

Observaciones anotadas de la Unión Europea y sus Estados miembros sobre el proyecto de código de conducta para árbitros en materia de inversiones elaborado conjuntamente por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones y la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional¹

11.9.2020

Observaciones generales de la Unión Europea y sus Estados miembros (sobre el apdo. 12 del comentario sobre el proyecto de código):

La Unión Europea y sus Estados miembros desean expresar su agradecimiento al Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) y la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) por su excelente labor en este proyecto de código de conducta.

Durante todo el proceso de modificación de las reglas del CIADI y las deliberaciones en el seno del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI, la Unión Europea y sus Estados miembros han abogado por una reforma que, entre otras cosas, ofrezca garantías adecuadas para la independencia e imparcialidad de los árbitros, incluso a través de un código de conducta vinculante aplicable a todos los procedimientos de solución de controversias entre inversionistas y Estados (SCIE).

Por lo que respecta a las deliberaciones en el seno de la CNUDMI, en el 38.º período de sesiones del Grupo de Trabajo III, celebrado en octubre de 2019, «[s]e señaló que quizás fuera necesario trazar una distinción entre las normas de los códigos de conducta para árbitros *ad hoc* y las destinadas a los decisores o jueces que integraran un órgano permanente. [...] Se sugirió que el Grupo de Trabajo procurara, en todo caso, preparar en paralelo normas que fueran aplicables a los árbitros y decisores o jueces» ([A/CN.9/1004*](#), [apdo. 55](#), la cursiva es añadida). Asimismo, el Grupo de Trabajo III indicó que la labor preparatoria de un código de conducta debería «determinar, por una parte, los aspectos que serían aplicables por igual a todos los miembros de los tribunales de SCIE y, por la otra, los aspectos en que habría diferencias entre los miembros *ad hoc* y los miembros permanentes y, por consiguiente, proponer diferentes opciones» ([A/CN.9/1004*](#), [apdo. 68](#), la cursiva es añadida).

No obstante, el texto actual del proyecto de código de conducta no hace distinción entre los árbitros *ad hoc* y los árbitros o decisores permanentes. Utiliza el término global «adjudicator» (árbitro) para referirse a ambas categorías (véase el proyecto de artículo 1, apartado 1, y los apartados 6 y 15 del comentario) y aplica las mismas disposiciones a ambas categorías, sin hacer distinciones. Aunque en el comentario se mencionan unas pocas excepciones aplicables a los árbitros permanentes, en el texto del proyecto de artículos no se refleja diferencia alguna (véase el apartado 9 del comentario).

Como se explicará en detalle a continuación, varias de las disposiciones de este proyecto de código de conducta resultan difíciles de aplicar a árbitros permanentes designados por las partes para formar parte de un mecanismo permanente, contratados a tiempo completo por mandatos de larga duración no prorrogables, con salarios fijos y sin actividades externas (en lo sucesivo, «árbitros permanentes»; véase [A/CN.9/WG.III/WP.159/Add.1](#)).

¹ La versión en inglés del proyecto de código y su comentario están disponibles en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/draft_code_of_conduct.docx.

Las traducciones del proyecto de código de conducta y su comentario en las restantes lenguas de las Naciones Unidas estarán disponibles en el sitio web del Grupo de Trabajo III de la CNUDMI: https://uncitral.un.org/es/working_groups/3/investor-state.

Por tanto, la Unión Europea y sus Estados miembros invitan a la Secretaría de la CNUDMI a que trace una distinción más clara entre las normas éticas que se aplicarían a los árbitros *ad hoc* y las que se aplicarían a los árbitros permanentes. A tal efecto, dentro del código de conducta podría diferenciarse claramente entre las partes o los capítulos que se apliquen al arbitraje *ad hoc* y los que se apliquen a un mecanismo permanente. Las normas aplicables a los árbitros permanentes podrían inspirarse, en particular, en normas éticas ya existentes adoptadas por tribunales internacionales con árbitros a tiempo completo.

