

¿Uno o dos sombreros?: Lineamientos para una regulación del *double-hatting* en arbitrajes de inversión

Angela Cámara Chumbes*

Nicolas Daichi Yano Tsuha**

Resumen. - El fenómeno del *double-hatting*; esto es, el ejercicio de múltiples roles por parte de los profesionales vinculados al arbitraje, puede tener un importante impacto en las necesarias cualidades de independencia e imparcialidad que todo árbitro debe tener. La regulación de este fenómeno vuelve a poner sobre la mesa la recurrente discusión sobre los conflictos de interés derivados de la inevitable interacción en el grupo de profesionales que se dedican a arbitrajes de inversión. La inclusión de artículos que abordan expresamente este fenómeno en recientes tratados internacionales y la discusión que se viene sosteniendo por su expresa regulación en el "Proyecto de Código de Conducta para adjudicadores en solución de controversias inversionista-Estado" preparado por las Secretarías del CIADI y UNCITRAL, nos lleva a proponer algunos lineamientos para dicha regulación.

Abstract. - The phenomenon of double-hatting, that is, the exercise of multiple roles by professionals in the field of arbitration, can have a significant impact on the necessary qualities of independence and impartiality that every arbitrator must have. The regulation of this phenomenon brings back to the table the recurrent discussion on conflicts of interest derived from the inevitable interaction in the group of professionals involved in investment arbitration. The inclusion of articles expressly addressing this phenomenon in recent international treaties and the discussion that has been held about its express regulation in the "Draft Code of Conduct for adjudicators in investor-state dispute settlement" prepared by the ICSID and UNCITRAL Secretariats, leads us to propose some guidelines for such regulation.

Palabras claves. - *Double-hatting* - Arbitraje de Inversión - Independencia - Imparcialidad - Deber de Revelación - Diversidad - Lineamientos.

Keywords. - Double-hatting - Investment Arbitration - Independence - Impartiality - Duty of Disclosure - Diversity - Guidelines.

* Abogada por la PUCP con estudios en Arbitraje Comercial Internacional y de Inversiones por la American University Washington College of Law y la Escuela de Postgrado de la Universidad del Pacífico; así como en Derecho Internacional por Center for American and International Law. Asociada principal del Área de Litigios y Solución de Controversias del Estudio Echeopar asociado a Baker Mckenzie. Miembro de Peruvian Young Arbitrators y Arbitral Women.

** Estudiante de último año de la carrera de Derecho en la Universidad del Pacífico. Presidente del Consejo Directivo de Forseti - Revista de Derecho.

I. Introducción

El sistema de resolución de disputas entre Estados e inversionistas se ha consolidado como un pilar que garantiza la protección de la inversión privada y es uno de los principales aspectos que se muestran como un incentivo para que esta se lleve a cabo. Conscientes de la relevancia para los inversionistas extranjeros de poder acceder a arbitrajes con árbitros independientes e imparciales que solucionen sus controversias con los Estados que reciben su inversión, el presente artículo busca establecer lineamientos para la regulación del creciente fenómeno del *double hatting*, que pone en riesgo objetivo y viene generando cuestionamientos a la legitimidad del sistema.

Para establecer dichos lineamientos, el presente artículo parte de los conceptos de independencia e imparcialidad en el arbitraje; así como del estándar utilizado en arbitrajes de inversión para la recusación de árbitros cuando una parte considera que su actuación no es independiente e imparcial.

Luego, evaluaremos el concepto de *double-hatting* y por qué representa una amenaza a la independencia e imparcialidad que deben tener los árbitros, así como el tratamiento que viene recibiendo en diversos instrumentos que regulan mecanismos de solución de controversias entre inversionistas y Estado. Muchos de ellos, bastante recientes, han optado por una regulación de prohibición a ejercer un doble rol.

Si bien la prohibición pareciera ser la solución más adecuada, pues es idónea para evitar cualquier posible conflicto de interés, nos detendremos a evaluar si existen aspectos beneficiosos para el arbitraje de inversión, derivados de permitir que los árbitros ejerzan algún rol adicional.

Con estos factores analizados, evaluaremos finalmente la propuesta de regulación del *double-hatting* planteada en el "Proyecto de Código de Conducta para adjudicadores en solución de controversias inversionista-Estado" preparado por las Secretarías del CIADI y UNCITRAL. A propósito de este Proyecto, iremos estableciendo lineamientos para una adecuada regulación de este fenómeno.

El objetivo es potenciar la legitimidad de los arbitrajes de inversión, buscando un balance entre la protección de la independencia e imparcialidad de los árbitros y aquellos aspectos beneficiosos que, como veremos, están vinculados a la posibilidad de que los árbitros ejerzan un doble rol.

II. Independencia e imparcialidad en el arbitraje de inversiones

Como bien señala Born, el arbitraje suele ofrecer un medio de solución de controversias más sencillo, eficaz y competente, adaptado a las necesidades de los usuarios¹. Una de las ventajas que hace tan atractivo al arbitraje como medio de resolución de disputas es la posibilidad de elegir al juzgador. Así, las partes

¹ BORN, Gary. *International Commercial Arbitration (Second Edition)*. La Haya: Kluwer Law International, 2014, p. 2.

pueden elegir a un árbitro o un tribunal que se ajuste a sus necesidades teniendo en consideración la especialidad de la disputa, el idioma de las partes, incluso nacionalidad entre otros aspectos.

Salvo para los casos en los que las partes deleguen la elección del árbitro o del tribunal arbitral a un tercero, estas usualmente tienen la libertad de elegir quiénes serán los que resolverán la disputa, siendo el objetivo contar con “[...] Un árbitro hábil, experimentado e imparcial [lo cual] es esencial para un arbitraje justo y eficaz²”.

En cuanto a las disputas relativas a asuntos de inversión, como señalan Lew, Mistellis y Kroll, usualmente los inversionistas tienen desconfianza en la decisión de un Poder Judicial que pertenece al Estado al que se están enfrentando. De ahí que existan incentivos para los arbitrajes de inversión, en los que terceros, neutrales e independientes, son los llamados a resolver esas controversias. Siendo estos atributos importantes, Nassib Ziadé advierte que “El sistema de arbitraje internacional necesita algo más que cambios cosméticos cuando se trata de conflictos de intereses³”. **“Reconocer y evitar los conflictos de intereses es la base de la credibilidad y la legitimidad del sistema de arbitraje.** Por consiguiente, las instituciones de arbitraje deben centrarse en fomentar la confianza de los usuarios más que en hacer las cosas convenientes para los profesionales del arbitraje^{4 5}”.

Así, la imparcialidad e independencia de los árbitros no solo constituyen cualidades esenciales para garantizar un debido proceso, sino que de ello depende que el arbitraje tenga legitimidad como mecanismo de solución de controversias: “[...] el requisito de imparcialidad -y, agregamos, el de independencia- [son] “la esencia de la función arbitral””.

¿Qué significan estos conceptos? El concepto de independencia es uno objetivo y se materializa en la existencia o no de relaciones o conexiones inaceptables entre el árbitro y una de las partes o su abogado. La imparcialidad, por su lado, alude a la parcialidad real o aparente de un árbitro, ya sea a favor de una de las partes o en relación con las cuestiones en litigio. La imparcialidad, entonces, es un concepto subjetivo y más abstracto que el de independencia, ya que implica principalmente un estado mental⁶. La infracción de los deberes de independencia o imparcialidad

² BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 21.

³ VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA Congress Series, Volume 18*. La Haya: ICCA & Kluwer Law International, 2015, p. 679.

⁴ *Ídem*.

⁵ LEW, Julian; MISTELIS, Loukas y KROLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2003, pp. 1 - 15.

⁶ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; et al. *Redfern and Hunter on International Arbitration (Sixth Edition)*. Oxford: Oxford University Press, 2015, p. 255.

por parte de alguno de los árbitros habilita a su recusación⁷, que tendrá como finalidad su exclusión del tribunal⁸.

En el marco de las disputas relativas a inversión entre inversionista y Estado, la definición de dichos conceptos no es distinta. El caso *Burlington Resources Inc. c. la República del Ecuador*, al analizar el pedido de recusación por parte de Ecuador, es ilustrativo al señalar que “la imparcialidad se refiere a la ausencia de sesgo o predisposición hacia una parte. La independencia se caracteriza por la ausencia de control externo. Tanto la independencia como la imparcialidad “protegen a las partes contra la influencia hacia los árbitros de factores diferentes de aquellos relacionados con los méritos del caso”⁹”. El fundamento de dichos deberes se consagra en el artículo 14 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“CIADI”), el cual establece lo siguiente:

“Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros.” (el énfasis es nuestro)

El mecanismo frente a un incumplimiento del deber de actuar con independencia e imparcialidad se encuentra previsto en el artículo 57 del convenio CIADI, el cual señala que se “[...] podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la **recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14.** [...]”. Al respecto, la jurisprudencia del CIADI resulta nuevamente ilustrativa, esta vez a efectos de poder entender el estándar requerido para recusar a un árbitro por el incumplimiento de sus deberes de independencia e imparcialidad. La carencia manifiesta de cualidades se refiere a una situación evidente u obvia, que puede ser discernida con poco esfuerzo y sin un análisis profundo. Para determinarlo se debe

⁷ “La posibilidad de que las partes puedan recusar a los árbitros nombrados por la otra parte es otro elemento que ofrece mayor legitimidad al tribunal arbitral. Además, hay situaciones en las que la elección de someter el asunto a un tribunal arbitral puede otorgar cierta neutralidad. Es lo que ocurre, por ejemplo, en las controversias en que intervienen inversores extranjeros y la administración pública”. En: VAN DEN BERG, Albert Jan (ed). *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges, ICCA Congress Series, Volume 18*. ICCA & Kluwer Law International, 2015, p. 680.

⁸ La recusación se distingue de la abstención de un árbitro en tanto en esta última es el árbitro mismo quien renuncia voluntariamente a dirimir la controversia. En: COLLANTES GONZÁLEZ, Jorge Luis. *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (Comercial y de Inversiones)*. Lima: Editorial Palestra, 2011, p. 866.

⁹ “Impartiality refers to the absence of bias or predisposition towards a party. Independence is characterized by the absence of external control. Independence and impartiality both “protect parties against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case.” Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Profesor Francisco Orrego Vicuña, (Caso CIADI No. ARB/08/5). *Burlington Resources Inc. c. la Republica de Ecuador*. p. 14.

aplicar un estándar objetivo basado en el criterio de un tercero razonable frente a la evidencia disponible¹⁰.

