

Contexto regulatorio y principales debates sobre el Código de Conducta para Árbitros en el arbitraje de inversión

Regulatory context and main discussions on the Code of Conduct for
Arbitrators in investment arbitration

JUAN PABLO GÓMEZ-MORENO

Abogado y filósofo por la Universidad de los Andes
Máster en Derecho Privado por la Universidad de los Andes
Especialista en Derecho de los Negocios Internacionales por
la Universidad de los Andes



SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La pregunta ética en el ISDS.
 1. Potencial de riesgos éticos en el ISDS.
 2. Deberes de los árbitros.
- III. Esfuerzos regulatorios y redacción del Código.
 1. Iniciativas regulatorias a nivel institucional.
 2. El trabajo del CIADI y la CNUDMI.
- IV. Críticas a la iniciativa y retos de su implementación.
 1. Definición de las prácticas restringidas y su alcance.
 2. Capacidad técnica y diversidad.
 3. Diferencia de visiones sobre si estas prácticas son reprochables.
 4. Vinculatoriedad y efecto simbólico del código.
 5. Redundancia y potenciales conflictos de reglas.
- V. Conclusiones

RESUMEN:

Este artículo se sumerge en la dimensión ética del sistema de resolución de controversias de inversión y su regulación a través de un código de conducta. Se destaca la vital importancia de abordar estas cuestiones éticas para fortalecer la credibilidad del sistema, y se analiza el desarrollo de esfuerzos regulatorios en este contexto. Además, se exploran las críticas y desafíos que rodean esta iniciativa, haciendo hincapié en los debates sobre los contenidos y alcances de los estándares éticos propuestos. Se compara el enfoque multilateral con otros estándares regulatorios y se examinan en detalle los argumentos a favor y en contra de estas cuestiones éticas clave en el arbitraje de inversión internacional.

Palabras clave: Árbitros, arbitraje de inversión, ética, independencia, imparcialidad.

ABSTRACT:

This research article analyzes the ethical dimension of the investment dispute resolution system and its regulation through a code of conduct. It highlights the importance of addressing ethical issues to strengthen the credibility of the system and discusses the development of regulatory efforts. It also explores the criticisms and challenges surrounding this initiative, highlighting the debates on the contents and scope of the proposed ethical standards. Finally, it compares the multilateral approach with other regulatory standards and examines the arguments for and against these ethical issues, which are relevant in international investment arbitration.

Keywords: Arbitrators, investment arbitration, ethics, independence, impartiality.

I. INTRODUCCIÓN

Desde 2017, el Grupo de Trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional — CNUDMI ha emprendido un proceso profundo de reflexión y reforma del Sistema de Solución de Controversias entre Inversionistas y Estados — en adelante ISDS, por sus siglas en inglés —. Este proceso ha sido motivado por una serie de desafíos y preocupaciones que han surgido en el contexto de las disputas de inversión a nivel global.

Una de las propuestas más debatidas dentro del Grupo de Trabajo III es la creación de un tribunal multilateral de arbitraje como alternativa al actual sistema de arbitraje de inversión. Este tribunal tendría como objetivo fundamental la promoción de la coherencia y la uniformidad en la toma de decisiones, lo que incluiría la definición de estándares éticos de conducta para los árbitros que participan en casos de ISDS.

Este artículo se sumerge en este contexto de reforma y debate en torno a la ética en el ISDS, con un enfoque particular en la conducta de los árbitros. La discusión se inicia en la Sección II, donde se exploran los riesgos y desafíos éticos inherentes a la labor de los árbitros en el arbitraje de inversión. Además, se destacan las

peculiaridades que distinguen al arbitraje de inversión en relación con estas cuestiones éticas.

La Sección III del artículo se centra en las iniciativas concretas que han surgido para abordar estas preocupaciones éticas en el ISDS. Se presta una atención especial al Código de Conducta para Decisores en Controversias Internacionales relativas a Inversiones, una iniciativa conjunta del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones — CIADI y la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil — CNUDMI. Esta sección analiza la evolución de este Código, sus objetivos y desafíos en su redacción y aplicación.

El artículo avanza a la Sección IV, donde se exploran las críticas y los retos asociados a la iniciativa regulatoria, especialmente en lo que respecta al Código de Conducta. Se examinan las objeciones planteadas por diversos actores y se evidencian las dificultades que pueden surgir durante el proceso de implementación.

Finalmente, en la Sección V, el artículo concluye con reflexiones finales que resumen los puntos clave de cada sección y subrayan la importancia de mantener un equilibrio entre la regulación ética necesaria para preservar la integridad del ISDS y el respeto por la autonomía de

las partes en la elección de árbitros. También se advierte la necesidad de una investigación continua sobre la efectividad del Código de Conducta y su impacto en el arbitraje de inversión a nivel internacional, así como la importancia de explorar la interacción entre este Código y otros estándares éticos existentes en futuras investigaciones. Este artículo contribuye a la comprensión en evolución de la ética en el ISDS y su papel en la promoción de un sistema de solución de controversias de inversión más justo y transparente a nivel global.

II. LA PREGUNTA ÉTICA EN EL ISDS — INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT

Recientemente, el *Investor-state dispute settlement* — en adelante ISDS — ha enfrentado numerosas y sustanciales críticas. En un sentido amplio, los críticos más radicales del sistema han argumentado que este socava la democracia y el Estado de derecho al limitar potencialmente la capacidad de un Estado para tomar decisiones regulatorias, como medidas para proteger la salud pública o el medio ambiente¹.

También se ha cuestionado la transparencia dentro del sistema, especialmente en lo que respecta a la capacidad de los actores de la sociedad civil para acceder a información sobre estos procedimientos y participar en ellos². Varios autores han enfatizado que, a pesar de que estas disputas involucran a partes privadas, las decisiones tomadas en estos casos tienen im-

plicaciones para el interés público y el ejercicio del poder público a nivel internacional³.