En lo referente al proceso de reforma del CIADI, la Unión Europea y sus Estados miembros sugieren que, hasta que se disponga de un código de conducta, la aceptación de un nombramiento incluya un compromiso específico de respetar normas éticas pertinentes ya existentes, como las Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional. Lamentablemente, el Secretariado del CIADI no ha incorporado esta propuesta, respaldada asimismo por otros miembros de dicha institución, a la versión más reciente del proyecto de Reglas revisadas del CIADI.

En el texto del comentario sobre este proyecto de código de conducta se incorporan, en negrita, otras observaciones respecto a determinadas disposiciones, distinguiendo, cuando procede, entre observaciones relativas a los árbitros permanentes y observaciones que conciernen a los árbitros *ad hoc*.

Observación n.º 1 de la Unión Europea y sus Estados miembros (sobre el apdo. 19 del comentario sobre el proyecto de código):

La nota al pie n.º 5 del comentario de este proyecto de código de conducta sugiere que el término «candidates» (candidatos) aplicado a árbitros permanentes puede hacer referencia a árbitros que sean miembros de un mecanismo permanente antes de ser seleccionados para conocer de un caso en particular.

Por el contrario, la Unión Europea y sus Estados miembros consideran que, en el contexto de un mecanismo permanente, las obligaciones de los candidatos deben aplicarse a individuos cuya selección como árbitros permanentes se esté considerando. Una vez designados árbitros permanentes, tendrían la obligación continua de cumplir el código de conducta, incluso antes de ser seleccionados para conocer de un caso en particular.

Además, la definición de «candidates» también podría tener que cubrir a individuos que se postulen directamente para ser seleccionados como árbitros permanentes, si el proceso de selección aplicable contempla esta posibilidad. La Unión Europea y sus Estados miembros sugieren, por tanto, que se inserte la expresión «or are otherwise aware that they are under consideration» (o que tengan constancia de otro modo de que están siendo objeto de consideración) entre «have been proposed or contacted» (a las que se haya propuesto o con las que se haya contactado) y «for selection and potential appointment» (para su selección y posible nombramiento) en el proyecto de artículo 1, apartado 3.

Observación n.º 2 de la Unión Europea y sus Estados miembros (sobre el apdo. 22 del comentario sobre el proyecto de código):

Las normas del código de conducta deberían aplicarse asimismo a la solución de controversias en materia de inversiones entre Estados y, *mutatis mutandis*, a otros mecanismos de solución amistosa, como los procedimientos de mediación, conciliación o investigación. Dicha modificación debería reflejarse en todas las disposiciones pertinentes de este proyecto de código de conducta, incluidos los artículos 1 y 2 (definiciones y ámbito de aplicación) del proyecto.

Observación n.º 3 de la Unión Europea y sus Estados miembros (sobre el apdo. 23 del comentario sobre el proyecto de código):

La Unión Europea y sus Estados miembros sugieren que se revise el código de conducta al concluir los debates para estudiar qué disposiciones deberían aplicarse a los asistentes y cuáles no.

Observación n.º 4 de la Unión Europea y sus Estados miembros (sobre el apdo. 24 del comentario sobre el proyecto de código):

En consonancia con la observación n.º 1 anterior, se sugiere insertar la expresión «or are otherwise aware that they are under consideration» (o tengan constancia de otro modo de que están siendo objeto de consideración) entre «as soon as they are contacted in relation to» (en cuanto se contacte con ellos) y «a possible appointment» (para un posible nombramiento).

Observación n.º 5 de la Unión Europea y sus Estados miembros (sobre el apdo. 30 del comentario sobre el proyecto de código):

- respecto a los árbitros permanentes:

En un mecanismo permanente, la competencia de los árbitros se garantizaría por medio de disposiciones estatutarias pertinentes y los procedimientos de selección. Los árbitros estarían sujetos a la obligación permanente de mantener sus conocimientos y su competencia a lo largo de su mandato, pero no sería posible que las partes litigantes recusaran a un árbitro por una supuesta falta de competencia.

