

LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL: ANÁLISIS DE LOS RETOS ESPECÍFICOS PARA EL ESTADO EN EL ARBITRAJE INVERSIONISTA-ESTADO

Ana María Ordoñez Puentes¹

Giovanny Vega-Barbosa²

Camilo Valdivieso³

Marcela Silva⁴

Sumilla: Este artículo analiza los retos que enfrentan los Estados durante la fase de constitución del tribunal arbitral. El trabajo se enfoca en el arbitraje inversionista-Estado con base en acuerdos internacionales de inversión. Los/las autores/as sostienen que los Estados enfrentan retos específicos a la hora de constituir tribunales arbitrales y que, en consecuencia, los funcionarios a cargo de gestionar estos retos deben desarrollar competencias igualmente especializadas y diferenciadas. El objetivo de los/las autores/as es continuar contribuyendo al proceso de discusión en relación con el rol de los equipos *in-house* de defensa jurídica en el sistema de solución de controversias inversionista-Estado.

Palabras clave: Arbitraje, inversión, independencia, imparcialidad, Estado

1. Introducción

El proceso de constitución del tribunal arbitral es una etapa crítica del procedimiento arbitral. Por esta razón, no sorprende la existencia de una abundante doctrina que analiza la importancia del proceso de selección de árbitros y de constitución del tribunal en general, así como los desafíos que se presentan generalmente (Reisman, 2015 y Seppälä, 2007). En la práctica, la constitución del tribunal arbitral es producto de

1 Directora de Defensa Jurídica Internacional de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de Colombia (ANDJE).

2 Experto de la Dirección de Defensa Jurídica Internacional de la ANDJE.

3 Experto de la Dirección de Defensa Jurídica Internacional de la ANDJE.

4 Analista de la Dirección de Defensa Jurídica Internacional de la ANDJE.

un procedimiento dialéctico en donde se negocian asuntos operativos como los tiempos y formas en que cada parte debe informar sobre sus candidatos/as, y otros de carácter sustantivo como la definición de la metodología de constitución, los requisitos aplicables al presidente del tribunal, y los supuestos en donde puede aceptarse que el proceso de selección mediante acuerdo ha fallado y debe acudir al centro de arbitraje o autoridad nominadora respectiva.

Dada la importancia del proceso de constitución del tribunal, tampoco sorprenden los esfuerzos y desarrollos privados dirigidos a la creación de directrices que aseguren que quienes integren los tribunales arbitrales generen suficientes garantías de imparcialidad e independencia (IBA, 2014; ILA, 2004; AAA, 2004; CPR, 2012). Aunque se trata de esfuerzos originados en la sociedad civil, la relevancia de algunas de esas directrices se hace visible en su invocación y discusión en el marco de los arbitrajes inversionista-Estado cuando se pretende la recusación de una/un árbitro dada la existencia de dudas razonables frente a su imparcialidad o independencia (Perenco v. Ecuador, 2009; Burlington v. Ecuador, 2013; Raiffeisen Bank v. Croacia, 2018; Orazul v. Argentina, 2022).

Sumado a lo anterior, contamos actualmente con desarrollos excepcionales en el ámbito interestatal, entre los que se incluye el acuerdo logrado el pasado 3 de abril por representantes de más de 95 Estados y 50 organizaciones, reunidos en el marco del Grupo III de Trabajo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI, 2023), frente al contenido del Proyecto de código de conducta para las/los árbitros en la solución de controversias internacionales en materia de inversión. Este documento busca generar mayores garantías frente al deber de independencia e imparcialidad, entre otras, ampliando los deberes de revelación a cargo de las/los árbitros, y estableciendo límites frente a la asunción de roles múltiples. La comunidad internacional reconoce los esfuerzos y recursos invertidos en este proceso, y destaca su importancia para abordar las actuales preocupaciones frente a la independencia e imparcialidad de las/los árbitros (CIAR, 2023 y Fernández, 2023).

