

**International Investment Law in
Latin America/
Derecho Internacional de las
Inversiones en América Latina**

*Problems and Prospects/
Problemas y Perspectivas*

Edited by/Editado por

Attila Tanzi, Alessandra Asteriti,
Rodrigo Polanco Lazo and Paolo Turrini



BRILL
NIJHOFF

LEIDEN | BOSTON

Table of Contents/Tabla de Contenidos

Preface/Prefacio XI

Raúl E. Vinuesa

Notes on Contributors XVII

Introduction/Introducción 1

Attila Tanzi, Alessandra Asteriti, Rodrigo Polanco Lazo and Paolo Turrini

SECTION I/SECCIÓN I

General Perspectives

Perspectivas generales

- 1 International Investment Law and Public Comparative Law in a Latin American Perspective/Derecho internacional de inversiones y derecho público comparado en una perspectiva latino-americana 23

Stephan W. Schill

- 2 Two Worlds Apart: The Changing Features of International Investment Agreements in Latin America/Dos mundos aparte: las cambiantes características de los tratados internacionales de inversión en América Latina 68

Rodrigo Polanco Lazo

- 3 Investment Arbitration in Latin America: From Hostility to the Quest for New Alternatives/Arbitraje de inversiones en América Latina: de la hostilidad a la búsqueda de nuevas alternativas 98

Carlos Bellei Tagle

- 4 International Investment Disputes in South America: Rethinking Legitimacy in the Context of Global Pluralism/Las controversias sobre las inversiones internacionales en Sudamérica: repensar la legitimidad en el contexto de pluralismo global 130

José Gustavo Prieto Muñoz

SECTION II/SECCIÓN II

*Procedural Aspects**Aspectos procedimentales*

- 5 Dispute Settlement Clauses in International Investment Treaties and Free Trade Agreements Concluded by Latin American Countries/
Cláusulas de solución de controversias en los tratados internacionales de inversión y acuerdos de libre comercio celebrados por los países de América Latina 159
Federica Cristani
- 6 Inter-State Arbitration, or Adjudication, and Foreign Investment in the Recent Latin American Experience/Arbitrajes y adjudicaciones inter-estatales de inversión extranjeras en la reciente experiencia latinoamericana 207
Enrico Milano and José Gustavo Prieto Muñoz
- 7 Annulment Proceedings in Cases Involving Latin American Countries/
Procesos de anulación en casos relacionados a países latinoamericanos 229
Ximena Fuentes and Johanna Klein Kranenberg
- 8 Transparency as a Paradigm of Investment Law Arbitration/
La transparencia como paradigma del arbitraje de inversiones 244
Diego P. Fernández Arroyo

SECTION III/SECCIÓN III

*Substantive Issues**Cuestiones de fondo*

- 9 The Contribution to Economic Development as a Requisite of the Definition of Investment: The Latin American Experience/
La contribución al desarrollo del Estado receptor como requisito de la noción de inversión: la experiencia de los países latinoamericanos 275
Francisco Javier Leturia

- 10 Breaches of State Contracts in the Interpretation and Application of International Investment Law in the Arbitration Case Law Involving Latin American Countries/Incumplimiento de contratos estatales en la interpretación y aplicación del derecho internacional de inversiones en la jurisprudencia de arbitraje en América Latina 303
Attila Tanzi and Lorenza Mola
- 11 Practice and Interpretation of ‘Umbrella Clauses’ in the Latin American Experience/Práctica e interpretación de ‘cláusulas paraguas’ en la experiencia latinoamericana 341
Tarcisio Gazzini and Yannick Radi
- 12 International Investment Arbitration and Serious Economic Crises: Lessons Learned in the Argentinean Crisis of 2000–2001/Arbitrajes internacionales de inversión y crisis económicas graves: lecciones aprendidas en la crisis argentina de 2000–2001 370
Lorenza Mola
- 13 Expropriatory Taxation in the Latin American Experience/Impuestos expropiatorios en la experiencia latinoamericana 400
Abba Kolo

SECTION IV/SECCIÓN IV

*Regional and National Perspectives
Perspectivas regionales y nacionales*

- 14 Foreign Direct Investment and Development in the Pacific Alliance/Inversión extranjera directa y desarrollo en la Alianza del Pacífico 437
María Antonia Correa Serrano
- 15 Regional Investment Treaty Arrangements in the Caribbean: Developments and Implications/Acuerdos regionales de inversión en el Caribe: evolución y implicaciones 468
Chantal Ononaiwu

- 16 **On the Possible (Re-)Negotiation of BITs by the European Union and Its Potential Impact on Latin America/Sobre la posible (re)-negociación de los TBIs por la Unión Europea y su impacto potencial en América Latina** 497
Fabrizio Marrella and Sara De Vido
- 17 **The ‘Cases’ between Chevron and Ecuador: A Systemic Perspective/ Los ‘casos’ entre Chevron y Ecuador: una perspectiva sistémica** 524
Valeria Poppa
- 18 **The Participation of Latin American States and Public Entities in the International Chamber of Commerce Arbitration: Ten Years of Experience/La participación de Estados y entidades públicas latinoamericanas en el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional: diez años de experiencia** 542
José Ricardo Feris and Anna Serra e Moura
- 19 **Cause and Coincidence: The Renaissance of the Permanent Court of Arbitration in Latin America in the Field of Foreign Investment/ Causas y azares: el renacimiento de la Corte Permanente de Arbitraje en América Latina en el campo de las inversiones extranjeras** 573
Martín Doe Rodríguez and José Luis Aragón Cardiel
- 20 **The Argentinian Bonds Saga: An International Investment Law Perspective/La saga sobre los bonos argentinos: la perspectiva del derecho internacional de inversiones** 605
Andrea Carlevaris and Rocío Digón
- 21 **Implementation of the Law on Foreign Investment in Mexico: A Review from the Standpoint of the Sociology of Law/Aplicación de la Ley de Inversión Extranjera en México: una revisión desde la sociología del derecho** 637
Brendreff Desilus and Wendy Marilú Sánchez Casanova
- 22 **The Secret of Peru’s Success before the ICSID: Dispelling the Idea that the Investor-State Dispute Settlement System is a Danger for Developing Countries/El secreto del éxito del Perú en el CIADI: destruyendo el paradigma de que el sistema de solución de diferencias inversionista-Estado es peligroso para los países en desarrollo** 654
Víctor Saco

SECTION V/SECCIÓN V

*International Investment Law and Other Bodies of Law in Latin America**Derecho internacional de las inversiones y otras ramas del derecho en América Latina*

- 23 Combining the Rights of Foreign Investors and Human Rights: Why? How? Who? When?/Compatibilizando derechos de los inversores extranjeros y derechos humanos: ¿Por qué? ¿Cómo? ¿Quién? ¿Cuándo? 673
Juan Pablo Bohoslavsky and Juan Bautista Justo
- 24 Foreign Investment, Indigenous Peoples and Sustainable Development: The Inter-American Court of Human Rights Case-law/ Inversiones extranjeras, pueblos indígenas y desarrollo sostenible: la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 711
Claudia Cinelli
- 25 Increasing Foreign Private Investment in the Latin American and Caribbean Region through the Multilateral Investment Fund/ Aumentando la inversión extranjera privada en Latinoamérica y el Caribe a través del Fondo Multilateral de Inversiones 745
Francesco Seatzu
- 26 Argentina and Trade in Biofuels: Development and Sustainability Issues and Their Impact on Foreign Investment/Argentina y comercio de biocombustibles: cuestiones de desarrollo y sostenibilidad y su impacto sobre las inversiones extranjeras 763
Elisa Ruoizzi
- 27 The Dependence on Foreign Investment as a Potential Barrier for a Sound Environmental Taxation/La dependencia de las inversiones extranjeras como barrera potencial a la introducción de una reglamentación fiscal ambiental adecuada 794
María Amparo Grau Ruiz and Jacques Malherbe

Conclusion
Conclusiones

- 28 **Concluding Observations: The Laws and the Judge of Foreign Investment/Conclusiones: la ley y el juez de la inversión extranjera** 823
Jorge E. Viñuales

Appendix

- International Investment Agreements Concluded by Latin American Countries** 837
Federica Cristani and Rodrigo Polanco Lazo
- Index** 863

La transparencia como paradigma del arbitraje de inversiones

Diego P. Fernández Arroyo

Transparency as a Paradigm of Investment Law Arbitration (abstract)

Arbitrations between private investors and States have increased and evolved in a way that would have been completely unexpected just a few decades ago. It is so much so, that in this lapse of time a considerable number of theoretical debates and influential arbitrations have been respectively inspired on investment arbitrations, starting especially from the numerous investment protection treaties and free trade agreements that include arbitration as a dispute settlement mechanism. Many of these arbitrations notoriously take place within the institutional umbrella of the International Centre for Settlement of Investment Disputes ('ICSID'). However, a considerable number of arbitrations still follow the rules set by the United Nations Commission on International Trade Law ('UNCITRAL') or by other institutions that deal exclusively with commercial arbitration.

Among the numerous differences between the respective arbitration rules, the most significant ones, with regard to investment law, concern transparency. Hence, although the ICSID Rules and several free trade agreements have introduced, with different degrees of clarity and effectiveness, some transparency in the proceedings, this form of dispute settlement, which is essentially designed for the resolution of purely private disputes, potentially allows a confidential setting. However, beyond any relevance of the debate on the applicability of transparency to all forms of arbitration, the focus of this contribution is on the necessity, desirability and feasibility of transparency rules in the specific framework of investment arbitrations. The context of the analysis is the tension between the public interest and investments, directly or indirectly resulting from the fact that private investors frequently operate in the provision of essential public services, the development of major infrastructures or the exploitation of natural and/or strategic resources. While the problems resulting from these conflicts require political considerations, there are nonetheless legal aspects to be taken into account, especially with regard to international law and the more technical aspects of arbitration proceedings. The respective role of these elements can be deduced from the debate that has been carried on by the UNCITRAL Arbitration and Conciliation Working Group since

2006, aiming to draft transparency rules for investor-States arbitration, which form the background to this contribution. Therefore, the greatest challenge is to assess the possibility of a regulation in which transparency is not conceived as an advantage for one of the parties to the investment arbitration (be it the State or the investor), avoiding at all costs that the rules adopted towards transparency of the proceedings turn out to be inefficient, costly or impracticable.

