



Alejandro M. Garro
Adjunct Professor of Law
435 West 116th St.
New York, N.Y. 10027-4080
Phone: (212) 854-2692
Fax: (212) 854-7946
Email: garro@law.columbia.edu

Para : ASADIP (Asociación Americana de Derecho Internacional Privado)

Re: 47º Período de Sesiones de la CNUDMI (UNCITRAL)

61º Período de Sesiones del Grupo de Trabajo II: Aprobación de la “Convención sobre Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado” (“Convención sobre Transparencia”) y Planificación del trabajo futuro.

De: Prof. Alejandro M. Garro

Fecha: 14 de julio 2014

I. Antecedentes de esta Convención sobre Transparencia

En su 46º período de sesiones (Viena, 8-26 de julio de 2013), la CNUDMI aprobó el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (“Reglamento sobre Transparencia”). Este reglamento, adoptado una vez finalizadas las reformas del 2010 al Reglamento de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (“Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI”), incorpora un conjunto de normas tendientes a garantizar la transparencia y el acceso público a los arbitrajes entre inversionistas y Estados (tradicionalmente fuera del alcance del público en razón del carácter confidencial del arbitraje). Como todo reglamento, el Reglamento sobre Transparencia rige sólo para el futuro, habiendo entrado en vigor el 1º de abril de 2014.

A fin de que el objetivo de la transparencia tenga una aplicación más inmediata, la CNUDMI recomendó, al aprobar el Reglamento sobre Transparencia, entre otras cosas, *“que, a reserva de toda disposición del tratado de inversiones pertinente que pueda requerir un mayor grado de transparencia, el Reglamento sobre Transparencia se aplique mediante mecanismos apropiados a los arbitrajes entre inversionistas y Estados entablados de conformidad con un tratado de inversiones celebrado antes de la fecha de entrada en vigor del Reglamento sobre la Transparencia, en la medida en que dicha aplicación sea compatible con esos tratados de inversiones”* (Documentos Oficiales de la Asamblea General, 68º Período de Sesiones, Suplemento No. 17 (A/68/17), párr. 116.

La Comisión ponderó diversas alternativas que puedan lograr el objetivo de permitir la aplicación del Reglamento sobre Transparencia a los arbitrajes de inversión que se desarrollen en el marco de los innumerables tratados de inversión ya existentes, incluyendo la posibilidad de emitir una recomendación instando a los Estados a aplicar dicho

reglamento en el marco de tratados ya existentes, o bien emitir una declaración interpretativa conjunta bajo el artículo 31(3)(a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“Convención de Viena”), o bien una enmienda a los tratados de inversión pertinentes, conforme a los arts. 39-41 de la Convención de Viena. Finalmente, la Comisión optó por elaborar una convención en virtud de la cual los Estados pudieran consentir en aplicar ese reglamento a arbitrajes regidos por sus arbitrajes de inversiones existentes.

En sus períodos de sesiones 59° (Viena, 16-20 septiembre 2013) y 60° (Nuva York, 3-7 febrero 2014), el Grupo de Trabajo II emprendió una intensa y meticulosa labor, elaborando un proyecto anotado de Convención sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado (“Convención sobre Transparencia” o simplemente “la Convención”). Acerca de estas labores Lorena Verón Montiel, miembro activo de ASADIP, informó en detalle en su informe anterior, ya distribuido por la Secretaría de ASADIP.

II. La Convención sobre Transparencia adoptada en el sexagésimo-primer periodo de sesiones del Grupo de Trabajo II

El preámbulo de la Convención sobre Transparencia destaca “*el gran número de tratados que prevén la protección de las inversiones o inversionistas actuales y la importancia práctica de promover la aplicación del Reglamento de la CNUDMI sobre Transparencia a los arbitrajes entablados en el marco de esos tratados de inversiones ya celebrados.*” Así, en menos de una docena de disposiciones, esta convención incorpora una norma prescribiendo un amplio ámbito de aplicación (art. 1), permitiendo a las Partes formular reservas específicas (de conformidad con el art. 3) limitando su campo de aplicación, incluyendo una serie de reglas con las obligaciones sustantivas de las partes contratantes en virtud de dicha convención (A/CN.9/812 y A/CN.9/XLVII/CRP.1/Add.1).

La Convención sobre Transparencia se aplica, en principio, a los arbitrajes entre un inversionista y un Estado o una organización regional de integración económica sustanciados conformidad con un tratado de inversiones celebrado antes del 1 abril de 2014 (art. 1.1) (“arbitrajes entre inversionistas y Estados”).