El ISDS también ha enfrentado una pregunta transversal sobre la ética. En particular, han surgido cuestionamientos sobre los estándares de conducta de los participantes de un arbitraje de inversión⁴. Esto ha llevado a algunos autores a referirse a una “explosión ética” en el campo de las inversiones internacionales⁵. Debido al enfoque de este artículo, la discusión se centrará en la pregunta ética relativa a la conducta de los árbitros. Esta cuestión se ha enfocado en asuntos como la falta de diversidad de los tribunales y la existencia de conflictos de interés.

En cuanto a los posibles conflictos de los árbitros, un debate fundamental se ha centrado en la participación del mismo individuo en diferentes roles en varios arbitrajes, un fenómeno conocido en inglés como *double hatting*. Por ejemplo, puede ocurrir que alguien actúe simultáneamente como árbitro, abogado o experto en diferentes procedimientos. En tales casos, si estos arbitrajes involucran problemas fácticos o legales similares, el juicio de esta persona puede verse comprometido⁶.

Como lo ha reconocido la doctrina, el tema del *double-hatting* es común en el arbitraje internacional⁷. Sin embargo, algunos comentaristas han señalado que esta situación puede llevar a los árbitros a favorecer sus propios intereses o los de sus clientes; o, en un sentido más amplio, puede afectar la legitimidad del ISDS⁸. Estas

1. Kyla Tienhaara, *The Expropriation of Environmental Governance* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009).
2. Juan Pablo Gómez-Moreno, “Confidentiality and the Legitimacy in International Commercial Arbitration”, *Romanian Arbitration Journal* (2022).
3. René Urueña y María Angélica Prada, “Constitucionalismo Transformador y Arbitraje de Inversión: Elementos Para un Estándar de Revisión Constitucional Estricto”, *MPIL Research Paper Series*, Max Planck Institute for Comparative Public and International Law, (2019).
4. J. Paulsson, “Moral Hazard in International Dispute Resolution”, *ICSID Review* 25, no. 2 (Septiembre 2010): 339–55.
5. Katia Fach Gomez, “Drafting a Twenty-First Century Code of Conduct for International Investment Adjudicators”, *SSRN Electronic Journal*, (2021).
6. Malcolm Langford, Daniel Behn y Runar Lie, “The Ethics and Empirics of Double Hatting”, *SSRN Scholarly Paper*, (julio 2017).
7. Dennis H. Hranitzky y Eduardo Silva Romero, “The ‘Double Hat’ Debate in International Arbitration” *New York LJ*, (Junio 2010).
8. John R. Crook, “Dual Hats and Arbitrator Diversity: Goals in Tension”, *AJIL Unbound* 113 (2019): 284–89. <https://doi.org/10.1017/aju.2019.36>.

preocupaciones se han integrado en las discusiones institucionales sobre el tema⁹.

Existen antecedentes que demuestran la dimensión práctica del *double hatting*. En *ICS Inspection c. Argentina*, el Estado recusó a un árbitro debido a que su firma de abogados representaba a inversionistas en otro caso en contra de este mismo país¹⁰. La autoridad respectiva determinó que este hecho efectivamente colocaba al árbitro en una situación adversa y generaba dudas razonables sobre su imparcialidad e independencia, incluso si, según el árbitro, los aspectos fácticos de ambos casos no estaban relacionados.

1. Potencial de riesgos éticos en el ISDS

Algunos autores argumentan que en un sistema en el que las partes nombran a sus árbitros, estos individuos se enfrentan inevitablemente a difíciles decisiones éticas. Específicamente, en tales sistemas, el deber normativo de imparcialidad de los árbitros choca con una consideración moral, consciente o no, de lealtad a la parte que los nombró¹¹. Esto inherentemente plantea un riesgo ético en la forma en que está diseñado el ISDS.

Este problema, categorizado como inminente e inevitable en la literatura, no debe considerarse una preocupación exclusiva del ISDS. La independencia judicial es un tema transversal en las discusiones legales, tanto a nivel nacional como internacional, y no es una preocupación nueva¹². Sin embargo, su relevancia en el contexto del ISDS está relacionada con el aumento del poder judicial internacional.

En la última década, han surgido varios tribunales y cortes internacionales, y el alcance de las decisiones que pueden tomar estos organismos se ha expandido¹³. En el caso del ISDS, como se mencionó anteriormente, los árbitros pueden tomar decisiones relacionadas con el poder regulatorio de los Estados. Esto ha hecho que la resolución de disputas a través de este mecanismo sea cada vez más común y ha ampliado el alcance de tales decisiones.

Precisamente por esta razón, la independencia de estos adjudicadores está ahora en el centro de las discusiones sobre política global. Esto llega al punto de situar su capacidad para tomar decisiones neutrales en el centro de la credibilidad y legitimidad de cualquier sistema de resolución de disputas. En otras palabras, si los usuarios no creen en la neutralidad de los árbitros, es poco probable que crean en la neutralidad del sistema en sí, lo que lo pone en tela de juicio.

El caso del ISDS es de particular interés porque el problema de la ética de los árbitros está mediado por su propia estructura. Entre las consideraciones que conducen a esta opinión se encuentra la limitación en el número de árbitros que pueden manejar casos de ISDS. Estudios empíricos han determinado que en más del 50% de las disputas de inversión, poco más de una docena de árbitros han estado involucrados, concentrando la mayoría de los casos en una minoría de individuos¹⁴.

Basándose en la psicología social, en particular en el concepto de “psicología de grupo”, algunos autores han argumentado que los árbitros

9. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), A/CN.9/WG.III/WP.151.

10. *ICS Inspection and Control Services Limited v. Argentine Republic (I)*, PCA Case No. 2010-09, Decision on Challenge to Arbitrator, 17 de diciembre de 2009.

11. Sergio Puig y Anton Strezhnev, “Affiliation Bias in Arbitration: An Experimental Approach”, *The Journal of Legal Studies* 46, no. 2 (2017): 371–98.

