

REFLEXIONES SOBRE EL ISSUE CONFLICT (O LA PRESENTACIÓN DEL ISSUE BIAS)

DYALÁ JIMÉNEZ FIGUERES (*)

SUMARIO: *1. Introducción: El sistema actual de nombramiento de árbitros. 2. Definición de Issue Conflict y diferencia con otros dilemas. 2.1. Aspecto sustantivo. 2.2. Aspecto formal. 3. Tratamiento del Issue Conflict. 3.1. Regulación normativa. 3.2. Jurisprudencia: la Decisión Urbaser. 4. Conclusión.*

Es de perogrullo anotar que toda discusión relacionada con la independencia e imparcialidad de los árbitros es esencial para la credibilidad del sistema de arbitraje internacional. Es por esta razón, sin duda, que existe vasta literatura y discusión sobre el tema y las diferentes aristas que de él emanan. A través de ciertas preguntas elementales, estas notas pretenden aportar a los debates que se suscitan sobre un asunto muy específico dentro del universo de la independencia e imparcialidad de los árbitros, el *issue conflict*, o la predisposición doctrinal¹.

A modo de introducción se describe el diseño del sistema de arbitraje internacional que impera en la actualidad, en particular en lo concerniente al nombramiento de árbitros (1). Posteriormente se plantean dos interrogantes:

qué es *issue conflict* y cómo se diferencia de otros dilemas relacionados con el requisito de imparcialidad (2); y, a partir de ello, cuál es el tratamiento que se le da al *issue conflict* en las normas y la jurisprudencia (3). Tras hilar las respuestas a las anteriores preguntas, surge la última duda: el *issue conflict*, ¿mina la credibilidad del sistema? (4). Como quedará establecido, la respuesta es que no, y que el término «*issue conflict*» debería ser reemplazado por «*issue bias*».

1. INTRODUCCIÓN: EL SISTEMA ACTUAL DE NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS

Recientemente se generó un interesante debate provocado por el Profesor Jan PAULSSON, quien planteó la necesidad de

(*) Profesora de Arbitraje de la Universidad de Chile. Abogada y árbitro, Miembro fundadora de la Asociación Latinoamericana de Arbitraje (ALARB) y del Grupo Latinoamericano de Arbitraje de la ICC; miembro del Instituto de Arbitraje Internacional (IAI).

¹ Se utiliza la terminología inglesa por ser ampliamente conocida por la comunidad arbitral. Se utiliza indistintamente la traducción del jurista español Manuel CONTHE, «predisposición doctrinal», la cual es más precisa. Véase blog de Manuel CONTHE «El Sueño de Jardiel», en <http://www.expansion.com/blogs/conthe/2012/08/14/issue-conflict.html> [Página visitada el día 02.02.2013, a las 18:00 horas].

modificar el sistema que permite los nombramientos de árbitros unilateralmente por cada una de las partes y migrar hacia uno de nombramientos puramente institucionales². La preocupación subyacente de su postura es el riesgo a la pérdida de credibilidad del sistema, puesto que existirían indicios que apuntan a una falta de imparcialidad de los árbitros designados unilateralmente por las partes. Al lado opuesto de la discusión, se planteó la necesidad de proteger la facultad de las partes para designar a los árbitros como un elemento del sistema actual del arbitraje internacional³.

Esta polémica pone de manifiesto la tensión que existe entre la credibilidad del arbitraje como un mecanismo privado de justicia impartida por juzgadores imparciales, por un lado, y la efectividad del mecanismo, creado por y para sus usuarios⁴ al amparo de tratados, leyes y contratos, por el otro. En efecto, el sistema de arbitraje internacional actual pretende proteger la autonomía de la voluntad en materia de constitución del tribunal arbitral y, a la vez, garantizarla imparcialidad y la independencia de los árbitros. Aun cuando la propues-

ta del Profesor Paulsson no trate de erradicar por completo la designación de los árbitros por las partes –sino solamente los nombramientos unilaterales–, pareciera inclinarse excesivamente en la dirección del segundo propósito enunciado, en detrimento del primero; es probablemente por esta razón que, como él mismo admite, está bastante aislado en su postura⁵.

En esa dirección pareciera apuntar el estudio realizado por el School of International Arbitration Queen Mary, de la Universidad de Londres, «2012 International Arbitration Survey: Current and Preferred Practices in the Arbitral Process». Uno de sus resultados arroja que el 76% de los usuarios sostiene que es «muy importante» que las partes puedan designar los árbitros que van a conocer de las controversias que ellas someten a arbitraje⁶. En su respuesta al Profesor Paulsson, ya Alexis Mourre había anotado que más del 50% de los usuarios en arbitrajes administrados por la ICC y por la LCIA en el año 2009 prefirieron que los presidentes de los tribunales arbitrales fueran designados por las partes, directa o indirectamente (esto es, por los coárbitros por ellas designados), y no por la institución⁷.

