiente criterio. Para los tratados de inversiones concertados después de la fecha en que el reglamento sobre la transparencia entraría en vigor (tratados futuros), toda remisión al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI incluiría una remisión al reglamento sobre la transparencia, a menos que los Estados Parte convinieran lo contrario, cosa que podrían hacer optando por una versión anterior del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (por ejemplo, el Reglamento de 2010). Para los tratados de inversiones ya existentes, el reglamento sobre la transparencia solo sería aplicable cuando las partes hubieran consentido expresamente en ello, y su redacción dejaría en claro que no podría haber ninguna interpretación dinámica de los tratados de inversiones existentes que permitiera aplicarles el reglamento sobre la transparencia.

55. Las delegaciones pasaron a examinar cuidadosamente la propuesta enunciada en el párrafo 54 *supra*, que se consideró que reflejaba la opinión mayoritaria. Se dijo que en el período de sesiones se habían expresado plenamente las opiniones sobre el ámbito de aplicación del reglamento sobre la transparencia, lo cual era una cuestión compleja con importantes consecuencias prácticas. Se señaló que las posiciones al respecto estaban polarizadas entre dos cuestiones: i) si era preferible la solución de adhesión o la de exclusión; y ii) si habría que dejar abierta la posibilidad de una interpretación dinámica de los tratados ya existentes; estas posiciones habían evolucionado hacia una transacción conforme a la cual las delegaciones que se oponían enérgicamente a la opinión mayoritaria harían concesiones a cambio de obtener su solución preferida respecto de otras cuestiones. Esta era la base para la propuesta del párrafo 54 *supra*.

56. Se reiteraron las siguientes opiniones divergentes: por una parte, se consideró que el párrafo 1 del artículo 1 debería dejar abierta la posibilidad de la aplicación judicial del reglamento sobre la transparencia a los tratados vigentes, o que nada de lo dispuesto en el reglamento debería prohibir esa aplicación y, por otra parte, que el criterio de inclusión era preferible, con el reglamento sobre la transparencia redactado en forma de texto independiente.

57. El Grupo de Trabajo encomendó a la Secretaría la preparación de una única versión revisada del párrafo 1 del artículo 1 que englobara la propuesta enunciada en el párrafo 54. Se invitó a las delegaciones que tenían problemas en aceptar la propuesta a que pensaran si podrían aceptar esa solución de transacción antes del próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo. Se observó también que algunas delegaciones habían expresado inquietud de que podría ser difícil excluir la

posibilidad de una interpretación dinámica (como se pretendía hacer) si el reglamento sobre la transparencia se presentaba en forma de apéndice del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Por ello se pidió a la Secretaría que hiciera un análisis de las repercusiones que tendría la presentación del reglamento sobre la transparencia en forma de apéndice del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, o como texto independiente.

58. Unas pocas delegaciones siguieron oponiéndose a combinar el reglamento sobre transparencia con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, e insistieron en que un reglamento independiente garantizaría a las partes un consentimiento consciente y explícito del reglamento. Esas delegaciones consideraron que con ello se evitaría que, mediante una interpretación dinámica, el reglamento sobre la transparencia fuera aplicable a los tratados de inversiones existentes sin el consentimiento expreso de las partes en el tratado. Unas pocas delegaciones reiteraron que la interpretación dinámica era jurídicamente admisible y que no estaban dispuestas a aceptar una “prohibición general” que impidiera la efectiva aplicación de las disposiciones en los arbitrajes derivados de tratados de inversiones que hubieran previsto beneficiar a las partes con las disposiciones más modernas del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, que en este caso serían las disposiciones sobre la transparencia.

59. Se aclaró que aquellas delegaciones que tuvieran dificultad en aceptar la propuesta enunciada en el párrafo 54 y que aún desearan proponer otra solución (ya fuera a favor de un criterio de adhesión o una interpretación dinámica) tendrían la posibilidad hacerlo en el próximo período de sesiones del Grupo de Trabajo sobre la base de las propuestas enunciadas en el párrafo 8 del documento A/CN.9/WG.II/WP.169. Se señaló que algunas delegaciones habían señalado la posibilidad de encontrar una redacción que permitiera a los Estados que desearan excluir toda posibilidad de interpretación dinámica de sus tratados tener certeza al respecto, pero manteniendo al mismo tiempo la posibilidad de que otros Estados adoptaran una interpretación dinámica. Se invitó a esas delegaciones a coordinar sus esfuerzos y a comunicar a la Secretaría sus propuestas de redacción al respecto para que las examinara el Grupo de Trabajo.