En el caso *Total v. República de Argentina* se ha establecido que el estándar de valoración de la recusación del artículo 57 es “un estándar estricto y relativamente alto”. Se exigen dos elementos constitutivos: (i) debe existir un hecho o serie de hechos y (ii) que estos sean de tal naturaleza o carácter que permitan concluir mediante la evaluación razonable por un tercero de la evidencia aportada, que hay una ausencia manifiesta de las calidades exigidas por el artículo 14(1) antes citado. En consecuencia, la parte que recusa debe demostrar los hechos que dan lugar a la recusación y que tales hechos, valorados razonablemente por un tercero a la luz de la evidencia disponible, tienen un carácter que puede dar lugar a inferir que es manifiesto que la persona recusada no puede ejercer un juicio independiente en el proceso particular en el que se presenta la recusación¹¹.

El incumplimiento de los deberes de independencia e imparcialidad de los árbitros puede generar la nulidad de laudos arbitrales. El caso de *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À.R.L. contra el Reino de España*¹² es un ejemplo reciente y revela los problemas que enfrenta el sistema de arbitraje, concretamente, en cuanto a problemas derivados del *double-hatting* que comentamos en este artículo.

En ese caso, España presentó una solicitud de anulación de laudo ante el CIADI alegando que Stanimir Alexandrov, árbitro propuesto por los demandantes, no había revelado una larga relación comercial con el Grupo Brattle, al cual pertenecía uno de los peritos¹³. Se señaló que la vinculación era tal, que -por ejemplo- los dos trabajaron juntos (el Sr. Alexandrov como abogado y el Grupo Brattle como peritos) en dos casos, de manera simultánea al caso *Eiser*¹⁴. Según España, estos vínculos daban una apariencia de parcialidad y ningún tercero observador

¹⁰ Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un miembro del Tribunal (Caso CIADI No. ARB/13/13), 20 de marzo de 2014, p. 18; *Conoco Phillips Petrozuata B.V. y otros c. República Bolivariana de Venezuela*.

¹¹ Decisión sobre la Propuesta de la República Argentina de Recusación de la Sra. Teresa Cheng. (Caso CIADI No. ARB/04/01), *Total S.A. c. la República Argentina*. P. 21.

¹² Este caso deriva de una disputa vinculada a modificaciones en el marco regulatorio español que promovía la inversión en el sector de energía; específicamente, energías renovables. Según *Eiser*, los cambios regulatorios lograron la “destrucción completa del valor” de su inversión. Luego de una disputa iniciada con la solicitud de arbitraje de *Eiser* de fecha 9 de diciembre de 2013, el 4 de mayo de 2017 un tribunal CIADI ordenó a España a pagar 128 millones de euros más intereses por vulneración al Artículo 10(1) del TCE (Tratado sobre la Carta de Energía), al alterar el marco regulatorio que regía las inversiones de *Eiser Infrastructure Limited* y *Energía Solar Luxembourg Sarl*, su subsidiaria en Luxemburgo (*Eiser*).

¹³ “Durante sus 15 años en la oficina de *Sidley Austin* en Washington D.C., en la cual el Dr. Alexandrov fue socio y codirector de la práctica de arbitraje internacional de la firma, el Dr. Alexandrov y su equipo nombraron al Grupo Brattle en numerosos casos en los que actuó como abogado”. Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Reino de España (Caso CIADI No. ARB/13/36), *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. c. el Reino de España*. p. 15.

¹⁴ “Además, en dos de estos casos, el Dr. Alexandrov estaba trabajando con Brattle al mismo tiempo que se desarrollaba el Arbitraje Subyacente”. Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Reino de España (Caso CIADI No. ARB/13/36), *Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. c. el Reino de España*. p. 15.

razonable podía concluir que se podía confiar en que el árbitro ejercería un juicio imparcial y neutral respecto de los informes y testimonios presentados por Brattle.

El laudo fue anulado sobre la base en las cláusulas (a) y (d) del apartado (1) del Artículo 52 de (...) por decisión del 11 de junio de 2020, bajo la consideración de que la falta de imparcialidad de un árbitro implica que el tribunal arbitral no se constituyó correctamente. El Comité de anulaciones del CIADI consideró que “no se puede sostener que un tribunal se ha “constituido correctamente” cuando un árbitro, cuya capacidad de formular un juicio independiente se encuentra en duda, es nombrado para formar parte de o continúe siendo un miembro de un tribunal¹⁵”. La sentencia destaca que “cierta interacción” entre los árbitros, abogados y peritos que se dedican a arbitrajes de inversión resulta inevitable. Sin embargo, “a mayor cantidad de “vínculos” entre ellos, a través de casos y, en particular, en distintos roles, mayor será la probabilidad de que estos den origen a conflictos. Por consiguiente, en aras de una conducción justa y objetiva de los procedimientos de arbitraje, **estos deben declararse y hacerse específicamente del conocimiento de las partes y de los otros árbitros**¹⁶”.

El Comité de Anulaciones destacó que debido a la falta de revelación de esta situación “España perdió la posibilidad de un laudo diferente¹⁷”. Ello resulta particularmente importante pues independientemente de si se recusaba o no al Sr. Alexandrov, el Comité consideró que “[...] el punto de vista de cada árbitro influye y se espera que durante las deliberaciones influyan los puntos de vistas de los otros. La influencia del Dr. Alexandrov en sus coárbitros se habría percibido de manera distinta en cada aspecto material si ellos hubieran conocido todos los hechos y la extensión de su larga relación, y la de Sidley Austin, con el Grupo Brattle y el Sr. Lapuerta¹⁸”.

Se señaló además, ante la alegación por parte de Eiser de que España habría renunciado a plantear una cuestión respecto de la independencia e imparcialidad del Sr. Alexandrov, que no había nada en el expediente que demostrara que España tenía dicho conocimiento, lo que debía ser probado por Eiser. El Comité manifestó que “El hecho de que la información sea de dominio público no cumple la carga de las Partes Eiser de probar que España estaba al tanto de los hechos relevantes. Una renuncia clara e inequívoca a un derecho tan fundamental como el de cuestionar la imparcialidad e independencia de un árbitro, va a esencia de la constitución correcta de un tribunal. Dicha renuncia no puede establecerse sin prueba de que la parte en cuestión tenía conocimiento real o implícito de todos los hechos¹⁹”.

¹⁵ Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Reino de España (Caso CIADI No. ARB/13/36), Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. c. el Reino de España. p. 55.

¹⁶ Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Reino de España (Caso CIADI No. ARB/13/36), Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. c. el Reino de España. p. 79.

¹⁷ Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Reino de España (Caso CIADI No. ARB/13/36), Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.À R.L. c. el Reino de España. p. 92.

¹⁸ *Ídem*.

¹⁹ Decisión sobre la Solicitud de Anulación del Reino de España (Caso CIADI No. ARB/13/36), Eiser Infrastructure Limited y Energía Solar Luxembourg S.A R.L. c. el Reino de España. p. 61.

Este reciente caso destaca la importancia de los deberes de independencia e imparcialidad, así como del deber de revelación de los árbitros en los arbitrajes internacionales, y vuelve a poner sobre la mesa la recurrente discusión sobre los conflictos de interés derivados de la inevitable interacción del grupo de profesionales que se dedican a arbitrajes de inversión.

III. El *double-hatting* en el arbitraje internacional

El arbitraje internacional de inversiones está marcado por el fenómeno de las “puertas giratorias”, es decir, “cada uno de los actores individuales desempeña múltiples funciones como árbitros, abogados, testigos expertos y secretarios de tribunal dentro de este sistema judicial fragmentado y ad hoc de arbitraje de inversiones. El movimiento entre los papeles puede ser secuencial o incluso simultáneo²⁰”. Tal como sucedió en el caso comentado de Eiser, en el que un árbitro además se desempeñaba como abogado y, en ese rol, antes y durante el arbitraje mantenía una relación profesional con el grupo al que pertenecía el perito del caso en el cual era árbitro. La práctica derivada de este fenómeno es denominada *double-hatting*.

Gran parte de la doctrina enfoca el problema del *double-hatting* como la causa principal del *issue conflict*. El profesor Philippe Sands resume el dilema del *double-hatting* en la siguiente pregunta: “¿Puede un abogado que “pasa una mañana redactando un laudo arbitral que aborda una cuestión jurídica” divorciarse de su papel en el tratamiento de la misma cuestión jurídica o similar en la “tarde” como abogado en un caso diferente?²¹”.

El *issue conflict* trata un sesgo o apariencia de sesgo dada la relación del árbitro con el objeto de la controversia que impide al árbitro abordar el caso con una mente abierta²². Esto puede dar lugar a una percepción de parcialidad, en el sentido que se podría percibir que su función en un caso podría influir sus acciones en el otro²³. Sin embargo, el *issue conflict* puede advertirse en situaciones distintas de las relacionadas con el desempeño en múltiples roles. Como se desarrolla en las anotaciones al Proyecto de Código de conducta para adjudicadores en solución de controversias inversionista-Estado (“Proyecto de Código de Conducta”)²⁴, siempre que el *issue conflict* se manifiesta en el contexto en que el adjudicador ha tomado una posición sobre un asunto determinado (prejuzgamiento); derivado de los trabajos académicos, presentaciones y participaciones en eventos académicos, se

²⁰ LANGFORD, Malcolm; BEHN, Daniel; LIE, Runar. “The Revolving Door in International Investment Arbitration”. En *Journal of International Economic Law*, vol. 20, núm. 2, 2017. p. 301.

²¹ LANGFORD, Malcolm; BEHN, Daniel; LIE, Runar. “The Ethics and Empirics of Double Hatting”. En *ESIL Reflection*, vol. 6, núm. 7, 2017, p. 8.

²² BURGOS, María Angélica. “Double-Hatting in International Commercial Arbitration?”. En GONZÁLEZ-BUENO, Carlos (ed.), *40 under 40 International Arbitration*, Madrid: Editorial Dykinson, 2018, p. 87.

²³ SANDS, Philippe. *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. La Haya: Kluwer Law International, 2015, pp. 655-656.

²⁴ ICSID (2020). *Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement*. Consulta realizada el 27 de enero de 2021. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf

podría alegar que sobre determinados asuntos no tendría la mente abierta para considerar una solución jurídica distinta, o una consideración distinta sobre determinados hechos. Dichos supuestos no forman parte del análisis de este trabajo pues nos enfocaremos únicamente en los supuestos de *issue conflict* que se relacionan al fenómeno del *double-hatting* (cuando se verifique un doble rol).

Estos aspectos han sido analizados en casos como *Perenco c. Ecuador*²⁵ en el que se confirmó una solicitud de recusación sobre la base del artículo 57 del convenio CIADI sustentado en que los comentarios por parte del Juez Brower daban la apariencia de que había prejuzgado cuestiones de mérito cruciales respecto a la expropiación^{26 27}.

El *double-hatting* no se reduce solo a asuntos relacionados con el *issue conflict*. Existen supuestos en los que se manifiesta esta práctica que influyen de por sí en los estándares de imparcialidad, independencia²⁸ y ética que se esperan de los árbitros.