12. Ruth Mackenzie y Philippe Sands, “FOCUS: Emerging Fora for International Litigation (Part 2) - International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge”, *Harvard International Law Journal* 44, no. 1 (2003): 271–87.

13. Ibid.

14. Federica Cristani, “Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Investment Arbitration: An Overview”, *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 13, no. 2 (Agosto 2014): 153–77.

del ISDS están sujetos a fuertes influencias internas¹⁵. Esto significa que, al ser individuos que a menudo comparten varias características, es probable que lleven a conclusiones similares, que no siempre serán racionales o consistentes entre sí.

Otra consideración relevante en estas discusiones ha sido el caso de las designaciones repetidas o *repeated appointments*, en inglés. Este fenómeno se refiere al hecho de que los mismos árbitros son nombrados por las mismas partes en múltiples disputas¹⁶. También es una ocurrencia común. Los comentaristas que han criticado esta situación han mencionado riesgos como el prejuicio potencial de la disputa, el desarrollo de lealtad hacia las partes y la falta de diversidad en las actividades de los árbitros, entre otros¹⁷.

Además, otro riesgo ético adicional discutido en el ISDS ha sido el problema potencial de que los árbitros expresen sus opiniones sobre un tema de arbitraje en eventos, publicaciones o incluso decisiones arbitrales previas. La preocupación en estos casos es principalmente que los árbitros pueden no acercarse a los asuntos pendientes con una “mente abierta”, sino que ya tengan una opinión formada¹⁸. En inglés, a este riesgo se le conoce como *issue conflict*.

2. Deberes de los árbitros

Los principales deberes de los árbitros incluyen la imparcialidad y la independencia. La independencia se refiere a la ausencia de control o

interferencia externa en la toma de decisiones, distinta de la del árbitro mismo. Este estándar se refleja en la ausencia de relaciones entre el árbitro y cualquier persona que pueda influir en su decisión¹⁹.

Algunos ejemplos de esto se pueden encontrar en los estándares de la práctica²⁰. Entre ellos se toman en cuenta las siguientes consideraciones: que el árbitro no tenga temores o presiones para tomar una decisión, que no se deje influir por las partes ni por organizaciones o agentes externos al arbitraje y que no tenga vínculos con ellos, como beneficios económicos o políticos.

Por ejemplo, una situación como las designaciones repetidas puede afectar este criterio si se considera que, al ser designado repetidamente por la misma parte, un árbitro tenderá a favorecer los intereses de esa parte. En este caso, se podría decir que la capacidad del árbitro para decidir de manera independiente, libre de interferencias, está comprometida.

Por otro lado, la imparcialidad se refiere a que no exista sesgo o predisposición del árbitro hacia las partes o los asuntos discutidos en el procedimiento²¹. En ese sentido, el *issue conflict*, por ejemplo, podría llevar al árbitro a carecer de imparcialidad, ya que podría estar sesgado a favor o en contra de un tema debido a sus opiniones pasadas.

Respecto a la evaluación de estos estándares, existen múltiples posiciones tanto en la prácti-

15. Myriam Gicquello, “The Reform of Investor-State Dispute Settlement: Bringing the Findings of Social Psychology into the Debate”, *Journal of International Dispute Settlement* 10, no. 4 (diciembre 2019): 561–81.
16. Will Sheng Wilson Koh, “Think Quality Not Quantity: Repeat Appointments and Arbitrator Challenges,” en *Journal of International Arbitration*, editado por Maxi Scherer (2017): 711–40.
17. Daphna Kapeliuk, “The Repeat Appointment Factor: Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators”, *Cornell L Review* (2010): 47.
18. Michael Hwang y Kevin Lim, “Issue Conflict in ICSID Arbitrations,” *Transnational Dispute Management* 8, no. 5 (2011).
19. Fabien Gelinas, “The Independence of International Arbitrators and Judges: Tampered with or Well-Tempered?” SSRN Scholarly Paper, Rochester, NY, (Marzo 2011). <https://papers.ssrn.com/abstract=1611233>.
20. Ibid.
21. M. L. Smith, “Impartiality of the Party-Appointed Arbitrator”, *Arbitration International* 6, no. 4 (Diciembre 1990): 320–42. <https://doi.org/10.1093/arbitration/6.4.320>.

ca como en la doctrina. Por un lado, puede haber un estándar subjetivo, que depende de si las partes tienen o no una “impresión” de falta de imparcialidad o independencia del árbitro²². Dado que este estándar depende de la percepción de las partes, puede considerarse demasiado amplio y dar lugar a más recusaciones.

Por otro lado, las decisiones del ISDS han determinado que es preferible optar por un estándar objetivo, relacionado con si esta impresión no proviene de las partes, sino de un tercero razonable²³. Esto significa que al evaluar si la independencia o imparcialidad del árbitro podría verse afectada, quien toma la decisión no se basará en la percepción de las partes, sino en la impresión que tendría una persona externa a la disputa.

Además, los árbitros tienen varios deberes con respecto a la conducción del procedimiento²⁴. Esto incluye la integridad, la equidad y la eficiencia, entre otros. En resumen, los árbitros deben tomar medidas para evitar costos innecesarios para las partes, garantizar igualdad de oportunidades procesales para ambas partes y mantener la confidencialidad del procedimiento. Este artículo, sin embargo, no se ocupa de estos aspectos.

III. ESFUERZOS REGULATORIOS Y REDACCIÓN DEL CÓDIGO

Varios organismos intergubernamentales y entidades privadas han intentado establecer normativas adecuadas para regular la conducta de los árbitros. Esta sección proporcionará un breve repaso de estas iniciativas, tanto en instituciones arbitrales y otros foros, como en tratados internacionales, para luego centrarse en el caso puntual del Código.