² PAULSSON, Jan, «Moral Hazard in International Dispute Resolution», Inaugural Lecture as Holder of the Michael R. Klein Distinguished Scholar Chair University of Miami School of Law 29 April 2010. Véase en http://www.arbitration-icca.org/media/0/12773749999020/paulsson_moral_hazard.pdf. [página visitada el día 02.02.2013, a las 18:10 horas].

³ MOURRE, Alexis, «Are unilateral appointments defensible? On Jan Paulsson's Moral Hazard in International Arbitration», Véase en <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/10/05/are-unilateral-appointments-defensible-on-jan-paulsson%E2%80%99s-moral-hazard-in-international-arbitration/> [página visitada el día 21.02.2013, a las 20.00 horas].

⁴ Es de anotar que en la referencia a «usuarios» se incluye tanto el Estado que firmó un tratado como el privado que celebró un contrato y el Estado que suscribió un contrato, ya que en definitiva, todos ellos crean consensualmente las reglas de constitución del tribunal arbitral, sea en los tratados o en los contratos pertinentes. Por esta razón, las reflexiones que se plantean son válidas para el arbitraje comercial y el arbitraje en materia de inversión.

⁵ PAULSSON, Jan, «Moral Hazard in International Dispute Resolution», Inaugural Lecture as Holder of the Michael R. Klein Distinguished Scholar Chair University of Miami School of Law 29 April 2010. Véase en http://www.arbitration-icca.org/media/0/12773749999020/paulsson_moral_hazard.pdf. [página visitada el día 02.02.2013, a las 18:10 horas].

⁶ Véase en <http://www.whitecase.com/files/Uploads/Documents/Arbitration/Queen-Mary-University-London-International-Arbitration-Survey-2012.pdf>, p. 5. [página visitada el día 02.02.2013, a las 18:10 horas].

⁷ Véase en <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/10/05/are-unilateral-appointments-defensible-on-jan-paulsson%E2%80%99s-moral-hazard-in-international-arbitration/> [página visitada el día 02.02.2013, a las 18:00 horas].

Si bien las estadísticas no conciernen específicamente los nombramientos unilaterales, no es osado concluir que, tanto conceptualmente como en la práctica, hay una preferencia por parte de la mayoría de los usuarios por conservar esta facultad. Ahora bien, ¿constituye el nombramiento unilateral un derecho inalienable? Si bien es discutible, lo cierto es que la generalidad de las legislaciones nacionales y los reglamentos de arbitraje no solo no lo proscriben sino que lo establecen como el mecanismo operativo a falta de un acuerdo en contrario⁸. Los tribunales judiciales no parecen cuestionarlo tampoco, siempre que se resguarde la igualdad entre las partes en el ejercicio de dicha potestad⁹. Por último, la observación empírica sugiere que es ínfimo el número de cláusulas arbitrales en las cuales las partes voluntariamente renuncian a efectuar designaciones unilaterales.

La relevancia de la discusión iniciada por el Profesor PAULSSON para el tema de *issue conflict* es absoluta, ya que uno de los aspectos que las partes sopesan al momento de identificar el árbitro que van a designar es precisamente una predisposición doctrinal favorable a sus respectivas posturas. El siguiente intercambio en el blog de KluwerArbitration.com es revelador:

«[Post de Katherine A. Rogers del 9 de agosto de 2012]:

-[...] Research [carried out to identify a suitable party-appointed arbitrator] also includes scouring academic works, judicial opinions that might be authored by (or comment on) an arbitrator, and those rarely published arbitral awards to glean insights about the arbitrator's decisional history, temperament, or intellectual orientation on particular issues.[...]

[Post de Dominik Steghöfer del 26 de agosto de 2012]:

-I cannot help but wonder: Do we really want a system in which it is cheap and easy to predict with some degree of certainty where an arbitrator will come down on a specific legal issue? Wouldn't partisanship in party-nominated arbitrators become even worse of a problem if more than the current anecdotal evidence of potential arbitrators' leanings would be available?». ¹⁰

Este último comentario se refiere específicamente al *issue conflict* y lo califica como una manifestación de parcialidad. Pero, ¿qué es exactamente el *issue conflict*?

⁸ Véanse: Art. 11.3 de la Ley Modelo CNUDMI, Art. 179.2 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado, Art. 5 del Federal Arbitration Act, Art. 16.4, 16.5 y 16.6 del 1996 Arbitration Act de Inglaterra, Art. 1508 del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés, Art. 13 de la Ley de Arbitraje de Brasil; Véanse también, Regla 3 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, Art. 12.4 del Reglamento de Arbitraje de la ICC, Art. 5.6 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA, Art. 6.3 del Reglamento de Arbitraje del ICDR y Art. 8.1 y 8.2 del Reglamento Suizo de Arbitraje; por último, art. 9.1 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI.