Sin perjuicio de lo anterior, es escasa la doctrina en relación con los retos diferenciales que enfrentan los Estados a la hora de constituir tribunales arbitrales. Por lo tanto, se hacen urgentes y necesarias las contribuciones doctrinales que analicen los desafíos específicos que enfrentan los Estados y, en particular, los/las funcionarios/as públicos/as a cargo de la selección de árbitros/as en el arbitraje inversionista-Estado.

La contribución de los/as autores/as responde a esta necesidad. Su objetivo es continuar contribuyendo al proceso de discusión en relación con el rol de los equipos *in-house* de defensa jurídica del Estado en el sistema de solución de controversias inversionista-Estado, esta vez, abordando los retos específicos que enfrentan los Estados a la hora de tomar decisiones frente a los/as integrantes del tribunal arbitral y, de manera previa, frente a sus condiciones y requisitos.

La tesis principal de los/las autores/as es que los Estados enfrentan retos específicos a la hora de constituir tribunales arbitrales. En primer lugar, los/las autores/as destacan que, a diferencia de los actores privados que participan en el sistema, los actores estatales son responsables ante diferentes órganos regulatorios y ante los/las contribuyentes en general, razón por la cual les asiste una carga reforzada de debida diligencia al momento de constituir cada tribunal arbitral. En segundo lugar, los/las autores/as subrayan la necesidad particular del Estado de asegurar que el tribunal arbitral esté integrado por candidatos/as con conocimientos y competencias que les permitan dar cuenta de la importancia de los límites del consentimiento del Estado a esta forma excepcional de solución de controversias, así como de las complejas interacciones entre los regímenes del derecho internacional, exigencias que necesariamente limitan su marco de elección. Finalmente, el proceso de constitución en cada caso debe guardar coherencia con las posturas formuladas por el Estado en los escenarios multilaterales dirigidos a la reforma al sistema de solución de controversias inversionista-Estado. Con base en lo anterior, los/las autores/as sostienen que los/las funcionarios/as a cargo del proceso de constitución del tribunal arbitral deben desarrollar competencias igualmente especializadas y diferenciadas para gestionar exitosamente estos retos⁵.

A la luz de lo anterior, el presente artículo está dividido en tres (3) partes principales. La primera parte contiene consideraciones generales en relación con la importancia del proceso de constitución del tribunal arbitral. Esta parte es descriptiva en relación con la producción doctrinal previa sobre la materia, y los retos generales que allí se identifican. La segunda parte contiene la posición de los autores en relación con las exigencias específicas de los Estados al momento de enfrentarse a la etapa de constitución de los tribunales arbitrales, así como las recomendaciones para hacerles frente. La tercera parte contiene las conclusiones de los/las autores/as.

5 La descripción que se hace en este trabajo frente a los retos específicos que enfrentan los Estados en la etapa de constitución de tribunales arbitrales no busca ser exhaustiva, sino meramente ilustrativa.

2. La importancia del proceso de constitución del tribunal arbitral en el sistema de solución de controversias inversionista-Estado: consideraciones generales

Una de las características propias del arbitraje es la ausencia de un tribunal permanente y previamente establecido encargado de decidir sobre cualquier disputa que sea sometida a su conocimiento. Así, a diferencia de los/las jueces/zas o jurisdicciones locales, en el arbitraje internacional cada tribunal es constituido de manera independiente, caso a caso, para resolver una controversia específica. Por lo anterior, la constitución del tribunal arbitral ha sido considerada no solo como una característica propia del arbitraje, sino también como una de las etapas más importantes de todo el procedimiento arbitral (Partasides, 2001, p. 217; Redfern & Hunter, p. 190; y Sweet & Maxwell, 1999). La doctrina ha resaltado que el éxito y la calidad del arbitraje depende, en gran medida, de la calidad y competencia de las/los árbitros elegidos (Lew, Mistelis & Kroll, 2003, p. 232).