Surprisingly, fewer problems arise with regards to the actual content of any future text on the subject, without prejudice to the different opinions that can be held with regard to the necessity, appropriateness and even the opportunity of drafting such a text. Thus, it has not been difficult to reach a consensus on the different aspects that will need to be covered in an instrument containing the required standards of transparency in investor-State arbitration: public registration of the proceedings; disclosure of the submissions of parties' submissions; participation of *amici curiae*; publicity of the proceedings and of the award; exceptions to the duty of transparency; and the issues related to the treatment of publicly available information.

Clearly, despite the starting general consensus, these issues can be tackled in various ways, which are susceptible to provoke opposing opinions, both on the underlying policy and on the specific technical tools. Henceforth, the definition of the actual shape and material scope of this future instrument is turning out to be even more challenging. This Chapter will consider specifically the different viewpoints on this issue within Latin America.

I Introducción

1. El arbitraje de las controversias entre inversores y Estados ha experimentado un desarrollo y una metamorfosis imposibles de prever unas décadas atrás. Tanto es así que una parte nada desdeñable de la discusión teórica y una porción de singular repercusión de la práctica del arbitraje internacional de las últimas dos décadas se centra en el arbitraje de inversiones, a partir sobre todo del aluvión de litigios originados en el marco de los numerosísimos tratados de protección de inversiones, tratados de libre comercio y otros instrumentos que incluyen el arbitraje como mecanismo para la solución de dichos conflictos. Es sabido que muchos de esos arbitrajes se sustancian en el ámbito del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Sin embargo, el número de arbitrajes que se someten al Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) o, incluso, a instituciones arbitrales habitualmente ligadas al arbitraje puramente comercial, es muy considerable. Aunque las reglas aplicables en los diversos ámbitos institucionales y en el arbitraje *ad hoc* tienen muchos elementos en

común, también existen disparidades. Entre todas las disparidades que presentan las diferentes reglas aplicables, las más significativas en el ámbito del arbitraje de inversiones son las que se vinculan, de alguna u otra manera, con la transparencia, entendida como la condición que permite al público en general acceder a la información de los datos relativos a los procedimientos arbitrales y, bajo determinadas condiciones, a algunas personas a intervenir en dichos procedimientos.

2. En efecto, mientras el Reglamento del CIADI y, más clara y decididamente, varios tratados de libre comercio habían ya introducido elementos de transparencia en los últimos años, la utilización en este tipo de controversias de reglamentos esencialmente concebidos para el arbitraje puramente privado permite en ciertos casos ofrecer, al menos teóricamente, un marco de confidencialidad. Más allá de la pertinencia de cualquier tipo de discusión acerca de si algún tipo de transparencia debería aplicarse o no a todo tipo de arbitraje, lo que interesa en el contexto de esta contribución es descifrar la necesidad, la deseabilidad y la factibilidad de la transparencia en el particular marco del arbitraje de inversiones. Todo esto en el contexto de la afectación de intereses públicos que directa o indirectamente se produce con motivo de las operaciones de inversión, las cuales recaen, muy frecuentemente, sobre sectores vinculados con la prestación de servicios públicos esenciales, con el desarrollo de infraestructuras de gran calado o con la explotación de recursos naturales y/o estratégicos.

Las respuestas a esas cuestiones precisan de definiciones políticas pero también de elementos jurídicos, tanto de derecho internacional como de los relativos a los aspectos técnicos del procedimiento arbitral. El peso de cada uno de esos elementos se puede constatar en los debates realizados en el seno del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de la CNUDMI entre 2010 y 2014 durante la preparación, primero, del Reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado aprobado en 2013¹ y, después, de la Convención sobre el mismo tema, cuyo texto fue aprobado por la CNUDMI en julio de 2014, por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre del mismo año y cuya firma está prevista en Islas Mauricio el 17 de marzo de 2015. El contenido de estos debates será especialmente tenido en cuenta en esta contribución.²

1 CNUDMI, 'Reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y estados en el marco de un tratado', UN Doc. A/RES/68/462 (1 Abril 2014). La fecha de 'entrada en vigor' (se trata, siendo más riguroso, de la fecha a partir de la cual el texto se halla disponible) del Reglamento sobre la transparencia es el 1º de abril de 2014.

2 Particularmente en el Punto IV.

3. Aunque el presente trabajo no está exclusivamente circunscrito a ningún ámbito geográfico, se realizarán varias referencias a las diversas actitudes latinoamericanas frente al arbitraje de inversiones. Sobre el particular, es importante precisar que, como en tantos otros contextos, de la política, la economía o el arte, hablar de América Latina en su conjunto al tratar el arbitraje de inversiones puede prestarse a ciertos malentendidos. No es sólo que los sistemas arbitrales estatales de la región difieren considerablemente sino que, además, la realidad global del arbitraje en América Latina se muestra plena de matices. Éstos son singularmente agudos en todo lo referido al arbitraje de inversiones.

Sirva para constatarlo, las diferentes actitudes de los Estados de la región a respecto de la Convención de Washington de 1965 que creó el CIADI en el marco del Banco Mundial: algunos nunca la ratificaron, otros lo hicieron y se someten a ella con normalidad³ y, otros, después de haberlo hecho y de tener ciertas experiencias prácticas, la denunciaron. Es decir, puede encontrarse todo el espectro posible de actitudes sin salir de América Latina. Por eso, cada vez que se habla de arbitraje en general o de arbitraje de inversiones en particular refiriéndose a esta región, hay que ser sumamente cuidadoso. De otra manera, existe un riesgo considerable de caer en inexactitudes o repetir algunos clichés que se han revelado absolutamente falsos.⁴

II La controversia en torno a la transparencia

4. La transparencia ha venido a ocupar el centro de la escena en el arbitraje de inversiones y todo parece indicar que su presencia no va ser pasajera. Sin dudas, los trabajos de la CNUDMI han contribuido de manera decisiva a la instalación 'definitiva' del tema. Tal es así que al día de hoy el término transparencia es absolutamente insoslayable en cualquier discurso de fondo en materia de resolución de controversias relativas a inversiones y en cualquier propuesta normativa al respecto.⁵ Pero la exigencia y un incipiente movimiento en pro

3 Lo cual no implica que lo hagan con alegría y entusiasmo.

4 D.P. Fernández Arroyo, 'New Trends in International Commercial Arbitration in Latin America' en G. Cordero-Moss (dir.), *International Commercial Arbitration: Different Forms and Their Features* (Cambridge University Press 2013) 398–400. En el mismo sentido, C. Titi, 'Investment Arbitration in Latin America. The Uncertain Veracity of Preconceived Ideas' (2014) 30 *Arbitration International* 357.

5 Puede verse, en tal sentido, el documento publicado por la Comisión Europea, 'Investment Protection and Investor-to-State Dispute Settlement in EU Agreements' (26 noviembre 2013), <http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/november/tradoc_151916.pdf>, revisado 31 de enero de 2015.

de la transparencia en el arbitraje de inversiones habían surgido antes, haciéndose muy notorios al hilo de los primeros casos litigados en el marco del CIADI que alcanzaron cierta repercusión mediática.⁶ De resultas de las reacciones suscitadas por esos casos, el CIADI acometió una tímida reforma de sus Reglas de Arbitraje en 2006, la cual estuvo esencialmente dirigida a introducir ciertos estándares de transparencia en los procedimientos desarrollados al amparo de dicha institución.⁷

5. En general, las actitudes de las instituciones y las opiniones de la doctrina se han mostrado claramente favorables al incremento de la transparencia en el arbitraje de inversiones. No me refiero exclusivamente a las críticas severas provenientes de los adscriptos al grupo TWAIL ('Third World Approaches to International Law'), las cuales en realidad van mucho más allá que a la falta de transparencia,⁸ ni a todos los que creen que el mejor sistema de resolución de controversias en materia de inversiones es el que no existe.⁹ Constató simplemente todo lo que se ha venido haciendo en materia de inversiones en los

6 Sólo por mencionar los más renombrados en América Latina, cabe citar: *Compañía del Desarrollo de Santa Elena SA v. Republic of Costa Rica*, ICSID Case No. ARB/96/1; *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/01; *Aguas del Tunari SA c. República de Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/03/2; y toda la saga de casos 'argentinos' planteados como consecuencia de las medidas adoptadas en este país a raíz de la grave crisis económica de 2001–02. A menos que se indique lo contrario, los casos mencionados en esta contribución se encuentran disponibles en: Investment Treaty Arbitration, <<http://www.italaw.com/>>.

7 Las actuales Reglas de arbitraje del CIADI están en vigor desde el 10 de abril de 2006. La reforma introdujo reglas relativas a la participación de terceros en los procedimientos arbitrales, la apertura de las audiencias al público, la publicación de los laudos, así como disposiciones referidas a las revelaciones de los árbitros y a su retribución. Además, se introdujeron reglas atinentes a la adopción de medidas cautelares y a la objeción de demandas frívolas. Ver B. Stern, 'Un petit pas de plus: l'installation de la société civile dans l'Arbitrage CIRDI entre État et Investisseur' [2007] *Revue de l'Arbitrage* 3, donde se analizan los pasos incipientes en la transparencia en este ámbito, tanto en el CIADI como en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), comparándolos con la situación en el contencioso en la Organización Mundial de Comercio (OMC).

8 Ver G. van Harten, *Sovereign Choices and Sovereign Constraints. Judicial Restraint in Investment Treaty Arbitration* (Oxford University Press 2013).

9 Ver, por ejemplo, P. Eberhardt, C. Olivet, T. Amos y N. Buxton, *Profiting from injustice. How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom* (Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, November 2012), <<http://corporateeurope.org/sites/default/files/publications/profitting-from-injustice.pdf>>, revisado 31 de enero de 2015.