## **2. Párrafo 2 del artículo 1: Aplicación del reglamento sobre transparencia por las partes litigantes**

60. El Grupo de Trabajo examinó el párrafo 2 del artículo 1, enunciado en el párrafo 8 del documento A/CN.9/WG.II/WP.169, que prohíbe a las partes litigantes excluir el reglamento sobre la transparencia o apartarse de él una vez aprobado por las partes en el tratado de inversiones (A/CN.9/736, párrs. 32 a 36). Se recordó al Grupo de Trabajo que en los arbitrajes entablados entre un inversionista y un Estado en virtud de un tratado había dos niveles de relaciones jurídicas: el primer nivel era el de la relación jurídica entre las partes en el tratado y el segundo la relación jurídica entre las partes en un litigio, por ejemplo, el inversionista y el Estado.

### ***Párrafo 2 del artículo 1 enunciado en el párrafo 8 del documento A/CN.9/WG.II/WP.169***

61. Se explicó que la finalidad del párrafo 2 era prohibir a las partes litigantes que se apartaran de una oferta de arbitraje transparente por la razón de que no sería apropiado que las partes en litigio revocaran una decisión adoptada al respecto por

las partes en el tratado. Además, con el reglamento sobre la transparencia no se pretendía beneficiar únicamente al inversionista y al Estado anfitrión, sino también al público en general y, por lo tanto, no correspondía a las partes litigantes renunciar a disposiciones sobre la transparencia adoptadas por las partes en el tratado de inversión.

62. Se hicieron observaciones sobre la relación del párrafo 2 con las disposiciones de un tratado y con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

63. Se sugirió que se suprimiera el párrafo 2 por estimarse que era redundante, pues la cuestión de la que trataba ya solía estar regulada en los tratados de inversiones. Se respondió que cuando el reglamento sobre la transparencia se aplicara conjuntamente con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el párrafo 1 del artículo 1 de ese Reglamento sería aplicable y permitiría a las partes modificar cualquier disposición. Por consiguiente, era necesario señalar que las partes litigantes no podían alterar el reglamento sobre la transparencia, dado que su objetivo era regular la necesidad de proteger el interés público.

64. Otra de las propuestas presentadas fue la de insertar en el párrafo 2 la frase “a menos que el tratado disponga lo contrario”, a fin de aclarar que las disposiciones del tratado de inversiones prevalecerían en caso de conflicto, y que una de sus disposiciones podía dejar sin efecto la regla enunciada en el párrafo 2. Se puso en duda la necesidad de agregar esa frase.

65. Se cuestionó la aplicación del reglamento sobre la transparencia en relación con el párrafo 3 del artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010), en virtud del cual prevalecían las disposiciones obligatorias del derecho aplicable. También se cuestionó que pudiera obligarse a las partes litigantes a cumplir el reglamento sobre la transparencia cuando sus disposiciones fueran contrarias a la legislación aplicable. Se observó que uno de los posibles efectos sería que las partes eligieran como lugar de arbitraje una jurisdicción donde la legislación imperativa no favoreciera la transparencia.

66. En cuanto a la redacción, se señaló que el párrafo 2 trataba de las partes litigantes, pero no hacía referencia al tribunal arbitral. Se mencionó especialmente el párrafo 1 del artículo 17 del Reglamento de Arbitraje de 2010, en virtud del cual el tribunal arbitral podría dirigir el arbitraje del modo que considerara apropiado. Se sugirió que se aclarara si los tribunales arbitrales podrían apartarse del reglamento sobre la transparencia, o mitigar sus efectos, cuando ese reglamento se aplicara conjuntamente con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y, en caso afirmativo, hasta qué punto podrían hacerlo.