El arbitraje inversionista-Estado responde a las mismas características y expectativas. En esta forma de solución de controversias, las partes abandonan la vía del litigio tradicional y optan por el procedimiento arbitral, en el cual las partes toman un rol activo en la selección de quien o quienes decidirán su controversia. Es precisamente esta una de las principales razones para optar por el arbitraje (Born, 2021). En todo caso, es importante observar que, si bien las partes son en últimas las que acuerdan los requisitos y el procedimiento para la constitución del tribunal, en algunas ocasiones los reglamentos arbitrales incorporan requisitos específicos que deben cumplir las/los árbitros⁶.

Claro lo anterior, el proceso de constitución del tribunal es fundamental para que las partes puedan hacer realidad sus expectativas al consentir el arbitraje como mecanismo de solución de controversias. La mayoría de los arbitrajes internacionales de inversión son decididos por un tribunal arbitral de tres integrantes, donde cada parte selecciona a un/a árbitro/a, y el/la árbitro/a presidente/a es elegido por acuerdo de las partes, por las/los árbitros previamente designados por las partes o por una autoridad nominadora (Giorgetti, 2014). Naturalmente, el hecho de que sean las partes quienes estén encargadas del proceso de constitución del tribunal conlleva a que, desde el inicio, se deban

6 A manera de ejemplo puede verse que las Reglas de Arbitraje CIADI del 2022 prohíben que, por acuerdo entre las partes, en un tribunal compuesto por tres árbitros, se nombre a un nacional del Estado demandado o del Estado de origen del demandante (véase Regla 13).

controlar los posibles conflictos de intereses. En últimas, la experticia en abstracto de los/las candidatos/as pierde todo valor si existe al menos un mínimo de sospecha frente a su imparcialidad e independencia en el caso concreto. Asegurar la independencia e imparcialidad del tribunal arbitral como un todo debe ser el objetivo último del proceso de constitución (Malintropi & Yap, 2018).

También es importante poner de presente que la importancia del proceso de constitución del tribunal conlleva a que las partes sean especialmente celosas al momento de gestionar sus intereses. Esto abre el espacio para que el proceso pueda estancarse cuando los intereses no pueden ser armonizados. Veamos algunos ejemplos al respecto.

De una parte, en los eventos en que el tratado no regula esta situación, pueden existir debates frente a la secuencia de la designación de candidatos/as, siendo normal que los Estados aleguen que quien inicia el procedimiento, designe en primer lugar a su co-árbitro. Aunque en la práctica esta es la forma de actuación más común, un demandante podría alegar que la designación debería ser simultánea, posición esta que genera altos riesgos de paralizar el proceso de constitución.

De otra parte, las partes pueden dividirse de manera sustantiva en relación con los requisitos del candidato/a a presidente/a. En este punto las posibilidades de desacuerdo son múltiples. Es normal e incluso recomendable, que los Estados hagan énfasis en la experticia del candidato a presidente en el derecho internacional de la inversión extranjera, mientras que el inversionista suele exigir que el presidente tenga un conocimiento específico sobre el sector económico de la controversia. También es normal que el Estado exija que el presidente tenga un dominio avanzado de su idioma, mientras que el inversionista podría sugerir que es suficiente con que el candidato hable inglés.

Finalmente, existen múltiples metodologías para la selección del presidente del tribunal una vez se han acordado los requisitos. En este punto, lo más importante es que ambas partes sean razonables y tengan en cuenta que los/las árbitros/as elegidos/as no solo deben estar suficientemente cualificados/as para resolver la disputa, sino tener la capacidad de trabajar en conjunto (Giorgetti, 2014, pp. 134-172). En esta medida, incluso si son las partes las que definirán la lista de elegibles y, a través de las diferentes metodologías de ranqueo y exclusión escogerán al presidente, se recomienda que las partes se mantengan en contacto y en consultas con las/los co-árbitros. Un mal

tribunal arbitral no es solo uno en donde las partes que lo componen carecen de competencias o generan dudas frente a su imparcialidad o independencia, sino también uno incapaz de trabajar en equipo y conducir de forma fluida y coherente el procedimiento.