⁹ El caso emblemático es el caso Dutco v. KTM del 7 de enero de 1992, en el cual la *Cour de cassation* francesa elevó a carácter de orden público la igualdad de las partes en la constitución del tribunal arbitral, en una situación de pluralidad de partes. Otro caso de pluralidad de partes, decidido por la Alta Corte Regional de Frankfurt, Alemania el 16 de septiembre de 2010 (rol no. 26 SchH 5/10), generó un interesante comentario sobre la necesidad de limitar la autonomía de la voluntad de las partes. Véase en <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/10/15/siemens-%E2%80%93-dutco-revisited-balancing-party-autonomy-and-equality-of-the-parties-in-the-appointment-process-in-multiparty-cases/> [página visitada el día 21.02.2013 a las 20:00 horas].

¹⁰ Véase el texto original de los mensajes en: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2012/08/09/the-international-arbitrator-information-project-an-idea-whose-time-has-come/> [página visitada el día 03.02.2013, a las 10:10 horas].

¿Constituye realmente una expresión de falta imparcialidad?

2. DEFINICIÓN DE *ISSUE CONFLICT* Y DIFERENCIA CON OTROS DILEMAS

En esta sección se pretende formular una definición acabada de ‘predisposición doctrinal’. Para ello, se identifican dos aspectos: el sustantivo, esto es, el asunto sobre el cual se tiene una predisposición (2.1) y el formal, es decir, la manera en que se manifiesta la predisposición (2.2). Una definición así estructurada contribuye a diferenciar la con claridad de otras situaciones que podrían constituir violaciones al deber de imparcialidad.

El siguiente enunciado se usará como punto de partida: «El *issue conflict* consiste en haber manifestado una posición sobre la materia o las materias que son objeto de un arbitraje para el cual se le ha designado como árbitro».

2.1. Aspecto sustantivo

Se trata de opiniones manifiestas respecto de materias que son objeto del arbitraje en cuestión. El concepto es sumamente amplio, ya que en un solo arbitraje se puede ventilar más de un asunto, como por ejemplo el alcance de la cláusula arbitral, la terminación anticipada de un contrato o la operatividad de la cláusula penal. Además, las partes a menudo disputan no solo materias sustantivas sino también procesales. A esto deben agregarse cuestiones que

no son puramente jurídicas, como temas de naturaleza técnica y los métodos de valoración que se aplicarán en el cálculo de los daños reclamados por una u/y otra. Por último, y aunque no es lo más común, también debe ser considerado que las materias objeto de un arbitraje pueden cambiar a lo largo del proceso.

Así, el *issue conflict* puede darse respecto de cualquier materia que se disputa entre las partes, porque si un árbitro ha manifestado una posición respecto de una o varias de ellas, va a tener una predisposición a favor de la parte cuya posición coincide con la suya. En consecuencia, no sería riguroso aplicar el concepto de predisposición doctrinal solamente a las materias principales o exclusivamente al tema jurídico de fondo, por ejemplo.

Por otro lado, se debe distinguir la predisposición doctrinal del conflicto de interés que se puede producir por la duplicidad de funciones de una misma persona -como árbitro y como representante o asesor de parte- en arbitrajes relacionados. Así, tomando el caso de Telekom Malaysia v. Ghana¹¹ como ejemplo, el dilema que se presentó tenía que ver con la «incompatibilidad»¹² entre las funciones que cumplía una misma persona, el Profesor Emmanuel GAILLARD, como árbitro del Comité *Ad Hoc* del caso Telekom Malaysia v. Ghana y, simultáneamente, como abogado del demandante en el caso RFCC v. Marruecos. En ese segundo caso, Marruecos invocaba el laudo en el caso Ghana como parte de su defensa y, para Ghana, ese doble rol presentaba problemas de aparente falta de im-

¹¹ Véase en http://juris.prod.advomatic.com/files/free_pdfs/Telekom%20v%20Ghana%20-%20District%20Court%20of%20the%20Hague.pdf [página visitada el día 03.02.2013, a las 12:10 horas].

¹² En el fallo se hace referencia a que «*The petitioner takes the view that that prof Gaillard's role as counsel to the RFCC consortium in the reversal proceedings of the RFCC/Morocco judgment is incompatible with the role he has undertaken as an impartial and unbiased arbitrator in the action between the respondent and the petitioner*».

parcialidad por parte del Profesor GAILLARD, por lo que lo recusó. Tanto el tribunal arbitral como posteriormente la Corte Permanente de Arbitraje rechazaron las recusaciones pero, en su tercer intento, Ghana logró que los tribunales de La Haya invitaran al Profesor GAILLARD a elegir entre las dos funciones. Ante ello el Profesor Gaillard renunció como abogado de parte en el caso marroquí.

Este caso tampoco presenta las condiciones necesarias para ser caracterizado como *issue conflict*, ya que la persona no manifestó su parecer respecto del objeto del litigio en el cual era árbitro. Lo que ocurría más bien era que los intereses a que servía en sus roles eran discordantes, con lo cual era difícil, sino imposible, actuar debidamente en una u otra función. En efecto, el tribunal de La Haya no apartó al árbitro en cuestión del comité *ad hoc*, sino que lo invitó a elegir entre los dos roles. Es más, la segunda recusación presentada ante la misma corte local de La Haya por Ghana, después de que el Profesor GAILLARD había dejado de ser abogado de la parte demandante en el caso en contra de Marruecos, fue rechazada.

