

Un análisis crítico de las normas sobre transparencia en los reglamentos de arbitraje internacional: La CCI, el CIADI y la CNUDMI.

A critical analysis of the transparency rules in the international arbitration regulations: the ICC, ICSID and UNCITRAL.

Nayiber Febles Pozo¹

Universidad de Girona

Sumario: 1. La transparencia en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales a nivel internacional. A modo de introducción. 2. La transparencia en las reglas de arbitraje de la CCI. 3. La transparencia en las reglas de arbitraje del CIADI. 4. La transparencia en las reglas de arbitraje de la CNUDMI: especial referencia al Reglamento sobre la Transparencia en el arbitraje inversionista-Estado. 4.1 Ámbito de aplicación del Reglamento sobre la Transparencia. 4.1.1 Aplicabilidad del Reglamento. 4.1.2 Aplicación del Reglamento. 4.1.3 Discrecionalidad y autoridad del tribunal arbitral. 4.1.4 Instrumento aplicable en caso de conflicto. 4.1.5 Aplicación en arbitrajes que no estén sujetos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. 4.2 Publicación de información al inicio del procedimiento arbitral. 4.3 Publicación de documentos. 4.4 Escritos presentados por terceros. 4.5 Escritos presentados por partes en el tratado que no sean litigantes. 4.6 Audiencias. 4.7 Excepciones a la norma de transparencia. 4.7.1 Información confidencial o protegida. 4.7.2 Integridad del proceso arbitral. 4.8 Archivo de la información publicada. 5. La convencionalización de las Reglas sobre la Transparencia de la CNUDMI: la Convención de Mauricio. 6. Consideraciones finales. 7. Bibliografía.

Resumen: La transparencia ha resultado muy aclamada en el arbitraje internacional, especialmente en el arbitraje de inversiones, teniendo en cuenta el interés público presente en el sistema de solución de controversias inversionista-Estado. Sin embargo, actualmente la regulación de normas sobre la transparencia en los reglamentos de arbitraje internacional es insuficiente. Cuestión esta que constituye el punto de partida del presente trabajo, teniéndose como referencia las reglas de arbitraje de la CCI, el CIADI y la CNUDMI, así como la Convención de Mauricio sobre la transparencia.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Girona (Sobresaliente “Cum Laude” por unanimidad). Ha impartido conferencias y cursos de especialización en varias universidades nacionales y extranjeras. Es autor de una monografía y numerosos artículos publicados en revistas nacionales e internacionales especializadas en el ámbito jurídico. Las líneas de investigación que desarrolla actualmente se relacionan con el Derecho internacional privado, el Comercio internacional y la Inversión extranjera, centrándose en ésta última, en las cuestiones relacionadas con la resolución de controversias, específicamente, el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversiones. Es miembro de varios grupos de investigación en España y en el extranjero. Actualmente se desempeña como director académico de la Red Iberoamericana de Investigación Interuniversitaria para el Diálogo Jurídico entre Europa y América (REDIJE) perteneciente a la Universidad de Girona, España.

Recibido: 16/05/2019

Aceptado: 25/06/2019

Palabras clave: Transparencia, Arbitraje internacional, Reglamentos de arbitraje.

Abstract: Transparency has been highly acclaimed in international arbitration, especially in investment arbitration, taking into account the public interest present in the investor-state dispute settlement system. However, currently the regulation of rules on transparency in international arbitration regulations is insufficient. This question constitutes the starting point of the present work, having as reference the arbitration rules of the ICC, the ICSID and the UNCITRAL, as well as the Mauritius Convention on Transparency.

Keywords: Transparency, International Arbitration, Arbitration Regulations.

1. La transparencia en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales a nivel internacional. A modo de introducción.

En las últimas décadas ha sido muy significativa la atención que se le ha prestado a los procedimientos internacionales de solución de controversias. En este sentido, muchas de las decisiones de tribunales y hasta de las propias cortes internacionales de arbitraje han allanado el camino respecto a la implementación de nuevas modificaciones en los procedimientos arbitrales en el ámbito internacional.

Hoy en día, las decisiones judiciales y reformas legislativas adoptadas en diferentes Estados demuestran que la confidencialidad se ha ido debilitando cada día más en cuanto principio del arbitraje². No obstante, aunque muchos Estados en sus legislaciones y también reglamentos de algunas instituciones arbitrales siguen apostando por la confidencialidad, actualmente se constata un considerable debilitamiento al respecto. Tanto es así, que muchos Estados con gran tradición en el arbitraje ya no la consideran como un factor esencial del mismo³. No podemos negar que la confidencialidad aún conserva un peso importante en el arbitraje comercial, pero muy distante de la solidez que le caracterizaba como elemento esencial del arbitraje comercial⁴.

Desde el punto de vista práctico, la ausencia de confidencialidad y privacidad en el arbitraje comercial condiciona la existencia de transparencia en el mismo, o sea, la transparencia no es más que la negación de la confidencialidad en el arbitraje internacional, logrando que el mismo sea más accesible a terceros y al público en general. Hay que plantearse, pues, ¿hasta qué punto son transparentes las reglas que rigen el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversiones? En busca de una respuesta a dicha interrogante, nos adentramos en el análisis de los reglamentos de arbitraje de las instituciones que consideramos más importantes y de mayor repercusión a nivel internacional, dígame, las reglas de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI), las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y el Reglamento sobre la Transparencia de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), estas últimas en relación con el arbitraje de inversiones, teniendo en cuenta que la mayoría de las controversias entre inversores y Estados son administradas por los reglamentos de ambas instituciones. Además, cuando de transparencia en las reglas arbitrales se trata, resulta inadmisibles no adentrarnos en el estudio de las normas sobre transparencia en el arbitraje de inversiones, e incluso,

² Véase el Report on Confidentiality in International Commercial Arbitration, adoptado por el Committee on International Commercial Arbitration de la International Law Association, 2010. Disponible en: <http://www.ila-hq.org/en/committees/index.cfm/cid/19>, consultado 14/05/2019.

³ GAILLARD, E., DE LAPASSE, P. "Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international", *Recueil Dalloz*, 2011, p.84.

⁴ FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. "El auge del arbitraje frente al debate sobre su legitimidad" *Jornadas sobre The Transformation of Enforcement*, Instituto Universitario Europeo de Florencia, 2013.

se hace imprescindible también el estudio de la propia Convención sobre la transparencia de la CNUDMI o Convención de Mauricio, como comúnmente se la conoce. Cuestiones éstas que constituyen el objeto del presente trabajo y que analizamos seguidamente.

2. La transparencia en las reglas de arbitraje de la CCI.

En el Reglamento de Arbitraje de la CCI del 2012, modificado y vigente a partir del 1 de marzo de 2017, las normas sobre la transparencia tienen escasa acogida. El propio Prefacio del Reglamento afirma que los arbitrajes de la CCI, con la implementación de las nuevas modificaciones, serán más transparentes, fundamentando dicha afirmación en que la Corte podrá informar un número más amplio de decisiones, siempre que una de las partes así lo solicite⁵. Sin embargo, creemos que dicha afirmación no es del todo efectiva, ya que la Corte procura hacer más transparente sus arbitrajes siempre que no se vean comprometidas las expectativas de confidencialidad, teniendo en cuenta la importancia que reviste para las partes durante todo el procedimiento. Por lo que, bajo la protección de la confidencialidad, pueden existir procedimientos arbitrales con una fuerte presencia de interés público carentes de transparencia.

En consonancia, con esta política (y salvo que las partes acuerden lo contrario), la Corte publicará en el sitio web de la CCI, en relación con los arbitrajes registrados desde el 1 de enero de 2016, la siguiente información: (i) los nombres de los árbitros, (ii) su nacionalidad, (iii) su posición dentro del tribunal, (iv) la forma de su designación y (v) si el arbitraje está pendiente de resolución o cerrado. El número de referencia del arbitraje y los nombres de las partes no serán publicados⁶. Sin embargo, consideramos que dicha información sólo en apariencia supone un incremento efectivo de la transparencia. En efecto, poco nos puede ilustrar dicha información en los casos en los que el Estado o un ente público sean parte en el arbitraje, siendo éstos procedimientos a los que se le exige una mayor transparencia, tanto por terceros, como por la propia sociedad civil respecto a sus actuaciones. De poco vale conocer únicamente la información acerca de los árbitros que actuarán como miembros del tribunal, cuando ni siquiera se conocen las causas u objeto de la litis, cuantía reclamada, daños ocasionados, en caso de modificación o cambio en el tribunal arbitral, las causas que lo haya motivado, entre otros. Esta es en realidad la información que le interesa conocer, tanto a terceros como al público en general, al menos, insistimos, cuando una de las partes es un ente público.

Desde el punto de vista de las audiencias, el propio Reglamento establece que, salvo autorización del tribunal y de las partes, serán privadas, no serán abiertas al público⁷. No existe en las reglas de la CCI disposición alguna que permita la presentación de terceros, la publicación de documentos o el propio laudo, dejando dicha determinación en poder de las partes o del tribunal arbitral en ausencia de acuerdo entre las partes, siempre en relación o de conformidad con las leyes

⁵ En este sentido, el párrafo 6, del Prefacio del Reglamento de Arbitraje de la CCI del 2017, reconoce que: *“Con el Reglamento de 2017, los arbitrajes de la CCI serán aún más transparentes, ya que ahora la Corte podrá comunicar los motivos de un número amplio de decisiones importantes, si así lo solicita una de las partes. El artículo 11(4) se ha modificado en este sentido”*.

⁶ Tal y como lo refleja la “Nota a las partes y al tribunal arbitral sobre la conducción del arbitraje de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI”, emitida por la CCI, en fecha 1 de marzo de 2017. Disponible en: http://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2017/03/Nota-a-las-partes-y-al-Tribunal-Arbitral-sobre-la-conducci%C3%B3n-del-arbitraje-de-conformidad-con-el-Reglamento-de-Arbitraje_CCI_1-marzo-2.pdf, consultado el 14/05/2019.

⁷ Al respecto, el Artículo 26.3 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, establece: *“El tribunal arbitral tendrá la plena dirección de las audiencias, en las cuales todas las partes tienen derecho a estar presente. Salvo autorización del tribunal arbitral y de las partes, las audiencias no estarán abiertas a personas ajenas al proceso”*.

aplicables al caso, lo que reafirma una vez más la fuerza enraizada de la confidencialidad y privacidad en este tipo de procedimientos.

Sin embargo, consideramos que, ante el innegable carácter privado que tiene el arbitraje comercial internacional, éste debe ceder siempre y cuando una de las partes sea un Estado o un ente público, teniendo en cuenta el interés público presente en la cuestión, lo que amerita un cambio de mentalidad en este sentido respecto al arbitraje comercial. La CCI, como principal institución arbitral, debe reconocer que sus procedimientos no están al margen, en determinados momentos, de un interés público, el cual debe ser tenido en cuenta y que posibilita una mayor transparencia de los mismos, permitiendo que sean conocidos por terceros ajenos al procedimiento y hasta por la propia sociedad civil, máxima exigente de la transparencia en este tipo de arbitrajes con presencia de una parte estatal o pública.

3. La transparencia en las reglas de arbitraje del CIADI.

A diferencia del arbitraje comercial internacional, que tradicionalmente se basa en el principio de confidencialidad⁸ -aunque debemos destacar la existencia de jurisdicciones que no lo aceptan como modalidad por defecto, por lo que las partes deben incorporar específicamente la confidencialidad en su acuerdo de arbitraje⁹-, el sistema de solución de conflictos inversionista-Estado tiene una fuerte implicación en el interés público, estando presente en litigios relacionados con los recursos naturales, cuestiones ambientales o de salud pública de los Estados. Como el Estado anfitrión es normalmente el demandado, los poderes reguladores, los objetivos de las políticas públicas y la recaudación económica de los contribuyentes pueden estar involucrados en los casos de arbitraje de inversiones, motivos estos que han propiciado un aumento de las exigencias respecto a la transparencia en el arbitraje inversionista-Estado a nivel internacional.

En el ámbito más restringido del Derecho internacional de las inversiones, la transparencia puede tener varias dimensiones. Por un lado, puede remitirse a la obligación del Estado anfitrión de proporcionar información adecuada al inversor extranjero sobre su legislación pertinente y los procesos administrativos de toma de decisiones, en la medida en que pueda afectar a la inversión extranjera. Dichas obligaciones en materia de transparencia pueden exigir que los Estados publiquen sin demora o pongan de manera pública a disposición del público sus leyes, reglamentos, procedimientos y decisiones judiciales de alcance general a fin de proporcionar seguridad jurídica y suficiente claridad en términos del Estado de Derecho, lo que suele llamarse transparencia reglamentaria.

De hecho, algunos tribunales de arbitraje de inversiones han considerado la transparencia reglamentaria de parte del criterio sustantivo de "trato justo y equitativo"¹⁰, e incluso el principio de transparencia es considerado importante en el Derecho internacional de las inversiones, particularmente como un elemento de la propia norma de trato justo y equitativo¹¹. Lo que podemos apreciar en el caso *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos México*, administrado bajo las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI. Controversia que surge de las actividades de

⁸ FELICIANO, F. "The 'Ordre Public' Dimensions of Confidentiality and Transparency in International Arbitration: Examining Confidentiality in the Light of Governance Requirements in International Investment and Trade Arbitration", in NAKAGAWA, J. (Ed). *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*, Routledge, London, 2013, pp. 15-29.

⁹ DE LY, F., FRIEDMAN, M., RADICATI DI BROZOLO, L. (Eds.). "International Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on 'Confidentiality in International Commercial Arbitration'", *International Law Association*, 2012. Disponible en: <http://arbitration.oxfordjournals.org/content/28/3/355>, consultado el 14/05/2019.

¹⁰ PAPANISKIS, M. *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 39-83.

¹¹ YANNACA-SMALL, K. "Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments", in REINISCH, A. (Ed). *Standards of Investment Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 121-122.

Metalclad Corporation (Demandante) en el municipio mexicano de Guadalcázar en el Estado mexicano de San Luis Potosí. Metalclad Corporation alega que los Estados Unidos Mexicanos (Demandado), a través de sus Gobiernos tanto regionales como estatales, interfirieron en el desarrollo y operación de su confinamiento de residuos peligrosos. Metalclad Corporation fundamenta que esa interferencia es una violación de las disposiciones del Capítulo Once sobre inversión del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN).

En particular, el Demando alega violaciones al artículo 1105 del TLCAN que dispone que cada Parte en el TLCAN “otorgue a las inversiones de inversionistas de otra Parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas”, y al artículo 1110 del propio tratado que establece que “ninguna de las Partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública, (b) sobre bases no discriminatorias, (c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(1) y (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6”. México niega los alegatos presentados por el Demandando, y el Tribunal, en su análisis sobre el trato justo y equitativo, expresó que la transparencia es pertinente cuando se aplica el estándar de protección de un trato justo y equitativo, afirmando: “*En la declaración de principios y reglas que introduce el Tratado, la referencia a la “transparencia” es de importancia mayor. (Artículo 102(1) del TLCAN). El Tribunal entiende que esto incluye la idea de que todo requerimiento legal pertinente a efecto de iniciar, completar u operar exitosamente inversiones realizadas, o que se tenga intención de realizar al amparo del Tratado, deberían de ser de fácil conocimiento de todos los inversionistas afectados de la otra Parte*”¹². El tribunal resuelve el caso dictando un laudo a favor del Demandante. Pero México solicitó la nulidad del laudo ante una corte canadiense que sostuvo parcialmente la validez del mismo¹³.

Como se puede observar en el citado caso, el tribunal le atribuye un papel muy significativo al principio de transparencia y en el que cabe interpretaciones mucho más amplias del alcance del estándar de trato justo y equitativo. Si el Estado no garantiza un marco reglamentario transparente, comete una infracción grave del acuerdo original de inversión al que están vinculadas las partes¹⁴. En otro sentido, la transparencia también puede referirse a las obligaciones del inversionista extranjero de proporcionar información sobre la inversión -sin que afecte los secretos comerciales o el *know how*- y su impacto en el sistema interno de los Estados.

La iniciativa más significativa hasta la fecha ha sido el movimiento hacia audiencias abiertas en el arbitraje de inversiones, estableciendo requisitos de apertura y publicidad para asegurar el acceso público a los procedimientos arbitrales entre un inversionista extranjero y un Estado, tal y como ha ocurrido en el TLCAN y que analizamos más adelante. Sin embargo, mucho más restringida se encuentra la celebración de audiencias públicas en el ámbito de la CNUDMI y el CIADI. En este sentido, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI obliga a las partes contendientes a dar su consentimiento a la apertura de las audiencias, al reconocer: “*Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada a menos que las partes acuerden lo contrario. El tribunal arbitral podrá requerir a todo testigo o perito que se retire durante la declaración de otros testigos, salvo que, en principio, no deberá requerirse, a un*

¹² Véase, el caso *Metalclad Corporation vs. Estados Unidos México*, Caso No. ARB (AF)/97/1, 2000, Laudo, paragraph. 75-76.

¹³ BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L. (Eds.). *International Investment Law and Sustainable Development Key Cases from 2000-2010*, Winnepeg: International Institute for Sustainable Development, 2011, p. 75.

¹⁴ DUSSAN LAVERDE, S. “Analysis of the Principle of Transparency with Special Reference to Its Implications for the Procedure of International Investment Arbitration”, *Criterio Jurídico*, Vol. 11, No. 1, 2011, p. 118.

*testigo o perito que sea parte en el arbitraje, que se retire*¹⁵, siendo más matizado al respecto el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, al establecer: *"Salvo objeción de alguna de las partes, el Tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas además de las partes, sus apoderados, consejeros jurídicos y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal asistan a la totalidad o a parte de las audiencias, o las observen. En dichos casos el Tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de la información privilegiada o protegida"*¹⁶. Sin embargo, el propio reglamento faculta al tribunal a establecer procedimientos -sin establecer qué tipo de procedimientos, por ejemplo, una contraprestación o indemnización-, para proteger la información confidencial.

