

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias
Relativas a Inversiones
Washington, D.C.

FLUGHAFEN ZÜRICH A.G.

y

GESTIÓN E INGENIERÍA IDC S.A.

c.

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Caso CIADI No. ARB/10/19

Decisión sobre la inhabilitación del Sr. Ricover
como experto en este procedimiento, sobre la
exclusión del Informe Ricover-Winograd y sobre
la Petición Documental

TRIBUNAL ARBITRAL

Juan Fernández-Armesto
Henri Alvarez
Raúl E. Vinuesa

Washington D.C., 29 de agosto de 2012.

I. CONSIDERANDO

1. Que la República Bolivariana de Venezuela [en adelante, “**Venezuela**” o la “**Demandada**”] presentó el 28 de junio de 2012 su Memorial de Réplica a las Objeciones de Jurisdicción [en adelante, la “**Réplica**”] al que acompañó un informe económico [en adelante, el “**Informe**”] elaborado por D. Andrés Ricover [en adelante, el “**Experto**” o “**el Sr. Ricover**”] y por D. Carlos Winograd.
2. Que Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. [en adelante, las “**Demandantes**”] anunciaron mediante carta de 29 de junio de 2012 que formularían una objeción formal a la habilidad del Sr. Ricover para participar en calidad de experto de la Demandada en el presente caso, a la que la Demandada anunció en la misma fecha que se oponía, reservándose cualquier comentario para cuando la objeción se presentase formalmente.
3. Que las Demandantes presentaron el 18 de julio de 2012 un escrito de recusación de experto [en adelante, la “**Recusación**”], acompañado de seis documentos.
4. Que la Demandada contestó a dicho escrito de recusación el 2 de agosto de 2012, presentando sus “Comentarios sobre la Recusación de Experto” [en adelante, la “**Contestación**”], que acompañaron de cinco documentos: cuatro anexos y una declaración del Sr. Ricover de 31 de julio de 2012 [en adelante, la “**Declaración**”] y en la que presentaba una petición de producción documental¹ [la “**Petición Documental**”].
5. Que las Demandantes presentaron nuevo escrito el 3 de agosto de 2012, acusando recibo de los “Comentarios sobre la Recusación de Experto” formulados por la Demandada y realizando una serie de observaciones al respecto. En este escrito las Demandantes formularon su oposición a la Petición Documental. El escrito fue acompañado de un anexo.
6. Que la Demandada contestó a dicho escrito el 4 de agosto de 2012, presentando sus “Comentarios Adicionales sobre la Recusación de Experto”.
7. Que el Tribunal Arbitral comunicó a las partes el 7 de agosto de 2012 la aceptación de las últimas comunicaciones, e indicó que no precisaba de alegaciones adicionales.
8. El Tribunal Arbitral emite la siguiente:

¹ Contestación, párrs. 35 a 37.

II. DECISIÓN SOBRE LA RECUSACIÓN DEL EXPERTO

1. ANTECEDENTES

9. En el año 2010 el Sr. Ricover contactó con los abogados de las Demandantes en su calidad de experto en transporte aéreo y miembro de LECG International Arbitration Practice Group (posteriormente Compass Lexecon) [en adelante, “LECG”], para ofrecer los servicios de la consultora en el presente arbitraje. Dentro del proceso seguido por las Demandantes para escoger expertos económicos, la letrado Dña. Johanna Klein, del despacho de abogados Bofill, Mir & Álvarez Jana, envió al Sr. Ricover y a otros integrantes del grupo LECG cierta información para que elaborasen su propuesta de honorarios. La información concreta, además de la comunicada telefónicamente, es la mencionada en un correo electrónico de 17 de junio de 2011 que ha sido aportado por las Demandantes² y que indica:

“Please find attached the documents we referred to:

1. Contract.
2. Business plan and updated damages calculation
2. Powerpoint presentation of Unique-IDC
3. Request for arbitration.”

