

¿PROHIBIR O NO PROHIBIR?
LA UE Y EL INTENTO DE IMPEDIR
LA EXISTENCIA DEL *DOUBLE-HATTING*
EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES
PARA DOTARLO DE LEGITIMIDAD

FORBID OR NOT FORBID?
THE EU'S ATTEMPT TO IMPEDE
THE EXISTENCE OF *DOUBLE-HATTING*
IN INVESTMENT ARBITRATION TO ENDOW
IT WITH LEGITIMACY

*Nicolás Vassallo Fernández**

RESUMEN: La Unión Europea se encuentra enfocada en crear una corte multilateral de inversiones, reemplazando el actual mecanismo para resolver disputas entre Estados e inversionistas. Se argumenta que, al ser los árbitros nombrados por las partes, el sistema adolece de falta de imparcialidad y de independencia, defecto que se subsanaría mediante jueces permanentes, nombrados de otra manera. Lo anterior, ya que los árbitros nombrados por las partes pueden actuar, de forma paralela, como juez en un caso y como abogado asesor en otro, produciéndose el fenómeno del *double-hatting* o doble función. En ese sentido, el texto aprobado para modernizar el Acuerdo de Asociación entre Chile y la Unión Europea incorpora un mecanismo de resolución de controversias entre Estados e inversionistas mediante una corte de inversiones bilateral que pretende abordar lo anterior.

PALABRAS CLAVES: arbitraje de inversiones, doble función, imparcialidad e independencia.

ABSTRACT: The European Union is focused on creating a Multilateral Investment Court, replacing the current mechanism to solve disputes between States and

*Abogado. Correo electrónico: nvassallo@amcia.cl

investors. It is argued that, since the arbitrators are appointed by the parties, the system suffers from a lack of impartiality and independence, a defect that would be remedied by means of permanent judges, appointed differently. The foregoing, since the arbitrators appointed by the parties may act, in parallel, as judge in one case and as an attorney in another, producing the phenomenon of the double-hatting or double function. In that regard, the text approved to modernize the Free Trade Agreement between Chile and the European Union incorporates a dispute resolution mechanism between States and investors through a bilateral Investment Court that aims to address the above.

KEYWORDS: investment arbitration, double-hatting, impartiality and independence.

INTRODUCCIÓN

La Comisión Europea, ente jurídico que ostenta la potestad ejecutiva e iniciativa legislativa en la Unión Europea (en adelante UE comenzó, el año 2015, con el proyecto de crear un nuevo mecanismo para la resolución de controversias entre inversionistas y Estados (conocido como ISDS, por sus siglas en inglés, que refieren a Investor-State Dispute Settlement) que reemplace los ya conocidos mecanismos de ISDS. En este sentido, la UE pretende sustraer de entidades como el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) los conflictos que puedan surgir entre inversionistas extranjeros y la UE, como también entre los inversionistas nacionales de la UE y los Estados extranjeros receptores de esa inversión. La propuesta original de cambio es someter esas disputas al conocimiento y resolución ante una corte multilateral de inversiones. Esa iniciativa ha avanzado en forma considerable durante los últimos siete años, a tal punto de que ha sido incluida como mecanismo bilateral –no multilateral– para la resolución de controversias antes descritas en los tratados internacionales celebrados por la UE con Canadá, Vietnam, Singapur, México y en el flamante Acuerdo Marco Avanzado entre Chile y la UE (en adelante, el Acuerdo Marco), cuyo texto ha sido acordado recientemente, en virtud del cual se modernizará el antiguo Acuerdo de Asociación del año 2002. Siendo complejo obtener el consentimiento de un número significativo de Estados que permita concretar la creación de una corte de naturaleza multilateral, los avances bilaterales son un importante logro que van en línea con el objetivo de materializar la propuesta original de la UE de crear una gran Corte Multilateral de Inversiones.

Por ello, es fundamental conocer este nuevo mecanismo de resolución de controversias entre inversionistas y Estados, el cual resultará aplicable a Chi-

le en el marco de este nuevo tratado que se celebrará con la UE. Para los efectos del presente artículo, nos centraremos en uno de los argumentos considerados fundamentales para proponer la creación de una corte multilateral o bilateral de inversiones: cautelar la independencia e imparcialidad del juez mediante la prohibición del *double-hatting*.

En este artículo analizaremos, en primer lugar, qué es el *double-hatting*, para luego referirnos al Acuerdo Marco entre Chile y la UE.

Luego, examinaremos cómo se aborda la independencia e imparcialidad bajo las actuales normas del Convenio del CIADI y las Reglas de Arbitraje del CIADI, como también cómo ha sido abordado en la jurisprudencia del CIADI.

A continuación, realizaremos un examen crítico de las innovaciones propuestas en el Acuerdo Marco, para luego analizar otras alternativas que pueden explorarse.

Finalmente, expondremos nuestras conclusiones sobre el problema diagnosticado por algunos y la propuesta de la UE.

I. ¿QUÉ ES EL *DOUBLE-HATTING*?

El *double-hatting* o doble función en el ISDS consiste en que un juez árbitro puede ser miembro de un tribunal arbitral, conociendo un caso sobre el cual deberá dictar sentencia y, al mismo tiempo, actuar como abogado asesor en otro caso sobre materias similares o iguales¹. Esa posibilidad ha sido calificada como uno de los “lapsus éticos más atroces”², ya que el juicio del juez árbitro se vería afectado por la posición que defiende en el arbitraje en el que actúa como representante de una de las partes.

Como consecuencias del fenómeno anterior, el ISDS adolecería de falta de imparcialidad e independencia de los jueces árbitro, produciéndose, con ello, un manifiesto conflicto de interés³.

El fenómeno anterior ha incidido directamente en las modificaciones incorporadas a solicitud de la UE en sus nuevos y modernos tratados internacionales en materia de libre comercio que contengan normas de resolución de controversias entre inversionistas y Estados. Dichas modificaciones apuntan, entre otras cosas, a dar mayor legitimidad a un sistema que cuenta con diversos detractores.

¹ HRANITZKY & SILVA (2010). En el mismo sentido, SANDS (2015), p. 654.

² HOWSE (2015).

³ TITI (2016), p. 14. En el mismo sentido, PARK (2009), pp. 648-649 y SANDS (2015), pp. 666-667.

II. ACUERDO MARCO ENTRE CHILE Y LA UE

Antes de comenzar a analizar en detalle el Acuerdo Marco, es necesario tener presente una serie de prevenciones. En primer lugar, a la fecha de elaboración de este artículo, este tratado internacional no ha sido concluido, faltando aún la revisión legal y traducciones con miras a su firma. Se estima que podría firmarse a fines del año en curso en la cumbre de jefes de Estado CELAC-UE a realizarse en noviembre de 2023⁴. Luego de la firma, debe ser aprobado por cada uno de los países que conforman la UE, por sus respectivos parlamentos, y por el Congreso Nacional de Chile.

En relación con la materia que interesa para este artículo, el texto borrador disponible –actualmente solo en idioma inglés– está sujeto a modificaciones posteriores, siendo definitivos los textos que se firmen a fines de este año 2023⁵. Con todo, las innovaciones en materia de resolución de controversias en el ISDS no serán eliminadas, considerando el especial interés de la UE de que todos sus nuevos tratados internacionales de libre comercio incorporen un nuevo mecanismo para la resolución de controversias entre inversionistas y Estado.

Ahora bien, entre las diversas materias que aborda el Acuerdo Marco entre Chile y la UE, en su capítulo 10⁶, sección D, subsección 4, a contar del artículo 10.33, se encuentra la creación de un sistema de corte de inversión (SCI), que reemplaza los conocidos mecanismos de ISDS, estableciéndose con ello una enorme novedad. Más aún, además de contemplar un tribunal permanente de primera instancia (TPI) del SCI (artículo 10.33), crea un tribunal de apelación (TA) (artículo 10.34) –algo excepcional en las resoluciones de controversias internacionales–, buscando con ello la anhelada consistencia en los laudos arbitrales en materia de ISDS.

En relación con la composición de los tribunales del SCI, el TPI se compondrá de nueve jueces: tres de nacionalidad de un Estado miembro de la UE; tres de nacionalidad chilena y tres de una tercera nacionalidad, pero los casos serán resueltos por tres jueces (uno de cada nacionalidad, conforme lo previsto en los artículos 10.33(2) y 10.33(7)).

