

**Asamblea General**

Distr. limitada
30 de agosto de 2018
Español
Original: inglés

**Comisión de las Naciones Unidas para
el Derecho Mercantil Internacional**
**Grupo de Trabajo III (Reforma del Sistema de
Solución de Controversias entre Inversionistas
y Estados)**
36º período de sesiones
Viena, 29 de octubre a 2 de noviembre de 2018

**Posible reforma del sistema de solución de controversias
entre inversionistas y Estados (SCIE)****Garantizar la independencia y la imparcialidad de
los árbitros y decisores en la SCIE****Nota de la Secretaría****Índice**

	<i>Página</i>
I. Introducción	2
II. Garantizar la independencia y la imparcialidad de los árbitros y decisores en la SCIE ...	2
A. Evaluación de las inquietudes expresadas	2
1. Descripción general de las inquietudes identificadas	2
2. Marco jurídico en materia de independencia e imparcialidad	3
a) Requisitos de independencia e imparcialidad	3
b) Actuación ante una posible falta de independencia o imparcialidad: la obligación de los árbitros de revelar cierta información	12
c) Características del mecanismo de recusación	14
3. Conveniencia de la reforma	18



I. Introducción

1. En su 35º período de sesiones, el Grupo de Trabajo sugirió que la Secretaría: i) preparara una lista con las inquietudes sobre la solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE) planteadas durante los períodos de sesiones 34º y 35º; ii) estableciera un posible marco para sus deliberaciones futuras; y iii) estudiara la posibilidad de proporcionar más información a los Estados con respecto al alcance de algunas inquietudes ([A/CN.9/935](#), párr. 99).
2. En el documento [A/CN.9/WG.III/WP.149](#) se abordan las cuestiones i) y ii) desde una perspectiva general. En los documentos [A/CN.9/WG.III/WP.151](#) (esta nota) y [A/CN.9/WG.III/WP.152](#) se atienden las solicitudes del Grupo de Trabajo respecto del tema de los árbitros y decisores en la SCIE.
3. Del mismo modo que otros documentos facilitados al Grupo de Trabajo, esta nota se preparó teniendo en cuenta una amplia gama de información publicada acerca del tema¹.
4. Si bien esta nota proporciona información para ayudar al Grupo de Trabajo a examinar determinadas inquietudes en materia de SCIE y evaluar la conveniencia de las reformas, no pretende expresar una opinión sobre las cuestiones planteadas, asunto que incumbe al Grupo de Trabajo.

II. Garantizar la independencia y la imparcialidad de los árbitros y decisores en la SCIE

A. Evaluación de las inquietudes expresadas

1. Descripción general de las inquietudes expresadas

5. En su 35º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de los árbitros y decisores en la SCIE, incluidos los requisitos éticos, entre los cuales destacan la independencia y la imparcialidad de los árbitros ([A/CN.9/935](#), párrs. 47 a 68 y 78 a 81), las repercusiones de los mecanismos de nominación ([A/CN.9/935](#), párrs. 54 y 69 a 77) y las cualificaciones y atribuciones de los árbitros ([A/CN.9/935](#), párrs. 82 a 88).
6. En particular, el Grupo de Trabajo estudió las causas de las críticas vertidas sobre el actual régimen de SCIE en lo concerniente a los árbitros, para poder prestar asistencia a su debido tiempo, cuando se examinaran las soluciones posibles ([A/CN.9/935](#), párr. 55). Al respecto, se plantearon, entre otras, las siguientes inquietudes:
 - i) La falta de definición precisa de los requisitos éticos pertinentes y de su alcance en la práctica ([A/CN.9/935](#), párr. 56), así como los conflictos de intereses, el ejercicio de dos funciones (conocido en inglés como “double hatting”) o la predisposición doctrinal derivada del hecho de que los árbitros también pueden desempeñarse como asesores letrados en diferentes procesos de SCIE ([A/CN.9/935](#), párrs. 78 a 81);

¹ Véanse las referencias bibliográficas publicadas por el foro académico, que se pueden consultar en la sección “Additional resources” en http://www.uncitral.org/uncitral/en/publications/online_resources_ISDS.html. También contribuyeron a la preparación de la presente nota los siguientes expertos: Susan Franck, Jean Kalicki, Joost Pauwelyn, Sergio Puig y Maxi Scherer.

ii) El proceso y los mecanismos de nominación; los efectos de la función de los árbitros en los casos de SCIE (incluida la cuestión de la rendición de cuentas democrática de los árbitros, [A/CN.9/935](#), párr. 58); la posibilidad de que sea necesaria una mayor transparencia en el proceso de nominación, en particular cuando intervienen autoridades nominadoras ([A/CN.9/935](#), párrs. 76 y 77), y la repercusión de los mecanismos de nominación en la diversidad ([A/CN.9/935](#), párrs. 69 a 75);

iii) El método de remuneración de los árbitros, que a menudo se considera un elemento fundamental de la independencia, si bien el Grupo de Trabajo observó que se había prestado a esa cuestión menos atención que a otras relativas a los árbitros ([A/CN.9/935](#), párr. 57);

iv) Las cualificaciones exigidas para resolver controversias entre inversionistas y Estados y las atribuciones y obligaciones de los árbitros ([A/CN.9/935](#), párrs. 82 a 88); y

v) Las repercusiones de la práctica de la financiación por terceros en la independencia y la imparcialidad ([A/CN.9/935](#), párrs. 82 a 88).

7. En esta nota se tratan las inquietudes examinadas por el Grupo de Trabajo en cuanto a la eficacia del marco jurídico vigente para garantizar la independencia y la imparcialidad de los árbitros, en particular la obligación de revelar determinada información y los mecanismos de recusación. En el documento [A/CN.9/WG.III/WP.152](#) se analizan el proceso y los mecanismos de nominación y su incidencia en la cuestión de las cualificaciones y las atribuciones de los árbitros. En un documento de trabajo ulterior se estudiará la financiación por terceros.

8. En su 35º período de sesiones, el Grupo de Trabajo sugirió que se pusiera a su disposición información sobre otros marcos jurídicos en materia de independencia e imparcialidad, en particular en el arbitraje comercial internacional y en los tribunales y cortes de justicia internacionales ([A/CN.9/935](#), párr. 46). En esta nota se incluye información sobre esos “elementos de comparación” y se comenta la pertinencia y la fiabilidad de la información y los datos sobre cuestiones concretas, cuando procede.

2. Marco jurídico en materia de independencia e imparcialidad

a) Requisitos de independencia e imparcialidad

i) Conceptos de independencia e imparcialidad²

9. La independencia y la imparcialidad del órgano decisor son elementos clave de todo sistema de administración de justicia y están concebidos para asegurar un juicio imparcial y el respeto de las debidas garantías procesales. El Grupo de Trabajo hizo hincapié en que era fundamental en la SCIE que hubiera suficientes garantías de la independencia y la imparcialidad de los árbitros ([A/CN.9/935](#), párr. 47).

10. Según una opinión ampliamente sostenida en el Grupo de Trabajo, para que el marco de la SCIE pudiera considerarse eficaz, no solo debía asegurar la imparcialidad y la independencia efectivas de los árbitros y decisores, sino también lograr que esa imparcialidad e independencia se notasen. Se opinó que debía procurarse, por lo tanto, incluir ambos elementos ([A/CN.9/935](#), párr. 53).

² El Grupo de Trabajo tal vez desee tener presente que esta nota, al igual que los debates sostenidos en él, se centra en la independencia y la imparcialidad de los árbitros. Ahora bien, en la legislación nacional y los reglamentos de arbitraje se pueden encontrar otros requisitos exigidos a los árbitros, como la neutralidad, la ecuanimidad con las partes, la diligencia y la confidencialidad. Fundamentalmente, en esos reglamentos se exige al árbitro que: i) desempeñe su cargo con equidad y diligencia, a conciencia y con rapidez en el curso del proceso y ii) mantenga la confidencialidad de toda información que no sea pública y no utilice ninguna información con el fin de obtener una ventaja personal o afectar a los intereses de terceros. La regla 6 de las Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI y el artículo 17 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI son algunos ejemplos.

11. La concepción más extendida de la independencia y la imparcialidad es que son conceptos diferentes, aunque estrechamente relacionados entre sí. Mientras que la independencia suele referirse a la ausencia de una relación comercial, financiera o personal entre un árbitro y una de las partes en el arbitraje, por imparcialidad se entiende la inexistencia de todo sesgo o predisposición del árbitro o decisor respecto de una de las partes. La falta de independencia suele deberse a las relaciones problemáticas entre el árbitro y una de las partes o su asesor letrado; por otra parte, no habría imparcialidad, por ejemplo, si pareciera que un árbitro hubiera prejuzgado algunas cuestiones.

12. Los requisitos de independencia e imparcialidad son aplicables a cualquier proceso judicial o cuasijudicial de solución de controversias³.

13. El proceso mediante el cual se nombran los árbitros y decisores puede llegar a crear una relación entre la parte nominadora y el árbitro y decisor. En el documento [A/CN.9/WG.III/WP.152](#) se analizan el contexto y los efectos del proceso de nombramiento en diversos sistemas judiciales y arbitrales.

14. Al examinar el concepto de independencia, se suele diferenciar entre independencia individual, entendida como la ausencia de vínculos entre una parte y el decisor, a menudo también denominada independencia funcional (pues guarda relación con la función del decisor), e independencia institucional, entendida como la ausencia de influencias externas en un órgano de solución de controversias.