El *double-hatting* ha sido definido en los comentarios al Proyecto de Código de Conducta²⁹ como “la práctica por la cual un individuo actúa simultáneamente como árbitro internacional y como abogado en procedimientos separados del ISDS.” No obstante ello, se reconoce que el concepto definido no se limita solo a esas situaciones. La práctica ha demostrado que esto puede suceder cuando, por ejemplo, el árbitro ha trabajado como experto en otros casos, como la recusación del profesor Knieper en el caso entre Big Sky Energy Corporation y la República de Kazajstán³⁰. En ese caso, la solicitud de recusación tuvo éxito alegando que la labor como consultor empleado por Alemania en diversas reformas jurídicas en toda Asia central lo había puesto en estrecho contacto con miembros del poder

²⁵ Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un Árbitro (Caso CPA No. IR-2009/1, Caso CIADI No. ARB 08/06), *Perenco Ecuador Limited c. La Republica de Ecuador & Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*.

²⁶ A diferencia del caso *Urbaser contra Argentina*, en el que el profesor McLachlan se habría expuesto a argumentos sobre la ley y sobre los hechos que podrían hacerle llegar a un determinado punto de vista, en el caso *Perenco contra Ecuador* el juez Brower ya se había formado un punto de vista sobre un aspecto de los hechos en cuestión (la naturaleza y las propensiones de una de las partes). Ver: SANDS, Philippe. *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. La Haya: Kluwer Law International, 2015, p. 662.

²⁷ SANDS, Philippe. *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*. La Haya: Kluwer Law International, pp. 661 - 662.

²⁸ Como en la decisión sobre la recusación del árbitro José María Alonso en el caso *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. La República Bolivariana de Venezuela*, en el que se recusó al Sr. Alonso, socio en la oficina de Madrid de una firma internacional, porque la oficina de Nueva York y de Caracas representaban al demandante en un procedimiento paralelo contra la República de Venezuela (el caso *Longreef c. Venezuela*). Si bien el Sr. Alonso no participaba directamente en el caso paralelo, el Sr. Alonso era miembro del Comité Directivo de Arbitraje Internacional de su firma. Toda vez que el Sr. Alonso no solo percibía ingresos derivados de la oficina de Madrid, dada la interconexión de las oficinas y la conexión en los asuntos que se tocaban en el caso subyacente y el caso en el que era parte su firma, pudiendo resolver asuntos que se tocaban en ambos casos, resultaba razonable a los ojos de un tercero la apariencia de falta de imparcialidad e independencia.

²⁹ ICSID (2020). *Draft Code of Conduct for Adjudicators in Investor-State Dispute Settlement*. Consulta realizada el 27 de enero de 2021. Disponible en: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Draft_Code_Conduct_Adjudicators_ISDS.pdf

³⁰ *Big Sky Energy Corporation c. la República de Kazajstán* (Caso CIADI No. ARB/17/22).

judicial de Kazajstán, que era uno de los involucrados en la controversia, en tanto se discutía las acciones cometidas por el gobierno y sus cortes.

Resulta interesante contemplar los distintos asuntos que se pueden derivar del ejercicio de múltiples roles, por ejemplo, en el Caso No. 101689 y 101691 de la London Court of International Arbitration³¹ (consolidados en un solo arbitraje) se recusó a uno de los árbitros sobre la base de su actuación como abogado litigante en otro proceso, en el que se enfrentó al abogado que ahora defendía a la parte demandada. Si bien ello no daría lugar generalmente a una recusación, se consideró que el árbitro iba a estar predispuesto a no creer en las alegaciones del abogado de la parte demandada, pues en el otro proceso en el que fue su contraparte acusó al abogado de la parte demandada de la comisión de actos fraudulentos, generando ello una apariencia de duda sobre su integridad.

Otras situaciones de *double-hatting* se encuentran previstas en las reglas IBA. Coincidimos con lo desarrollado por Estefanía Fierro cuando señala que “Entre el sistema de listas que establece estas directrices encontramos 19 situaciones en las que se presentaría problemas relacionados al “*double-hatting*”³²”: siete (7) en la Lista roja renunciante³³ y doce (12) en el Listado Naranja³⁴; además de algunos

³¹ Si bien se trata de un caso de arbitraje comercial, la situación perfectamente podría replicarse en el ámbito del arbitraje de inversiones.

³² FIERRO VALLE, Estefanía. *Conflicto de Intereses en el Arbitraje Internacional: El Fenómeno del Double-Hatting*. Lima: Arbitraje PUCP, 2014, p. 62.

³³ 2. Lista roja renunciante

2.1 Relación del árbitro con la controversia

2.1.1 El árbitro aconsejó a una de las partes o a una filial de éstas, o emitió un dictamen respecto de la controversia a instancia de las anteriores.

2.1.2 En el pasado el árbitro intervino en el asunto.

2.3 Relación del árbitro con las partes o sus abogados.

2.3.1 El árbitro actualmente representa o asesora a una de las partes o a su filial.

2.3.2 El árbitro actualmente representa al abogado o al bufete de abogados que representa a una de las partes.

2.3.3 Tanto el árbitro como el abogado de una de las partes son abogados del mismo bufete de abogados.

2.3.6 El bufete de abogados del árbitro actualmente tiene una relación comercial significativa con una de las partes o una filial de éstas.

2.3.7 El árbitro asesora de manera regular a quien hace las designaciones de árbitro o a su filial pero ni el árbitro ni su bufete de abogados obtiene ingresos significativos por ello.

³⁴ 3. Listado naranja

3.1 Servicios profesionales prestados a una de las partes con anterioridad al arbitraje u otro tipo de intervención en el caso.

3.1.1 Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas, o anteriormente fue consultado o asesoró en otro asunto, independiente del de la causa, a la parte que lo designó como árbitro o a una filial suya o el árbitro las asesoró pero en la actualidad no existe relación alguna entre ellos.

3.1.2 Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue abogado de una de las partes o de una filial de éstas en un asunto independiente del de la causa.

3.1.4 Dentro de los tres años anteriores el bufete de abogados del árbitro ha representado a una de las partes o a una filial de éstas en otro asunto independiente del de la causa y sin que interviniera el árbitro.

3.2 Servicios profesionales prestados a una de las partes en la actualidad.

3.2.1 El bufete de abogados del árbitro actualmente presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial de éstas sin que por ello haya surgido entre ellos una relación comercial significativa y sin que intervenga el árbitro.

3.2.2 Un bufete de abogados que comparte ganancias u honorarios con el bufete de abogados del árbitro presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial de éstas.

supuestos adicionales en el Listado Verde. Estas circunstancias podrían perfectamente servir como sustento fáctico para una recusación por *double-hatting*. Si bien las directrices de la IBA no están pensadas para casos de arbitraje de inversión, se reconoce que reflejan la práctica internacional y propone situaciones que pueden dar lugar a dudas razonables sobre la independencia e imparcialidad de un árbitro. Así se señaló, por ejemplo, al resolver la recusación del Sr. Alexandrov en el caso entre ICS Inspection and Control Services Limited y la República de Argentina: “Aunque las Directrices de la IBA no tienen carácter vinculante en el presente procedimiento, reflejan las mejores prácticas internacionales y ofrecen ejemplos de situaciones que pueden dar lugar a dudas objetivamente justificables sobre la imparcialidad e independencia de un árbitro”. Estas suelen ser utilizadas pues resultan útiles para evaluar referencialmente los estándares de conducta de los árbitros y suelen ser invocadas en las decisiones relacionadas a la independencia e imparcialidad de los árbitros como sucedió en el caso Eiser.

-
- 3.2.3 El árbitro o su bufete de abogados representa con regularidad a una de las partes en el arbitraje o a una filial de éstas, sin participar en la presente controversia.
 - 3.3 Relación entre árbitros o entre árbitro y abogado.
 - 3.3.1 Los árbitros son abogados del mismo bufete.
 - 3.3.2 Los árbitros o uno de ellos y el abogado de una de las partes son miembros de los mismos colegios o instituciones gremiales.
 - 3.3.3 Dentro de los tres años anteriores el árbitro fue socio o de alguna otra manera estuvo asociado con otro árbitro o con uno de los abogados que intervienen en el mismo arbitraje.
 - 3.3.4 Un abogado del bufete del árbitro es árbitro en otro arbitraje donde participa una de las partes o ambas o una filial de éstas.
 - 3.4 Relación entre el árbitro y una de las partes y demás personas que intervienen en el arbitraje.
 - 3.4.1 El bufete de abogados del árbitro está actuando actualmente contra una de las partes o una filial de éstas.
 - 4. Listado Verde
 - 4.3 Servicios profesionales prestados en la actualidad a una de las partes.
 - 4.3.1 Un bufete de abogados asociado o unido por una alianza con el bufete de abogados del árbitro, que no comparte ni honorarios ni cualesquiera otros ingresos con el bufete de abogados del árbitro, presta servicios profesionales a una de las partes o a una filial en un asunto que no está relacionado con el arbitraje.

IV. Tratamiento del *double-hatting* en las controversias de Estado-inversionista

Ante la necesidad de encontrar soluciones a problemas derivados del *double-hatting*, en los últimos años se vienen regulando medidas frente a este fenómeno en el contexto del arbitraje de inversión. Veamos qué tratamiento se le dio:

- i. Código de Conducta de fecha 19 de enero de 2019 para procedimientos de resolución de controversias entre inversionista - Estado, bajo el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica ("CPTPP", por sus siglas en inglés³⁵). Aborda expresamente el fenómeno del *double-hatting* y establece una regla clara: los árbitros deben abstenerse de actuar en otros roles en nuevas disputas bajo el CPTPP y bajo otros acuerdos internacionales:

“Una vez seleccionado, un árbitro se abstendrá, mientras dure el procedimiento, de actuar como asesor o experto o testigo designado por las partes en cualquier controversia pendiente o nueva sobre inversiones en virtud del Acuerdo global y progresivo de asociación transpacífica o cualquier otro acuerdo internacional”. (Énfasis agregado)

Por otro lado, impone un deber de revelación al candidato a árbitro y al árbitro en funciones, en los siguientes términos:

“(c) Cada candidato o árbitro deberá revelar la existencia de cualquier interés, relación o asunto que pueda afectar a la independencia o imparcialidad del candidato o árbitro o que pueda razonablemente crear una apariencia de improcedencia o una aprehensión de parcialidad. Se crea una apariencia de improcedencia o una aprehensión de parcialidad cuando una persona razonable, con conocimiento de todas las circunstancias pertinentes que una investigación razonable revelaría, llegaría a la conclusión de que la capacidad de un candidato o árbitro para desempeñar sus funciones con integridad, imparcialidad y competencia está disminuida”.

El literal f establece las consecuencias del incumplimiento: “En caso de presunta infracción del presente Código de Conducta, el Reglamento de Arbitraje se aplicará a toda recusación, inhabilitación o sustitución de un árbitro”.