10. En su Declaración el Sr. Ricover ha aseverado nunca haber abierto, revisado, analizado ni circulado esos documentos, y que, por otro lado, nunca se le advirtió de que pudieran ser confidenciales³.
11. Tras recibir la propuesta de honorarios tanto de LECG como de otras consultoras, las Demandantes optaron por contratar a una empresa distinta los servicios de expertos necesarios para su defensa en este arbitraje: Navigant Consulting, Inc. y así se lo comunicaron al Sr. Ricover el 25 de julio de 2011. Posteriormente tuvo lugar una reunión adicional entre el Sr. Ricover y los representantes de las Demandantes en marzo de 2012, en la que el Sr. Ricover indicó que como mero colaborador con Compass Lexecon, había consensuado la posibilidad de ofrecer sus servicios individuales, por lo que estaría disponible para analizar un esquema de contratación individual con las Demandantes⁴.

² Anexo A-2 con Recusación.

³ Declaración, párr. 5.

⁴ Declaración, párr. 6.

12. Según la Declaración del Sr. Ricover, en junio de 2012 D. Carlos Winograd le contactó para invitarle a participar en la elaboración del Informe, a lo que él accedió⁵.
13. Las Demandantes alegan que el conocimiento del Sr. Ricover de la información confidencial le inhabilita para comparecer como experto en este arbitraje y solicitan la exclusión del Informe del expediente, o subsidiariamente la consideración de los hechos expuestos en la valoración del Informe por el Tribunal Arbitral. La Demandada se opone a la exclusión del Informe y a la recusación del Experto y añade una serie de solicitudes a su escrito de contestación, según se recoge en apartados posteriores de esta decisión⁶.

2. POSICIÓN DE LAS DEMANDANTES

14. Las Demandantes solicitan al Tribunal Arbitral que excluya el Informe por el riesgo que existe de que el Sr. Ricover haya revelado a la Demandada la información confidencial recibida de las Demandantes o la haya tomado en consideración para elaborar su informe.
15. El fundamento principal de la solicitud de las Demandantes es la obligación de los Tribunales CIADI de velar por la integridad del procedimiento arbitral⁷. Citan al respecto la decisión sobre la participación de D. David Mildon, QC en el arbitraje *Hrvatska Elektroprivreda c. República de Eslovenia*⁸, en el que el Tribunal Arbitral decidió que su obligación como guardián de la legitimidad del proceso era evitar que el laudo pudiese verse afectado por imperfecciones procesales. Consideran las Demandantes que la integridad del procedimiento se vería afectada si se permitiese a la Demandada tener acceso a la información confidencial y estratégica comunicada al Sr. Ricover sin el consentimiento de las Demandantes⁹.
16. La admisión del Informe produciría además, según las Demandantes, un desequilibrio en la igualdad de armas, derivado de los hechos descritos¹⁰.
17. Citan las Demandantes¹¹ la Regla 9 de las reglas de la IBA sobre práctica de prueba [en adelante las “Reglas IBA”], cuyos apartados b) y g) permiten al Tribunal Arbitral excluir una prueba por existencia de un impedimento legal o privilegio bajo las normas jurídicas o éticas aplicables o por consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las partes.

⁵ Declaración, párr. 7.

⁶ Cfr. párrs. 24 y ss. y 41 y ss. *infra*.

⁷ Recusación, párr. 8.

⁸ *Hrvatska Elektroprivreda c. República de Eslovenia*, Caso CIADI No. ARB/05/24, Decisión del Tribunal de 6 de mayo de 2008, sobre la participación de David Mildon QC en las siguientes etapas del procedimiento. [En adelante, “*Hrvatska*”]

⁹ Recusación, párr. 9, *in fine*.

¹⁰ Recusación, párr. 10.

¹¹ Recusación, párr. 12.