A su turno, el TA se compondrá de seis miembros⁷: dos de nacionalidad de un Estado miembro de la UE; dos de nacionalidad chilena y dos de una tercera nacionalidad, pero la apelación será resuelta por tres miembros (uno de cada nacionalidad, conforme lo previsto en los artículos 10.34(2) y 10.33(7)).

⁴ MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (2022)

⁵ COMISIÓN EUROPEA (2022).

⁶ Toda la referencia a capítulos y artículos es preliminar, sobre la base del texto que está en proceso de aprobación.

⁷ Como en el mecanismo de resolución de controversias de la Organización Mundial de Comercio, el tribunal de apelación no hace referencia a “jueces”, sino que a “miembros”.

Para ser juez o miembro del SCI, se requiere cumplir con una experiencia demostrada en derecho internacional público (artículos 10.33(4) y 10.34(4)), como también un importante cumplimiento de las reglas éticas (artículo 10.35). Además, para evitar una constante rotación que pueda afectar la independencia e imparcialidad, se establece que los jueces y miembros del SCI tendrán una duración de cinco años (artículo 10.33(5)).

Cabe agregar que la propuesta de crear un tribunal de apelación como el TA ha sido calificada como capaz de abordar múltiples asuntos que aquejan al ISDS, en particular en este caso, en lo que tiene relación con la imparcialidad e independencia, al exigir a miembros del TA una serie de requerimientos y de cualidades distintas a la de meros jueces árbitro, reforzando con ello la responsabilidad de los mismos⁸.

Por otra parte, para asegurar la disponibilidad en todo momento y en un corto plazo, los jueces del TPI reciben un pago mensual fijo (artículo 10.33(12)), pago que es realizado por ambas partes de la causa (artículo 10.33(13)). En el caso de los miembros del TA, para asegurar esa misma disponibilidad en todo momento y en un corto plazo, se les pagará un honorario mensual fijo y percibirán un honorario por cada día trabajado como miembro (artículo 10.34(11)). Con esa remuneración mensual no solo se logra obtener la disponibilidad, sino, también, dificultar el *double-hatting*.

Adicionalmente, las partes declaran que cooperarán para la creación de un tribunal multilateral de inversiones y de un mecanismo de apelación para la resolución de las disputas de inversiones (artículo 10.36). Con esa declaración se busca alcanzar el objetivo inicial y final de la UE: reemplazar el ISDS por una corte multilateral de inversiones, que tenga competencia sobre todas las disputas que surjan entre inversionistas y Estados receptores de la inversión respectiva. Cabe agregar que esa propuesta se encuentra siendo discutida por el Grupo de Trabajo III de la Comisión sobre Derecho Mercantil Internacional⁹.

El artículo 10.35 contiene de manera explícita la intención original de la UE de impedir el *double-hatting*, con ello, evitar la supuesta falta de independencia y de imparcialidad. En efecto, este artículo se denomina “Ética” y exige que los jueces del tribunal de primera instancia y miembros del tribunal de apelación sean personas cuya independencia se demuestre “más allá de toda duda” (artículo 10.35.(1)).

El artículo en análisis impide que los jueces y miembros se encuentren relacionados con algún gobierno, como también que sigan instrucciones de

⁸ HOWSE (2015), p. 17.

⁹ COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI) (2023).

gobiernos u organizaciones en relación con las materias relativas a la disputa (artículo 10.35(1)). Por ello, impide a los jueces y miembros participar en la consideración de una disputa que pueda crear un conflicto de intereses, sea directo o indirecto (artículo 10.35(1)). Luego, dispone que, una vez que sean elegidos como jueces o miembros de uno de los dos tribunales del SCI, se abstendrán de actuar como abogados, experto de parte o testigo, en cualquier disputa de inversiones pendiente conforme al tratado de Chile y la UE, a cualquier otro tratado, o incluso conforme a derecho doméstico (artículo 35(1)).

Para velar por el cumplimiento de las normas anteriores, el Acuerdo Marco contempla un mecanismo remozado de recusaciones tanto para un juez del TPI, como para un miembro del TA, respectivamente (artículo 35(2-5)).

Además, está previsto que incluya en este capítulo 10 un código de conducta que obligue a los jueces del TPI y miembros del TA ceñirse a estrictas reglas de conducta. Sin perjuicio que a la fecha de elaboración de este artículo se desconoce el texto del *Código de Conducta*, si analizamos el tratado de libre comercio celebrado entre la UE y Vietnam¹⁰, es previsible sostener que existirá una serie de obligaciones tendientes a verlas por la independencia e imparcialidad.

Este último tratado celebrado entre la UE y Vietnam contempla, en el anexo 8, el *Código de Conducta*, conjunto de normas que, a su vez, contienen un subtítulo llamado “Independencia e imparcialidad de los árbitros”. Entre las normas de ese subtítulo, se expresa que un árbitro debe evitar crear una apariencia de parcialidad y no debe verse influido por intereses propios; no puede de manera directa o indirecta incurrir en una obligación o aceptar algún beneficio que de alguna manera interfiera o aparezca interferir con el ejercicio de sus funciones; no puede usar su posición de árbitro para favorecer intereses privados personales; no puede permitir relaciones financieras, de negocios, profesionales, personales o sociales que influyan su conducta o fallo; entre otras prohibiciones.

Sobre lo expuesto, se sostiene que una corte de inversiones que cuente con jueces permanentes, cuyos nombramientos no dependan de las partes, tengan una vigencia determinada y cuyos honorarios no sean revisados bajo la fórmula de designación *ad hoc* del caso, contribuyen a mejorar la imparcialidad y legitimidad del ISDS¹¹.

Ahora bien, sin perjuicio de que excede el objeto del presente artículo, no podemos dejar de comentar –aunque de manera brevisima– algunos de los desafíos que tendrá por delante el acuerdo entre Chile y la UE. Al respecto,

¹⁰ Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Socialista de Vietnam, por la otra parte (2019).

¹¹ UNCTAD (2016), p. 115.

surgen interrogantes tales como, ¿cómo podrán ser reconocidas y ejecutadas estas sentencias dictadas en el contexto de una Corte de Inversiones y no por un tribunal arbitral, como exige la Convención de Nueva York?¹². Por otro lado, se ha expuesto que el desarrollo de estas cortes bilaterales de inversión que está promoviendo la UE en realidad afectan al propósito final de crear una corte multilateral de inversiones, dificultando su concreción¹³.

Volviendo al Acuerdo Marco, de forma preliminar, las normas contempladas en el mismo relativas a la resolución de las disputas en materia de inversión extranjera parecieran ser del todo razonables en lo que respecta a abordar las críticas al sistema ISDS y así velar por la imparcialidad e independencia de los jueces.

Sin perjuicio de ello, resulta necesario primero determinar si tales críticas al ISDS, según lo conocemos en la actualidad, se basan en fundamentos que emanan de la normativa existente, como de la jurisprudencia internacional o, bien, si se basan en argumentos que no cuentan con un sólido respaldo. Para ello, se debe tener presente qué normas rigen en la materia y que pretenden, precisamente, velar por la imparcialidad e independencia de los jueces, pero sin impedir el *double-hatting*.

Para analizar en detalle cómo se evidenciaría este fenómeno, recurrimos a las normas del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el Convenio) y las Reglas de Arbitraje del Convenio del CIADI (las Reglas de Arbitraje), junto con un breve análisis de jurisprudencia de tribunales arbitrales regidos por las normas anteriores.

III. LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DE LOS JUECES ÁRBITROS BAJO EL CONVENIO Y LAS REGLAS DE ARBITRAJE DEL CONVENIO DEL CIADI

Mediante el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados fue establecido el CIADI. El Convenio fue elaborado por los directores ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial). El 18 de marzo de 1965, los directores ejecutivos sometieron el Convenio a los gobiernos miembros del Banco Mundial para su firma y ratificación, entrando en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por veinte países.

¹² En este sentido, TITI (2016), p. 29; HOWSE (2015), p. 18; PANTALEO (2016), pp. 85-86.