1. Iniciativas regulatorias a nivel institucional

La Unión Europea — en adelante UE — ha manifestado su interés en regular los aspectos éticos de los árbitros en las nuevas generaciones de Tratados Bilaterales de Inversión — TBIs. Este interés también se ha expresado en acuerdos en otras partes del mundo, aunque la UE ha liderado esta cuestión. En una línea similar, Canadá ha sido uno de los Estados que ha rechazado constantemente prácticas como el *double-hatting* en sus intervenciones y en la negociación de sus tratados de inversión²⁵.

La regulación de cuestiones éticas a nivel institucional se ha abordado de manera abstracta y concreta. En cuanto a la regulación abstracta, existen instrumentos que hacen referencias generales a los deberes éticos de los árbitros y cuestiones similares. Esto incluye comentarios someros sobre el deber de los árbitros de mantenerse independientes e imparciales, sin entrar en detalles.

Por otro lado, algunos acuerdos han optado por una regulación concreta, que incorpora directamente códigos de conducta para los árbitros. Aunque cada código es diferente, comparten al menos los temas que se regulan, así como el enfoque regulatorio sobre ellos. Como se verá más adelante, el *double-hatting* y las designaciones repetidas han sido temas recurrentes en estas iniciativas.

En algunos casos, ya existen códigos de conducta en otras instituciones. Por ejemplo, el Tribunal Arbitral del Deporte — TAS prohíbe a los árbitros y mediadores actuar como apoderados o expertos de parte para evitar conflictos de in-

22. Christopher Koch, “Standards and Procedures for Disqualifying Arbitrators”, *Journal of International Arbitration* 20 (2003): 325.

23. Ibid.

24. Catherine Rogers, “The Vocation of the International Arbitrator”, *American University International Law Review* 20 (2005–2004): 957. <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/amuilr20&id=971&div=&collection=>

25. Céline Lévesque, “Canada’s Pro-Ban Stance on Double-Hatting: Playing the Long Game in ISDS Reform?”, *Canadian Yearbook of International Law/Annuaire Canadien de Droit International* 58 (Noviembre 2021): 382–407.

terés y recusaciones²⁶. Los árbitros deben firmar una declaración comprometiéndose a evitar estas prácticas. La Corte Internacional de Justicia — CIJ también prohíbe a sus jueces realizar actividades profesionales de otro tipo²⁷.

El Acuerdo Económico y Comercial Global entre la UE y Canadá — en adelante CETA — contiene disposiciones similares. El Anexo 29-B de este acuerdo se refiere específicamente a un código de conducta para árbitros y mediadores. El artículo 2 de este anexo establece que los árbitros deben evitar cualquier conducta indebida o la apariencia de la misma, mantener la independencia e imparcialidad, evitar conflictos de interés directos e indirectos y mantener “altos estándares de conducta”.

Otra disposición fundamental de los veintiún artículos del Anexo 29 – B del CETA es la sección tercera. Aquí se incorpora el deber de actuar con justicia y diligencia, y evitar que deleguen sus deberes en otras personas. De esta forma, el tratado hace referencia a otros asuntos que han sido objeto de discusión a pesar de estar por fuera del alcance de este artículo. Entre ellos, vale la pena recalcar el hecho de que los árbitros descarguen una porción sustancial de su trabajo en secretarios y asistentes administrativos.

El CETA refleja la intervención de la UE a favor de una mayor regulación de la conducta de los árbitros. El Anexo 29-B se basa en las Reglas de la Asociación Internacional de Abogados — en adelante IBA —, por lo que hace referencia a cuestiones como la imparcialidad, independencia, deberes de revelación, entre otros²⁸. Sin embargo, a diferencia de las Reglas de la IBA, el CETA define expresamente todos los asuntos que deben revelarse, optando por una regulación más detallada²⁹.

Es importante señalar que, según el artículo X.25 del CETA, los árbitros pueden elegir entre el código de conducta del tratado y las Reglas de la IBA. Esto significa que las reglas anteriores no son totalmente vinculantes. Además, el CETA no establece claramente las consecuencias en caso de que los árbitros no cumplan con las disposiciones del código de conducta, más allá del derecho a reemplazar al árbitro, lo que puede ser ineficiente debido a mayores costos y demoras.

Otro acuerdo relevante es el Acuerdo Integral y Progresivo de Asociación Transpacífico — en adelante CPTPP —. Las disposiciones sobre la conducta se aplican a las disputas bajo los capítulos 9 y 28 del acuerdo. En general, el artículo 2 de este tratado establece las responsabilidades de los árbitros, similares a las del CETA. Además, el artículo 3(b) hace referencia a principios generales, incluyendo la preservación de la confidencialidad del procedimiento, y el artículo 3(c) se refiere al deber de revelación.

Es importante destacar que el artículo 3(d) del CPTPP establece que el código no determina bajo qué circunstancias las partes pueden descalificar la designación de un árbitro. Esto sugiere que el tratado no pretende establecer reglas estrictas en relación con la conducta de los árbitros, sino proporcionar pautas indicativas para las partes.

Tanto el CETA como el CPTPP incluyen restricciones al *double-hatting*. El CPTPP dispone que, al ser designado, un árbitro debe evitar, durante el procedimiento, actuar como apoderado, experto o testigo en otra disputa de inversión bajo el mismo acuerdo o cualquier otros³⁰. Por su parte, el CETA establece una regla similar³¹. De esta manera, y a diferencia de otras disposiciones de los mismos acuerdos, ambos ins-

26. Code of Sports - related Arbitration, art. 18.

27. Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, art. 16.1, Stat. 1055.

28. Dominic Horodyski, “Code of Conduct for Arbitrators in CETA – A Step Forward in Investment Arbitration?” (2015): 13.

29. Ibid.

30. CPTPP, ch 9, s B, r (3) (d).

31. CETA, Ch 8, art. 8.30.

trumentos reflejan una posición fuerte con respecto al *double-hatting*, restringiéndolo.