67. Se observó también que el párrafo 2 adolecía de cierta inflexibilidad, lo cual podría ser un inconveniente y restar eficacia al procedimiento arbitral. A este respecto se propuso que se autorizara al tribunal arbitral a modificar las reglas relativas a cuestiones prácticas, como el ajuste de un determinado plazo. En cuanto a la forma en que cabría autorizar al tribunal arbitral a hacer tales modificaciones, se propuso insertar esa regla en el párrafo 2 o bien adaptar en consecuencia cada una de las disposiciones del reglamento. Una delegación propuso que al final del párrafo 2 se agregara la siguiente frase: “A solicitud de [las partes litigantes] [una parte litigante], el tribunal arbitral podrá ejercer sus facultades discrecionales decidiendo no aplicar, o aplicar con modificaciones, determinadas disposiciones del presente Reglamento sobre la Transparencia cuando, a su entender, una aplicación



estricta entrañaría gastos excesivos en relación con la cuantía en litigio, o perturbaría o sobrecargaría el procedimiento arbitral, o causaría un perjuicio injusto a alguna de las partes litigantes”.

68. Una delegación comentó que tal vez habría que apartarse también del reglamento sobre la transparencia por otras razones, como el orden público. Así pues, no habría que limitar la facultad del tribunal arbitral para apartarse de lo dispuesto en el reglamento sobre la transparencia. Frente a este argumento, y para evitar que ese criterio amplio desvirtuara el reglamento sobre la transparencia, se sugirió proceder a la inversa y especificar las cuestiones en las que no estaría permitido apartarse del reglamento. Se manifestó la duda de que fuera factible especificar exhaustivamente todas las cuestiones en las que no estaría permitido apartarse del reglamento.

69. Se sugirió asimismo mantener el párrafo 2 y abordar si procedía apartarse del reglamento en el párrafo 3 del artículo 1, que daba orientaciones al tribunal arbitral sobre cómo debía ejercer el poder discrecional. Se respondió que para poder apartarse del reglamento sobre la transparencia habría que fijar un listón más alto que el consistente en ejercer facultades discrecionales cuando el reglamento lo permitiera. La finalidad del párrafo 3 del artículo 1 era determinar el modo en que el tribunal arbitral ejercería esas facultades discrecionales expresamente previstas en el reglamento, lo cual se consideraba un asunto distinto de la enumeración de las condiciones para apartarse de él.

70. Otra delegación propuso que fueran las partes litigantes y no el tribunal arbitral quienes pudieran apartarse del reglamento, siempre que todas ellas estuvieran de acuerdo. A este respecto se expresó la opinión de que la función del tribunal arbitral era dirimir las controversias entre las partes litigantes. Según esta opinión, el tribunal arbitral no tenía ninguna función si no existían controversias entre las partes, por ejemplo si ambas estaban de acuerdo en modificar el reglamento sobre la transparencia o apartarse de él. Conforme a esa propuesta, podría suprimirse el párrafo 2.

71. Se sugirió que, en vez de prever el poder discrecional para que el tribunal arbitral pudiera apartarse del reglamento sobre la transparencia, habría que conferir al tribunal arbitral discrecionalidad para adaptar las disposiciones del reglamento a las necesidades concretas de cada caso.

72. Se expresó la opinión de que las propuestas encaminadas a permitir apartarse del reglamento entrañaban el riesgo de que se desvirtuaran sus disposiciones al prever oportunidades para hacer excepciones. Se sostuvo que, si bien podría ser aconsejable dotar al tribunal de la facultad, por ejemplo, de ajustar plazos cuando fuera necesario, el hecho de conferirle una discrecionalidad amplia para alterar el reglamento no redundaría en beneficio de la transparencia.

73. A raíz de las deliberaciones se consideró que cabría mantener el párrafo 2 del artículo 1 en su forma actual agregando al texto palabras que lo dotaran de cierta flexibilidad, sobre la base del principio de que esa disposición no permitiría excepciones al reglamento, pero sí adaptaciones hechas por el tribunal arbitral en circunstancias que aún debería analizar el Grupo de Trabajo.

***Proyecto de propuesta revisada del párrafo 2 del artículo 1***

74. En ese contexto, se propuso revisar el párrafo 2 del artículo 1 del modo siguiente: “En todo arbitraje en que sea aplicable el presente Reglamento sobre la Transparencia de conformidad con un tratado o con un acuerdo concertado por las Partes en ese tratado, a) las partes litigantes no podrán apartarse de ese reglamento mediante acuerdo o del modo que fuere, a menos que el tratado se lo permita; b) el tribunal arbitral, al margen de las facultades discrecionales que le confieren algunas disposiciones del presente reglamento sobre la transparencia, estará facultado para adaptar los requisitos de cualquier disposición concreta del presente Reglamento a las circunstancias del caso si ello resulta necesario para lograr en la práctica el objetivo de la transparencia del Reglamento”. El Grupo de Trabajo examinó el proyecto de propuesta de revisión del párrafo 2 del artículo 1.