Otra distinción que se debe hacer, aunque parezca obvia, es entre el *issue conflict* y la predisposición respecto de una persona o grupo de personas. La situación que se presentó en el caso Perenco Limited

c. República de Ecuador¹³ puede servir como ilustración. Uno de los árbitros en ese caso, el Juez Charles Brower, fue recusado por la parte demandada luego de la publicación de una entrevista que se le hizo sobre el arbitraje internacional en general. El dilema se presentó porque, ante la pregunta sobre cuáles eran los desafíos del arbitraje internacional, el Juez Brower manifestó que uno de ellos era la reticencia a consentir al arbitraje por parte de ciertos estados, mencionando a Ecuador como ejemplo y calificándolo indirectamente como un estado que realiza actos expropiatorios contra los inversionistas¹⁴.

De conformidad con el acuerdo de las partes en ese caso, la Corte Permanente de Arbitraje, aplicando las Directrices de la *International Bar Association* (IBA) sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional (las «Directrices»), admitió la recusación. Sin embargo, se hizo sobre la base de una aparente falta de imparcialidad en contra de la demandada y un aparente prejuzgamiento de una cuestión objeto del conflicto¹⁵, no sobre la base de un *issue conflict*.

Habiendo delimitado el concepto, es crucial determinar cómo se manifiesta el *issue conflict* para, una vez más, diferenciarlo de otros dilemas que se pueden presentar en el ejercicio de la función del árbitro.

¹³ Véase en: <http://ita.law.uvic.ca/documents/PerencovEcuador-Challenge.pdf> [página visitada el día 03.02.2013, a las 23:00 hrs].

¹⁴ «Ecuador currently is expressly declining to comply with the orders of two ICSID tribunals with very stiff interim provisional measures, but they just say they have to enforce their national law and the orders don't make any difference. But when recalcitrant host countries find out that claimants are going to act like those who were expropriated in Libya, start bringing hot oil litigation and chasing cargos, doing detective work looking for people who will invoke cross-default clauses in loan agreements, etc., the politics may change. After a certain point, no one will invest without having something to rely on». Véase la entrevista completa en: <http://www.metrocorpocounsel.com/articles/11566/aworld-class-international-arbitrator-speaks> [página visitada el día 03.02.2013, a las 23:50 hrs].

¹⁵ Véanse los párrafos 52 y 58 de la decisión, en: <http://italaw.com/documents/PerencovEcuador-Challenge.pdf> [página visitada el día 03.02.2013, a las 23:00 hrs].

2.2. Aspecto formal

Como resultado de lo indicado más arriba, para que se produzca una predisposición doctrinal, es necesario que el árbitro o árbitro potencial manifieste una postura sobre el tema. En efecto, describir dilemas, plantear preguntas, provocar debates, sin expresar una posición respecto de su objeto de dichos planteamientos, no puede resultar en un *issue conflict*. Adicionalmente, la expresión de la postura debe estar precedida de un análisis doctrinario o académico ponderado, de manera tal que sea claro que el árbitro o el árbitro potencial efectivamente tiene una opinión relativa a la materia en cuestión¹⁶.

La expresión puede ser tanto escrita como verbal, y en consecuencia se puede manifestar en publicaciones, clases, conferencias o entrevistas especializadas; lo relevante es que sea posible asociar a la persona específica con la opinión manifestada. Ahora bien, para que surja un *issue conflict*, ¿puede la opinión expresarse en un laudo o una opinión disidente/concurrente? En los casos en que la opinión —vertida en un laudo¹⁷ o en una opinión disidente/concurrente— es expresada como una posición doctrinal propia de su autor y es hecha con el fin de ser consecuente con anteriores posturas, se podría llegar a hablar de predisposición doctrinal.

En vista de lo anterior, no puede constituir *issue conflict* una opinión específica del caso en cuestión. Cuando el árbitro o árbitro potencial incluye en sus plantea-

mientos consideraciones de hecho específicas al caso en el cual sirve o servirá como árbitro, no hay una mera predisposición, sino que una de dos situaciones incompatibles con la función de árbitro: conflicto de interés o prejuizgamiento. En efecto, para que una persona pueda manifestar posturas sobre un caso específico, necesariamente tiene o tuvo acceso privilegiado al caso, como por ejemplo haber sido experto o asesor en el mismo caso o en un caso virtualmente idéntico. En ese caso, se produce un conflicto de interés. Por otro lado, cuando las manifestaciones las hace una persona que ha sido árbitro o es árbitro en el caso o un caso virtualmente idéntico, constituye prejuizgamiento.

3. TRATAMIENTO DEL *ISSUE CONFLICT*

Se ha anotado la necesidad de regular el tema de *issue conflict* para orientar a los usuarios respecto de potenciales problemas de falta de imparcialidad por parte de los árbitros¹⁸. Tomando como punto de partida la definición que se desarrolla arriba, se analizará cómo está regulada la predisposición doctrinal en las normas de arbitraje internacional (3.1.) y cómo ha sido interpretada en la jurisprudencia (3.2.).