El desarrollo de la transparencia en las normas del CIADI, aunque con elementos menos estrictos, predominando más la discreción de las partes que en el TLCAN, se alcanzó con la reforma del Reglamento CIADI y su Reglamento Complementario del año 2006. Que junto a la Regla 39(2) sobre la apertura de las audiencias al público, se une la Regla 37(2) sobre la opción de las presentaciones de "partes no contendientes", permitiendo que los tribunales puedan considerar la admisión de presentaciones de escritos por terceras partes -por ejemplo, *amicus curiae*-, siempre que consideren que: *"(...) la presentación de las partes no contendientes ayudaría en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particular distinta a aquellos de las partes en la diferencia; que la presentación de las partes no contendiente abarque una cuestión dentro del ámbito de la diferencia y que la parte no contendiente tenga un interés significativo en el procedimiento. El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente"*¹⁷, y la Regla 48(4) sobre la comunicación de los laudos, la cual establece que: *"(...) el Centro deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento del Tribunal"*¹⁸. El mayor cambio respecto a la transparencia en las reglas del CIADI ha sido la participación de terceros, ya que previo a las modificaciones introducidas en el año 2006 no se preveía la presentación de comunicaciones por parte de terceros.

En este sentido, las disposiciones sobre transparencia del CIADI, en el ámbito comparado, son más débiles que las negociadas por los Estados Unidos en sus Acuerdos Internacionales de Inversión (AII), e incluso las pactadas en el propio TLCAN. Estas modificaciones han propiciado que el CIADI pueda publicar en su sitio web algunos detalles de los procedimientos relativos a las controversias registradas por la secretaría, incluyendo la composición del tribunal arbitral, el estado del procedimiento, las órdenes emitidas por el tribunal. Pero el propio Reglamento prohíbe, la publicación del fallo, dígase, los laudos, sin el consentimiento de las partes.

El CIADI está obligado a proporcionar al público, únicamente, extractos del razonamiento jurídico del Tribunal, tal y como lo establece su Reglamento. Pero los alegatos presentados por las partes, así como los testimonios de expertos y de

¹⁵ Artículo 28(3) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI del año 2013.

¹⁶ Regla 39(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

¹⁷ Véase, Regla 37(2) del Reglamento de Arbitraje del CIADI.

¹⁸ La Regla 48(4) del Reglamento de Arbitraje del CIADI establece; *"El Centro no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes. Sin embargo, el Centro deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del Tribunal"*. Véase, <http://icsidfiles.worldbank.org/icsid/icsid/staticfiles/basicdoc-spa/partF-chap06.htm#r48>; también, University of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1151. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1739174>, consultados ambos sitios web el 14/05/2019.

testigos, en la gran mayoría de las veces siguen siendo confidenciales¹⁹. De hecho, la mayoría de los laudos del CIADI no se publican. Por ello, si bien podemos apreciar un paso de avance del CIADI respecto a la transparencia, creemos que las modificaciones introducidas en sus respectivas Reglas no son suficientes, persisten rasgos de debilidad de la institución respecto a las normas de transparencia en el procedimiento arbitral, encontrándose muy distante de las normas sobre la transparencia establecidas en el propio TLCAN.

Por otra parte, la reforma del CIADI del año 2006 permitió expresamente la presentación de escritos de *amicus curiae*. La Regla 37(2) del Reglamento de Arbitraje del CIADI ha sido interpretada por los tribunales para indicar que un tercero, por ejemplo, una ONG interesada, debe solicitar autorización al tribunal para presentar declaraciones escritas para que éste las considere. El tribunal decide después de consultar a las partes, pero tiene el poder de admitir presentaciones de terceros, incluso si una parte en la controversia objeta. Sin embargo, según la Regla 32(2) del propio Reglamento, el permiso para presentar un escrito de *amicus* no implica que el tercero tenga derecho a asistir a audiencias privadas o acceder a documentos que no son de dominio público²⁰, siendo ésta una dificultad en el enfoque adoptado por el CIADI, ya que los beneficios en la presentación de *amicus* hubiesen sido mayores si éstos, dígase los terceros, pudieran tener acceso a toda la documentación de la disputa.

En consecuencia, los tribunales arbitrales hoy en día, careciendo de un marco regulador de la transparencia sólido, consistente, que les permita una mayor transparencia del procedimiento deben, en el actuar de sus facultades, establecer el límite preciso entre la transparencia y la confidencialidad -cuestión de extrema complejidad-, teniendo en cuenta las reglas de arbitraje aplicables y, especialmente, el acuerdo de inversión en el que se basa el litigio.

Eso es precisamente lo que ocurrió en el caso *Telefónica S.A. vs. United Mexican States*²¹, en el cual el tribunal tuvo que enfrentarse a un desacuerdo entre las partes respecto a la confidencialidad y la transparencia. Telefónica S.A (Demandante) somete a consideración del Tribunal la cláusula de confidencialidad pactada entre las partes, alegando que la información que se ha presentado y que se seguirá

¹⁹ MAUPIN, J.A.: "Transparency in International Investment Law". Disponible en: <http://scholarship.law.duke.edu/do/search/?q=Maupin%20Transparency&start=0&context=1022222>, consultado el 14/05/2019.

²⁰ Véase el caso, *Biwater Gauff Ltd. vs. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 5, párrafs. 46 y 68-72, 2007. Disponible en: https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0091_0.pdf, consultado 14/05/2019. En este caso el Tribunal tuvo que determinar si las reglas recién enmendadas del CIADI no solo permitían la presentación de *amicus curiae*, sino también si permitían a los *amicus* presentar argumentos orales ante el tribunal. Finalmente, el tribunal aceptó las presentaciones de *amicus curiae*, pero les negó el acceso a las audiencias porque el demandante (*Biwater Gauff*) se opuso a ellos. El tribunal no reveló los documentos presentados en el proceso, pero especificó que le corresponde al tribunal lograr un equilibrio entre transparencia y confidencialidad. El caso referenciado es un fiel ejemplo de la relación existente entre la divulgación, la apertura de audiencias y la participación de *amicus curiae* en el proceso de resolución de disputas inversionista-Estado. En este sentido, véase también; GRISEL, F., VINUALES, J. "L'Amicus Curiae dans l'arbitrage d'investissement", *ICSID Rev.*, Vol. 23, 2007, pp. 380, 396-407; ISHIKAWA T. "Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, No. 2, 2010, pp. 373-412; TRIANTAFILOU E.E. "Amicus Submissions in Investor-State Arbitration After Suez v. Argentina", *Arbitration International Law*, Vol. 24, 2008, p. 571. VINUALES J. "Amicus Intervention in Investment Arbitration", *Dispute Resolution Journal*, Vol 61, No. 4, 2007, p. 72.

²¹ Véase el caso, *Telefónica S.A. vs. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/4, Procedural Order No. 1, 2013, pp. 16-23. Disponible en: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1597.pdf>, consultado el 14/05/2019.

presentando durante el procedimiento es información confidencial, resultando muy difícil disociar la información de carácter público de la información confidencial, ya que incluye "(...) información relativa a los costos, ingresos y rentabilidad de la inversión de Telefónica en México, su topología de red y uso de tecnologías y espectro, así como estimaciones de Telefónica y/o terceros respecto de esos y/u otros rubros similares de los competidores de las concesionarias mexicanas de Telefónica, estados contables, estados financieros, participación del mercado, proyecciones de mercado, entre mucha otra de similar naturaleza"²², por lo que la utilización de dicha información fuera del procedimiento y utilizada de forma ventajosa por terceros ajenos a la controversia, podría causar daños y perjuicios tanto a Telefónica como a la Demandada, motivo por el cual exige la confidencialidad de la información.

La Demandada señala, entre otras cosas, que ni el APPRI ni el Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) imponen una obligación de confidencialidad a las Partes, excepto en lo relativo a la audiencia. Según la Demandada, "el hecho de que el APPRI únicamente se refiera a la publicidad del laudo no significa que el resto de la información del procedimiento deba ser confidencial. Por el contrario, la ausencia de disposición al respecto en el APPRI lleva a entender que la Demandada nunca asumió una obligación de confidencialidad como la propuesta por la Demandante"²³.

Analizado los argumentos presentados por las Partes, el tribunal consideró que no prosperaba ninguna de las cláusulas de confidencialidad presentadas a su valoración, por la razón que "ni el APPRI, ni el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el Convenio CIADI), ni el Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) contienen reglas generales de publicidad o confidencialidad que deban ser observadas por las Partes en el presente procedimiento"²⁴. En este sentido, teniendo en cuenta que las Partes no han llegado a acuerdo alguno sobre la confidencialidad y ante la ausencia de una norma específica sobre confidencialidad en el APPRI y en el Reglamento del Mecanismo Complementario, y al no ser aplicable las disposiciones invocadas por la Demandada, el Tribunal considera que debe aplicar el artículo 35 del Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) que establece que "cualquier cuestión de procedimiento no contemplada en este Reglamento o en cualesquiera normas acordadas por las partes será decidida por el Tribunal"²⁵. De esta manera, el Tribunal considera que se preserva la integridad del procedimiento y se protege la información que esté sujeta a confidencialidad, al concluir que: "Las Partes deben abstenerse de revelar a terceros: las actas o minutas de las audiencias; los Documentos aportados por las Partes en el procedimiento; la correspondencia relativa al procedimiento (intercambiada entre las Partes o entre éstas y el tribunal)"²⁶. No podrá modificarse o levantar dichas restricciones sin autorización del tribunal.

En suma, consideramos imprescindible la existencia de un marco legal coherente sobre la transparencia. De esta forma, los resultados o decisiones de los tribunales arbitrales y el propio procedimiento arbitral tendrán una mejor fundamentación, partiendo de un justo equilibrio entre la transparencia y la confidencialidad, en total cumplimiento de los derechos de las partes en litigio, cuestión que puede influir en la posterior ejecución del laudo y su aceptación por el Estado receptor de la inversión. La importancia y trascendencia de las cuestiones antes referidas, así como la presión de los Estados y la propia sociedad respecto a la transparencia en el arbitraje de inversiones, han sido motivo, entre otros, para que el CIADI tomara un mayor interés en el asunto y comenzara a preocuparse por una posible modificación de sus actuales Reglas.

Así pues, el 3 de agosto de 2018, el CIADI publica amplias propuestas de modernización de sus actuales reglas, invitando a los Estados y al público en general

²² Ibidem, p. 18.

²³ Ibidem, p. 21.

²⁴ Ídem.

²⁵ Ibidem, p. 25.

²⁶ Ibidem, p. 27.

a presentar sus comentarios sobre las propuestas de enmiendas presentadas, concluyendo el proceso de consulta el 28 de diciembre del propio año²⁷. Las actuales enmiendas propuestas a las Reglas de Arbitraje del CIADI²⁸ y al Mecanismo Complementario²⁹ prevén una mayor publicación de la documentación. Sin embargo, en cuanto a la publicación del laudo, será posible siempre que exista el consentimiento de las partes, por lo que no existe variación alguna al respecto, debido, fundamentalmente, a la propia limitación existente en el Convenio del CIADI que no será modificado. Aún y cuando continúa predominando el consentimiento de las partes para la publicación del laudo³⁰, se pretende introducir como novedad una disposición, la Regla 44 del Reglamento, que considera que dicho consentimiento existe después de transcurridos 60 días si una parte no se opone por escrito³¹. Si una parte se opone, el Centro publicará extractos jurídicos³², como ocurre en la actualidad.

La mayor novedad introducida en materia de transparencia en las propuestas de enmiendas presentadas por el CIADI se encuentra en el Reglamento del Mecanismo Complementario. Estas no se encuentran limitadas por el consentimiento exigido en cuanto a la publicación de los laudos en el Convenio y, por lo tanto, las disposiciones propuestas en el Reglamento de Arbitraje difieren de las recomendadas en el Reglamento del Mecanismo Complementario. La regla propuesta en éste último propone que: *"El Centro publicará laudos, resoluciones y decisiones dentro de los 60 días siguientes a su emisión, con cualquier supresión de texto que haya sido acordada por las partes y notificada conjuntamente al Centro dentro del plazo de 60 días"*³³. La actual propuesta al Mecanismo Complementario del CIADI prevé un umbral mucho más amplio en cuanto a la publicación de los laudos que el propuesto en el propio Reglamento de arbitraje, con la única excepción de la supresión de parte del texto del propio laudo que se considere no necesario su publicación. En caso de no existir un acuerdo entre las partes en relación con la supresión de texto, la decisión final recae en el Tribunal.

4. La transparencia en las reglas de arbitraje de la CNUDMI: especial referencia al Reglamento sobre la Transparencia en el arbitraje inversionista-Estado.

Anterior a la adopción de las Reglas sobre la transparencia en el arbitraje de inversiones, el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI contenía en sus disposiciones muy pocas referencias a la transparencia en el procedimiento arbitral en comparación con las enmiendas del CIADI del 2006. Con una lectura de las actuales reglas de la

²⁷ Puede consultarse el "Proceso de Enmienda de las Reglas y el Reglamento del CIADI" disponible en <https://icsid.worldbank.org/sp/Amendments>, consultado el 14/05/2019.

²⁸ Propuesta de Regla 46 del Reglamento de Arbitraje CIADI; *"A solicitud de una de las partes, el Centro publicará cualquier escrito, observación u otro documento que esa parte haya presentado en el marco del procedimiento, con las supresiones de texto acordadas por las partes"*.

²⁹ Propuesta de Regla 55 del Reglamento del Mecanismo Complementario CIADI; *"A solicitud de una de las partes, el Centro publicará cualquier escrito, observación u otro documento que esa parte haya presentado en el marco del procedimiento, con las supresiones de texto acordadas por las partes"*.

³⁰ Propuesta de Regla 44(1) del Reglamento de Arbitraje CIADI; *"El Centro publicará todo laudo, decisión suplementaria sobre un laudo, rectificación, aclaración, y revisión de un laudo y decisión sobre anulación, con el consentimiento de las partes"*.

³¹ Propuesta de Regla 44(2) del Reglamento de Arbitraje CIADI reconoce que; *"Si ninguna de las partes objeta por escrito a la publicación de los documentos a los que se hace referencia en el párrafo (1) dentro de los 60 días siguientes a la fecha de envío del documento, se considerará que esta ha otorgado su consentimiento para publicarlos"*.

³² Propuesta de Regla 44(3) del Reglamento de Arbitraje CIADI; *"En ausencia del consentimiento de las partes al que se hace referencia en los párrafos (1) o (2), el Centro publicará extractos del razonamiento jurídico de dichos documentos (...)"*.

³³ Propuesta de Regla 54 del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

CNUDMI del 2010, podemos constatar la laguna existente en cuanto a la regulación de la transparencia, solo se hace mención a la publicación del laudo en el Art. 34(5) al establecer: "*Podrá hacerse público el laudo con el consentimiento de las partes o cuando una parte tenga la obligación jurídica de darlo a conocer para proteger o ejercer un derecho, y en la medida en que así sea, o con motivo de un procedimiento legal ante un tribunal u otra autoridad competente*"³⁴. Generalmente, las audiencias eran cerradas al público, no se permitía la divulgación de la documentación o el laudo, ni se admitía en su totalidad la participación de terceros Estados en el procedimiento. Es con la adopción del Reglamento sobre la Transparencia que las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, con la incorporación del nuevo artículo 4 que hace una incorporación por referencia del Reglamento sobre la Transparencia en los arbitraje entre inversionista y Estados entablados de conformidad con un tratado³⁵, que permiten una mayor transparencia en el proceso arbitral.

El nuevo Reglamento sobre la Transparencia, con el fin de garantizar una mayor transparencia en el arbitraje inversionista-Estado durante todo el proceso, prevé una apertura del procedimiento arbitral y reemplaza a la anterior norma sancionadora de la CNUDMI que permitía, escasamente, la no publicidad de los procedimientos arbitrales, el no conocimiento público de éstos³⁶. El mismo constituye el primer ejemplo de regulación integral de la transparencia obligatoria como parte de las normas *ad hoc* o institucionales aplicables al arbitraje sobre tratados de inversión.

En comparación con las enmiendas realizadas a las reglas del CIADI en 2006, que permiten sustancialmente cierta transparencia a las partes en los procedimientos arbitrales, las Reglas sobre la Transparencia de la CNUDMI distan mucho de las reglas del CIADI, y dan un paso más allá en la búsqueda de una mayor transparencia en el procedimiento arbitral. Tanto es así que proporcionan a las partes el acceso público a los documentos durante el proceso, incluyendo las presentaciones de las partes, con excepción de aquellos casos en los que el acceso debe ser restringido, teniendo en cuenta la existencia de información confidencial o por preservar la integridad del proceso arbitral. Las Reglas sobre la Transparencia de la CNUDMI, en relación con la ya mencionada Regla 37(2) del CIADI, resultan ser un poco más detalladas y establecen la distinción entre terceras personas o Partes y Partes no Contendientes en el tratado³⁷, aunque hemos de reconocer que los efectos en ambos reglamentos son prácticamente los mismos, no existe una gran diferenciación al respecto. Sin duda alguna, el desarrollo de la transparencia en el arbitraje inversionista-Estado, demuestra que se ha ido asumiendo a nivel internacional mayor conciencia en cuanto a la presencia del interés público en este tipo de arbitraje, teniendo como objetivo principal promover la responsabilidad de los Estados frente a las actividades públicas que desarrollan y que pueden acarrear en futuros arbitrajes de inversiones.

Las reglas de transparencia del Reglamento que nos ocupa tratan cuatro aspectos de trascendental relevancia para el arbitraje inversionista-Estado: notificación de nuevos arbitrajes, acceso a documentos, presentaciones de terceros y audiencias abiertas. Por la relevancia que tiene el Reglamento sobre la Transparencia en este tipo de arbitraje, en el presente epígrafe realizamos un análisis del mismo, iniciando

³⁴ Art. 34(5) del Reglamento de la CNUDMI del 2010.

³⁵ En este sentido, el Art. 4 del Reglamento de la CNUDMI, aprobado en 2013 establece: "*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*".

³⁶ En las versiones anteriores del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, las controversias inversionista-Estado escasamente se hacían públicas, aunque estuvieran en juego políticas públicas importantes o se descubrieran prácticas comerciales corruptas o ilegales. Véase, JOHNSON, L., BERNASCONI-OSTERWALDER, N. *New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps*, Columbia University, 2013, p. 4.

³⁷ BOISSON DE CHAZOURNES, L., BARUTI, R. "Transparency in Investor-State Arbitration: An Incremental Approach", *Bahrain Chamber for Dispute Resolution International Arbitration Review*, Vol. 2, No. 1, 2015, p. 74.

por las reglas sobre el alcance y el método de aplicación, para adentrarnos posteriormente a las disposiciones de apertura, divulgación, excepciones y repositorio o archivo de la información, siempre respetando la estructura formal del propio reglamento, lo que nos permitirá una mejor comprensión de sus preceptos.

