



TRADUCCIÓN DE CORTESÍA

EN EL CASO DE UN ARBITRAJE  
INICIADO CONFORME AL CONVENIO CIADI

Caso CPA No. IR 2011/1  
Caso CIADI No. ARB/07/5

ENTRE:

ABACLAT Y OTROS

Demandantes

-y-

LA REPÚBLICA ARGENTINA

Demandada

---

RECOMENDACIÓN CON RELACIÓN A LA SOLICITUD DEL CIADI  
DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2011  
ACERCA DE LA PROPUESTA DE RECUSACIÓN DEL PROFESOR PIERRE TERCIER Y  
DEL PROFESOR ALBERT JAN VAN DEN BERG DE  
15 DE SEPTIEMBRE DE 2011

---

Christiaan M. J. Kröner

Secretario General  
Corte Permanente de Arbitraje

19 de diciembre de 2011

## TABLA DE CONTENIDOS

|   |    |
|---|----|
| A. Introducción .....   | 3  |
| B. Antecedentes procesales.....   | 3  |
| 1. El Procedimiento arbitral .....  | 3  |
| 2. La Propuesta de recusación.....  | 5  |
| C. Observaciones sobre el Derecho Aplicable .....   | 8  |
| 1. Carga de la prueba y el estándar exigido de conformidad con el artículo 57 .....                             | 9  |
| 2. El significado del término “independencia” de conformidad con el artículo 14(1).....                         | 10 |
| D. Observaciones sobre la puntualidad de la Propuesta .....   | 13 |
| E. Observaciones sobre los motivos en los que se funda la Propuesta .....                                       | 13 |
| 1. Primer Fundamento: rechazo de la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales .....                            | 13 |
| 2. Segundo Fundamento: las supuestas limitaciones al derecho de defensa de la Demandada ....                    | 17 |
| 3. Tercer Fundamento: prejuzgamiento .....  | 20 |
| (a) Supuestos casos de prejuzgamiento con relación a la Ley de Emergencia de 2005 .....                         | 21 |
| (b) Supuestos casos de prejuzgamiento con relación al consentimiento de las Demandantes al arbitraje .....      | 22 |
| (c) Supuestos casos de prejuzgamiento con relación a la naturaleza de las reclamaciones de las Demandantes..... | 24 |
| 4. Cuarto Fundamento: emisión de la decisión de la mayoría sin la Opinión Disidente.....                        | 25 |
| F. Conclusión.....  | 30 |
| G. Recomendación.....   | 30 |

## A. Introducción

1. La presente Recomendación se refiere al procedimiento de arbitraje iniciado en el año 2006 por un grupo de individuos y sociedades, actualmente conocidos como “Abaclat y otros”, que son tenedores de bonos soberanos emitidos por la República Argentina (las “**Demandantes**”), contra la República Argentina (la “**Demandada**”). El procedimiento de arbitraje se administra por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“**CIADI**”) de conformidad con el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el “**Convenio CIADI**”) y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje del CIADI (las “**Reglas de Arbitraje del CIADI**”).
2. Mediante carta de D. Gonzalo Flores, Consejero Jurídico Superior del CIADI, de 18 de noviembre de 2011, se me ha solicitado que proporcione al CIADI una recomendación con relación a la propuesta de la Demandada, presentada el 15 de septiembre de 2011, para la recusación, de conformidad con el artículo 57 del Convenio CIADI, del Profesor Pierre Tercier y del Profesor Albert Jan van de Berg (la “**Propuesta**”).
3. La Propuesta se basa en los siguientes fundamentos:
  - (i) el rechazo, mediante decisión comunicada a las Partes el 4 de agosto de 2011, de la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales, de 21 de julio de 2011, formulada por la Demandada (“**Primer Fundamento**”);
  - (ii) determinados aspectos de la Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad de 4 de agosto de 2011 (la “**Decisión**”), de los que se dice que limitan el derecho de defensa de la Demandada (“**Segundo Fundamento**”);
  - (iii) el supuesto prejuzgamiento de ciertos asuntos en la Decisión (“**Tercer Fundamento**”); y
  - (iv) la comunicación de la Decisión a las Partes sin haber esperado a la comunicación de la Opinión Disidente del Profesor Georges Abi-Saab, de 28 de octubre de 2011 (la “**Opinión Disidente**”) (“**Cuarto Fundamento**”).
4. Debido a la seriedad de las cuestiones a las que se refiere la Propuesta, expongo a continuación las razones en las que se basa la presente Recomendación.

## B. Antecedentes procesales

### 1. El Procedimiento arbitral

5. Mediante Solicitud de Arbitraje de 14 de septiembre de 2006 las Demandantes iniciaron un procedimiento de arbitraje contra la Demandada con relación a la supuesta vulneración por la Demandada de sus obligaciones conforme al Acuerdo entre la República Argentina y la República Italiana sobre Promoción y Protección de las Inversiones (el “**TBI Argentina-Italia**”).
6. Según afirman las Demandantes, cuyo número total suma en torno a unas 60.000, la mayoría de ellas son personas físicas de nacionalidad italiana y personas jurídicas constituidas y existentes conforme a la legislación italiana.<sup>1</sup> Están representadas en este proceso por la “*Associazione per*

---

<sup>1</sup> Decisión, párrafo 3.

*la Tutela degli Investitori in Titoli Argentini* (“**Task Force Argentina**” o “**TFA**”),<sup>2</sup> una entidad constituida conforme a la legislación italiana.<sup>3</sup>