³ Los requisitos son aplicables a los órganos judiciales nacionales, al arbitraje comercial internacional, al arbitraje en materia de inversiones, al arbitraje interestatal y a los tribunales de justicia internacionales. Reflejan principios fundamentales; véanse, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, documento de las Naciones Unidas [A/810](#), pág. 71 (1948), art. 10 (“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 16 de diciembre de 1966, *United Nations Treaty Series*, vol. 999, pág. 171, art. 14, párr. 1 (“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil...”), y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 6, párr. 1 (“Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”); los estatutos de varios órganos judiciales internacionales reflejan los requisitos de independencia e imparcialidad; véanse los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial (2002), que pueden consultarse en <http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial-group/Bangalore-principles.pdf>. Estas normas forman parte de los juramentos de los jueces; por ejemplo, el Estatuto del Tribunal Internacional del Derecho del Mar establece un juramento, que reza así: “Declaro solemnemente que cumpliré mis deberes y ejerceré mis atribuciones de juez, honrada y fielmente, con completa y absoluta imparcialidad y con toda conciencia”. Asimismo, los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura y los “Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary” (Principios de Burgh House sobre la Independencia de la Judicatura Internacional), que son principios no vinculantes concebidos para ser aplicados fundamentalmente a los tribunales de justicia internacionales permanentes, fijan las directrices generales en materia de independencia e imparcialidad en los siguientes términos: “Para garantizar la independencia de la judicatura, los jueces deben gozar de independencia respecto de las partes en los casos que deban dirimir, sus propios Estados de nacionalidad o residencia, los países anfitriones en los que deben ejercer sus funciones y las organizaciones internacionales bajo cuyos auspicios se ha establecido la corte o tribunal; los jueces deben estar libres de influencias indebidas de cualquier procedencia; los jueces dirimirán los casos con imparcialidad, a partir de los hechos del caso y el derecho aplicable; los jueces evitarán todo conflicto de intereses, así como encontrarse en una situación que pudiera percibirse razonablemente como fuente de un conflicto de intereses y se abstendrán de mantener conductas indebidas en el desempeño de sus actividades judiciales y las actividades conexas”. (Texto publicado en https://www.ucl.ac.uk/international-courts/sites/international-courts/files/burgh_final_21204.pdf).

15. Es habitual que los árbitros realicen otras actividades profesionales, lo cual puede dar pie a que establezcan vínculos con las partes litigantes y la controversia y puede incidir en la independencia individual, ámbito que recibe mayor atención en el contexto específico de la SCIE⁴. Con todo, la independencia institucional resulta igualmente relevante. En el arbitraje institucional, por ejemplo, el marco institucional debe garantizar la independencia estructural, es decir, que las instituciones no intervengan en la resolución de la controversia. Si bien por lo general, en los sistemas *ad hoc*, las instituciones arbitrales se basan fundamentalmente en la independencia individual de los decisores respecto de las partes litigantes y el objeto de la controversia, es de aplicación el mismo principio de la independencia institucional.

ii) *Normas existentes*

16. En el ámbito de la SCIE, las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (Reglas del CIADI) y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI⁵, así como los reglamentos institucionales de otros órganos pertinentes⁶, se centran en: i) establecer el principio de que los árbitros deben ser independientes e imparciales; ii) fijar normas para evitar la dependencia y la parcialidad al obligar a los árbitros a comunicar información sobre determinadas cuestiones que pueden suscitar dudas acerca de su independencia o imparcialidad, y iii) definir los procedimientos para que las partes recusen a los árbitros por falta real o aparente de independencia o imparcialidad, elementos centrales de esta sección.

17. El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que, en los reglamentos de arbitraje antes citados, la independencia y la imparcialidad se definen como obligaciones de los árbitros, que deben adoptar decisiones libres de interferencias externas y sesgos. La independencia también es un derecho de los árbitros, pues ninguna entidad o persona puede interferir o influir en su labor.

18. Se han elaborado normas no vinculantes para complementar los reglamentos aplicables. Por ejemplo, las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional (“Directrices IBA”) establecen un principio general de independencia e imparcialidad⁷. También disponen que los candidatos a árbitros tienen la responsabilidad de valorar los potenciales conflictos de intereses o posibles sesgos y de comunicarlos⁸.

⁴ En cambio, los estatutos de los tribunales y cortes de justicia internacionales parten mayoritariamente de la premisa de que los jueces ejercen como tales con dedicación exclusiva. Por consiguiente, su planteamiento con respecto a las actividades y relaciones no judiciales se basan en circunstancias diferentes de las que caracterizan a la SCIE.

⁵ Artículo 14, párrafo 1, del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados; regla 6, párrafo 2, de las Reglas de Arbitraje del CIADI; artículo 11 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. No se considera que la diferente formulación de los requisitos de independencia e imparcialidad en los reglamentos de arbitraje antes citados ponga de manifiesto distintas normas. Existe acuerdo general en que las reglas abarcan tanto el requisito de independencia como el de imparcialidad (por ejemplo, la capacidad de ejercer independencia de juicio puede considerarse otra forma de referirse a la imparcialidad).

⁶ Véanse también el Reglamento de Arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), artículos 11 a 13; el Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, en vigor desde el 1 de enero de 2017, artículo 18; el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), en vigor desde el 1 de marzo de 2017, artículo 11, y el Reglamento de Arbitraje del Centro Regional de Arbitraje Mercantil Internacional de El Cairo, en vigor desde el 1 de marzo de 2011, artículo 11.

⁷ Disponen además que “[c]ada árbitro será imparcial e independiente de las partes a la hora de aceptar la designación como árbitro y permanecerá así a lo largo del procedimiento arbitral hasta que se dicte el laudo o el procedimiento concluya de forma definitiva por cualesquiera otros medios”. Las Directrices IBA pueden consultarse en español en <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=59c60328-61f3-4f0a-9a92-78f4f67c1c50>

⁸ Véase la directriz 7 d), que puede consultarse en el enlace citado en la nota anterior.

19. Algunos tratados de inversión celebrados recientemente contienen un código de conducta para los árbitros que intervengan en la solución de controversias que puedan surgir entre inversionistas y Estados sobre cuestiones regidas por el tratado, complementando así las disposiciones de los reglamentos de arbitraje aplicables⁹. Por lo general, en esos códigos se prevén las normas de conducta de los árbitros (y otras personas), los deberes de los árbitros en la conducción del arbitraje, la obligación de revelar cierta información y el deber de confidencialidad. Normalmente no se establecen sanciones, salvo el derecho de ambas partes a exigir el reemplazo del árbitro.

20. El Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y las Normas de Conducta para la Aplicación de este disponen que las personas que intervienen en la solución de diferencias (entre otras personas pertinentes) “serán independientes e imparciales, evitarán todo conflicto de intereses directo o indirecto [...], de manera que mediante la observancia de esas normas de conducta se preserven la integridad e imparcialidad de dicho mecanismo”¹⁰.

iii) *Cuestiones o inquietudes suplementarias o específicas*

21. En el contexto de la SCIE se ha observado que determinadas cuestiones están especialmente expuestas al riesgo de falta de independencia o imparcialidad o de que se planteen dudas al respecto. Ellas son, entre otras, la cuestión de los nombramientos reiterados y las situaciones de conflicto de intereses o de la denominada predisposición doctrinal.

Nombramientos reiterados

22. En su 35º período de sesiones, el Grupo de Trabajo examinó la cuestión de los nombramientos reiterados. Se señaló que de algunos árbitros se decía habitualmente que favorecían a los Estados o a los inversionistas por ese patrón de nombramientos reiterados por una u otra parte (A/CN.9/935, párr. 54). Otro aspecto de los nombramientos reiterados se materializa cuando se designa al mismo árbitro en circunstancias similares (por ejemplo, por diferentes Estados, pero en controversias que plantean cuestiones jurídicas similares). Sin embargo, resulta difícil determinar en la práctica las repercusiones de los nombramientos reiterados en la independencia y la parcialidad del árbitro y si realmente reflejan preferencias ideológicas o políticas, en particular en lo que se refiere a los efectos en los resultados.

23. En un caso de SCIE, no se consideró que los nombramientos reiterados en sí mismos denotaran falta de independencia, aun cuando se habían planteado cuestiones jurídicas y fácticas similares¹¹. En cambio, en la decisión adoptada en otro caso se sostuvo que “los nombramientos reiterados de un árbitro por una parte o su asesor letrado constituyen una consideración que debe ser examinada detenidamente en el contexto de una recusación”¹². También debe tenerse en cuenta cuál es la importancia económica de los nombramientos de los árbitros en cuestión; si los nombramientos reiterados ponen de manifiesto una dependencia del árbitro con respecto a la parte o si son de tal naturaleza que revelan la existencia de una relación anterior, y si se advierte una superposición de cuestiones jurídicas o fácticas.

⁹ Véanse, por ejemplo, el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Singapur (anexo 15-B, Código de Conducta para Árbitros y Mediadores, versión de mayo de 2015) y el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG) concertado entre el Canadá y la Unión Europea (anexo 29-B, Código de Conducta de los Árbitros y Mediadores).

¹⁰ Normas de Conducta para la Aplicación del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, 1996, publicadas en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/rc_s.htm.

¹¹ Caso CIADI *Tidewater Inc. y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, ARB/10/5, *Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator*, 23 de diciembre de 2010.

¹² *Opic Karimum Corporation c. República Bolivariana de Venezuela, Decision on the Proposal to Disqualify Professor Philippe Sands*, caso CIADI núm. ARB/10/14 (5 de mayo de 2011).

24. Las Directrices IBA incluyen los nombramientos reiterados por las partes y los asesores letrados en su “Listado Naranja”¹³. En ellas se da a entender que no hay dudas justificadas salvo cuando “[d]entro de los tres años anteriores el árbitro ha sido designado como árbitro en dos o más ocasiones por una de las partes o por una afiliada de estas” o “[d]entro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro por el mismo abogado o por el mismo bufete de abogados en más de tres ocasiones”. No obstante, las Directrices prevén una excepción a estos parámetros de nombramientos reiterados en ámbitos especializados del arbitraje en los que la práctica es que las partes designen reiteradamente al mismo árbitro en casos diferentes¹⁴.

Ejercicio de dos funciones (double hatting) o confusión de funciones (role confusion)

25. Una cuestión que ha sido objeto de intensa polémica en lo que respecta a la independencia e imparcialidad de los árbitros es el cambio de papeles de personas que ejercen de árbitro, asesor letrado y perito en diferentes procesos de SCIE, lo que puede dar lugar a conflictos de intereses o a la llamada predisposición doctrinal¹⁵. Estas situaciones generan preocupación por cuanto los árbitros tienen la posibilidad de pronunciarse o dar la impresión de que se pronuncian sobre una cuestión en un sentido que beneficia a una parte a la que representan en otra controversia. Asimismo, un asesor letrado puede convenir en designar a un determinado árbitro en un caso y ese mismo árbitro, cuando se desempeña como asesor letrado en otro caso, puede aceptar que el árbitro nombrado en el segundo caso sea el asesor letrado que lo designó árbitro a él en el caso anterior.