- respecto a los árbitros *ad hoc*:

La Unión Europea y sus Estados miembros sugieren que se reflexione e investigue en mayor profundidad acerca de si es apropiado abordar cuestiones de competencia en un código de conducta para árbitros *ad hoc* y las posibles consecuencias de hacerlo (p. ej., si se correría el riesgo de recusaciones abusivas de árbitros por supuestas faltas de competencia).

Observación n.º 6 de la Unión Europea y sus Estados miembros sobre los árbitros permanentes (sobre el apdo. 31 del comentario sobre el proyecto de código):

No parece adecuado imponer un deber de disponibilidad («duty of availability») a los árbitros a tiempo completo, puesto que no tendrían otras ocupaciones. Sería más conveniente que las normas de conducta para árbitros permanentes se basaran en disposiciones similares de tribunales internacionales. Por ejemplo, el artículo 23, apartado 3, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece lo siguiente: «Los miembros de la Corte tienen la obligación de estar en todo momento a disposición de la misma, salvo que estén en uso de licencia o impedidos de asistir por enfermedad o por razones graves debidamente explicadas al Presidente».

Observación n.º 7 de la Unión Europea y sus Estados miembros (sobre el apdo. 32 del comentario sobre el proyecto de código):

La Unión Europea y sus Estados miembros sugieren que, en el proyecto de artículo 3, letra d), se haga referencia a «any applicable confidentiality and non-disclosure obligations» (toda obligación aplicable de confidencialidad y no divulgación) (el subrayado es añadido).

Observación n.º 8 de la Unión Europea y sus Estados miembros sobre los árbitros permanentes (sobre el apdo. 38 del comentario sobre el proyecto de código):

Las normas relativas a árbitros permanentes designados por las partes de un tratado, y no por las partes litigantes, deberían prever asimismo, en el proyecto de artículo 4, apartado 2, letra a), que los árbitros no deberán estar influidos por la lealtad a una parte («to a Party»).

Observación n.º 9 de la Unión Europea y sus Estados miembros (sobre el apdo. 45 del comentario sobre el proyecto de código):

El proyecto de artículo 5, apartado 1, debería prever de forma más explícita que los árbitros deben comunicar cualesquiera intereses, relaciones o asuntos que pudieran afectar razonablemente a su independencia o imparcialidad, independientemente del momento o la forma en particular en que existiera dicho interés, relación o asunto.

Observación n.º 10 de la Unión Europea y sus Estados miembros sobre los árbitros ad hoc (sobre el apdo. 48 del comentario sobre el proyecto de código):

La redacción sugerida en el proyecto de artículo 5, apartado 2, letra a), exigiría la comunicación de relaciones que hayan existido en los cinco años anteriores. Dependiendo del caso, es posible que haya relaciones anteriores que podrían estar relacionadas con la existencia de un conflicto. Así pues, cinco años como mínimo («at least») debería ser el mínimo para la comunicación de información.

Observación n.º 11 de la Unión Europea y sus Estados miembros sobre los árbitros permanentes (sobre el apdo. 64 del comentario sobre el proyecto de código):

La Unión Europea y sus Estados miembros consideran que las obligaciones de comunicación de información incluidas en los apartados 1, 3 y 4 (primera frase) son suficientes en el contexto de un mecanismo permanente. En el caso de los árbitros a tiempo completo sin otra actividad profesional, los conflictos de intereses relacionados con el caso serán menos frecuentes. Por tanto, podría no ser necesario aplicar las obligaciones exhaustivas de comunicación de información a cada caso en particular. En este supuesto, los conflictos de intereses relacionados con el caso quedarían cubiertos con las obligaciones generales del proyecto de artículo 5, apartados 1, 3 y 4 (primera frase), que garantizarían la comunicación de información y las posibles recusaciones.

Observación n.º 12 de la Unión Europea y sus Estados miembros sobre los árbitros ad hoc (sobre el apdo. 64 del comentario sobre el proyecto de código):

A fin de garantizar que se facilite la información pertinente enumerada en el proyecto de artículo 5, apartado 2, dicha información debería comunicarse por medio de un formulario normalizado incluido como anexo del código de conducta, con la posibilidad de añadir o adjuntar cualquier documento, con arreglo a cualquier otro procedimiento establecido por las partes. Los formularios de «Declaración» actualmente utilizados en los procedimientos del CIADI podrían servir de modelo.