7. El Tribunal Arbitral (el “**Tribunal**”) fue constituido el 6 de febrero de 2008 por (i) el Profesor Albert Jan van den Berg (nombrado por las Demandantes); (ii) el Profesor Georges Abi-Saab (nombrado por la Demandada); y (iii) el Dr. Robert Briner (nombrado por el CIADI de conformidad con el artículo 38 del Convenio CIADI), Presidente del Tribunal. El Tribunal tuvo que ser reconstituido debido al repentino y desafortunado fallecimiento del Dr. Briner, Presidente del Tribunal, mediante el nombramiento del Profesor Pierre Tercier, nacional de Suiza, el 2 de septiembre de 2009. El secretario del Tribunal es el Sr. Flores.
8. Tras varios intercambios de alegaciones escritas, del 7 al 13 de abril de 2010 se llevó a cabo la Audiencia sobre Jurisdicción en la ciudad de Washington, D.C.
9. En distintas etapas del procedimiento arbitral, la Demandada alegó la existencia de varias irregularidades en algunos de los documentos diseñados y empleados por TFA para iniciar el procedimiento arbitral en nombre de las Demandantes (en adelante, “**Paquete de Mandato de TFA**”), incluyendo el supuesto uso de firmas falsas y la firma de poderes por personas distintas del signatario nombrado. En apoyo de sus alegaciones, la Demandada se refirió a dos informes de expertos en dactiloscopia que presentó junto con su Memorial de Réplica sobre Jurisdicción y a un segundo informe presentado antes de la Audiencia sobre Jurisdicción, sobre el cual el Tribunal resolvió que no debía ser utilizado durante la Audiencia, reservándose la posibilidad de admitirlo en una etapa posterior.<sup>4</sup>
10. El 21 de julio de 2011 la Demandada presentó una Solicitud Urgente de Medidas Provisionales (la “**Solicitud Urgente de Medidas Provisionales**”) ante el Tribunal. La Demandada afirma que el 13 de julio de 2011 “[fue] notificada de las actuaciones seguidas por el Ministerio Fiscal italiano ante los Tribunales de Bologna (Italia), respecto de las firmas correspondientes a tres Demandantes contenidas en una Declaración de Consentimiento presentada en este arbitraje”.<sup>5</sup> En el contexto de dicho proceso penal, la Oficina del Ministerio Fiscal italiano había concluido que se había “efectivamente demostrado la falsedad de las firmas manuscritas a nombre de [los nombres de dos de las Demandantes]”.<sup>6</sup> La Demandada solicitaba: (a) la fijación urgente de una audiencia para que el Tribunal pudiera escuchar la declaración de las Demandantes a quienes se refería la supuesta falsificación de firmas; (b) que se ordenase a las Demandantes que se abstuvieran de alterar o destruir cualquier documento; y (c) se solicitase de forma urgente a la Secretaria General del CIADI un informe sobre el método que empleó para verificar la autenticidad de la documentación aportada junto con la Solicitud de Arbitraje.<sup>7</sup>
11. El 4 de agosto de 2011, por una mayoría compuesta por el Profesor Tercier y el Profesor van den Berg, el Tribunal emitió la Decisión. La página de la Decisión reservada a las firmas no contiene la del coárbitro Profesor Abi-Saab, sino la expresión “Opinión Disidente próxima a ser emitida” escrita a máquina en el espacio correspondiente.

---

<sup>2</sup> Decisión, párrafo 4.

<sup>3</sup> Decisión, párrafo 65.

<sup>4</sup> Propuesta, párrafo 4-6, citando el Informe pericial de la División Scopometría de la Policía Federal Argentina (Toscano, Peryra y Di Tommaso); Informe pericial de Héctor Jorge Petersen y Héctor Jorge Petersen Jr.; Memorial de Réplica, párrafos 191-197; Dúplica sobre Jurisdicción, párrafo 225; Orden Procesal N°4, 18 de marzo de 2010, párrafo 53.

<sup>5</sup> Propuesta, párrafo 8.

<sup>6</sup> Propuesta, párrafo 8, citando la Solicitud de Archivo del representante del Ministerio Público italiano, Dr. Giampiero Nascimbeni, Anexo I de la Solicitud urgente de Medidas Provisionales.

<sup>7</sup> Propuesta, párrafo 12, citando la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales, punto III.

12. La Decisión fue comunicada a las Partes mediante carta enviada en nombre del Tribunal por Dña. Anneliese Fleckenstein, Asesora del CIADI, el 4 de agosto de 2011 (la “**Carta de 4 de agosto de 2011**”).
13. La Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab (la “**Opinión Disidente**”) fue emitida el 28 de octubre de 2011 y se hizo circular a las Partes mediante carta del CIADI de 30 de octubre de 2011.
14. Mediante carta de 1 de noviembre de 2011 el Profesor Abi-Saab presentó su renuncia como miembro del Tribunal.

## **2. La Propuesta de recusación**

15. El 15 de septiembre de 2011 la Demandada presentó ante el CIADI la Propuesta de Recusación del Presidente Pierre Tercier y del árbitro Albert Jan van den Berg (la “**Propuesta**”), en la que proponía que (a) se solicitara una opinión respecto de la procedencia de la recusación al Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje (la “**CPA**”); (b) se “excluya al Profesor Pierre Tercier y al Profesor Albert Jan van den Berg del presente arbitraje y se los sustituya” y (c) se suspendiera el procedimiento hasta que se hubiera tomado una decisión acerca de la Propuesta.
16. Mediante carta de 16 de septiembre de 2011, las Demandantes se opusieron a la Propuesta.
17. El 21 de septiembre de 2011, la Demandada envió una carta al CIADI para complementar su Propuesta de 15 de septiembre de 2011, solicitando además la programación de una audiencia con relación a la Propuesta.
18. Mediante carta de 21 de septiembre de 2011 las Demandantes se opusieron a la carta de la Demandada de la misma fecha y solicitaron “un calendario expedito para la presentación de escritos y una decisión por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI dentro de los treinta días contemplados por las Reglas de Arbitraje del CIADI”. (traducción no oficial del original en inglés)
19. Mediante carta de 5 de octubre de 2011, el CIADI informó a las Partes de que “el proceso ha[bía] sido suspendido desde el 15 de septiembre de 2011” debido a la Propuesta de la Demandada. (traducción no oficial del original en inglés)
20. Mediante carta de 6 de octubre de 2011, las Demandantes solicitaron que el CIADI rechazara la Propuesta de la Demandada dentro del período de treinta días establecido en las Reglas de Arbitraje del CIADI o, alternativamente, que el CIADI propusiera inmediatamente un calendario para la presentación de alegaciones por las Partes con relación a la Propuesta.
21. Mediante carta de 13 de octubre de 2011, el CIADI comunicó a las Partes el siguiente calendario para la presentación de alegaciones con relación a la Propuesta:

*a. Se invita a las Demandantes a presentar una Contestación a la propuesta de recusación de la Demandada hasta el viernes 28 de octubre de 2011;*

*Se invita al Profesor Pierre Tercier y al Dr. Albert Jan van den Berg a presentar cualesquiera comentarios que deseen proporcionar de conformidad con la Regla de Arbitraje 9(3) del CIADI dentro de los diez días siguientes a la recepción de las alegaciones de las Demandantes;*

*Se invita a ambas partes a presentar simultáneamente, dentro del plazo de dos semanas contadas desde la fecha en la que el Profesor Tercier y el Dr. van den Berg proporcionen cualesquiera explicaciones, aquellas observaciones que deseen realizar en conexión con la propuesta de recusación.*

*Se requiere a las partes que esa presentación se produzca sólo ante el Secretario del Tribunal en la fecha indicada. El Secretario del Tribunal circulará los escritos una vez haya recibido los correspondientes a ambas partes;*

*d. Para evitar confusiones, el Secretario del Tribunal comunicará a las partes la fecha exacta en la que la que deben ser presentados los escritos a los que se refiere el apartado (c), una vez los comentarios, de haberlos, del Profesor Pierre Tercier y el Dr. van den Berg, hayan sido recibidos. (traducción no oficial del original en inglés)*