3.1. Regulación normativa

La definición de predisposición doctrinal como se describe arriba solamente se encuentra normada en las Directrices. Lo anterior es natural, puesto que las Directrices se crearon, entre otras razones, preci-

¹⁶ Para ello, es más plausible que las predisposiciones doctrinales surjan respecto de temas que no son pacíficos en la doctrina o que susciten un mínimo debate.

¹⁷ Se trataría aquí de un árbitro único, ya que en los casos de los tribunales colegiados el requisito de asociar la opinión a la persona no se cumpliría.

¹⁸ BRUBAKER JOSEPH, «The Judge Who Knew Too Much: Issue Conflicts In International Adjudication», Berkeley Journal of International Arbitration, 2008, Vol. 26.1, p. 128.

samente por la falta de regulación detallada en materia de los deberes de revelación de los árbitros antes de su nombramiento y durante el transcurso de sus funciones¹⁹.

La Regla 4.1 de las Directrices establece que el árbitro no está obligado u obligada a revelar la siguiente circunstancia:

«4.1. Opiniones doctrinales manifestadas con anterioridad.

4.1.1. Anteriormente el árbitro expresó en público su opinión general (en una revista o en una conferencia abierta al público) sobre una cuestión que también surge en el arbitraje (pero esta opinión no se refiere específicamente al arbitraje en cuestión)».²⁰

El aspecto sustantivo de la situación descrita coincide con el aspecto sustantivo de la definición propuesta más arriba, puesto que, al referirse a «una cuestión» que surja en el arbitraje, necesariamente contempla un espectro amplio de materias. En cuanto al aspecto formal, a primera vista pareciera ser más estrecho, ya que se incluye entre paréntesis la mención de «en una revista o en una conferencia abierta al público». Sin embargo, ya el paréntesis es indicativo de que el aspecto formal es accesorio y, por otro lado, los párrafos introductorios de la Parte II de las Directrices dejan claro que lo establecido en las Reglas son ejemplos.

Así, las Directrices establecen que, en principio, un *issue conflict* no riñe con la independencia e imparcialidad de los árbitros.

Distinto es el tratamiento previsto para otras situaciones que sí pueden generar una apariencia de falta de imparcialidad, como prejuzgamiento o conflicto de interés. Así, por un lado, la Regla 3.5.2 establece que el árbitro o árbitro potencial debe informar a las partes:

«[Si ha] manifestado públicamente una posición específica respecto del caso en cuestión, mediante una publicación, un discurso o de cualquier otra forma».²¹

Al estar incluida en el Listado Naranja, si cualquier parte guarda silencio dentro de los 30 días siguientes a la revelación, se dará por renunciado su derecho a objetar al nombramiento (o a recusar) por esa circunstancia.

Por su lado, la Regla 2.1 del Listado Rojo Renunciable establece que todo árbitro o árbitro potencial debe revelar si en el pasado ha emitido un dictamen respecto de la controversia a instancia de alguna de las partes o sus filiales. En ese caso, solamente con la expresa anuencia de todas las partes podría la persona actuar como árbitro. Al requerirse la renuncia expresa, se resguarda el derecho de las partes de contar con árbitros independientes e imparciales pero se deja un margen para que puedan optar por personas que cuenten con conocimientos acabados del caso. En la práctica, salvo si ambos coárbitros tienen ese perfil o si se requiere un árbitro único con un perfil sumamente específico, es improbable que las partes acepten la designación de una persona que haya emitido un parecer sobre la controversia.

¹⁹ Véase la Introducción de las Directrices, pp. 4-7.

²⁰ La traducción de la versión en español de las Directrices no es acertada y por ello se utiliza una traducción libre.

²¹ La traducción de la versión en español de las Directrices no es acertada y por ello se utiliza una traducción libre.

Dependiendo de los hechos del caso en cuestión, la primera circunstancia podría pasar bien como una opinión ligera basada en hechos de conocimiento público o bien como prejuzgamiento con base en conocimientos más acabados del caso²², mientras que la segunda constituye prejuzgamiento o conflicto de interés. En cualquier caso, ambas difieren del *issue conflict*, puesto que las opiniones vertidas se tienen que referir al caso en cuestión, dejando de ser generales.

3.2. Jurisprudencia: la Decisión Urbaser

Una revisión de la jurisprudencia en el arbitraje internacional reveló solamente una decisión en que se abordó específicamente el tema de *issue conflict* tal como se ha definido en estas notas: la Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Profesor Campbell MacLaghlán, Árbitro, presentada por las Demandantes, del 12 de agosto de 2010 (la «Decisión Urbaser»)²³, en el caso Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia v Argentina.