3. Retos diferenciales para los Estados en el proceso de constitución del tribunal arbitral en el sistema de solución de controversias inversionista-Estado

Según se anticipó, la tesis principal de los/las autores/as es que los Estados, en efecto, enfrentan retos específicos a la hora de constituir tribunales arbitrales. En este escrito, con un propósito meramente ilustrativo, los autores desarrollan tres (3) de los retos que puedan enfrentar los/las funcionarios/as a cargo de la constitución del tribunal en el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado.

3.1. Las responsabilidades diferenciadas frente a los entes regulatorios y los/as contribuyentes

La constitución del tribunal arbitral es considerada un momento crítico en cualquier arbitraje, del cual depende en gran medida la conducción del procedimiento, e incluso una resolución exitosa de la disputa que siempre involucra el interés público, pues las pretensiones involucran cuantiosas sumas de dinero que tendrían que ser pagadas con el dinero de los/las contribuyentes, y el cuestionamiento de la institucionalidad del Estado en el sistema internacional. Es claro entonces que quienes están a cargo de esta fase del procedimiento están sometidos a importantes presiones y exigencias. No obstante, factores sistémicos explican por qué la responsabilidad que enfrentan los actores públicos es diferente e incluso mayor a la que enfrentan los actores privados que participan en el sistema de solución de controversias inversionista-Estado.

La ausencia de responsabilidad y de mecanismos centralizados de rendición de cuentas para actores privados (inversionistas, abogados, árbitros e institucionales arbitrales), es un tema previamente analizado por la doctrina (Mohlin, 2019). Algunos estudian las limitaciones de responsabilidad (*accountability*) para los árbitros en arbitraje de inversión a la luz de las limitaciones concurrentes a la transparencia o publicidad de los procedimientos y usando como referente los adjudicadores dentro de los sistemas de administración de justicia domésticos (Kaufmann-Kohler, 2016).

La falta de controles, o al menos la total ausencia de controles centralizados frente a la gestión de los actores no estatales que participan o están a cargo de la solución de controversias entre inversionistas y Estados, contrasta con las múltiples instancias y niveles de responsabilidad que asumen los/las funcionarios/as públicos/as en general, y aquellos encargados de las diferentes etapas del ciclo de defensa jurídica en particular. En Estados como Colombia, la defensa jurídica del Estado ante instancias internacionales es una función pública⁷ y, por lo tanto, los/las funcionarios/as que la desarrollan son susceptibles de incurrir en responsabilidad disciplinaria, penal e incluso fiscal con ocasión del desarrollo de estas actividades.

En palabras simples, un/a funcionario/a público/a puede ser judicializado, a nivel penal, disciplinario y fiscal, como consecuencia de su gestión en el ciclo de defensa en general, y en la etapa de constitución del tribunal en particular. No existe un riesgo similar para los actores privados.

Aunque la anterior asimetría no puede ser evitada, existen formas de mitigar el riesgo que asumen los/las funcionarios/as públicos/as a cargo de la constitución del tribunal. Las conductas que pueden adoptarse a efectos de mitigar los riesgos se traducen en medidas de diligencia reforzada durante el proceso de constitución del tribunal arbitral.

De una parte, los/las servidores/as públicos/as a cargo del proceso están obligados/as a agotar los mismos procedimientos que agotaría una parte privada al momento de analizar a las/los árbitros que integran el tribunal arbitral.

Una vez conocido el árbitro designado por el inversionista, el equipo estatal deberá hacer uso de la información pública disponible a efectos de identificar posibles conflictos de interés con la parte que lo designó –incluyendo a su representante legal en el arbitraje–, con el Estado demandado, y con los problemas jurídicos que se debatirán. Aunque actualmente existen múltiples formas de acceder de forma gratuita a información relevante para el análisis del co-árbitro del inversionista, es altamente recomendable que el Estado adquiera al menos uno de los servicios especializados que actualmente se ofrecen en el mercado

7 Véase Decreto-Ley 4085 de 2011, mediante el cual se crea la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado como una entidad descentralizada del orden nacional, que forma parte de la Rama Ejecutiva. A pesar de poseer personalidad jurídica, autonomía administrativa y financiera, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de Colombia es un órgano de ese Estado y ejerce una función pública.

arbitral. En cualquier caso, estos servicios deben ser complementarios y no reemplazar las tareas a cargo de los equipos jurídicos. Un proceso similar deberá realizarse al momento de analizar a los/las candidatos/as a co-árbitro/a del Estado y a presidente/a del tribunal.