26. En el 35º período de sesiones del Grupo de Trabajo hubo acuerdo general en que esta práctica, en ocasiones denominada “ejercicio de dos funciones” o “confusión de funciones”, era preocupante en la medida en que creaba un conflicto de intereses real o potencial. En dicho período de sesiones, el Grupo de Trabajo escuchó que esos conflictos, o incluso la sospecha de que las decisiones adoptadas en los casos eran fruto de esas influencias, tenían un impacto negativo en la percepción de la legitimidad del sistema de SCIE (A/CN.9/935, párrs. 78 y 81). Se había afirmado que las preocupaciones por el ejercicio de dos funciones eran particularmente graves en el ámbito de la SCIE, en que los litigios se referían con frecuencia a la interpretación y aplicación de instrumentos jurídicos idénticos o similares.

27. Por otra parte, en el Grupo de Trabajo se expresaron opiniones a favor de permitir esta práctica, alegando, entre otros argumentos, que el reservorio de árbitros cualificados para intervenir en casos de SCIE era tan pequeño, relativamente, que la prohibición del ejercicio de dos funciones iría en detrimento de la calidad y el rigor de

¹³ Las Directrices clasifican los posibles conflictos que deben comunicarse en cuatro categorías denominadas “Listados de Aplicación”. El primero de ellos es el “Listado Rojo”, que, a su vez, se divide en dos subcategorías: en primer lugar, el Listado Rojo Irrenunciable, que abarca los conflictos más graves que, como indica el título, no pueden ser subsanados mediante renuncia de las partes; la segunda subcategoría es el Listado Rojo Renunciable, que comprende las situaciones que generan dudas justificadas sobre la independencia e imparcialidad de un árbitro, pero a las cuales pueden renunciar las partes (siempre que la renuncia sea expresa y se base en el conocimiento correspondiente). El “Listado Naranja” contiene una lista no exhaustiva de situaciones que por lo general no es obligatorio dar a conocer, si bien los árbitros deben valorar caso por caso si una situación determinada (figure o no específicamente en el Listado Naranja) puede, no obstante, generar dudas justificadas sobre su imparcialidad. Por último, en el “Listado Verde” se incluyen las situaciones en que se considera que no existe ningún conflicto de intereses (real o aparente) y, por ende, no es necesario comunicar nada.

¹⁴ Por otra parte, en el arbitraje comercial internacional se ha adoptado como indicador la importancia económica de los nombramientos para el árbitro, en lugar del número de nombramientos durante un período determinado. Véase, por ejemplo, Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), núm. de referencia 81160 (28 de agosto de 2009).

¹⁵ Un ejemplo de la confusión de funciones son las interrelaciones observadas en los casos *Azurix Corp. c. República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/01/12 (la decisión sobre la recusación no se ha publicado); *Siemens A.G. c. República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/02/8, (la decisión sobre la recusación no se ha publicado), y *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, caso CIADI núm. ARB/04/19.

los órganos decisores en el sistema actual¹⁶. Otro argumento que se esgrimió ante el Grupo de Trabajo en su 35º período de sesiones fue que un abogado que quisiera dedicarse en forma exclusiva a la función de árbitro no podría dejar de ejercer como asesor letrado por razones económicas, pues no hay garantías de que alguien vaya a ser nombrado árbitro y el ejercicio de la profesión de abogado puede contribuir a que los futuros árbitros adquieran la experiencia y la reputación necesarias para ser designados árbitros posteriormente (A/CN.9/935, párr. 81).

28. El Grupo de Trabajo, a la vez de observar, en su 35º período de sesiones, que los Estados habían tratado de prever la cuestión en los tratados de inversión más recientes, solicitó más información que indicara hasta qué punto estaba extendida la práctica a fin de determinar el alcance de la cuestión y entender su naturaleza (A/CN.9/935, párr. 81).

29. En general, la legislación nacional no prohíbe el ejercicio de dos funciones, como tampoco lo hacen las Reglas del CIADI ni el Reglamento de la CNUDMI. Tampoco se ocupan del asunto las Directrices IBA. Por consiguiente, en las recusaciones de los árbitros se analiza si el ejercicio de dos funciones genera conflictos de intereses, aplicando el criterio general en las recusaciones: ¿existen dudas justificadas o concurren otros supuestos previstos que permitan concluir que el ejercicio de dos funciones pone de manifiesto una falta de independencia o de imparcialidad respecto de los hechos del caso en cuestión?

30. Asimismo, en muy pocas normas éticas, por no decir en ninguna, se dice claramente si está permitido o no el ejercicio de múltiples funciones de este tipo. Ahora bien, hay algunas referencias indirectas en algunos códigos que pueden interpretarse en el sentido de que permiten o limitan el ejercicio de múltiples funciones en diversos tribunales de justicia u organizaciones internacionales¹⁷.

31. En el contexto de los tribunales y cortes de justicia internacionales, el principio de Burgh House 8.1 dispone que “los jueces no realizarán ninguna actividad extrajudicial que sea incompatible con su función jurisdiccional o con el funcionamiento eficiente y puntual del tribunal del que formen parte o que pueda afectar o pueda parecer razonablemente que afecte a su independencia o imparcialidad”¹⁸. El Artículo 16 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) prohíbe que los miembros de la Corte asuman o ejerzan determinadas funciones¹⁹. El Estatuto de la Corte Penal Internacional

¹⁶ Con todo, se ha indicado que el reservorio se ha ampliado desde que se adujeron esos argumentos por primera vez. Véase, además, el estudio de PluriCourts analizado en los párrs. 32 y ss. *infra*.

¹⁷ Véase, por ejemplo, el artículo 18 del Código de Arbitraje del Tribunal de Arbitraje Deportivo (CAS): “Las personas que figuran en la lista de árbitros podrán integrar los grupos especiales constituidos por cualquiera de las salas del Tribunal”. En el momento de su nombramiento, los árbitros y mediadores del CAS firman una declaración en la que se comprometen a ejercer sus funciones de manera personal, con plena objetividad e independencia y de conformidad con las disposiciones del Código. Los árbitros y mediadores del CAS no pueden actuar como asesores letrados de una parte ante el Tribunal.

¹⁸ Para más información sobre los Principios de Burgh House, véase la nota 3 *supra*.

¹⁹ Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Art. 16, párr. 1, 26 de junio de 1945, 59 Stat. 1055 (dispone que “[n]ingún miembro de la Corte podrá ejercer función política o administrativa alguna, ni dedicarse a ninguna otra ocupación de carácter profesional. 2. En caso de duda, la Corte decidirá.”). La CIJ abordó el ejercicio de dos funciones en dos Directrices sobre la Práctica dictadas en 2002. La primera es la Directriz sobre la Práctica VII: “La Corte considera que es contrario a la buena administración de justicia que una persona que ejerza las funciones de magistrado *ad hoc* en una causa también actúe o haya actuado recientemente como agente, consejero o abogado en otro litigio sometido a la Corte. Por consiguiente, al escoger a un magistrado *ad hoc* de conformidad con el Artículo 31 del Estatuto y el artículo 35 del Reglamento de la Corte, las partes deben abstenerse de designar personas que actúen como agentes, consejeros o abogados en otro litigio sometido a la Corte o que hayan actuado en calidad de tales en los tres años anteriores a la fecha de designación. Asimismo, las partes deben evitar igualmente nombrar agente, consejero o abogado en una causa sometida a la Corte a una persona que ejerza como magistrado *ad hoc* en otro litigio planteado ante la Corte”. La segunda es la Directriz sobre la Práctica VIII: “La Corte considera que es contrario a la buena administración de justicia que una persona que hasta fecha reciente era miembro de la Corte, magistrado *ad hoc*, secretario de la Corte, secretario adjunto de la Corte o alto funcionario de la Corte (secretario jurídico principal, primer secretario o secretario) comparezca como agente, consejero o abogado en una causa incoada ante la Corte. Por consiguiente, las partes deben abstenerse de nombrar agente, consejero o

dispone que “[l]os magistrados no realizarán actividad alguna que pueda ser incompatible con el ejercicio de sus funciones judiciales o menoscabar la confianza en su independencia”²⁰ y, de hecho, que “[l]os magistrados que tengan que desempeñar sus cargos en régimen de dedicación exclusiva en la sede de la Corte no podrán desempeñar ninguna otra ocupación de carácter profesional”. Análogamente, los jueces del Tribunal Europeo de Derechos Humanos “no podrán ejercer ninguna actividad que sea incompatible con las exigencias de su independencia, imparcialidad o disponibilidad necesaria para una actividad ejercida a tiempo completo”²¹.

32. La OMC tiene una disposición que aplica un criterio bastante diferente del que adoptan los estatutos y los códigos de otros tribunales y organizaciones internacionales. En el artículo 8 del Entendimiento de la OMC relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, se prefiere como integrante de un grupo especial a quien anteriormente haya actuado como asesor letrado ante un grupo especial de la OMC²². Es el ejemplo más explícito de un caso en que se permite e incluso se fomenta alguna forma de ejercicio de múltiples funciones. Sin embargo, la formulación del propio Entendimiento no aclara si posteriormente el integrante del grupo especial puede seguir ejerciendo como asesor letrado ante los grupos especiales de la OMC.

33. En una conocida decisión sobre una recusación basada en el ejercicio de dos funciones en la SCIE, se estimó que la apariencia de sesgo o conflicto en el contexto del ejercicio de dos funciones era suficiente para justificar la recusación²³. La controversia se resolvió en realidad con la renuncia de la persona que actuaba como asesor letrado en uno de los casos en cuestión, por lo que no proporciona orientación sobre el alcance del conflicto que habría dado lugar a la recusación.