¹³ En este sentido, TITI (2016), pp. 31-32.

Los procedimientos seguidos ante el CIADI se regulan no solo por el Convenio, sino, también, por su reglamento y reglas.

Luego de cinco años de negociaciones entre los Estados miembros del Convenio, fueron actualizadas las reglas y el reglamento, entrando en vigor las nuevas normas el 1 de julio de 2022.

Conforme al Convenio, cada parte del arbitraje tiene el derecho a nombrar un juez árbitro en un tribunal arbitral compuesto por tres jueces árbitro¹⁴, pudiendo recaer ese nombramiento en abogados que tengan la representación de partes en casos de ISDS pendientes o que estén próximos a iniciarse.

Para velar por la independencia e imparcialidad del árbitro designado existen distintos mecanismos previstos en el Convenio y en las reglas de arbitraje. En primer término, en los arbitrajes del CIADI, las partes pueden recusar un juez árbitro nombrado y solicitar su descalificación. En este sentido, el artículo 14(1) establece las cualidades que los jueces árbitros deben cumplir y el artículo 57 dispone que la descalificación de un juez árbitro requiere de una “carencia manifiesta” de las cualidades previstas en el artículo 14(1), entre las que se encuentra la de “gozar de amplia consideración moral” e “inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio”¹⁵. Luego, el artículo 58 dispone que las recusaciones deben ser resueltas por los otros jueces árbitros del tribunal arbitral que no fueren, a su vez, recusados¹⁶.

A su turno, las reglas de arbitraje contemplan un marco regulatorio para asegurar la independencia e imparcialidad de los jueces árbitros. Conforme a la regla 13(4), aquella persona que hubiera participado con anterioridad en una disputa como juez árbitro, mediador, conciliador o en una calidad similar, podrá ser nombrada como juez árbitro solo en el evento que exista común acuerdo entre las partes. Asimismo, la regla 14 prescribe una serie de obligaciones respecto de notificar si ha existido financiamiento por terceros¹⁷. Lue-

¹⁴ Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (1966), artículo 37(2)(b).

¹⁵ El artículo 14(1) del Convenio dispone 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”.

¹⁶ En caso de que la impugnación se realice a dos de los tres árbitros nombrados o, bien, al árbitro de un tribunal arbitral unipersonal, la decisión de la impugnación recaerá en el presidente del Consejo Administrativo del CIADI.

¹⁷ El financiamiento por terceros es una industria creciente en América Latina y que opera desde hace décadas en Europa y en Estados Unidos. Se trata de empresas que financian gastos que pueda generar un litigio o arbitraje, tales como: honorarios de abogados, costos de informes periciales, honorarios arbitrales, costos de receptores judiciales, y en general todos aquellos costos que pueda irrogar un procedimiento de resolución de controversias.

go, la regla 19 (3)(b) prescribe que, al aceptar el nombramiento, el respectivo juez árbitro debe presentar una declaración firmada, en la que indique, entre otras cosas, su independencia e imparcialidad.

Sin embargo, diversas críticas se han formulado en el sentido de resaltar la insuficiencia del marco normativo del Convenio y de las reglas de arbitraje. Al respecto, se ha señalado que es sumamente difícil cumplir con el umbral exigido de “carencia manifiesta” de una de las cualidades del artículo 57 del Convenio¹⁸, producto de lo cual se advierte en un escaso éxito de las recusaciones¹⁹. Por ello, algunos autores consideran que el régimen de recusación se encuentra mal diseñado para garantizar la procedencia procesal²⁰.

En virtud de lo anterior, la necesidad de mejorar un sistema que vele por la imparcialidad e independencia de los jueces árbitros ha sumado apoyos. Entre las propuestas, las sugerencias comprenden, por ejemplo, reducir el umbral contenido en el artículo 57 del Convenio y adoptar un test de duda razonable o justificada²¹. Este test ya ha sido adoptado en el ámbito internacional. Así, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), dispone que la existencia de circunstancias que permitan tener “dudas justificadas” sobre la independencia o imparcialidad permiten recusar al juez árbitro nombrado²².

De la misma manera, la International Bar Association (IBA), contempla en sus directrices sobre conflictos de interés el test de “dudas justificadas” para poder determinar la falta de imparcialidad o independencia de un juez árbitro²³. La modificación del test para determinar la procedencia de una recusación no resulta baladí, ya que se ha señalado que, en procedimientos arbitrales regidos por una normativa distinta al Convenio, existe evidencia que entre el treinta y cuarenta por ciento de las recusaciones son exitosas²⁴.

En consecuencia, en el marco normativo del CIADI parecieran existir, *a priori*, obstáculos que impiden velar de forma adecuada por la imparcialidad e independencia de los jueces árbitros. Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia del CIADI puede permitir obtener conclusiones precisas sobre si el marco normativo del CIADI permite garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces árbitro.

¹⁸ BERNASCONI-OSTERWALDER *et al.* (2010), p. 11.

¹⁹ VASANI & PALMER (2015), p. 2; PANTALEO (2016), pp. 77-80.

²⁰ HWANG & LIM (2011), p. 36.

²¹ VASANI & PALMER (2015), p. 3.

²² Reglamento de Arbitraje de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2013), artículo 12(1).

²³ Directrices de la International Bar Association sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional (2013), Adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el 23 de octubre de 2014, artículo 2(c).

²⁴ DAELE (2012).

IV. LA IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA DE LOS JUECES ÁRBITRO EN LA JURISPRUDENCIA DEL CIADI

Una revisión cronológica de la jurisprudencia del CIADI, en relación con esta materia, comienza con el caso *Amco c. Indonesia* (1982). En este, el controlador de los demandantes recibió asesoría tributaria de parte de uno de los árbitros recusados. Además, el estudio jurídico en el cual el árbitro recusado era socio, compartía oficinas y tenía un acuerdo de repartición de utilidades con los abogados de Amco. El acuerdo anterior finalizó antes de que se presentara la recusación, pero el uso compartido de las oficinas se mantuvo por unos meses²⁵. La recusación fue rechazada sobre la base de que no se verificaba la falta manifiesta de imparcialidad, conforme al test previsto en el artículo 57 del Convenio²⁶.

Por el contrario, en el caso *Vivendi c. Argentina* (2001), aunque la recusación fue rechazada²⁷, al examinar el requisito de una falta manifiesta de imparcialidad del artículo 57, se reconoció que una interpretación literal de la palabra ‘manifiesta’ era incorrecta²⁸, buscando cambiar a un test de “duda razonable”²⁹. Un antiguo miembro del Comité *ad hoc* comentaría más tarde sobre esta decisión afirmando que la carga de la prueba no es significativamente elevada por el término ‘manifiesto’ del artículo 57³⁰.

Sin perjuicio de lo anterior, el prisma utilizado en el caso *Vivendi* no se convirtió en tendencia. Las decisiones posteriores retornaron al criterio de un enfoque de exigir un umbral probatorio alto. Ese fue el escenario en los casos *Suez c. Argentina* (2007)³¹, en *EDF c. Argentina* (2008)³² y en *Urbaser c. Argentina* (2010)³³, en los cuales las recusaciones fueron rechazadas. Incluso, el test de “duda razonable” fue rechazado de forma expresa en otros casos como, por ejemplo, en *OPIC Karimum c. Venezuela* (2011)³⁴ y *ConocoPhillips c. Venezuela* (2012)³⁵.

A mayor abundamiento, la data demuestra que entre los años 2014 y 2019, el 14,28 % de los casos del CIADI tuvieron una recusación contra uno o más jueces árbitros. En estos un misérrimo 5,13 % de las recusaciones tuvo éxito³⁶.

²⁵ MALINTOPPI (2008), p. 794.

²⁶ TUPMAN (1989), pp. 44-45; MALINTOPPI (2008), p. 795.

²⁷ CIADI (2001), párrafo 28.

²⁸ *Op. cit.*, párrafo 20.

²⁹ *Op. cit.*, párrafo 25.

³⁰ CRAWFORD (2015), p. 605.

³¹ CIADI (2007), párrafo 28.

³² CIADI (2008), párrafo 68.

³³ CIADI (2010), párrafo 45.

³⁴ CIADI (2011), párrafos 53 y 57.