Además de las tareas exigibles tanto a los inversionistas como a los Estados, los/las funcionarios/as públicos/as están obligados/as a agotar medidas adicionales de debida diligencia. En particular, es altamente recomendable que se eleven consultas a otras entidades que desarrollen o hayan asumido la defensa jurídica internacional del Estado o de sus entidades en diferentes instancias. En la medida en que el grupo de elegibles para conformar un tribunal arbitral es por definición limitado, aumentan las posibilidades de que un perfil determinado ya haya sido previamente analizado por otra entidad del Estado. Sin perjuicio de posibles conflictos de interés que puedan advertirse, las consultas también permitirán conocer factores más íntimos frente al comportamiento del candidato, los cuales no pueden ser consultados en bases de datos tradicionales.

En tanto los/las funcionarios/as públicos/as a cargo del proceso de constitución son responsables ante múltiples instancias de rendición de cuentas, es recomendable que la totalidad de acciones de debida diligencia se documenten de manera contemporánea con los hitos del proceso. En este sentido, son altamente deseables los informes de debida diligencia en relación con los análisis surtidos frente al co-árbitro del inversionista, el co-árbitro del Estado y los/las candidatos/as a presidentes.

Ahora bien, en la práctica, el ejercicio de la debida diligencia dentro del proceso de constitución del tribunal arbitral implica la asunción de tareas que pueden desbordar a los equipos internos de defensa de los Estados. En efecto, incluso cuando los Estados cuentan con agencias especializadas en materia de defensa, las múltiples instancias de rendición de cuentas hacen que el trabajo diario de los equipos internos no se limite a la gestión dentro del procedimiento arbitral propiamente dicho. Por el contrario, un/a típico/a servidor/a público/a a cargo de la defensa jurídica del Estado debe combinar el trabajo de defensa *stricto sensu* con un repertorio interminable de tareas sensibles. Entre esas tareas se incluyen la respuesta a requerimientos de información en términos de ley perentorios. También se incluyen aquí reuniones complejas que los/las funcionarios/as a cargo de la defensa jurídica deben celebrar con actores privados, entre los que se incluyen los

inversionistas, pero también la comunidad civil afectada por las medidas que son objeto de debate en los arbitrajes de inversión, y con actores públicos pertenecientes a las demás ramas del poder público y de los órganos de control. En muchos casos, estas reuniones están dirigidas al entendimiento correcto de la controversia, pero también a la obtención de la prueba documental y testimonial que se hará valer en los arbitrajes.

Por las anteriores razones, es importante que los equipos jurídicos entiendan el proceso de constitución del tribunal como un proceso complejo, desgastante y delicado, el cual exige contar con suficientes recursos humanos y tecnológicos. Por la misma razón, es recomendable que los equipos de defensa solo se hagan cargo del proceso de constitución del tribunal arbitral cuando el conocimiento y experiencia acumulada del funcionamiento del sistema de solución de controversias inversionista-Estado, y el recurso humano y físico disponible, generen las suficientes garantías de que el proceso se llevará a cabo con responsabilidad.

A la luz de lo anterior, es posible observar que el funcionario público a cargo de la constitución del tribunal arbitral no debería estar únicamente capacitado para afrontar las específicas dinámicas y retos del proceso de constitución. Por el contrario, dadas las altísimas exigencias y riesgos a los que se enfrenta, así como las múltiples tareas a cargo, debería tratarse de un/a funcionario/a con capacidad de adaptación, competencias multidisciplinarias, y con vocación para interactuar con otros/as funcionarios/as ajenos/as a los tecnicismos propios del arbitraje de inversión.