- ii. El "Acuerdo Económico y Comercial Global" ("CETA", por sus siglas en inglés) entre Canadá y la Unión Europea, suscrito en octubre de 2016,

³⁵ El CTPPT entró en vigor el 30 de diciembre de 2018 para Australia, Canadá, Japón, México, Nueva Zelanda y Singapur, países que lograron culminar dichos procedimientos internos. En el caso de Vietnam, el Tratado entró en vigor el 14 de enero de 2019. Para los demás países signatarios (entre ellos, Perú), el CPTPP entrará en vigor 60 días después de que estos notifiquen al depositario (Nueva Zelanda) la conclusión de sus procedimientos legales internos. Información extraída de: http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=213&Itemid=242

también alude al *double-hatting*. Ahora bien, debe tenerse en cuenta, como particularidad, que este tratado “[...] reemplaza el sistema de solución de disputas entre Inversionistas y Estados (ISDS) de tribunales arbitrales ad hoc -empleado en casi todos los tratados bilaterales de inversión (TBI) hasta la fecha- con un [Sistema de tribunales de inversión]³⁶ de dos niveles, que proporciona por primera vez en cualquier tratado una revisión en apelación como derecho en las controversias de tratados de inversión”. Se trata de un tribunal con miembros cuya elección se mantiene por un periodo de 5 años.

El artículo 8.30 establece, como parte de las exigencias éticas para los miembros de estos tribunales, lo siguiente: “No aceptarán instrucciones de ninguna organización o gobierno en lo que respecta a los asuntos relacionados con la controversia. No participarán en el examen de ninguna controversia que pueda crear un conflicto de intereses directo o indirecto. Cumplirán las Directrices de la Asociación Internacional de Abogados sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional o las normas complementarias adoptadas de conformidad con el Artículo 8.44.2. Además, **una vez designados, se abstendrán de actuar como asesores o expertos o testigos designados por las partes en cualquier controversia pendiente o nueva controversia sobre inversiones en virtud de este o cualquier otro acuerdo internacional**³⁷”. (Énfasis agregado)

Nuevamente, se optó por una prohibición de *double-hatting*.

- iii. En otros casos se prevé una prohibición con un límite temporal. Así, el artículo 20 numeral 5 del Modelo de Tratado de Bilateral de Inversión de los Países Bajos establece: “Los miembros del Tribunal no actuarán como asesores legales o no deben haber actuado como asesores legales durante los últimos cinco años en las controversias sobre inversiones en virtud de este o cualquier otro acuerdo internacional”.
- iv. Finalmente, el Proyecto de Código de Conducta, el cual ha sido preparado conjuntamente por las Secretarías del CIADI y UNCITRAL. A la fecha se encuentra sujeto a comentarios.

El artículo 6, sobre el que nos pronunciaremos con detalle más adelante, aborda expresamente la limitación a múltiples roles. El artículo 12 establece la obligatoriedad de cumplir con las disposiciones del Código de Conducta, aunque no indica expresamente cuál sería la consecuencia en caso de incumplimiento.

V. El otro lado de la moneda: ¿Tiene alguna ventaja para el arbitraje de

³⁶ ITS - Investment tribunal system.

³⁷ SARDINHA, Elsa. “The New EU-Led Approach to Investor-State Arbitration: The Investment Tribunal System in the Comprehensive Economic Trade Agreement (CETA) and the EU-Vietnam Free Trade Agreement”. En *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, vol. 32, núm. 3, 2017, p. 626.

inversión el uso de dos sombreros en lugar de uno?

En los ejemplos mencionados en el acápite anterior se observa una tendencia a limitar la existencia de múltiples roles. Antes de comentar la propuesta del Proyecto de Código de Conducta, que precisamente viene evaluando en qué medida limitará el *double-hatting*, consideramos necesario detenernos un momento y evaluar si una prohibición tiene sentido y es realmente beneficiosa o en todo caso, qué consideraciones habrá que tener para establecer los alcances de una prohibición.

Sin duda la búsqueda de mecanismos para asegurar la independencia e imparcialidad de los árbitros es esencial. Como explicábamos al inicio de este artículo, se trata de una piedra angular del arbitraje; sin embargo, igualmente importante resulta garantizar a las partes la libertad de elegir a árbitros. Regular una prohibición a que un árbitro tenga o haya tenido otros roles profesionales, como abogado de parte, experto, etc., si bien evita cualquier posibilidad de conflicto, impacta en las posibilidades de elección de esas personas y, finalmente, en el derecho de elección de las partes.

Esto va de la mano con la necesidad de tener un sistema legítimo, con decisiones adecuadas y que sean percibidas como legítimas. Esto dependerá, en buena medida, de los árbitros, que son quienes adoptan las decisiones.

Coincidimos en que “Desde una perspectiva sociológica, la legitimidad del derecho internacional se basa en su reivindicación de universalidad: instituciones, normas jurídicas y valores universales. Se supone que los abogados, jueces y árbitros internacionales (al menos en teoría) deben reflejar esa universalidad³⁸”. Si el arbitraje de inversión busca la solución de controversias entre inversionistas y Estados de todo el mundo, sobre materias que suelen involucrar políticas públicas y aspectos de interés público, las personas e instituciones involucradas deberían reflejar esa diversidad. Los árbitros, que son quienes finalmente evalúan la materia objeto de controversia y toman las decisiones sobre esas materias deberían poder reflejar esa diversidad.

La visión que tiene un árbitro que a su vez es ciudadano o ciudadana de un país en vías de desarrollo sobre la institucionalidad de un Estado también en vías de desarrollo será distinta a la que pueda tener un ciudadano de un país desarrollado que no atraviesa por los mismos problemas. En efecto, “Los puntos de vista de los árbitros pueden divergir, dependiendo de sus antecedentes, experiencia de vida e ideología. Se esperaría que los árbitros 'conservadores' tendieran a favorecer la protección de los derechos de propiedad sin muchas reservas, mientras que los árbitros 'progresistas' tenderían a dar mayor peso a otros valores sociales como la protección del medio ambiente o la prestación de servicios públicos. El equilibrio puede variar dependiendo de la visión del mundo que tenga el árbitro³⁹”. Contar

³⁸ POLONSKAYA, Ksenia. “Diversity In The Investor–State Arbitration: Intersectionality Must Be A Part Of The Conversation”. En *Melbourne Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 2018, p. s/n.

³⁹ *Ídem*.

con árbitros de origen diverso, que puedan entender el contexto cultural, socio político y legal de las partes debería ser entonces un aspecto a tomar en cuenta.

A mayor abundamiento, debe considerarse que,

“[...] los órganos decisorios deben ser inclusivos y que los responsables de la toma de decisiones deben representar a los diversos grupos de interesados sujetos a sus decisiones. Esta característica sirve a múltiples propósitos. La bibliografía sobre ciencias sociales muestra que es más probable que los diversos responsables de la adopción de decisiones eviten los sesgos cognitivos y el pensamiento de grupo en la toma de decisiones. Además, uno o más encargados de la adopción de decisiones podrían tener los conocimientos culturales necesarios para comprender la controversia en su contexto. La diversidad entre los encargados de la adopción de decisiones puede mejorar la calidad y el rigor de las decisiones que adoptan y, al hacerlo, hacer efectiva o aumentar la legitimidad normativa de un sistema determinado. Además, es probable que se perciba que los diversos encargados de la adopción de decisiones son capaces de producir decisiones más justas, lo que probablemente aumente la legitimidad sociológica de un sistema particular⁴⁰”.

Una mayor diversidad impacta directamente en la percepción de legitimidad del sistema que, como comentábamos, es esencial:

“[...] Incluso si suponemos que "las diversas religiones, culturas, nacionalidades, clases y sexos" no marcan ninguna diferencia a la hora de juzgar, la representación diversa de los árbitros es significativa en cualquier caso dado que las partes interesadas que se ven afectadas por las decisiones arbitrales creen que la composición del panel arbitral importa "para las percepciones de imparcialidad y justicia y, por tanto, para la legitimidad sociológica". Cabe señalar que no sólo es necesario hacer justicia, sino que también "debe verse que se hace manifiesta e indudablemente"⁴¹”.

La diversidad de partes que participan en arbitrajes de inversión, así como de los sectores económicos involucrados, se puede apreciar, por ejemplo, en “Las estadísticas del CIADI 2020-2⁴²”. Los siguientes gráficos han sido extraídos de la página 12 del referido reporte:

⁴⁰ BJORKLUND, Andrea et. al. “The Diversity Deficit in International Investment Arbitration”. En *The Journal of World Investment & Trade*, vol. 21, núm. 2-3, 2020, p. 412.

⁴¹ POLONSKAYA, Ksenia. “Diversity In The Investor-State Arbitration: Intersectionality Must Be A Part Of The Conversation”. En *Melbourne Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 2018, p. s/n.

⁴² ICSID (2020). *The ICSID Caseload – Statistics. Issue 2020-2*. Consulta realizada el 27 de enero de 2021. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282020-2%20Edition%29%20ENG.pdf>

Chart 7: Geographic Distribution of All ICSID Cases, by State Party Involved

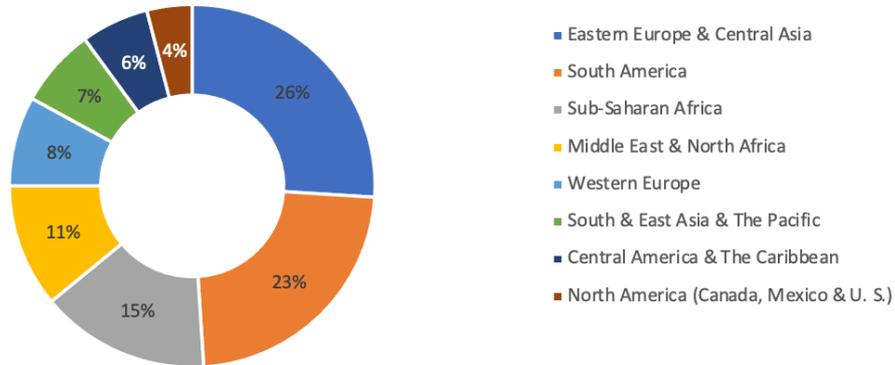
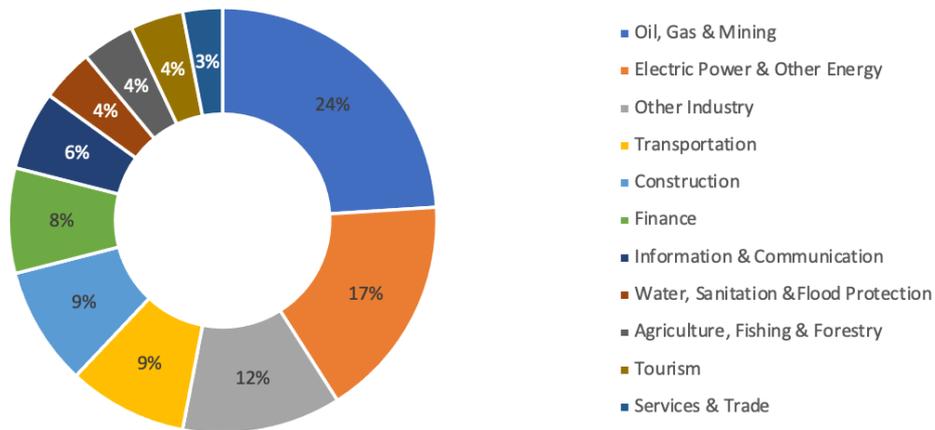