4.1 Ámbito de aplicación del Reglamento sobre la Transparencia.

Respecto al ámbito de aplicación del Reglamento sobre la Transparencia (Art. 1), en el que se establece, la aplicabilidad, aplicación, discrecionalidad y autoridad del tribunal arbitral, el instrumento aplicable en caso de conflicto y la aplicación de las propias reglas a los arbitrajes no sujetos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Parece claro que el mismo, desde sus propios inicios, vaticina el comienzo de una nueva etapa a nivel internacional sin precedente en el arbitraje de inversiones: la de un marco jurídico armonizado sobre la transparencia en el arbitraje de inversiones, o, coincidiendo con SILVA ROMERO y FELIPE MERIZALDE, la de una inexorable transparencia en el arbitraje de inversiones³⁸.

4.1.1 Aplicabilidad del Reglamento.

Como hemos comentado antes, en abril del 2014 entró en vigor el Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI (en lo adelante el Reglamento). De conformidad con el artículo 1.1, es aplicable por defecto a los arbitrajes inversionista-Estado bajo las reglas de la CNUDMI entablados en virtud de un tratado de inversión celebrado en la fecha de entrada en vigor del Reglamento o posterior³⁹. No obstante, los Estados Partes del tratado pueden modificar la regla de aplicación por defecto, optando por no incorporarlas en futuros tratados e incorporando expresamente una exclusión del Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI, o especificando que solo se aplicará el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI tal como fue adoptado en 1976, excluyendo así el artículo 1.4 del actual Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI⁴⁰.

El Artículo 1.1 del Reglamento regula su aplicabilidad en el arbitraje inversionista-Estado. En este sentido, desde sus inicios el propio Reglamento establece cuatro condiciones o requisitos que fundamentan la aplicabilidad del mismo y que analizamos a continuación:

- i) La controversia debe ser *entre un inversionista y un Estado*. Al respecto, debe reconocerse que el propio Reglamento no especifica qué condiciones, requisitos, o el tipo de persona respecto al inversionista, por lo que se presume un concepto amplio del mismo, pudiendo ser persona natural o persona jurídica;
- ii) la controversia debe *surgir en virtud de un Tratado de inversión* que establezca la protección de las inversiones o los inversionistas. Esta segunda cuestión merece ser analizada desde dos perspectivas fundamentales. La primera es la relacionada con la existencia previa de un Tratado. El propio Reglamento condiciona su aplicabilidad a la existencia

³⁸ SILVA ROMERO, E., FELIPE MERIZALDE, J. ¿Cumple su finalidad el nuevo Reglamento de Transparencia de la CNUDMI?, *Arbitraje PUCP*, 2014, p. 191.

³⁹ El Artículo 1.1 del Reglamento sobre Transparencia establece que: "*El Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia en los Arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un Tratado (Reglamento sobre la Transparencia) se aplicará a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados, en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de conformidad con un tratado que establezca la protección de las inversiones o los inversionistas (el Tratado) celebrado el 1 de abril de 2014 o después de esa fecha, a menos que las partes en el tratado hayan acordado otra cosa*".

⁴⁰ El Artículo 1.4 del Reglamento de la CNUDMI en su modificación del año 2013, establece 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, a reserva de lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento sobre la Transparencia*".

de un tratado, condición sin la cual no surtiría efectos. En segundo lugar, el tratado debe proteger las "inversiones o los inversionistas", no así a los Estados. Estamos ante una demostración más de la protección unilateral establecida en la inmensa mayoría de los tratados de inversión y que enfatizan, perpetúa, la desigualdad entre las Partes contendientes, persistiendo su postergabilidad en el futuro, siendo la misma *contrarius sensus* a la existencia de una verdadera transparencia en el arbitraje de inversiones;

- iii) el arbitraje debe entablarse *en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI*. Al respecto, basta con que exista una referencia al Reglamento de la CNUDMI en el tratado para que pueda aplicarse el Reglamento sobre la Transparencia y;
- iv) el tratado debe celebrarse *posterior a la entrada en vigor del Reglamento*. Como es lógico, el tratado entre el inversionista y el Estado debe ser posterior a la entrada en vigor del Reglamento para que surta efectos. No obstante, el Reglamento, en busca de una mayor protección, establece ciertas excepciones que limitan o restringen la aplicabilidad del mismo, siendo posible su aplicación a arbitrajes de inversiones entablados en virtud de tratados celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento sobre la Transparencia⁴¹, siempre que las partes litigantes así lo hayan convenido respecto de un arbitraje específico⁴² o que las partes en el tratado lo hayan convenido con posterioridad al 1 de abril de 2014⁴³.

Con respecto a la primera opción, el tratado debe proporcionar a las partes en litigio la libertad suficiente para poder adoptar las Reglas sobre la transparencia, cuestión ésta que puede suceder a través de un reconocimiento explícito, en el propio texto del tratado, de la posibilidad que tienen las partes de poder llevar a cabo cualquiera de las acciones comentadas antes.

En el caso específico de los AII, hay que tener en cuenta que las cláusulas de solución de controversias Inversor-Estado plantean un uso gradual de diferentes mecanismos, de modo que el Reglamento sobre la Transparencia solo resultaría aplicable en el supuesto de que las partes, de mutuo acuerdo⁴⁴, acudiesen al arbitraje, dejando de lado el resto de las opciones que suelen ofrecer los tratados; a saber, la negociación y el recurso a los tribunales competentes del Estado receptor de la inversión. Una vez descartadas dichas opciones se acudirá al arbitraje internacional bajo la modalidad acordada por las partes, teniendo en cuenta los

⁴¹ En este sentido el Artículo 1.2 del Reglamento establece: "*Con respecto a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados en virtud del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de conformidad con un tratado celebrado antes del 1 de abril de 2014, este Reglamento solamente se aplicará si: a) las partes en un arbitraje (las partes litigantes) convienen en su aplicación respecto de ese arbitraje; o, b) las partes en el tratado o, en el caso de un tratado multilateral, el Estado del demandante y el Estado demandado han convenido en su aplicación después del 1 de abril de 2014*"; coincidiendo así, con lo expresado en la segunda de las recomendaciones de la Resolución 68/109 de las Naciones Unidas, cuando reconoce que: "*a reserva de toda disposición del tratado pertinente que pueda requerir un grado de transparencia mayor que el previsto en el presente Reglamento sobre la Transparencia, este último se aplique mediante mecanismos apropiados a los arbitrajes entre inversionista y Estados entablados de conformidad con un tratado que prevea la protección de los inversores y las inversiones celebrado antes de la fecha de entrada en vigor del Reglamento, en la medida que dicha aplicación sea compatible con esos tratados*".

⁴² Véase, Artículo 1.2 a) del Reglamento sobre la Transparencia. En el ámbito práctico, referenciamos el caso, *Iberdrola, S.A. (España), Iberdrola Energía, S.A.U. vs. Bolivia*, Caso CPA No. 2015-05, administrado por la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), 2015. En el cual las Reglas de transparencia se aplican al caso por acuerdo de las partes contendientes (artículo 1.2 a) y no como consecuencia de un tratado. Al igual que en el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSD Case No. ARB/14/22, 2014.

⁴³ Véase, Artículo 1.2 b) del Reglamento sobre la Transparencia.

⁴⁴ Según artículo 1.2 a) del Reglamento sobre la Transparencia.

distintos reglamentos arbitrales que el propio acuerdo les ofrece⁴⁵. Éste último es, precisamente, el mecanismo más utilizado en los AII para la solución de controversias entre las Partes contendientes.

⁴⁵ En este sentido, podemos citar varios ejemplos, como pueden ser: el acuerdo APPRI entre Argentina y Argelia, 2000 (en vigor 2002), en su artículo 8.3, establece: *"En caso de recurrir al arbitraje internacional la controversia puede ser llevada ante uno de estos órganos de arbitraje que a continuación se mencionan a elección del inversor: a) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por la "Convención sobre Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados" abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado parte en el presente Acuerdo haya adherido a aquella. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme al Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI. b) a un Tribunal de arbitraje ad-hoc, establecido según las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUMDI.)"*, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/40>; el APPRI entre Costa Rica y Argentina, 1997 (en vigor 2001), en su artículo 12.5, establece que: *"En caso de recurso al arbitraje internacional, la controversia podrá ser llevada: a) al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), creado por el "Convenio sobre el Arreglo de Diferencias relativas a las Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados", abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada Estado Parte en el presente Acuerdo se haya adherido a aquel. Mientras esta condición no se cumpla, cada Parte Contratante da su consentimiento para que la controversia sea sometida al arbitraje conforme con el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI para la administración de procedimientos de conciliación, de arbitraje o de investigación; b) a un tribunal de arbitraje "ad hoc" establecido de acuerdo con las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)"*, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/80>; el APPRI, entre España y Bahrein, 2008 (en vigor 2014), en cuyo artículo 11.2, establece que: *"Si estas controversias no pudieran resolverse de forma amistosa en un plazo de seis meses a partir de la fecha de la notificación escrita mencionada en el apartado 1, podrán someterse, a elección del inversor: - al tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya efectuado la inversión; o, - a un tribunal de arbitraje «ad hoc» establecido según el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); o, - al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) establecido en virtud del «Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados», abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, en el caso de que ambas Partes Contratantes lleguen a ser miembros de dicho Convenio. Si una Parte Contratante que sea parte en la controversia no ha llegado a ser Estado Contratante del Convenio antes mencionado, la controversia se resolverá de conformidad con las normas del Mecanismo Complementario para la Administración de los Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y de Determinación de Hechos del CIADI"*, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4846>; el APPRI entre España y Mauritania, 2008 (en vigor 2016), cuyo artículo 11.2 establece que: *"Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a partir de la fecha de la notificación escrita mencionada en el apartado 1, la controversia se someterá, a elección del inversor: - a un tribunal competente de la Parte Contratante en cuyo territorio se haya realizado la inversión; o, - a un tribunal de arbitraje ad hoc constituido de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; o, - al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI.) creado por el «Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados», abierto a la firma en Washington el 18 de marzo de 1965, cuando cada uno de los Estados Partes en el presente Acuerdo se haya adherido a aquél. En caso de que una de las Partes Contratantes no fuera Estado Contratante del citado Convenio, la controversia se resolverá conforme al Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos de Conciliación, Arbitraje y Comprobación de Hechos por la Secretaría del CIADI"*, disponible en: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/4847>. Todos los sitios web fueron consultados el 14/05/2019.

Con respecto a la segunda de las opciones planteadas anteriormente, y que tiene estrecha relación con el apartado b) del artículo 1.2 del Reglamento sobre la Transparencia, los Estados Partes tendrán que manifestar su consentimiento, posterior a la fecha de entrada en vigor del Reglamento, para poder adoptar el Reglamento sobre la Transparencia a los arbitrajes celebrados con anterioridad a dicha fecha. Al respecto, el propio artículo 1.2 b), no especifica el tipo de acuerdo a través del cual los propios Estados pueden manifestar su consentimiento, lo que permite cierta flexibilidad, permitiendo a los Estados acordar dicho consentimiento a través de tratados, declaraciones conjuntas, manifestaciones unilaterales de consentimiento u otros métodos para establecer un acuerdo⁴⁶.

4.1.2 Aplicación del Reglamento.

La aplicación del Reglamento es posible previa existencia de un tratado de inversión⁴⁷. Una vez las partes litigantes en el arbitraje de inversiones han acordado aplicar el Reglamento sobre la Transparencia, no podrán apartarse del mismo a menos que el propio tratado se lo permita⁴⁸, lo que reafirma el carácter irrenunciable del Reglamento. En este sentido, se limita la capacidad de las partes litigantes, es decir, el propio Reglamento sobre la Transparencia restringe la actuación de las partes contendientes para establecer una excepción a las Reglas de transparencia.

Al respecto, consideramos muy acertado el precepto del artículo 1.3 a), el cual constituye una garantía tanto para los Estados como para el propio público en general respecto al mantenimiento de la transparencia durante todo el proceso arbitral. O sea, al impedir que las partes en un momento determinado del proceso se aparten de la aplicación del presente Reglamento sobre la Transparencia, se ven obligadas a cumplir con todos los requisitos de transparencia exigidos en el Reglamento durante todo el proceso arbitral, evitando así, que la transparencia sea socavada por las Partes contendientes en un momento dado del proceso. El presente artículo tiene un carácter impositivo, toda vez que impone a las partes la obligatoriedad de su aplicación⁴⁹. Ahora bien, ante la restricción en la actuación de las Partes litigantes, esto no significa que no pueda tenerse en cuenta eventuales situaciones que surjan. Así pues, el artículo 1.3 b) permite cierta flexibilidad al tribunal arbitral para aplicar las Reglas de transparencia⁵⁰. En este sentido, le concede un campo de actuación más amplio y le permite poder adaptar sus requerimientos a las especificidades de cada caso concreto, siempre previa consulta con las Partes litigantes y en la medida en que sea necesario para favorecer el desarrollo práctico del arbitraje.

No obstante, aunque el precepto defiera al tribunal arbitral un margen mayor de movilidad y actuación para la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia una vez haya consultado a las Partes contendientes, éstas no tienen poder decisorio al respecto, siendo facultad única y exclusiva del tribunal, el cual puede, en busca de una mayor transparencia en el procedimiento, ampliar el alcance de las normas de

⁴⁶ En este sentido, podemos citar como ejemplo: El Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra Mercosur, de fecha 07/04/2017.

⁴⁷ Tal y como reconoce el Artículo 1.3 del Reglamento sobre la Transparencia, el cual establece: *"En todo arbitraje en que sea aplicable el Reglamento sobre la Transparencia de conformidad con un tratado o con un acuerdo por las partes en ese tratado"*.

⁴⁸ En este sentido, el Artículo 1.3 a) establece que: *"las partes litigantes no podrán apartarse de este Reglamento, ni mediante acuerdo ni de ningún otro modo, a menos que el tratado se lo permita"*.

⁴⁹ SCHLEE, P. "Transparência em arbitragens internacionais investidor-Estado", *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*. Año 3, No. 5, 2015, p. 106.

⁵⁰ El Artículo 1.3 b) del Reglamento sobre la Transparencia establece: *"El tribunal, al margen de las facultades discrecionales que le confieren algunas disposiciones de este Reglamento, estará facultado para adoptar los requisitos de cualquiera de sus disposiciones concretas a las circunstancias del caso, tras celebrar consultas con las partes litigantes, si esa adaptación resulta necesaria para que el arbitraje se lleve a cabo de una forma práctica y si es coherente con el objetivo de transparencia de este Reglamento"*.

transparencia, estableciendo los mecanismos específicos para su aplicación⁵¹, siempre que promueva el mantenimiento de la transparencia durante el proceso. Condición ésta que consideramos acertada, ya que permite que el tribunal pueda actuar sin restricción siempre que lo considere oportuno, siendo coherente, como es lógico, con los objetivos del propio Reglamento, lo que favorece no solo el incremento de la transparencia en el arbitraje de inversiones, sino también la eficacia del procedimiento⁵². Toda actuación del tribunal debe ser con el único propósito de aumentar o asegurar la transparencia en un caso concreto y no disminuirla.

4.1.3 Discrecionalidad y autoridad del tribunal arbitral.

El Reglamento sobre la Transparencia, siguiendo una secuencia lógica para su aplicación, después de brindarle un amplio margen de movilidad al tribunal arbitral en el precepto anterior, en el artículo 1.4 insta a los tribunales a ejercer discrecionalidad en sus actuaciones⁵³. En este sentido, el propio Reglamento establece los criterios a través de los cuales el tribunal arbitral debe ejercer esa facultad de apreciación, teniendo en cuenta, en primer lugar el interés público en la transparencia tanto en el arbitraje inversionista-Estado como en el procedimiento arbitral en particular⁵⁴ y, en segundo lugar, el interés de las partes litigantes para obtener una resolución justa y eficiente de la controversia⁵⁵. Cuestión ésta muy interesante, ya que si bien estos elementos son parte de los logros obtenidos en el TLCAN, hemos de reconocer que el propio Reglamento, en su afán de enfatizar dichos criterios en el propio cuerpo dispositivo, los acoge como principios generales de la transparencia en el arbitraje inversionista-Estado, lo que puede ser considerado como un salto cualitativamente superior en lo que a la transparencia concierne dentro del marco legal del sistema de resolución de disputas inversionista-Estado.

Resulta significativo que el propio Reglamento establezca una relación *numerus clausus* de las formas a través de las cuales el tribunal arbitral puede ejercer

⁵¹ Véase, al respecto, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, "Transparency", 2015, párrafo 10; en el cual, el propio tribunal, una vez las Partes han acordado la aplicación del Reglamento sobre Transparencia, reconoce que llevará a cabo la ampliación de los algunos aspectos del Reglamento, estableciendo normas específicas para su aplicación; una vez aceptado por el CIADI, institución que administra dicho arbitraje.

⁵² Al respecto, en el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. El tribunal respondiendo una petición de una de las partes para que se tuvieran en cuenta las Reglas de la IBA, expresó: *Finally, the Tribunal observes that the IBA Rules on the Taking of Evidence (the "IBA Rules") are unhelpful in the present context. Indeed, they address a distinct issue, i.e. whether certain documents may become part of the record, while the Transparency Rules and PO2 address whether documents already in the record can be made public. Admittedly, some of the relevant considerations for the purposes of exceptions to transparency under the Transparency Rules may overlap with aspects pertinent to exemptions from production under the IBA Rules (e.g. in respect of Art. 7(2)(a) and (c)). One should, however, not lose sight of the fact that the goal of the exercise carried out here is a different one;* continuando en el párrafo siguiente respecto a la determinación: *Applying the legal framework set out above, the Tribunal makes the following determinations. For the sake of procedural economy and efficiency, it provides its decision and its main reason(s) for it in bullet point format. It does so after having reviewed the Parties' arguments and the relevant tests arising from the applicable legal framework.* Procedural Order No. 4, "Respondent's Objection to Publication", 2015, párrafo 5 y 6.