3.2. La necesidad de asegurar que el tribunal arbitral dé cuenta de los límites del consentimiento estatal al arbitraje inversionista-Estado y de las complejas interacciones de regímenes bajo el derecho internacional

El arbitraje inversionista-Estado con base en un acuerdo internacional de inversión es un ejercicio que, de inicio a fin, estará determinado por el contenido del tratado aplicable, sin perjuicio de la interacción sistémica necesaria de ese tratado con las demás reglas de derecho internacional relevantes a la relación entre los Estados parte (Convención de Viena, 1969 y ILC Study Group, 2006). Adicionalmente, el arbitraje de inversión constituye una prerrogativa extraordinaria de los Estados a los inversionistas-extranjeros. Por ende, la oferta de arbitraje suele estar cuidadosamente delimitada (UNCTAD, 2003). Sumado a lo anterior, los

Estados se cuidan en no consentir al arbitraje inversionista-Estado en desmedro de su capacidad regulatoria, y en algunos casos excluyen incluso la posibilidad de llevar allí algunas controversias cuando estas versen sobre determinados asuntos que se estiman especialmente sensibles y valiosos para cada Estado (US Model BIT, 2012).

Los procesos de análisis anteriormente descritos requieren de un complejo conjunto de herramientas especializadas que, sin duda, no es típico de todos/as los/as abogados/as con interés en participar en el sistema de solución de controversias inversionista-Estado. De manera preocupante, los procesos informales propios de esta forma de adjudicación no excluyen la posibilidad de que las/los árbitros y litigantes exitosos en otro tipo de procedimientos arbitrales, asuman posiciones de decisión en arbitrajes inversionista-Estado conforme a tratados. La consecuencia necesaria de esta exportación de personal es una reducción ostensible de las garantías de que el tomador de decisiones valorará con suficiente rigor los límites del consentimiento estatal al arbitraje inversionista-Estado. Dicho esto, aunque el contenido del acuerdo internacional de inversión siempre constituirá un límite infranqueable para cualquier arbitraje de inversión, un tribunal sin experticia en derecho internacional público puede poner en riesgo la debida comprensión de la interacción entre los diferentes regímenes en el derecho internacional, siendo probable que se nieguen o minimicen ciertas relaciones, favoreciendo aproximaciones exegéticas al contenido del tratado aplicable.

A la luz de lo anterior, un reto diferenciado para los/las funcionarios/as públicos/as a cargo de la constitucional del tribunal es lograr una composición que dé cuenta de los límites del consentimiento al arbitraje inversionista-Estado. En la práctica, el tribunal deberá hacer un análisis estricto del cumplimiento de cada uno de esos requisitos, y reconocer la falta de competencia para decidir casos en donde las condiciones del consentimiento no hayan sido cumplidas por el inversionista. Así mismo, la composición del tribunal deberá asegurar que las formas de razonamiento propias de los litigios eminentemente contractuales o comerciales no desplacen ni deroguen las disciplinas propias del derecho internacional. Esto incluye, por supuesto, dar absoluta relevancia al contenido del contrato aplicable entre las partes, cuando el mandato del derecho internacional sea que la conducta del Estado se analice a luz de las obligaciones y derechos específicamente asumidas por la parte privada y pública en ese contrato.

Así las cosas, es recomendable que el Estado designe árbitros/as de reconocida experticia en derecho internacional público. Asimismo, es recomendable que en la metodología de constitución se exija la experticia en derecho internacional público general, y en el derecho internacional de la inversión extranjera, como requisito del presidente/a del tribunal. Esto no implica necesariamente que en todos los casos el proceso se encamine a designar árbitros de marcada tendencia a fallar en favor del Estado. Lo que se recomienda es que el proceso de debida diligencia y la metodología de constitución estén orientados a asegurar que la experticia en estas dos ramas del derecho sea protagónica.