En la Decisión Urbaser, el presidente del tribunal y el árbitro nombrado por las partes demandantes tuvieron que decidir sobre una recusación planteada en contra del árbitro nombrado por la parte demandada. El fundamento de la recusación constituye las «[...] opiniones expresadas por el

Profesor MACLAGHLAN en sus publicaciones como académico del derecho sobre dos cuestiones que las Demandantes consideran fundamentales para el presente arbitraje».²⁴

Las opiniones objeto de la recusación se pueden sintetizar de la manera que sigue. El primer tema se refiere a la cláusula de nación más favorecida («NMF»), el cual el Profesor MACLAGHLAN aborda en un libro que co-escribió sobre arbitraje en materia de inversión en el año 2007. En su capítulo 7º (redactado por él) se critica la decisión en el caso Mafezzini c. el Reino de España, en la cual se aplicó la cláusula NMF al aspecto procesal de los tratados en cuestión (en particular, a los requisitos para gatillar el arbitraje), y se prefiere la solución en el caso Plama Consortium Ltd. c. la República de Bulgaria, ya que, salvo acuerdo en contrario, la cláusula NMF no alcanza las disposiciones relativas a la solución de controversias.

El segundo tema tiene que ver con el estado de necesidad, como defensa ante la acusación de incumplimiento del tratado bilateral de inversiones, por parte de la República de Argentina. En un artículo de su autoría publicado en 2008 en una revista trimestral, el Profesor MACLAGHLAN critica duramente la posición tomada por los tribunales en los casos CMS, Enron y Sempra, todos contra Argentina, al recha-

²² Se puede pensar en las manifestaciones de una persona que colaboró en el caso en el pasado. Ramón Mullerat propone que la circunstancia de la Regla 3.5.2 sea elevada a la Lista Roja Irrenunciable o a la Lista Roja Renunciable. Al contar con el supuesto más específico de la Regla 2.1, ello no parece necesario. MULLERAT, RAMÓN. Consideraciones sobre la independencia y la imparcialidad de los árbitros en el arbitraje internacional (con un comentario sobre las directrices de la IBA sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional y su reforma). Véase el artículo en: <http://www.acaderc.org.ar/academias-iberoamericanas/congreso-de-academias-iberoamericanas/congreso-de-academias-a-coruna-2010/relatoponenciasarbitraleinter.pdf> [página visitada el día 19.02.2013 a las 16:15 hrs.]

²³ Véase el texto completo de la Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Profesor Campbell MacLaghlán, Árbitro, presentada por las Demandantes en: https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1690_Sp&caseId=C255 [página visitada el día 03.02.2013, a las 23:00 hrs].

²⁴ Véase la p. 5, párrafo 20 de la Decisión Urbaser.

zar la defensa y constatar un incumplimiento por parte de la demandada. En particular, en su publicación, el Profesor MacLaghlan se manifiesta a favor de la interpretación propuesta por el Comité de Anulación del caso CMS, según la cual el tratado bilateral pertinente prevalece sobre el artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados («Convenio de Washington»).

Mediante una carta, el Profesor MacLaghlan presentó su posición ante la recusación, indicando, entre otras cosas, que la función del árbitro es distinta a la función del académico. Así, comentó que es virtualmente imposible predecir cuál será la postura del autor de una posición doctrinal en el ejercicio posterior de la función de árbitro en un caso determinado: «Todas las personas somos susceptibles de cambiar de opinión o de manifestar posturas doctrinarias de las cuales posteriormente nos apartemos»²⁵. En su misiva, el árbitro en cuestión también garantizó a las partes su imparcialidad e independencia en el arbitraje.

Los árbitros rechazaron la recusación. Para ello, en una primera instancia descartaron la aplicación de las Directrices:

«[...] , si bien estos textos constituyen, sin dudas, una valiosa fuente de inspiración, no son parte de una base legal sobre la cual se funde la decisión emitida respecto de la Propuesta de las Demandantes. Esta Decisión se funda en las disposiciones del Convenio del

CIADI, citadas *ut supra*, que deben interpretarse en el contexto más amplio de los objetivos y el funcionamiento de los procedimientos de arbitraje regulados por este instrumento».²⁶

Así, la Decisión Urbaser se basa exclusivamente en una interpretación de los artículos 57 y 14.1 del Convenio de Washington. El primero establece la posibilidad de recusar a un árbitro por carecer manifiestamente alguna de las cualidades establecidas en el artículo 14.1. El segundo reza como sigue:

«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».

En este contexto, los árbitros se propusieron verificar si los dichos del árbitro recusado le impedían ejercer un juicio independiente e imparcial en el caso particular²⁷. Así, los árbitros procedieron a evaluar detalladamente las manifestaciones del Profesor MacLaghlan. Tras ello, concluyeron que «[l]as declaraciones del Profesor McLachlan no contienen ningún elemento que indique, desde la perspectiva de un tercero razonable, que no podrá prestar su total atención y consideración a las posturas desarrolladas por cada una de las Par-

²⁵ Ver párrafo 31 de la Decisión Urbaser. Un ejemplo de este cambio de opinión lo encontramos en el libro de Francisco GONZÁLEZ DE COSSIO, «El Arbitraje» (Ed. Porrúa, 2004), al manifestar que ha cambiado de opinión respecto del estándar de revelación de los árbitros. Véase la p. 204.