18. También mencionan las Demandantes los “*Issues for Arbitrators to consider*” elaborados por la Cámara de Comercio Internacional [en adelante, la “CCI”], que ofrecen una serie de pautas para determinar si un experto tiene un conflicto de interés que le impediría testificar. La CCI incluye entre el listado de factores en los que podría concurrir un conflicto de interés, la existencia de un servicio previo o relación con la contraparte, indicando que el conflicto suele surgir cuando el experto previamente obtuvo secretos profesionales u otra información confidencial y tiene prohibida su divulgación o utilización¹².
19. Las Demandantes consideran que la información recibida por el Sr. Ricover era confidencial – si bien reconocen que no existía un acuerdo expreso de confidencialidad¹³ – y mencionan específicamente el Plan de Negocios como información confidencial concreta obtenida por el Experto¹⁴. Esta información de carácter sensible guardaría relación directa con el cálculo de los daños de las Demandantes, así como con una de las objeciones a la jurisdicción opuestas por la Demandada: si las Demandantes realizaron o no una “inversión”¹⁵.
20. La imposibilidad de saber si la información confidencial ha sido utilizada o no por el Experto y de conocer la parte del Informe que ha elaborado él y la parte que corresponde al Sr. Winograd, justifican en opinión de las Demandantes la exclusión de la totalidad del Informe¹⁶.
21. Finalmente, las Demandantes señalan que la descalificación de un experto o la exclusión de prueba pericial no quebranta ninguna norma procesal fundamental.
22. Por esos motivos, las Demandantes solicitan que, con arreglo a las Reglas 19 y 34 de las Reglas de Arbitraje y al art. 9 de las Reglas IBA¹⁷, el Tribunal:
 - (i) Excluya el Informe del expediente y declare al Sr. Ricover inhabilitado para actuar como experto de la Demandada durante el resto del procedimiento, incluida la etapa de méritos.
 - (ii) Subsidiariamente, en caso que el Tribunal decida admitir el Informe, que tome en consideración la actuación del Sr. Ricover al momento de establecer la relevancia, importancia y valor del Informe como prueba en el presente arbitraje.

3. POSICIÓN DE LA DEMANDADA

23. La Demandada se opone a la recusación del Experto por falta de competencia del Tribunal Arbitral para decretar una recusación de experto. No existe, según la

¹² Recusación, párr. 13.

¹³ Escrito de 3 de agosto de 2012, p. 1.

¹⁴ Recusación, párr. 14.

¹⁵ Recusación, párr. 14.

¹⁶ Recusación, párrs. 17 y 20.

¹⁷ Recusación, p. 8.

Demandada, un trámite habilitado en el sistema derivado del Convenio CIADI que otorgue a los árbitros competencia para decidir sobre esta cuestión¹⁸.

24. Comienza la Demandada su exposición reprochando a las Demandantes su patrón de conducta, consistente en atentar a cada paso contra la ordenada conducción del procedimiento¹⁹.
25. A continuación rebate los argumentos jurídicos de las Demandantes, refiriéndose en primer lugar a una excepción de base: la falta de competencia de los tribunales en el marco del sistema CIADI para decidir sobre recusaciones de expertos. Y en segundo lugar, critica las citas y autoridades invocadas por las Demandantes que, en su opinión, son incorrectas, inaplicables y contradictorias y, en el caso de las referencias a los casos *Hrvatska* y *Quirobax*, altamente criticadas por la comunidad arbitral²⁰. A este respecto, la Demandada añade que, por encontrarse ambos casos aun en trámite, las decisiones en ellos tomadas podrían ser anuladas²¹.
26. Por último, la Demandada resalta el hecho de que el Sr. Ricover no recibió, utilizó ni circuló información confidencial, ni existe privilegio sobre el material que le fue enviado²² y que, en todo caso, la imparcialidad o credibilidad de un experto puede ser contrapesada por el contrainterrogatorio y por la facultad de ponderación de la que goza el Tribunal Arbitral²³.
27. Por todo lo anterior, la Demandada solicita del Tribunal²⁴:

“(a) Que rechace la Recusación;
(b) Que ordene a las Demandantes abstenerse de agravar la disputa u obstaculizar el normal trámite de estas actuaciones;
[...] y
(d) Oportunamente, que imponga a las Demandantes las costas, costos e intereses correspondientes a esta incidencia procesal.”

4. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

28. La Demandada ha solicitado del Tribunal una orden dirigida a las Demandantes de abstenerse de agravar la disputa y obstaculizar las actuaciones procesales. Ésta será, pues el primer tema a tratar por el Tribunal Arbitral (A). A continuación, analizará la petición de las Demandantes de inadmitir el informe pericial elaborado por el Sr. Ricover e inhabilitar a éste, comenzando por una cuestión preliminar de competencia del Tribunal (B), para después entrar en el fondo (C).

¹⁸ Contestación, párrs. 4-6.

¹⁹ Contestación, párrs. 1-3.

²⁰ Contestación, párrs. 8-11.

²¹ Contestación, párr. 12.

²² Contestación, sección IV.

²³ Contestación, párrs. 19 y 20.

²⁴ Contestación, párr. 38.

A. Supuesta obstaculización de las actuaciones procesales

29. La Demandada asegura que las Demandantes sólo pretenden agravar la disputa y obstaculizar el procedimiento.
30. El Tribunal Arbitral no comparte la posición de la Demandada. La situación denunciada por las Demandantes ciertamente es relevante. Es altamente infrecuente que un candidato a fungir como experto de una parte, que recibe información de esa parte para presentar su oferta económica, termine siendo el experto de la contraparte. El Tribunal Arbitral entiende bien y comparte la preocupación manifestada por las Demandantes; su decisión de plantear este incidente está pues plenamente justificada.
31. Por lo tanto, el Tribunal rechaza en este punto la petición de la Demandada.

B. Competencia del Tribunal Arbitral

32. Las Demandantes solicitan que el Informe pericial elaborado por el Sr. Ricover sea inadmitido y este perito inhabilitado para actuar como experto en el procedimiento. Subsidiariamente piden que el Tribunal Arbitral tome en consideración las alegaciones realizadas a la hora de valorar la prueba preparada por el Sr. Ricover.
33. La Demandada manifiesta su oposición a la petición de las Demandantes, alegando con carácter previo la falta de competencia del Tribunal para resolver esta cuestión.
34. La respuesta del Tribunal a la cuestión de competencia es rotunda: la Regla 34(1) faculta al Tribunal para decidir sobre la admisibilidad de cualquier prueba rendida y de su valor probatorio. Por lo tanto, no puede caber duda de que el Tribunal tiene competencia para admitir o inadmitir cualquier prueba presentada por una de las partes, incluyendo el Informe pericial en cuya elaboración el Sr. Ricover ha participado y cualquier otra prueba elaborada por el Sr. Ricover. En cuanto a la petición subsidiaria planteada por las Demandantes – la toma en consideración de las alegaciones en la valoración de prueba – los poderes del Tribunal incluyen indubitadamente la libre valoración de la prueba aducida por las partes.

C. La inadmisión del informe e inhabilitación del perito

35. El Tribunal ha analizado detalladamente las alegaciones de las partes y estudiado la prueba aportada, siendo de especial relevancia entre ésta última, la Declaración del Sr. Ricover.

36. De dicho análisis, el Tribunal Arbitral da por ciertos *pro tem* los siguientes hechos, que van a servir de base a su decisión:
- (i) Las Demandantes reconocen que la información entregada al Sr. Ricover no estaba marcada como “confidencial”²⁵.
 - (ii) Las Demandantes, previa o simultáneamente al envío de tal información, no hicieron reservas;
 - ni de confidencialidad de la información enviada;
 - ni de imposición de una exclusividad al posible perito;
 - ni de prohibición de actuación del Sr. Ricover en procedimientos judiciales o arbitrales sobre los hechos contenidos en la información facilitada.
 - (iii) El Sr. Ricover asevera no haber abierto los archivos enviados por las Demandantes que contenían la información objeto de discusión en esta decisión ni haber accedido a ellos. En consecuencia, nunca ha tomado conocimiento de dicha información y no ha podido valerse de ella al elaborar su informe pericial²⁶.
 - (iv) El Sr. Ricover asevera ²⁷ no haber circulado a ningún tercero los archivos con información recibidos de las Demandantes.
37. Asumiendo la veracidad de los hechos en la forma en que han sido alegados o aseverados, el Tribunal Arbitral concluye provisionalmente:
- que la información enviada al Sr. Ricover por las Demandantes no era ni confidencial ni privilegiada; y
 - que en todo caso, y fuera cual fuera el carácter de tal información, el Sr. Ricover nunca llegó a tener efectivo conocimiento de ella, pues afirma ni haber abierto ni haber circulado los anexos en los que se contenía la información.
38. En consecuencia el Tribunal estima que en el presente momento procesal no existe razón alguna para inadmitir el Informe pericial cuyo co-autor es el Sr. Ricover, ni para inadmitir de forma genérica y *a priori* su participación como experto en este procedimiento.