22. El 21 de octubre de 2011 las Demandantes presentaron su contestación a la Propuesta (la “**Contestación de las Demandantes**”).
23. Mediante carta de 24 de octubre de 2011 (erróneamente fechada 20 de octubre de 2011), el CIADI invitó al Profesor Pierre Tercier y al Profesor Albert Jan van de Berg a presentar los comentarios que desearan proporcionar en un plazo de diez días.
24. Mediante carta de 28 de octubre de 2011 el CIADI informó a las Partes de que (i) el artículo 58 de la Convención CIADI y la Regla 9 de las Reglas de Arbitraje del CIADI autorizaban al Presidente del Consejo Administrativo del CIADI a decidir la Propuesta; y de que (ii) el Presidente había decidido rechazar la solicitud de la Demandada de celebrar una audiencia y aceptar la solicitud de la Demandada de requerir al Secretario General de la CPA una recomendación respecto de la Propuesta.
25. El 31 de octubre de 2011 el Profesor Pierre Tercier y el Profesor Albert Jan van den Berg transmitieron una carta conjunta al CIADI, proporcionando sus comentarios acerca de la Propuesta de la Demandada.
26. Mediante carta de 2 de noviembre de 2011 el CIADI invitó a las Partes a presentar las observaciones adicionales que desearan realizar en conexión con la Propuesta y adjuntó una carta del Profesor Georges Abi-Saab en la que comunicaba su renuncia como miembro del Tribunal.
27. Mediante carta a la CPA de 8 de noviembre de 2011 la Demandada se refería a la Propuesta y solicitaba que cualquier recomendación del Secretario General de la CPA “se bas[ara] en la opinión de una persona [a ser designada por el Secretario General], absolutamente incuestionable y completamente independiente de las partes y de los árbitros recusados” y que tal designación “[fuera] comunicada a todas las partes intervinientes”.
28. Mediante carta al CIADI y a las Partes de 11 de noviembre de 2011, la CPA afirmó que no había recibido aún ninguna comunicación formal por parte del CIADI con relación a la Propuesta y que agradecería comentarios del CIADI con relación a la carta de la Demandada de 8 de noviembre de 2011.
29. El 16 de noviembre de 2011 las Demandantes y la Demandada presentaron ante el CIADI, en inglés y en español, respectivamente, sus observaciones adicionales con relación a la Propuesta de la Demandada (respectivamente, las “**Observaciones de las Demandantes**” y las “**Observaciones de la Demandada**”).

30. Mediante carta de 17 de noviembre de 2011 el CIADI informó a las Partes de que “requeriría una recomendación del Secretario General de la CPA” con relación a la Propuesta de la Demandada y transmitió a las Partes una lista de documentos que debían ser transmitidos a la CPA.
31. Mediante carta al CIADI de 18 de noviembre de 2011, las Demandantes observaron que el “envío [del CIADI] a la CPA omitió varios documentos con relación a la Propuesta” y solicitaron al CIADI que “transmitiera puntualmente los materiales omitidos a la CPA”. (traducción no oficial del original en inglés)
32. Mediante carta de 18 de noviembre de 2011 el CIADI comunicó a las Partes una lista corregida de documentos que debían ser transmitidos a la CPA e invitó a la Demandada a indicar cuándo tendría lista una traducción al inglés de las Observaciones de la Demandada.
33. Mediante carta de 18 de noviembre de 2011 el CIADI solicitó que el Secretario General de la CPA realizara una recomendación al Presidente del Consejo Administrativo del CIADI acerca de la Propuesta y adjuntó copias de la Propuesta y de los documentos relacionados tal y como aparecían en su carta a las Partes del mismo día.
34. Mediante carta de 21 de noviembre de 2011 las Demandantes solicitaron al CIADI que (a) ordenara a la Demandada poner fin y abstenerse de cualquier comunicación *ex parte* con la CPA o el CIADI; (b) “proveer a las Partes con copias de toda la correspondencia anterior y toda la futura inmediatamente al transmitirse”; y (c) “facilitar una terminación puntual del proceso invitando a la CPA a concluir su revisión en un cierto período de tiempo y a hacer posible la emisión de una decisión por el Presidente del Consejo Administrativo antes del final del año”. (traducción no oficial del original en inglés)
35. El 22 de noviembre de 2011 la Demandada proporcionó una traducción al inglés de las Observaciones de la Demandada.
36. Mediante carta de 29 de noviembre de 2011 las Demandantes presentaron sus comentarios sobre la carta de la Demandada a la CPA de 8 de noviembre de 2011 y expresaron su deseo de que el Secretario General de la CPA realizara una recomendación acerca de la Propuesta en el plazo de treinta días desde la solicitud del CIADI.
37. Mediante carta de 30 de noviembre de 2011 la CPA solicitó al CIADI que proporcionara copias de los documentos a los que se referían las Partes en sus alegaciones y que no aparecían adjuntos a la carta del CIADI de 18 de noviembre de 2011.
38. Mediante carta de 1 de diciembre de 2011 el CIADI invitó a las Partes a presentar, hasta el 2 de diciembre de 2011, los comentarios que desearan realizar acerca de la solicitud de la CPA de 30 de noviembre de 2011.
39. Mediante carta de 2 de diciembre de 2011 las Demandantes afirmaron que no se oponían a proporcionar tales documentos a la CPA, siempre que ello no retrasara la producción de la recomendación por parte del Secretario General de la CPA.
40. Mediante carta al CIADI y a las Partes de 2 de diciembre de 2011 la CPA afirmó que el Secretario General dedicaría sus mejores esfuerzos a realizar una recomendación hasta el 19 de diciembre de 2011.
41. Mediante carta a las Partes de 9 de diciembre de 2011 el CIADI afirmó que, ya que las Demandantes habían indicado que no se oponían a la transmisión de los documentos solicitados

por la CPA y que la Demandada no había presentado comentarios al respecto, los documentos solicitados serían transmitidos a la CPA.

42. A través de correos electrónicos de 9, 10 y 14 de diciembre de 2011 el CIADI transmitió a la CPA los documentos solicitados en la carta de la CPA de 30 de noviembre de 2011. Mediante carta de 9 de diciembre de 2011 el CIADI transmitió a la CPA correspondencia adicional a petición de las Partes.
43. Mediante carta al CIADI de 14 de diciembre de 2011 las Demandantes y la Demandada, respectivamente, proporcionaron comentarios adicionales con relación a la transmisión de documentos a la CPA.