³⁵ CIADI (2012), párrafo 59.

³⁶ FINKEL & OAKLEY (2020).

Ahora bien, también existen casos en los cuales las recusaciones sí han sido exitosas. Especial atención merece *Blue Bank c. Venezuela* (2013)³⁷. Dr. Kim, presidente del Consejo Administrativo del CIADI, decidió, en noviembre de 2013, descalificar al árbitro nombrado por el demandante, el señor José María Alonso, previa recusación formulada por Venezuela. Un mes después, en diciembre de 2013, Dr. Kim descalificó a Francisco Orrego Vicuña en el procedimiento *Burlington Resources Inc. c. Ecuador* (2013). Esa secuencia de dos recusaciones exitosas dentro de un mes marcó un hito. La recusación de José M. Alonso se basó en los hechos divulgados en su declaración de aceptación e independencia. En la opinión de José M. Alonso, sus actividades en Baker & McKenzie distintas a las de las oficinas que representaban a Blue Bank no producían conflicto alguno. Dr. Kim reconoció las similitudes de los asuntos discutidos en *Blue Bank* y en *Longreef c. Venezuela*, y que José M. Alonso tendría la capacidad de decidir sobre asuntos relacionados a Longreef³⁸. En *Longreef c. Venezuela*, las oficinas de Baker & McKenzie de Nueva York y Caracas asesorbaban al inversionista en contra de Venezuela.

Entre José M. Alonso –quien era socio en la sede de Madrid de Baker & McKenzie– y otros socios de Baker & McKenzie existía una sociedad conjunta y un comité mundial para arbitraje internacional. No obstante, existía una importante independencia legal y financiera entre las distintas oficinas de Baker & McKenzie, de modo que los resultados de otras oficinas no impactaban en la remuneración de José M. Alonso, que se determinaba, en gran medida, por los resultados de la oficina de Madrid. Incluso, las distintas oficinas se encuentran vinculadas entre sí a través de una participación conjunta en Baker & McKenzie International, una sociedad suiza.

Sin perjuicio de ello, Venezuela sustentó su recusación en que Baker & McKenzie publicita su firma como una práctica legal mediante una estructura global. De esta manera, la existencia de varias oficinas no puede considerarse como distintas entidades legales para efectos de la recusación. Además, existen comités conjuntos entre oficinas, en los cuales José M. Alonso participa en su calidad de sociedad.

Por el contrario, José M. Alonso sostuvo que las alegaciones de Venezuela carecían de fundamento, ya que existe una amplia independencia legal y financiera entre los miembros de las firmas de Baker & McKenzie, por lo que ni siquiera se alcanza a cumplir con el estándar de descalificación de las directrices de la IBA, menos aún del Convenio del CIADI. Enfatizó que su remuneración depende principalmente de los resultados de la oficina de Madrid, operando todas las oficinas con autonomía. Por último, no había tenido ningún vínculo económico o interés con el caso *Longreef c. Venezuela*.

³⁷ CIADI (2013a).

³⁸ *Op. cit.*, párrafo 68.

Dr. Kim desestimó los argumentos de José M. Alonso. El hecho de compartir un nombre o sello corporativo, de ser parte de un comité conjunto y de tener participación, aunque no sea de la más sustantiva, en algunas ganancias, implica un cierto grado de conexión entre todas las oficinas de Baker & McKenzie que justifican tratarlas como una sola entidad. A la luz de la similitud de los asuntos discutidos en el caso *Longreefc. Venezuela*, un tercero encontraría evidente u obvia la apariencia de falta de imparcialidad bajo una evaluación razonable de los hechos del caso³⁹.

En consecuencia, el Dr. Kim concluyó que había una evidente falta de la cualidad establecida en el artículo 14(1) del Convenio, y dio parámetros para entender el artículo 57 en relación con el artículo 14 del Convenio. Primero, en vez de evidencia de parcialidad actual, los artículos en cuestión requieren de apariencia de parcialidad⁴⁰. Segundo, que el estándar legal aplicable es uno imparcial basado en un análisis razonable de la prueba presentada⁴¹. Tercero, la palabra ‘manifiesto’ del artículo 57 significa ‘evidente’ u ‘obvia’⁴². En consecuencia, independiente de la utilidad que las directrices de la IBA puedan tener, solo el estándar establecido bajo el Convenio del CIADI obliga al presidente⁴³.

Luego, en el caso *Burlington c. Ecuador (2013)*⁴⁴, el Dr. Kim aplicó los mismos parámetros resumidos con anterioridad y acogió la recusación del juez árbitro, concluyendo que había una manifiesta apariencia de parcialidad⁴⁵.

De manera distinta, los coárbitros en *Caratube c. Kazakhstan (2014)*⁴⁶, reafirmaron que las recusaciones para descalificación deben alcanzar un mayor estándar de prueba⁴⁷. De la misma manera, se reiteró que los únicos estándares obligatorios son los contenidos en el Convenio y en las reglas de arbitrajes, siendo las directrices de la IBA solo ilustrativas⁴⁸. En consecuencia, las tres decisiones anteriores compartieron la tendencia de que el artículo 57 del Convenio dispone un alto estándar para descalificar a un juez árbitro y no representa un cambio hacia el test de “duda razonable”⁴⁹.

Por último, sin perjuicio que no es parte de la jurisprudencia del CIADI, resulta interesante tener a la vista la recusación del juez Brower –quien renun-

³⁹ CIADI (2013a), párrafo 69.

⁴⁰ *Op. cit.*, párrafo 59.

⁴¹ *Op. cit.*, párrafo 60.

⁴² *Op. cit.*, párrafo 61.

⁴³ *Op. cit.*, párrafo 62.

⁴⁴ CIADI (2013b).

⁴⁵ *Op. cit.*, párrafo 80.

⁴⁶ CIADI (2014).

⁴⁷ *Op. cit.*, párrafo 57.

⁴⁸ *Op. cit.*, párrafo 59.

⁴⁹ VASANI & PALMER (2015). pp. 22-23.

ció a su nombramiento— en el *Perenco c. Ecuador*⁵⁰. Nótese que el caso pese a haberse iniciado ante el CIADI⁵¹, la recusación fue decidida por el secretario general de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) debido a un acuerdo previo de las partes en relación con el procedimiento. Ese acuerdo estableció que las reglas aplicables serían las directrices de la IBA sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional. Sin perjuicio de la interesante discusión que surgió en relación con si un acuerdo previo de las partes en este sentido era válido o no, la decisión en *Perenco* es relevante a la luz del test aplicado y su resultado. El juez Brower hizo comentarios en los medios en relación con Ecuador, que fueron considerados parciales por parte del demandado⁵². En aplicación de las directrices de la IBA, el secretario general tuvo que determinar si un tercero, razonablemente informado, podría considerar que los comentarios del juez afectaban su independencia u objetividad⁵³. Procediendo de esa manera, el secretario general concluyó que de los comentarios del juez Brower emanó una apariencia de prejuizamiento⁵⁴.

Pues bien, como corolario de lo anterior, se ha expuesto que la falta de imparcialidad e independencia de los jueces árbitros afecta la legitimidad del ISDS⁵⁵, pudiendo el mecanismo de apelación proveer soluciones en ese sentido⁵⁶. De acuerdo con Cecilia Mallström, la excomisaria de comercio de la Comisión Europea, la percepción de la sociedad es que el actual ISDS no brinda confianza⁵⁷. En ese sentido, los esfuerzos de recobrar la legitimidad en el sistema ISDS aparecieron. Es por ello que la UE se encuentra en vías de incorporar el SCI en todos sus nuevos tratados internacionales.

Sin perjuicio de las críticas; en este sentido; contra el ISDS, lo cierto es que diversos artículos se han encargado de analizar en realidad qué tan carente de imparcialidad e independencia es el sistema, de modo de determinar si dichos conflictos de interés son efectivos. En ese sentido, hay importante evidencia que desestima estas críticas⁵⁸. Ahora bien, independiente de esa evidencia, lo cierto es que la noción de que el ISDS se encuentra deslegitimado se encuentra bastante arraigado en la sociedad internacional, como hizo notar Cecilia Mallström, haciendo necesario que los tomadores de decisiones aborden esas críticas y propongan cambios.