***Palabras introductorias***

75. Ante la pregunta de si eran necesarias las palabras “de conformidad con un tratado o con un acuerdo concertado por las Partes en ese tratado”, enunciadas en las palabras introductorias del proyecto de propuesta revisada de párrafo 2 del artículo 1, se explicó que el Reglamento podría entrar en juego en el contexto de un arbitraje entablado, en virtud de un tratado, entre inversionistas y un Estado, y también en el contexto del arbitraje comercial. Se consideró necesario aclarar que las partes litigantes no deberían tener derecho a apartarse del reglamento únicamente en el contexto de los arbitrajes entablados entre inversionistas y un Estado en el marco de un tratado.

76. Se observó que la referencia, en las palabras introductorias, a la aplicación del reglamento sobre la transparencia de conformidad con un “acuerdo concertado por las partes en [el] tratado” era redundante y debía suprimirse. Se explicó que esa referencia se había incluido en el texto para englobar los acuerdos que celebraran subsiguientemente las partes en un tratado de inversiones para aplicar el reglamento sobre la transparencia a las controversias dimanantes de un tratado. Además, ante la opinión de que un acuerdo subsiguiente constituiría una modificación del tratado, al ser parte de él, y que la referencia era innecesaria, se dijo que en el apartado a) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados se hacía una distinción entre un tratado y un acuerdo subsiguiente respecto de la interpretación del tratado. Por consiguiente, se sugirió mantener esas palabras introductorias.

***Apartado a)***

77. Se comentó que el apartado a) del proyecto de propuesta revisada del párrafo 2 del artículo 1 permitía apartarse del reglamento sobre la transparencia únicamente si lo permitía el tratado de inversión. En aras de la coherencia con el apartado b) se sugirió agregar, al final del apartado a), las palabras “o si el tribunal arbitral lo aprueba”. Se observó que si en el apartado a) se omitían esas palabras, habría que aclarar en el apartado b) que las partes litigantes tenían derecho a apartarse del reglamento sobre la transparencia si lo autorizaba el tribunal arbitral. A fin de resolver este problema, se sugirió indicar en el apartado b) que el tribunal arbitral debería tener la facultad de adaptar el reglamento, ya fuera por iniciativa propia o a petición de las partes.

*Apartado b)*

78. Respecto del apartado b) del proyecto de propuesta revisada del párrafo 2 del artículo 1 se sugirió puntualizar que correspondía al tribunal arbitral asegurar la aplicación del reglamento sobre la transparencia. Con ese fin se sugirió agregar, al principio del apartado b), palabras del siguiente tenor: “El tribunal arbitral asegurará la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia. Al hacerlo,”. Esa propuesta obtuvo un amplio apoyo. En cuanto a la redacción, se sugirió que en el apartado b) se hiciera referencia a los objetivos de transparencia enunciados en el reglamento. La sugerencia recibió apoyo.

79. Se formuló otra propuesta para incluir en el texto palabras similares a las que figuraban en el párrafo 3 del artículo 1 del reglamento sobre la transparencia, a fin de indicar que el tribunal arbitral debería ejercer su discrecionalidad para adaptar el reglamento con miras a asegurar una solución justa y eficaz de la controversia. Esta propuesta no obtuvo apoyo.

80. Algunas delegaciones estuvieron en contra de que se incluyera en el texto una disposición sobre el carácter obligatorio del reglamento y propusieron que se suprimiera el párrafo 2, dado que las normas del reglamento sobre la transparencia eran normas procesales y, en cuanto tales, concordantes con los principios del arbitraje establecidos, por lo que debía permitirse a las partes apartarse de ellas sin autorización alguna del tribunal arbitral. Una delegación sostuvo que sería contraproducente no prever la posibilidad de que las partes litigantes pudieran solicitar al tribunal arbitral que adaptara las normas sobre la transparencia, y que el tribunal no podía rechazar esa solicitud.

81. Tras deliberar, se consideró que la propuesta enunciada en el párrafo 74 era aceptable, con las modificaciones propuestas en el párrafo 78, mientras que algunas delegaciones mantuvieron su posición a favor de la supresión del párrafo 2 o se reservaron su posición hasta que se hubieran analizado todas las cuestiones sustantivas del reglamento.