3.3. La necesidad de guardar coherencia con las posiciones esgrimidas en instancias multilaterales de reforma

El sistema de solución de controversias inversionista-Estado es objeto de importantes críticas relacionadas con su legitimidad. Las críticas se dirigen, entre otros, a la ausencia de mecanismos para asegurar la independencia e imparcialidad de las/los árbitros, ausencia de predictibilidad, un déficit de diversidad, y niveles mínimos de transparencia (Behn et al., 2022). Estas críticas han generado importantes movimientos de reforma al sistema, algunos de los cuales se desarrollan en el marco de las instituciones arbitrales que administran la resolución de este tipo de disputas, y otros de los cuales tienen lugar en espacios interestatales de carácter multilateral. En este último se incluye el Grupo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que desde el año 2017 tiene el mandato de identificar las problemáticas más relevantes del sistema de solución de controversias inversionista-Estado.

Los reclamos de reforma que elevan los Estados en instancias multilaterales generan retos innegables no solo frente a la coherencia, sino frente a la eficacia en el proceso específico de constitución del tribunal.

De una parte, poca o ninguna relevancia tienen los reclamos del Estado en foros internacionales de reforma si en la práctica el Estado no gestiona el procedimiento de constitución arbitral para darle materialidad a esos reclamos. A manera de ejemplo, los reclamos por mayor representación y diversidad en los tribunales arbitrales pierden su coherencia si en la práctica el Estado solo designa hombres de Europa occidental. Lo mismo

ocurre si los requisitos previstos en la metodología son tan exigentes que hacen que en la práctica solo el perfil tradicional de árbitros/as pueda ser designado.

De otra parte, incluso si el Estado hace un esfuerzo por guardar coherencia entre lo que dice ante las instituciones internacionales, y lo que hace en el marco del arbitraje, el proceso de constitución del tribunal tiene un carácter dialógico y cooperativo. Por lo tanto, siempre será necesario el acuerdo del inversionista para que un determinado grupo de características hagan parte de la metodología de constitución.

En estos casos, no bastará con que el funcionario a cargo del proceso de constitución conozca los debates y reclamos de reforma, ni tampoco que esté convencido de la posición defendida por el Estado en foros internacionales, sino que será necesario que esté dotado de competencias suficientes en materia de negociación. Como se dijo, el proceso de constitución del tribunal no es unilateral, razón por la cual siempre serán necesarias las concesiones con miras a avanzar, paso a paso, en la construcción de un sistema de solución de controversias inversionista-Estado más legítimo.

4. Conclusiones

Como quedó demostrado, el Estado y sus funcionarios/as sí enfrentan retos diferenciados durante la etapa de constitución del tribunal arbitral en el marco de los arbitrajes inversionista-Estado. Con la literatura escasa en esta materia, los/as autores/as intentaron visibilizar los retos, así como las recomendaciones para enfrentarlos en la práctica. Aunque en últimas el proceso de constitución del tribunal debe estar dirigido a garantizar que todos/as los/as integrantes generen garantías de imparcialidad e independencia, y sean capaces de trabajar de forma armónica en pro de la resolución definitiva de la controversia, para el Estado existen intereses adicionales. Los Estados no solo están obligados a reforzar los ejercicios de debida diligencia asociados a la constitución del tribunal, sino que deben resguardar intereses sistémicos que pueden verse vulnerados como consecuencia de un uso y acceso indebido al arbitraje inversionista-Estado. Aquí se incluyen las complejidades de mantener la coherencia entre los reclamos por un sistema más inclusivo, y las dinámicas dialécticas del proceso de constitución.