34. En un estudio de 2017, para el cual se tuvieron en cuenta 1.039 casos que figuraban en las bases de datos de PluriCourts y el CIADI²⁴, se analizaron las relaciones entre 3.910 personas. A continuación se resumen las conclusiones sobre el ejercicio de dos funciones. En primer lugar, el ejercicio de dos funciones es una práctica frecuente en un grupo pequeño, pero sumamente influyente de árbitros (25 personas,

abogado en una causa sometida a la Corte a una persona que en los tres años anteriores a la fecha de nombramiento haya sido miembro de la Corte, magistrado *ad hoc*, secretario de la Corte, secretario adjunto de la Corte [etc.]...”. Estas Directrices sobre la Práctica no han tenido por efecto impedir que los magistrados de la CIJ actúen como árbitros en la SCIE. Un estudio llegó a la conclusión de que, en 2017, 7 de los 15 miembros de la CIJ habían trabajado como árbitros durante su mandato, en al menos 90 casos; tres de esos magistrados habían trabajado, cada uno de ellos, en nueve casos, y los otros cuatro magistrados se habían desempeñado como árbitros únicamente en uno o dos casos; además, varios de los magistrados actuales también trabajaban en comités de anulación. Por último, el estudio concluyó que los magistrados actuales de la CIJ habían ejercido o ejercían de árbitros en cerca del 10% de los 817 casos relativos a tratados de inversión que se conocen (véase <http://www.iisd.org/media/sitting-international-court-justice-judges-worked-arbitrators-least-90-investor-state-cases>).

²⁰ Artículo 40, párrafo 2.

²¹ Artículo 4, Reglamento de Procedimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2018), que puede consultarse en https://www.echr.coe.int/Documents/Rules_Court_ENG.pdf.

²² Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, art. 8 (OMC) (“Los Miembros se comprometerán, por regla general, a permitir que sus funcionarios formen parte de los grupos especiales.”). En el artículo 8 se establece lo siguiente: “Los grupos especiales estarán formados por personas muy competentes, funcionarios gubernamentales o no, a saber, personas que anteriormente hayan integrado un grupo especial o hayan presentado un alegato en él, hayan actuado como representantes de un Miembro o de una parte contratante del GATT de 1947 o como representantes en el Consejo o Comité de cualquier acuerdo abarcado o del respectivo acuerdo precedente...”.

²³ *Telekom Malaysia Berhad v. The Republic of Ghana*, caso CPA núm. 2003-03.

²⁴ Base de datos sobre arbitrajes relacionados con tratados de inversión de PluriCourts (PluriCourts Investment Treaty Arbitration Database - PITAD) a 1 de enero de 2017 y procedimientos de anulación ante el CIADI, respectivamente. Véase Malcolm Langford, Daniel Behn y Runar Hilleren Lie, “The Revolving Door in International Investment Arbitration”, *Journal of International Economic Law*, volumen 20, número 2, 1 de junio de 2017, páginas 301 a 332, <https://doi.org/10.1093/jiel/jgx018>. En el estudio se llegó a la conclusión de que de los 2.699 abogados que representan a demandantes y demandados, únicamente el 1% (los principales 25 abogados) ha participado en más de 13 casos.

particularmente un subgrupo de 5 personas), aunque no está generalizada en toda la gama de casos de SCIE (ni está tan extendida como quizás se perciba). En segundo lugar, el ejercicio de dos funciones por parte de esas 25 personas se ha mantenido relativamente estable desde 2005, si bien en el caso de las otras personas aumentó de forma pronunciada en 2014 pero experimentó un declive posteriormente. En tercer lugar, quienes han dejado de ejercer dos funciones en los últimos cuatro años parecen haberlo hecho al llegar a la edad de jubilación. Otras razones que explicarían el descenso posterior al año 2014 son la existencia de una cantidad de casos suficientemente grande como para que los árbitros no pudieran desempeñarse como asesores letrados ni ser nombrados magistrados de la CIJ. Por ello, cabe concluir que las críticas vertidas contra la práctica no fueron un factor que motivara su reciente reducción, y es posible que esa reducción no sea un indicador fiable para el futuro. La cuarta conclusión es que algunos árbitros destacados han declarado expresamente que no participarán en esa práctica. Los datos utilizados para el estudio de 2017 también pusieron de manifiesto que el reservorio de posibles árbitros en materia de inversiones se ha ampliado considerablemente desde la década de los noventa. Al parecer, no existe ningún estudio público equiparable sobre el ámbito y el alcance de la “puerta giratoria” (nombramientos sucesivos como árbitro y asesor letrado) u otras formas de predisposición doctrinal.

Emisión de un juicio previo sobre las cuestiones en litigio

35. Se puede dar otro tipo de predisposición doctrinal cuando se dice que un árbitro ha “prejuizado” una cuestión en sus laudos, decisiones, publicaciones o declaraciones anteriores si ha expresado en ellos su opinión sobre determinados aspectos jurídicos o sobre la SCIE como sistema. Un estudio elaborado por el Consejo Internacional de Arbitraje Comercial (ICCA) y otros autores, para el cual se consultó a árbitros, asesores letrados, miembros de instituciones arbitrales y académicos, entre otros, puso de relieve una distinción entre las opiniones sobre aspectos de hecho y las relativas a cuestiones de derecho²⁵. En el informe se llegó a la conclusión de que era improbable que las decisiones anteriores sobre aspectos jurídicos por sí solas pudieran acarrear la recusación (en consonancia con el criterio adoptado en las Directrices IBA). En cambio, se consideraron preocupantes las opiniones sobre los aspectos de hecho, en particular los que se habían planteado en la controversia en cuestión. Ahora bien, el grado de implicación que se considera susceptible de generar preocupación con respecto a hechos controvertidos ajenos al litigio en examen ha ido variando en las decisiones sobre recusaciones adoptadas por el CIADI²⁶.

36. Los tribunales arbitrales también han sostenido que la interpretación anterior de una disposición legal controvertida en un caso en trámite no indica necesariamente por sí sola la falta de imparcialidad, pues no guarda relación con el fondo del asunto, y que la exposición de un determinado argumento como asesor letrado no basta para impedir que un árbitro examine la cuestión de manera imparcial. Se llegó a conclusiones similares con respecto a las opiniones académicas publicadas, que no se consideraron suficientes para demostrar que se había prejuizado la cuestión²⁷.

²⁵ Véase el informe del grupo de trabajo conjunto sobre predisposición doctrinal en el arbitraje entre inversionistas y Estados constituido en noviembre de 2013 por el ICCA y el Centro Howard M. Holtzmann de la American Society of International Law, que puede consultarse en http://www.arbitration-icca.org/publications/ASIL-ICCA_Report.html.

²⁶ *Caratube v. Kazakhstan* (caso CIADI núm. ARB/13/13); véase *İçkale v. Turkmenistan* (caso CIADI núm. ARB/10/24).

²⁷ Véanse, por ejemplo, los casos CIADI *Tidewater Inc. y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, ARB/10/5, *Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern, Arbitrator*, 23 de diciembre de 2010; *Universal Compression International Holdings, S.L.U. c. República Bolivariana de Venezuela*, ARB/10/9, *Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Professor Brigitte Stern and Professor Guido Tawil, Arbitrators*, 20 de mayo de 2011; *Saint Gobain Performance Plastics Europe c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI núm. ARB/12/13, decisión, párrs. 54 a 56 (27 de febrero de 2013); *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e Interagua Servicios Integrales de Agua S.A. c. Argentina*, y *Participaciones Inversiones Portuarias (PIP) SARL v. Gabon*, caso CIADI núm. ARB/08/17, decisión, (12 de noviembre de 2009).

37. Las Directrices IBA incluyen los dictámenes anteriores en el Listado Verde²⁸, como ejemplos de “situaciones específicas que, desde un punto de vista objetivo, no son susceptibles de crear ni crean un conflicto de intereses” y que “el árbitro no tiene el deber de revelar”.

38. Un tribunal arbitral del CIADI ha afirmado que, salvo cuando las opiniones expresadas son “lo suficientemente específicas y claras como para que un tercero informado y razonable considere que el árbitro se basará en esas opiniones sin considerar, como corresponde, los hechos, las circunstancias y los argumentos presentados por las [p]artes en [el] procedimiento”, no hay falta de independencia ni de imparcialidad²⁹.

39. En el CIADI se ha considerado que los dictámenes o decisiones anteriores que se enumeran a continuación no son suficientes para poner de manifiesto un sesgo relevante: una decisión o una resolución procesal anterior contra una parte; la desestimación anterior de una solicitud de reconsideración presentada por una parte; las opiniones expresadas acerca de cuestiones jurídicas no planteadas en el litigio de que se trate; una discrepancia entre los miembros del tribunal arbitral respecto de la interpretación de los hechos o el derecho, y la presentación de una solicitud de anulación de la decisión anterior de un árbitro³⁰.

iv) *Otras cuestiones o inquietudes*

40. En su 35º período de sesiones, el Grupo de Trabajo escuchó que era posible que las partes o sus asesores letrados designaran, para la SCIE, a árbitros que respaldaran sus posiciones en el caso (A/CN.9/935, párr. 56) y que las cuestiones de la remuneración por las partes, los votos particulares disidentes y los nombramientos reiterados de determinados árbitros podían ser indicativos de un sesgo de parte del árbitro. También se observó que los controles oficiosos, como la presión ejercida por la propia comunidad de árbitros y el interés de cada árbitro por mantener su reputación de decisor ecuaníme, podían mitigar estos problemas. Asimismo, se señaló que el nombramiento de un árbitro para que presidiera el tribunal podía garantizar un cierto grado de neutralidad, independencia e imparcialidad del tribunal arbitral, pero que la polarización que podía producirse en el seno de un tribunal arbitral cuando la responsabilidad de dirimir la controversia recaía en última instancia sobre su presidente podía poner en peligro la idea de un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros cuyo objetivo era adoptar una decisión unánime (A/CN.9/935, párrs. 54 y 60).

41. Se consideró que la remuneración de los árbitros por las partes podía dar lugar a la percepción de que los árbitros podrían respaldar a la parte que los designaba³¹ o podía constituir un incentivo económico para que estos interpretaran la competencia del tribunal arbitral en sentido amplio, lo que daría entrada en el mercado a futuros casos³². Por otra parte, se observó que el impacto relativo de este incentivo económico podía ser

²⁸ Para un resumen de los distintos Listados de Aplicación previstos en las Directrices IBA, véase la nota 13 *supra*.