²⁶ Véase la p. 12, párrafo 37 de la Decisión Urbaser.

²⁷ Véase la p. 17, párrafo 52 de la Decisión Urbaser.

tes involucradas en el presente caso tal como se relacionan con las cuestiones legales que ha analizado previamente²⁸».

La Decisión Urbaser no solo resolvió el dilema específico, sino que agregó un condimento de *policy*, al declarar que:

«... [si] se admitiera la objeción de las Demandantes sobre la base del cuestionamiento de las declaraciones del Prof. McLachlan, casi todos los árbitros que han expresado una opinión sobre una cuestión relacionada específicamente con un arbitraje del CIADI estarían en riesgo de ser recusados. Tal enfoque llevaría a la recusación de muchos árbitros, incluyendo en especial aquéllos que han adquirido la mayor experiencia, lo que llevaría a la parálisis del proceso arbitral del CIADI. Esta perspectiva no puede ser siquiera un resultado implícito de la decisión que deben tomar los Dos Miembros de este Tribunal»²⁹.

Cabe plantear las siguientes preguntas. Primero, si los árbitros hubiesen aplicado el estándar de «aparente falta de imparcialidad» de las Directrices, tal como fue aplicado en la decisión de la Corte Permanente de Arbitraje en el caso Perenco Ltd.C. Ecuador³⁰, ¿habrían llegado a la misma conclusión? Segundo, si el Prof. Maclaghlan hubiese sido el presidente del tribunal y no un coárbitro, ¿se hubiese llegado a idéntico resultado?

La especulación da mucho de sí, pero no es imposible pensar que también se habría denegado la recusación bajo ambos supuestos. En efecto, en cuanto a la primera pregunta, si bien los árbitros aludieron al estándar de la «manifiesta» falta de imparcialidad³¹, lo cierto es que también consideraron el estándar de la «apariencia»: «[...] las opiniones académicas del Profesor McLACHLAN no cumplen con el umbral de apariencia de que no está preparado para escuchar y considerar las posiciones de las Partes con plena independencia e imparcialidad»³². En cuanto a la segunda cuestión, más allá del estándar aplicado, en rigor, una recusación —y aún más un recurso de nulidad— sobre la única base de manifestaciones académicas de un árbitro, cualquiera que sea, debiese ser rechazada *per se*. Las razones se dan a continuación.

4. CONCLUSIÓN

El *issue conflict*, o la predisposición doctrinal, no puede constituir base para la aceptación de una recusación ni, mucho menos, para la nulidad de un laudo, puesto que no constituye una falta de imparcialidad. Lo anterior se demuestra en tres tiempos.

En primer lugar, las normas de revelación de información son impracticables. Si bien es un deber generalmente reconocido del árbitro revelar cualquier circunstancia que pueda poner en duda justificada su imparcialidad, sería imponer una carga exce-

²⁸ Véase la p. 18, párrafo 54 de la Decisión Urbaser.

²⁹ Véase la p. 18, párrafo 54 de la Decisión Urbaser.

³⁰ El mismo estándar de apariencia se impone en la Ley Modelo CNUDMI.

³¹ Véanse: p. 11, párrafos 34, 35; p. 12, párrafo 40; y, p. 19, párrafo 59 de la Decisión Urbaser.

³² Véase p. 19, párrafo 58 de la Decisión Urbaser. Si bien el grupo de trabajo que elaboró las Directrices concluyó que los estándares aplicables a la independencia e imparcialidad de los árbitros deben ser los mismos para todo tipo de arbitrajes (ver párrafo 5 de la Introducción de las Directrices), la diferencia en la aplicación del estándar sí podría haber llevado a un resultado distinto en el caso Perenco Ltd. C. Ecuador, pero eso es tema de otra discusión.

siva no solo al árbitro, sino a las partes, el requerir revelaciones en el tema que nos ocupa. ¿Qué exactamente debiera revelar una persona que está siendo propuesta como árbitro en un caso? ¿Cómo podría la persona en cuestión identificar las materias que serán objeto del arbitraje, para verificar si ha manifestado una postura respecto de ellas? ¿Cómo podrían las partes estudiar todas las publicaciones y manifestaciones del o los árbitros potenciales en un lapso de, a lo sumo, 30 días? Aun si fuera posible, sería excesivo esperar que puedan identificar los puntos de supuesto conflicto con el caso que los atañe en una etapa temprana del arbitraje.

En segundo lugar, los estándares de imparcialidad no se pueden aplicar a los asuntos doctrinarios, ya que la imparcialidad requerida de los árbitros es una imparcialidad relativa, esto es, una imparcialidad respecto de un caso determinado, no todos los casos o potenciales casos de arbitraje. A diferencia del árbitro, quien cumple un mandato específico, el académico está dirigido a un público general, difuso. Por lo tanto, salvo que se compruebe dolo —y quizá falta grave— la aplicación del estándar de imparcialidad a un potencial árbitro por sus publicaciones supondría una desnaturalización del estándar.