Observación n.º 13 de la Unión Europea y sus Estados miembros (sobre el apdo. 64 del comentario sobre el proyecto de código):

La segunda frase del proyecto de artículo 5, apartado 4, debería suprimirse. La Unión Europea y sus Estados miembros consideran que no debería corresponder a los árbitros decidir qué es trivial, sino que corresponde a las partes litigantes, a la autoridad encargada de los nombramientos o a los coárbitros (según corresponda en un sistema *ad hoc*), o al Tribunal y a su presidente (en un mecanismo permanente) valorar si la información comunicada es trivial de cara a posibles recusaciones o remociones de los árbitros.

Observación n.º 14 de la Unión Europea y sus Estados miembros (sobre el apdo. 64 del comentario sobre el proyecto de código):

Sería conveniente detallar en mayor medida a quién debe comunicarse la información (a las partes litigantes, a las partes, a la Secretaría, a los coárbitros, al Tribunal, al presidente del Tribunal, etc.). Una vez más, esto podría variar en función de si el proyecto de artículo 5 se aplica a un mecanismo permanente o al arbitraje *ad hoc*.

Observación n.º 15 de la Unión Europea y sus Estados miembros (sobre el apdo. 68 del comentario sobre el proyecto de código):

La prohibición del doble mandato reportaría la enorme ventaja de reducir las inquietudes por los conflictos de intereses. Sin embargo, como se afirma en el apartado 68 del comentario, en el sistema tradicional de SCIE muchos árbitros son designados para el puesto una sola vez, y solicitar a cualquier posible árbitro que no intervenga en otros casos podría dificultar el acceso de nuevos árbitros al sistema de arbitraje, lo que supondría un obstáculo para el aumento de la diversidad de género y geográfica, un importante objetivo reconocido por el Grupo de Trabajo III de la CNUDMI y por la mayoría de los miembros del CIADI durante los debates en el seno de dicha institución. Según informa [Arbitral Women](#), en un estudio reciente de 353 casos registrados en el CIADI entre 2012 y 2019, de los 1 055 nombramientos, únicamente 152 eran nombramientos de 35 mujeres (tan solo un 14,4 %) y dos árbitras representan conjuntamente el 45,3 % de los nombramientos de mujeres.

Si se contara con un mecanismo permanente, se podrían resolver las inquietudes por conflictos de intereses al disponer de árbitros a tiempo completo sin actividades externas, así como aumentar la representación geográfica y de género al incluir en su estatuto requisitos de diversidad para la selección de árbitros permanentes. Pueden encontrarse ejemplos al respecto en varios estatutos y actos de ejecución vigentes de tribunales internacionales [véase, por ejemplo, el artículo 36, apartado 8, del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional y el Procedimiento para la presentación de candidaturas y la elección de los magistrados, el Fiscal y los fiscales adjuntos de la Corte Penal Internacional (ICC-ASP/3/Res.6), apdo. 20, letras b) y c)].

Observación n.º 16 de la Unión Europea y sus Estados miembros sobre los árbitros permanentes (sobre el apdo. 73 del comentario sobre el proyecto de código):

Como se afirma en el apartado 73 del comentario, el proyecto de artículo 6 no es adecuado para los árbitros permanentes, quienes estarían contratados a tiempo completo con un salario y unas prestaciones suficientes para cubrir los ingresos perdidos al no asumir otro empleo. Los árbitros a tiempo completo no podrían desempeñar otra ocupación simultánea, en consonancia con las normas y

prácticas de tribunales internacionales ya existentes. Por ejemplo, los artículos 16 y 17 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia prevén normas de incompatibilidad para los magistrados de dicho órgano. Más recientemente, la Corte Internacional de Justicia ha [decidido](#) que sus miembros titulares no actuarían como árbitros en la solución de controversias entre inversionistas y Estados ni en arbitraje comercial. De un modo similar, el artículo 40, apartados 2 y 3, del Estatuto y el artículo 10 del Código de Ética Judicial de la Corte Penal Internacional prevén requisitos de incompatibilidad similares.