²⁹ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/07/26.

³⁰ Además de los casos reseñados en las notas 27 y 29 *supra*, véanse *Perenco Ecuador Limited c. República del Ecuador*, caso CIADI núm. ARB/08/6, *Decisión sobre la recusación del árbitro* (8 de diciembre de 2009); *Abaclat y otros c. República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/07/5, *decisión* (21 de diciembre de 2011); *Repsol, S.A. y Repsol Butano S.A. c. República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/12/38, *Decisión sobre la propuesta de recusación a la mayoría del tribunal*, y *ConocoPhillips Company y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI núm. ARB/07/30, *Decision on the Proposal to Disqualify L. Yves Fortier, Q.C., Arbitrator*, 27 de febrero de 2012.

³¹ De acuerdo con las normas supletorias de los reglamentos de las principales instituciones arbitrales, los honorarios de cada árbitro suelen correr por cuenta de la parte litigante correspondiente y los del árbitro que preside el tribunal son sufragados a partes iguales por ambas partes.

³² Véase Gaukrodger, D. (2017), “Adjudicator Compensation Systems and Investor-State Dispute Settlement”, *OECD Working Papers on International Investment*, núm. 2017/05, OECD Publishing, París, <https://doi.org/10.1787/c2890bd5-en>.

lo suficientemente reducido como para restar toda importancia a la cuestión. En los estudios no se ha establecido ningún nexo causal entre esos aspectos, y los estudios de los tribunales de justicia nacionales e internacionales ponen de manifiesto que los jueces pueden pecar de exceso de generosidad en las cuestiones de competencia.

42. En su 35º período de sesiones, el Grupo de Trabajo escuchó también que, en su gran mayoría, los votos particulares disidentes eran formulados por los árbitros designados por la parte perdedora, lo que contribuía a la percepción general de posible sesgo (A/CN.9/935, párr. 58). Los expertos alegan, como posibles explicaciones, que los propios árbitros se sienten obligados para con la parte o el asesor letrado que los ha nombrado o, a la inversa, que los árbitros no son escogidos al azar, por lo que el número de votos particulares disidentes no indica por sí mismo la existencia de un sesgo. Tampoco parece haber consenso en cuanto a cuál podría ser la proporción “correcta” de votos disidentes ni a si la existencia de votos disidentes o el número de estos puede poner de manifiesto un sesgo. Se ha observado también que, según las estadísticas del CIADI, cuando un árbitro que preside un tribunal arbitral formula un voto particular disidente, sus posibilidades de volver a ser nombrado presidente de un tribunal arbitral se reducen. Además, la mayor parte de los casos de SCIE se resuelven por unanimidad, lo que indica que, en la mayoría de los casos, el árbitro designado por el inversionista acepta desestimar las pretensiones de este o bien el árbitro designado por el Estado está de acuerdo en dictar un laudo en contra de este último.

b) Actuación ante una posible falta de independencia o imparcialidad: la obligación de los árbitros de revelar cierta información

43. El principal mecanismo reglamentario concebido para garantizar la independencia y la imparcialidad de los árbitros consiste en exigirles que revelen todos los intereses u otras relaciones que puedan ser “problemáticas”, es decir, todo aquello que plantee posibles conflictos de intereses. De acuerdo con las Reglas del CIADI y el Reglamento de la CNUDMI, los árbitros deben revelar toda circunstancia que pueda generar dudas sobre su independencia o imparcialidad³³. Entre otras cosas, deben firmar una declaración en la que informen de toda relación que hayan mantenido, en el pasado o el presente, con las partes, y de cualquier otra circunstancia que pudiera llevar a una parte a cuestionar, en el momento del nombramiento del árbitro, su fiabilidad para emitir un juicio independiente³⁴. Ese deber de revelar información es, por lo tanto, una obligación continua, que abarca la comunicación inmediata de toda circunstancia pertinente que se presente tras la designación del árbitro.

44. El marco jurídico también incluye instrumentos jurídicos no vinculantes, como las Directrices IBA, que establecen obligaciones de revelar información más detalladas, por cuanto fijan categorías de información cuantitativas, objetivas y basadas en los hechos. Estas directrices, basadas en ejemplos, pueden ayudar a determinar caso por caso si las relaciones resultan problemáticas. Sin embargo, no se ocupan de todos los ámbitos pertinentes para la SCIE, en particular las relaciones entre los árbitros, por un lado, y los asesores letrados y las partes, por el otro.

45. Las instituciones arbitrales también han tratado de complementar recientemente el marco jurídico vigente con orientaciones no vinculantes. Un ejemplo es la nota orientativa de la CCI sobre el deber de los árbitros de revelar la existencia de conflictos, del año 2016, que tiene por objeto garantizar que “los árbitros sean francos y

³³ Véanse la regla 6, párrafo 2, de las Reglas del CIADI; el artículo 13, párrafo 2, del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, y el artículo 11 del Reglamento de la CNUDMI. Cabe señalar que en el actual proceso de revisión de las Reglas del CIADI se aborda esta cuestión; en la revisión propuesta, se han incrementado los requisitos de divulgación en las declaraciones y con respecto al financiamiento de terceros. Esto ayudará a evitar conflictos de interés en el proceso de selección y dará a las partes mejor información acerca de si una solicitud de descalificación está justificada. (Véase “Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI — Sinopsis”, párr. 34, que puede consultarse en https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_One.pdf).

³⁴ Véase la regla 6, párrafo 2, de las Reglas del CIADI; véase el anexo del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

transparentes en cuanto a revelar posibles conflictos”³⁵. La CCI explica que su nota se basa en el “principio fundamental de que las partes en un arbitraje tienen un interés legítimo en que se les informe plenamente de todos los hechos o circunstancias que en su opinión puedan ser pertinentes para llegar a la convicción de que un árbitro actual o futuro es y seguirá siendo independiente e imparcial o, si lo desean, profundizar en la cuestión o adoptar alguna de las medidas previstas en el Reglamento de la CCI”³⁶.

46. En el contexto de los tribunales y cortes de justicia internacionales, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia prevé que, si uno de los miembros de la Corte considera que “por alguna razón especial” no debe participar en la decisión de determinado asunto, lo hará saber así al Presidente³⁷. Según los Principios de Burgh House, los jueces deben “comunicar al tribunal y, si corresponde, a las partes en el procedimiento cualquier circunstancia de que tomen conocimiento en algún momento, en virtud de la cual resulten de aplicación los principios 7 a 13”. Los Principios también exigen que los tribunales de justicia establezcan “procedimientos apropiados para que los jueces puedan comunicar al tribunal y, si corresponde, a las partes en el procedimiento los asuntos que puedan afectar o que sea razonable suponer que pueden afectar a su independencia o imparcialidad en relación con un caso determinado”. También prevén un mecanismo de renuncia similar al que figura en las Directrices IBA: “no se podrá impedir que un juez conozca de un asunto si ha comunicado de manera apropiada todos los hechos que den lugar a la aplicación de esos principios, si el tribunal de justicia no expresa ninguna objeción al respecto y si las partes prestan su consentimiento expreso e informado para que intervenga ese juez” (principio 15)³⁸.

47. De conformidad con el Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias de la OMC, los miembros del Órgano de Apelación (entre otras personas pertinentes) serán “independientes e imparciales, evitarán todo conflicto de intereses directo o indirecto y respetarán la confidencialidad de las actuaciones de los órganos con arreglo al mecanismo de solución de diferencias, de manera que mediante la observancia de esas normas de conducta se preserven la integridad e imparcialidad de dicho mecanismo”³⁹. La aplicación difiere de la situación en la SCIE: los Procedimientos de trabajo para el examen en apelación de la OMC, aplicables a los trámites de apelación en la OMC, limitan la obligación de los jueces intervinientes de revelar información al disponer que no es necesario comunicar las circunstancias de importancia insignificante y que debe respetarse la intimidad personal de los jueces⁴⁰.

48. En el plano internacional, no está claro el alcance de la obligación de los árbitros de investigar posibles conflictos de intereses. Algunos tribunales han entendido que se puede considerar que los árbitros son imparciales si no tienen conocimiento de un conflicto determinado y que no tienen la obligación de investigar, mientras que otros han exigido que los árbitros investiguen los posibles conflictos de intereses. Las Directrices IBA disponen que “[l]a omisión de revelar un posible conflicto de interés no puede ser excusada por desconocimiento de su existencia, cuando el árbitro no haya realizado las averiguaciones correspondientes de manera razonable”⁴¹. Ahora bien, se considera que son las circunstancias las que determinan qué cabe entender por “averiguaciones correspondientes [realizadas] de manera razonable”.

³⁵ Véase <https://iccwbo.org/publication/note-parties-arbitral-tribunals-conduct-arbitration/>. Para conocer una explicación más detallada proporcionada por la CCI, véase <https://iccwbo.org/media-wall/news-speeches/icc-court-adopts-guidance-note-on-conflict-disclosures-by-arbitrators/>.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Estatuto de la CIJ, Artículo 24, párrafo 1.

³⁸ Para más información sobre los Principios de Burgh House, véase la nota 3 *supra*.

³⁹ Normas de Conducta para la Aplicación del Entendimiento relativo a las Normas y Procedimientos por los que se Rige la Solución de Diferencias, 1996, que pueden consultarse en https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/rc_s.htm.

⁴⁰ Regla VI. Esta regla pone en la balanza la importancia de comunicar determinada información y otros factores diversos, pero de acuerdo con las reglas en caso de duda debe primar la obligación de revelar la información.

⁴¹ Norma general 7 d).

c) Características del mecanismo de recusación

49. Otra salvaguarda fundamental para garantizar la independencia y la imparcialidad de los árbitros son las normas y procedimientos que permiten a las partes recusar a todo árbitro que carezca, real o aparentemente, de independencia o imparcialidad. Para que un mecanismo de recusación sea eficaz debe cumplir dos funciones. En primer lugar, debe hacer efectivos los requisitos de independencia e imparcialidad, en favor del interés público por la equidad procesal, es decir, debe permitir que se descalifique a los árbitros que no sean imparciales. En segundo lugar, debe tener la solidez necesaria para que los casos puedan seguir su curso.