últimos años.¹⁰ Por supuesto, no debe ocultarse que hay también diversas formas de resistencia que se oponen a este movimiento.¹¹ A continuación intentaré analizar las razones que asisten estas posiciones encontradas.

A *Los fundamentos de la exigencia de transparencia*

1 Publicidad de los actos públicos y afectación de intereses generales

6. El argumento básico que justifica la accesibilidad de la información relativa al arbitraje de inversiones estriba sobre la participación del Estado como parte y la consecuente afectación de intereses generales que dicha participación entraña directa o indirectamente. Respecto de esta participación, la jurisdicción constitucional de numerosos países identifica la publicidad de los actos públicos (a menudo pareada con el derecho a la información) como un principio ‘republicano’ o ‘democrático’ esencial. En este sentido, un sistema democrático de gobierno requiere que los ciudadanos conozcan o puedan conocer las actuaciones del poder público. El argumento, que es evidente en todo lo que se refiere a los actos políticos y administrativos, no se sobreentiende en cambio respecto de la información relativa a la intervención del Estado en litigios arbitrales. La misma caracterización como ‘pública’ de dicha intervención no está exenta de dudas. O, en todo caso, habría que aplicarla a todo tipo de participación estatal, no sólo en litigios diferentes a los relativos a inversiones (como es la participación estatal en arbitrajes comerciales) sino también en negociaciones con empresas, con otros Estados, con organismos de crédito, etc. Personalmente, encuentro que permitir el acceso a la información referida a todas esas actividades estatales sería en general bastante saludable (en el sentido de ‘salud democrática’), pero también soy consciente de que no es la tónica generalizada.

7. Más convincente aún resulta el argumento que más que tener en cuenta la calidad (pública) de la persona que realiza determinada actividad, presta atención al carácter de los intereses afectados. Así, si los intereses afectados

10 Un apretado resumen de las alternativas posibles al actual sistema de resolución de controversias en materia de inversiones puede verse en el documento de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo de junio de 2013: United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), ‘Reform of Investor-State Dispute Settlement: In Search of a Roadmap’ (2013), International Investment Agreements – Issues Note No. 2.

11 Ver, por ejemplo, E. Silva Romero, ‘De la confidencialidad del arbitraje internacional y materias aledañas’ en E. Gaillard y D.P. Fernández Arroyo (dir.), *Cuestiones claves del arbitraje internacional* (CEDEP 2013) 165.

por la intervención del Estado no atañen a un individuo o a unos individuos concretos sino a una colectividad o a la generalidad de la población, el deber de los poderes públicos de informar y el correlativo derecho de los ciudadanos a recibir información adquieren otras dimensiones. Teóricamente, este argumento permitiría distinguir entre actividades en las cuales la transparencia resulta totalmente exigible y otras en las que no, con una zona gris intermedia de difícil caracterización. En la práctica, es difícil, por una vía o por otra, directa o indirectamente, no considerar que la participación del Estado en un arbitraje de inversiones no terminará afectando intereses generales. En efecto, la sola posibilidad de que el Estado sea condenado a indemnizar a un inversor configura una situación eventual de afectación de intereses generales, toda vez que la suma que el Estado deba afectar a sufragar esa condena implicará una disminución de partidas que podrían ser asignadas a otros fines.

2 Derecho de participación de la sociedad civil

8. La transparencia entendida como instrumento para el conocimiento de las actividades estatales por parte de los ciudadanos expresa el perfil más pasivo de la noción. Pero existe también una dimensión potencialmente activa de la transparencia. Ella consiste en la transformación del conocimiento de dichas actividades en acción. La manifestación más mencionada y visible es la de participación de terceros en el arbitraje bajo la forma de *amici curiae*. Curiosamente, aunque casi siempre se relaciona esta figura con la actividad de ONGs (en general vinculadas con la protección del medioambiente o de los derechos humanos *lato sensu*), los terceros en cuestión pueden ser muy variados, en la medida que reúnan las condiciones exigidas por las normas aplicables en cada caso. Incluso, el Estado de la nacionalidad del inversor es cada vez más aceptado como ‘tercero’ en el procedimiento arbitral, al menos respecto de determinadas cuestiones específicas. Lógicamente, la participación de cualquiera de estos terceros no puede tener lugar o, como mínimo, no puede realizarse satisfactoriamente, si ellos no tienen acceso a una información suficiente de los elementos del procedimiento arbitral.

9. Aunque menos visibles que la participación concreta en el procedimiento arbitral a través de escritos que obligan al tribunal arbitral, bajo ciertos parámetros, a tomarlos en cuenta y a pronunciarse sobre ellos, la transparencia permite el despliegue de otros efectos que, de una u otra manera, también se relacionan con la participación de la sociedad civil *lato sensu* en el arbitraje de inversiones. El conocimiento de la existencia misma de un litigio arbitral entre un Estado y un inversor extranjero, y de algunos o buena parte de sus elementos a través de la publicación de documentos y/o la posibilidad de asistir a las audiencias, puede permitir a diferentes sectores de la sociedad civil contar con

información acerca de la situación real de esa inversión concreta y hacerse una idea de lo que tienen de verdad y de fantasía los discursos oficiales y las publicidades empresarias. En lo inmediato, esa información puede contribuir a brindar argumentos para la actividad de organizaciones de diferente tipo (políticas, sindicales, profesionales, etc.).

Con mayor proyección, el hecho de poder conocer lo que de verdad sucede en el arbitraje de inversiones facilita la apertura de una vía preciosa para el estudio y la investigación de la materia y, más importante aún, para la definición de políticas al respecto. Con todo, no debe olvidarse que la transparencia puede ser un arma poderosa para los actores principales del arbitraje de inversiones, quienes pueden conocer la forma en la que se resuelven tanto las cuestiones de procedimiento como las de fondo, las actitudes de algunos árbitros, las razones de las recusaciones y, cómo no, el éxito o el fracaso de los argumentos utilizados en procedimientos similares.

3 Coherencia, formación de una jurisprudencia arbitral
 10. Los argumentos anteriores implican definiciones políticas de la transparencia. Eso se constata en la utilización de nociones tales como deberes del Estado, derechos de los ciudadanos, democracia, o participación de la sociedad civil. Ahora bien, desde un punto de vista mucho más técnico, la transparencia se erige en un medio para conseguir el fin, tan deseable como necesario, de la coherencia de las decisiones en materia de arbitraje de inversiones. Tal fin no es un capricho ni mucho menos una quimera. Es una exigencia lógica e inevitable en un ámbito en el que se discuten controversias que afectan intereses de mucho calado y frecuentemente de cuantía considerable, cuando no directamente siderales. Salvo que se entienda la coherencia por reducción al absurdo, haciendo de lo patológico regla,¹² es muy difícil no compartir la importancia de este objetivo.

No debería ser necesario recordar que la coherencia nunca será absoluta.¹³ Las contradicciones forman parte de las relaciones humanas y el derecho, como regulador de ciertos aspectos de éstas, no está ni puede estar librado de su producción. La coherencia de la que hablamos es una actitud más que

12 Como lo hace T. Schultz, 'Against Consistency in Investment Arbitration' en Z. Douglas, J. Pauwelyn y J.E. Viñuales (dir.), *The Foundations of International Investment Law: Bringing Theory into Practice* (Oxford University Press 2014) 297.

13 Lo mismo sucede respecto de cualquier ordenamiento jurídico, aún en aquellos donde impera la doctrina del precedente. Ver F. Perret, 'Is There a Need for Consistency in International Commercial Arbitration?' en E. Gaillard y Y. Banifatemi (dir.), *Precedent in International Arbitration* (Juris 2008) 33.

un resultado terminante. De lo que se trata es de buscar que ninguna decisión arbitral contradiga groseramente una solución o una tendencia generalmente aceptada, a menos que se proporcione una explicación clara y circunstanciada de por qué tal solución o tendencia deben ser dejadas de lado, ya sea en general o en el particular contexto del caso concreto.¹⁴ La búsqueda de la coherencia no transforma al árbitro en legislador; la desatención del precedente, en cambio, lo convierte en un mal árbitro.

11. La coherencia como fundamento de la transparencia se vincula estrechamente con la loable pretensión de mejorar el derecho del arbitraje, ya que el esfuerzo para justificar el descarte de una decisión autoritativa anterior, lleva necesariamente a un mayor despliegue de argumentos.¹⁵ Afirmar que es lícito llegar a conclusiones diferentes es solemnizar lo obvio. Decir que los casos anteriores no puedan decidir los casos futuros es un intento pueril de ridiculizar una idea seria. No es imaginable que alguien sensatamente crea que la existencia de una jurisprudencia arbitral significa eso.¹⁶

Bien entendida, la doctrina del precedente (*de facto*) no debe impedir la evolución del derecho del arbitraje sino, precisamente, asegurarla. Toda vez que un precedente se ha configurado con la repetición de una solución determinada, con el consenso en torno a ella, su presencia sólo añade un grado más de exigencia al intérprete/aplicador.¹⁷ Cuando todavía el consenso no se ha decantado sobre un punto en particular, el análisis cuidadoso de la

14 De más está decir que para que se pueda hablar de coherencia es necesario que el contexto sea, sino exactamente el mismo, al menos significativamente comparable. En este sentido, el hecho de que dos situaciones estén regidas por distintos derechos no impide necesariamente la producción de la coherencia. Ver, sin embargo, J.-M. Jacquet, 'Avons-nous besoin d'une jurisprudence arbitrale?' [2010] *Revue de l'Arbitrage* 448.

15 Más allá del contenido y de la rigurosidad de las respectivas decisiones, es interesante observar cómo el tribunal arbitral del caso *ICS Inspection and Control Services Limited (Reino Unido) c. La República Argentina* (Caso CPA No. 2010-9, bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, laudo sobre jurisdicción, 10 febrero 2012, paras. 263-73) tuvo que esforzarse para explicar por qué su decisión sobre el plazo de 18 meses exigido por el TBI aplicable para intentar una resolución del litigio ante los tribunales judiciales del Estado receptor antes de iniciar el procedimiento arbitral no debía seguir la línea trazada en el caso *Abaclat y otros c. La República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/07/5, decisión sobre jurisdicción y admisibilidad, 4 agosto 2011) que resolvió un problema similar.