Sin embargo, existen otras aproximaciones a este asunto, lo que impide afirmar que existe una posición uniforme al respecto. El mismo Código incluye como Anexo B un listado de más de diez tratados que contienen códigos de conducta³². Un ejemplo de una forma más laxa de tratar estas situaciones sin ser indulgente del todo con las mismas está en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte — USMCA. Este instrumento prohíbe el *double hatting*, pero lo restringe a otros casos bajo el mismo tratado³³.

2. El trabajo del CIADI y la CNUDMI

Las instituciones líderes en materia de ISDS también han reconocido la importancia de considerar expresamente las cuestiones éticas en el sistema. El CIADI, por ejemplo, ha resalta-do la importancia de estas consideraciones en la reforma de sus instrumentos. En las discusiones del *Working Group III* — en adelante WG III — de la CNUDMI, los participantes estuvieron de acuerdo en que desarrollar el Código sería beneficioso tanto para los Estados como para los inversionistas³⁴.

Es esencial tener en cuenta los objetivos de estos instrumentos para comprender su alcance y evaluar los esfuerzos realizados en función de una métrica clara. Según sus promotores, el Código busca mejorar la eficiencia y la transparencia del ISDS³⁵, con un enfoque en aumentar la confianza en la independencia e imparcialidad de los árbitros que actúan en tribunales arbitrales.

También es importante resaltar el papel de las dos instituciones involucradas en este proceso como actores multilaterales en el sistema eco-

nómico internacional. La CNUDMI forma parte de las Naciones Unidas, mientras que el CIADI está adscrito al Banco Mundial. Por lo tanto, el Código busca promover la uniformidad en la regulación de situaciones que puedan afectar la confianza en los árbitros³⁶.

La idea del Código fue propuesta por Argelia en 2015, y las Secretarías del CIADI y la CNUDMI accedieron a preparar los borradores dentro del WG III. El proceso de trabajo sobre el Código comenzó entre 2015 y 2016 bajo la supervisión de la CNUDMI. Luego de la emisión de la primera versión en mayo de 2020, ambas instituciones recibieron numerosos comentarios de la comunidad arbitral.

Entre las consideraciones iniciales que se tuvieron en cuenta se encontraban la independencia, imparcialidad, eficiencia en la conducción del procedimiento, confidencialidad y deberes de revelación. Las opiniones de los diferentes grupos invitados también influyeron en la versión de abril de 2021. Posteriormente, el proceso se repitió dos veces más, dando lugar a un cuarto borrador.

Finalmente, los miembros de las Naciones Unidas adoptaron este Código en su 56ª sesión anual en Viena. La aplicación del Código dependerá del acuerdo de las partes o de su vinculación según el tratado de inversión subyacente a una disputa. Esto significa que el instrumento está sujeto a la voluntad de las partes. En el caso de arbitrajes ante el CIADI, la institución aún está discutiendo la aplicación del Código a sus casos.

El WG III presentó ante la CNUDMI dos códigos de conducta en 2022, uno para árbitros y otro para jueces. La versión presentada en 2023 marcó el final de casi seis años de discusiones

32. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), *Code of Conduct for Adjudicators in Investment-Related Disputes*. https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Annex_B_Codes_Conduct.pdf.

33. USMCA, Ch 14D.6(5)(c).

34. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/082/09/PDF/V1908209.pdf?OpenElement>

35. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), A/CN.9/WG.III/WP.167.

36. Ibid.

sobre el contenido del Código. Este instrumento consta de doce artículos junto con un comentario explicativo. Es importante señalar que dentro de este documento, se incluye una gran cantidad de contenido dedicado a discutir las justificaciones de la iniciativa y, en particular, las justificaciones planteadas por algunos actores estratégicos para defender determinadas posiciones.

Este articulado se divide principalmente en tres partes. Los artículos 1 a 3 abordan cuestiones introductorias y las obligaciones generales de los árbitros. Los artículos 4 a 11 contienen las obligaciones sustantivas, incluyendo los diferentes deberes de los árbitros. Finalmente, el artículo 12 se refiere a la aplicabilidad de estas disposiciones, incluyendo sanciones y medidas relacionadas.

Un tema fundamental en estas discusiones fueron los deberes de revelación de los árbitros, que se abordan en el artículo 11 del Código. En cuanto al estándar de revisión de la revelación, es importante destacar que el Código se refiere a circunstancias que “pudieran dar lugar a dudas razonables sobre la independencia o imparcialidad” del árbitro. Además, la regla establece que esta revelación no está limitada en el tiempo.

En términos de alcance de aplicación, el Código se aplica a los árbitros y a los miembros de los Comités de Anulación. En el contexto de un tribunal de ISDS eventual, el Código también se aplicaría a sus miembros.

IV. CRÍTICAS A LA INICIATIVA Y RETOS DE SU IMPLEMENTACIÓN

Algunos de los retos en la regulación de prácticas como el *double-hatting* son la dificultad de definir estos términos correctamente, el hecho de que, en este momento, son prácticas comunes en la comunidad arbitral, y las visiones distintas sobre si son reprochables o no y cómo

deben tratarse. Esta sección discutirá los principales debates que existen en torno a estas cuestiones.

1. Definición de las prácticas restringidas y su alcance

La definición precisa de las prácticas restringidas, como el *double-hatting*, ha sido un punto de debate importante. En particular, la noción de “medida” utilizada en el Código y su aplicación han generado interrogantes. La falta de una definición clara podría dar lugar a interpretaciones diversas y a la posibilidad de eludir las restricciones

La última versión del Código establece la prohibición de *double-hatting* en casos relacionados con la misma “medida” o las mismas partes por tres años desde la designación como árbitro. Aunque esto aportó cierta claridad a la discusión, la noción de medida no está libre de debate. Por ejemplo, en otros sistemas de solución de controversias, como es el caso de la Organización Mundial del Comercio — OMC, hay toda una discusión sobre la forma en que debe definirse este concepto³⁷.

Asimismo, con respecto al primer borrador del Código, desaparecieron en versiones subsiguientes las disposiciones que hacían referencia a los *repeated appointments*. En la primera versión, era importante evitar una situación de designaciones múltiples en casos en que tales designaciones afectaran la capacidad del árbitro para emitir una decisión en un tiempo adecuado.