50. La consecuencia habitual de que se determine, tras la designación de un árbitro, que este ha incumplido normas éticas, es el cese y la sustitución de dicho árbitro. Casi todas las leyes y reglamentos de arbitraje contienen disposiciones sobre los procedimientos de recusación de los árbitros que no se atengan a las normas éticas. También prevén garantías para evitar que las partes abusen del procedimiento de recusación (por ejemplo, para tratar de dilatar las actuaciones)⁴².

51. El Reglamento de la CNUDMI también prevé la posibilidad de que la parte que designó al árbitro recusado acepte la recusación, y de que el árbitro recusado renuncie al cargo, como segunda opción, que puede dar lugar a un proceso eficiente de sustitución del árbitro (artículo 11, párrafo 3). Este procedimiento no obliga a la parte o al árbitro recusado a aceptar la validez de las razones en que se funde la recusación. Un ejemplo de ese tipo de renuncia se observó en el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos⁴³.

52. A falta de orientaciones similares a las normas jurídicas no vinculantes mencionadas anteriormente, la jurisprudencia en materia de recusaciones aclara en parte la aplicación práctica de las normas previstas en las Reglas del CIADI y el Reglamento de la CNUDMI. Las decisiones sobre recusación no se publican de manera habitual en todos los foros⁴⁴, por lo que los ejemplos que se dan son necesariamente *ad hoc*. Además, las recusaciones reflejan los hechos y las circunstancias de cada caso, y las decisiones anteriores, aunque persuasivas, no son vinculantes, de modo que su extrapolación exige prudencia.

i) ¿Quién inicia la recusación y tiene la carga de la prueba? ¿Quién resuelve la recusación?

53. La parte que desee recusar a un árbitro debe notificarlo a todas las partes interesadas. La solicitud de recusación debe presentarse por escrito y especificar los hechos y las circunstancias en que se funda. En la mayoría de los reglamentos institucionales, así como en el de la CNUDMI, se dispone que la recusación debe solicitarse dentro de un plazo determinado a partir del nombramiento del árbitro o del momento en que se tome conocimiento del hecho en que se funde la recusación. En el caso de las controversias en materia de inversiones planteadas en el marco del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, las Reglas del CIADI no establecen un plazo, pero disponen que la propuesta de recusación debe presentarse sin demora y en todo caso antes de que se cierre el procedimiento⁴⁵. Estos plazos cumplen una importante función de protección.

⁴² Dado que las Reglas del CIADI obligan a suspender el procedimiento, mientras que el Reglamento de la CNUDMI permite que se suspenda.

⁴³ Véase la carta dirigida a Moons por el representante iraní (Letter Iranian Agent to Moons), *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 20, pág. 181 (13 de septiembre de 1988).

⁴⁴ Las decisiones del CIADI sobre recusación se publican en <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Process/Decisions-on-Disqualification.aspx>. Se requiere el consentimiento de las partes para su publicación.

⁴⁵ Cabe señalar que en el actual proceso de revisión de las Reglas del CIADI se aborda esta cuestión; en la versión revisada propuesta se agrega un plazo específico de 20 días para la presentación de una petición de recusación, reemplazando el requisito anterior de que sea presentada “sin demora”. (Véase “Propuesta de Enmiendas a las Reglas del CIADI — Sinopsis”, párr. 34, que puede consultarse en https://icsid.worldbank.org/en/Documents/Amendments_Vol_One.pdf).

54. La carga de la prueba de los hechos que generan dudas suficientes sobre la independencia o la imparcialidad de un árbitro recae sobre la parte que solicita la recusación. Ahora bien, a medida que avance el caso puede variar la apreciación de que un hecho genera dudas justificadas sobre la independencia de un árbitro.

55. De acuerdo con las Reglas del CIADI, si la recusación se refiere a un solo árbitro o a la mayoría de los miembros de un tribunal arbitral, resolverá el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI, que es *ipso iure* el Presidente del Banco Mundial. Sin embargo, si la recusación va dirigida contra un árbitro o contra una minoría de los integrantes de un tribunal arbitral, resolverá la mayoría. De conformidad con el Reglamento de la CNUDMI, la autoridad nominadora adoptará una decisión sobre la recusación si todas las partes no dan su conformidad a ella o el árbitro recusado no renuncia (véase el artículo 13).

ii) *¿Cuáles son los requisitos probatorios y el umbral exigidos para la recusación?*

56. De conformidad con el artículo 57 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, la parte que presenta la recusación debe demostrar una “carencia manifiesta” de, entre otras cosas, “plena confianza en [la] imparcialidad de juicio”⁴⁶. Como se ha señalado anteriormente, la Ley Modelo de la CNUDMI hace referencia a la existencia de circunstancias “que den lugar a dudas justificadas respecto de [la] imparcialidad o independencia [de un árbitro]” (artículo 12, párrafo 2).

57. En general se está de acuerdo en que no hace falta demostrar que existe realmente una dependencia o un sesgo, sino que “es suficiente con establecer la apariencia de dependencia o sesgo”⁴⁷. La apariencia debe ser obvia o evidente (es decir, no puede ser producto de la especulación ni fundarse en inferencias o meras creencias); se ha dicho que debe ser evidente a ojos de un tribunal de justicia sin necesidad de que lo señale un asesor letrado, que la apariencia debe fundarse en hechos y que la norma “impone [...] la carga de la prueba, que es relativamente pesada” a la parte que formula la propuesta de recusación. Asimismo, a tenor de una decisión dictada por la autoridad nominadora respecto de una recusación planteada ante el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, “debería concederse el beneficio de la duda a la persona recusada con respecto a la veracidad de las alegaciones formuladas en defensa de la recusación”⁴⁸.

58. El sentido preciso atribuido a la expresión “carencia manifiesta” ha variado de un caso a otro. Aunque ni el artículo 14 ni el artículo 57 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados hacen referencia al criterio de las “dudas razonables” o a un observador objetivo ajeno al caso, algunas decisiones del CIADI indican que basta con que haya “dudas razonables”, que es la norma aplicada por la CNUDMI⁴⁹. Por consiguiente, se ha dicho que, si “un tercero concluyera que existe una apariencia evidente u obvia de falta de imparcialidad o independencia fundada en una evaluación razonable de los hechos del presente caso”,

⁴⁶ Véase una lista de las decisiones del CIADI sobre recusación en

<https://icsid.worldbank.org/en/Pages/Process/Decisions-on-Disqualification.aspx>.

⁴⁷ *Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devincci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, caso CIADI núm. ARB/13/13, *Decision on the Proposal for Disqualification of Mr. Bruno Boesch* (20 de marzo de 2014), que puede consultarse en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3133.pdf>, párr. 57. El Presidente del CIADI había seguido este mismo razonamiento en dos decisiones anteriores: *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI núm. ARB/12/20, *Decision on the Parties' Proposals to Disqualify a Majority of the Tribunal*, párrs. 22 a 26 (12 de noviembre 2013), y *Burlington Resources, Inc. c. República del Ecuador*, caso CIADI núm. ARB/08/5, *Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña* (13 de diciembre de 2013), que puede consultarse en <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3028.pdf>.

⁴⁸ Solicitud de recusación del Sr. Assadollah Noori, miembro de la Sala uno, caso núm. 248, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 24, págs. 309 a 324 (2 de marzo de 1990).

⁴⁹ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal c. República Argentina*, caso CIADI núm. ARB/97/3, *Decisión acerca de la recusación del Presidente del Comité* (3 de octubre de 2001); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Pakistan*, caso CIADI núm. ARB/01/13.

se puede deducir que hay un sesgo manifiesto. En otras decisiones se indica que el calificativo “manifiesta” representa una norma más estricta, que exige que el conflicto sea evidente o aparente⁵⁰.

59. En general, los datos indican que muy pocas recusaciones prosperan en proporción al conjunto de casos o de solicitudes de recusación⁵¹, si bien los árbitros pueden renunciar al cargo cuando son recusados, por lo que las cifras pueden no dar una imagen fiel de la eficacia del mecanismo. El Grupo de Trabajo tal vez desee observar igualmente que las escasas decisiones publicadas hacen hincapié en que se fundamentan en los hechos específicos de cada caso, de modo que son ejemplos de situaciones de falta de imparcialidad e independencia y no orientaciones amplias sobre la aplicación práctica de las normas.

60. Un motivo que se alega comúnmente para formular una recusación es que el árbitro y la parte nominadora o su asesor letrado mantuvieron en el pasado o siguen teniendo hasta el presente una relación personal o profesional más allá del nombramiento en cuestión que puede menoscabar la capacidad del árbitro de dirimir la controversia con independencia e imparcialidad. Estas relaciones llamadas “problemáticas” se evalúan atendiendo a aspectos como su proximidad, duración y efectos financieros y teniendo en cuenta si existieron solo en el pasado o si se mantienen en la actualidad.

61. En casos planteados ante el CIADI se ha llegado a la conclusión de que las siguientes relaciones ponen en tela de juicio la independencia e imparcialidad: cuando una sucursal extranjera del bufete de abogados del árbitro actúa contra el demandado en otro arbitraje y el árbitro recusado recibe una remuneración de las diferentes sucursales del bufete; cuando el árbitro también ha sido designado como tal en un caso conexo en el que se plantean cuestiones de hecho y de derecho que se solapan y no cabe esperar que el árbitro mantenga la objetividad y una actitud abierta⁵², y cuando el asesor letrado y el árbitro proceden de la misma agrupación de abogados, tras un cambio en la composición del equipo del demandado para incluir al abogado como asesor letrado, después de iniciado el proceso⁵³.

iii) *Decisiones sobre solicitudes de recusación en el arbitraje internacional, los sistemas nacionales y los tribunales y cortes de justicia internacionales*

62. En el contexto general del arbitraje internacional, también se ha considerado que las siguientes relaciones, entre otras, generan “dudas justificadas” sobre la independencia y la imparcialidad: el nombramiento reiterado de un árbitro que no es

⁵⁰ Esto quiere decir que el conflicto es “evidente, claro, simple a primera vista o incluso cierto; que no es el producto de interpretaciones complejas en un sentido o en otro, ni puede defenderse con argumentos opuestos, ni exige un análisis profundo”. *Electrabel S.A. v. Republic of Hungary*, caso CIADI núm. ARB/07/19, *Decision on the Claimant's Proposal to Disqualify a Member of the Tribunal* (25 de febrero de 2008).