²⁵ Escrito de las Demandantes de 3 de agosto de 2012, p. 1.

²⁶ Declaración, párr. 5.

²⁷ Declaración, párr. 5.

39. No obstante, si en cualquier momento de este arbitraje, se adujera prueba demostrando que los hechos aceptados *pro tem* por el Tribunal Arbitral no son ciertos, el Tribunal Arbitral podrá, a petición de parte, revisar la presente decisión.
40. Finalmente, el Tribunal Arbitral no precisa pronunciarse expresamente sobre la petición de las Demandantes de tomar en cuenta las alegaciones formuladas a la hora de atribuir valor probatorio al informe pericial del Sr. Ricover: la libre valoración de la prueba es una facultad intrínseca atribuida al Tribunal Arbitral por las propias Reglas de Arbitraje.

III. DECISIÓN SOBRE LA PETICIÓN DE PRODUCCIÓN DE MATERIAL RELEVANTE

41. La Demandada incluye en su petitorio la siguiente solicitud al Tribunal Arbitral²⁸:
- “... (c) Que ordene la producción de la información y materiales discutidos en esta presentación, los que resultan relevantes para la resolución de las cuestiones jurisdiccionales en debate...”
42. Venezuela basa su solicitud en la afirmación de las Demandantes de que los documentos entregados al Sr. Ricover son relevantes para la determinación de la existencia y magnitud de sus pretendidas inversiones y para la estimación de los daños que reclaman. Tomando como punto de partida esta afirmación, la Demandada arguye la relevancia de los documentos para esta fase del arbitraje y solicita que se ordene a las Demandantes su aportación a los autos²⁹.
43. Las Demandantes, por el contrario, se oponen a tal orden, arguyendo el carácter interno y estratégico de los documentos, cuya aportación infringiría su derecho a presentar su caso, la igualdad de las partes y la integridad del arbitraje³⁰.
44. El Tribunal Arbitral acepta la postura de las Demandantes.
45. La propia Demandada alega que reclama los documentos para probar la existencia y magnitud de las inversiones presuntamente realizadas por las Demandantes. Al así argumentar, la Demandada no tiene en cuenta que la carga de la prueba de estos extremos corresponde a las Demandantes, y que son las Demandantes las que deben decidir si presentan o no ciertos documentos en su poder para satisfacer la carga probatoria que les incumbe – bajo la amenaza de que si la prueba es insuficiente su pretensión será desestimada. No es legítimo que la Demandada pretenda sustituir a las Demandantes en esta tarea, forzándoles a que aporten determinados documentos.
46. Hay un segundo argumento: la documentación entregada al Sr. Ricover forma parte de la correspondencia intercambiada entre un abogado, actuando en labores de defensa letrada en un arbitraje, y un (potencial) perito. Esa correspondencia está amparada por secreto profesional. Es fundamental, para garantizar la labor profesional de los abogados, que sus papeles de trabajo, los borradores de sus

²⁸ Contestación, párr. 38.

²⁹ Contestación, párrs. 35-37.

³⁰ Escrito de las Demandantes de 3 de agosto de 2012, pp. 3 y 4.

escritos arbitrales y en general su correspondencia con partes, peritos y terceros, sean considerados confidenciales y gocen de un elevado grado de protección. De no ser así, la eficacia de la asistencia letrada se vería seriamente comprometida.

* * *

47. El Tribunal determinará las costas generadas por el presente incidente en un trámite posterior dentro del presente arbitraje.

En nombre del Tribunal Arbitral,

[Firmado]

Juan Fernández-Armesto
Presidente del Tribunal Arbitral