Sin embargo, la dificultad de determinar en qué medida se vería afectada esta disponibilidad fue la que llevó a que se eliminara esta regla. En particular, los comentarios recibidos por los redactores del Código apuntaban a que las consideraciones sobre cómo esta circunstancia podría afectar la disponibilidad de un árbitro dependerían de distintos factores, como la

37. Tania Voon y Alan Yanovich, “What Is the Measure at Issue?” en *Challenges and Prospects for the WTO*, editado por Andrew Mitchell (Londres: Mayo 2005).

complejidad del caso, las condiciones personales de cada árbitro, etcétera.

2. Capacidad técnica de los árbitros y diversidad

El debate en torno al *double-hatting* también se centra en la capacidad técnica de los árbitros y la diversidad en el sistema. Algunos argumentan que permitir a los árbitros actuar como apoderados de parte y expertos mejora su comprensión de los casos y, por lo tanto, la calidad de los procedimientos³⁸. Esto puede ser especialmente relevante en casos complejos que requieren un profundo conocimiento técnico. Algo similar ocurre en la Organización Mundial del Comercio — OMC, donde las reglas de procedimiento privilegian la designación de adjudicadores con experiencia como apoderados de parte³⁹.

Adicionalmente, los críticos de la regulación también han planteado que este panorama desincentiva la aceptación de nombramientos por parte de los árbitros⁴⁰. En ese sentido, hay quienes han afirmado que una aproximación muy estricta a este asunto reduce la diversificación de los tribunales y el surgimiento de nuevas generaciones de árbitros⁴¹. De forma similar, se ha encontrado que los árbitros de grupos minoritarios se favorecen históricamente de permitir el *double-hatting*, por lo que limitar esta posibilidad puede afectar la diversidad del sistema⁴².

Desde la perspectiva de la historia de las negociaciones sobre los contenidos del Código, la

discusión en torno al *double-hatting* tuvo importantes tensiones entre los participantes de las reuniones del WG III. Al revisar los reportes de estas sesiones, es posible notar que hubo varios defensores de una regulación más permisiva. Estos representantes estaban interesados, en particular, en prevenir el riesgo de que unos estándares más estrictos limitaran la cantidad y diversidad de potenciales árbitros calificados.

Frente a estas críticas, debe advertirse que la restricción del *double-hatting* también tiene el efecto potencial de incrementar la diversidad. Si, como se indicó antes, unos pocos árbitros concentran la mayoría de nombramientos en el ISDS, entonces restringir su participación en más casos invita a las partes a buscar nuevos candidatos⁴³.

Por otra parte, quienes defienden las prácticas restringidas por el Código, alegan que la designación de los mismos árbitros en disputas similares mejora la eficiencia de los procedimientos⁴⁴. A su decir, los adjudicadores ya conocerán los hechos o tipos de medidas involucradas en estos casos, así como las cuestiones fácticas y jurídicas más relevantes, desarrollando cierto tipo de experticia.

En ese sentido, es cierto que esta especialización es deseable en el arbitraje y lleva a las partes a referirse a este mecanismo de solución de disputas antes que a otros foros. Sin embargo, esto se refiere a que los árbitros designados tengan un buen conocimiento de ciertas industrias o de ciertos tipos de proyectos. Esto es distinto a que se conviertan en expertos en la adju-

38. Langford, Malcolm, Daniel Behn y Runar Hilleren Lie, "The Revolving Door in International Investment Arbitration", *Journal of International Economic Law* 20, no. 2 (Junio 2017): 301–32. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgx018>.

39. Dispute Settlement Understanding, art. 8.1.

40. John Crook, "Dual Hats and Arbitrator Diversity: Goals in Tension", 113 (Enero 2019): 284–89. <https://doi.org/10.1017/aju.2019.36>.

41. Anthea Roberts, 'A Possible Approach to Transitional Double Hatting in Investor-State Arbitration' (EJIL, Julio 2017).

42. Clarissa Coleman y Louise Bond, "Two Heads Are Better Than One: Double Hatting and Its Impact on Diversity in International Arbitration", *National Law Review* (Julio 2020).

43. Lucy Greenwood, "Tipping the Balance – Diversity and Inclusion in International Arbitration." *Arbitration International* 33, no. 1 (2017): 99–108. <https://doi.org/10.1093/arbint/aix001>.

44. Will Sheng Wilson Koh, "Think Quality Not Quantity: Repeat Appointments and Arbitrator Challenges", *Journal of International Arbitration* 34, no. 4 (agosto de 2017): 711–40. <https://doi.org/10.54648/JOIA2017033>.

cación de medidas similares adoptadas por un Estado, pues dicha situación puede convertirse en la designación basada en una expectativa de contar con árbitros que, por ejemplo, favorecerán los intereses del Estado o los inversionistas.

3. Diferencia de visiones sobre si estas prácticas son reprochables

Los miembros de la comunidad suelen interpretar el hecho de que sean pocos los árbitros como una justificación razonable a prácticas como el *double hatting*. En *SGS c. Pakistán*, al descalificar una recusación, los coárbitros indicaron que, en el universo del arbitraje internacional, la comunidad de litigantes y árbitros es pequeña; por tanto, no será poco frecuente que se solapen⁴⁵. Agregaron, por lo demás, que en virtud de lo anterior que este hecho no debe ser un fundamento en sí mismo para descalificar a un árbitro⁴⁶.

Esta perspectiva se ve respaldada por datos relacionados con prácticas como el *double-hatting*. Según una investigación empírica basada en 1,077 casos del CIADI hasta enero de 2017, se encontró que en 509 casos, lo que representaba el 47% de la muestra, al menos uno de los árbitros participaba simultáneamente en otro procedimiento como apoderado⁴⁷.