⁵³ Al respecto el Artículo 1.4 del Reglamento sobre la Transparencia establece: *"Cuando el Reglamento sobre la Transparencia establezca que el tribunal arbitral tendrá facultades discrecionales, en el ejercicio de tales facultades el tribunal arbitral tendrá en cuenta..(...)".*

⁵⁴ El artículo 1.4 a) del Reglamento sobre la Transparencia establece: *"El interés público en la transparencia de los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados en el marco de un tratado y del procedimiento arbitral en particular".*

⁵⁵ En ese sentido, el Artículo 1.4 b) reconoce: *"El interés de las partes litigantes en que la controversia se resuelva de manera justa y eficiente".*

discrecionalidad durante el procedimiento, reconociendo como primera de ellas y sobreponiéndose al interés particular de las partes, el interés público en la transparencia del arbitraje inversionista-Estado⁵⁶, y la del procedimiento arbitral en particular.

Como se ve, el precepto establece la prevalencia del interés público presente en el arbitraje inversionista-Estado sobre el interés particular de las partes litigantes en la controversia. Sin embargo, inmediatamente surge el interrogante de hasta qué punto el propio interés de las partes en lograr una resolución justa y eficiente en el arbitraje de inversiones no forma parte también del interés público. En este sentido, coincido con parte de la doctrina⁵⁷ en que, en efecto, la protección y la tutela de los inversionistas no puede dissociarse de dicho interés público, entre otros motivos y sobre todo, porque la afluencia de la inversión extranjera y la generación de confianza entre los inversionistas constituyen un interés primordial para la economía de los Estados.

El Reglamento, más allá de regular la discrecionalidad con que debe actuar el tribunal arbitral, también establece la autoridad del tribunal para permitir o exigir la transparencia en los arbitrajes de la CNUDMI que no utilicen las reglas de transparencia del presente Reglamento⁵⁸. En este sentido, se pretende que el Reglamento pueda ser asumido por el mayor número de arbitrajes y de esta forma contrarrestar cualquier posible presunción contra la transparencia⁵⁹. Tanto es así que faculta al tribunal para admitir escritos presentados por terceros interesados ajenos a la controversia.

Me parece positivo que el Reglamento reconozca la facultad del tribunal arbitral para promover la transparencia en los arbitrajes bajo las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI y la posibilidad que tiene el propio tribunal de aceptar escritos de terceros que faciliten o posibiliten una mayor transparencia del procedimiento, pues de este modo cabe mitigar los factores que puedan menoscabar los objetivos de transparencia establecidos en el Reglamento⁶⁰. Así lo puso de manifiesto el tribunal arbitral del caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*⁶¹. El presente litigio tuvo como causa la alegación por parte de *BSG Resources Limited* (Demandante) de la violación de una serie de derechos mineros por parte de la República de Guinea (Demandada) que fueron previamente otorgados a dos de sus subsidiarias por el Gobierno guineano. Derechos que fueron retirados por Guinea, una vez revisados el expediente de concesión mediante un procedimiento administrativo llevado a cabo por el Gobierno guineano y tras detectar la existencia de corrupción en el proceso de concesión.

Durante el transcurso del procedimiento, el Tribunal recibe una solicitud realizada por las Partes para proteger la información confidencial contenida en cinco categorías de documentos presentados en el caso, en base a lo establecido en el Art. 7 del

⁵⁶ Al respecto, véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 4, "Respondent's Objection to Publication", párrafo 4, 2015.

⁵⁷ FERNÁNDEZ ARROYO, D. "La Transparencia como paradigma del arbitraje de inversiones", en TANZI, A., ASTERITI, A., POLANCO LAZO, R., TURRINI, P. *Derecho internacional de las inversiones en América Latina: problemas y perspectivas*, Brill Nijhoff, Netherlands, 2016, p. 268.

⁵⁸ El Artículo 1.5 del Reglamento sobre la Transparencia, establece: "Este Reglamento no afectará a la autoridad que pueda tener el tribunal arbitral en virtud del Reglamento de arbitraje de la CNUDMI para dirigir el arbitraje de tal forma que se promueva la transparencia, por ejemplo, aceptando escritos presentados por terceros".

⁵⁹ JOHNSON, L., BERNASCONI-OSTERWALDER, N. *New UNCITRAL Arbitration Rules...op.cit...p. 12.*

⁶⁰ A estos efectos, el Artículo 1.6 establece: "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".

⁶¹ Véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22.

Reglamento sobre la Transparencia y las propias reglas que las Partes adoptaron por Orden Procesal No. 2. Así pues, el Tribunal, una vez analizado el marco legal aplicable al caso, reconoció que *"cuando existe una disputa sobre si un determinado documento o categoría de documento es confidencial, el Tribunal actuará siempre en base al Art. 7 del Reglamento sobre la Transparencia, teniendo en cuenta el ejercicio de su discrecionalidad, el interés público en la transparencia y el interés de las Partes en una resolución justa y eficiente de la controversia. Para garantizar, de esta manera, que los objetivos de transparencia prevalezcan ante cualquier conducta que tenga el efecto de socavar dicho objetivo"*⁶².

Merece la pena llamar la atención sobre el hecho de que las facultades otorgadas al tribunal arbitral consagradas en el artículo 1.6 del Reglamento, que persiguen hacer prevalecer la transparencia en el procedimiento, constituyen una fuerte limitación a la capacidad de los Estados para eludir la aplicación del Reglamento sobre Transparencia. Opinamos que dicha limitación ha sido introducida de propósito con el objeto de restablecer la proporcionalidad o el equilibrio en relación con algunas de las excepciones establecidas en el artículo 7 del Reglamento sobre la Transparencia, que autorizan a los Estados a soslayar su aplicación. De lo contrario, los propios Estados como Partes contendientes podrían invocar su propia ley para evitar, por ejemplo, la publicación o divulgación de ciertas informaciones relativas al procedimiento.

4.1.4 Instrumento aplicable en caso de conflicto.

El Reglamento, en busca de una mayor transparencia en el arbitraje de inversiones, tiene un efecto de complementariedad respecto al resto de reglas aplicables⁶³. Establece también algunas cláusulas de conflicto. Su aplicación en los arbitrajes entablados en virtud de otras reglas de arbitraje no está exenta de colisionar o entrar en conflicto con aquellas. En este sentido, queda claro que el Reglamento sobre la Transparencia es jerárquicamente superior al resto de las disposiciones conflictuales de los reglamentos de arbitraje aplicables, donde en caso de conflicto siempre prevalecerá el Reglamento sobre la Transparencia⁶⁴.

En otro sentido, cuando el Reglamento sobre la Transparencia entra en conflicto con el tratado, la cuestión es distinta. Entonces prevalecerán siempre las disposiciones del tratado⁶⁵ y, en caso de que el Reglamento entre en conflicto con el derecho aplicable al arbitraje, prevalecerán las disposiciones del derecho aplicable⁶⁶. De esta manera, el propio Reglamento reconoce el principio de que las reglas de arbitraje no pueden prevalecer sobre leyes obligatorias para las partes. Sin embargo,

⁶² Procedural Order No. 4, "Respondent's Objection to Publication", párrafo 4, 2015. *"Where there is a dispute on whether a certain document or category of documents is confidential or otherwise protected, the Tribunal will make its determination in application of the standards set out in Article 7 of the Transparency Rules. In this context, Article 1(4) of the Transparency Rules specifies that, in the exercise of its discretion, the Tribunal must take into account the public interest in transparency as well as the Parties' interest in a fair and efficient resolution of their dispute. Further, according to Article 1(6) of the Transparency Rules, the Tribunal must ensure that the transparency objectives prevail in the face of any conduct having the effect of undermining such objectives"*.

⁶³ El Artículo 1.7 reconoce que: *"Siempre que el Reglamento sobre la Transparencia sea aplicable, complementará cualquier otro reglamento de arbitraje aplicable (...)"*.

⁶⁴ A tenor de lo establecido en el Artículo 1.7 del Reglamento sobre la Transparencia: *"(...) cuando exista un conflicto entre el Reglamento sobre la Transparencia y el reglamento de arbitraje aplicable, prevalecerá el Reglamento sobre la Transparencia (...)"*.

⁶⁵ En este sentido, el propio Artículo 1.7, continúa estableciendo que: *"Independientemente de lo dispuesto en este Reglamento, cuando exista un conflicto entre el Reglamento sobre la Transparencia y el tratado prevalecerá lo dispuesto en el tratado"*.

⁶⁶ A tenor de lo establecido en el Artículo 1.8 del Reglamento sobre la Transparencia, el cual establece que: *"Cuando una norma de este Reglamento esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje de la que las partes no puedan apartarse, prevalecerá esa disposición"*.

el Reglamento omite toda referencia al grado de transparencia que puedan establecer los futuros tratados cuando éstos entren en conflicto con el propio Reglamento. O sea, teniendo en cuenta la prevalencia absoluta de dichos tratados sobre el Reglamento, puede darse el caso de que futuros Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) proporcionen un grado mayor o menor de transparencia respecto al Reglamento.

Sin embargo, la propia CNUDMI en busca de una mayor garantía y seguridad respecto a la aplicación de las normas de transparencia en todos los arbitrajes de inversiones, ha instado a la creación de una Convención con el objetivo de que la misma sea asumida obligatoriamente por cada uno de los Estados firmantes como norma interna en sus ordenamientos jurídicos. De este modo surgió la Convención sobre la Transparencia, la cual fue creada y aprobada por las Naciones Unidas. Cuestión ésta que favorece la aplicación de las normas de transparencia, evita el conflicto de leyes que pudiera surgir respecto a la aplicación del Reglamento y el Derecho aplicable, encontrándose dentro de éste último las propias normas de transparencia asumidas en la Convención sobre la Transparencia o Convención de Mauricio sobre la Transparencia, como internacionalmente se le reconoce.

4.1.5 Aplicación en arbitrajes que no estén sujetos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

El Reglamento sobre la Transparencia, en busca de una mayor expansión y reconocimiento del mismo a nivel internacional en el arbitraje inversionista-Estado, así como la existencia de un marco jurídico armonizado⁶⁷ respecto a la transparencia en este tipo de arbitraje, es también aplicable a los arbitrajes inversionista-Estado entablados de conformidad con otros reglamentos distintos a la CNUDMI, como pueden ser los arbitrajes de inversiones celebrados bajo las Reglas de Arbitraje del CIADI, ya que el propio marco jurídico del CIADI permite a las partes acordar un grado de transparencia mayor que el requerido por el convenio del CIADI y su Reglamento de Arbitraje⁶⁸; también se incluyen los procedimientos *ad hoc*⁶⁹. En consecuencia, los Estados pueden acordar la aplicación de las normas de transparencia en todos los mecanismos de solución de controversias disponibles en virtud de un tratado determinado. Finalmente, una vez analizado el artículo 1 del Reglamento sobre la Transparencia, sin duda alguna, tal y como reconocen SILVA ROMERO y FELIPE MERIZALDE, "el mismo tiene un innegable potencial de gozar de amplia aplicación en el arbitraje de inversiones"⁷⁰.

4.2 Publicación de información al inicio del procedimiento arbitral.

El Reglamento sobre la Transparencia prevé la divulgación rápida y obligatoria de los hechos que han originado el inicio del arbitraje. Al inicio del procedimiento, cuando un reclamante envía una notificación de arbitraje a un Estado demandado, ambas Partes contendientes deben enviar una copia "sin demora" al repositorio. Una vez

⁶⁷ Así queda reflejado en uno de los considerando de la Resolución que aprobó el Reglamento sobre la Transparencia, aprobada por la Asamblea General en fecha 16 de diciembre de 2013, sobre la base del informe de la Sexta comisión (A/68/462), cuyo tenor reconoce: "*Creyendo que un reglamento sobre la transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado contribuiría considerablemente al establecimiento de un marco jurídico armonizado para resolver de forma equitativa y eficiente las controversias internacionales en materia de inversiones, aumentar la transparencia y la rendición de cuentas y promover la buena gobernanza*".

⁶⁸ Al respecto, véase el caso, *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, "Transparency", párrafo 9, 2015.

⁶⁹ Tal y como lo reconoce el Artículo 1.9 del Reglamento sobre la Transparencia: "*El presente Reglamento podrá aplicarse en arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados de conformidad con otros reglamentos que no sean el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o en procedimientos ad hoc*".

⁷⁰ SILVA ROMERO, E., FELIPE MERIZALDE, J. Cumple su finalidad ...*op.cit.*, p. 191.

que el repositorio tenga evidencia de que el demandado ha sido notificado o tras haber recibido la notificación de arbitraje, debe "sin demora" publicarlo. O sea, poner a disposición pública los hechos básicos específicos sobre la disputa, como son: el nombre de las partes contendientes, el sector económico pertinente y el tratado en virtud del cual se formula la demanda⁷¹.

Con una simple lectura del artículo 2 del Reglamento sobre la Transparencia, respecto a la publicación de la información al inicio del procedimiento, saltan a la vista de modo inmediato algunas cuestiones de gran envergadura. La primera cuestión está relacionada con la expresión "sin demora" utilizada en el tenor literal del precepto. Consideramos que se trata de una expresión indeterminada e imprecisa, que puede traer como consecuencia interpretaciones distintas por cada una de las Partes contendientes. Hubiese resultado más acertado establecer un plazo para la publicación de la información, sobre todo si tenemos en cuenta que no existe un tribunal arbitral previamente constituido que pueda concretar dicho plazo, especificando con exactitud un término a cumplir por las partes litigantes para depositar la notificación de arbitraje o el registro de la misma en el archivo correspondiente.

En este sentido, consideramos que el Reglamento, respecto a la cuestión objeto de análisis, y en función de los objetivos que se propone en cuanto a la transparencia en el arbitraje de inversiones, es muy abstracto. El literal del precepto es la reafirmación de que la no publicación de la notificación de arbitraje, documento que inicia la andadura de un procedimiento arbitral, así como la información básica, específica del procedimiento, va en contra de los fines del propio Reglamento sobre la Transparencia y en ocasiones hasta del propio tratado entre las partes⁷² cuando éste guarde silencio al respecto. El presente artículo no es más que el reflejo que evidencia el interés de la CNUDMI por potenciar la publicidad, la divulgación, el conocimiento público del arbitraje de inversiones como elementos caracterizadores de la transparencia en este tipo de arbitrajes. En este sentido, consideramos que la norma analizada carece de precisión, debe establecer un término razonablemente prudencial a través del cual las partes puedan hacer llegar la notificación del arbitraje al archivo y que éste pueda hacer pública la información requerida. Así pues, una propuesta de redacción de la norma puede ser la siguiente: *una vez que el demandado reciba la notificación del arbitraje, cada una de las partes litigantes transmitirá en el plazo de 10 días naturales una copia al archivo mencionado en el artículo 8 del Reglamento. El archivo, tras recibir la notificación de arbitraje del demandado, o la notificación del arbitraje y el registro de su transmisión al demandado, hará público en un plazo de 10 días naturales la información relativa al nombre de las partes litigantes, el sector económico afectado y el tratado en virtud del cual se formula la demanda.*

La segunda cuestión, es la relacionada con la publicación de la información básica del arbitraje, digase el nombre de las partes litigantes, el sector económico afectado y el tratado en virtud del cual se formula la demanda. En este sentido, creemos que la información es muy escueta, demasiada pobre. Consideramos que si la transparencia reconoce como fundamento esencial el acceso público a dicha información, ésta debe ser lo más amplia posible, no puede circunscribirse a la simple información básica, debe ir mucho más allá, pudiendo incluir también la normativa

⁷¹ En este sentido, el propio Artículo 2 del Reglamento sobre la Transparencia establece: *"Una vez que el demandado haya recibido la notificación del arbitraje, cada una de las partes litigantes transmitirá sin demora una copia de esta al archivo mencionado en el artículo 8. Tras haber recibido la notificación del arbitraje del demandado, o tras haber recibido la notificación del arbitraje y el registro de su transmisión al demandado, 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 demanda"*.

⁷² BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L. "Transparency in the dispute settlement process: Country best practices (IISD & CIEL)". Disponible en: <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?id=1529>, 2011, p. 3-4, consultado 15/05/2019.

que rige dicho arbitraje, los hechos o actos que sirven de base a la demanda, o la propia demanda en sí. La información básica, por el propio carácter originaria de la misma, establecerá aquellos elementos que sustentarán la aplicación de la transparencia en el momento inicial y puede servir como hilo conductor respecto a su aplicación durante todo el procedimiento⁷³.

Por otra parte, la ampliación de la información básica, desde el propio inicio del procedimiento arbitral, puede favorecer también la participación de terceros, *amicus curiae*, en el arbitraje de inversiones. De lo contrario, sería difícil -aunque no imposible- su participación, pues carecerían de información suficiente para fundamentar sus escritos, cosa que, por el contrario, podría resultar perfectamente viable si, desde los albores del propio arbitraje, se les hubiese suministrado dicha información.

Respecto al archivo o repositorio, el cual debe poner a disposición pública la información que se detallada en el artículo 2, en relación con el artículo 8 del propio Reglamento sobre la Transparencia⁷⁴, parece que el mismo recaerá en la Secretaría General o alguna institución nombrada por la CNUDMI. En aquellos arbitrajes de inversiones entablados bajo reglas arbitrales distintas a la CNUDMI y que se acojan al Reglamento sobre la Transparencia previa manifestación del consentimiento de las partes, como puede suceder, por ejemplo, ante el CIADI, resulta aceptable que la propia institución lleve a cabo el registro y comunicación durante el arbitraje, teniéndose en cuenta, también, lo dispuesto en las propias reglas que rigen el procedimiento arbitral, pero siempre que no menoscabe los objetivos de transparencia del Reglamento, cumpliendo así con la finalidad establecida en el artículo 2 (llevar a cabo la divulgación de la información inicial del procedimiento). Tal y como sucedió en el ya citado caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, en el que una vez las partes acordaron la aplicación del Reglamento sobre la Transparencia, ampliando el alcance en algunos aspectos y estableciendo reglas específicas para su implementación, el CIADI manifestó su aceptación para administrar el arbitraje y actuar como repositorio según lo establecido en las Reglas sobre la transparencia⁷⁵.