Referencias

Doctrina

- Behn, D., Kristian, O. & Langford, M. (ed.) (2022), *The Legitimacy of Investment Arbitration*. CUP.
- Born, G. (2021). *International Commercial Arbitration*, Third Edition, Kluwer Law International.
- Fernández, J. (2023). *El Grupo de Trabajo III de UNCITRAL aprobó el proyecto de código de conducta para árbitros en la solución de controversias internacionales sobre inversiones*. El Blog de José Carlos Fernández de Rozas: <https://fernandezrozas.com/2023/05/18/el-grupo-de-trabajo-iii-de-uncitral-aprobo-el-proyecto-de-codigo-de-conducta-para-arbitros-en-la-solucion-de-controversias-internacionales-sobre-inversiones-31-marzo-2023/>
- Giorgetti, C. (2014). The Arbitral Tribunal: Selection and Replacement of Arbitrators. En *Litigating International Investment Disputes: A Practitioner's Guide*.
- Giorgetti, C. (2014). *Who Decides in International Investment Arbitration?* 35 U. PA. J. INT'L L. 101.
- Kaufmann-Kohler, G. (2016). *Charles N. Brower Lecture*, ASIL.
- Lew, J. D. M., Mistelis, L. A. & Kroll, S. M. (2003). *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer.
- Malintoppi, L. & Yap, A. (2018). Challenges of Arbitrators in Investment Treaty Arbitration: Still Work in Progress? En Yannaca-Small, K. (ed.). *Arbitration Under International Investment Agreements: A Guide to the Key Issues*, Oxford University Press, Second Edition.
- Mohlin, A. (2019). *Relations of Power and Democratic Accountability in Investor-State Arbitration*. Stockholms universitet.
- Redfern, A. & Hunter, M. (1999). *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3rd. ed., Sweet & Maxwell.

Partasides, C. (2001). *The Selection, Appointment and Challenge of Arbitrators*.

Reisman, W., Craig, W., Park, W. & Paulsson, J. (2015). *International Commercial Arbitration* 576, 2d ed.

Seppälä, C. (2008). *Obtaining the Right International Arbitral Tribunal: A Practitioner's View*. *The International construction Law Review*, Volume 25, Part 2.

Xiao, W. (2022). *Thinking of ISDS Arbitrators Selection*. Proceedings of the 2022 2nd. International Conference on Enterprise Management and Economic Development (ICEMED 2022), *Advances in Economics, Business and Management Research*, volume 656.

Otros documentos de relevancia internacional

American Arbitration Association. (2004). *The Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*.

CIAR Global (2023). Borrador De UNCITRAL Del Código De Conducta Para Árbitros Internacionales. CIAR Global Blog: <https://ciarglobal.com/borrador-de-uncitral-del-codigo-de-conducta-para-arbitros-internacionales/>

IBA. (2014). *Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional*, adoptadas por acuerdo del Consejo de la IBA el jueves 23 de octubre de 2014.

ILC. (2006). Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversity and expansion of international law. *Report of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Mr. Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682 and Add.1**.

International Institute for Conflict Prevention & Resolution. (2012). *Guidelines for Arbitrators in Conducting Complex Arbitrations*.

International Law Association. (2005). *The Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary*. ILA Study Group on the Practice and Procedure of International Courts and Tribunals, p. 204.

UNCITRAL. (2023). *Draft code of conduct for arbitrators in international investment dispute resolution and commentary*. A/CN.9/1148.

UNCTAD. (2012). *Dispute Settlement-Consent to Arbitration*, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.2.

United Nations. (1969). *Vienna Convention on the Law of Treaties*. United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331, Art. 31.

United States Model Bilateral Investment Treaty. (2012). Disponible en: <https://ustr.gov/sites/default/files/BIT%20text%20for%20ACIEP%20Meeting.pdf>.

Decisiones arbitrales

Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*), Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña, 13 December 2013.

Orazul International España Holdings S.L. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/19/25, Decision on the Claimant's Proposal to Disqualify Dr. Inka Hanefeld, 11 September 2022.

Perenco Ecuador Ltd. v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador), ICSID Case No. ARB/08/6, Decision on Challenge to Arbitrator, 8 December 2009.

Raiffeisen Bank International AG and Raiffeisenbank Austria d.d. v. Republic of Croatia, ICSID Case No. ARB/17/34, Decision on the Proposal to Disqualify Stanimir Alexandrov, 17 May 2018.