Sin embargo, existen críticos de estas discusiones y los esfuerzos regulatorios que han surgido como resultado. Algunos comentaristas argumentan que al fomentar estos debates, se promueve la idea de que el ISDS carece de neutralidad⁴⁸.

A pesar de estas críticas, los esfuerzos por mantener la legitimidad del sistema y las capacidades de sus miembros no se han detenido. Por ejemplo, durante estas discusiones, los críticos del *double-hatting* destacaron la importancia de abordar este tema en el Código para dotar de seriedad y credibilidad al trabajo del WG III.

Desde la primera versión del Código, se han observado cambios significativos en la regulación del *double-hatting* desde la perspectiva del "consentimiento" de las partes. Se ha indicado que el *double-hatting* sería limitativo, a menos que las partes en disputa acuerden permitirlo.

Esta disposición es de particular interés ya que, aunque reconoce los desafíos del *double-hatting*, no lo prohíbe de manera absoluta. En cambio, deja a las partes la decisión sobre los efectos de esta práctica. Esto refleja uno de los pilares fundamentales del arbitraje, que es la voluntad de las partes⁴⁹. En otras palabras, la regla dispositiva otorga a las partes el poder de tomar una decisión considerando los riesgos y beneficios, ya sea basada en criterios objetivos como las cualidades del árbitro para evaluar un caso o subjetivos como el conocimiento previo de las partes sobre las cualidades del árbitro.

4. Vinculatoriedad y efecto simbólico del Código

Dado que el ISDS es un sistema de solución de controversias descentralizado, no existe un código uniforme para abordar cuestiones éticas⁵⁰. Esto implica que hay una falta de recur-

45. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13, Decision on Claimant's Proposal to Disqualify Arbitrator (Diciembre 2002).

46. *Ibid.*, párr. 25.

47. Malcolm Langford, Daniel Behn y Runar Hilleren Lie, "The Ethics and Empirics of Double Hatting," *ESIL Reflections* 6, no. 7 (2017).

48. Joshua Tayar, "Safeguarding the Institutional Impartiality of Arbitration in the Face of Double-Hatting," *McGill Journal of Dispute Resolution* 5 (2019 2018): 104.

49. Rachel Engle, "Party Autonomy in International Arbitration: Where Uniformity Gives Way to Predictability," *Transnational Lawyer* 15 (2002): 323. <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tranl15&id=329&div=&collection=>

50. Catherine Rogers, "Fit and Function in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration," *Michigan Journal of International Law* 23 (2002 2001): 341. <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/mjil23&id=355&div=&collection=>

sos para tratar los estándares éticos, excepto por algunos instrumentos de aplicación general. Un ejemplo de estos instrumentos son las Reglas de la IBA, que, a pesar de ser de naturaleza *soft law*, a menudo se incorporan en los procedimientos por la mayoría de los tribunales y partes⁵¹.

Los informes del WG III reflejan el interés de varios Estados en desarrollar un código de conducta a nivel multilateral. Esto se ha propuesto debido a la necesidad de contar con un conjunto armonizado de reglas y procedimientos en caso de incumplimiento⁵². Estas iniciativas indican que algunos interesados en estas regulaciones buscan instrumentos verdaderamente eficaces.

Sin embargo, muchos han criticado la falta de amplitud del Código. Por ejemplo, el primer borrador era más extenso en el sentido de aplicar restricciones al *double-hatting* a una variedad más amplia de roles paralelos que los árbitros podrían desempeñar. Esto incluía, por ejemplo, actuar como abogados, expertos, testigos, jueces o representantes de las partes, además de “otros roles relevantes”. En contraste, la última versión del Código se limitó a los roles como abogados de parte y expertos.

En cuanto a la aplicabilidad de las disposiciones, varios comentaristas han señalado que el lenguaje del artículo 4 del Código restringe las prohibiciones a circunstancias muy específicas. Esto podría considerarse como un esfuerzo simbólico para abordar el asunto, dejando de lado casos más controvertidos. Estas restricciones, por ejemplo, podrían aplicarse a una serie de casos como la reciente oleada de arbitrajes de inversión contra el Reino de España.

Debido a las medidas adoptadas por el gobierno en materia de transición energética, se han presentado numerosos casos en contra de este país, comparable a la etapa de demandas contra la República Argentina por medidas adoptadas durante la crisis a principios de los 2000. En estos casos, dado que varias disputas surgieron de las mismas medidas, muchos abogados actuaron como árbitros y representantes de las partes⁵³.

Asimismo, la restricción de la regla a un mismo “instrumento” se aplicará solo en casos específicos, como en el caso de la ECT. Esto es significativo porque se ha identificado que de los 191 candidatos a árbitros en disputas bajo este instrumento, 37 de ellos concentran la mitad de los arbitrajes⁵⁴. Por lo tanto, las reglas introducidas por el Código pueden ser valiosas para diversificar las opciones. Sin embargo, dado que se trata de un tratado tan específico, la aplicabilidad de estas reglas sigue siendo limitada a una pequeña parte de las controversias.

En cualquier caso, es importante destacar que cuando se trata del mismo instrumento, como un tratado o contrato que hace referencia al ISDS, el período de restricción para el *double-hatting* será de un año según lo establecido por el Código. Esto significa que, una vez más, las regulaciones multilaterales son bastante laxas en este asunto, ya que establecen un período de aplicación muy corto en comparación con otros tratados.

Por último, es fundamental recordar que, de acuerdo con la última versión del Código, las partes tienen la opción de no aplicar estas disposiciones. Esto refleja que, una vez más, las reglas están sujetas a la autonomía de las partes. Aunque esto proporciona cierta flexibilidad,

51. Peter Ashford, “The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration”, Cambridge Books (2013). <https://ideas.repec.org/b/cup/cbooks/9781107032170.html>.

52. United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), A/CN.9/WG.III/WP.167, párrafo 6. <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V19/082/09/PDF/V1908209.pdf?OpenElement>.