### **3. Párrafo 3 del artículo 1: Discrecionalidad del tribunal arbitral**

82. El Grupo de Trabajo examinó el párrafo 3 del artículo 1, enunciado en el párrafo 8 del documento A/CN.9/WG.II/WP.169, que preveía que el tribunal arbitral podría ejercer discreción cuando lo permitiera el reglamento, teniendo en cuenta la necesidad de equilibrar: a) el interés público en la transparencia de los arbitrajes entre inversionistas y un Estado entablados en el marco de un tratado de inversiones y del proceso arbitral en particular, y b) el interés de las partes litigantes en que la controversia se resuelva de manera justa y eficaz (A/CN.9/736, párrs. 38 a 40).

83. No obtuvo apoyo la propuesta de insertar en el apartado a) una referencia concreta al derecho a la información, uno de los derechos humanos.

84. Se hicieron varias propuestas de redacción. Se sugirió suprimir la coma después de las palabras “ejercerá tales facultades”. Se formularon diversas propuestas para sustituir las palabras iniciales del párrafo 3 por uno de los siguientes textos: “Cuando el Reglamento sobre la Transparencia establezca que el tribunal arbitral tendrá facultades discrecionales, en el ejercicio de tales facultades se tendrá en cuenta”; “Cuando el Reglamento sobre la Transparencia establezca que el tribunal arbitral tendrá facultades discrecionales, el tribunal arbitral, al ejercer

esas facultades, tendrá en cuenta”, o “Al ejercer las facultades discrecionales que le confiere el presente Reglamento, el tribunal arbitral tendrá en cuenta”.

85. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo aprobó el contenido del párrafo 3 y pidió a la Secretaría que preparara un proyecto revisado de ese párrafo teniendo en cuenta las propuestas antes mencionadas.

#### **4. Párrafo 4 del artículo 1: Relación entre el reglamento sobre la transparencia y las disposiciones relativas a la transparencia que figuren en el tratado de inversiones**

86. El párrafo 4 del artículo 1, tal como figuraba en el párrafo 8 del documento A/CN.9/WG.II/WP.169, aclaraba que el reglamento no prevalecería sobre una disposición del tratado de inversiones pertinente que exigiera un mayor nivel de transparencia (A/CN.9/736, párr. 31).

87. Se formuló el interrogante de cómo se evaluaría el nivel de transparencia para determinar cuál de las disposiciones del tratado o del reglamento sobre la transparencia sería aplicable, conforme a lo dispuesto en el párrafo 4. Se propuso que, en vez de prever una evaluación del nivel de transparencia, ese párrafo regulara la prevalencia de las disposiciones del tratado en caso de conflicto con el reglamento sobre la transparencia. A favor de esa propuesta se argumentó que se había adoptado un enfoque similar en el párrafo 3 del artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 (o en el párrafo 2 del artículo 1 de la versión de 1976 de ese Reglamento). Se aclaró que, conforme a esa propuesta, si el tratado de inversiones preveía un régimen de transparencia menos favorable que el reglamento sobre la transparencia siempre prevalecerían las disposiciones del tratado.

88. En ese contexto se formularon diversas propuestas de redacción. Concretamente se sugirió incluir en el texto una disposición que dijera: “En caso de conflicto entre una disposición del tratado y el Reglamento, primará la disposición del tratado”. Se propuso asimismo un texto que dijera: “En la medida en que el fondo de la cuestión se regule en el tratado, prevalecerá el tratado”. Siguiendo el mismo criterio también se propuso que el texto del párrafo 4 dijera lo siguiente: “Las disposiciones sobre la transparencia que contenga el tratado prevalecerán, en caso de conflicto, sobre cualquier otra disposición”.

89. En las deliberaciones prevaleció la opinión de que, independientemente del nivel de transparencia, en caso de conflicto entre el reglamento sobre la transparencia y las disposiciones del tratado que regule la misma cuestión de fondo, primarán las disposiciones del tratado. No obstante, faltaba decidir si era necesario incluir en el reglamento una disposición que tratara de esa cuestión, ya que al ser un problema de interpretación de los tratados, no debía necesariamente regularse en un reglamento. A este respecto se expresaron opiniones divergentes.

90. Se apoyó la inserción en el texto de una disposición del tenor de las propuestas enunciadas en el párrafo 88 a fin de dar claridad no solo al tribunal arbitral sino también a las partes. Además, se destacó que no era una cuestión de interpretación de los tratados sino de determinación del procedimiento aplicable.