A su vez, el Reglamento sobre Transparencia se aplicará a todo arbitraje entre inversionistas y Estados (independientemente si ha sido entablado de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI), distinguiendo entre la aplicación recíproca del Reglamento sobre Transparencia cuando tanto el demandado como el Estado del demandante son Partes de la Convención sobre Transparencia, sin haber excluido la aplicación de la Convención al tratado de inversiones en cuyo marco se plantea la demanda (art. 3(1)(a) y siempre y cuando el demandado no haya excluido de la Convención el reglamento de arbitraje en virtud del cual se inicia el litigio (art. 3.(1)(b)).

Conforme a este criterio de reciprocidad, incorporado en el artículo 1(1) de la Convención, el Reglamento sobre Transparencia se aplicará en el marco de la Convención

sobre Transparencia siempre que ambas partes en una controversia sean Partes de la Convención, ninguna de esas Partes haya formulado una reserva en virtud del artículo 3.1(a) y el demandado no haya formulado una reserva aplicable a esa controversia en virtud del artículo 3.1(b).

La Convención sobre Transparencia ofrece otra alternativa en su aplicación, para aquellos casos en que no se da el requisito de la reciprocidad, ya sea porque el Estado del demandante formuló una reserva aplicable a la controversia o porque el Estado del demandante no es Parte de la Convención. En este supuesto, el artículo 2(2) establece una “oferta unilateral de aplicación” por parte del Estado demandado a potenciales Estados demandantes, cuando el Estado Parte del demandado no haya formulado ninguna reserva aplicable a la controversia. Por lo tanto, introduciendo una reserva, formulada de la manera que lo permite la Convención sobre Transparencia (art. 3.1©), habilita a un Estado Parte de la Convención a evitar formular una oferta unilateral de aplicar el Reglamento sobre Transparencia.

En principio, las reservas pueden formularse, modificarse y retirarse en cualquier momento (art. 4), pero el retiro o modificación de una reserva no afecta los arbitrajes iniciados antes de dicha modificación o retiro (art. 5).

La Comisión acordó en fijar en tres el número de Estados signatarios exigido para que la Convención entre en vigor. La delegación de Mauritius ofreció su capital, Port Louis, como sede de la ceremonia de adopción de la Convención sobre Transparencia, que está prevista para marzo 2015.

III. Actividades futuras del Grupo de Trabajo II

A. La Guía relativa a la Convención de Nueva York de 1958

Una parte sustancial de la reunión del Grupo de Trabajo II consistió en discutir el programa de actividades futuras y el tiempo que cada una de ellas podría llevar. En primer lugar, se volvió a discutir la adopción por parte de la CNUDMI de la “Guía de la CNUDMI relativa a la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras” (la “Guía relativa a la Convención de Nueva York de 1958”) (A/CN.9/793). Este estudio jurisprudencial, similar a los digestos que la CNUDMI ha preparado en materia de compraventa internacional de mercaderías (CISG, Viena, 1980) y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, con las reformas del 2006), fue elaborada a partir del 2011 por grupos de investigación liderados por los profesores George Bermann (Universidad de Columbia, NY) y Emanuelle Galliard (Sciences Po, Paris). Destinada a paliar el problema suscitado por la falta de una interpretación uniforme de la Convención de Nueva York, el resultado de las investigaciones han sido difundidas en el sitio de internet www.newyorkconvention1958.org, que se encuentra públicamente disponible. Puede consultarse al respecto los documentos A/CN.9/814 y sus cinco apéndices (A/CN.9/814/Add.1 a Add. 5).

El Grupo de Trabajo II acordó aprobar la labor de la Guía relativa a la Convención de Nueva York de 1958, pero aclaró que no se trata de una interpretación “oficial” de la CNUDMI sino una labor de auxilio de su Secretaría. Por lo tanto, el Grupo de Trabajo II decidió adoptar una “Advertencia” (*Disclaimer*). Dicha advertencia comienza por reconocer que la Guía tiene el propósito de armonizar interpretaciones divergentes que conducen a la falta de certeza jurídica. A continuación, se expresa que al estar basada en la opinión de expertos, sin haber sido sometida “a una discusión sustancial” por parte de la CNUDMI, dicha guía interpretativa “*no tiene por objeto reflejar los puntos de vista u opiniones de los Estados miembros de la CNUDMI y no constituye una interpretación oficial de la Convención de Nueva York.*”

B. Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral

Todas las delegaciones coincidieron en que la próxima sesión del Grupo de Trabajo II, a llevarse a cabo en Viena en septiembre próximo, deberá abocarse a la actualización de estas “Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral” (“Notas sobre la Organización del Proceso Arbitral” o simplemente “Notas”), que datan de 1996. Al no poderse precisar el tiempo que podría demandar la revisión de las Notas, se convino en que las discusiones se enfocarían en la sustancia de las mismas, dejando a la Secretaría la labor de redacción. Aún con esta precaución, se acordó en dedicar la próxima sesión No. 61 de septiembre próximo en Viena exclusivamente a este tema, con la posibilidad de que pueda extenderse a la reunión siguiente, la 61ª del Grupo de Trabajo II, programada para febrero de 2015 en Nueva York.

C. Reconocimiento y ejecución de transacciones internacionales

La delegación de los Estados Unidos sometió a consideración del Grupo de Trabajo II la necesidad de considerar dentro del plan de trabajo futuro la elaboración de una convención que habilite el reconocimiento y ejecución de aquellos acuerdos de naturaleza internacional al que las partes arriban luego de un proceso de mediación o conciliación.

La delegación norteamericana abogó por la inclusión de este tema en razón de la importancia de estimular a las partes a involucrarse en un proceso de conciliación o mediación –por lo general más rápido y menos costoso que el arbitraje–, en la confianza de que de llegarse a una transacción, compromiso o acuerdo (“*settlement*”), dicho acuerdo sería susceptible de ser reconocido y ejecutado en otro país de una manera tan o menos costosa y rápida que un laudo arbitral.

La iniciativa pareció contar con el apoyo, o al menos simpatía, de la Secretaría de la CNUDMI y el presidente de la sesión, sometiéndose el tema a una prolongada pero provechosa discusión. A pesar de que las cuestiones relacionadas con los procedimientos paralelos al arbitraje (tanto comercial como de inversión) se encontraban incorporados en la

agenda de trabajo futuro del Grupo de Trabajo II, al término de la sesión se acordó darle a esta iniciativa norteamericana una importancia igual o mayor que la de los procedimientos paralelos al arbitraje.

La delegación de Noruega y Suiza, sin subestimar la importancia del tema, insistieron en que parecía prematuro dedicarle esfuerzos por parte de la CNUDMI, siendo necesario por lo menos un coloquio, encuesta, investigación o conferencia internacional a fin de delimitar el tema, precisar su necesidad y determinar cuál sería el rol que la CNUDMI podría jugar en la elaboración de un instrumento que contemple la ejecución extraterritorial de los acuerdos internacionales que resulten de un proceso de conciliación o mediación. La delegación de Ecuador, por su parte, se expresó en contra de una iniciativa que, a su juicio, desnaturalizaría la mediación y conciliación.

D. Cuestiones relativas a procedimientos paralelos al arbitraje

Dentro del temario del arbitraje de inversión, la concurrencia de procesos judiciales paralelos al arbitraje se ha convertido en un área de creciente complejidad y preocupación, tema sobre el cual puede consultarse el documento de trabajo A/CN.9/816.

Al no existir un entendimiento universal de lo que debe interpretarse por “procedimientos paralelos” o “procedimientos concurrentes”, lo que importa es medir las consecuencias jurídicas que pueden presentarse cuando se interpone más de un reclamo contra un Estado, en diferentes foros, involucrando las mismas partes —o partes íntimamente relacionadas— y en relación a las mismas medidas tomadas por el Estado. Es sabido que un acto único del Estado, que alegadamente infrinja los derechos del inversor, puede ser objeto de un reclamo que surge del contrato y de un tratado internacional de inversión. La existencia de múltiples reclamos surgidos de un mismo hecho, contra el mismo Estado y en diferentes foros, suscita una serie de problemas que afectan la credibilidad del arbitraje de inversión, poniendo en juego el principio de buena fe y equidad procesal, especialmente cuando el Estado es sometido a demandas diversas y en foros diversos. El riesgo de recuperos múltiples, laudos y sentencias incongruentes o contradictorias y una serie de incertidumbres se presentan sin reglas claras ni predecibles.

La conveniencia de estudiar este tema convenció al Grupo de Trabajo II en esta sesión de la necesidad de incluir este tema entre los planes futuros de trabajo, invitando a las delegaciones y entidades observadores a hacer llegar sus propuestas e inquietudes sobre el tema.

Respetuosamente, 

Alejandro M. Garro