⁵¹ Aproximadamente el 3% de las solicitudes de recusación que se presentan ante el CIADI y el 22% de las que se plantean en los arbitrajes comerciales sometidos a la LCIA (ambos porcentajes se basan en las decisiones publicadas). Véanse también las observaciones formuladas por la Corte Permanente de Arbitraje en el documento [A/CN.9/WG.III/WP.146](#), párr. 60.

⁵² *Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devinci Salah Hourani v. Republic of Kazakhstan*, caso CIADI núm. ARB/13/13, *Decision on the Proposal for Disqualification of Mr. Bruno Boesch* (20 de marzo de 2014).

⁵³ *Hroatska Elektroprivreda, d.d. v. Slovenia*, caso CIADI núm. ARB/05/24, *Order Concerning the Participation of a Counsel*, párr. 34 (6 de mayo de 2008). Sin embargo, en otros casos planteados ante el CIADI se ha llegado a la conclusión de que las siguientes relaciones no conllevan falta de independencia o imparcialidad: cuando un funcionario directivo no ejecutivo de una sociedad es accionista minoritario de las partes; cuando un miembro del bufete de abogados de un árbitro ha asesorado al demandante respecto de una operación no relacionada con el arbitraje (pero no ha prestado asesoramiento jurídico estratégico o general); cuando el árbitro ha asesorado en materia tributaria al accionista principal de la sociedad del demandante y tiene un acuerdo de participación en los beneficios con los abogados que representaban al demandante antes de su nombramiento, pero ya no está en esa situación; cuando un árbitro ha actuado como abogado junto al asesor letrado que lo nominó; cuando el árbitro y el asesor letrado de una de las partes coincidieron en forma pasajera y tiempo atrás en el ámbito estudiantil, y cuando el demandante y el árbitro nominado por él han mantenido un contacto social esporádico.

designado habitualmente por una diversa gama de proponentes y la existencia de relaciones anteriores entre las partes y el bufete de abogados del árbitro (en una ocasión se prestó asesoramiento jurídico no relacionado con el caso, pero en otra se asesoró sobre el contrato objeto del arbitraje). Un aspecto fundamental que es preciso indagar es hasta qué punto depende económicamente el árbitro de la entidad o la persona con la que mantiene una relación. Si el árbitro tiene un interés económico importante en el resultado del caso o si su nombramiento reiterado indica una dependencia económica respecto de una parte o su asesor letrado, corre el riesgo de ser recusado.

63. En el plano nacional, algunos órganos jurisdiccionales han sostenido que los miembros de la junta directiva de una sociedad no pueden ser árbitros en ningún caso en que intervenga dicha sociedad, aunque el Tribunal de Apelación de Inglaterra ha afirmado que no hay riesgo de que exista sesgo en esas situaciones⁵⁴.

64. Los “Listados de Aplicación” previstos en las Directrices IBA no incluyen ninguna relación ajena al arbitraje en cuestión como casos comprendidos en el Listado Rojo Renunciable o el Listado Rojo Irrenunciable⁵⁵. Esas relaciones entran dentro de la categoría de “situaciones específicas que, dependiendo de los hechos del caso en particular, pueden, a los ojos de las partes, crear dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro” (es decir, el Listado Naranja)⁵⁶. Se trata de situaciones en que, por ejemplo, el árbitro ha asesorado o ha representado como abogado anteriormente a una de las partes; dentro de los tres años anteriores ha sido nombrado árbitro en dos o más ocasiones; se desempeña como árbitro en más de tres procesos arbitrales actualmente en trámite, pero su bufete de abogados presta asesoramiento jurídico sobre cuestiones ajenas a esos arbitrajes; forma parte de la misma agrupación de abogados que otro árbitro del mismo tribunal o uno de los asesores letrados intervinientes; actúa como abogado junto a uno de los asesores letrados, además de otras circunstancias que indican dependencia económica.

65. El Grupo de Trabajo tal vez desee también observar que las Directrices IBA, a pesar de su creciente aceptación, no siempre son consideradas la norma aplicable⁵⁷. Por ejemplo, en un caso planteado en el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el único árbitro designado en un arbitraje comercial internacional era socio de un bufete de abogados que, durante el proceso arbitral en cuestión, prestó servicios jurídicos importantes a una empresa afiliada del demandado, por los que recibió una remuneración considerable. El juez resolvió que no existía un sesgo aparente, aunque admitió que el conflicto encajaba claramente en el párrafo 1.4 del Listado Rojo Irrenunciable⁵⁸. Al sostener que un “observador informado y ecuaníme” (el criterio aplicable en el derecho inglés) no concluiría que existía la posibilidad real de que el árbitro no fuera imparcial, el juez afirmó que el párrafo 1.4 no tenía en cuenta, como debería, “si, siendo realistas, los hechos concretos podían tener un efecto en la imparcialidad o la independencia”, en particular en el caso de autos, en que el árbitro no tenía conocimiento de la relación⁵⁹.

⁵⁴ *W Limited v. M Sdn Bhd* [2016] EWHC 422 (Comm).

⁵⁵ Véase un resumen de los distintos Listados de Aplicación previstos en las Directrices IBA en la nota 13 *supra*.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Por ejemplo, tal como se menciona en la información sobre los antecedentes de las Directrices IBA, la postura del *common law* inglés fijada en *Porter v Magill* [2001] UKHL 67 es que corresponde determinar “si, habiendo examinado los hechos, un observador informado y ecuaníme concluiría que existía la posibilidad real de que el tribunal arbitral no fuera imparcial”; en Suecia, la postura es que se debe establecer si concurren circunstancias que puedan “socavar la confianza en la imparcialidad del árbitro”, y en Estados Unidos el criterio es el de la “falta evidente de imparcialidad”.

⁵⁸ El párrafo 1.4 regula aquellas situaciones en las que “[e]l árbitro o su bufete de abogados asesora con regularidad a una parte, o a una entidad afiliada con ésta, y el árbitro o su bufete de abogados perciben por esta actividad ingresos significativos”.

⁵⁹ *W Ltd. v. M SDN BHD* ([2016] EWHC 422 (Comm)). En cambio, el Tribunal de Casación de Francia adoptó otro punto de vista al sostener que el hecho de que el árbitro único no hubiese informado del papel que había desempeñado su bufete en una operación en que había intervenido la empresa matriz de una de las partes en el arbitraje “genera dudas razonables acerca de la

66. El Mecanismo Residual Internacional de los Tribunales Penales dispone de una base de datos de las causas en la que figuran las solicitudes de recusación⁶⁰. En las causas se fija un umbral elevado para que haya lugar a la recusación; en las decisiones se afirma, entre otras cosas, que “se presume la imparcialidad de los magistrados o del Tribunal y, por ende, debe demostrarse la parcialidad a partir de pruebas adecuadas y fiables”; a falta de pruebas en sentido contrario, debe entenderse que los magistrados del Tribunal Internacional “pueden abstraerse de toda creencia o predisposición personal irrelevante”⁶¹.

67. La información publicada indica que el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ha sido testigo de cinco procedimientos de recusación desde que comenzó a funcionar en 1981. La autoridad nominadora encargada de resolver las recusaciones de conformidad con el Reglamento del Tribunal nunca ha dictado una decisión favorable a una recusación. Sin embargo, en dos de esas recusaciones, los árbitros se retiraron del caso o fueron cesados por la propia parte⁶².

3. Conveniencia de la reforma

Objetivos de la reforma

68. En el 35º período de sesiones del Grupo de Trabajo, se mencionó que:

- Toda mejora orientada a reforzar la independencia y la imparcialidad de los árbitros debía recibirse con agrado, dado que sería en interés tanto de los Estados como de los inversionistas;
- Continuamente se introducían mejoras al marco orientadas a garantizar la independencia y la imparcialidad de los árbitros; por lo tanto, cuando se consideraran posibles soluciones en una etapa posterior, deberían tenerse en cuenta las ventajas y las limitaciones del marco existente y de la labor que llevaban a cabo otras instituciones, y
- Deberían tenerse en cuenta los intereses de todos los interesados en la SCIE y cualquier solución debería garantizar un equilibrio de intereses de las partes interesadas (A/CN.9/935, párr. 62).

69. El Grupo de Trabajo tal vez desee también examinar la conveniencia de tener en cuenta los posibles beneficios recíprocos que tendrían las reformas para reforzar la independencia e imparcialidad de los árbitros en otros elementos del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados, en particular respecto de la uniformidad y la coherencia entre los laudos dictados en procesos de SCIE y los costos y la duración de las actuaciones en ese ámbito.

Opiniones preliminares expresadas por los Estados

70. En su 35º período de sesiones, el Grupo de Trabajo escuchó algunas opiniones preliminares sobre las formas en que podría garantizarse mejor la independencia y la imparcialidad de los árbitros.

71. En cuanto a los enfoques puntuales, hubo un acuerdo amplio en cuanto a la importancia de los códigos de conducta y otros requisitos éticos para los árbitros. Tras tomar nota de algunos textos que existían sobre la conducta de los árbitros (entre ellos instrumentos jurídicos no vinculantes), se mencionó que era necesario que se realizaran esfuerzos a nivel multilateral. En ese contexto, se formularon sugerencias en el sentido

independencia e imparcialidad del árbitro” (Tribunal de Casación, Sala Primera de lo Civil, 16 de diciembre de 2015, N D14-26.279).

⁶⁰ Puede consultarse en <http://cld.irmct.org/?q=en/cases/ictr-icty-case-law-database>.

⁶¹ Véanse las causas en <http://cld.irmct.org/notions/show/1027/judges#>, así como un resumen de la postura en el fallo de la causa *Rutaganda v. Prosecutor*, que puede consultarse en <http://unictr.irmct.org/en/cases/ictr-96-3>.