### C. Observaciones sobre el Derecho Aplicable

44. La base legal para la Propuesta de recusación del Profesor Tercier y del Profesor van den Berg es el artículo 57 del Convenio CIADI, que establece:

*Cualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14. Las partes en el procedimiento de arbitraje podrán, asimismo, proponer la recusación por las causas establecidas en la Sección 2 del Capítulo IV.*

45. En la Propuesta, la Demandada propone la recusación con base en la primera frase del artículo 57, esto es, la existencia de hechos que indiquen una “carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14”. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 14(1) del Convenio CIADI:

*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.*

46. Ni la consideración moral del Profesor Tercier y del Profesor van den Berg ni su competencia en el campo del Derecho Internacional han sido cuestionadas por la Demandada. El asunto se limita a su capacidad para inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio con respecto a las Partes de la disputa. En este sentido, la Demandada y las Demandantes coinciden en la idea, que acepto, de que el término “imparcialidad de juicio” del artículo 14 del Convenio CIADI comprende tanto la independencia como la imparcialidad.<sup>8</sup>

47. La Regla 9 de las Reglas Arbitraje del CIADI establece:

*Recusación de los árbitros*

*(1) La parte que proponga la recusación de un árbitro de conformidad con el artículo 57 del Convenio presentará su propuesta al Secretario General sin demora y en todo caso antes que se cierre el procedimiento, dando a conocer las causales en que la funde.*

*(2) El Secretario General procederá sin dilación:*

*(a) a transmitir la propuesta a los miembros del Tribunal y, si se refiere a un árbitro único o a una mayoría de los miembros del Tribunal, al Presidente del Consejo Administrativo; y*

*(b) a notificar la propuesta a la otra parte.*

---

<sup>8</sup> Propuesta, párrafo 63; Constestación de las Demandantes, páginas 4-5.

(3) *El árbitro a quien se refiera la propuesta podrá sin dilación ofrecer explicaciones al Tribunal o al Presidente, según fuere el caso.*

(4) *Salvo cuando la propuesta se refiera a la mayoría de los miembros del Tribunal, los demás miembros la considerarán y votarán con prontitud en ausencia del árbitro cuya recusación se ha propuesto. Si su voto resultare en un empate, notificarán con prontitud al Presidente, a través del Secretario General, la propuesta, la explicación presentada por el árbitro cuya recusación se ha propuesto y el hecho que no lograron tomar una decisión.*

(5) *Siempre que el Presidente deba decidir sobre una propuesta de recusación de un árbitro, hará lo posible para tomar la decisión dentro de 30 días contados desde que haya recibido la propuesta.*

(6) *El procedimiento se suspenderá hasta que se haya tomado una decisión sobre la propuesta.*

48. La Demandada ha citado varias fuentes ajenas al Convenio CIADI y a las Reglas de Arbitraje del CIADI con relación a la recusación de árbitros y a las cuestiones en las que se funda la Propuesta. Sin embargo, en ausencia de un acuerdo expreso de las Partes acerca de la aplicabilidad de dichas fuentes, la presente Recomendación se basa en el Convenio y en las Reglas de Arbitraje del CIADI.
49. Es evidente que las decisiones sobre recusaciones previamente resueltas en otros casos ante el CIADI no me resultan vinculantes. Sin embargo, ello no me impide considerar tales decisiones, así como los argumentos de las Partes que descasen en éstas, en la medida en la que entienda que puedan ser de utilidad al aclarar cuestiones que se plantean en este caso.

## **1. Carga de la prueba y el estándar exigido de conformidad con el artículo 57**

50. De conformidad con el artículo 57, la carga de la prueba recae sobre la parte que recusa, a quien corresponde establecer la existencia del hecho o hechos requeridos, así como probar que el hecho en cuestión indica una “carencia manifiesta” de las cualidades exigidas en un árbitro, esto es, que dicho árbitro no goza de la cualidad de ser una persona en la que se pueda confiar que ejerza imparcialidad e independencia de juicio. El estándar exigido requiere que la parte que recusa pruebe no sólo hechos que indiquen carencia de independencia, sino también que la carencia es “manifiesta” o “altamente probable”, no sólo “posible”.
51. En el caso de *SGS Société Générale de Surveillance c. Pakistán*, el tribunal ofreció las siguientes directrices con relación al estándar exigido de conformidad con el artículo 57 de la Convención:

*El estándar exigido para una recusación de conformidad con el artículo 57 del Convenio CIADI puede entenderse formado por dos elementos constituyentes: (a) debe existir un hecho o hechos (b) que por su calidad o carácter indiquen una carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el artículo 14(1). La parte que recusa a un árbitro debe probar hechos que por su calidad o carácter permitan inferir razonablemente que evidentemente no puede confiarse en que la persona recusada haya de formular un juicio independiente en el caso concreto en que se efectúa la recusación. El primer requisito, que exige que los hechos sean establecidos por la parte que recusa, supone efectivamente una orden de que la mera especulación o inferencia no puede sustituir tales hechos. El segundo requisito consiste esencialmente de una inferencia, pero esa inferencia debe basarse, o estar anclada, en los hechos establecidos. Un árbitro no puede, de conformidad con el artículo 57 del Convenio, ser recusado como resultado de inferencias que a su vez están simplemente basadas en otras inferencias.*

*Es importante acentuar que la inferencia que constituye el segundo elemento constituyente debe por sí misma ser razonable. En otras palabras, para que la recusación tenga éxito debe existir una relación clara y razonable entre los hechos constituyentes y la inferencia que generan. Los hechos establecidos o no controvertidos deben, según las circunstancias del caso en particular, ser por sí mismos capaces de dar pie*

*a la inferencia que se dice que deriva de tales hechos. La inferencia que resulte de los hechos debe ser tal que, manifiestamente, esto es, claramente, no se puede confiar en la persona recusada para un juicio independiente o que surja, de los hechos establecidos o no controvertidos, una duda razonable y evidente acerca de la fiabilidad de la persona para emitir un juicio independiente. Más en concreto, la inferencia debe ser razonable a la vista de los hechos de los que trae motivo y debe ser conforme con la experiencia de la comunidad de árbitros y abogados.*<sup>9</sup> (traducción no oficial del original en inglés)

52. Aplicando dicho razonamiento a los hechos de la recusación en cuestión, en la que se discutía acerca de la relación profesional entre el árbitro recusado y el abogado de una de las partes, el tribunal concluyó que:

*Nos parece que el Demandante se limita a suponer la existencia de lo que le corresponde probar. Una suposición (...) que se sostiene sobre otra presuposición (...) que a su vez descansa en especulación ... no pueden constituir la base de la recusación en el presente caso.*<sup>10</sup> (traducción no oficial del original en inglés)

53. Considero que el artículo 57 exige que la parte que pretende la recusación establezca los hechos que indiquen una carencia manifiesta de las cualidades exigidas; esto es, que pruebe la existencia de tales hechos y pruebe a su vez dicha indicación es “manifiesta”.