⁵⁰ CPA (2009).

⁵¹ CIADI (2008).

⁵² CPA (2009), párrafos 25-29.

⁵³ *Op. cit.*, párrafos 46-48.

⁵⁴ *Op. cit.*, párrafo 58.

⁵⁵ COMISIÓN EUROPEA (2015), p. 6.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 8.

⁵⁷ EU MONITOR (2015).

⁵⁸ En este sentido, un estudio bastante completo puede revisarse en RAO (2018).

V. ANÁLISIS CRÍTICO DEL ACUERDO MARCO ENTRE CHILE Y LA UE: ¿ES EFECTIVO Y EFICIENTE EN ALCANZAR EL OBJETIVO?

Como hemos expuesto, el objetivo principal de la UE es crear una corte multilateral de inversiones que reemplace el mecanismo actual de ISDS.

Sin embargo, celebrar un tratado internacional multilateral requiere recorrer un largo y sinuoso camino. Los tratados internacionales que reúnen decenas de voluntades suelen estar sometidos a complejos procesos, cuya tramitación puede extenderse por muchos años.

Es por ello que, antes de embarcarse en un camino como ese, la UE ha preferido avanzar de manera “sectorial”, con tratados internacionales bilaterales. No obstante, dichos avances sectoriales son una suerte de réplicas de la propuesta marco de la Corte Multilateral. Es por ello que las críticas que se han formulado a esta última propuesta, son aplicables a las propuestas bilaterales en vigor. Al respecto, algunos han rechazado la propuesta de la UE por mantener vigente un mecanismo que permita a inversionistas extranjeros demandar a los Estados en un sistema de resolución de controversias especial⁵⁹.

Y en particular, diversas críticas se han formulado en relación con la creación de un tribunal o corte de inversión que elimine el *double-hatting* como mecanismo drástico para enfrentar las alegaciones de falta de imparcialidad e independencia del ISDS.

Por ejemplo, se ha señalado que existe un riesgo importante que los jueces tengan un perfil pro Estado⁶⁰, en tanto todos los integrantes del tribunal de primera instancia y del tribunal de apelación son designados por los Estados con anterioridad al surgimiento de la disputa. Ello, a diferencia del sistema actual de ISDS, donde tanto el Estado como el inversionista, designan a un juez árbitro para la disputa, siendo el tercero elegido conforme a las reglas procedimentales del centro de arbitraje respectivo o que las partes hayan establecido en sus tratados internacionales respectivos.

De igual forma, se ha expuesto que el rígido sistema de limitaciones para el nombramiento como juez o miembro puede resultar contraproducente para una correcta resolución de las controversias. Sobre el particular, se ha señalado que excluir del tribunal o corte de inversión a aquellos profesionales participan en procesos en curso, puede impedir una composición con las personas más capacitadas, en términos de conocimientos y experiencia, debilitando el funcionamiento del tribunal o corte de inversión⁶¹.

⁵⁹ Así se aborda en el artículo de EBERHARDT (2016). En el mismo sentido, VAN HARTEN (2016), p. 1.

⁶⁰ FOUCHARD (2015).

⁶¹ *Ibid.*

En esa misma línea argumentativa, se ha considerado excesivamente optimista que los mejores candidatos, en términos de conocimientos y experiencia, van a dejar sus puestos como abogados o árbitros para dedicarse solo a ser jueces o miembros del SCI⁶².

Ahora bien, ¿es efectiva y eficiente la eliminación del *double-hatting* para abordar las alegaciones de falta de imparcialidad e independencia de los jueces árbitros?

Los términos ‘efectividad’ y ‘eficiencia’ no significan lo mismo. Mientras que la efectividad significa la “capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera, la eficiencia significa “capacidad de lograr los resultados deseados con el mínimo posible de recursos”. De esta manera, el acuerdo entre Chile y la UE puede ser analizado desde los dos ángulos: si es capaz de lograr sus objetivos (efectividad) y si lo puede hacer de la manera más óptima (eficiencia).

Como hemos visto con anterioridad, el Acuerdo Marco contempla el impedimento de ejercer como abogado de parte en casos pendientes o futuros, mientras el juez o miembro sea parte del TPI o TA, respectivamente. A eso se añade que existe un mecanismo de recusación y que es eventual que se incorpore un código de conducta, todo lo cual evidencia que la práctica del *double-hatting* se encontrará proscrita y sancionada.

A primera vista, la prohibición del *double-hatting* es una innovación que posiblemente resultará efectiva, ya que podría alcanzarse el objetivo perseguido o, bien, a lo menos, mejorar en forma importante la alegación de falta de imparcialidad o de independencia. Un tribunal permanente compuesto por jueces nombrados luego de cumplir con una serie de requisitos y que tienen prohibición de representar a clientes en disputas de inversión extranjera, son entendidas como una medida razonable para abordar el conflicto de interés⁶³. Los jueces permanentes son considerados como más imparciales e independientes que los árbitros *ad hoc*, porque los primeros no están interesados en nuevos nombramientos, removiendo con ello cualquier sospecha sobre su integridad⁶⁴.

No obstante, ¿qué tan eficiente es la prohibición del *double-hatting*?

En primer lugar y como adelantamos, se ha considerado que el mecanismo de nombramiento de jueces podría afectar su independencia⁶⁵. En efecto, el método de nombramiento propuesto ha generado críticas por parte de la doctrina, llegando a formular la siguiente interrogante: ¿se busca mejorar la

⁶² En este sentido, BEDOYA y RAMÍREZ (2016), p. 54.

⁶³ En este sentido, HOWSE (2015), pp. 10-11; TITI (2016), p. 14; PANTALEO (2016), p. 81; SANDS (2015), pp. 666-667.

⁶⁴ En este sentido, KAUFMANN-KOHLER & POTESTÁ (2016), p. 18. En el mismo sentido, HOWSE (2015), p. 14.

⁶⁵ SHELTON (2003), pp. 34-38.

imparcialidad e independencia del sistema ISDS o se pretende, en forma sigilosa, aumentar el control de los Estados sobre los resultados de las disputas?⁶⁶.

En segundo lugar, la aplicación de una serie de limitaciones y la exigencia de una serie de obligaciones para formar parte de los tribunales del SCI, puede afectar la calidad de los integrantes de los mismos, al dejar fuera a reconocidos profesionales del área.

En tercer lugar, podría considerarse que la prohibición del *double-hatting* sin una apropiada regulación de las recusaciones de árbitros es insuficiente para alcanzar el objetivo planteado. A mayor abundamiento, independiente del cambio de arbitrajes *ad hoc* a tribunales permanentes, el mecanismo de recusación del TPI y del TA es fundamental para advertir cambios sustantivos. En el Acuerdo Marco, las recusaciones son decididas por el propio presidente del TPI o TA (artículo 10.35(3)), lo que llama la atención. Uno de los aspectos cuestionables del sistema de recusación del CIADI es que las recusaciones deben ser decididas por los restantes jueces árbitros no recusados.

Por ello, pareciera ser que el mecanismo de recusaciones del Acuerdo Marco no innova con profundidad en la materia, al otorgar al presidente del TPI o del TA la obligación de resolver las recusaciones formuladas. Los presidentes deciden las recusaciones contra un colega elegido del mismo cuerpo de jueces, de modo que se trata de personas de similares cualidades a las de los presidentes⁶⁷. Además, el mecanismo contenido en el Acuerdo Marco entre Chile y la UE, no contempla un mecanismo de apelaciones para impugnar las decisiones respecto a recusaciones.

¿Y cómo se aborda la situación de falta de independencia e imparcialidad en otros tribunales internacionales? En efecto, grandes escándalos se han ventilado en casos que involucran solo a Estados. A modo de ejemplo, en el emblemático caso entre Croacia y Eslovenia respecto a una disputa marítima y territorial, la prensa divulgó una serie de transcripciones y grabaciones de audios entre un agente de Eslovenia y el árbitro nombrado por Eslovenia, en las cuales era evidente el intento de este último en influenciar a sus otros colegas miembros del tribunal arbitral⁶⁸.