4.3 Publicación de documentos.

El artículo 3 del Reglamento, desde sus inicios, establece tres clases o categorías de documentos emitidos por el tribunal para su divulgación, las cuales podemos denominar como: i) documentos que deben ser obligatoriamente divulgados; "*(...) la notificación del arbitraje; la respuesta a la notificación del arbitraje; el escrito de demanda; el escrito de contestación y toda otra declaración o comunicación escritas de cualquiera de las partes litigantes; una lista de todas las pruebas correspondientes a dichos documentos y a los informes de peritos y las declaraciones de los testigos, si esa lista ha sido preparada para las actuaciones, pero no las pruebas en sí; todo escrito presentado por partes en el tratado que no son litigantes y por terceros; las transcripciones de las audiencias, cuando se disponga de ellas; y las órdenes*

⁷³ FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. La Transparencia como paradigma...*op.cit.* p. 257.

⁷⁴ El cual establece que: "*El archivo de la información publicada conforme al Reglamento sobre la Transparencia será el Secretario General de las Naciones Unidas o una Institución nombrada por la CNUDMI*". En este sentido, consideramos que, teniendo en cuenta la relación que tiene el Artículo 8, con el Artículo 2 del Reglamento sobre la Transparencia, ambos serán analizados conjuntamente en el presente epígrafe.

⁷⁵ Al respecto, el tribunal del caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22, Procedural Order No. 2, "Transparency", párrafo 10, 2015, estableció: "*In the present case, the Parties have agreed on the application of the Transparency Rules, expanded their scope in some respects, and provided for specific rules for their implementation. ICSID has confirmed its willingness to administer this arbitration in accordance with the rules set forth in this Order and to act as repository as defined in the Transparency Rules and in this Order the "Repository"*". En relación, a su vez, con los párrafos, 5 y 17 de la propia Orden.

procesales, decisiones y laudos del tribunal arbitral"⁷⁶. El ya mencionado caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, es un ejemplo de cómo el tribunal reconoce la obligación de publicar "la solicitud de arbitraje del Demandante, el memorial de la Demandante, la contestación a la Demanda, las pruebas documentales, las declaraciones de testigos"⁷⁷, entre otros; ii) documentos que se deben divulgar una vez que cualquier persona solicite dicha divulgación al tribunal: "a reserva de lo dispuesto en el artículo 7, los informes de los peritos y las declaraciones de los testigos, excluidas las pruebas correspondientes, se pondrán a disposición del público si así lo pide cualquier persona al tribunal arbitral"⁷⁸ y iii) documentos sobre los cuales el tribunal tiene plenas facultades discrecionales respecto a su publicación: "(...) el tribunal arbitral podrá decidir, por iniciativa propia o a solicitud de cualquier otra persona, y previa consulta con las partes litigantes, si las pruebas y demás documentos que emita o reciba el tribunal arbitral no incluidos en el párrafo 1 o 2 supra se publicarán, y de qué forma. Por ejemplo, cabe la posibilidad de que se pongan esos documentos a disposición del público en un sitio determinado"⁷⁹.

Sin embargo, resulta curioso que, dentro del amplio margen de publicidad otorgado a la documentación durante el procedimiento, se establezca en el artículo 3.3 del Reglamento, cierta restricción a la misma, lo que pudiéramos considerar, como el precepto o artículo filtro respecto a la publicidad en el Reglamento, ya que establece una limitación a la divulgación y el conocimiento público de los documentos producidos durante el procedimiento y que difieren de los especificados en los artículos 3.1 y 3.2 del Reglamento, como son las pruebas o documentos que emita o reciba el tribunal arbitral, los cuales, podrán ser divulgados, bien a iniciativa del tribunal o a solicitud de terceros previa consulta de las partes; es decir, se faculta al tribunal arbitral para decidir, a iniciativa propia o a solicitud de cualquier otra persona, respecto a la publicación de dichos documentos. Pero dicha facultad no es amplia, sino limitada desde el propio momento en que debe consultarlo con las Partes contendientes. Sin embargo, hemos de considerar que dejar al ejercicio de la facultad de apreciación del tribunal arbitral la publicación de las pruebas puede contrarrestar, en el ámbito más específico, el interés público que puede estar contenido en dicha información, y en el arbitraje de inversiones en general. Sin duda alguna, el presente apartado nos presenta un escalón oscuro en la búsqueda de una mayor transparencia en el arbitraje de inversiones. Entendemos que toda la documentación generada en el procedimiento, con excepción de aquella que obligatoriamente debe ser confidencial -cuestión que analizaremos más adelante- debería, *lege ferenda*, ser pública desde el inicio, y no dejarla a la simple determinación del tribunal, si es que en realidad deseamos que el arbitraje de inversiones sea transparente.

En efecto, el presente artículo 3 del Reglamento sobre la Transparencia ofrece un marco en el que gran parte de la información -ya que existen algunas excepciones- relativa al procedimiento arbitral, iniciado sobre la base de un tratado, es puesta a disposición del público a través de un registro que será operado por la CNUDMI o por quien ésta decida. El propio artículo responsabiliza al tribunal arbitral de comunicar

⁷⁶ El Artículo 3.1 del Reglamento sobre la Transparencia.

⁷⁷ Véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, "Transparency", párrafo 12(iii).1, 2015; "Subject to Article 7, the following documents shall be made available to the public: the Claimant's request for arbitration, the Claimant's memorial, the Respondent's counter-memorial and any further written statements or written submissions by any Party, the exhibits, legal authorities, witness statements, expert reports (including any appended exhibits), transcripts of hearings, orders, decisions, and award of the arbitral tribunal".

⁷⁸ Artículo 3.2 del Reglamento sobre la Transparencia.

⁷⁹ Artículo 3.3 del Reglamento sobre la Transparencia.

la documentación objeto de publicación al archivo o repositorio⁸⁰, el cual le otorga cierta flexibilidad al tribunal para la divulgación de la documentación teniendo en cuenta el tipo de documento ante el cual se encuentra.

Por último, el apartado 5 del propio artículo⁸¹, establece una excepción respecto al costo que genera la divulgación de la información. En su virtud, la persona que solicite el acceso a los documentos contenidos en el apartado 3 tendrá que sufragar los costos administrativos generados una vez se pongan dichos documentos a disposición de la persona interesada⁸². Sin embargo, el Reglamento en el presente apartado, así como en el resto del precepto objeto de análisis, es omiso respecto de los costos generados en la traducción de documentos que sean solicitados divulgar. El literal de la norma únicamente se refiere al costo que genera el acceso a la información, teniendo en cuenta que los documentos se encuentran en el archivo que las Partes litigantes han escogido como repositorio de la documentación del procedimiento. Pero no se pronuncia cuando algunos de dichos documentos, por ejemplo, los dictámenes periciales, las declaraciones testimoniales que se soliciten sean divulgados necesiten de una traducción.

4.4 Escritos presentados por terceros.

El Reglamento le dedica especial atención a las comunicaciones de terceros que no son partes de la controversia ni del propio tratado: *"una vez consultado a las Partes litigantes, el Tribunal arbitral podrá permitir que una persona que no sea parte litigante ni sea una parte en el tratado no litigante (terceros) presente al tribunal un escrito relativo a cuestiones que sean objeto del litigio"*⁸³, estando en consonancia con las facultades otorgadas al tribunal arbitral en los preceptos que anteceden. El precepto que nos ocupa faculta al tribunal para aceptar o no las comunicaciones de terceros, en específico de *amicus curiae*. Resulta de gran interés que el propio Reglamento sobre la Transparencia reconozca una única forma de presentación de las comunicaciones presentadas por terceros, o sea, solo deben efectuarse por escrito, sin permitir otra forma de presentación. De ahí el carácter restrictivo del precepto. Ahora bien, aunque no se especifica qué tipo de terceros podrán presentar dichos escritos, pensándose que el Reglamento le deja las puertas abiertas del procedimiento a todos los interesados, el propio precepto establece una limitación al reconocer que los escritos presentados deben tener relación con la cuestión objeto de la litis, por lo que se presume que solo pueden presentar los escritos aquellos interesados que tengan un interés manifiesto en la controversia o quizás posibles afectados por las consecuencias del litigio.

⁸⁰ Tal y como establece el Artículo 3.4 del Reglamento sobre la Transparencia: *"Los documentos que se vayan a poner a disposición del público con arreglo a lo establecido en los párrafos 1 y 2 serán comunicados por el tribunal arbitral al archivo mencionado en el artículo 8 lo antes posible, de conformidad con las disposiciones o plazos para la protección de la confidencialidad o de información protegida establecidos en el artículo 7. Los documentos que se vayan a poner a disposición del público con arreglo a lo establecido en el párrafo 3 podrán ser comunicados por el tribunal arbitral al archivo mencionado en el artículo 8 a medida que se disponga de ellos y, cuando proceda, en su forma expurgada de conformidad con el artículo 7. El archivo hará público oportunamente todos los documentos en la forma y el idioma en que los haya recibido"*. Véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, "Transparency", párrafo 12(iii).3, 2015.

⁸¹ Según establece el Artículo 3.5 del Reglamento sobre la Transparencia: *"Las personas que reciban acceso a documentos con arreglo a lo establecido en el párrafo 3 sufragarán los gastos administrativos que conlleve facilitar el acceso de esas personas a los documentos, como los gastos de fotocopiado o envío de los documentos a esas personas, pero no los gastos que conlleve facilitar el acceso del público a esos documentos por medio de archivo"*.

⁸² Véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, "Transparency", párrafo 12(iii).4, 2015.

⁸³ Art. 4.1 del Reglamento sobre la Transparencia.

Como consecuencia, terceros ajenos a las Partes litigantes y al propio tratado, no pueden presentar otras formas de comunicación o participación durante el procedimiento arbitral, como pueden ser la presentación oral y la participación en audiencias. ¿Acaso esta prohibición no reduce los objetivos de transparencia del presente Reglamento incidiendo en el procedimiento arbitral? Resulta evidente que el no reconocimiento de otras formas de participación de los *amicus curiae*, contrarresta en gran medida, tanto el contenido como los objetivos propuesto por el Reglamento para la consecución de la transparencia en el arbitraje de inversiones.

Creemos que el Reglamento, a diferencia de otras normas o reglas arbitrales, pudo haber sido la norma idónea para reconocer la obligatoriedad de otras formas de participación de los *amicus curiae* en el procedimiento arbitral y que favoreciera, de esta manera -estando en consonancia con la propia Resolución que aprueba el Reglamento sobre la Transparencia y la Convención de Mauricio⁸⁴-, a la armonización del marco legal internacional para la resolución del arbitraje de inversiones y, añadiríamos, de la participación de terceros no partes en el procedimiento arbitral.

Pese a todo, consideramos que los efectos prácticos que tendría el no reconocimiento de otras formas de participación de los *amicus* en el procedimiento son más bien escasos, o incluso prácticamente nulos, dependiendo, en gran medida, de las reglas que rigen el arbitraje. Es decir, mientras que el Reglamento sobre la Transparencia restringe la forma de participar de terceros en el procedimiento arbitral, las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI permiten a los tribunales, discrecionalmente, aceptar otras formas de participación⁸⁵. No obstante, el propio artículo regula los procedimientos, los criterios que deben orientar la decisión del tribunal sobre si autorizar o no la presentación de *amicus curiae* y cómo gestionar el procedimiento en relación con esa comunicación.

A diferencia de algunos tratados o reglas de arbitraje sobre las normas y procedimientos para la presentación y aceptación de comunicaciones, el Reglamento presenta también una notable diferencia. Más allá de exigir al tercero que revele cierta información sobre su persona⁸⁶, su interés en el caso y las cuestiones específicas sobre las que desea pronunciarse⁸⁷; establece la revelación de información sobre las fuentes de financiación o ayudas de otra índole que haya recibido el solicitante⁸⁸, datos que serán evaluados por el tribunal a los efectos de

⁸⁴ Al respecto, el párrafo tercero del Preámbulo de la Convención de Mauricio y el sexto de la Resolución que aprueba el Reglamento sobre la Transparencia establecen: *"Creyendo que el Reglamento sobre la Transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado contribuiría considerablemente al establecimiento de un marco jurídico armonizado para resolver de forma equitativa y eficiente las controversias internacionales en materia de inversiones, aumentar la transparencia y la rendición de cuentas y promover la buena gobernanza"*.

⁸⁵ Véase, al respecto, el Artículo 17.5 del Reglamento de la CNUDMI del 2013, el cual establece que: *"El tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquier parte, permitir que uno o más terceros intervengan como partes en el arbitraje, siempre que el tercero invitado sea parte en el acuerdo de arbitraje, salvo que el tribunal arbitral entienda, tras oír a las partes y al tercero invitado a sumarse a las actuaciones, que esa intervención no debe ser permitida por poder resultar perjudicial para alguna de ellas. El tribunal arbitral podrá dictar uno o más laudos respecto de todas las partes que intervengan en el arbitraje"*.

⁸⁶ A tales efectos, el tercero que desee presentar un escrito al tribunal, deberá indicar, a tenor de lo establecido en el Artículo 4.2 a) *"Descripción del tercero, indicando, si procede, la organización de que sea miembro y su condición jurídica (por ejemplo, asociación profesional u otra entidad no gubernamental), sus objetivos generales, la índole de sus actividades, y toda entidad matriz (incluida toda entidad que controle directa o indirectamente al tercero)"*.

⁸⁷ El propio Artículo 4.2 d) y e) del Reglamento sobre la Transparencia establecen que el tercero debe especificar en su escrito; *"Descripción de la índole del interés del tercero en el arbitraje; y e) Indicación de las cuestiones concretas de hecho y de derecho suscitadas en el arbitraje que el tercero desee tratar en su escrito"*.

⁸⁸ Al respecto, el Artículo 4.2 c) del Reglamento sobre la Transparencia establece que el tercero que desee presentar un escrito al tribunal indicará: *"Información sobre todo gobierno, persona*

ser admitida o no su intervención en el caso. No obstante, el Reglamento, una vez reconocidas las obligaciones de todo tercero que desee presentar una comunicación al procedimiento, y las facultades del tribunal para admitir o no dicha comunicación, no se pronuncia en relación a si el tercero interesado puede presentar algún recurso ante el tribunal en caso de que éste le deniegue su solicitud de comunicación. En este sentido, deberá remitirse a las reglas arbitrales en las que se basa el arbitraje, siempre y cuando éstas establezcan la participación de terceros en el procedimiento.

Sin embargo, si bien el precepto anterior se diferencia de otras normas respecto al objeto de regulación, el apartado 4.3 del Reglamento⁸⁹ no se aleja de lo ya regulado en otras reglas arbitrales, como las Reglas de Arbitraje del CIADI y su Mecanismo Complementario⁹⁰ referente a los requisitos que debe de cumplir el escrito presentado por el tercero al tribunal arbitral para su aceptación. Al respecto, si bien el Reglamento no se aparta de los requisitos exigidos en otras reglas arbitrales, permite al tribunal en el ejercicio de sus facultades de apreciación poder admitir o no el escrito de presentación de un tercero. De admitirse la intervención del tercero, el mismo deberá cumplir con las condiciones formales y de fondo establecidas para que su escrito sea tomado en consideración⁹¹, para lo cual, el tribunal deberá tener en cuenta, además, los elementos establecidos en el artículo 1.4 del Reglamento sobre la Transparencia, dígase, el interés público y la justa y eficiente resolución de la controversia.

Consecuentemente con lo anterior, el escrito presentado por terceros comporta la imposición de cargas adicionales a las partes litigantes en el proceso, razón por la cual el precepto 4.5 del Reglamento⁹² exige al tribunal velar por el correcto cumplimiento del procedimiento arbitral, teniendo en cuenta el impacto que se produce con la sumisión de terceros al procedimiento, en el que las partes no están libres de perjuicios indebidos, de ahí la obligación del tribunal de velar porque no se produzcan tales perjuicios a las Partes contendientes. Del mismo modo, el propio Reglamento permite que las partes litigantes puedan tener la oportunidad de formular observaciones acerca de los escritos⁹³, preservando así el éxito del procedimiento arbitral, garantizando que no existan perjuicios injustos para las partes y la igualdad entre ellas, ya que las Partes contendientes tienen la oportunidad de presentar sus alegaciones en contra o a favor de los escritos presentados por terceros.

u organización que haya prestado al tercero, i) ayuda financiera o de otra índole para la presentación del escrito; o ii) ayuda considerable en cualquiera de los dos años anteriores a la solicitud presentada por el tercero con arreglo al presente artículo (por ejemplo, la financiación de aproximadamente el 20% del total de sus operaciones)".

⁸⁹ El cual establece que: "*Para determinar si permite la presentación de un escrito, el tribunal arbitral tomará en consideración, entre otros factores que considere pertinentes: a) si el tercero tiene un interés considerable en el procedimiento arbitral; y b) la medida en que el escrito pueda ayudar al tribunal arbitral a determinar alguna cuestión de hecho o de derecho relativa al procedimiento arbitral, al aportar enfoques, conocimientos particulares o puntos de vista distintos a los de las partes litigantes".*

⁹⁰ Al respecto, hemos de señalar que tanto las Reglas del Mecanismo Complementario, como las Reglas de Arbitraje del CIADI, coinciden literalmente con lo establecido en los artículos 41(2) y 37(2) respectivamente.

⁹¹ Al respecto, el Artículo 4.4 del Reglamento sobre la Transparencia establece que: "*El escrito presentado por el tercero deberá: a) estar fechado y firmado por la persona que lo presente en nombre del tercero; b) ser conciso y no exceder en ningún caso la extensión autorizada por el tribunal arbitral; c) enunciar, en términos precisos, la posición del tercero respecto de las cuestiones en litigio; y d) referirse únicamente a cuestiones en litigio".*

⁹² El cual reconoce que: "*El tribunal arbitral deberá asegurar que los escritos no perturben ni dificulten innecesariamente el procedimiento arbitral y que no causen ningún perjuicio indebido a ninguna de las partes litigantes".*

⁹³ En este sentido, el Artículo 4.6 del Reglamento establece: "*El tribunal arbitral deberá asegurar que se dé a las partes litigantes una oportunidad razonable de formular observaciones acerca de los escritos presentados por terceros".*

4.5 Escritos presentados por partes en el tratado que no sean litigantes.

Una de las cuestiones trascendentales respecto a la participación de terceros en el arbitraje de inversiones, es la referente a la participación o intervención de los Estados firmantes del tratado que no tienen la condición de Partes contendientes en la controversia. El apartado que nos ocupa reconoce la posibilidad de que los Estados Partes del tratado, pero no de la controversia, puedan presentar comunicaciones escritas al tribunal arbitral. De ésta manera, el propio tribunal puede invitar a aquellas partes del tratado que no sean partes de la controversia a presentar escritos relativos a la interpretación del tratado⁹⁴.