## **2. El significado del término “independencia” de conformidad con el artículo 14(1)**

54. El caso de *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. la República Argentina*<sup>11</sup> (“*Suez I*”) trataba de la propuesta de recusación de la Profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, basada en el hecho de que ésta había sido miembro del tribunal del CIADI en el caso de *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. la República Argentina*, que había emitido un laudo contra la República Argentina dos meses antes.

55. Con relación al artículo 14(1), la mayoría del tribunal en *Suez I* trató la cuestión de qué significaba el requisito de “independencia”, indicando lo siguiente:

*Aunque Argentina no hizo referencia a este hecho, la versión en castellano del Artículo 14(1) del Convenio parece presentar leves diferencias con respecto a la versión en idioma inglés. La versión en castellano de ese artículo se refiere a una persona que “...[inspire] plena confianza en su imparcialidad de juicio”. Como el tratado declara expresamente que las versiones en ambos idiomas son igualmente auténticas, aplicaremos los dos criterios –independencia e imparcialidad– para llegar a nuestras decisiones. Ese enfoque está en consonancia con el que aparece en numerosas reglas de arbitraje, que requieren tanto independencia como imparcialidad de parte de los árbitros.*

*Los conceptos de independencia e imparcialidad, aunque mutuamente relacionados, con frecuencia se consideran claramente diferentes, aunque no siempre es fácil percibir con precisión la naturaleza de la distinción. En términos generales, el concepto de independencia se refiere a la inexistencia de relaciones con una parte, que pueda influir sobre la decisión del árbitro. Por imparcialidad, en cambio, se entiende la inexistencia de un sesgo o predisposición favorable hacia alguna de las partes. Así, en el Webster’s Unabridged Dictionary se define el término ‘imparcialidad’ como “el estar libre de favoritismo, no estar*

<sup>9</sup> *SGS Société Générale de Surveillance c. Pakistán*, Decisión sobre la Propuesta de la Demandante de Recusación de un árbitro (19 de diciembre de 2002), 8 ICSID Reports 398, 402.

<sup>10</sup> *SGS Société Générale de Surveillance c. Pakistán*, Decisión sobre la Propuesta de la Demandante de Recusación de un árbitro (19 de diciembre de 2002), 8 ICSID Reports 398, 405.

<sup>11</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un miembro del Tribunal de Arbitraje (22 de octubre de 2007).

*parcializado a favor de una parte más que de la otra” (traducción del Tribunal). Por lo tanto, en ciertas situaciones es posible que un juez o árbitro sea independiente de las partes, pero no imparcial.*<sup>12</sup>

56. La mayoría continuaba así:

*La independencia y la imparcialidad son estados de ánimo. Ni la Demandada ni tampoco los dos miembros de este Tribunal, ni ningún otro órgano están en condiciones de investigar el ánimo de ningún árbitro para determinar con absoluta certeza si esa persona es independiente o imparcial. Ese estado de ánimo sólo puede inferirse a través de los actos del árbitro en cuestión o de las personas con él vinculadas. Es por esa razón que el Artículo 57 requiere que la parte recusante pruebe cualquier hecho que indique una carencia manifiesta de imparcialidad o independencia.*<sup>13</sup>

57. El tribunal en *Suez I* también trató la cuestión de si, al aplicar los estándares del artículo 14(1) del Convenio, se hace necesario usar un estándar subjetivo basado en la creencia de la parte que recusa o un estándar objetivo basado en la valoración razonable de las pruebas por un tercero. La mayoría concluía que debe exigirse un estándar objetivo, advirtiendo que:

*Un requisito implícito en el Artículo 57 y en su exigencia de que la parte que recusa alegue un hecho que indique carencia manifiesta de las cualidades que el Artículo 14 exige de un árbitro, es que esa carencia se pruebe en forma objetiva, y que la mera creencia, por parte de quien formula la recusación, sobre la falta de independencia e imparcialidad del árbitro no basta para descalificar al árbitro recusado. Anteriores decisiones del CIADI sobre recusaciones de árbitros respaldan nuestra posición.*<sup>14</sup>

58. La mayoría en *Suez I* citó la decisión acerca de la recusación del presidente del comité de anulación en *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, que adoptaba una postura similar al señalar que la parte que recusa debe basarse en hechos establecidos y no en “suposiciones o argumentos especulativos”,<sup>15</sup> y afirmando lo siguiente:

*De hecho, la aplicación de un estándar subjetivo, individual, en lugar de un estándar objetivo, permitiría a cualquiera de las partes de un arbitraje que por cualquier motivo no se sienta satisfecha con el proceso, poner fin a éste en forma discrecional, simplemente sosteniendo que un árbitro no es independiente o imparcial, lo que socavaría, y a decir verdad aniquilaría, el sistema de arbitraje entre inversionistas y Estados, tan cuidadosamente establecido por los Estados que acordaron el Convenio.*<sup>16</sup>

59. En el caso de la recusación en *Suez I*, la mayoría concluyó que en la propuesta de la Demandada basada en la participación del árbitro recusado en un tribunal que había emitido un laudo

---

<sup>12</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un miembro del Tribunal de Arbitraje (22 de octubre de 2007), párrafos 28-29.

<sup>13</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un miembro del Tribunal de Arbitraje (22 de octubre de 2007), párrafo 30.

<sup>14</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un miembro del Tribunal de Arbitraje (22 de octubre de 2007), párrafo 40.

<sup>15</sup> *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina* (Caso CIADI N° ARB/97/3), Decisión acerca de la Recusación del Presidente del Comité, párrafo 25.

<sup>16</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un miembro del Tribunal de Arbitraje (22 de octubre de 2007), párrafo 41, refiriéndose a *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina* (Caso CIADI N° ARB/97/3), Decisión acerca de la Recusación del Presidente del Comité, párrafo 25 [sic].

desfavorable para la Demandada “no se probó ningún hecho que indique manifiesta carencia de independencia o de imparcialidad”.<sup>17</sup>

60. Resulta concebible que una decisión sea, en determinadas circunstancias, de tal naturaleza que por sí misma evidencie parcialidad o carencia de independencia. Ése puede ser el caso, por ejemplo, si la decisión en sí misma, objetivamente pone de manifiesto mala fe por parte del árbitro. Sin embargo, en general, la disconformidad con una decisión no es un factor que indique carencia manifiesta de independencia o imparcialidad.