Un código de conducta para árbitros permanentes también debería incluir normas de conducta detalladas aplicables a los árbitros permanentes tras concluir su mandato, entre ellas, la prohibición de ejercer determinadas funciones o profesiones durante un período específico tras finalizar su mandato. Podrían servir de inspiración para ello los Códigos de Conducta incluidos en Acuerdos de la UE para la solución de controversias entre inversionistas y el Estado, y la Instrucción Práctica VIII de la Corte Internacional de Justicia, según la cual, la Corte considera que no redundaría en el interés de una buena administración de justicia el hecho de que una persona que haya sido hasta hace poco miembro de la Corte intervenga como agente, consejero o abogado en un asunto ante este órgano.

Observación n.º 17 de la Unión Europea y sus Estados miembros sobre los sistemas *ad hoc* (sobre el apdo. 73 del comentario sobre el proyecto de código):

Como se señala en el comentario sobre el proyecto de código de conducta, en el contexto actual del arbitraje *ad hoc*, dicha norma requeriría definir con precisión las funciones que no pueden desempeñarse simultáneamente, así como un plazo. Dada la importancia de las inquietudes en cuestión, la Unión Europea y sus Estados miembros acogerían de buen grado un debate específico al respecto entre los miembros del CIADI.

Observación n.º 18 de la Unión Europea y sus Estados miembros (sobre el apdo. 76 del comentario sobre el proyecto de código):

La Unión Europea y sus Estados miembros se remiten a su observación n.º 5.

Observación n.º 19 de la Unión Europea y sus Estados miembros sobre los árbitros permanentes (sobre el apdo. 79 del comentario sobre el proyecto de código):

La Unión Europea y sus Estados miembros reiteran su observación n.º 6, relativa al deber de disponibilidad («duty of availability») de los árbitros permanentes.

Observación n.º 20 de la Unión Europea y sus Estados miembros (sobre el apdo. 80 del comentario sobre el proyecto de código):

- respecto a un mecanismo permanente:

El apartado 2 del proyecto de artículo 8 no es necesario y, por consiguiente, no es adecuado para un mecanismo permanente, en el cual la asignación de casos se gestionaría aplicando las normas de dicho mecanismo.

- respecto al arbitraje *ad hoc*:

La Unión Europea y sus Estados miembros sugieren que se estudie en mayor profundidad la posibilidad de limitar el número de casos de que los árbitros podrían conocer simultáneamente, con miras a establecer posibles límites.

Observación n.º 21 de la Unión Europea y sus Estados miembros sobre los árbitros permanentes (sobre el apdo. 84 del comentario sobre el proyecto de código):

El proyecto de artículo 10 no sería de aplicación en el contexto de un mecanismo permanente compuesto por árbitros designados por las partes contratantes, que estarían contratados a tiempo completo y tendrían el deber permanente de comunicar cualquier conflicto de intereses.

Las normas éticas aplicables a los árbitros permanentes no deberían incluir este proyecto de disposición.

Observación n.º 22 de la Unión Europea y sus Estados miembros sobre los árbitros permanentes (sobre el apdo. 87 del comentario sobre el proyecto de código):

La Unión Europea y sus Estados miembros están de acuerdo en que el proyecto de artículo 11 no sería de aplicación en el contexto de un mecanismo permanente con árbitros a tiempo completo. Los árbitros permanentes no recibirían honorarios de las partes litigantes por el tiempo dedicado a un caso, sino que percibirían un salario fijo predeterminado, con cargo al presupuesto del mecanismo permanente y comparable a la remuneración de los jueces de otros tribunales internacionales.

Las normas éticas aplicables a los árbitros permanentes no deberían incluir este proyecto de disposición.