53. Arthur Nelsen, “Revealed: Secret Courts That Allow Energy Firms to Sue for Billions Accused of ‘Bias’ as Governments Exit,” *The Guardian* (Noviembre 2022) <https://www.theguardian.com/business/2022/nov/14/revealed-secret-courts-that-allow-energy-firms-to-sue-for-billions-accused-of-bias-as-governments-exit>.

54. Ibid.

lo que permite un enfoque más conservador, también plantea preocupaciones significativas sobre el impacto real del Código.

5. Redundancia y potenciales conflictos de reglas

Otro desafío relacionado con la implementación del Código, señalado por algunos comentaristas, es la posibilidad de que surjan estándares en conflicto⁵⁵. Este problema se ilustra principalmente en el caso de las Reglas de la IBA, donde la creación de normas más estrictas podría entrar en conflicto con el consenso ya establecido y adoptado en la práctica⁵⁶. Esto se aprecia en los estándares de conducta de los árbitros. El Código establece que los árbitros deben demostrar niveles elevados de “competencia”.

La competencia se refiere, entre otros aspectos, a que el árbitro debe esforzarse al máximo para mantener el conocimiento y las habilidades necesarias para desempeñar sus funciones. Aunque esta expectativa es común en la práctica, incluirla en un instrumento formal podría abrir la puerta a impugnaciones contra el laudo u otras decisiones arbitrales. Por lo tanto, una crítica adicional se refiere a la redundancia de estos instrumentos.

Un problema similar puede surgir en relación con los estándares de conducta en acuerdos internacionales, como tratados. Por ejemplo, el CPTPP y el CETA prohíben que los árbitros designados actúen simultáneamente como abogados o expertos designados por las partes en cualquier disputa de inversión pendiente o nueva relacionada con estos acuerdos u otros acuerdos internacionales. A diferencia del Código, esta restricción no se limita a disputas con “el mismo contexto fáctico”.

Dado que los estándares ya existentes en instrumentos de *soft law* o en tratados tienen el respaldo de la comunidad internacional, un Có-

digo que genere posibles conflictos normativos podría cuestionar la idoneidad de esta iniciativa. En términos de legitimidad del ISDS, alejarse de estos estándares establecidos en instrumentos internacionales podría afectar la aplicabilidad y aceptación del Código.

En lo que respecta a la independencia e imparcialidad, la primera versión del Código también introducía un estándar que requería que, además de mantenerse independientes e imparciales, los árbitros “adoptaran pautas razonables para evitar sesgos y conflictos de interés”. Sin embargo, los comentaristas sugirieron eliminar este lenguaje adicional, y finalmente, se decidió adoptar esta sugerencia porque estas pautas no constituían obligaciones en sí mismas.

V. CONCLUSIONES

Este artículo ha abordado de manera exhaustiva la cuestión ética en el ISDS, centrándose en la regulación de prácticas restringidas como el *double-hatting* a través de un código de conducta para árbitros. Se ha destacado la importancia de abordar estas cuestiones éticas para fortalecer la credibilidad y legitimidad del ISDS en un contexto donde las controversias de inversión son cada vez más frecuentes y complejas.

Asimismo, se ha examinado en detalle la evolución de los esfuerzos regulatorios y la redacción del Código en el arbitraje de inversión. Los debates en torno a la definición precisa de prácticas restringidas, la capacidad técnica de los árbitros y la diversidad en el sistema se han presentado como desafíos fundamentales en este proceso. Se ha enfatizado la importancia del consentimiento de las partes en las restricciones propuestas, lo que subraya la necesidad de equilibrar la regulación con la autonomía de las partes.

Además, se han explorado las críticas y desafíos que enfrenta la iniciativa de regular el *dou-*

55. John Townsend, “Clash and Convergence on Ethical Issues in International Arbitration”, The University of Miami Inter-American Law Review 36, no. 1 (2004): 1–21. <https://www.jstor.org/stable/40176584>.

56. Ibid.

ble-hatting y otras prácticas restringidas en el arbitraje de inversión. Las perspectivas divergentes sobre si estas prácticas son reprochables se han debatido ampliamente, así como sus implicaciones en términos de diversidad y eficiencia en el sistema. Se ha señalado la cuestión de la vinculatoriedad del Código y su posible efecto simbólico, junto con la posibilidad de conflictos con estándares éticos existentes.

En términos de hallazgos y reflexiones, es evidente que la ética en el ISDS es un tema de creciente relevancia y complejidad, y el Código representa un esfuerzo importante para abordar estas cuestiones. Sin embargo, su implementación y efectividad plantean desafíos significativos que requieren una investigación continua y un monitoreo riguroso. Se ha subrayado el equilibrio delicado entre la regulación necesaria para preservar la integridad del arbitraje de inversión y la necesidad de respetar la autonomía de las partes en la elección de árbitros.

Finalmente, se han identificado varios puntos importantes para investigaciones futuras. Estos incluyen la necesidad de una mayor investigación sobre la efectividad del Código en la prác-

tica y su impacto en la conducta de los árbitros. Además, se acentúa la importancia de seguir de cerca las tendencias y cambios en la regulación ética en el ISDS, así como explorar formas de promover una mayor diversidad en la comunidad de árbitros.

La interacción entre el Código de Conducta y otros estándares éticos existentes también es un área que merece una mayor exploración en investigaciones futuras. En este sentido, es fundamental reconocer que el debate sobre la ética en el ISDS y la regulación de las prácticas restringidas está lejos de llegar a su fin. A medida que las disputas de inversión continúan expandiéndose y diversificándose en un entorno global cambiante, la necesidad de abordar estas cuestiones éticas sigue siendo apremiante.

En última instancia, este artículo subraya la importancia de mantener un equilibrio delicado entre la regulación ética necesaria para preservar la integridad del sistema y el respeto por la autonomía de las partes en la elección de árbitros. La ética en el ISDS seguirá siendo un tema crítico en la agenda internacional y requerirá un esfuerzo continuo de la comunidad legal y académica para abordarlo de manera efectiva.