En ese sentido, si una profesional manifiesta su posición respecto de, por ejemplo, la validez de la teoría de la imprevisión

en el derecho de determinada jurisdicción y posteriormente se le designa como árbitro en un asunto en el cual se discutirá la teoría de la imprevisión, no significa que necesariamente favorecerá a una de las partes. Significa más bien que dentro de su bagaje de conocimiento tiene una predisposición a favor de una postura doctrinal pero que perfectamente puede no ser aplicable al caso en cuestión, puede ser modificada o puede no ser acogida por los demás árbitros miembros del tribunal. Por esta razón, es más correcto decir que lo que se busca es «[...] asegurar que el árbitro en cuestión sea apto para decidir en forma justa y desinteresada una controversia»³³ que evitar que el árbitro en cuestión sea influenciado por aspectos distintos a los méritos de la disputa³⁴. Los árbitros no llegan al caso con la cabeza hueca, o por lo menos eso es lo que en general esperan las partes.

Lo anterior nos lleva al tercer tiempo: el sistema no solo permite la predisposición doctrinal, sino que la promueve. En efecto, como se indicó al inicio, uno de los atractivos del sistema de arbitraje internacional es la posibilidad que tienen las partes de designar a los árbitros, en particular, a uno de ellos de manera unilateral³⁵.

Esa facultad permite asegurar, entre otras cosas, que el árbitro en cuestión goce de cierto *expertise*³⁶. El contar con árbitros especializados en muchos casos se puede traducir en reducción de los costos y la du-

³³ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. Arbitraje. México D.F. Editorial Porrúa (2004), p. 191.

³⁴ GEARING, Matthew y SINCLAIR, Anthony. Partiality and Issue Conflicts TDM Vol. 5, issue 4 July 2008, p. 1.

³⁵ Este último aspecto naturalmente se aplica a los árbitros designados unilateralmente por las partes y no a los árbitros designados conjuntamente por ellas, directa o indirectamente, o por las instituciones u otra autoridad. En esos casos, si se presenta un dilema de *issue bias*, se tendría que hablar de la debilidad estratégica de una de las partes (que aceptó la designación de una persona cuyas opiniones doctrinarias generales no concuerdan con su posición específica para el caso) o de un error involuntario de la autoridad nominadora.

³⁶ Lucent Technologies: «a principal attraction of arbitration is the expertise of those who decide the controversy» cita el caso Andros Compañía Marítima, S.A. v. Marc Rich & Co., 579 F.2d 691, 700 (2d Cir.1978) at 701. También destaca el requisito del artículo 14.1 del Convenio de Washington, según el cual los árbitros deben «tener reconocida competencia en el campo del Derecho».

ración del proceso, así como en una mayor solidez de la decisión. Una de las maneras en que se manifiesta dicho *expertise* es las publicaciones académicas, los comentarios en revistas científicas y, entre otras, las presentaciones en conferencias. Generalmente, entre más especializada es la persona, mayor probabilidad existe que tenga posiciones sobre las materias de su interés.

Correlativamente, entre más polémicos sean los temas objeto del arbitraje, mayor incentivo tendrán las partes para designar a árbitros que justamente hayan manifestado posturas que apoyen las suyas. Lo paradójico de esto, es que esos nombramientos son al fin de cuentas meras apuestas, ya que las personas pueden cambiar de opinión o pueden preferir concurrir con la mayoría, por ejemplo. Por otro lado, el tema polémico que aparentaba ser crucial al principio del arbitraje puede resultar menos determinante en la decisión de los árbitros.

Lo anterior es tan válido en materia de inversiones como en materia de comercio internacional. El sistema de nombramiento

de árbitros es similar –si no idéntico³⁷– en ambos tipos de arbitraje, por lo que las expectativas de las partes son similares. Si bien los temas jurídicos suelen ser más limitados en el arbitraje de inversión, el mismo razonamiento debe aplicarse al análisis del *issue conflict* en materia comercial, sobre todo tomando en cuenta el aspecto de imparcialidad relativa apuntado más arriba.

Por lo anteriormente expresado, tratar el *issue conflict* como los verdaderos dilemas de independencia e imparcialidad sería un grave error y tendría consecuencias negativas para el sistema. Por un lado, incentivaría el uso instrumental de las publicaciones académicas y, a la vez, desmotivaría a los profesionales que actúan también como árbitros a publicar sus ideas, con el consecuente desmedro para el desarrollo del arbitraje internacional y del derecho internacional. Para evitar cualquier tentación, se propone dejar de utilizar la terminología *issue conflict* en inglés y en su lugar adoptar el término *issue bias*, ya que la palabra «conflict» tiene una connotación negativa.

³⁷ Muchos arbitrajes en materia de inversiones se tramitan de conformidad con reglamentos creados para el arbitraje comercial internacional, como por ejemplo el Reglamento de la CNUDMI, el Reglamento de la Cámara de Estocolmo o el de la ICC.