16 Con más detalle en D.P. Fernández Arroyo, 'Los precedentes y la formación de una jurisprudencia arbitral' en Gaillard y Fernández Arroyo (n. 11) 225.

17 Pasar de la mera citación a la identificación de un precedente exige un esfuerzo considerable pero indispensable por parte de los árbitros. Ver D. Di Pietro, 'The Use of Precedents in ICSID Arbitration: Regularity or Certainty?' (2007) 3 *International Arbitration Law Review* 92.

jurisprudencia puede permitir privilegiar los buenos razonamientos por sobre los débiles.¹⁸ En un ámbito como el del arbitraje de inversiones, no se necesita ser muy avisado para percatarse de que cada controversia particular suele estar regida por un tratado singular de los muchos que reglamentan las inversiones transfronterizas. Ahora bien, colegir de allí que esa obviedad es un obstáculo para generar precedentes en la materia es confundir un poco las cosas. Así como todos esos tratados difieren en muchos detalles, todos utilizan conceptos y expresiones que son comunes a todos ellos,¹⁹ lo que ha permitido, sin ningún tipo de artificios y con notable aprovechamiento, utilizar los fundamentos de las decisiones alcanzadas dentro del ámbito de aplicación de un tratado o de un contexto normativo determinado fuera de él²⁰ y hasta elaborar ‘modelos’ de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI). La intervención del Estado no litigante (pero que es parte en el tratado aplicable junto con el Estado demandado) puede tener como finalidad alertar sobre los elementos que pueden permitir salvaguardar la coherencia interpretativa. Pero entiéndase bien, la transparencia es necesaria pero a menudo no suficiente para garantizar la coherencia o para salvar derivas arbitrales. Es ahí cuando inevitablemente, tiene que actuar el legislador.²¹

B *Dificultades para la administración de la transparencia*

1 El costo de la transparencia

12. Una preocupación lógica que surge apenas se concretan las exigencias de la transparencia se plantea en torno a los costos vinculados con la misma. Parece obvio que tener que gestionar el almacenamiento y la difusión de un número

18 En este sentido, J. Paulsson, ‘International Arbitration and the Generation of Legal Norms: Treaty Arbitration and International Law’ en A.J. van den Berg (dir.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?* (Kluwer Law International 2007) 889. Hasta puede obligar a un árbitro a explicar su cambio de posición respecto de un caso anterior, como hace D. Bello Janeiro en su Opinión separada en *Daimler Financial Services AG v. Argentine Republic* (ICSID Case No. ARB/05/1, award, 22 agosto 2012), laudo recientemente confirmado por un Comité *ad hoc* (decisión de 7 enero 2015).

19 Ver E. Gaillard, ‘L’arbitrage sur le fondement des traités de protection des investissements – Les états dans le contentieux économique international’ [2003] *Revue de l’Arbitrage* 853, 859 ss.

20 Un ejemplo significativo es el del número de decisiones emanadas del Tribunal Irán–Estados Unidos que han sido citadas por los tribunales del CIADI. Ver C.S. Gibson y C.R. Drahozal, ‘Iran-United States Claims Tribunal Precedent In Investor-State Arbitration’ (2006) 23 *Journal of International Arbitration* 521.

21 Una manifestación muy expresiva de esto está contenida en la explicación dada por la Comisión Europea (el ‘legislador’ en este caso): Comisión Europea (n. 5).

considerable de documentos, así como disponer de recintos adecuados o de circuitos de televisión para ofrecer audiencias públicas, pueden redundar en un aumento de los costos del arbitraje. En la misma línea, si se admite la participación de terceros, éstos presentarán escritos a los que los abogados y los árbitros tendrán que dedicar horas de trabajo, las cuales (sobre todo las de los primeros) se traducen en dinero. Comparado con otros costos del arbitraje puede ser relativamente poco y además dichos gastos no existirán o serán mínimos en muchos casos. Pero en un panorama en el que cada vez se insiste más con lo caro que se ha vuelto el arbitraje, el argumento resulta atractivo para aquellos a quienes la transparencia no es algo que deba fomentarse.

13. Para no plantear la cuestión en términos vagos o abstractos, vale la pena prestar atención a los términos en los cuales se abordó la discusión en el seno de la CNUDMI en el marco de la elaboración del Reglamento sobre la Transparencia. En concreto, la Secretaría de la CNUDMI presentó en junio de 2013 un documento en el que escueta pero claramente se detallan los diferentes tipos de gastos a afrontar para administrar la transparencia, incluyendo la contratación de personal (es decir, los salarios) y la instalación de los instrumentos tecnológicos apropiados.²² En total, el presupuesto calculado para el Archivo de la Transparencia por año, ascendería en el primer bienio a 343.800 dólares estadounidenses y, en los bienios subsiguientes, a 493.600 dólares.²³ En la presentación de dicho documento el Secretario de la CNUDMI manifestó que la Secretaría de la CNUDMI actuaría como prestadora de un “servicio público de transparencia”. Por lo tanto los recursos vendrían de las Naciones Unidas (ya sea del presupuesto general o de un presupuesto específico) pero no tendrían que ver con los gastos especialmente causados por la gestión del registro.

La Corte Permanente de Arbitraje al ofrecerse como registro para el Reglamento sobre la transparencia expuso que sus servicios serían gratis para la publicación de hasta 50 documentos y que costarían 750 dólares estadounidenses (a las partes en el arbitraje) a partir de ese punto. El CIADI, por su parte, propuso una tarifa plana de 1.500 de la misma moneda. Puestas todas esas cantidades en la perspectiva de las sumas que se discuten habitualmente en el arbitraje de inversiones, su importancia se desvanece.

2 El impacto de la transparencia sobre el procedimiento arbitral

14. Tal como puede aplicarse a otros órdenes de la vida, el dinero no lo es todo. Por eso tal vez se suelen indicar otras consecuencias negativas que podrían causar unas mayores exigencias de transparencia, que no tienen una valuación

²² CNUDMI (n. 1).

²³ Ibid., para. 8.

pecuniaria directa o inmediata (aunque probablemente sí indirecta o mediata). La más evidente sería medible en términos temporales y estibaría en un alargamiento de ciertos plazos del procedimiento arbitral. Pero se trata de un problema más aparente que real. El único obstáculo sería el ya mencionado del tiempo insumido por la participación de terceros. No obstante, teniendo en cuenta que los tribunales arbitrales conservan un amplio poder para evitar abusos en este ámbito,²⁴ en general el tiempo empleado no será muy significativo. Cabe la posibilidad, empero, de que se genere algún tipo de litigiosidad en torno a las propias cuestiones de transparencia. Por ejemplo, es dable imaginar que las partes en un caso discutan acerca de si determinado documento debe ser publicado o no dado el carácter estrictamente confidencial de su contenido para una de ellas. Y cuanto más chicaneros sean los abogados mayor será este riesgo. Sin embargo, este tipo de abogados no necesita de las normas sobre transparencia para entorpecer el procedimiento arbitral; su imaginación es bastante más frondosa que eso.²⁵

15. Otras interferencias posibles no incidirían tanto en el tiempo como en la normalidad del procedimiento arbitral. Dos cuestiones se destacan en este contexto. La primera es el riesgo que la presencia física de público durante las audiencias pueda generar algún tipo de altercado o influir, mediante presión ambiental o alguna otra, sobre la libertad de acción de los árbitros, los testigos, los peritos o los abogados de las partes. La experiencia disponible hasta ahora no es mucha pero en cualquier caso muestra que estos temores son exagerados. Además, los árbitros disponen de un buen margen de maniobra para resolver situaciones complicadas.²⁶ Claro que para que un testigo se sienta de algún modo condicionado no es precisa la presencia física de público, ya que la consciencia de que su deposición será disponible universalmente en internet debería ser mucho más influyente en su ánimo que la presencia en el lugar de un puñado de personas. Con todo lo cierto que esto puede ser, no supone ninguna diferencia con lo que sucede en cualquier ámbito judicial.

16. La otra dificultad que según algunas voces podría provocar el carácter público del procedimiento sería el eventual obstáculo para llegar a una transacción. La idea parece apuntar a que una vez que la contienda toma carácter público las partes y, señaladamente, el Estado perdería poder de negociación, lo que haría que acuerdos buenos o aceptables desde la perspectiva de los

24 Ver, en este sentido, arts. 1(3)(b), 4(5), 5(4), 6(2), 6(3) y 7(3) Reglamento sobre la transparencia de la CNUDMI (n. 1).

25 Puede consultarse el muy ilustrativo libro de U. Draetta, *Counsel as Client's First Enemy in Arbitration?* (Juris 2014) 87.

26 Ver art. 6(3) Reglamento sobre la transparencia de la CNUDMI (n. 1).

negocios se podría ver frustrados por las dificultades para explicar tales acuerdos a la opinión pública. La experiencia de la última década, en la cual varios de los casos más ‘mediatizados’ fueron resueltos mediante negociaciones directas entre las partes, desmiente categóricamente esta advertencia.²⁷

III El contenido concreto de la transparencia

17. El contenido concreto de la transparencia deriva de las razones básicas que la fundamentan.²⁸ Así, la difusión de la noticia escueta de la existencia de un arbitraje y la publicación de los laudos, responden básicamente al derecho a la información y contribuyen decisivamente a la formación de una jurisprudencia arbitral. Sin embargo, dicha información es demasiado pobre en lo que respecta a la noticia el arbitraje y demasiado tardía en lo que se refiere a los laudos como para garantizar el acceso de la sociedad civil al arbitraje. En este sentido, si la transparencia reconoce como fundamento esencial dicho acceso, las cuestiones a revelar al público tienen que ir más allá de la puesta en línea de los datos básicos del arbitraje y de los laudos. En particular, es difícil, sino imposible, concebir una real participación de *amici curiae* si éstos no cuentan con información suficiente para fundamentar sus escritos.