⁶² Véanse *Challenge request from the United States Agent to Appointing Authority Moons, Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 7, págs. 289 a 301 (17 de septiembre de 1984), y *Letter Iranian Agent to Moons, Iran-United States Claims Tribunal Reports*, vol. 20, pág. 181 (13 de septiembre de 1988).

de que la CNUDMI y el CIADI podrían cooperar en la elaboración de un código de ese tipo. Otra opinión fue que sería útil que se preparara un código de conducta para abogados y peritos (A/CN.9/935, párr. 64).

72. Otras sugerencias fueron: i) que se velara por que todos los interesados comprendieran a partir de qué punto se consideraría que la independencia y la imparcialidad estaban comprometidas; ii) que se elaboraran requisitos relativos a las cualificaciones de los árbitros y sus funciones, así como requisitos sobre la diversidad o la existencia de una representación regional apropiada; y iii) que se examinaran las distintas maneras de designar árbitros, por ejemplo, recurrir con mayor frecuencia a autoridades nominadoras o utilizar las listas establecidas por los Estados (A/CN.9/935, párr. 65).

Cuestiones que cabría examinar

73. Al analizar hasta qué punto el régimen actual de solución de controversias entre inversionistas y Estados ofrece suficientes garantías de la independencia e imparcialidad de los árbitros y decisores, así como las posibles reformas que pudieran considerarse necesarias, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener en cuenta las características de otros sistemas y las reformas de que son objeto actualmente, como se explicó más arriba.

74. El Grupo de Trabajo quizás desee también tener presente que las otras cuestiones que cabría examinar, según se expone a continuación, se analizan también en el documento A/CN.9/WG.III/WP.149, que proporciona un marco general para estudiar la conveniencia de las reformas.

- Conceptos de independencia e imparcialidad

75. El Grupo de Trabajo tal vez desee observar que los conceptos de independencia e imparcialidad son imprecisos, pues ambos términos se utilizan con varios significados diferentes en los análisis jurídicos. Se pueden identificar como mínimo cuatro sentidos de independencia e imparcialidad: según el momento, pueden calificarse de estados mentales, condiciones institucionales, valores relacionados con el estado de derecho o deberes (que rigen, en función de las exigencias del contexto, como normas o como principios). Para profundizar en cuestiones éticas puede ser fundamental distinguir entre estos significados⁶³.

76. El Grupo de Trabajo quizás desee estudiar cómo repercute la importancia de la independencia individual (por contraposición a la institucional) en la SCIE. En este ámbito no existen las salvaguardias habituales de la independencia institucional (presupuesto autónomo, organización interna, procesos de contratación transparentes, asignación objetiva de casos y mandatos permanentes y fijos garantizados). El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si esa característica puede explicar en parte las tensiones entre los mecanismos de designación y los conceptos de independencia e imparcialidad, tal como se entienden en el ámbito de los jueces y los tribunales de justicia.

77. Asimismo, hay relativamente pocos especialistas en materia de SCIE en comparación con el número de especialistas en arbitraje comercial en general. En un estudio realizado en 2017 sobre la base de 1.039 casos recogidos en las bases de datos de PluriCourts y el CIADI, se concluyó que un pequeño grupo de entre 25 y 30 personas (el 1% de los abogados) dominaba el sistema⁶⁴. Así pues, una persona puede ser llamada a dirimir una controversia cuya resolución posteriormente resulta relevante en otros casos en los que este profesional actúa como asesor letrado o mantiene una estrecha relación profesional con el asesor letrado. Las particularidades de la SCIE suponen que, en la práctica, las circunstancias del caso deben ser sopesadas a fin de determinar si un

⁶³ Diego M. Papayannis, "Independence, Impartiality and Neutrality in Legal Adjudication", *Issues in contemporary jurisprudence*, vol. 28, 2016, Rule of Law.

⁶⁴ Langford, Behn y Lie, *Network of arbitrators and lawyers in investment treaty arbitration* (2017); véase <https://www.jus.uio.no/pluricourts/english/news-and-events/news/research-news/double-hatting.html>.

árbitro que ha tenido una relación profesional con una de las partes ha incumplido su obligación de independencia o imparcialidad.

78. El Grupo de Trabajo tal vez desee también estudiar los efectos del incremento del arbitraje internacional, que se ha traducido en la diversificación de las partes que intervienen en el proceso arbitral. Por esa razón, las opiniones de las partes sobre la ética o la conducta de los árbitros pueden diferir considerablemente y a veces las expectativas propias pueden contraponerse a las expectativas de personas de otra jurisdicción o a la práctica general en materia de arbitraje internacional. La creciente complejidad de las controversias que se han entablado recientemente entre múltiples partes y sobre operaciones complicadas ha dado lugar a que se planteen cuestiones nuevas y más sutiles en cuanto a los deberes éticos. El aumento de la reglamentación del procedimiento arbitral y de la transparencia del proceso también incide en las expectativas de las partes respecto de la ética y la conducta de los árbitros.

79. Asimismo, si bien parece haber acuerdo general sobre las normas éticas fundamentales, en la práctica, la forma de determinar si esas normas se respetan puede variar considerablemente dependiendo de los textos que se consideren aplicables y de si quienes realizan la evaluación son los propios árbitros, las partes, las instituciones arbitrales o los órganos jurisdiccionales nacionales. Además, las normas éticas, que por naturaleza evolucionan al ritmo de la realidad práctica, generalmente no ofrecen explicaciones sobre sus consecuencias prácticas. Por otra parte, los tribunales arbitrales pueden estar obligados a cumplir más de una norma ética, en función de la nacionalidad de los árbitros, su afiliación a un colegio de abogados y el lugar del arbitraje. Por lo tanto, pueden ser aplicables múltiples normas al mismo tiempo, sin que haya una indicación clara sobre cuál de ellas prevalecerá en caso de conflicto.

- Revelación de determinada información y recusación

80. El Grupo de Trabajo tal vez desee plantearse si los procedimientos para revelar información y recusar a los árbitros son suficientemente claros y previsibles como para que los árbitros puedan determinar en la práctica lo que deben comunicar y las partes puedan decidir si recusarán a un árbitro, solicitarán la anulación de un laudo o se opondrán a su ejecución debido a que el árbitro no dio a conocer determinada información.

81. El Grupo de Trabajo quizás desee también tener en cuenta que es posible que en cumplimiento de las obligaciones de revelación se tenga que comunicar información que no constituiría necesariamente un fundamento para la recusación. Las obligaciones de revelar información establecidas en el Reglamento de la CNUDMI son aplicables a toda circunstancia “que pueda dar lugar a dudas justificadas” acerca de la independencia o imparcialidad del árbitro, mientras que la recusación se fundamenta en “circunstancias ... que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia”⁶⁵. Del mismo modo, se ha afirmado que la “confianza en [la] imparcialidad de juicio” enunciada en las Reglas del CIADI con respecto a la información que debe comunicarse es más amplia que la “carencia manifiesta” de dicha cualidad que daría pie a la recusación⁶⁶.

82. Asimismo, el Grupo de Trabajo tal vez desee tener presente que, si bien las normas aplicables exigen a los árbitros y otros decisores que sean independientes e imparciales, no ofrecen orientaciones detalladas sobre la aplicación e interpretación de la independencia y la imparcialidad en la práctica. Como pone de manifiesto el análisis de las decisiones sobre recusación publicadas que se han reseñado, puede resultar difícil predecir la aplicación de las normas en la práctica. Por tanto, el Grupo de Trabajo quizás desee estudiar si esas decisiones por sí solas pueden proporcionar orientación suficiente sobre las normas relativas a la comunicación de información y la recusación.

83. Como se señaló anteriormente, la eficacia del mecanismo de recusación depende del deseo de las partes o sus asesores letrados de solicitar la recusación de un árbitro y

⁶⁵ Artículos 11 y 12 del Reglamento de la CNUDMI.

⁶⁶ Regla 6, párrafo 2, de las Reglas del CIADI.

de la existencia de un procedimiento eficaz cuando decidan hacerlo. Los elementos clave son que las solicitudes tengan un resultado previsible y que sean resueltas sin demora y sin consecuencias para la parte que las presenta (cualquiera sea el resultado). Hay ejemplos concretos que indican que la parte que solicita la recusación teme afrontar consecuencias negativas y que, como resultado de ello, a veces no se denuncian algunas situaciones en las que podría estar afectada la independencia o la imparcialidad. Además, existe la percepción de que el mecanismo no resuelve en grado suficiente los conflictos de intereses.

84. Se comenta al respecto que el número de recusaciones, y en particular de recusaciones tácticas, temerarias o frívolas, podría estar en alza a nivel general en el arbitraje internacional⁶⁷. En un caso de SCIE, se formularon hasta cinco recusaciones separadas contra un mismo árbitro entre octubre de 2011 y febrero de 2016 y todas ellas fueron desestimadas⁶⁸.

85. El Grupo de Trabajo tal vez desee también estudiar hasta qué punto los elementos procesales ajenos al contexto de la CNUDMI y del CIADI pueden contribuir igualmente a la eficacia del mecanismo. En algunos arbitrajes institucionales, por ejemplo, la institución arbitral conoce de las recusaciones y, como parte del procedimiento, las distintas partes y los árbitros formulan peticiones y comentarios por escrito en forma alternada y sucesiva.

86. En vista de que las decisiones sobre recusación que se dictan en el ámbito de la SCIE no se publican habitualmente, el Grupo de Trabajo quizás desee examinar también si debería haber mayor transparencia en dichas recusaciones. A modo de ejemplo, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) publica en línea las decisiones sobre la recusación de árbitros en el arbitraje comercial internacional, junto con un compendio de las decisiones⁶⁹.

⁶⁷ Véase, por ejemplo, núm. de referencia LCIA 5660 (5 de agosto de 2005).

⁶⁸ *ConocoPhillips Company y otros c. República Bolivariana de Venezuela*, caso CIADI núm. ARB/07/30.

⁶⁹ Pueden consultarse en <http://www.lcia.org/challenge-decision-database.aspx>. Se trata de casos regidos por el Reglamento de la LCIA y de arbitrajes regidos por el Reglamento de la CNUDMI cuando la LCIA ha sido la parte nominadora.