Chart 8: Distribution of All ICSID by Economic Sector



Frente a discusiones que involucran sectores económicos diversos y políticas de Estados también diversos, ¿reflejan los árbitros que resuelven esas controversias esa diversidad? La respuesta es negativa. Veamos las mismas estadísticas del CIADI, esta vez sobre de las nacionalidades de los árbitros. El gráfico de la izquierda recoge información entre los años 1966 al 2020, mientras que el gráfico de la derecha recoge información solo del año 2020⁴³:

⁴³ ICSID (2020). *The ICSID Caseload – Statistics. Issue 2020-2*, pp. 17, 28. Consulta realizada el 27 de enero de 2021. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282020-2%20Edition%29%20ENG.pdf>

Chart 13: Arbitrators, Conciliators and *ad hoc* Committee Members Appointed in ICSID Cases

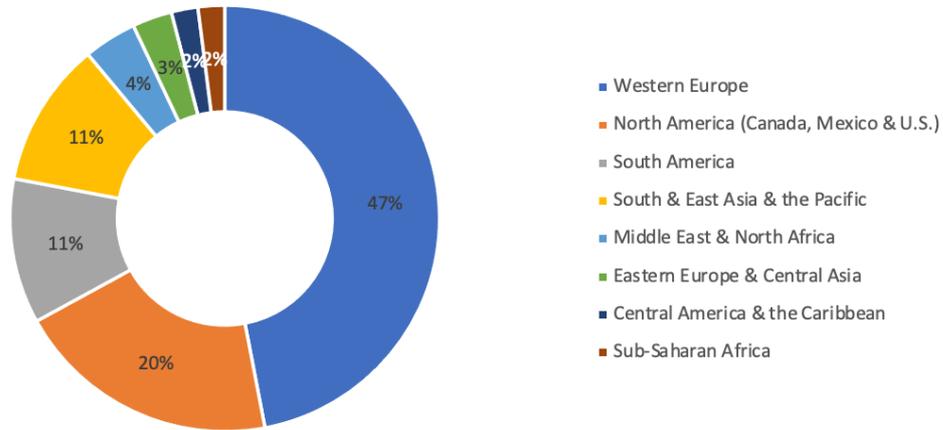
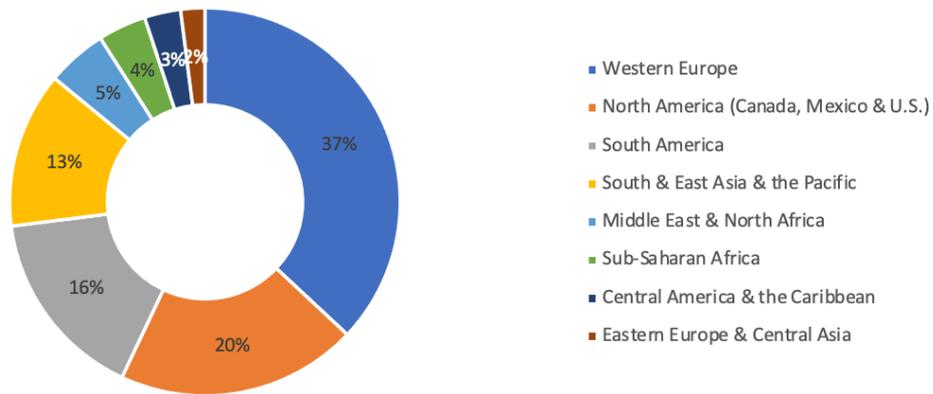


Chart 8: Arbitrators, Conciliators and *ad hoc* Committee Members Appointed in ICSID Cases in FY2020



Se advierte una alta concentración de árbitros, conciliadores y miembros de Comité Ad Hoc de Europa del este y América del Norte; además de un creciente -aunque aún reducido- número de perteneciente a América del Sur. La participación de profesionales de otras nacionalidades es bastante reducida. Por tanto, no estamos ante un grupo de árbitros diversos que reflejen la diversidad de las controversias.

Además de esta situación sobre la multiculturalidad de los árbitros, que no refleja diversidad, el reporte del CIADI muestra un escenario aún más ácido en cuanto a la diversidad de género. Según estadísticas del CIADI con información de 1966 al 2020, solo el 12% del total de árbitros, conciliadores y miembros de Comités Ad Hoc, fueron mujeres. Situación bastante alejada a la que debiéramos tener en una sociedad moderna, en la que la mujer tiene un rol activo y relevante en la sociedad. Durante el año 2020, solo el 14% fueron mujeres, lo que demuestra que inclusive en el reciente año la participación de las mujeres es reducida. Veamos los

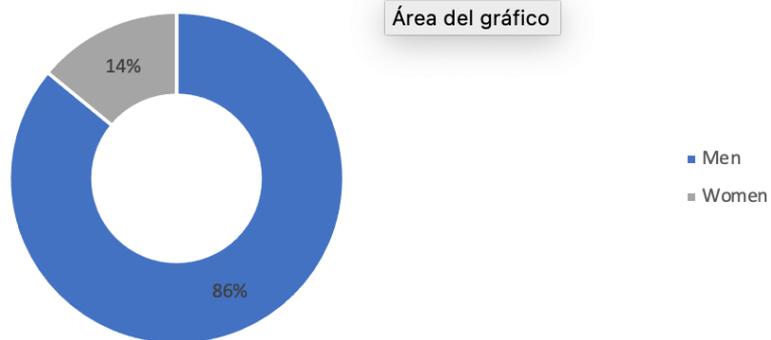
¿Uno o dos sombreros?: Lineamientos para una regulación del double-hatting en arbitrajes de inversión

siguientes gráficos extraídos de las páginas 20 y 30 de “Las estadísticas del CIADI 2020-2⁴⁴”:

Chart 16: Arbitrators, Conciliators and ad hoc Committee Members Appointed in Cases Registered under the ICSID Convention and Additional Facility Rules - Distribution of Appointments by Gender



Chart 11: Arbitrators, Conciliators and ad hoc Committee Members Appointed in Cases Registered under the ICSID Convention and Additional Facility Rules in FY2020 - Distribution of appointments by Gender



Finalmente, si bien el Reporte del CIADI no muestra información sobre las edades de quiénes son designados, es conocido que los árbitros son “*male, pale, and stale*” – lo que implica que la mayoría de los árbitros internacionales son hombres blancos y de alto rango⁴⁵”.

Así, a pesar de ser el arbitraje de inversión multicultural y diverso, ello no se refleja en los árbitros designados para resolverlos. Las razones por las cuales no hemos podido llegar a tener paneles de árbitros diversos sin duda son variadas. Destacamos, para efectos del presente artículo, que “El acceso a la “puerta” del arbitraje requiere que un candidato sea reconocido y aceptado por sus pares; sin

⁴⁴ ICSID (2020). *The ICSID Caseload – Statistics. Issue 2020-2*. Consulta realizada el 27 de enero de 2021. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/The%20ICSID%20Caseload%20Statistics%20%282020-2%20Edition%29%20ENG.pdf>

⁴⁵ SUCHARITKUL, Vanina. ‘ICSID and UNCITRAL Draft Code of Conduct: Potential Ban on Multiple Roles Could Negatively Impact Gender and Regional Diversity, as well as Generational Renewal’. Kluwer Arbitration Blog, 2020.

dicho reconocimiento y aceptación, el candidato nunca será nombrado porque "siempre se nombra [...]— a las personas que conoces"⁴⁶". En efecto, difícilmente una parte elegirá como árbitro a una persona desconocida. Si queremos que esa elección sea en atención a las calificaciones profesionales del candidato, es relevante que existan espacios profesionales en el que nuevos candidatos, con perfiles diversos, puedan desenvolverse e ir ganando la experiencia necesaria para poder asumir el rol de árbitros.

Para lograr ese objetivo, una ruta es fomentar la participación de esos profesionales, de grupos diversos, en espacios académicos y/o como parte de equipos de abogados en materias vinculadas a arbitraje de inversión, de modo que puedan ir siendo conocidos y ganar la experiencia que les permita eventualmente ser elegibles como árbitros o consolidarse en dicho rol. Contar con estos espacios permitiría el ingreso de otros perfiles de árbitros, incluyendo nuevas generaciones, así como la consolidación de aquéllos que ya son árbitros pero no suelen ser elegidos frecuentemente y por tanto no pueden dedicarse solo a ello.

Debemos ser conscientes de que los árbitros a tiempo completo usualmente son profesionales con más años y ya consolidados, los cuales no requieren de esos otros espacios para ganar experiencia, hacerse conocidos o simplemente sus ingresos son suficientes para ser únicamente árbitros. Por el contrario, entre los profesionales que ejercen múltiples roles se encontrarán aquellos que no forman parte de ese sector ya consolidado que, como hemos visto, no refleja adecuadamente la diversidad propia de los arbitrajes de inversión. En efecto, "La siguiente generación de árbitros tiende a ejercer como abogado y no podría renunciar a sus deberes profesionales a menos y hasta que reciban suficientes nombramientos que le permitan actuar como árbitros a tiempo completo. Así pues, la prohibición excluiría a un número de candidatos mayor que el necesario y supondría una barrera de entrada al impedir la renovación de la reserva de árbitros"⁴⁷.

Otro grupo de árbitros ya experimentados, si bien podrían desempeñarse únicamente en esa función, han decidido compatibilizar ese rol con labores académicas o como abogados litigantes, siendo precisamente alternativas atractivas por tener un perfil que combine ambas funciones.

En estas estas circunstancias, en las que se debe buscar fomentar la diversidad abriendo espacios, consideramos que imponer limitaciones tajantes y amplias al doble rol más bien los reducirá, generando obstáculos en este objetivo y en la posibilidad de ejercer ampliamente el derecho de las partes a elegir árbitros que además doten de legitimidad al sistema.

⁴⁶ POLONSKAYA, Ksenia. "Diversity In The Investor–State Arbitration: Intersectionality Must Be A Part Of The Conversation". En *Melbourne Journal of International Law*, vol. 19, núm. 1, 2018, p. s/n.

⁴⁷ SUCHARITKUL, Vanina. 'ICSID and UNCITRAL Draft Code of Conduct: Potential Ban on Multiple Roles Could Negatively Impact Gender and Regional Diversity, as well as Generational Renewal'. *Kluwer Arbitration Blog*, 2020.