A El objetivo de escrutinio público

1 Los hechos y las actividades

18. El primer hecho que requiere publicidad es, en orden cronológico, el que indica la misma existencia de un arbitraje. Dicha existencia, independientemente del éxito posterior del procedimiento, se materializa con la recepción

27 Como una muestra muy elocuente, entre muchas otras, piénsese en el caso *Repsol SA and Repsol Butano SA c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/12/38). Ver ‘Repsol aprobó el acuerdo: Argentina le pagará 5.000 millones de dólares por la expropiación de YPF’ (*La Nación*, 26 Febrero 2014), <<http://www.lanacion.com.ar/1667245-repsol-aprobo-el-acuerdo-argentina-le-pagara-5000-millones-de-dolares-por-la-expropiacion-de-ypf>>, revisado 31 de enero de 2015, o desde una perspectiva diferente, T. Lukin, ‘Para decir adiós vida mía, solo tengo que decirlo’ (*Página 12*, 26 Febrero 2014), <<http://www.pagina12.com.ar/diario/economia/2-240658-2014-02-26.html>>, revisado 31 de enero de 2015.

28 Ver *supra* Punto II.A. Como contenido trato aquí lo que un autor denomina la dimensión ‘externa’ de la transparencia en contraposición a otra, ‘interna’, relativa a la claridad (o su falta) en los razonamientos de los tribunales arbitrales. Ver F. Ortino, ‘Transparency of Investment Awards. External and Internal Dimensions’ en J. Nakagawa (dir.), *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement* (Routledge 2013) 119.

de la notificación de arbitraje por el demandado.²⁹ No obstante la simpleza del hecho comentado, su toma en consideración a efectos de la transparencia exige varias definiciones. No sólo será necesario determinar quién y cuándo debe comunicarlo y qué es exactamente lo que se debe comunicar, sino que además es preciso saber a quién debe dirigirse la comunicación.³⁰ La respuesta a cada una de esas cuestiones definirá el contenido específico que se quiere dar a este momento inicial del ejercicio de la transparencia y marcará de algún modo la actitud general hacia ella.

Desde la perspectiva de la facilitación del escrutinio público, una de las cuestiones más importantes es la referida al contenido concreto de la comunicación. A tal efecto, no bastará con la simple mención de las partes involucradas en el arbitraje sino, al menos, el sector afectado (de una forma tan precisa como sea posible),³¹ el tratado aplicable y la normativa, acto o hecho que sirve de base a la demanda. Tanto o más importante que la concreción del contenido, será la definición del destinatario de la comunicación del comienzo del arbitraje. Aunque la multiplicación y la versatilidad de los medios informáticos de difusión, junto a su utilización masiva, podría sugerir que basta con ‘colgar’ la información para cumplir con los objetivos de la transparencia, parece obvio que, a todos los fines, la centralización de dicha información resulta tan preferible como inevitable. Lógicamente, si se está en presencia de un arbitraje que se desarrolla al amparo de una institución arbitral determinada, ésta aparece como receptora inevitable de todas las actuaciones arbitrales, desde el principio al fin. Y es posible que esa institución aplique estándares elevados de transparencia y que pueda servir, en consecuencia, como canal – sino apropiado al menos útil – para la difusión de los procedimientos arbitrales que allí se realizan. Para asegurar la transparencia de los arbitrajes *ad hoc* y de los que se llevan a cabo en el marco de instituciones que aún no la han desarrollado adecuadamente, la implementación de un organismo para el archivo y difusión resulta indispensable.³² Es más, lo ideal sería que tal organismo se

29 Es posible argumentar que al fin de cuentas lo que habrá de comunicarse será un documento y no un hecho y que por lo tanto esta cuestión debería tratarse en el epígrafe siguiente. Prefiero, sin embargo, poner el acento en el elemento fáctico subyacente, dada la trascendencia de éste.

30 Esta última cuestión es en realidad común a toda la publicidad del arbitraje, pero se plantea por primera vez, en cada arbitraje específico, al momento del inicio del procedimiento arbitral.

31 Por ejemplo, las referencias genéricas como ‘salud’, ‘energía’, etc, pueden resultar insuficientes.

32 Se trata de la función confiada a la Secretaría de la CNUDMI en el Artículo 8 del Reglamento sobre la transparencia (n. 1).

ocupara también de la transparencia de los arbitrajes discutidos en instituciones que ya la practican, a efectos de operar una centralización que redundará en beneficio de la accesibilidad de la información.

19. Ni que decir tiene que el alcance de la publicidad en relación con los hechos y actividades que se desarrollan en el procedimiento arbitral no se limita a la información acerca de la existencia del arbitraje. De un lado, el conocimiento de los nombres de los actores que acompañan a las partes (abogados y árbitros en primer lugar y testigos y peritos en segundo lugar) puede constituir una información valiosísima para desentrañar aspectos no sólo del caso específico sino (y tal vez sobre todo) del contexto en el que el mismo se desenvuelve. En efecto, no sólo puede darse que del conocimiento público resulten datos que faciliten la detección de situaciones de conflicto de intereses, sino que la información sobre los actores, juntamente con la relativa a los demás elementos que permitan conocer el comportamiento de ellos en el proceso, disminuye el carácter aleatorio que podría tener la designación de esos actores en futuros arbitrajes.

De otro lado, dado que la actividad más decisiva del procedimiento suele producirse durante las audiencias, la accesibilidad de éstas resulta a todas luces primordial a fin de permitir el escrutinio público. Básicamente, se trata de quitar a las audiencias su carácter privado, es decir, que sean una actividad a la que personas interesadas pero que no están vinculadas con el arbitraje puedan concurrir libremente, dentro de un cierto orden. En algunos casos, no será una asistencia en persona sino más bien una puesta a disposición a través de algún medio técnico apropiado. Poniendo las cosas en su lugar, salvo algún caso muy particular, nadie debe esperar que el público dispuesto a presenciar una audiencia sea tan numeroso como el que asiste a un espectáculo artístico o deportivo, y si en alguna ocasión son muchos los que tienen intención de acudir es muy probable que desistan rápidamente al constatar lo tediosas que pueden llegar a ser las audiencias de arbitraje. Del mismo modo que sucede con otros aspectos de la transparencia, la apertura de las audiencias sólo aprovechará a personas que conjugan formación especializada para comprender los arcanos del procedimiento arbitral con interés en el caso.

2 Los documentos

20. Cuando el viento de la transparencia comenzó a soplar, la publicación de las decisiones y, particularmente, del laudo final aparecía como lo más importante o imprescindible. El centro de atención se situaba en la necesidad de saber cómo y por qué razones se decidía, por ejemplo, que un Estado debía indemnizar con enormes sumas de dinero a un inversor extranjero, por determinadas consecuencias derivadas de la aplicación de una normativa estatal

adoptada regularmente. La importancia dada al conocimiento del laudo final es fácil de comprender. Por lo general, en el laudo final el tribunal describe pormenorizadamente todos los elementos y circunstancias del procedimiento, así como las pretensiones de las partes, y brinda razonadamente los motivos que, sobre la base del derecho aplicable, conducen a la adopción de las decisiones contenidas en el laudo. El acceso a éste en su integralidad, por lo tanto, resulta fundamental para saber con un grado considerable de precisión cómo se gestó el conflicto y cómo fue resuelto por el tribunal arbitral. Desde el punto de vista del estudioso que busca desentrañar – entre otras cosas – la adecuación entre la teoría y la práctica, del analista institucional que pretende encontrar las claves para mejorar el arbitraje de inversiones, del abogado especializado que debe preparar la defensa de un caso, de los árbitros a quienes se encomienda su resolución y, en fin, para garantizar la difusión general de la información, la publicación de los laudos resulta o debería resultar en general suficiente a esos fines.

21. Ahora bien, la publicación de un laudo implica que el caso (laudo final) o un aspecto importante del mismo (laudo parcial) ya fue resuelto. Por lo tanto, más allá de las eventuales acciones que puedan interponerse en su contra (para lo cual suele haber un tiempo exiguo y causales limitadas), la publicación del laudo sirve más a la satisfacción de objetivos generales y de futuro que particulares relativos al caso actual. En otras palabras, las posibilidades de participación real de la sociedad civil serían casi nulas si la puesta a disposición al público en general de la información de los casos se limita a la publicación de los respectivos laudos.

Los escritos presentados por las partes son en cambio esenciales para que esa participación pueda ocurrir. Allí están todos los argumentos de las partes, lo que piden concretamente y la explicación de cómo se proponen probar frente al tribunal arbitral las razones que les asisten. Sin esos datos, la participación de terceros sería prácticamente imposible y, en caso de producirse, se trataría en gran medida de un ejercicio a ciegas. La cuestión a definir es si la publicidad de los memoriales de las partes debe incluir la de los documentos probatorios que los acompañan, entre los que se contarían las declaraciones escritas de los testigos y los informes periciales. La tendencia parece ir en el sentido que todos esos escritos deben difundirse o, por lo menos, ponerse a disposición para quien los quiera consultar.

B *Las excepciones*

22. Es indudable que por muy favorable que se sea a la transparencia, hay situaciones en las cuales ella debe ceder. En algunos supuestos, la publicidad puede resultar incompatible con el tipo de información en cuestión o con la materia a la que se refiere dicha información. En otros, puede ocurrir que la publicidad ponga en riesgo el progreso mismo del procedimiento arbitral y hasta la integridad de alguno de los intervinientes. En cualquier caso, siendo la transparencia la regla y las que aquí se describen meras excepciones, el tribunal deberá velar porque éstas no vacíen el contenido de aquélla. Dicho de otro modo, las reglas sobre la transparencia seguirán siendo aplicables al resto de las cuestiones y la excepción no deberá afectar más que a los elementos específicos que la justifican.