Observación n.º 23 de la Unión Europea y sus Estados miembros sobre los árbitros permanentes (sobre el apdo. 90 del comentario sobre el proyecto de código):

Las normas relativas a la recusación, inhabilitación y remoción de árbitros permanentes deberían abordarse en el Estatuto por el que se establezca el mecanismo permanente. Dicho Estatuto incluiría asimismo normas sobre la aplicación de las obligaciones éticas para antiguos árbitros, es decir, para los árbitros permanentes al finalizar su mandato.

Observación n.º 24 de la Unión Europea y sus Estados miembros (sobre el apdo. 92 del comentario sobre el proyecto de código):

En general, podría resultar difícil aplicar sanciones pecuniarias, si bien podría resultar más fácil considerar la imposición de posibles sanciones financieras en el contexto de un mecanismo permanente, en el cual los árbitros estarían empleados a tiempo completo y percibirían un salario fijo y, probablemente, una pensión.

Observación n.º 25 de la Unión Europea y sus Estados miembros (sobre el apdo. 93 del comentario sobre el proyecto de código):

- respecto a los árbitros permanentes:

Las sanciones relacionadas con la reputación podrían resultar difíciles de aplicar en general, si bien no serían necesarias en el contexto de un mecanismo permanente, en el cual los árbitros podrían ser destituidos del mecanismo en caso de infracciones graves y reiteradas del código de conducta.

- respecto a los árbitros *ad hoc*:

La posibilidad de que haya consecuencias vinculadas al incumplimiento de los plazos, por ejemplo, ha sido objeto de debate entre los miembros del CIADI en el contexto del proceso en curso de modificación de las reglas. Si bien reconocen las dificultades inherentes a la aplicación de sanciones relacionadas con la reputación, la Unión Europea y sus Estados miembros acogerían con agrado una reflexión en mayor profundidad sobre este aspecto.

Observación n.º 26 de la Unión Europea y sus Estados miembros (sobre el apdo. 94 del comentario sobre el proyecto de código):

No es deseable que a un centro de asesoramiento se le confíe la función de compilar un listado de árbitros que hayan infringido las disposiciones del código. Esta no es la función de un centro de asesoramiento.

Observación n.º 27 de la Unión Europea y sus Estados miembros (sobre el apdo. 95 del comentario sobre el proyecto de código):

- respecto a un mecanismo permanente:

Sin lugar a dudas, el Tribunal y su presidente serían responsables de hacer cumplir el código en caso de infracción de este por parte de los árbitros permanentes, en consonancia con las normas y prácticas de tribunales internacionales ya existentes (por ejemplo, artículos 18 y 24 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia).

- respecto al arbitraje *ad hoc*:

Cabe la posibilidad de que un mecanismo permanente fuera responsable de hacer cumplir el código, también en caso de infracciones de este por parte de árbitros *ad hoc*, pero debería tenerse en cuenta que solo las Partes del Tribunal financian sus actividades.

Observación n.º 28 de la Unión Europea y sus Estados miembros (sobre el apdo. 96 del comentario sobre el proyecto de código):

- respecto a un mecanismo permanente:

En el contexto de un Tribunal internacional (o «anacional»), a los árbitros permanentes solo se les aplicarían las normas del código de conducta y del Estatuto por el que se establezca el mecanismo permanente.

- respecto al arbitraje *ad hoc*:

En el contexto del arbitraje *ad hoc*, la cuestión de la relación de un código de conducta con otras normas vigentes requeriría un análisis en mayor profundidad.

Observación n.º 29 de la Unión Europea y sus Estados miembros (sobre el apdo. 97 del comentario sobre el proyecto de código):

- respecto a un mecanismo permanente:

La Unión Europea y sus Estados miembros respaldan la inclusión de un código de conducta para árbitros permanentes en un instrumento multilateral en el marco de la reforma del sistema de SCIE, el cual se aplicaría a los árbitros permanentes de un mecanismo permanente.

- respecto al arbitraje del CIADI:

La Unión Europea y sus Estados miembros respaldan la incorporación de un código de conducta vinculante para los árbitros *ad hoc* a las reglas del CIADI. La aceptación del nombramiento como árbitro del CIADI podría incluir un compromiso de cumplimiento del código de conducta.