Con estos elementos sobre la balanza, a continuación comentamos nuestras impresiones sobre el propuesto artículo 6 del Proyecto de Código de Conducta, en la búsqueda de lineamientos para una adecuada regulación del *double-hatting*.

VI. Fijando lineamientos para la regulación del *double-hatting* a propósito del "Proyecto de Código de Conducta"

El Proyecto de Código de Conducta propone lo siguiente en su artículo 6:

<p style="text-align: center;">Article 6</p> <p style="text-align: center;">Limit on Multiple Roles</p> <p>Adjudicators shall [refrain from acting]/[disclose that they act] as counsel, expert witness, judge, agent or in any other relevant role at the same time as they are [within X years of] acting on matters that involve the same parties, [the same facts] [and/or] [the same treaty]</p> <hr style="border-top: 1px dashed black;"/>
<p style="text-align: center;">Artículo 6</p> <p style="text-align: center;">Límite a los Múltiples Roles</p> <p>Los adjudicadores [se abstendrán de actuar]/[revelarán que actúan] como abogados, expertos, jueces, agentes o en cualquier otra función pertinente al mismo tiempo que [dentro de los X años de] actuar en asuntos que impliquen a las mismas partes, [los mismos hechos] [y/o] [el mismo tratado].</p>

A continuación, desglosamos y comentamos cada uno de los elementos de la propuesta, ponemos luces sobre los aciertos y potenciales problemas que consideramos que podrían producirse y, a propósito de ello, establecemos algunos lineamientos a ser tomados en cuenta para tener una regulación que promueva la legitimidad de los arbitrajes de inversión, cuidado la independencia e imparcialidad de los árbitros, pero también promoviendo el tener árbitros diversos.

Son tres los ejes que analizaremos: i. *¿quiénes?*, es decir, los sujetos cuya actividad debe ser regulada; ii. *¿qué?*, es decir, qué tipo de actividad o rol adicional debe ser objeto de regulación; y, iii. *¿cómo?*, es decir, qué medidas deben ser tomadas.

i. *¿Quiénes?: Sujetos objeto de la propuesta*

El Proyecto de Código de Conducta se refiere a “*adjudicators*”. De acuerdo con las definiciones del propio Código, este término incluye árbitros, miembros de comités internacionales ad hoc de anulación o apelación y jueces de mecanismos permanentes de solución de controversias inversionista-Estado. Este es el caso, por ejemplo, de tratados como el CETA, que mantienen un tribunal permanente designado para la resolución de disputas derivadas del tratado.

Si bien podría parecer una cuestión de nomenclatura que no afecta el tratamiento que se les debería dar, en realidad sí existen ciertas particularidades que deberían ser tomadas en cuenta. A diferencia de jueces y miembros de tribunales permanentes, los árbitros tienen funciones e ingresos circunscritos al caso concreto para el que fueron designados. Como bien señala Todd Weiler “[...] los individuos que actúan como árbitros son profesionales que ofrecen un servicio privado - no funcionarios que realizan un servicio público (...)”⁴⁸. Desde una perspectiva práctica, un juez no realiza funciones como abogado de parte, sino que compatibiliza su función, a lo mucho, con la de árbitro o académico, manteniéndose en la posición de un tercero imparcial que resolverá un caso. Ello a diferencia de lo que puede suceder con un árbitro, en el que sí es común que actúe en posiciones de experto o como abogado de parte.

Si bien consideramos un acierto que se incluya en la regulación a otros profesionales (jueces, miembros de tribunales permanentes, etc.), las particularidades de sus funciones determinan que en este artículo nos centraremos únicamente en lo que concierne al rol de los árbitros.

ii. ¿Qué?: Roles objeto de la norma

Nos referimos al rol adicional que podría tener el árbitro. Puede resultar difícil determinar dónde trazar la línea y establecer qué roles deberían estar dentro del alcance de la norma. El doble rol que probablemente venga primero a la mente es el de abogado de parte. No obstante ello, como hemos visto en el caso *Big Sky*, una grave infracción a los deberes de independencia e imparcialidad puede derivarse del intercambio de roles como consultor.

Por ello, consideramos que la fórmula en el Proyecto resulta adecuada, al contemplar diversos roles que podrían generar conflicto:

- a) Como abogado, como en el caso *Blue Bank*, en el que se generó conflicto por el rol de árbitro y su rol como abogado de una firma internacional. Generalmente, el conflicto se genera porque se considera que lo que resuelva en el caso puede beneficiarlo, de alguna manera, en su otro rol.
- b) Como testigo experto, porque cuando uno desempeña el rol de experto adopta una posición particular del asunto, una sobre la cual se tiene convicción. Al revelar esa posición y juzgar un asunto determinado sobre

⁴⁸ SUCHARITKUL, Vanina. *ICSID and UNCITRAL Draft Code of Conduct: Potential Ban on Multiple Roles Could Negatively Impact Gender and Regional Diversity, as well as Generational Renewal*. Kluwer Arbitration Blog, 2020.

la base de eso se podría dar un caso de *issue conflict* al haber tomado una posición determinada.

- c) Como juez, pues las decisiones que emita o las relaciones que tenga con algunos actores pueden resultar relevantes en términos de *issue conflict* e incluso el desarrollo de una cercanía con una de las partes⁴⁹.
- d) Así como “cualquier otra función pertinente”. Ello, pues existen otros roles que pueden generar situaciones pertinentes de analizar caso a caso: miembro de comité de anulaciones (con lo que pudo haber dado su posición particular sobre un asunto que podría devenir en un supuesto de *issue conflict*), mediador, e incluso puede abarcar casos en los que se actúe como parte de una institución que realice *third party funding*.

La disposición planteada da un margen de apreciación a fin de poder evaluar caso por caso los efectos que podría tener el intercambio de roles en la apariencia de independencia e imparcialidad del árbitro.

Consideramos que la redacción es suficientemente flexible para abarcar los distintos supuestos que se pueden derivar de la propia práctica de las nuevas generaciones de árbitros, los cuales actualmente se desempeñan en diferentes roles a fin de poder consolidar su reputación.

iii. ¿Cómo?: Medidas frente al *double-hatting*

a) ¿Prohibición o revelación?

Ante los múltiples roles que puede tener un árbitro, el Proyecto de Código de Conducta viene evaluando si establecer una medida de prohibición o un deber de revelación. Como hemos explicado, en un escenario en el que deben crearse espacios para fomentar la diversidad y se debe respetar la libertad de elección de las partes, no nos parece conveniente establecer una medida tan tajante como la de restricción.

Si bien reconocemos que una medida de prohibición tiene la ventaja de ser clara, rápida y segura en casos en los que realmente exista un conflicto, consideramos que la alternativa de exigir revelación resulta ser más adecuada. No descarta de antemano la existencia de múltiples roles que hemos visto que sí tiene aspectos positivos para el sistema, permite a las partes tomar decisiones debidamente informadas y, en caso una parte considere que la información revelada amerita una recusación, entonces se realizará un análisis *Ad Hoc* en el que se determinará si se cumple el estándar de “*carencia manifiesta*” de las cualidades exigidas para ser árbitro.

⁴⁹ Resulta ilustrativo ver el caso Big Sky Energy Corporation c. la República de Kazajstán (Caso CIADI No. ARB/17/22).

Ahora bien, sí nos parece relevante que exista una disposición clara que establezca el deber de revelación de un árbitro que viene ejerciendo múltiples roles y sus alcances a fin de permitir una elección informada.

Otra alternativa, mencionada en los Comentarios al Proyecto de Código de Conducta, consiste en permitir que un árbitro pueda ejercer multiplicidad de roles durante un periodo, en tanto tenga un número pequeño de casos. Si bien una estipulación de este tipo reduce el impacto de una medida restrictiva en esos profesionales, no es una tarea sencilla determinar cuántos años serían los necesarios o cuántos casos serían los permitidos. Si no se toma una posición lo suficientemente flexible, en la práctica, esta regulación también generaría restricciones al acceso de esas personas. Quienes no hayan podido consolidarse aún y no puedan seguir teniendo múltiples roles eventualmente quedarían fuera del grupo de los elegibles, sin encontrarse aún en aptitud de continuar únicamente como árbitros. Probablemente, las personas de grupos diversos son las precisamente necesitarían de un periodo de transición más largo. No solo ello. La medida seguiría generando el problema de restringir la posibilidad, válida, de querer elegir a un árbitro experimentado que además ejerce un rol distinto, con el enfoque que esa práctica puede aportar.

En tal sentido, la discusión se podría reducir a la elección entre una medida que protegería la legitimidad de la institución del arbitraje de inversiones en el corto plazo (la prohibición) pero que no sería sostenible en el largo plazo y una medida que resulta más costosa en el corto plazo y menos efectiva (la revelación), pero que permite consolidar una legitimidad en el largo plazo. Conscientes de ello, recomendamos que establezca la obligación de revelación, la cual, adecuadamente regulada, permitiría a las partes elegir si creen que existen elementos para formular una recusación. En caso se adopte una medida de prohibición recomendaríamos que sea lo más restrictiva posible a efectos de reducir las barreras que impedirían una mayor diversidad en los profesionales del arbitraje que formarían parte del cambio generacional en los árbitros dedicados a las disputas entre Estados e inversionistas.

b) La revelación como medida idónea

El deber de revelación ya se encuentra previsto en otra sección del Proyecto de Código de Conducta. Concretamente, en el artículo 5. Si bien aún se vienen discutiendo algunos aspectos, es posible advertir que tiene una vocación amplia y exhaustiva. Además de establecer, de manera general, el deber de revelar cualquier interés, relación o asunto que pudiera razonablemente considerarse que afecta su independencia e imparcialidad, precisa algunas situaciones que deberán ser reveladas, manteniendo el deber de revelar prontamente cualquiera de estas situaciones durante el proceso. Nótese que el estándar para la revelación es uno de "razonabilidad", siendo una valla más alta que la exigida para la descalificación de un árbitro, que es el de carencia manifiesta de cualidades para ser árbitro. Los hechos que ameritan revelación no necesariamente ameritan una descalificación del árbitro.

Entre las situaciones específicamente previstas se encuentran:

1. Relaciones profesionales, de negocios u otras significativas dentro de un periodo que cinco años con las partes, sus abogados, otros adjudicadores (presentes o anteriores) actuando en el proceso o expertos. Asimismo, vienen discutiendo si incluirán relaciones con terceros con interés financiero directo o indirecto en el resultado del proceso.

Este punto alude a conflictos que podrían crearse por la relación entre el árbitro y otras personas. Si estas relaciones se produjeron a propósito de otro rol que tuvo o tiene el árbitro, podría involucrar casos de *double-hatting*.