23. En lo que respecta a la información, el ejemplo más simple es el que hace referencia a las que están protegidas por su trascendencia comercial y/o industrial, como sucede con determinados aspectos de la propiedad intelectual. Asimismo, pueden existir informaciones cuya divulgación no esté autorizada por la normativa aplicable. En uno y otro caso, se trata de informaciones que no suele revelarse ni siquiera en procesos judiciales, de ordinario sometidos a publicidad irrestricta. En cuanto a la publicidad que puede poner en riesgo el procedimiento arbitral, cabe pensar en situaciones singulares en las que se detecte, por ejemplo, una animosidad exacerbada contra ciertos testigos por parte del público lo que puede llevar a que sea aconsejable que dichos testigos comparezcan en privado, en ausencia de terceros no vinculados al arbitraje en cuestión.

IV *La regulación de la transparencia por la CNUDMI*

24. La decisión de la CNUDMI de abordar el tema del arbitraje de inversiones muestra hasta qué punto la materia se ha vuelto central y pudo provocar cierta sorpresa dada la asociación mental que habitualmente se ha hecho entre la CNUDMI y la reglamentación de las cuestiones (puramente) comerciales. Sin embargo, es difícil imaginar un foro más adecuado. En primer lugar, reducir lo 'comercial' a las relaciones jurídicas 'privadas' significa permanecer anclado a una concepción del derecho – y, en particular, del derecho comercial – clara y evidentemente perimida. En este sentido, a pesar del título equívoco que se le dio a la Comisión en castellano, el cual podría sugerir la estricta limitación de su objeto a la elaboración de una suerte de derecho 'privado' internacional, es obvio que las operaciones del comercio internacional son inescindibles de la actividad regulatoria de los Estados y que mal se puede abordar aquéllas sin

prestar atención a ésta. Las inversiones transfronterizas son un factor esencial en el comercio internacional de nuestros días y son atravesadas por esos dos vectores.

En segundo lugar, el foro es el más apropiado simplemente porque no existe otra organización más representativa. Si se analiza la dinámica propia de la CNUDMI, es conocido que aunque 'sólo' sesenta Estados miembros de las Naciones Unidas revisten a la vez, dentro de cada período, la calidad de miembros de la Comisión,³³ todos los demás Estados, incluyendo a los no miembros, pueden participar en calidad de observadores y de hecho muchos lo hacen. La misma calidad de observadores en las reuniones de la CNUDMI y de sus grupos de trabajo revisten una larga y variopinta serie de instituciones que van desde organismos internacionales a asociaciones académicas, pasando por ONGs o asociaciones profesionales. Todos esos participantes, miembros y observadores, discuten abiertamente, lo que permite que todas las voces posibles, con las más diferentes visiones de la cuestión tratada, sean tenidas en cuenta.

25. Desde un punto de vista más técnico, la utilización de este foro de codificación fue la consecuencia inevitable de la necesaria modernización del Reglamento de Arbitraje de 1976. Téngase en cuenta que el tema específico de la reglamentación de la transparencia en este ámbito se enmarca dentro de una forma de arbitraje y nadie puede dudar que el arbitraje ha sido un elemento clave – y tal vez el más importante – de la agenda de la Comisión, incluso desde antes de su misma creación.³⁴ En este contexto, cuando se decidió atacar la reforma del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI³⁵ estaba claro que no se trataba de una simple actualización motivada por el paso del tiempo. La aplicación generalizada del Reglamento de 1976 en muy variados tipos de arbitraje³⁶ daba una singular trascendencia práctica a la empresa, a la vez que auguraba el interés y la consecuente participación activa en los trabajos de

33 Ver 'Origen, mandato y composición de la CNUDMI', <<http://www.uncitral.org/uncitral/es/about/origin.html>>, revisado 31 de enero de 2015.

34 En efecto, cuando la Comisión comenzó a funcionar en 1968, las Naciones Unidas ya habían adoptado hacía 10 años el instrumento jurídico que luego resultó fundamental para el desarrollo del derecho del comercio internacional – la Convención de las Naciones Unidas sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (adoptada 10 junio 1956, en vigor 7 junio 1959) 330 UNTS 38; 21 UST 2517; 7 ILM 1046 (1968) ('Convención de Nueva York').

35 Ver P. Sanders, 'Has the moment come to revise the arbitration rules of UNCITRAL?' (2004) 20 *Arbitration International* 243.

36 Además de su obvia aplicación al arbitraje *ad hoc* puramente comercial, el Reglamento de la CNUDMI, forma parte de las opciones ofrecidas a las partes en numerosos tratados de inversiones y es utilizado en complejos arbitrajes tales como los famosos realizados en

elaboración normativa de numerosos y cualificados actores, tanto estatales como no estatales.

Es importante destacar que la extendida utilización del Reglamento de la CNUDMI en el arbitraje de inversiones suscitó profundas discusiones acerca de variados temas. En efecto, éstas confirmaron que la posición respecto de ciertas cuestiones puede variar considerablemente si las mismas son abordadas pensando en un arbitraje privado o si, en cambio, son miradas a través del prisma del arbitraje entre un inversor y un Estado, sobre todo cuando el ‘observador’ es el representante de un Estado que ha experimentado este arbitraje en más de una ocasión. Cuestiones que en el marco de la reglamentación del arbitraje entre particulares no suscitan demasiados inconvenientes, como, por ejemplo, la eliminación de la apelación del laudo, se vuelven un poco más complicadas de consensuar cuando en la discusión intervienen delegados de Estados contra los cuales ya se han dictado laudos por cantidades importantes en litigios sobre materias sensibles. Es por eso que, después de que el tema saliera a la luz una y otra vez amenazando con empantanar la elaboración del nuevo Reglamento de Arbitraje, el Grupo de Trabajo resolvió separar el tema de la adopción de unas reglas específicas sobre arbitraje de inversiones, dejándolo para ser tratado una vez que se hubiera terminado con dicho instrumento. La Comisión ratificó esta decisión,³⁷ precisando ulteriormente que la discusión debería focalizarse prioritariamente en la transparencia.³⁸ Se entendió que así se preservaba el carácter polivalente (mejor que ‘neutral’) del Reglamento de Arbitraje, y que se evitaba el riesgo de que la incorporación en el texto de reglas pensadas para el arbitraje de inversiones terminara desvirtuando un texto que se había revelado exitoso, haciéndolo menos adecuado para otras formas de arbitraje y muy señaladamente para el arbitraje ‘puramente’ comercial. A mi entender, este objetivo se alcanzó plenamente con la aprobación de la nueva versión del Reglamento de Arbitraje en 2010.³⁹

26. Por todo lo anterior, la decisión adoptada por los Estados miembros de la CNUDMI es cualquier cosa menos sorprendente. Instalada la ola de

el marco de las controversias Irán c. Estados Unidos (‘About the Tribunal’, <<https://www.iusct.net/Pages/Public/A-About.aspx>>, revisado 31 de enero de 2015).

37 Ver CNUDMI, ‘Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 41º período de sesiones (16 de junio a 3 de julio de 2008)’, UN Doc A/63/17 (2008), para. 314.

38 Ver CNUDMI, ‘Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 43º período de sesiones (21 de junio a 9 de julio de 2010)’, UN Doc A/65/17 (2010), paras. 190 ss.

39 Ver P. Perales Viscasillas y I. Torterola (dir.), *Nuevo Reglamento de arbitraje de la CNUDMI 2010, anotado y comentado* (Legis 2011).

transparencia en todos los ámbitos de la vida contemporánea, un ámbito sensible como el de la codificación del derecho comercial internacional que se desarrolla en el seno de la CNUDMI difícilmente podía quedarse al margen. Y entre las materias jurídicas especialmente afectadas por esta ola, el derecho de las inversiones extranjeras y la solución de las controversias que se suscitan en torno a éstas ocupan un lugar primordial. El gran desafío para la Comisión y más concretamente para su Grupo de Trabajo II consistía en tratar de lograr una reglamentación del tema en el cual la transparencia no fuera vista como una ventaja para una de las partes en los arbitraje de inversión (sea el Estado o el inversor), evitando a toda costa que las reglas y mecanismos a adoptar para asegurar dicha transparencia terminaran redundando en un mecanismo ineficaz, sumamente costoso o impracticable. Aunque el Reglamento sobre la transparencia y la Convención posterior no son instrumentos perfectos sino textos que han pagado el peaje derivado de negociaciones difíciles realizadas a demasiadas bandas, la impresión general es que esos objetivos parecen cumplidos. Claro que habrá que ver su aplicación práctica para sacar conclusiones más sólidas.

A *El Reglamento sobre la transparencia de la CNUDMI*

1 El ámbito de aplicación del reglamento y otras definiciones esenciales

27. Visto desde afuera, puede parecer llamativo que el contenido concreto del Reglamento o, en otros términos, el estándar de transparencia haya sido más fácil de consensuar que la definición de su ámbito de aplicación y de sus relaciones con otros instrumentos. Sin embargo, la explicación es bastante simple. Teniendo en cuenta la claridad del mandato de la Comisión (avalado por la Asamblea General) en el sentido de la necesidad de garantizar la transparencia en el arbitraje entre inversores y Estados, no podía haber duda alguna respecto de lo que los delegados en el Grupo de trabajo II debían hacer. En cambio, la determinación de en qué casos las normas elaboradas por ellos debían aplicarse se convirtió en un obstáculo difícil de superar, más por sus ribetes políticos que por sus complicaciones técnicas. En este contexto, el diseño de las relaciones entre el Reglamento sobre la transparencia, por un lado, y el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI, los tratados de inversiones (existentes y futuros) y otros reglamentos, por otro lado, acaparó muchísimo más tiempo y demandó discusiones mucho más largas e intensas que la lista de documentos a publicar o la publicidad de las audiencias.