En tal sentido, el Estado no Parte en la controversia tiene debidamente un papel importante en el caso. Una justificada razón para que los Estados no contendientes participen es que son partes en el tratado que se está interpretando y, como tal, poseen la experiencia de haber negociado el tratado, tienen una perspectiva única sobre cómo debe interpretarse el mismo, logrando también una mejor previsibilidad de las normas en el procedimiento⁹⁵. Lo que le permite al tribunal arbitral tener mayor conocimiento respecto a la interpretación del tratado y "lograr una mayor coherencia interpretativa del mismo"⁹⁶. La norma del Reglamento que analizamos está inspirada en el procedimiento establecido en el artículo 1128 del TLCAN. Sin embargo, mientras que la participación de los Estados Partes no contendientes está concebida como un derecho en el TLCAN, el precepto del Reglamento que nos ocupa establece un límite a la participación de dichos Estados Partes no contendientes, reconociendo únicamente las presentaciones sobre cuestiones de interpretación del tratado concerniente bajo el cual el tribunal ha sido designado, dejando un amplio margen de discreción al tribunal para controlar la participación de los Estados Partes no litigantes.

La legitimidad de la participación de los Estados no Partes en la controversia, pero sí del tratado, deriva del hecho de que estos Estados son los únicos en disputa con obligaciones en virtud de tratados de inversión, en el cual los Estados Partes se comprometen a cumplir dichos tratados y deben garantizar continuamente que sus medidas cumplan con las obligaciones contempladas en los mismos, siendo responsables en daños y perjuicios si sus decisiones no se cumplen. Los Estados pueden estar sujetos a numerosos desafíos y estarán viviendo e interpretando las obligaciones del tratado en cuestión en numerosos contextos y durante muchos años, mientras que los demandantes inversionistas no tienen obligaciones contractuales para con el Estado, y no podrán ser demandados bajo el tratado, por lo que no tienen estricta obligación de cumplir con el mismo. Un inversionista demandante en una disputa está implicado en un suceso "único", el litigio por el cual ha demandado, mientras que los Estados Partes del tratado presentan una vinculación permanente con el mismo.

Por todo lo dicho, resulta positivo que el Reglamento autorice al tribunal arbitral a permitir que Estados no Partes del litigio, pero sí del tratado, puedan presentar escritos sobre otras cuestiones que sean objeto de la Litis, o sea, que puedan presentar comunicaciones sobre otros asuntos dentro del alcance de la disputa. Sin embargo, para poder admitir tal presentación, el tribunal debe tener en cuenta si la

⁹⁴ Tal y como lo establece el Artículo 5.1 del Reglamento: *"El tribunal arbitral permitirá, con arreglo al párrafo 4, que partes en el tratado que no sean litigantes presenten escritos o, tras consultar con las partes litigantes, podrá invitar a partes en el tratado que no sean litigantes a que presenten escritos sobre cuestiones relativas a la interpretación del tratado"*.

⁹⁵ KAUFMANN-KOHLER, G. "Interpretive Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law", 2011, disponible en: http://www.arbitrationicca.org/media/1/13571335953400/interpretive_powers_of_the_free_trade_commission_and_the_rule_of_law_kaufmann-kohler.pdf, consultado el 15/05/2019.

⁹⁶ FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. La Transparencia como paradigma...*op.cit.* p. 253.

Parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento arbitral y que dichas presentaciones o comunicaciones contribuyan a la solución de la disputa por el tribunal, siempre que la presentación de dichos escritos, tal y como reconoce el Reglamento, no signifique acudir a la protección diplomática⁹⁷.

Cuestión ésta última con la que estamos plenamente de acuerdo, ya que la vía diplomática es, generalmente, la primera opción regulada por la gran mayoría de los Estados en sus tratados para la resolución de controversias en materia de inversión. Por lo que resulta inútil que, en una etapa avanzada del procedimiento arbitral, y en el que las partes ya han incurrido en altos costos económicos del proceso, pueda admitirse que una de las partes firmantes del tratado, pero no litigante, presente escritos con el objetivo de acudir a la protección diplomática. En este sentido, el Reglamento sobre la Transparencia tiene un carácter proteccionista del arbitraje de inversiones respecto de la vía diplomática, quizás con el objetivo de mantener alejado de una posible politización el procedimiento arbitral y la disputa en sí que pudiera surgir a través de la intervención de las autoridades diplomáticas de los Estados.

El interés de los Estados Partes de un tratado en las controversias en las que no son Partes contendientes no es sólo defensivo, sino que más bien los Estados tienen un interés imperativo de garantizar que un tratado de inversión proporcione realmente protección a los inversores y promueva la inversión extranjera en el Estado anfitrión. La protección y promoción de las inversiones es una de las razones de ser de la entrada de los Estados en dichos tratados y, por consiguiente, los Estados tienen interés en que los Tratados de Libre Comercio (TLC) o los Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversión (APPRI) se interpreten de manera coherente, lógica. La consistencia en la interpretación del tratado es especialmente importante porque no existe un sistema formal de *stare decisis* o precedente dentro de este régimen de tratados. La credibilidad de todo el sistema de solución de controversias inversionista-Estado se socava cuando se emiten decisiones inconciliables. Estos incidentes siguen produciéndose en la práctica⁹⁸, este tipo de conflicto afecta la credibilidad general del sistema y los Estados tienen interés en evitarlo siempre que sea posible. La participación de los Estados Partes del tratado no contendientes, es una de las formas en que los Estados pueden garantizar la existencia de una jurisprudencia coherente y la integridad del sistema arbitral.

Independientemente de la facultad de los Estados Partes no contendientes para presentar escritos ante el tribunal arbitral, el artículo 5.1 del Reglamento permite que el tribunal pueda invitar a dichos Estados a que presenten escritos sobre cuestiones relativas a la interpretación del tratado. Sin embargo, ante la ausencia de respuesta a tal invitación, el tribunal no está facultado para extraer conclusiones de dicha actitud silente o reacia a pronunciarse⁹⁹. El Reglamento adopta así una actitud permisiva, cuando, a nuestro juicio, debería haber establecido la obligación de los Estados Partes no contendientes de seguir el requerimiento del tribunal, con el objeto de clarificar los puntos controvertidos y propiciar, de este modo, una mayor seguridad jurídica, teniendo en cuenta la repercusión que tienen dichos escritos o

⁹⁷ Teniendo en cuenta el Artículo 5.2 del Reglamento sobre la Transparencia, el cual establece: *"El tribunal arbitral, tras celebrar consultas con las partes litigantes, podrá permitir que partes en el tratado que no sean litigantes presenten escritos sobre otras cuestiones que sean objeto del litigio. Para determinar si permite la presentación de tales escritos, el tribunal arbitral tendrá en cuenta, entre otros factores que considere pertinentes, los factores mencionados en el artículo 4, párrafo 3, y, a fin de aportar una mayor certeza, la necesidad de evitar la presentación de escritos en que se apoye la reclamación de un inversionista de modo tal que equivalga a protección diplomática"*.

⁹⁸ FRANCK, S.D. "The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties have a Bright Future", *University of California*, Vol. 12, 2005, pp. 60-63.

⁹⁹ En este sentido, el Artículo 5.3 del Reglamento sobre la Transparencia establece que: *"El tribunal arbitral no sacará conclusión alguna de la falta de escritos o de respuesta ante una invitación formulada con arreglo a lo establecido en los párrafos 1 o 2"*.

comunicaciones en la uniformidad interpretativa del tratado en el que se basa el proceso arbitral y hasta en el propio laudo final.

En otro orden de cosas, es preciso recordar que, ante la existencia de escritos presentados por las partes, el Reglamento establece que el tribunal arbitral debe velar porque los mismos no perturben el procedimiento ni cause perjuicios indebidos a las partes¹⁰⁰, dándole la posibilidad a las Partes contendientes de presentar sus alegaciones¹⁰¹.

En consecuencia, y desde el punto de vista práctico, creemos que reconocer legalmente en uno de los preceptos del Reglamento, la obligación del tribunal arbitral para pronunciarse en caso de ausencia de escritos o respuesta ante una invitación formulada por éste a las Partes del tratado no contendientes, incentivaría la participación de estos en el procedimiento arbitral y, en cierta medida, podría estimular a los Estados para establecer dicha obligación respecto a las partes en futuros tratados, o renegociar los existentes en ausencia de dicha obligación. En este sentido, debe reconocerse la relevancia del TLCAN, el cual en su Capítulo Once, y en virtud del artículo 1128¹⁰², establece que los Estados tienen derecho a presentar observaciones sobre una cuestión de interpretación del TLCAN, existiendo disposiciones complementarias en los artículos 1127¹⁰³ y 1129¹⁰⁴ que estipulan que un Estado que no contesta puede recibir notificación de reclamaciones y copias de alegatos, siendo ésta la vía fundamental e innovadora para dar voz al Estado no contendiente en los procedimientos bajo este capítulo. De esta manera, el artículo 1128 del TLCAN es considerado como una "disposición innovadora", permitiendo

¹⁰⁰ Tal y como lo establece el Artículo 5.4 del Reglamento sobre la Transparencia: "*El tribunal arbitral asegurará que los escritos presentados no perturben ni dificulten innecesariamente el procedimiento arbitral y no causen ningún perjuicio indebido a ninguna de las partes litigantes*".

¹⁰¹ AL respecto, el Artículo 5.5 del Reglamento sobre la Transparencia reconoce que: "*El tribunal arbitral asegurará que se dé a las partes litigantes una oportunidad razonable de hacer observaciones acerca de los escritos presentados por partes en el tratado que no sean litigantes*".

¹⁰² En el contexto del Capítulo Once del TLCAN, el derecho de presentar comunicaciones sobre la interpretación de tratados, Artículo 1128, ha sido invocado por al menos un Estado Parte no contendiente en la mayoría de los casos del TLCAN concluidos hasta el momento. Desde los inicios, los Estados Partes no contendientes a menudo hicieron varias presentaciones conforme al Artículo 1128, por ejemplo: en el caso *Pope & Talbot Inc. vs. Canadá (1999)*, en el cual México y Estados Unidos presentaron cada uno ocho comunicaciones; el caso *Methanex Corp. vs. Estados Unidos (1999)*, en el cual Canadá y México presentaron cada uno tres escritos y; en *United Parcel Service of America, Inc. (UPS) vs. Canadá*, ICSID Case No. UNCT/02/1, 2000, en el cual México y Estados Unidos, presentaron tres comunicaciones según el Artículo 1128. Las comunicaciones del Artículo 1128 del TLCAN se han centrado en una amplia variedad de cuestiones respecto a la interpretación, alcance y cobertura del tratado, el trato nacional, el nivel mínimo de trato, los requisitos de desempeño y la expropiación. En ocasiones, los tribunales han solicitado la opinión de los Estados Partes no contendientes del TLCAN sobre cuestiones de interpretación de tratados. Véase, por ejemplo: *Mobil Investments Canadá Inc. and Murphy Oil Corporation vs. Canadá*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, 2007, segunda presentación de escritos de los Estados Unidos y México en relación con el Artículo 1128, de fecha 21 de enero de 2011.

¹⁰³ El Artículo 1127 del TLCAN establece que: "*La Parte contendiente entregará a las otras Partes: a) notificación escrita de una reclamación que se haya sometido a arbitraje a más tardar 30 días después de la fecha de sometimiento de la reclamación a arbitraje; y b) copias de todas las comunicaciones presentadas en el procedimiento arbitral*".

¹⁰⁴ A tales efectos, el Artículo 1129 del TLCAN establece que: 1. "*Una Parte tendrá a su costa derecho a recibir de la Parte contendiente una copia de: (a) las pruebas ofrecidas al tribunal; y (b) argumentos escritos presentados por las partes contendientes*". 2. "*Una Parte que reciba información conforme a lo dispuesto en el párrafo 1, dará tratamiento a la información como si fuera una Parte contendiente*".

reconocer el interés sistémico de cada Estado Parte en la interpretación del tratado¹⁰⁵.

La presentación de escritos o comunicaciones de terceros Partes del tratado no contendientes puede, en ocasiones, ejercer una cierta presión sobre el tribunal arbitral cuando dichas presentaciones son coincidentes con la posición que asume el Estado demandado. En tal sentido, el principal problema que puede surgir es si dicha coincidencia puede dificultar la aplicación de ciertas garantías de inversión y, por lo tanto, ser determinantes en la resolución de la disputa¹⁰⁶.

En correspondencia con el Capítulo Once del TLCAN, el Capítulo 10 del Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos, Centroamérica y República Dominicana, específicamente el Artículo 10.20.2¹⁰⁷, permite también que los Estados Partes no contendientes puedan presentar al tribunal arbitral comunicaciones orales o escritas relacionadas con la interpretación del tratado, permitiendo que en caso de un arbitraje inversionista-Estado, cualquiera de los Estados Partes puedan pronunciarse respecto a las cuestiones relacionadas con los tratados de inversión en los que se basa el caso, estando en relación, a su vez, con el artículo 10.21.1 del propio tratado que regula la transparencia en los procedimientos arbitrales, el cual obliga al Estado Parte contendiente -o sea, al Demandado- a entregar al resto de Estados Partes no contendientes los documentos¹⁰⁸ relacionados con el caso y la publicación de los mismos, es decir, ponerlos a disposición del público, permitiendo que el tribunal arbitral se pronuncie y pueda extraer conclusiones al respecto. De esta forma, el tratado permite que todos los Estados Partes puedan revisar los documentos pertinentes y tener conocimiento de las cuestiones de interpretación de los tratados relacionados con el caso. En este sentido, el cumplimiento de ambos artículos, no solo garantiza el conocimiento público de la información o documentación relacionada con el litigio, sino también que los Estados Partes no contendientes puedan ejercer sus derechos para realizar presentaciones orales y escritas sobre cuestiones relacionadas con la interpretación del CAFTA -DR¹⁰⁹, lo que favorece el

¹⁰⁵ KINNEAR, M.N. "Artículo 1128 - Participación de una Parte en las disputas de inversión en virtud del TLCAN", en Guía comentada del TLCAN Capítulo 11, Suplemento No. 1, *Kluwer Law International*, 2006, p. 1128-1.

¹⁰⁶ FRY, J.D., REPOUSIS O.G. "Intertemporality and International Investment Arbitration: Protecting the Jurisdiction of Established Tribunals", *Arbitration International Law*, Vol 31, 2015, pp. 223-259.

¹⁰⁷ En lo adelante, CAFTA-DR. El CAFTA-DR entró en vigor para los Estados Unidos, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua en el año 2006, para la República Dominicana en el año 2007 y para Costa Rica en el año 2009. El Capítulo 10 del CAFTA-DR se refiere a la inversión e incluye disposiciones respecto a las obligaciones de las Partes con respecto a "inversionistas de otra Parte" e "inversiones cubiertas" (Sección A), así como a la solución de controversias entre inversionista y Estado (Sección B). En su artículo 10.20.2 establece que: "*Una Parte no contendiente podrá presentar comunicaciones orales o escritas ante el tribunal con respecto a la interpretación de este Tratado*".

¹⁰⁸ En este sentido el artículo 10.21.1 reconoce que: "*Sujeto a los párrafos 2 y 4, el demandado, después de recibir los siguientes documentos, los entregará con prontitud a las Partes no contendientes y los pondrá a disposición del público: (a) la notificación de intención; (b) la notificación de arbitraje; (c) los alegatos, escritos de demanda y notas explicativas presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada de conformidad con el Artículo 10.20.2 y 10.20.3 y el Artículo 10.25; (d) las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles y; (e) las órdenes, laudos y decisiones del tribunal*".

¹⁰⁹ En el contexto del CAFTA-DR, podemos citar, entre otros, los siguientes casos: *Commerce Group Corp. y San Sebastián Gold Mines, Inc. vs. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17, 2009, en el que El Salvador presentó objeciones preliminares de conformidad con el proceso acelerado conforme al Artículo 10.20.5, y se presentaron en el caso dos comunicaciones de Estados Partes no contendientes de conformidad con el Artículo 10.20.2, relativo a la interpretación de la disposición de exención, Artículo 10.18.2: por parte de Costa Rica y de Nicaragua en fecha 1 de noviembre de 2010. Las comunicaciones presentadas por ambos Estados fueron tenidas en cuenta por el tribunal arbitral en el laudo final, el cual se cita las cuestiones más relevantes de las comunicaciones presentadas por ambos Estados Partes no

pronunciamiento del tribunal y que el mismo pueda elaborar mejores conclusiones en los litigios amparado bajo el propio tratado.

Los dos tratados comentados antes pueden constituir un punto de referencia de los Estados a nivel internacional como elemento referencial para establecer en futuros tratados a negociar la obligación de participar, mediante la presentación de escritos o comunicaciones en el procedimiento arbitral, como Estados Partes no contendientes. Elementos estos que debían haberse tenido en cuenta en el Reglamento sobre la Transparencia, como garante de la transparencia en el arbitraje de inversiones. Máxime cuando tiene carácter universal a través de la propia Convención de Mauricio, de obligatorio cumplimiento para los Estados Partes.

4.6 Audiencias.

La celebración de las audiencias es uno de los temas más controvertido del Reglamento sobre la Transparencia en el arbitraje inversionista-Estado en el marco de un tratado, se distancia del resto de otras reglas arbitrales¹¹⁰, debido a la exigencia de celebrar las audiencias públicas¹¹¹, siendo ésta la regla básica del Reglamento. Solo estarán sujetas a las siguientes limitaciones: a) la información confidencial¹¹²; b) la protección de la integridad del proceso; y c) por razones logísticas, es decir que exista el aprovisionamiento material necesario que se especifica a continuación¹¹³.