2. Cualquier interés financiero directo o indirecto en: (i) el proceso o en su resultado; y, (ii) en procedimientos administrativos ante Cortes domésticas u otros paneles o Comités que versen sobre las materias que serán decididas en el proceso ante el sistema de resolución de disputa entre inversionista- Estado.

Este punto no está directamente relacionado al *double-hatting*, aunque podría coincidir con un supuesto en el que el árbitro, a propósito de otro rol, tenga un interés financiero directo o indirecto.

3. Otros casos de resolución de disputa entre inversionista- Estado, entre los cuales el candidato o adjudicador ha sido o viene estando involucrado como abogado, miembro de comité de anulación o experto. Viene discutiéndose si además se incluiría la participación en otros arbitrajes internacionales y roles como conciliadores y mediadores.

Este punto sí aborda supuestos de *double-hatting* como abogado, árbitro, miembro de comités de anulaciones, expertos, conciliador o mediador. Sobre el rol adicional al de árbitro que podría abarcar la norma nos hemos pronunciado en la sección anterior. Sobre si las materias deberían abarcar otros arbitrajes internacionales nos pronunciaremos más adelante.

4. Lista de publicaciones del adjudicador o candidato. Viene discutiéndose si incluiría discursos públicos relevantes.

Este punto está vinculado a supuestos de *issue conflict*.

Por otro lado, se establece que “[...] los candidatos y los árbitros harán todos los esfuerzos razonables para conocer esos intereses, relaciones y asuntos” y que “Los candidatos y los árbitros deben preferir la divulgación si tienen alguna duda sobre si se debe hacer una divulgación. Los candidatos y los árbitros no están obligados a revelar intereses, relaciones o asuntos cuya relación con su papel en el procedimiento sea trivial”. Así, se pone en el candidato a árbitro o árbitro la carga de realizar los esfuerzos razonables para tomar conocimiento de situaciones que debiera revelar.

En el caso de situaciones vinculadas a *double-hatting* -que son las que venimos evaluando-, esto nos parece acertado⁵⁰. Es el árbitro el que está en mejor posición para conocer este tipo de situaciones. Ante la duda, además, el árbitro debe revelar; salvo que se trate de una situación trivial. Se presentarán discusiones sobre si un asunto era o no trivial, pero al preverse que el árbitro debe inclinarse por la revelación, en la práctica, tendría que tratarse de un asunto claramente insignificante para no cumplir este deber.

Nótese además que no se exceptúa de ello lo que pueda ser conocido por las partes, por ejemplo porque se trata de información que se encuentra en fuentes públicas como podría suceder con publicaciones o videos en internet, perfiles profesionales en internet u laudos públicos (como los del CIADI). Si bien las partes, al evaluar a un árbitro tienen el deber de investigar su perfil, en la práctica la valla va tornándose alta. Ponemos como ejemplo el caso Eiser que hemos comentado, en el que se señala que el árbitro debe revelar y la excepción no es que razonablemente las partes pudieran conocer la situación que podía generar el conflicto, sino que tendría que haberse acreditado que esa parte tenía conocimiento de dicha información.

Consideramos que la revelación, incluso con un estándar tan elevado como planteamos, es preferible a una medida de restricción. No obstante, en caso la medida elegida sea la de prohibición, los requisitos que activen esa medida tendrían que pasar una valla que, por el contrario, debería ser muy alta. Solo de ese modo podría compatibilizarse el esfuerzo, de un lado, por evitar supuestos de *double-hatting* que puedan generar descalificaciones por carencia manifiesta de cualidades para ser árbitro y, de otro lado, de limitar lo menos posible el derecho de las partes a elegir, y sobre todo a elegir un *pool* diverso de árbitros.

A continuación, evaluaremos qué elementos adicionales tendrían que considerarse para una revelación amplia o, en caso se opte por la restricción, por una que sea la menos gravosa.

c) Asuntos sobre los que recaería la revelación/prohibición

Debemos referirnos necesariamente a los asuntos que abarcaría la medida. En ese sentido resulta pertinente lo señalado por la propuesta del Proyecto. Este propone que “[...] impliquen a las mismas partes, [los mismos hechos] [y/o] [el mismo tratado]”.

Con relación a esta propuesta, nos referiremos en primer lugar al concepto de “partes”, término que no ha sido definido. A fin de tener una regulación que abarque supuestos que puedan encender alarmas de posibles conflictos, consideramos que este término tendría que referirse a cualquier actor involucrado en el arbitraje; no solo a las partes en sentido estricto (demandante y demandado). Así, mismas partes podría referirse a casos en los que: (i) un profesional participa

⁵⁰ No descartamos que en otros casos el deber de revelación deba tener el mismo estándar; sin embargo, ello debe ser materia de un análisis específico que no es objeto del presente artículo.

como árbitro en un caso seguido contra el Estado peruano y, en otro caso, participa como abogado también en un caso contra el Estado peruano o (ii) un profesional participa como árbitro en un caso seguido contra el Estado peruano y, en otro caso, participa como abogado de una parte no relacionada al arbitraje del cual es árbitro, pero designó al mismo perito que viene participando en el primer caso.

Además de casos que impliquen a las "mismas partes", se viene discutiendo si debe comprender "mismos hechos y/o el mismo tratado". Podría haberse planteado también el abarcar más instrumentos internacionales como lo hacen el CETA y otros códigos.

Si el Proyecto adoptara una medida de revelación creemos que la fórmula del texto debería tener un alcance amplio sobre los asuntos a revelar. Así, el texto debería abarcar asuntos "que impliquen a las mismas partes, los mismos hechos⁵¹ o el mismo tratado" entendiéndose la primera coma como un "o". De esta forma el deber de revelación cubre asuntos de *double-hatting* relacionados a una cercanía con alguna de las partes y también alcanza a asuntos de *double-hatting* relacionados a un problema de *issue conflict*, aunque situaciones que claramente podrían resultar triviales no tendrían que ser reveladas.

Contando con una obligación clara de revelación, las partes podrían evaluar si consideran que, en el caso concreto, deben plantear una recusación en la que se realizará una evaluación *Ad-hoc*.

Por el contrario, si se adoptase una medida de prohibición, coincidimos con posiciones como la de Vanina Sucharitkul en el sentido en que esta debería tener un alcance reducido. Vanina Sucharitkul señala que "[...] si se examina con mayor detenimiento, **la disposición podría interpretarse en sentido amplio** para reducir significativamente el número de árbitros de los casos [entre Estados e inversionistas]. Por ejemplo, "los mismos hechos" podrían interpretarse potencialmente para abarcar pandemias como la COVID-19, crisis financieras mundiales o desastres naturales que afectan a más de un país⁵²". Así, existe riesgo de tener interpretaciones demasiado amplias, que podrían llegar a ser triviales y que serían claramente gravosas sobre todo ante una medida de prohibición.

⁵¹ La expresión "los mismos hechos" podría ser entendida de una manera tan amplia, que podría escapar a la finalidad de revelar elementos relevantes. Por ello, a efectos del presente artículo consideramos que debería ser entendido dentro del ámbito de las disputas entre inversionistas y estados y no extenderse a espacios como el de los arbitrajes comerciales que podrían estar sujetos a confidencialidad y la coincidencia, en cuanto a hechos, probablemente no sea relevante ni siquiera a efectos de un posible *issue conflict* con una controversia entre inversionista - Estado. Por el contrario, los mismos hechos en las disputas de inversión normalmente estarán vinculados a ciertas protecciones que el inversionista tiene a su disposición, que no son muchas y suelen ser similares en los diversos instrumentos internacionales. Realizada esa precisión, y aunque reconocemos que el *issue conflict* difícilmente podrá dar lugar a una recusación, consideramos aceptable que los árbitros revelen esta información acotada al plazo que comentamos en este artículo (5 años) aun cuando no se trate de las mismas partes y el mismo tratado.

⁵² SUCHARITKUL, Vanina. *ICSID and UNCITRAL Draft Code of Conduct: Potential Ban on Multiple Roles Could Negatively Impact Gender and Regional Diversity, as well as Generational Renewal*. Kluwer Arbitration Blog, 2020.

Para evitar interpretaciones de este tipo, el texto debería abarcar asuntos “que impliquen a las mismas partes, los mismos hechos y el mismo tratado” entendiendo la primera como un “y”. Estimamos que solo ante situaciones de este tipo, graves, podría imponerse directamente una medida restrictiva. En otros supuestos, permanecería la obligación de revelación. Por ejemplo, si nos encontráramos ante dos arbitrajes bajo el BIT Perú – España, en los que se tratan hechos relacionados a un supuesto de expropiación, si en uno de ellos se designara a un profesional para que sea árbitro y en otro se desempeñara como abogado (de cualquiera de las partes ya sea del estado peruano o del inversionista) a ojos de un tercero razonable estaríamos ante una situación en la que el árbitro podría dar apariencia de poder beneficiarse de esta situación.

En síntesis, recomendamos una redacción que permita una interpretación amplia si se adoptara una medida de revelación. Esto coadyuvaría a que las partes cuenten con una mayor cantidad de elementos para evaluar la independencia e imparcialidad del árbitro en cuanto a los múltiples roles que pueda haber adoptado. Si, por el contrario, se adopta una medida de prohibición, recomendamos una redacción más restrictiva a fin de evitar la posibilidad de interpretaciones triviales que reducirían la posibilidad de elegir entre un *pool* diverso de árbitros.

d) Límite temporal de la prohibición/revelación

Con relación al periodo que estaría sujeto a la medida, ya sea de revelación o de prohibición, el Proyecto de Código de Conducta viene evaluando entre aquellos roles que se produzcan "al mismo tiempo" o "dentro de los X años".

El límite temporal busca determinar el periodo respecto del cual ejercer múltiples roles podría ameritar que se active la consecuencia que se haya establecido (revelación o prohibición), teniendo en cuenta además los otros elementos que hemos evaluado (materia, roles, etc.)

Que se adopten medidas frente a *double-hatting* que ocurra al mismo tiempo que el proceso en el que el profesional en cuestión viene actuando como árbitro, nos parece que resulta razonable frente a cualquiera de las medidas antes señaladas. Esto alude, cabe resaltar, a todo doble rol que se presente en las condiciones que hemos descrito, ya sea al aceptar al encargo o mientras se desarrolle el proceso en el que la persona en cuestión es árbitro.

Ahora bien, más discutible es que se establezca adicionalmente un periodo dentro del cual, el otro rol que haya desempeñado el árbitro, active igualmente esas consecuencias. Si se trata de roles muy recientes, como los ocurridos pocos meses antes de asumir el rol de árbitro, podría parecer razonable que el tratamiento sea parecido a lo que suceda durante el trámite del proceso; sin embargo, ¿qué pasaría si el otro rol ocurrió hace uno o dos años? ¿podría de igual manera considerarse reciente y relevante a efectos de activar la medida? ¿a partir de qué año dejaría de tener tal relevancia?