La definición del marco de relaciones entre la reglamentación sobre la transparencia y los otros instrumentos mencionados estuvo muy ligada a la discusión acerca de la forma que tal reglamentación debía revestir y al

mecanismo para hacerla efectiva.⁴⁰ Las formas sugeridas fueron variadas: un anexo al Reglamento de la CNUDMI que se aplicara automáticamente cada vez que éste resulte aplicable a un arbitraje de inversión, un instrumento autónomo susceptible de aplicarse a todo tipo de arbitraje de inversión y no exclusivamente en el marco de un 'arbitraje CNUDMI', reglas modelo, cláusulas modelo y hasta simples directrices. El mecanismo para dotar de efectividad a dicho instrumento fue también un punto difícil de acordar: ¿había que optar por la automaticidad salvo acuerdo en contrario de las partes o, por el contrario, el instrumento sólo podrá aplicarse mediando acuerdo de las partes?⁴¹

28. La cuestión principal en torno a la cual todas las otras fueron girando era la siguiente: ¿el instrumento a adoptar sería aplicable solamente a los tratados de protección de inversiones que entraran en vigor después de la aprobación de aquél (tratados futuros) o era posible y/o deseable que también fuera aplicable a los más de 3000 tratados en vigor (tratados existentes)? Contra la segunda opción se erigía el contenido del Artículo 1(2) del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI de 2010⁴² el cual, a raíz de una propuesta de delegados de algunos Estados que temían verse sorprendidos por la adopción de normas muy audaces en dicho Reglamento que pudieran impactar sobre los arbitrajes de inversiones, estableció que éste no se aplicaría a los tratados en vigor antes del 15 de agosto de 2010.⁴³ En realidad este obstáculo podía sortearse con el simple expediente de modificar ese artículo, como de hecho se terminó haciendo. No obstante, el tenor de las discusiones sobre la cuestión principal demostró lo que estaba en juego no era una simple cuestión de técnica jurídica sino una decisión política de gran calado. Un grupo no despreciable de Estados se aferró a la intangibilidad de los tratados existentes con argumentos tales como la supuesta aplicabilidad del principio de irretroactividad en este tema ya que de otro modo se estarían modificando los tratados contra la voluntad de los Estados.⁴⁴ Otro grupo de Estados se afanó en intentar que dichos tratados no

40 Ver J. Salasky y C. Montineri, 'UNCITRAL Rules on Transparency in Treaty-Based Investor-State Arbitration' (2013) 31 ASA Bulletin 774, 776.

41 Esta cuestión provocaba una pregunta suplementaria: ¿las partes aludidas serían los Estados partes del tratado de protección de inversiones que decidirían en general o el inversor y el Estado receptor que decidirían sobre la controversia específica? ¿O las dos opciones podían jugar conjuntamente?

42 CNUDMI, 'Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010)', UN Doc A/RES/65/22 (2011).

43 Para una explicación de esta propuesta, desafortunadamente exitosa, ver I. Torterola, 'Comentario al artículo 1', en Perales Viscasillas y Torterola (n. 39) 9–12.

44 Compárese con la introducción (tímida, es cierto) de cierta transparencia en el arbitraje CIADI producida con la modificación de su Reglamento en 2006 y directamente

permanezcan blindados respecto de la transparencia sobre la base de un argumento muy simple: la opacidad de los arbitrajes de inversiones es un defecto grave detectado por la comunidad internacional en la aplicación actual de los tratados; por consiguiente, resolver esa falla exclusivamente para los arbitrajes que eventualmente se sustancien al amparo de tratados que tal vez se celebren en el futuro implicaría no tomar realmente en serio ni la preocupación de la comunidad internacional ni el mandato de la Comisión.⁴⁵

29. Así las cosas, el Grupo de trabajo exploró diferentes vías a efectos de poder vislumbrar un solución de consenso, que es como se llama en el ámbito de la codificación internacional del derecho a la solución que nadie propondría si tuviera toda la responsabilidad y el poder de decisión en la materia, pero con la que todos pueden (al menos a regañadientes) vivir. De una forma muy resumida, esa solución de compromiso lograda después de ingentes esfuerzos consiste en:

- a) la adopción de un reglamento independiente;⁴⁶
- b) aplicable a los arbitrajes de inversiones realizados al amparo del Reglamento de la CNUDMI;⁴⁷

operativa. Ver J.W. Yackee y J. Wong, 'The 2006 Procedural and Transparency-Related Amendments to the ICSID Arbitration Rules: Model Intentions, Moderate Proposals, and Modest Returns' en K.P. Sauvant (dir.), *Yearbook on International Investment Law & Policy 2009-2010* (Oxford University Press 2010) 233.

45 Curiosamente o no, hubo Estados latinoamericanos activamente enrolados en los dos grupos. Los que participaron en el primero manifestaron su preocupación por el hecho de que la transparencia podía dar demasiadas armas a los inversores y debilitar el poder negociador de los Estados.

46 Abandonando así la idea de que el Reglamento sobre la transparencia adquiriera la forma de un 'apéndice' al Reglamento de arbitraje de la CNUDMI. Sobre las explicaciones ver CNUDMI, 'Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. 46° Período de sesiones (8 a 26 de julio de 2013)', UN Doc A/68/17, paras. 100 ss.

47 CNUDMI (n. 1) art. 1(1). Concomitantemente, a fin de obviar el obstáculo representado por el Artículo 1(2) del Reglamento de la CNUDMI 2010, se agregó un nuevo párrafo en el mismo artículo (art. 1(4)), estableciendo que "en el caso de los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados de conformidad con un tratado que prevea la protección de las inversiones o los inversionistas, el presente Reglamento incluye el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado, a reserva de lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento sobre la Transparencia".

- b1) respecto de tratados concluidos a partir del 1º de abril de 2014 (salvo que las partes en el tratado hayan acordado otra cosa);⁴⁸
- b2) y respecto de tratados concluidos antes de esa fecha en la medida en que las partes que participen en un arbitraje concreto así lo acuerden (para ese arbitraje), o que las partes en el tratado⁴⁹ hayan convenido en la aplicación del Reglamento sobre la transparencia (para todos los arbitrajes bajo ese tratado) después del 1º de abril de 2014;⁵⁰ en cualquier caso, si el Reglamento sobre la transparencia resulta aplicable, las partes sólo pueden apartarse del mismo cuando el tratado se los permita;⁵¹
- c) susceptible de aplicarse en arbitrajes de inversiones realizados bajo reglamentos diferentes al de la CNUDMI y en arbitrajes *ad hoc*.⁵²

30. No quedan dudas entonces de que la CNUDMI ha abrazado decididamente la transparencia en el arbitraje de inversiones. En otras palabras, el arbitraje de inversiones CNUDMI es necesariamente transparente por definición. Esto llevó a plantear en el transcurso de las negociaciones el riesgo que correría la CNUDMI de hacer su Reglamento de arbitraje menos atractivo desde un punto de vista comparativo. Según esta advertencia, quienes prefieran mantener sus arbitrajes confidenciales evitarán someterse al arbitraje CNUDMI. A mi modo de ver, aún sin descartar esa posibilidad, este planteo resulta exagerado. Por un lado, habrá que ver qué opciones reales ofrece el tratado pertinente, ya que cada vez hay más tratados que incluyen elevados estándares de transparencia o al menos significativos. Por otro lado, la advertencia parece desconocer que probablemente lo que ocurra sea lo contrario, es decir, que el Reglamento sobre la transparencia se aplique aunque el arbitraje no se desarrolle bajo el Reglamento de la CNUDMI.

2 La concreción de la transparencia en el Reglamento

31. En consonancia con esas definiciones esenciales, el Reglamento sobre la transparencia otorga a ésta el carácter indubitable de regla general sujeta,

48 Ibid., art. 1(1).

49 En el caso de tratados multilaterales la referencia debe entenderse hecha al Estado de la nacionalidad del demandante y al Estado demandado.

50 CNUDMI (n. 1) art. 1(2).

51 Ibid., art. 1(3)(b). Además, las disposiciones de este Reglamento prevalecen respecto de las de otros reglamentos aplicables, pero no respecto de las del tratado ni de las disposiciones imperativas del derecho aplicable (ibid., arts. 1(7) y 1(8)).

52 Ibid., art. 1(9).

como suele pasar con las reglas generales, a ciertas excepciones, referidas en este caso al carácter de la información por un lado y a la integridad del proceso arbitral por otro.⁵³ Entre las informaciones que pueden hacer ceder el principio de la transparencia, el Reglamento incluye la de carácter comercial confidencial, la que está prohibido difundir por disposición del tratado o de la ley aplicable y aquella cuya divulgación impidiera hacer cumplir la ley.⁵⁴ La protección de la integridad del proceso, en cambio, no se vincula tanto con la calidad de la información sino con la eventual reacción que ella pudiera causar. Los ejemplos mencionados por el Reglamento son elocuentes: “dificultar la reunión o presentación de pruebas, dar lugar a la intimidación de testigos, abogados de las partes litigantes o miembros del tribunal arbitral”.⁵⁵ Esto no sólo se aplica a publicación de la información sino también a la apertura de las audiencias al público. En este caso, se prevé además una excepción para los supuestos en los que no sea posible contar con la logística adecuada para garantizar la publicidad de la audiencia.⁵⁶

El ajuste del balance entre la regla general y las excepciones al caso concreto queda sometido a la discrecionalidad del tribunal arbitral el que debe decidir en cada caso consultando a las partes previamente.⁵⁷ Es legítimo pensar – como se planteó en la discusión del texto en el seno del Grupo de trabajo – que la estructura regla general/excepciones puede llegar a añadir más elementos de litigiosidad al arbitraje de inversiones.⁵⁸ Como en todos los arbitrajes, que eso se convierte en una dificultad insostenible o en algo perfectamente controlable dependerá de la astucia y la profesionalidad del tribunal arbitral, al que el Reglamento le brinda todas las armas necesarias para evitar los posibles ‘efectos colaterales’ de la puesta en práctica de la transparencia. Obviamente, en el ejercicio de sus facultades discrecionales, el tribunal deberá

53 Ibid., art. 7.

54 Ibid., art. 7(2). *In extremis*, debido a la obstinada insistencia de unos pocos Estados (entre los cuales fueron particularmente activos dos que no se han caracterizado por sus relaciones pacíficas mutuas), se incluyó además una excepción relativa a la información cuya divulgación el Estado demandado “considere contraria a sus intereses de seguridad esenciales” (ibid., art. 7(5)). Se supone que se trata de supuestos en los cuales ni el tratado ni la legislación de ese Estado prohíbe la divulgación, aspectos ya cubiertos por el Artículo 7(2).