61. En *Suez I*, la mayoría del tribunal desarrollaba este punto del siguiente modo:

*[C]orresponde señalar que una diferencia de opinión sobre una interpretación de un conjunto de hechos no es de por sí prueba de falta de independencia o imparcialidad. Ciertamente es común, en todo el mundo, que los jueces y árbitros, cumpliendo honestamente sus funciones, lleguen a conclusiones de hecho o de derecho con las que discrepe alguna de las partes. La existencia de tal discrepancia no constituye de por sí prueba manifiesta de que ese juez o árbitro careciera de independencia o imparcialidad. Aun cuando un órgano de apelación en definitiva revoque esa decisión, esa revocación no constituiría de por sí prueba de falta de imparcialidad o independencia. Un juez o árbitro puede incurrir en un error de derecho o extraer conclusiones equivocadas sobre los hechos, y sin embargo ser independiente e imparcial*<sup>18</sup>

62. Este principio también se desprende del artículo 52 del Convenio CIADI, que establece una lista exhaustiva de las causas por las cuales una parte disconforme con una decisión de un tribunal puede buscar remedio solicitando la anulación del laudo, así como el procedimiento previsto para tal supuesto. El artículo 53(1) del Convenio CIADI determina:

*El laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio.*

63. Los principios legales aplicables pueden ser resumidos de la siguiente manera: de conformidad con el artículo 57 del Convenio CIADI, la carga de la prueba recae en la parte que recusa, a quien corresponde establecer, en primer término, la existencia de hechos de los que una carencia manifiesta de las cualidades exigidas pueda ser inferida y, en segundo lugar, probar que dicha inferencia puede ser establecida razonablemente en las circunstancias. El estándar exigido por el artículo 57 es uno objetivo; no está basado en la percepción subjetiva de la parte que propone la recusación. No es suficiente con alegar una falta de independencia e imparcialidad basada a su vez en otra inferencia o mera especulación. Tal especulación es inconsistente con el artículo 57 porque, como afirmaba la mayoría del tribunal en *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*, en términos con los que coincido plenamente, “requiere la creación de las mismas inferencias que la definición común del término ‘manifiesto’ en su sentido habitual no permite”.<sup>19</sup> (traducción no oficial del original en inglés)

64. Además, si la existencia de una decisión adversa fuese suficiente para establecer una carencia de independencia e imparcialidad, nunca sería posible la toma de decisiones por un juez o adjudicador. La función de un árbitro no consiste en alcanzar conclusiones que sean mutuamente aceptables para ambas Partes o que sean neutrales en sus efectos. Se deduce de lo anterior que la

---

<sup>17</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un miembro del Tribunal de Arbitraje (22 de octubre de 2007), párrafo 43.

<sup>18</sup> *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un miembro del Tribunal de Arbitraje (22 de octubre de 2007), párrafo 35.

<sup>19</sup> *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania* (Caso CIADI N° ARB/07/16), Decisión acerca de la Propuesta de la Demandada de recusar al árbitro Dr. Yoram Turbowicz (19 de marzo de 2010), párrafo 44.

mera existencia de una decisión en contra de la parte que recusa no sugiere, ni mucho menos establece, una carencia de independencia o imparcialidad.

65. Las proposiciones anteriores son de aplicación incluso si se sostiene que el fallo o decisión en cuestión se equivoca en cuanto al Derecho o los hechos o es susceptible de recurso. Un árbitro puede equivocarse en los hechos o en el Derecho y aun así ser independiente e imparcial.

#### **D. Observaciones sobre la puntualidad de la Propuesta**

66. Las Demandantes afirman que la Propuesta de Recusación es “tardía” y ha sido “claramente interpuesta después de que fracasaran las objeciones jurisdiccionales de Argentina en un intento de desbaratar el proceso”.<sup>20</sup> Las Demandantes aseguran que, de conformidad con el Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI, “Argentina ha renunciado a su derecho a recusar a los árbitros al haber demorado la presentación de su Solicitud del modo en que lo hizo”.<sup>21</sup> (traducción no oficial del original en inglés) La Demandada sostiene que presentó su Propuesta “tan pronto como tuvo conocimiento de los fundamentos fácticos y jurídicos, lo cual no pudo sino ocurrir luego de analizar minuciosamente cada uno de los 713 párrafos de la Decisión de la mayoría del Tribunal”.<sup>22</sup>

67. La cuestión que por lo tanto se plantea es la de si la Demandada ha renunciado a su derecho a realizar una propuesta de recusación.

68. De conformidad con la Regla 9 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, el derecho a recusar a un árbitro debe ejercerse “sin demora”, pero ni las Reglas de Arbitraje del CIADI ni el Convenio CIADI prescriben un límite temporal determinado. Las Partes coinciden en que el término “sin demora” significa que la parte que propone la recusación debe realizar dicha propuesta tan pronto como tenga conocimiento de los hechos en los que se basa. La mayoría emitió su Decisión el 4 de agosto de 2011. La Propuesta fue presentada cuarenta y dos días más tarde, el 15 de septiembre de 2011. La Opinión Disidente fue emitida el 28 de octubre de 2011.

69. Considerando las razones en las que se basa la Propuesta, y permitiendo el plazo que la Demandada asegura que le fue necesario para tener conocimiento de los hechos que dieron lugar al planteamiento de la recusación, no encuentro motivo por el cual no pueda aceptarse la afirmación de la Demandada, de que la Propuesta de 15 de septiembre se presentó tan pronto como “tuvo conocimiento” de tales hechos, fecha en la que la Demandada asegura que hubo completado su “análisis minuciosos”<sup>23</sup> de la Decisión.

#### **E. Observaciones sobre los motivos en los que se funda la Propuesta**

70. Presentaré ahora mis razones con relación a cada uno de los motivos en los que se funda la Propuesta planteada por la Demandada.

##### **1. Primer Fundamento: rechazo de la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales**

71. Con relación al Primer Fundamento de la Propuesta, la Demandada argumenta que el rechazo por los árbitros de la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales puso de manifiesto una falta de

---

<sup>20</sup> Contestación de las Demandantes, página 1.

<sup>21</sup> Contestación de las Demandantes, página 2.

<sup>22</sup> Observaciones de Demandada, párrafo 9.

<sup>23</sup> Observaciones de Demandada, párrafo 9.

independencia e imparcialidad de juicio.<sup>24</sup> La cuestión que por lo tanto surge, consiste en determinar si la decisión por la mayoría de rechazar la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales constituye o pone de manifiesto falta de independencia e imparcialidad de juicio.