91. Sin embargo, se señaló que el párrafo 4 del artículo 1 del reglamento sobre la transparencia tenía la finalidad de enunciar una regla de interpretación, y se señalaron al Grupo de Trabajo las dificultades que entrañaba esa cuestión. Se puso

en tela de juicio la analogía que se había hecho con el párrafo 3 del artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010), pues esa disposición regulaba el supuesto de conflicto entre el Reglamento y la legislación de aplicación obligatoria, mientras que el párrafo 4 del artículo 1 del reglamento sobre la transparencia abordaba la relación entre las disposiciones de ese reglamento, según fueran citadas en un tratado, y las demás disposiciones de dicho tratado. Esa relación era una cuestión de interpretación regulada por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). La interpretación correspondería al tribunal arbitral que aplicara las disposiciones del tratado y del reglamento sobre la transparencia.

92. Se expresaron opiniones divergentes acerca de si las disposiciones del tratado elaboradas por las partes, por un lado, y el reglamento sobre la transparencia que se incorporaría al tratado por remisión, por otro, se interpretarían del mismo modo. Según una opinión, sería inexacto considerar que las normas sobre transparencia quedarían incorporadas por remisión en un tratado. También hubo discrepancias acerca de si esas cuestiones eran de carácter normativo o si eran más bien cuestiones técnicas de derecho y de interpretación de tratados.

93. Se observó que existían distintos criterios para la interpretación de los tratados, y que no sería apropiado intentar establecer una regla de interpretación en el reglamento sobre la transparencia.

94. Tras deliberar, el Grupo de Trabajo convino en suprimir el párrafo 4 del artículo 1.

## **5. Párrafo 5 del artículo 1: Relación entre el reglamento sobre la transparencia y el reglamento de arbitraje aplicable**

95. El Grupo de Trabajo examinó el párrafo 5 del artículo 1, enunciado en el párrafo 8 del documento A/CN.9/WG.II/WP.169, que regulaba la relación entre el reglamento sobre la transparencia y el reglamento de arbitraje.

96. Se sugirió que al final del párrafo 5 se agregara una disposición similar a la del párrafo 3 del artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 a fin de aclarar que, en caso de conflicto entre el reglamento sobre la transparencia y la ley aplicable al arbitraje de la que las partes no pudieran apartarse, debería prevalecer esa disposición. Esta propuesta obtuvo apoyo.

97. Tras las deliberaciones se observó que una gran mayoría de delegaciones era partidaria del párrafo 5 del artículo 1, enunciado en el párrafo 8 del documento A/CN.9/WG.II/WP.169, complementado por una disposición del tenor de la que figuraba en el párrafo 3 del artículo 1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 (véase el párrafo 96 *supra*). Varias delegaciones reservaron su opinión sobre el párrafo 5, pues estimaron que esa disposición debería analizarse más a fondo teniendo en cuenta el ámbito de aplicación del reglamento.

## **6. Notas del artículo 1**

### *-“arbitrajes entre inversionistas y un Estado”*

98. El Grupo de Trabajo examinó la primera nota correspondiente al artículo 1, que tenía por objeto aclarar que el reglamento sobre la transparencia sería únicamente aplicable a la solución de controversias dimanadas de tratados de

inversiones concertados entre un inversionista y una parte en el tratado, y no a la solución de controversias entre partes en el tratado (A/CN.9/736, párr. 37).

99. Se observó que la referencia que se hacía en la nota a “una o más partes” era inhabitual. Se respondió que esas palabras tenían por objeto regular los tratados multilaterales, por lo que deberían mantenerse en el texto.

100. Se propuso suprimir la primera nota, ya que de las disposiciones del artículo 1 se desprendía claramente que el arbitraje entre inversionistas y un Estado se entablaría “en el marco de un tratado”, el cual se definía en la segunda nota. Esa propuesta fue adoptada por el Grupo de Trabajo.

*- “tratado que establezca la protección de las inversiones o de los inversionistas”*

101. La segunda nota referente al artículo 1 tenía la finalidad de aclarar que la idea de que el reglamento sobre la transparencia sería aplicable a los tratados de inversiones debería interpretarse en sentido amplio.

102. En cuanto a la redacción, se propuso suprimir el término “intergubernamentales” después de las palabras “u organizaciones”. Además, se propuso que en la nota se aludiera a la “protección de las inversiones y los inversionistas” de forma coherente. La segunda nota fue adoptada por el Grupo de Trabajo con las modificaciones propuestas.