55 Ibid., art. 7(7).

56 Ibid., art. 6(3).

57 Ver Salasky y Montineri (n. 40) 794.

58 Ver *supra* notas 24 y 25 y el texto al acompañado por éstas. Ver también C. Reith, ‘Enhancing Greater Transparency in the UNCITRAL Arbitration Rules: A Futile Attempt?’ (2012) 2 Yearbook on International Arbitration 297.

tener en cuenta tanto la finalidad esencial de garantizar la transparencia como su deber de llevar cabo el procedimiento arbitral de modo eficiente y justo.⁵⁹ El criterio rector en cada caso será tener presente que la transparencia es la regla generalísima acuñada en el Reglamento,⁶⁰ lo que impone una interpretación restrictiva de las excepciones a fin de no frustrar la misma razón de ser de éste.

32. Al margen de las excepciones que pudieran existir, todo el contenido de la transparencia al que antes me referí⁶¹ está ampliamente recogido en el Reglamento. Así, el texto no se contenta con la difusión del comienzo del arbitraje y del laudo sino que es particularmente amplio en lo que respecta a cada uno elementos constitutivos de un procedimiento arbitral accesible al público.⁶² Consecuentemente, las audiencias deben ser públicas⁶³ y todos los documentos producidos por las partes, por terceros y por el tribunal, así como las transcripciones de las audiencias (si las hubiere) deben publicarse.⁶⁴ De las pruebas en principio sólo se exige una lista, pero pueden ponerse a disposición del público a pedido 'de cualquier persona' o por decisión del tribunal. Cualquier persona puede solicitar el acceso a los informes de los peritos y las declaraciones testimoniales.

Del mismo modo, el Reglamento también contempla la intervención de terceros⁶⁵ incluidos los Estados que son partes en el tratado pero que no son parte en el arbitraje.⁶⁶ Para ello se exige al tercero que revele ciertos detalles de su persona, de su interés en el caso y de las cuestiones específicas sobre las que desea pronunciarse, datos que serán evaluados por el tribunal a efectos de permitir o no su intervención en el caso.⁶⁷ De autorizarse dicha intervención el

59 Es lo que le ordena al tribunal arbitral el Artículo 1(4) del Reglamento CNUDMI (n. 1). Se trata de una exhortación certera aunque mal planteada ya que la redacción permite una lectura que contrapone el "interés público en la transparencia" con "el interés de las partes litigantes en que la controversia se resuelva de manera justa y eficiente". Parece obvio que, sobre todo en el arbitraje de inversiones, ambos son intereses 'públicos'.

60 El Reglamento lo recuerda en una norma que nos resulta particularmente feliz: "Ante cualquier conducta, medida u otra acción que tenga el efecto de menoscabar por completo los objetivos de transparencia del presente Reglamento, el tribunal arbitral se asegurará de que prevalezcan dichos objetivos" (ibid., art. 1(6)).

61 Ver *supra* Punto III.

62 CNUDMI (n. 1) art. 3.

63 Ibid., art. 6.

64 Ibid., art. 3.

65 Ibid., art. 4.

66 Ibid., art. 5.

67 Según el Artículo 4(3) del Reglamento sobre la transparencia, lo esencial es que el tercero tenga "un interés considerable" en el asunto y que aporte "enfoques, puntos de vista

tercero deberá respetar una serie de condiciones de forma y de fondo para que su escrito sea tomado en consideración.

Finalmente, la tarea indispensable de archivar y difundir la información relativa al arbitraje ha recaído en la Secretaría de la CNUDMI.⁶⁸ La elección es lógica. Las mismas razones que justifican que las Naciones Unidas fueran el ámbito apropiado para discutir y elaborar una reglamentación sobre la transparencia en el arbitraje de inversiones, sirven de sustento para que sea la CNUDMI quien se ocupe de administrar dicha transparencia. El archivo ha comenzado a funcionar y al día de hoy ya puede verse información relativa a casos en los que es parte Canadá.

B *La convención sobre la transparencia de la CNUDMI*

33. La posibilidad plasmada en el Artículo 1(2) del Reglamento sobre la transparencia en el sentido de extender su ámbito de aplicación, ya sea por un acuerdo entre las partes litigantes o por un acuerdo entre las partes del tratado, a los arbitrajes entablados respecto de un tratado ‘existente’ antes del 1º de abril de 2014, ha recibido un espaldarazo con la aprobación de la Convención sobre la misma materia. De hecho, el preámbulo de ésta declara expresamente “la importancia práctica de promover la aplicación” del Reglamento sobre la transparencia a dichos tratados.⁶⁹

Lo que pretendía hacer la Convención era brindar a todos los Estados que quisieran adoptar la transparencia como criterio general aplicable a todos o a la mayoría de los tratados que reglamentan el arbitraje de inversiones en los que ellos participan un instrumento práctico para evitarles el difícil expediente de renegociar cada uno de esos tratados. Utilizo el verbo pretender en el más imperfecto de los pretéritos debido a que, como se constatará con una rápida lectura de la Convención, la actuación de algunos Estados, que fueron relativamente pocos pero muy aguerridos y perseverantes en las discusiones,

o conocimientos particulares distintos a los de las partes litigantes”. Si el tercero es un Estado no litigante, el Artículo 5(2) ordena al tribunal arbitral que evite la presentación de escritos a favor del inversor “de modo tal que equivalga a la protección diplomática”.

68 Otras instituciones arbitrales se ofrecieron como candidatas. Señaladamente, el CIADI y la Corte Permanente de Arbitraje (CPA). En realidad el Artículo 8 del Reglamento sobre la transparencia deja abierta la posibilidad de que la CNUDMI designe a otra institución para desempeñar esta función.

69 Ver CNUDMI, ‘Convención de las Naciones Unidas sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado’, adoptada el 10 de diciembre 2014 por la Asamblea General, UN Doc A/RES/69/116, y abierta a la firma del 17 de marzo 2015, <<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-s.pdf>>, revisado 31 de enero de 2015.

ha dado como resultado un texto en el que los mecanismos para que la Convención no se aplique⁷⁰ ocupan tanto espacio como los demás artículos ‘operativos’ del instrumento⁷¹ y, lo que es peor, un texto cuya redacción e interpretación se muestra innecesariamente complicada cuando no directamente tortuosa. La actitud de dichos Estados⁷² se basó en el temor – infundado o no – de que la Convención pudiera iluminar arbitrajes deliberadamente ‘opacos’ sin su consentimiento. De cualquier modo, parece evidente que si dos Estados quieren que los arbitrajes que los afecten sean accesibles al público, el texto alambicado de la Convención e incluso su inexistencia no será suficiente para impedirselo.

V Evaluación y perspectivas

34. El establecimiento de la transparencia como regla general en el arbitraje de inversiones marca un antes y un después en la evolución de la controvertida utilización de este mecanismo de resolución de conflictos en esta singular materia. Las Naciones Unidas no han hecho otra cosa que confirmar un estado de cosas existente, el cual se basa a su vez en un clamor que no puede ignorarse. Ningún Estado, al menos ningún Estado democrático, debería permanecer ajeno a esta evolución lógica y deseable del arbitraje de inversiones. Cuando se ha vuelto tan difícil ocultar hasta los datos más secretos, la actitud contraria puede resultar, además, absolutamente inútil.

En este sentido, los instrumentos de la CNUDMI y la nueva generación de tratados de libre comercio que contienen capítulos de inversiones que encomiendan la resolución de las controversias en la materia a tribunales arbitrales sólo vienen a disciplinar algo que ya existe de hecho.⁷³ Es dable pensar que en el caso de la CNUDMI, el reducido ámbito de aplicación del Reglamento y el texto bastante inextricable de la Convención pueden incluso llevar a un efecto contrario al deseado. El tiempo lo dirá, pero mi impresión es que a pesar

70 Es decir, todo lo contenido en los Artículos 3 y 4 de la Convención CNUDMI (n. 69), relativos respectivamente a las reservas y a la formulación de las mismas.

71 Ibid., arts. 1, 2 y 5.

72 Entre los cuales desempeñaron un rol tan importante como curioso algunos Estados miembros de la Unión Europea, en abierta oposición (¿desacato?) de las directrices de los órganos de la Unión en la materia.

73 Es lo que reconoce de algún modo el Artículo 1(5) del Reglamento sobre la transparencia cuando señala que de la existencia de éste no debe deducirse que un arbitraje regido por el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI no puede ser transparente.

de esos defectos voluntariamente provocados dichos instrumentos ayudarán a confirmar la transparencia como nuevo paradigma del arbitraje de inversiones.

35. El tiempo – que se ha hecho cada vez más corto, más instantáneo, bajo las dinámicas de la globalización – ha de servir también tal vez para responder a otros dos interrogantes de considerable importancia. Hacia adentro de las relaciones de inversión, la cuestión es si la garantía de acceso de la sociedad civil a las disputas entre inversores y Estados será suficiente o representará como mínimo un paso significativo en la aceptación de la legitimidad del arbitraje de inversiones o si, por el contrario, como sostienen algunos, este mecanismo es tan intrínsecamente perverso que debe ser reemplazado por otro indefectiblemente.

Hacia fuera, uno no puede sino preguntarse por el impacto de la transparencia sobre el arbitraje comercial. La primera reacción es la de pensar que tratándose de relaciones entre sujetos privados no hay argumentos para la publicidad, al menos en la medida que no haya intereses públicos afectados. Sin embargo, dado que el arbitraje acapara hoy en día una porción enorme del contencioso comercial internacional, no resulta nada disparatado que algunas ventanas se vayan abriendo en el edificio tradicionalmente cerrado del arbitraje comercial.

[Texto entregado en enero de 2015]