Así, tratándose de cortes y tribunales internacionales se han desarrollado e implementado diversas reglas para abordar estas controversias. A modo de ejemplo, la Corte Internacional de Justicia adoptó las directrices prácticas VII y VIII. La primera, prohíbe en forma expresa la práctica del *double-hatting* entre jueces *ad hoc*. La segunda, dispone que las personas que recientemente hayan sido miembros de la Corte Internacional de Justicia o jueces *ad hoc* no pueden ser

⁶⁶ PANTALEO (2016), p. 81.

⁶⁷ KOOROSH *et al.* (2016), p. 16.

⁶⁸ SARVARIAN & BAKER (2015).

designados como abogados en nuevos procedimientos ante dicha Corte. Estas prohibiciones son aplicables por un periodo de tres años.

A su turno, el Acuerdo Marco entre Chile y la UE no contempla, por ahora, una limitación en ese sentido ser nombrado para un caso el juez o miembro del SCI, exigiéndole abstenerse de actuar como abogado o perito o testigo en cualquier disputa de inversiones pendiente o nueva (artículo 10.35(1)). A mayor abundamiento, de conformidad con las normas del *Código de Conducta* del tratado celebrado entre la UE y Vietnam, advertimos que existe una obligación para los antiguos árbitros del Sistema de Corte de Inversión que dispone:

“todos los ex árbitros evitarán acciones que puedan crear la apariencia de que fueron parciales en el desempeño de sus funciones o que se beneficiaron de las decisiones o laudos del panel de arbitraje”.

En consecuencia, se entiende que esta prohibición del Acuerdo Marco entre Chile y la UE aplica solo durante el periodo como juez o miembro en los tribunales del SCI; en otras palabras, mientras se encuentra en ejercicio de su papel de un juez del TPI o de miembro del TA. Es decir, no se trata de una prohibición de actuar como abogados en disputas de inversión una vez concluido su periodo de ejercicio como juez del TPI o miembro del TA. Por ello, es presumible que, al término de sus respectivos periodos, los jueces o miembros se transformarán en sujetos sumamente atractivos para entidades gubernamentales y para grandes firmas de abogados, ya que no existirá impedimento alguno para que puedan participar en los procedimientos ante el SCI.

Otro ejemplo de cómo abordar la falta de independencia e imparcialidad es la sección 18 de la Corte de Arbitraje para el Deporte, la cual prohíbe la práctica del *double-hatting* respecto de todo aquel árbitro o mediador que haya sido nombrado. A diferencia de Corte Internacional de Justicia, esta norma no dispone una posterior prohibición al término del periodo de ejercicio como miembro de la Corte de Arbitraje para el Deporte –periodo que se extiende por cuatro años–.

VI. EXPLORANDO ALTERNATIVAS

PARA SUPERAR LOS POTENCIALES CONFLICTOS

La imparcialidad y la independencia de los juzgadores son características necesarias en todo procedimiento de resolución de controversias y pueden ser alcanzadas desde distintos ángulos. Es por ello que la prohibición del *double-hatting* es una alternativa drástica por el cual se pretende alcanzar el resultado de reforzar la imparcialidad e independencia, eliminando los conflictos de interés.

Sin embargo, como vimos, existe una serie de potenciales conflictos producto de la prohibición del *double-hatting*.

En efecto, en primer lugar, hay preocupación en torno a una composición del SCI con jueces pro Estado, al no participar el inversionista en el nombramiento de los mismos.

Pues bien, en relación con este hipotético conflicto, creemos que una alternativa para abordar una preocupación como la anterior es establecer, sea en el texto en análisis o en las normas del eventual *Código de Conducta* del Acuerdo Marco, una serie de restricciones posteriores al ejercicio de la calidad de juez del TPI o de miembro del TA. Con ello, se buscaría impedir un conflicto de interés potencial que pueda basarse en que un juez o miembro pudiera llegar a adoptar determinadas decisiones pensando en su futuro laboral próximo una vez concluido su periodo en el SCI.

El segundo de los potenciales conflictos tiene relación con el temor de que las limitaciones del Acuerdo Marco –y del texto de una eventual Corte Multilateral de Inversiones– terminen por mermar la calidad de los integrantes de los tribunales del SCI, al impedir a reconocidos profesionales formar parte del mismo.

Al respecto, creemos que se trata más bien de una crítica cuyo análisis excede al propósito de este artículo, pero; en síntesis, nos parece que la misma adolece de aversión a los cambios. El área del ISDS ha tenido un enorme desarrollo durante las últimas décadas, existiendo cada vez más abogados y estudios jurídicos que brindan el servicio de asesoría en la materia. Ciertamente existen, cada vez más, profesionales con un amplio conocimiento del ISDS que valorarán formar parte de los tribunales del SCI, considerando el prestigio y experiencia que ello conlleva, de manera que no parece del todo creíble este aspecto conflicto alegado.

En último término, como tercer aspecto conflictivo, en el texto definitivo del Acuerdo Marco, lo más probable es que las recusaciones sean resueltas por el presidente del TPI o del TA, de modo que el conocimiento y resolución de materias relativas a conflictos de interés seguirían en la esfera del tribunal. Atendiendo a la comparación con el mecanismo contemplado en el Convenio del CIADI, un mecanismo efectivo para recusar jueces árbitros es contar con la seguridad de la descalificación de aquellos que carezcan de imparcialidad o independencia⁶⁹. En este sentido, como hemos visto, dos aspectos son conflictivos: primero, que los jueces árbitros no recusados sean aquellos que resuelvan las recusaciones pendientes⁷⁰ y, segundo, el elevado umbral que las reglas de arbitraje del CIADI exige que deben alcanzarse para que una recusación

⁶⁹ HWANG & LIM (2011), p. 32.

⁷⁰ MALINTOPPI (2008), p. 828.

sea exitosa, en comparación con otros estándares contenidos en reglas de arbitraje distintas⁷¹.

En cuanto al primer aspecto conflictivo del mecanismo de recusaciones, se ha señalado que una buena alternativa es entregar la obligación de resolver las recusaciones a un órgano neutral⁷².

Sin embargo, esa sola medida no permite, por sí misma, mejorar el estado de las cosas en relación con las recusaciones, por cuanto aún requerirían –en el caso del CIADI– cumplir con el alto umbral probatorio establecido.

Ahora bien, ¿qué podemos señalar respecto del segundo aspecto conflictivo, esto es, el estándar probatorio que sería exigible en el SCI?

Respecto al segundo aspecto conflictivo del mecanismo de recusaciones, si lo analizamos desde la óptica del Convenio del CIADI, se ha considerado que una enmienda de sus reglas de recusación puede ser una solución definitiva⁷³, pero el éxito de una enmienda de esa naturaleza es improbable, debido a las dificultades legislativas y políticas que conllevaría⁷⁴.

Por ello, otras alternativas se han propuesto para superar este obstáculo. En primer término, conforme al artículo 31(3)(a) y (b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las partes del CIADI pueden elaborar un acuerdo interpretativo. En dicho acuerdo, podrían afirmar que la cualidad de “imparcialidad de juicio” (artículo 14(1) del Convenio) requiere que los árbitros se abstengan de representar a las partes en disputas pendientes entre inversionistas y Estados y que el estándar de “carencia manifiesta” (artículo 57 del Convenio) de “imparcialidad de juicio” (artículo 57) incluye a aquellos árbitros que de manera simultánea actúen como asesores en una disputa similar⁷⁵. En segundo lugar, la revisión de las reglas de arbitraje del CIADI a través del Concejo Administrativo del CIADI puede generar más claridad respecto a la práctica del *double-hatting* y los conflictos de interés⁷⁶. Tercero y final, los Estados podrían prohibir que los árbitros actúen como asesores en disputas pendientes mediante la inclusión de una cláusula en este sentido en los nuevos tratados internacionales que concluyan y que regulen las disputas entre inversionistas y Estados⁷⁷.

Ahor bien, en comparación con el Convenio del CIADI, el Acuerdo Marco es un notorio avance. A mayor abundamiento, en el texto preliminar aplicable

⁷¹ VASANI & PALMER (2015), p. 16.

⁷² MALINTOPPI (2008), p. 828.

⁷³ VASANI & PALMER (2015), p. 20.

⁷⁴ BERNASCONI-OSTWERWALDER *et al.* (2010), p. 43.