## **7. Artículo 2: Publicación de información tras el inicio de las actuaciones arbitrales**

103. El Grupo de Trabajo examinó el artículo 2, enunciado en el párrafo 25 del documento A/CN.9/WG.II/WP.169, referente a la publicación de información en una fase inicial del procedimiento arbitral, antes de la constitución del tribunal arbitral. El artículo 2 contenía dos opciones. En virtud de la opción 1, la información general sería transmitida al público, y la publicación de la notificación de arbitraje (y de su contestación) se regularía en el artículo 3, después de la constitución del tribunal arbitral. La opción 2 preveía un procedimiento para la publicación de la notificación de arbitraje y de su contestación antes de la constitución del tribunal arbitral.

104. El Grupo de Trabajo examinó también una propuesta de enmienda de la opción 2, cuyo texto era el siguiente: “1. Una vez que el demandado haya recibido la notificación del arbitraje, las partes litigantes comunicarán sin demora al archivo mencionado en el artículo 9 una copia de la notificación del arbitraje. Tras recibir la notificación de una de las partes litigantes, el archivo procederá sin demora a poner a disposición del público la información relativa al nombre de las partes litigantes, el sector económico afectado y el tratado en virtud del cual se formula la reclamación. 2. Dentro de los [45] días a partir de que el demandado haya recibido la notificación del arbitraje, cada parte litigante indicará al archivo mencionado en el artículo 9 los fragmentos de la notificación del arbitraje que, a su juicio, constituyen información [de carácter confidencial o delicado] [protegida], según se define en el párrafo 2 del artículo 8. [El archivo mencionado en el artículo 9 procederá oportunamente a poner a disposición del público los fragmentos de la notificación del arbitraje que ninguna de las partes litigantes consideren que entran en las categorías de información indicadas en la frase anterior.] 3. En el plazo de [45] días después de que el demandante haya recibido la respuesta a la notificación de arbitraje, cada parte litigante indicará al archivo mencionado en el artículo 9 los

fragmentos de la respuesta a la notificación del arbitraje que, a su juicio, constituyen información [de carácter confidencial o delicado] [protegida], según se define en el artículo 8, párrafo 2. [El archivo mencionado en el artículo 9 procederá entonces oportunamente a poner a disposición del público los fragmentos de la respuesta a la notificación del arbitraje que ninguna de las partes litigantes considere que entran en las categorías de información indicadas en la frase anterior.] [O como variante de la última frase entre corchetes de los párrafos 2) y 3): El archivo mencionado en el artículo 9 pondrá a disposición del público simultáneamente los fragmentos de la notificación del arbitraje y de la respuesta a la notificación que, a juicio de las partes litigantes, no constituyan información [de carácter confidencial o delicado] [protegida], según se define en el artículo 8, párrafo 2.] 4. El tribunal, una vez constituido, dirimirá toda controversia sobre el alcance de la información no puesta a disposición del público conforme a los párrafos 2 y 3. Si el tribunal resuelve que alguna parte de ese material no constituye información [de carácter confidencial o delicado] [protegida], según se define en el artículo 8, párrafo 2, el tribunal comunicará ese material al archivo mencionado en el artículo 9, que lo pondrá a disposición del público”.

105. La propuesta enunciada en el párrafo 104 obtuvo apoyo, ya que en ella se aclaraba que el tribunal arbitral dirimiría cualquier controversia relativa a la publicación de la notificación de arbitraje y la correspondiente respuesta, y también porque preveía un procedimiento para que las partes pudieran expurgar la información. Se sugirió que en esa opción se aclarara que la publicación de la notificación de arbitraje y la correspondiente respuesta deberían efectuarse simultáneamente. Además, se dijo que el párrafo 4 de la propuesta preveía una protección jurídica adecuada de las instituciones que desempeñarían las funciones de archivo.

106. No obstante, se expresaron diversas reservas sobre la opción 2. Se opinó que el plazo previsto para la publicación de la notificación del arbitraje y de la correspondiente respuesta era demasiado breve. Se señaló que la publicación en una etapa inicial del procedimiento podría ser un obstáculo para la solución de la controversia. Se respondió que la inserción de una disposición similar en tratados de inversiones no había causado dificultades.