El problema de establecer cierta cantidad de años para este tipo de regulaciones es que finalmente lo que se determine puede parecer insuficiente o, más bien, exagerado. Haciendo una comparación con el límite temporal de tres años previsto desde la versión del 2004 de las Reglas IBA, en ese caso se consideró que en ciertas situaciones de la Lista Naranja, no debería presentarse un potencial conflicto de intereses luego de transcurrido ese periodo. Lo que excediera del mismo entraba en la Lista Verde. Al respecto:

"Algunos comentaristas sugirieron que tres años era algo arbitrario y no tenía en cuenta la gama de circunstancias individuales. Algunos pensaban que tres años era demasiado corto. Otros pensaban que era demasiado largo. Esta cuestión ya había sido examinada por el Grupo de Trabajo, que decidió mantener los límites de tres años a fin de indicar que algunos conflictos potenciales se desvanecerían con el paso del tiempo. Si bien todo límite de tiempo específico debe ser algo arbitrario, se consideró que tres años proporcionaban un punto de referencia realista para la mayoría de las situaciones. Sin embargo, el Grupo de Trabajo reconoce que el límite de tres años es sólo una directriz. No proporciona un límite claro inequívoca porque no puede captar las circunstancias individuales que podrían hacer que la divulgación fuera adecuada incluso después de un lapso de tiempo. En consecuencia, siempre se debe hacer referencia a los Estándares Generales al determinar si la divulgación sería apropiada⁵³".

En el caso del Proyecto, existe ya un periodo previsto en el artículo 5 que hemos mencionado previamente, sobre el deber de revelación. En ese caso, se alude a uno de 5 años. Al respecto, los comentarios a ese artículo del Proyecto señalan: "Se presume que la existencia de relaciones en épocas anteriores es demasiado remota para crear un conflicto. Además, una relación que existiera antes del umbral de los cinco años pero que pudiera afectar razonablemente a la independencia o imparcialidad de los árbitros seguiría estando sujeta al deber de divulgación de conformidad con el párrafo⁵⁴". Al igual que en el caso de las Reglas IBA, se ha considerado que pasado ese periodo sería remoto que se produzcan conflictos, aunque de igual modo, si existiese alguna circunstancia que sí deba ser razonablemente considerada, el árbitro tendría que revelarla.

No hay mayor detalle sobre por qué en este caso, a diferencia de las Reglas IBA, se ha optado por un periodo de 5 años en lugar de uno de 3; no obstante, advertimos que un periodo similar ha sido adoptado, por ejemplo, en el Modelo de Tratado de Bilateral de Inversión de los Países Bajos que hemos comentado⁵⁵, precisamente respecto de mecanismos de solución de controversias entre inversionista-Estado.

⁵³ DE WITT WIJNEN, Otto L.O.; VOSER, Nathalie; RAO, Neomi. "Background Information on the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration". En *Business Law International*, vol. 5, núm. 3, 2004. p. 455.

⁵⁴ Proyecto de Código de Conducta de los Árbitros en la Solución de Controversias entre Inversores y Estados. p. 13.

⁵⁵ "Members of the Tribunal shall not act as legal counsel or shall not have acted as legal counsel for the last five years in investment disputes under this or any other international agreement".

Este periodo, que es mayor al de las Reglas IBA, podría ser, en todo caso, aplicable frente a una medida de revelación, en la que hemos señalado que consideramos que la carga sí puede ser exigente para los candidatos árbitros. Sin embargo, frente a una medida de prohibición nos parece que restringiría en gran medida las posibilidades de ejercer un doble rol, perjudicando los aspectos positivos que hemos comentado que encontramos en su ejercicio.

VII. Conclusiones

Sobre la base del análisis que hemos efectuado, concluimos lo siguiente:

- i. Una de las ventajas que hace tan atractivo al arbitraje como medio de resolución de disputas es la posibilidad de elegir al juzgador, de quien se espera que sea independiente e imparcial, siendo esto esencial para la legitimidad del proceso. En el caso de los arbitrajes de inversión, la legitimidad del sistema de solución de controversias es a su vez esencial para los inversionistas, quienes buscan una alternativa frente a la resolución de disputas por parte del Poder Judicial del Estado con el que se generó la controversia.
- ii. La importancia de tener árbitros independientes e imparciales es reconocida de manera constante en diversas decisiones expedidas en arbitrajes de inversión. El Convenio CIADI reconoce expresamente que las personas elegibles deben inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. Asimismo, la falta de estas cualidades puede generar la nulidad de laudos arbitrales, como sucedió recientemente en el Caso Eiser, en junio de 2020. Para dar lugar a recusaciones o anulaciones, la jurisprudencia del CIADI nos ilustra sobre la exigencia de un estándar alto (carencia manifiesta) y objetivo (basado en el criterio de un tercero razonable frente a la evidencia disponible).
- iii. Un fenómeno que viene generando preocupación es el del *double-hatting*, el cual, siguiendo la definición del Proyecto de Código de Conducta, preparado conjuntamente por las Secretarías del CIADI y UNCITRAL y que a la fecha se encuentra sujeto a comentarios, consiste en la práctica por la cual un individuo actúa como árbitro internacional y, a la vez, ejerce otros roles relacionados al arbitraje internacional, pudiendo generar esta situación potenciales conflictos. Por ejemplo, cuando un árbitro se desempeña en otros casos como abogado, experto o consultor.
- iv. Gran parte de la doctrina enfoca el problema del *double-hatting* como la causa principal del *issue conflict*, el cual trata un sesgo o apariencia de sesgo dada la relación del árbitro con el objeto de la controversia que impide al árbitro abordar el caso con una mente abierta. El *issue conflict* puede dar lugar a una percepción de parcialidad, en el sentido que se podría percibir que su función en un caso podría influir sus acciones en el otro. Sin embargo, este puede advertirse en situaciones distintas de las relacionadas con el

desempeño en múltiples roles; y, de otro lado, el *double-hatting* no se reduce solo a asuntos relacionados con el *issue conflict*.

- v. El fenómeno del *double-hatting* viene generando especial interés en el contexto del arbitraje de inversión, en el que el fenómeno de las puertas giratorias es bastante común. Ante la necesidad de encontrar soluciones a problemas derivados de este fenómeno, en los últimos años se vienen regulando medidas en diversos instrumentos como el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica ("CPTPP") y el "Acuerdo Económico y Comercial Global" ("CETA"), los cuales han optado por prohibirlo. Finalmente, a propósito del Proyecto de Código de Conducta que comentamos en el presente artículo, se viene discutiendo entre una medida de prohibición o de revelación con ciertas particularidades en cualquier caso.
- vi. A fin de evaluar si una medida de prohibición es la más adecuada, hemos analizado si existe alguna ventaja para el arbitraje de inversión el uso de dos sombreros en lugar de uno. Al respecto, consideramos igualmente importante garantizar a las partes la libertad de elegir a árbitros. Regular una prohibición a que un árbitro tenga o haya tenido otros roles profesionales, como abogado de parte, experto, etc., si bien evita cualquier posibilidad de conflicto, impacta en las posibilidades de elección de esas personas y, finalmente, en el derecho de elección de las partes. Esto va de la mano con la necesidad de tener un sistema del cual se emanen decisiones que sean percibidas como legítimas. Si el arbitraje de inversión es diverso en cuanto a países involucrados, industrias y personas, los juzgadores deberían reflejar esa diversidad. Las experiencias, enfoques y contextos en los que se desarrollan estos juzgadores repercuten a su vez en su análisis y decisiones sobre los casos; impactando esto en la legitimidad del sistema.
- vii. La búsqueda de mecanismos de fomenten la diversidad es especialmente importante en un contexto en el que es conocido que los árbitros son "*male, pale, and stale*"; tal como lo refleja, por ejemplo, el último Reporte anual elaborado por CIADI sobre arbitrajes de inversión. Las razones por las cuales no contamos con paneles de árbitros diversos son variadas; sin embargo, destacamos, para efectos del presente artículo, que la designación de árbitros suele centrarse en personas reconocidas que, además, nos sean conocidas. Por ello, es importante que existan espacios profesionales en el que nuevos candidatos, con perfiles diversos, puedan desenvolverse e ir ganando la experiencia necesaria para poder asumir el rol de árbitros. Teniendo en cuenta que quienes se dedican solo a ser árbitros suelen ser aquellos árbitros consolidados, prohibir a los árbitros el ejercicio de roles adicionales generará problemas de acceso sobre todo a aquellas personas que inician su actividad como árbitros, que son las que más adelante podrían permitirnos tener precisamente alternativas diversas. Por otro lado, aun en el caso de árbitros consolidados, su elección puede ser atractiva precisamente por la experiencia que tienen por ejercer como abogado de parte, además de árbitro.

- viii. Ante la inminente reforma del Código de Conducta de adjudicadores en la solución de controversias entre inversionista-Estado, que busca determinar si optar por la prohibición o la revelación como medida frente al fenómeno del *double-hatting* desglosamos y analizamos cada elemento de la propuesta en búsqueda de lineamientos para una adecuada regulación que asegure el objetivo de dotar de mayor legitimidad a la institución del arbitraje, sin sacrificar el futuro de la institución.
- ix. A partir de este análisis, trazamos los lineamientos para una regulación de *double-hatting* para árbitros que ejerzan otros roles vinculados al arbitraje internacional:
- a) recomendamos optar por la revelación como medida frente a supuestos de *double-hatting*, que si bien es más difícil de implementar y podría ser menos efectiva, reforzará la legitimidad del arbitraje en el largo plazo. Para que sea lo más efectiva posible, sugerimos que la revelación sea amplia e incluya roles que se produzcan "al mismo tiempo" o "dentro de los X años". Si bien establecer una cantidad de años puede resultar siempre arbitrario, el Proyecto del Código de Conducta propone 5 años, cifra con la que, en todo caso, no encontramos objeciones. Asimismo, incluye la revelación de roles que "[...] impliquen a las mismas partes, los mismos hechos y/o el mismo tratado", entendiendo el término "mismos hechos" solo dentro del ámbito de las disputas entre inversionistas y estados; y permitiendo al árbitro no revelar asuntos que sean notoriamente triviales.
 - b) en el supuesto que se opte por una medida de prohibición, consideramos que esta protegería la legitimidad de la institución del arbitraje de inversiones -en cuanto a independencia e imparcialidad de árbitros- pero con una visión en el corto plazo. En el largo plazo, la prohibición implicaría restringir el acceso a nuevos árbitros, con un fuerte impacto en la diversidad en el arbitraje y, al final de cuentas, en la legitimidad de la institución que se buscaba proteger. Por ello, en el supuesto que se opte por esta medida, debería ser lo más restrictiva, incluyendo solo roles que se produzcan "al mismo tiempo" produzcan "al mismo tiempo" y que "[...] impliquen a las mismas partes y los mismos hechos y el mismo tratado" y descartando aquellos asuntos que resulten triviales.