⁷⁵ *Op. cit.*, p. 44.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 47.

a las recusaciones en el SCI, es notorio que la intención es reducir el umbral probatorio.

En efecto, el texto preliminar prescribe que la recusación se puede deducir por el mero hecho de que una parte considere que un juez o miembro no cumple los requisitos éticos contenidos en el artículo 10.35(1) del Acuerdo Marco. Más relevante aún, conforme al artículo 10.35(5), un juez del TPI o miembro del TA podría ser removido en forma definitiva del TPI o del TA, en caso que se estime que su comportamiento es inconsistente con las obligaciones establecidas en el párrafo (1) del artículo 10.35. Eso implica que, de incurrirse en un caso de *double-hatting*, existirá fundamento suficiente para que ese juez o miembro pierda la calidad de tal y deje de ser parte del SCI.

En consecuencia, si bien las innovaciones contempladas en el Acuerdo Marco pueden permitir alcanzar el objetivo de reforzar la imparcialidad e independencia en el ISDS, un sólido mecanismo de recusaciones debe encontrarse operativo.

CONCLUSIONES

El futuro del sistema ISDS no es del todo claro. Sin embargo, existe claridad de que el estado actual de las preocupaciones y objetivos trazados por los distintos actores del sistema demuestran reformas cuyo alcance aún está por determinarse. En este sentido, la UE propuso hace casi ocho años, crear una corte multilateral de inversiones, que reemplace las actuales alternativas en la materia. Desde aquella propuesta, la UE ha avanzado en incorporar en sus nuevos tratados internacionales bilaterales cortes específicas para resolver disputas que surjan en el marco de dichos tratados internacionales. Así, en el caso de Chile, si bien a la fecha de la redacción de este artículo no ha concluido la tramitación del nuevo acuerdo marco con la UE, no quedan dudas que –al igual como ya ocurrió con los nuevos tratados de libre comercio concluidos por la UE–, las disputas que surjan entre inversionistas y Estados serán resueltas por una corte creada para ese fin específico. Con ello, se eliminará la resolución de controversias mediante el mecanismo de arbitraje *ad-hoc*, reemplazándose por una corte de naturaleza permanente.

Esta innovación tiene, entre sus diversos objetivos, impedir la práctica del *double-hatting* y propender a fortalecer la imparcialidad e independencia en el ISDS, que tanto se ha denunciado como problema del sistema. La vulneración del impedimento del *double-hatting*, contenida de forma preliminar en el artículo 10.35(1), puede derivar en la remoción definitiva de la calidad de juez del TPI o miembro del TA (artículo 10.35(5) del Acuerdo Marco). Al respecto, sin perjuicio de que pueda existir evidencia sobre la inexactitud de

las críticas formuladas al ISDS, lo relevante es que existe una noción bastante difundida de que el sistema carece de legitimidad, de modo que resulta imprescindible de abordar aquellos elementos denunciados como conflictivos del ISDS.

Entre las innovaciones contempladas, se encuentran la creación del TPI, con jueces permanentes en vez de árbitros nombrados bajo una fórmula *ad hoc* en la que intervienen los inversionistas; la creación de reglas éticas y de un eventual código de conducta que brinde un nuevo mecanismo de recusación y la creación del TA, formado bajo la misma lógica que el TPI, permitiendo a las partes recurrir a una segunda instancia respecto de los fallos que se dicten, una gran novedad en la resolución de controversias internacionales.

Es evidente que se trata un encomiable esfuerzo por parte de Chile y de la UE por mejorar uno de los aspectos que más críticas ha generado el ISDS. Sin embargo, a la luz de lo analizado, es posible que la drástica medida de prohibir el *double-hatting* sea efectivo en el resultado de alcanzar la imparcialidad e independencia.

Sin embargo, la eficiencia de esa medida debe analizarse desde el punto de vista de los diversos potenciales conflictos que pueden surgir. En ese sentido, una potencial composición de los tribunales con jueces pro Estado, merma en la calidad de los jueces y mecanismo de recusación incompleto se han denunciado como eventuales conflictos que surgen de la norma de impedir el *double-hatting*.

No obstante, existen alternativas para abordar esos potenciales conflictos, como es el caso de generar impedimentos posteriores para los jueces y miembros del SCI al terminar su periodo respectivo.

Asimismo, se puede considerar excesiva la crítica relativa a una eventual merma de calidad en la integración de los tribunales del SCI, en atención a la gran proliferación de profesionales en el área del ISDS, como también el prestigio y experiencia que conllevaría integrar el SCI.

Por otro lado, en cuanto al mecanismo de recusación, experiencia comparada de cortes y tribunales internacionales, demuestran que el éxito no está garantizado. Al respecto, hemos visto que mecanismos de recusación tradicional, como el contenido en el Convenio del CIADI, tienen escaso éxito producto del elevado umbral probatorio exigido. Con todo, ese no es el único elemento a considerar, ya que también debe tenerse en consideración quién resolverá las recusaciones formuladas. Al respecto, el Acuerdo Marco –al menos de modo previo– no se distancia del Convenio del CIADI. Resultaría interesante evaluar las alternativas de sustraer la decisión de esas recusaciones de la esfera del SCI y entregar esa facultad a un organismo neutro y ajeno al TPI y TA.

En suma, la prohibición del *double-hatting* será una medida de shock para abordar las alegaciones de falta de imparcialidad e independencia en el ISDS.

No obstante, debe atenderse a la forma de nombramiento de los jueces del TPI y miembros del TA, como también analizarse eventuales prohibiciones subsistentes al término del ejercicio de sus respectivos periodos. En último término, sin un mecanismo de recusación robusto, difícilmente se podrá alcanzar el resultado de impedir los conflictos de interés. Sobre todos estos puntos, resta aguardar al texto definitivo del Acuerdo Marco que sea suscrito y ratificado por Chile y la UE.

BIBLIOGRAFÍA

- BEDOYA, Fernando y RAMÍREZ, José Luis (2016): “Un sistema de corte permanente como alternativa al arbitraje de inversión: ventajas y desventajas”, *Revista del Club Español de Arbitraje*, n.º 26.
- BERNASCONI-OSTERWALDER, Nathalie *et al.* (2010): “Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the dual role of arbitrator and counsel”, *IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators Background Papers*. Disponible en www.iisd.org/library/arbitrator-independence-and-impartiality-examining-dual-role-arbitrator-and-counsel [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].
- CRAWFORD, James (2015): “Challenges to Arbitrators in ICSID Arbitration”, in Caron, David *et al.* (coord.), *Practising Virtue: Inside International Arbitration* (Oxford: Oxford University Press).
- EBERHARDT, Pia (2016): “The Zombie ISDS - Rebranded as ICS, Rights for Corporations to Sue States Refuse to Die”, *Corporate Europe Observatory*. Disponible en http://corporateeurope.org/sites/default/files/attachments/the_zombie_isds_0.pdf [fecha de consulta: 5 de abril de 2023].
- HRANITZKY, Dennis & SILVA ROMERO, Eduardo (2010): “The Double Hat Debate in International Arbitration”, *New York Law Journal*. Disponible en www.dechert.com/content/dam/dechert%20files/knowledge/publication/2010/6/the-double-hat-debate-in-international-arbitration/070101031Dechert.pdf [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].
- MALINTOPPI, Loretta (2008): “Independence, Impartiality, and Duty of Disclosure of Arbitrators”, in Muchlinski, Peter *et al.* (coord.), *Oxford Handbook of International Investment Law* (Oxford: Oxford University Press).
- PANTALEO, Luca (2016): “Lights and Shadows of the TTIP Investment Court System”, *CLEER Paper Series*, vol. 1. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2782008 [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].
- PARK, William W. (2009): “Arbitrator integrity: The transient and the Permanent”, *San Diego Law Review*, vol. 46. Disponible en https://scholarship.law.bu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2535&context=faculty_scholarship [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].