72. La Demandada basa su Propuesta de Recusación en este asunto en la “arbitrariedad manifiesta” de la Decisión de la mayoría, que deduce de los defectos que la propia Demandada percibe en esa decisión, a saber: “el rechazo por parte de la mayoría del Tribunal de la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales de manera abrupta, sin expresar sus motivos, sin considerar la nueva evidencia que se estaba presentando respecto de la existencia de fraude y error esencial, y al prejuzgar sobre la validez del consentimiento de los Demandantes”.<sup>25</sup> La Demandada sostiene que tales defectos condujeron a “una pérdida objetiva de confianza en la imparcialidad de juicio” de los árbitros recusados.<sup>26</sup> Como elemento de prueba con relación a este fundamento de la Propuesta, la Demandada se refiere a la Carta de 4 de agosto de 2011, por la que la decisión de rechazar la solicitud fue comunicada a las Partes, y a determinados pasajes de la Decisión.<sup>27</sup>
73. La Demandada alega que la Decisión “demuestra una clara evidencia de parcialidad [de la mayoría del Tribunal] [...] al no admitir y tratar cuestiones probatorias muy graves e importantes”.<sup>28</sup> En este sentido, la Demandada se refiere a los párrafos 501 y 502 de la Decisión, en los cuales se afirma que “en esta etapa no existen indicios de que tal formalización [de los documentos que contienen el consentimiento de las Demandantes] se haya logrado mediante fraude, coerción o un error esencial que haya viciado el consentimiento de las Demandantes” y por lo tanto “[l]a declaración de consentimiento firmada por cada Demandante y presentada en este procedimiento es en principio válida [...]”.<sup>29</sup> En opinión de la Demandada, el Tribunal no debió haber alcanzado tal conclusión “sin considerar la necesidad de verificar adecuadamente la validez de toda la documentación presentada por las Demandantes”.<sup>30</sup>
74. La Demandada se refiere, además, al párrafo 466 de la Decisión, en el cual se afirma que la cuestión de la existencia y validez del consentimiento individual “se abordará, en la medida en que sea necesario y apropiado, cuando se analicen las cuestiones relacionadas con cada Demandante”, en relación a lo cual indica que: (i) “la mayoría del Tribunal ya ha reconocido que el tratamiento individual es ‘imposible’, por lo que será ‘imposible’ el análisis de la existencia y validez del consentimiento de cada Demandante”; (ii) se ha establecido ya que la próxima fase del procedimiento estará dedicada a determinar las cuestiones claves relacionadas con el fondo de la causa; y (iii) “la mayoría del Tribunal ya ha rechazado en forma definitiva [las] objeciones jurisdiccionales [de la Demandada] sobre la base de aceptar la validez del consentimiento de los Demandantes”.<sup>31</sup>
75. Las Demandantes han presentado con detalle las circunstancias que rodean a la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales de la Demandada y la decisión del Tribunal al respecto. Afirman que el fallo del Tribunal por el que concluía que no existían indicios de un fraude sistemático en la manera en la que las Demandantes obtuvieron el consentimiento al arbitraje ante el CIADI encuentra “pleno apoyo en el archivo del caso”.<sup>32</sup> (traducción no oficial del original en inglés)

---

<sup>24</sup> Propuesta, párrafos 3-18; Observaciones de la Demandada, párrafos 12-22.

<sup>25</sup> Observaciones de Demandada, párrafo 12.

<sup>26</sup> Observaciones de la Demandada, párrafo 12.

<sup>27</sup> Propuesta, párrafo 13, citando la Carta de 4 de agosto de 2011.

<sup>28</sup> Propuesta, párrafo 68.

<sup>29</sup> Propuesta, párrafo 14, citando la Decisión, párrafos 501 (iv) y 502 (ii).

<sup>30</sup> Propuesta, párrafo 15.

<sup>31</sup> Propuesta, párrafo 16, citando la Decisión, párrafos 296, 670, 464.

<sup>32</sup> Contestación de las Demandantes, página 14.

76. Con respecto al rechazo de la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales, el Profesor Tercier y el Profesor van den Berg se refieren al tercer y cuarto párrafo de la Carta de 4 de agosto de 2011.<sup>33</sup>
77. Considerando la importancia de la Carta de 4 de agosto de 2011 con relación a la Propuesta, se reproduce a continuación el texto completo de la carta:

*Estimados señores y señoras:*

*Les escribo en ausencia de la oficina del Sr. Flores. A solicitud del Presidente del Tribunal, les envío por la presente la Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad (la "Decisión"), firmada por la mayoría de miembros del Tribunal. El Presidente me ha solicitado que les informe de lo siguiente.*

*Habiendo deliberado plenamente las cuestiones planteadas pero sin haber recibido el texto escrito de la Opinión Disidente a fecha de hoy, la mayoría de los miembros del Tribunal no ve ninguna justificación para demorar durante más tiempo la notificación de la Decisión a las Partes, tampoco a la luz de la reciente solicitud de la Demandada mencionada más adelante. El Profesor Georges Abi-Saab quiere dejar constancia de su disconformidad con la notificación de la Decisión a fecha de hoy sin su Opinión Disidente. Recibida y traducida al español la Opinión Disidente, ésta será comunicada a las Partes.*

*Con respecto a la Solicitud de la Demandada de Medidas Provisionales de 21 de julio de 2011 (la "Solicitud"), la respuesta de los Demandantes del 29 de julio de 2011 y la respuesta de la Demandada del 3 de agosto de 2011, la mayoría del Tribunal es de la opinión que los Demandantes han convincentemente argumentado que hay una falta de urgencia. En el mismo sentido, la mayoría del Tribunal es de la opinión de que no hay ninguna razón convincente para que la Solicitud del Demandado deba tratarse antes de la publicación de la decisión. En consecuencia, la mayoría del Tribunal rechaza la Solicitud, el profesor Abi-Saab disiente.*

*Las cuestiones planteadas en la Solicitud, sin embargo, serán discutidas a efectos de programar un horario y otros aspectos en la conferencia que será organizada tan pronto como sea posible a las Partes y los miembros del Tribunal para preparar los próximos pasos del procedimiento.*

*Muy atentamente,*

*Anneliese Fleckenstein*

*Consultora*

*(traducción no oficial del original en inglés)*

78. De acuerdo con el tercer párrafo de la Carta de 4 de agosto de 2011, al que la propia Demandada se refiere en apoyo de sus argumentos, la mayoría rechazó la solicitud de medidas provisionales por mostrarse convencida por los argumentos presentados por las Demandantes.
79. Aprovecho para recordar que el estándar exigido por el artículo 57 del Convenio CIADI es uno objetivo, que no está basado en la percepción de la Parte que propone la recusación; la disconformidad con una decisión del tribunal no constituye una base válida para la recusación de conformidad con el artículo 57 del Convenio CIADI. Esencialmente, las alegaciones de la Demandada con relación al Primer Fundamento se refieren al razonamiento y a la decisión del Tribunal. Las objeciones de la Demandada, por lo tanto, se basan en defectos que percibe en la

---

<sup>33</sup> Carta conjunta del Profesor Pierre Tercier y del Profesor Albert Jan van den Berg de 31 de octubre de 2011, página 2.

decisión del Tribunal con relación a la Solicitud Provisional de Medidas Urgentes. Ello no puede dar pie a una base válida para la recusación.