El Reglamento faculta al tribunal arbitral para que decida cómo celebrar las audiencias de forma tal que facilite la posibilidad de participación del público, así como que el propio tribunal arbitral adopte las medidas necesarias para, de ser necesario, el público pueda presenciarlas con la utilización de medios informáticos, ya sea a través de vídeo u otros medios en línea que estime pertinente. El presente precepto ilustra una parte de la práctica arbitral llevada a cabo en algunos casos administrados bajo las reglas del CAFTA-DR y en el que parte de las audiencias se han transmitido en directo por internet. El primer caso en el que una audiencia del CIADI fue transmitida públicamente por Internet fue el caso *Pac Rim Cayman LLC vs.*

contendientes y que resultaron de gran utilidad en la elaboración de las conclusiones finales, tal y como reconoce el propio tribunal; el caso, *Railroad Development Corporation vs. Guatemala*, ICSID Case No. ARB/07/23, 2007, en el cual los Estados de El Salvador y Honduras presentaron en enero de 2012, comunicación relacionada con el Capítulo 10 del CAFTA-DR, específicamente, respecto a si es posible o no la aplicación del Artículo 10.20.2 y 10.5 a los litigios surgidos con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado y a la interpretación del concepto de trato justo y equitativo, respectivamente.

¹¹⁰ Como puede ser el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, el cual en su Artículo 28.3 establece: "Las audiencias se celebrarán a puerta cerrada a menos que las partes acuerden lo contrario. El tribunal arbitral podrá requerir a todo testigo o perito que se retire durante la declaración de otros testigos, salvo que, en principio, no deberá requerirse, a un testigo o perito que sea parte en el arbitraje, que se retire".

¹¹¹ Al respecto, el Artículo 6.1 del Reglamento sobre la Transparencia establece: "A reserva de lo dispuesto en el artículo 6, párrafo 2 y 3, las audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales (audiencias) serán públicas".

¹¹² Tal como establece el Artículo 6.2 del Reglamento sobre la Transparencia: "Cuando sea necesario proteger la información confidencial o la integridad del proceso arbitral con arreglo a lo establecido en el artículo 7, el tribunal arbitral adoptará disposiciones para celebrar en privado la parte de la audiencia que deba ser protegida".

¹¹³ En este sentido, el Artículo 6.3 del Reglamento establece: "El tribunal arbitral adoptará disposiciones logísticas para facilitar el acceso del público a las audiencias (incluso, según proceda, organizando la asistencia mediante enlaces de vídeo u otros medios que estime conveniente). No obstante, el tribunal arbitral podrá, tras celebrar consultas con las partes litigantes, decidir que toda la audiencia o parte de ella se celebre en privado cuando resulte necesario por motivos logísticos, por ejemplo, cuando debido a las circunstancias no pueda adoptarse ninguna disposición logística viable para permitir el acceso del público a las audiencias".

*República de El Salvador*¹¹⁴, litigio en el que Pac Rim Cayman LLC (Demandante) alegó que el Gobierno de El Salvador (Demandado) lo privó de un "derecho perfeccionado" a una concesión de explotación minera en el proyecto de El Dorado, así como otros reclamos secundarios realizados bajo el CAFTA-DR. Durante el desarrollo del procedimiento, El Salvador presenta objeciones a la jurisdicción, competencia y admisibilidad del tribunal arbitral a tenor de lo establecido en las Reglas del CIADI, objeciones en virtud de las cuales el Tribunal decide inadmitir la demanda. Las audiencias sobre jurisdicción fueron transmitidas públicamente sobre la base de las disposiciones en materia de transparencia del CAFTA-DR, Art. 10.21.

No obstante, cuando no concurren las condiciones logísticas necesarias para llevar a cabo el conocimiento público de las audiencias, el tribunal arbitral está facultado, previa consulta con las partes, para decidir qué parte de la audiencia o la audiencia en general, se celebre en privado¹¹⁵. Así pues, en el reiterado caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, el tribunal arbitral sostiene: "una Parte puede solicitar que una parte de la audiencia sea privada y confidencial, que la transmisión de la audiencia se suspenda temporalmente o que la información protegida sea excluida de la transmisión de vídeo. En la medida de lo posible, una Parte informará al Tribunal antes de plantear temas en los que se pueda esperar que surja información confidencial o protegida. El Tribunal consultará entonces a las Partes. Dichas consultas se realizarán a puerta cerrada y la transcripción se marcará como "confidencial". Después de consultar con las Partes, el Tribunal decidirá si se excluye la información en cuestión de la transmisión y la parte correspondiente de la transcripción se marcará como confidencial"¹¹⁶.

El literal del precepto 6.3 del Reglamento sobre la Transparencia, establece que el tribunal antes de tomar la decisión de admitir o no el acceso público a la audiencia en general o, a parte de ella, debe adoptar las medidas necesarias que faciliten el acceso público desde mucho antes de la celebración de la audiencia¹¹⁷, cuestión que consideramos muy positivo. De esta manera se limita la facultad de actuar del tribunal arbitral, lo que facilita que el mismo, por simples motivos no bien

¹¹⁴ Véase, el caso *Pac Rim Cayman LLC vs. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, 2009. Documentación disponible en: <https://www.italaw.com/cases/783>, consultado el 15/05/2019.

¹¹⁵ De esta forma, el Reglamento sobre la Transparencia no se aleja mucho de la Regla 32(2) del Reglamento del CIADI y la Regla 39(2) del Mecanismo Complementario, las cuales coinciden en establecer: "Salvo objeción de alguna de las partes, el Tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal, asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen. En dichos casos el Tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de la información privilegiada o protegida".

¹¹⁶ Véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, "Transparency", párrafo 14 (iii), 2015; "At any time during the hearings, a Party may request that a part of the hearing be held in private and that confidential, that the broadcast of the hearing be temporarily suspended or that protected information be excluded from the video transmission. To the extent possible, a Party shall inform the Tribunal before raising topics where confidential or protected information could reasonably be expected to arise. The Tribunal will then consult the Parties. Such consultations shall be held in camera and the transcript shall be marked "confidential". After consultation with the Parties, the Tribunal will decide whether to exclude the information in question from the broadcast and the relevant portion of the transcript shall be marked "confidential". The transcript made public by the Repository shall redact those portions of the hearing marked "confidential".

¹¹⁷ Tal y como ha sucedido en el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, Procedural Order No. 2, "Transparency", 2015, párrafo 14. (i), donde el tribunal argumenta; "The hearings will be broadcast and made publicly accessible by video link on the ICSID website. An audio-video recording will also be made of hearings. For logistical reasons, physical attendance by third persons at hearings shall be subject to the Tribunal's approval".

justificados, pueda impedir el acceso público a la audiencia. Ahora bien, resulta significativo resaltar que en caso de que no se lleve a cabo el acceso público a las audiencias por cualquiera de las razones antes expuestas, eso no impedirá que los terceros pudiesen tener conocimiento de las transcripciones de las mismas. Las transcripciones se rigen por una regla diferente, establecida en el artículo 3.1 del Reglamento sobre la Transparencia. Por lo que los aspectos que no estén dentro de la confidencialidad establecida en el artículo 7 del Reglamento, podrán ser revelados públicamente.

4.7 Excepciones a la norma de transparencia.

4.7.1 Información confidencial o protegida.

La transparencia bajo el Reglamento es limitada. Las excepciones o limitaciones a la misma están previstas en el artículo 7¹¹⁸. Este precepto favorece el equilibrio entre las disposiciones sobre divulgación previstas en el propio Reglamento y las excepciones de confidencialidad o información protegida¹¹⁹. Las reglas del mencionado artículo dejan a la discrecionalidad del tribunal el procedimiento a seguir en caso de existir información confidencial o protegida¹²⁰. En este caso el tribunal puede decidir sobre el plazo que tendrán las partes para solicitar que un determinado documento sea declarado confidencial. En este sentido, en el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, el tribunal le concedió a las partes "un plazo de 21 días para notificar que determinado documento presentado debe ser protegido, confidencial"¹²¹. Una vez notificado por las partes al tribunal la confidencialidad del documento, éstas deben especificar qué parte del mismo debe ser protegido o si es en su totalidad. De esta forma el tribunal llevará a cabo los procedimientos oportunos para seleccionar y suprimir dicha información. No obstante, la decisión final la tendrá el tribunal una vez consultado con las partes¹²². Tal y como reconoció el Tribunal del

¹¹⁸ En este sentido, el Artículo 7.1 del Reglamento sobre la Transparencia establece: "La información confidencial o protegida, como se define en el párrafo 2 y se determina en cumplimiento de las disposiciones a que se hace referencia en los párrafos 3 y 4, no se pondrá a disposición del público con arreglo a los artículos 2 a 6".

¹¹⁹ Al respecto, el Artículo 7.2 del Reglamento sobre la Transparencia establece: "La información confidencial o protegida consiste en: a) Información comercial confidencial; b) Información que, conforme al tratado, no debe ponerse a disposición del público; c) Información que no debe ponerse a disposición del público, en el caso de la información del Estado demandado, con arreglo a la legalización de este, y en el caso de información de otro tipo, con arreglo a cualquier ley o normativa que el tribunal arbitral determine que es aplicable a la divulgación de esa clase de información; o, d) Información cuya divulgación impidiera hacer cumplir la ley".

¹²⁰ Tal y como lo establece el Artículo 7.3 del Reglamento sobre la Transparencia: "El tribunal arbitral, tras celebrar consultas con las partes litigantes, adoptará disposiciones para impedir que se ponga información confidencial o protegida a disposición del público".

¹²¹ Véase, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Procedural Order No. 2, "Transparency", 2015, párrafo 15. "Pursuant to Article 7(3)(a), each Party or third person shall give notice within 21 days from the filing of a document that it seeks protection for confidential or protected information in that document. In the absence of such notice, the Tribunal will authorize the publication of any document mentioned in Section 12(iii) above". El artículo 7.3 a) del Reglamento sobre la Transparencia, faculta al tribunal al disponer, "los plazos para que una parte litigante, una parte en el tratado no litigante o un tercero indique que desea proteger dicha información en los documentos".

¹²² Tal como lo establecen los Artículos 7.3 b) y c), los cuales establecen que el tribunal procederá con los "procedimientos para seleccionar y suprimir rápidamente de esos documentos la información confidencial o protegida; y los procedimientos para celebrar audiencias en privado, en la medida en que ello se prevea en el artículo 6, párrafo 2. El tribunal arbitral decidirá, previa consulta con las partes litigantes, si determinada información es confidencial o protegida".

caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, al establecer “cualquier solicitud de protección de información confidencial o protegida realizada de conformidad con el párrafo anterior deberá identificar específicamente la parte (o partes) del documento que se pretende designar como confidencial o protegido. Después de consultar a las Partes, el Tribunal decidirá si la información identificada es confidencial o protegida”¹²³. Decisión contra la cual, el Reglamento no establece la posibilidad de que las partes puedan presentar recurso alguno.

En este sentido, resulta interesante que el propio Reglamento no establezca la ley aplicable por la que se regirá el tribunal para determinar la confidencialidad de la información proporcionada, otorgándole al tribunal arbitral la facultad de decidir sobre cuál será el Derecho sustantivo que regirá tal cuestión. Con excepción en el caso de la información del Estado demandado, que especifica que dicha información será confidencial si así lo establece la legislación del mismo¹²⁴, y con respecto a la información de los Estados demandados, los cuales no estarán obligados a divulgar información que consideren contrarias a sus intereses de seguridad esenciales¹²⁵. Tal y como lo reconoce la Ley española sobre secretos oficiales cuando reconoce que tendrán carácter de secreto toda materia clasificada, considerando así “los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado”¹²⁶. Se trata, sin duda, de una regla excepcionalísima del Reglamento sobre la Transparencia, o, si se prefiere, una cláusula de auto ejecución, dirigida a salvaguardar los intereses esenciales de seguridad de los Estados¹²⁷.

Sin embargo, estas excepciones también tienen sus límites. Si un Estado mantiene la confidencialidad de la información, o considera que la misma no debe divulgarse para proteger sus intereses esenciales de seguridad, dicha información gozará de protección conforme a su propia legislación, por lo que consideramos que ni siquiera debe ser presentada al tribunal. Solo sería posible aplicar dicha excepción de confidencialidad de la información si fuese solicitado por el Estado demandado al tribunal arbitral, encontrándose la misma en poder del inversionista, o cuando estando en poder del inversionista éste la ha presentado posteriormente al tribunal. Cabe la posibilidad también de que dicha información se haya presentado voluntariamente al tribunal por el Estado demandado¹²⁸. Al respecto, ¿puede el tribunal arbitral rechazar la determinación que respecto a la confidencialidad de la información pueda hacer el Estado demandado? Consideramos que si la información se presenta al tribunal, éste podría rechazar dicha petición, siempre que el Derecho

¹²³ Véase también, el caso, *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22. Véase, Procedural Order No. 2, “Transparency”, 2015, párrafo 16; “Pursuant to Article 7(3)(b), any request to protect confidential or protected information made in accordance with the preceding paragraph shall specifically identify the part (or parts) of the document sought to be designated as confidential or protected. After consulting the Parties, the Tribunal will decide whether the identified information is confidential or protected. If the information is found to be confidential or protected, the Party or third person will provide the Tribunal with a redacted version of the document in question. The Tribunal will thereafter transmit that document to the Repository for publication”.

¹²⁴ Véase, Artículo 7.2 c) del Reglamento.

¹²⁵ Tal y como lo establece el Artículo 7.5 del Reglamento sobre la Transparencia: “Nada de lo dispuesto en este Reglamento obligará al Estado demandado a poner a disposición del público información cuya divulgación considere contraria a sus intereses de seguridad esenciales”.

¹²⁶ Artículo 2 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales. Publicada en el BOE, No. 84, de 6 de abril de 1968.

¹²⁷ YANNACA-SMALL, K. “Essential Security Interests under International Investment Law”, *OECD International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World*, Paris, 2007.

¹²⁸ JOHNSON, L., BERNASCONI-OSTERWALDER, N. *New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency...op.cit...p. 22.*

aplicable al arbitraje así lo permita¹²⁹, siendo responsabilidad del Estado demandado haber tomado las medidas necesarias para proteger de la publicidad la información. De este modo se impide que los Estados demandados hagan un uso indebido de la protección que les brinda el Reglamento respecto de la protección de la información.

4.7.2 Integridad del proceso arbitral.

Con una simple lectura de los preceptos que nos ocupa, resulta sencillo poder comprender la escueta noción que respecto al concepto de integridad del procedimiento arbitral establece el Reglamento sobre la Transparencia, ceñido únicamente a la publicación de la información. Sin embargo, una de las obligaciones básicas que asiste al tribunal arbitral es dictar un laudo que sea ejecutable, para lo cual, entre otras cosas, resulta imprescindible que el proceso arbitral se celebre cumpliéndose las normas del debido proceso¹³⁰ o *due process* en todos los aspectos del procedimiento, cualesquiera sean las reglas que deban aplicarse. Así pues, en ausencia de un concepto preciso de integridad del proceso arbitral, consideramos que, en un sentido amplio, dicha noción se refiere al conjunto de principios que sustentan dicho proceso y su normal cumplimiento, encontrándose, entre otros, el principio de igualdad de trato y audiencia y contradicción, teniendo en cuenta, a su vez, la responsabilidad que asume el propio tribunal, no sólo para con el proceso arbitral, sino también hacia las partes sobre cuyos derechos deciden, hacia el público y terceras personas que participen en el proceso¹³¹, observando siempre los altos estándares de conductas.

El deber del tribunal arbitral de preservar la integridad del proceso arbitral no puede estar exento de cumplir los requerimientos de transparencia. Es importante que desde el comienzo se clarifiquen las reglas que regirán el proceso, así como el tratamiento que se le debe dar a la información protegida o confidencial, estando en consonancia con lo establecido en el artículo 7.6 del Reglamento sobre la Transparencia¹³². Pero una inadecuada interpretación del precepto podría llevarnos a pensar que la integridad del procedimiento entrañaría, precisamente, el peligro de socavar todo el propósito del Reglamento: la transparencia en el procedimiento arbitral.

Sin embargo, el propio Reglamento faculta al tribunal arbitral para que por iniciativa propia, o a solicitud de una de las partes, pueda tomar las medidas que considere oportunas respecto a la publicación de la información, cuando ésta pudiera ser utilizada por terceras personas u otras circunstancias excepcionales que pongan en peligro el normal desarrollo del procedimiento¹³³, es decir, cuando al poner la

¹²⁹ A tenor de lo establecido en el Artículo 1.8 del Reglamento sobre la Transparencia.

¹³⁰ El incumplimiento de las normas del debido proceso puede dar lugar a la inejecutabilidad del laudo, teniendo en cuenta el Artículo V, 1b) de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales de 1958 (Convención de Nueva York), el cual establece: b) *Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa*; estando en relación, a su vez, con lo establecido en el Artículo 18 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, que reconoce: *"Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos"*.

¹³¹ GUAIA, C.I. "Facultades implícitas del tribunal arbitral en cuestiones éticas", *Arbitrajes PUCP*, No. 6, 2016, p. 87.

¹³² En este sentido, el Artículo 7.6 del Reglamento sobre la Transparencia establece: *"No se pondrá información a disposición del público con arreglo a los artículos 2 a 6 cuando esa información, si se pusiera a disposición del público, pudiera poner en peligro la integridad del proceso arbitral conforme a lo dispuesto en el párrafo 7"*.

¹³³ Tal y como lo establece el Artículo 7.7 del Reglamento sobre la Transparencia: *"El tribunal podrá, por iniciativa propia o a solicitud de una parte litigante, previa consulta con las partes litigantes cuando sea viable, adoptar las medidas adecuadas para impedir o demorar la publicación de información cuando tal publicación pueda poner en peligro la integridad del proceso arbitral porque pueda dificultar la reunión o presentación de pruebas, dar lugar a la*

información a disposición del público, tal publicación pueda obstaculizar la recopilación de pruebas o resultar en la intimidación de las partes, abogados o miembros del Tribunal.

Está por ver si el oscuro y vago concepto de integridad procesal expresado en las disposiciones, tendrá alguna utilidad para resolver las dudas que se plantean los tribunales arbitrales respecto a ciertos problemas relativos a la compatibilidad de la transparencia en las actuaciones arbitrales con la salvaguarda de ciertas garantías procedimentales, por ejemplo, en materia de prueba, salvaguarda del derecho de defensa, etc. No creemos que existan razones para ser demasiado optimista a este respecto.