107. Se preguntó cómo se resolvería la situación cuando el demandante enviara una notificación de arbitraje al archivo antes de que comenzaran las actuaciones arbitrales, es decir, antes de que el demandado recibiera la notificación del arbitraje. El Grupo de Trabajo convino en ocuparse de esta cuestión.

108. La mayoría de las delegaciones se declaró partidaria de la opción 1, que dejaba en manos del tribunal arbitral la cuestión de la publicación de la notificación de arbitraje y de la correspondiente respuesta.

109. Tras deliberar, las delegaciones que durante tiempo habían estado a favor de la opción 2 accedieron, con ánimo de avenencia, a la opción 1. El Grupo de Trabajo adoptó la opción 1 con los cambios de redacción que se indican a continuación. Debería aclararse en el texto de la opción 1 que todas las partes litigantes estarían obligadas a enviar la notificación de arbitraje al archivo. El archivo publicaría la información una vez que recibiera de cualquiera de las partes la notificación del arbitraje. El archivo publicaría los nombres de las partes litigantes, así como la

información relativa al sector económico afectado y el tratado en virtud del cual se hubiese formulado la reclamación.

110. En cuanto a la redacción se sugirió armonizar en general los términos empleados en el reglamento respecto de la publicación de información o de documentos ya que, por ejemplo, unas veces se decía “publicar” y otras, “poner a disposición del público”. El Grupo de Trabajo pidió a la Secretaría que examinara si se había querido dar un significado distinto a los diversos términos empleados sobre la publicación y que estudiara la forma de lograr un enfoque coherente.

## **8. Artículo 3: Publicación de documentos**

111. El Grupo de Trabajo examinó el artículo 3, enunciado en el párrafo 29 del documento A/CN.9/WG.II/WP.169, en el que se recogía una propuesta formulada en su 55º período de sesiones de que en las disposiciones sobre publicación de documentos se incluyera: i) una lista de los documentos que debían ponerse a disposición del público; ii) la facultad discrecional del tribunal arbitral de ordenar la publicación de documentos adicionales; y iii) el derecho de terceros de solicitar acceso a los documentos adicionales (A/CN.9/736, párrs. 54 a 66). Se consideró que una disposición de este tipo establecería un correcto equilibrio entre los documentos que debían publicarse y el ejercicio por el tribunal arbitral de su discrecionalidad en la tramitación del proceso (A/CN.9/736, párr. 58).

112. Se propuso suprimir la referencia a “las pruebas” y a “una lista de todas las pruebas” de la lista de los documentos que deberían ponerse a disposición del público, ya que eso sería demasiado voluminoso, además de agregar una carga innecesaria en la medida en que en el segundo caso se podría requerir que una parte redactara la lista de todos los documentos. En favor de la supresión se alegó que la publicación de las pruebas y el posible requisito de elaborar la lista de las pruebas sería una carga demasiado onerosa. Pero, aun reconociendo una cierta carga suplementaria, se expresó preferencia por la retención de las pruebas en el párrafo 1 del artículo 3, ya que esa publicidad obraba en interés de la transparencia.

113. Se señaló que las primeras palabras de los párrafos 1 a 3 del artículo 3 se referían a las excepciones establecidas en el artículo 8 y que, a su vez, el párrafo 1 del artículo 8 afirmaba que se aplicaba a los artículos 2 a 7. Se señaló que esa repetición era redundante, y se sugirió suprimir en esos artículos la mención del artículo 8. Se alegó que esa mención, aunque repetitiva, podría resultar preferible, ya que aportaba claridad.

114. También se sugirió prever la publicación simultánea de la notificación del arbitraje y de la correspondiente respuesta.

115. También se sugirió que debería preverse más flexibilidad con respecto a la publicación de documentos en el artículo 3, ya que el párrafo 1 de ese artículo disponía la publicación automática, mientras que el párrafo 2 permitía que el tribunal arbitral ordenase, de oficio o a solicitud de las partes litigantes, la publicación de cualquier otro documento. Habida cuenta de lo anterior, se propuso suprimir del párrafo 1 del artículo 3 la referencia a “toda otra declaración o presentación por escrito”, “las pruebas” y “las providencias y decisiones del tribunal arbitral”.



116. Por falta de tiempo, el Grupo de Trabajo no pudo concluir el examen del artículo 3, y se acordó que las deliberaciones al respecto continuarían en un futuro período de sesiones del Grupo de Trabajo.

---