- RAO, Weijia (2018): “Are Arbitrators Biased in ICSID Arbitration? A Dynamic Perspective”, *International Review of Law and Economics*. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3203019# [fecha de consulta: 5 de abril de 2023].
- SANDS, Philippe (2015): “Conflict of Interest for Arbitrators and/or Counsel”, in Kinnear, Meg *et al.* (coord.), *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID* (Alphen aan den Rijn: Editorial Wolters Kluwer).
- SHELTON, Dinah (2003): “Legal Norms for Independence and Accountability of International Tribunals”, *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, vol. 2, No. 1.
- TUPMAN, Michael (1989): “Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration”, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 38, No. 1.
- VAN HARTEN, Gus (2016): “Key Flaws in the European Commission’s proposals for foreign investor protection in TTIP”, *Legal Studies Research Paper Series*, vol. 12, No. 4. Disponible en <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1139&context=olsrps> [Fecha de consulta: 5 de abril de 2023].
- VASANI, Baiju & PALMER, Shaun (2015): “Challenge and Disqualification of Arbitrators at ICSID: A New Dawn?”, *Foreign Investment Law Journal (ICSID Review)*, vol. 30, No. 1.

Otros documentos

- COMISIÓN EUROPEA (2015): *Investment in TTIP and beyond-the path for reform*. Disponible en <https://circabc.europa.eu/ui/group/7fc51410-46a1-4871-8979-20cce8df0896/library/84f1ee41-1c66-4bd2-adda-47f074336110/details> [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].
- COMISIÓN EUROPEA (2022): “EU-Chile Advanced Framework Agreement”. Disponible en https://policy.trade.ec.europa.eu/eu-trade-relationships-country-and-region/countries-and-regions/chile/eu-chile-agreement/text-agreement_en [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].
- COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DERECHO MERCANTIL INTERNACIONAL (CNUDMI) (2023): “Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform”. Disponible en https://uncitral.un.org/en/working_groups/3/investor-state [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].
- DAELE, Karel (2012): “Investment Treaty Arbitration: Similar Challenge, Different Outcome”, *Global Arbitration Review*. Disponible en <https://globalarbitrationreview.com/article/investment-treaty-arbitration-similar-challenge-different-outcome> [fecha de consulta: 17 de julio de 2023] (requiere suscripción).
- EU MONITOR (2015): *Proposing an Investment Court System*. Disponible en www.eumonitor.eu/9353000/1/j9vvik7m1c3gyxp/vjxdm6kcngzo?ctx=vhyzn0ozwmz1&v=1 [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].

- FINKEL, Ekaterina & OAKLEY, Louise (2020): "Arbitrator challenges: a practical guide", *Global Arbitration News*. Disponible en www.globalarbitrationnews.com/2020/12/03/arbitrator-challenges-a-practical-guide/ [fecha de consulta: 22 de marzo de 2023].
- FOUCHARD, Athina (2015): "The EU Proposal Regarding Investment Protection: The End of Investment Arbitration as We Know It?", *Kluwer Arbitration Blog*. Disponible en <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2015/12/29/the-eu-proposal-regarding-investment-protection-the-end-of-investment-arbitration-as-we-know-it/> [fecha de consulta: 5 de abril de 2023].
- HOWSE, Robert (2015): "Courting the Critics of Investor-State Dispute Settlement: The EU Proposal for a Judicial System for Investment Disputes". Disponible en https://cdn-media.web-view.net/i/fjj3t288ah/Courting_the_Criticsdraft1.pdf [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].
- HWANG, Michael & LIM, Kevin (2011): "Issue Conflict in ICSID Arbitrations", *Transnational Dispute Management*, vol. 5. Disponible en https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/hwang_and_lim_-_issue_conflict_in_icsid_arbitrations_tdm.pdf [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle & POTESTÀ, Michele (2016): "Can the Mauritius Convention Serve as a Model for the Reform of Investor-State Arbitration in Connection With the Introduction of a Permanent Investment Tribunal or an Appeal Mechanism? - Analysis and Roadmap", *Geneva Center for International Dispute Settlement*. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3455511 [fecha de consulta: 5 de abril de 2023].
- KOOROSH, Ameli *et al.* (2016): "TASK FORCE PAPER regarding the proposed International Court System (ICS)", *European Federation for Investment Law and Arbitration*. Disponible en https://efila.org/wp-content/uploads/2016/02/EFILA_TASK_FORCE_on_ICS_proposal_1-2-2016.pdf [fecha de consulta: 5 de abril de 2023].
- MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES (2022): "Chile y la Unión Europea concretan cierre político de la modernización del Acuerdo de Asociación". Disponible en www.minrel.gob.cl/noticias-antiores/chile-y-la-union-europea-concretan-cierre-politico-de-la-modernizacion [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].
- SARVARIAN, Arman & BAKER, Rudy (2015): "Arbitration between Croatia and Slovenia: Leaks, Wiretaps, Scandal", *EJIL: Talk! Blog of the European Journal of International Law*. Disponible en www.ejiltalk.org/arbitration-between-croatia-and-slovenia-leaks-wiretaps-scandal/ [fecha de consulta: 5 de abril de 2023].
- TITI, Catherine (2016): "The European Union's Proposal for an International Investment Court: Significance, Innovations and Challenges Ahead", *Transnational Dispute Management*, vol. 1. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2711943 [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].
- UNCTAD (2016): *World Investment Report 2016*. Disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/wir2016_en.pdf [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].

Normas

- Acuerdo de Protección de Inversiones entre la Unión Europea y sus Estados Miembros, por una parte, y la República Socialista de Vietnam, por la otra parte (2019). Disponible en <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaties/treaties-with-investment-provisions/3616/eu---viet-nam-investment-protection-agreement-2019-> [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].
- Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (1966). Disponible en <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf> [fecha de consulta: 5 de abril de 2023].
- Directrices de la International Bar Association sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional (2013), adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el 23 de octubre de 2014. Disponible en www.ibanet.org/MediaHandler?id=59C60328-61F3-4F0A-9A92-78F4F67C1C50 [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].
- Reglamento de Arbitraje de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (2013). Disponible en <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/uncitral-arbitration-rules-2013-s.pdf> [fecha de consulta: 4 de abril de 2023].

Jurisprudencia

- CIADI (2001): Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. Argentina, caso n.º ARB/97/3, decisión sobre la recusación al presidente del Comité, del 3 de octubre de 2001.
- CIADI (2007): Suez y otros c. Argentina, caso No. ARB/03/17 y Suez y otros c. Argentina, caso n.º ARB/03/19, decisión sobre la solicitud de descalificación de un miembro del Tribunal Arbitral, del 22 de octubre de 2007.
- CIADI (2008): EDF International S.A. y otros c. Argentina, caso n.º ARB/03/23, decisión sobre recusación respecto de Gabrielle Kaufmann-Kohler, del 25 de junio de 2008.
- CIADI (2010): Urbaser SA y Consorcio de Aguas Argentina, caso n.º ARB/07/26, decisión sobre solicitud de descalificación del profesor Campbell McLachlan, del 12 de agosto de 2010.
- CIADI (2008): Perenco Ecuador Ltd. c. Ecuador & Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, caso CIADI n.º ARB/08/6.
- CIADI (2011): OPIC Karimum Corporation c. Venezuela, caso n.º ARB/10/14, decisión sobre la solicitud de descalificación del profesor Philippe Sands, del 5 de mayo de 2011.
- CIADI (2012): ConocoPhillips Company y Otros c. Venezuela, caso n.º ARB/07/30, decisión sobre la solicitud de descalificación de Yves Fortier, del 27 de febrero de 2012.

CIADI (2013a): Blue Bank International & Trust Ltd. C. Venezuela, caso n.º ARB/12/20, decisión sobre la solicitud de las partes de descalificar a la mayoría del tribunal, del 12 de noviembre de 2013.

CIADI (2013b): Burlington Resources, Inc. c. Ecuador, caso n.º ARB/08/05, decisión sobre la solicitud de descalificación del profesor Francisco Orrego Vicuña, del 13 de diciembre de 2013.

CIADI (2014): Caratube International Oil Company LLP y Devincci Salah Hourani c. La República de Kazakhstan, caso n.º ARB/13/13, decisión sobre la solicitud de descalificación del Sr. Bruno Boesch, del 20 de marzo de 2014.

CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE (CPA) (2009): Perenco Ecuador Limited c. Ecuador & Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, Corte Permanente de Arbitraje, caso n.º IR-2009/1, decisión sobre recusación de árbitro, del 8 de diciembre de 2009.