4.8 Archivo de la información publicada.

El Reglamento sobre la Transparencia, si realmente pretende que los arbitrajes de inversiones sean transparentes, no puede concluir de otra manera que no sea con el establecimiento de un repositorio o archivo para divulgar o publicar dicha información. De esta manera, la información se encontrará pública en el sitio web de la CNUDMI¹³⁴, lo que resulta de gran importancia ya que permite tener concentrado, aunque existen sus excepciones, en un único sitio toda la información relacionada con el arbitraje de inversiones en los que se apliquen las normas de transparencia establecidas en el Reglamento para su publicación. Nos referíamos antes a ciertas excepciones, debido a que, en determinados casos, no siempre el repositorio de la CNUDMI será el elegido para la publicación de la información. Hay que tener en cuenta que el propio artículo 8 faculta a la CNUDMI a nombrar otra institución que pueda llevar a cabo dicha función, como puede suceder en ciertos casos de arbitraje ante el CIADI, que aunque se apliquen las reglas de transparencia de la CNUDMI, en la mayoría de ellos el repositorio queda en manos de la propia institución CIADI¹³⁵.

El archivo ya ha comenzado a funcionar y hasta la fecha solo existe un número de ocho casos registrados, seis pertenecientes a Canadá -de los cuales dos están pendientes de solución y cuatro ya se han concluido-, un caso de Bolivia y un caso de Guinea; éstos dos últimos aún están pendientes de solución¹³⁶.

5. La convencionalización de las Reglas sobre la Transparencia de la CNUDMI : la Convención de Mauricio.

En epígrafes anteriores nos hemos referido a la posibilidad de ampliación del ámbito de aplicación del Reglamento sobre la Transparencia -ya sea por un acuerdo entre las partes litigantes o por un acuerdo de las partes del tratado- a los arbitrajes celebrados bajo un tratado con fecha anterior al 1 de abril de 2014, siendo posible por la aprobación de la Convención sobre la Transparencia o Convención de Mauricio¹³⁷. El objetivo general es promover la transparencia en los arbitrajes de inversiones y facilitar el proceso de participación de los Estados en la aplicación de las reglas contenidas en el Reglamento sobre la Transparencia a los tratados existentes.

intimidación de testigos, abogados de las partes litigantes o miembros del tribunal arbitral, o en circunstancias excepcionales comparables".

¹³⁴ Tal como lo establece el Artículo 8 del Reglamento sobre la Transparencia: "El archivo de la información pública conforme al Reglamento sobre la Transparencia será el Secretario General de las Naciones Unidas o una institución nombrada por la CNUDMI".

¹³⁵ Véase, al respecto, el caso *BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/2, Procedural Order No.2, "Transparency", párragrahp 17, 2015.

¹³⁶ Véase; el Registro de Transparencia de la CNUDMI, disponible en: <http://www.uncitral.org/transparency-registry/registry/index.jsp>, consultado el 15/05/2019.

¹³⁷El texto de la Convención sobre la Transparencia de la CNUDMI se encuentra disponible en: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/transparency-convention/Transparency-Convention-s.pdf>, consultado el 15/05/2019.

La Convención tiene como principales objetivos: primero, que la gran mayoría de los Estados que estén interesados en adoptar la transparencia como criterio general en los tratados que reglan los arbitrajes de inversiones de los que son partes y las organizaciones internacionales de integración económica, puedan contar con un instrumento práctico y eficiente que les permita ampliar su aplicación a los más de 3.000 tratados bilaterales individuales de inversión, independientemente de la fecha del tratado subyacente a la disputa y las reglas aplicables al mismo, evitando así las renegociaciones de sus tratados¹³⁸. En segundo lugar, permitir que el Reglamento sobre la Transparencia no sólo fuese aplicable a arbitrajes de inversiones bajo las reglas arbitrales de la CNUDMI, sino también a todos los arbitrajes inversionista-Estado bajo tratados de inversión.

En este sentido, consideramos que, teniendo en cuenta el carácter ambicioso de la Convención, si logra tener éxitos, siendo asumida por un gran número de Estados, las reglas establecidas en el Reglamento sobre la Transparencia implicarán una modificación al régimen procedimental de arbitraje de inversiones. Mientras que las Reglas de Transparencia tienen como última finalidad influir en la redacción de futuros TBI, haciendo que los mismos puedan adecuarse a los estándares de transparencia establecidos por las propias Reglas, la Convención lo que pretende es la homogenización de las normas de transparencia en los actuales tratados de inversión.

La Convención hace una incorporación por referencia del Reglamento sobre la Transparencia, y establece dos mecanismos para la aplicación del Reglamento: el "acuerdo bilateral o multilateral" y la "oferta unilateral". Se entiende por "acuerdo bilateral" la situación en la que el Estado demandado y el Estado del inversor son partes en el Convenio, o sea, cuando ambas o más partes de un TBI ratifican la Convención¹³⁹. Al respecto, presumiendo que ninguno de los Estados haya formulado la reserva pertinente, las Reglas sobre la Transparencia de la CNUDMI se aplicarán a cualquier arbitraje inversor-Estado enablado en virtud del tratado de inversión pertinente, ya sea de conformidad con las normas de la CNUDMI o algunas otras normas arbitrales. En relación a la "oferta unilateral", se refiere a la situación en la que el Estado Demandado es parte en la Convención, pero el Demandante (Estado del inversor) no. Al respecto, suponiendo que no exista la consabida reserva, el Reglamento sobre la Transparencia de la CNUDMI se aplicará solo si el inversionista reclamante está de acuerdo¹⁴⁰. Estos mecanismos de aplicación pueden verse restringidos en su radio de acción o completamente fracasados, teniendo en cuenta el amplio margen de reservas que establece la propia Convención.

En el conjunto de preceptos que conforman la Convención se establecen tres reservas que los Estados pueden formular respecto de su aceptación: i) un Estado puede indicar tratados de inversión específicos a los que no se aplicará la Convención¹⁴¹; ii) un Estado puede declarar que las Reglas de Transparencia no se aplicarán a arbitrajes

¹³⁸ FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. La Transparencia como paradigma...*op.cit.* p. 269.

¹³⁹ En este sentido, el Art. 2.1 de la Convención establece: "*El Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia se aplicará a todo arbitraje entre inversionistas y Estados, enablado o no de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en el que el demandado sea una Parte que no haya formulado ninguna reserva pertinente en virtud del artículo 3.1 a) o 3.1 b) y el demandante sea de un Estado que sea una Parte que no haya formulado ninguna reserva pertinente en virtud del artículo 3.1 a)*".

¹⁴⁰ Al respecto, el Art. 2.2 de la Convención establece: "*Cuando el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia no sea aplicable en virtud del párrafo 1, dicho Reglamento se aplicará a todo arbitraje entre inversionistas y Estados, enablado o no de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, en el que el demandado sea una Parte que no haya formulado ninguna reserva relacionada con ese arbitraje en virtud del artículo 3.1 y el demandado consienta en la aplicación del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia*".

¹⁴¹ El Art. 3.1 a) de la Convención establece: "*No aplicará la presente Convención a un arbitraje entre inversionistas y un Estado en virtud de un determinado tratado de inversiones, identificado con su título y con el nombre de las partes contratantes en dicho tratado*".

conducidos bajo reglas distintas a las Reglas de la CNUDMI, por ejemplo las Reglas del CIADI¹⁴² y iii) un Estado puede declarar que las Reglas de Transparencia de la CNUDMI no se aplicarán en los arbitrajes entre inversionistas y Estado en los que es demandado¹⁴³.

Sin embargo, con solo mirar el reducido número de Estados Partes de la Convención (Camerún, Canadá, Gambia, Mauricio y Suiza¹⁴⁴), y con una simple lectura del texto de la misma, nos resulta suficiente para percatarnos de que la búsqueda de su principal objetivo, a día de hoy, es más que fallida, lo que demuestra que, si bien la CNUDMI ha mostrado su empeño por una mayor transparencia en el arbitraje inversionista-Estado, existen un gran número de Estados con una actitud reticente ante las negociaciones de la Convención. Así pues, de los 193 Estados miembros de las Naciones Unidas sólo 23 han firmado la Convención, aunque debemos destacar que algunos gobiernos se han interesado por el tema y se han ido pronunciando al respecto; ejemplo de ellos es el Gobierno australiano, que en sus recientes enmiendas propuestas a su régimen de arbitraje internacional de inversiones, ha estado abordando las implicaciones de la Convención de Mauricio en su Derecho interno¹⁴⁵.

No obstante, con solo adentrarnos en los preceptos de la Convención, podemos comprender que la misma resulta de difícil aplicación. En otras palabras, podrá ser considerada letra muerta para los Estados. Una simple lectura de los artículos que regulan las reservas que podrán formular los Estados Partes para no aplicar la Convención (art. 3 y 4), reservas que constituyen el epicentro neurálgico de la misma, nos resulta suficiente para comprender su no operatividad. Son tantas las reservas que pueden interponer los Estados que no queda opción alguna en la que al menos se motive a los Estados adherirse a dicha Convención. Su éxito dependerá tanto de la voluntad de los Estados en adherirse a la misma, de asumir las Reglas sobre la Transparencia e incorporarlas a los futuros tratados, como de refrenarse a las reservas reconocidas en el texto de la Convención y que pueden interponer los propios Estados. Tanto es así que, con excepción de Canadá que ha tenido en cuenta en sus APPRI los objetivos de transparencia propuestos en la Convención, e incluso actualizando su propia política de inversión, el resto de los Estados Partes ni siquiera han incorporado a sus ordenamientos internos la misma. Motivos por los que creemos que resulta difícil que la Convención garantice una verdadera seguridad para los Estados en el arbitraje de inversiones en busca de una mayor transparencia en el procedimiento arbitral. Tal y como reconocen algunos autores, "la Convención no es más que un complicado texto, cuya redacción e interpretación tiende más a equívocos que al logro del verdadero objetivo con el que se ha creado"¹⁴⁶.

6. Consideraciones finales.

No existe un concepto de transparencia en el arbitraje internacional. Dicha ausencia conlleva a la existencia de una incoherencia normativa al respecto, por lo

¹⁴² En este sentido el Art. 3.1 b) de la Convención reconoce que: "*Los párrafos 1 y 2 del artículo 2 no se aplicarán a los arbitrajes entre inversionistas y Estados que se tramiten utilizando un determinado conjunto de reglamentos o procedimientos arbitrales distintos del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, y en los que sea parte demandada*".

¹⁴³ Al respecto, el Art. 3.1 c) establece que: "*El artículo 2.2 no se aplicará a los arbitrajes entre inversionistas y Estados en los que sea parte demandada*".

¹⁴⁴ Véase, situación actual de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (Nueva York, 2014). Disponible en; http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html, consultado el 15/05/2019.

¹⁴⁵ Las enmiendas propuestas por el Estado australiano se encuentran disponibles en: https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_Legislation/bd/bd1617a/17bd120#_nref245, consultado, 15/05/2019.

¹⁴⁶ FERNÁNDEZ ARROYO, D. P.: La Transparencia como paradigma...*op.cit.*... p. 269.

que se hace necesaria la existencia de normas o reglas que determinen, no solo si el arbitraje internacional es transparente, sino hasta qué punto y qué forma debe adoptar dicha transparencia.

El Reglamento sobre la Transparencia adoptado por la CNUDMI, con ciertas excepciones relacionadas con la publicidad de la información y la integridad del procedimiento arbitral, ha tratado de revertir la presunción de confidencialidad y privacidad en los arbitrajes inversionista-Estado, estableciendo una mayor transparencia respecto al carácter público de las audiencias. Mientras que las Reglas de Arbitraje del CIADI, reconocen el derecho de las partes respecto a la publicidad de las audiencias, conservando la discrecionalidad de las partes contendientes para permitir la transparencia en el arbitraje inversionista-Estado.

La práctica actual de aceptar la transparencia en el arbitraje internacional sigue siendo muy restringida. La gran mayoría de los tratados que proporcionan el fundamento jurídico del sistema regulan con mucha parquedad u omiten las cuestiones relativas a la transparencia en el procedimiento arbitral. Los acontecimientos significativos han tenido lugar principalmente en el contexto de regímenes específicos de tratados y, recientemente, en el marco de la CNUDMI. Es por ello que se necesitan reformas urgentes a nivel de los propios tratados o instituciones arbitrales -y sus reglamentos- en materia de transparencia, que puedan abordar los defectos inherentes al sistema inversionista-Estado, e incluyan también principios que consideren la primacía de los Derechos Humanos y el medio ambiente por sobre los intereses del capital privado o las grandes corporaciones. De esta manera, se logrará también una mayor influencia en los tribunales arbitrales en materia de transparencia.

Así pues, el éxito de la Convención de Mauricio no solo dependerá del número de Estados que la ratifiquen sin reservas, sino también de que las partes sean capaces de establecer y reconocer su aplicación en el propio cuerpo del tratado.

7. Bibliografía.

- BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L. (Eds.). *International Investment Law and Sustainable Development Key Cases from 2000-2010*, Winnepeg: International Institute for Sustainable Development, 2011.
- BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L. "Transparency in the dispute settlement process: Country best practices (IISD & CIEL)", <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?id=1529>, 2011.
- BOISSON DE CHAZOURNES, L., BARUTI, R. "Transparency in Investor-State Arbitration: An Incremental Approach", *Bahrain Chamber for Dispute Resolution International Arbitration Review*, Vol. 2, No. 1, 2015.
- DE LY, F., FRIEDMAN, M., RADICATI DI BROZOLO, L. (Eds.). "International Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on 'Confidentiality in International Commercial Arbitration'", *International Law Association*, 2012.
- DUSSAN LAVERDE, S. "Analysis of the Principle of Transparency with Special Reference to Its Implications for the Procedure of International Investment Arbitration", *Criterio Jurídico*, Vol. 11, No. 1, 2011.
- FELICIANO, F. "The 'Ordre Public' Dimensions of Confidentiality and Transparency in International Arbitration: Examining Confidentiality in the Light of Governance Requirements in International Investment and Trade Arbitration", in NAKAGAWA, J. (Ed). *Transparency in International Trade and Investment Dispute Settlement*, Routledge, London, 2013.
- FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. "El auge del arbitraje frente al debate sobre su legitimidad", *Jornadas sobre The Transformation of Enforcement*, Instituto Universitario Europeo de Florencia, 2013.
- FERNÁNDEZ ARROYO, D. "La Transparencia como paradigma del arbitraje de inversiones", en TANZI, A., ASTERITI, A., POLANCO LAZO, R., TURRINI, P.

- Derecho internacional de las inversiones en América Latina: problemas y perspectivas*, Brill Nijhoff, Netherlands, 2016.
- FRANCK, S.D. "The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties have a Bright Future", *University of California*, Vol. 12:47, 2005.
- FRY, J.D., REPOUSIS O.G. "Intertemporality and International Investment Arbitration: Protecting the Jurisdiction of Established Tribunals", *Arbitration International Law*, Vol 31, 2015.
- GAILLARD, E., DE LAPASSE, P. "Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international", *Recueil Dalloz*, 2011.
- GRISEL, F., VINUALES, J. "L'Amicus Curiae dans l'arbitrage d'investissement", *ICSID Rev.*, Vol. 23, 2007.
- GUAIA, C.I. "Facultades implícitas del tribunal arbitral en cuestiones éticas", *Arbitrajes PUCP*, No. 6, 2016.
- ISHIKAWA T. "Third Party Participation in Investment Treaty Arbitration", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 59, No. 2, 2010.
- JOHNSON, L., BERNASCONI-OSTERWALDER, N. *New UNCITRAL Arbitration Rules on Transparency: Application, Content and Next Steps*, *Columbia University*, 2013.
- KAUFMANN-KOHLER, G. "Interpretive Powers of the Free Trade Commission and the Rule of Law", 2011, disponible en: http://www.arbitrationicca.org/media/1/13571335953400/interpretive_powers_of_the_free_trade_commission_and_the_rule_of_law_kaufmann-kohler.pdf.
- KINNEAR, M.N. "Artículo 1128 - Participación de una Parte en las disputas de inversión en virtud del TLCAN", en Guía comentada del TLCAN Capítulo 11, Suplemento No. 1, *Kluwer Law International*, 2006.
- PAPARINSKIS, M. *The International Minimum Standard and Fair and Equitable Treatment*, Oxford University Press, Oxford, 2013.
- SCHLEE, P. "Transparência em arbitragens internacionais investidor-Estado", *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, Año 3, No. 5, 2015.
- SILVA ROMERO, E., FELIPE MERIZALDE, J. ¿Cumple su finalidad el nuevo Reglamento de Transparencia de la CNUDMI?, *Arbitraje PUCP*, 2014.
- TRIANTAFILOU E.E. "Amicus Submissions in Investor-State Arbitration After Suez v. Argentina", *Arbitration International Law*, Vol. 24, 2008.
- VINUALES J. "Amicus Intervention in Investment Arbitration", *Dispute Resolution Journal*, Vol 61, No. 4, 2007.
- YANNACA-SMALL, K. "Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments", in REINISCH, A. (Ed). *Standards of Investment Protection*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
- YANNACA-SMALL, K. "Essential Security Interests under International Investment Law", *OECD International Investment Perspectives: Freedom of Investment in a Changing World*, Paris, 2007.

Casos consultados.

- Biwater Gauff Ltd. vs. United Republic of Tanzania*, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 5, 2007.
- BSG Resources Limited, BSG Resources (Guinea) Limited and BSG Resources (Guinea) SÀRL vs. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/14/22, 2014.
- Commerce Group Corp. y San Sebastián Gold Mines, Inc. vs. El Salvador*, ICSID Case No. ARB/09/17, 2009.
- Iberdrola, S.A. (España), Iberdrola Energía, S.A.U. vs. Bolivia*, Caso CPA No. 2015-05, administrado por la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), 2015.
- Metalclad Corporation vs. Estados Unidos México*, Caso No. ARB (AF)/97/1, Laudo, 2000.
- Methanex Corp. vs. Estados Unidos*, 1999.
- Mobil Investments Canadá Inc. and Murphy Oil Corporation vs. Canadá*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/4, 2007.

Pac Rim Cayman LLC vs. República de El Salvador, Caso CIADI No. ARB/09/12, 2009.
Pope & Talbot Inc. vs. Canadá, 1999.
Railroad Development Corporation vs. Guatemala, ICSID Case No. ARB/07/23, 2007.
Telefónica S.A. vs. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/12/4, Procedural Order No. 1, 2013.
United Parcel Service of America, Inc. (UPS) vs. Canadá, ICSID Case No. UNCT/02/1, 2000.