80. Al margen de los argumentos sobre el contenido sustancial de la decisión del Tribunal, la Demandada no ha presentado prueba de que la mayoría del Tribunal estuviera influida por alguna cosa distinta, aparte de su análisis de los argumentos presentados por las Partes con relación a la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales. Tampoco ha indicado la Demandada ningún hecho, más allá de la emisión por el Tribunal de la Decisión, con el que no esté de acuerdo y en el que pueda apoyar la recusación.
81. La Demandada pretende ofrecer dicha evidencia refiriéndose, en primer lugar, al corto período de tiempo, de quince días, en el que la mayoría del Tribunal rechazó la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales, un día después de la última alegación escrita de la Demandada al respecto,<sup>34</sup> y, en segundo lugar, argumentado que la mayoría del Tribunal “ni siquiera consideró (...) la nueva evidencia que se estaba presentando”.<sup>35</sup> En el contexto del caso concreto, en el que la Audiencia sobre Jurisdicción y Admisibilidad había tenido lugar en abril de 2010 y el Tribunal había indicado en una carta de 16 de junio de 2011 que un borrador de la versión en inglés de la Decisión estaba listo desde hacía un tiempo y, especialmente, en el contexto de una solicitud “urgente” que por su naturaleza requiere una solución urgente, no veo ninguna irregularidad en el tiempo empleado en la decisión acerca de la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales.
82. La Demandada presenta sus objeciones con relación al Primer Fundamento como asuntos que han generado “una pérdida objetiva de confianza en la imparcialidad de juicio de los miembros del Tribunal que integraron la mayoría que adoptó las decisiones que aquí se cuestionan, máxime vista en conjunción con las limitaciones al derecho de defensa de la Argentina”.<sup>36</sup> Sin embargo, entiendo que los argumentos de la Demandada con relación al Primer Fundamento constituyen una expresión de disconformidad con la forma en la que la mayoría decidió conducir el procedimiento.
83. Un árbitro no está constreñido a tomar decisiones que sean mutuamente aceptables para ambas partes o que sean neutrales en sus efectos frente a ambas partes. Es la función del árbitro tomar una decisión ante las reclamaciones en conflicto, basada en su juicio. Tal función implica necesariamente emitir fallos adversos a la parte cuyos argumentos no son aceptados. Se deduce de ello que para determinar que un árbitro carece de independencia o imparcialidad es necesaria otra evidencia distinta de la emisión de una decisión que resulte adversa a una de las partes o, incluso, equivocada en Derecho o insuficientemente razonada. Sostener lo contrario sería incompatible con cualquier sistema de adjudicación.
84. Los “hechos” en los que la Demandada se apoya no satisfacen el estándar exigido por el artículo 57 del Convenio. En otras palabras, la Propuesta de la Demandada “meramente supone lo que debe probar”.<sup>37</sup> Ello “requiere la creación de las mismas inferencias que la definición común del término ‘manifiesto’ en su sentido habitual no permite”.<sup>38</sup> (traducción no oficial del original en inglés)

---

<sup>34</sup> Propuesta, párrafo 13.

<sup>35</sup> Propuesta, párrafo 14.

<sup>36</sup> Propuesta, párrafo 18.

<sup>37</sup> *SGS Société Générale de Surveillance c. Pakistán*, Decisión sobre la Propuesta de la Demandante de Recusación de un árbitro (19 de diciembre de 2002), 8 ICSID Reports 398, 405.

<sup>38</sup> *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania* (Caso CIADI N° ARB/07/16), Decisión acerca de la Propuesta de la Demandada de recusar al árbitro Dr. Yoram Turbowicz (19 de marzo de 2010), párrafo 44.

85. Por estos motivos, el rechazo de la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales no acarrea un motivo válido para la recusación de un árbitro.

## **2. Segundo Fundamento: las supuestas limitaciones al derecho de defensa de la Demandada**

86. El Segundo Fundamento de la Propuesta de la Demandada consiste en la alegación de que su “derecho de defensa” se ha visto limitado por la Decisión. La cuestión que, por lo tanto, se plantea, es la de si ha existido una limitación del derecho de defensa de la Demandada que pueda considerarse que satisface los requisitos del artículo 57.

87. Son tres los elementos que contiene la reclamación la Demandada respecto del Fundamento Segundo. Primero, la Demandada apunta al hecho de que la mayoría ha decidido mantener la actual reclamación masiva, que contaba inicialmente con 180.000 Demandantes y hoy lo hace con 60.000, y se refiere también a la manera en la que ha decidido hacerlo. En segundo lugar, la Demandada se opone a las conclusiones de la mayoría acerca de la relevancia de ciertos aspectos y admisibilidad. La Demandada advierte que existe cierto solapamiento entre esta objeción y la cuestión del “prejuzgamiento”, tratada más adelante. En tercer término, la Demandada se opone a la conclusión de la mayoría, según la cual la Demandada no ha presentado pruebas suficientes que demuestren que las Demandantes no hubieran consentido al arbitraje si hubieran sabido que se arriesgaban a perder el derecho a litigar frente a terceras partes.

88. La postura de la Demandada es que “no se puede esperar que la Argentina o cualquier otra parte, objetivamente, tenga plena confianza en la imparcialidad de juicio de quienes adoptaron tal burda decisión”<sup>39</sup> y que “esta arbitraria conducta de la mayoría del Tribunal no puede sino contribuir a la pérdida de confianza en su capacidad para decidir en forma imparcial esta controversia”.<sup>40</sup>

89. En respuesta a las objeciones de la Demandada contra la Decisión, las Demandantes sostienen que la Decisión “refleja un esfuerzo detallado y bien razonado por considerar la naturaleza particular del arbitraje y la supuesta violación del tratado en cuestión, y por equilibrar los derechos procesales y sustantivos de ambas partes”.<sup>41</sup> Las Demandantes advierten que la Decisión establece que, aunque los reclamos “homogéneos” de las Demandantes exigen un análisis conjunto de determinados aspectos, una valoración individual será necesaria en otros ámbitos.<sup>42</sup> Añaden que en la Decisión la mayoría del Tribunal afirmaba que “sería necesario valorar cómo implementar tal esquema e invita a las Partes a presentar alegaciones y posiblemente a mantener una audiencia en la que ocuparse, en particular, de qué aspectos requerirían un tratamiento uniforme, colectivo o individual”.<sup>43</sup> (traducción no oficial del original en inglés)

90. Las Demandantes sostienen, además, que tras la emisión de la Decisión el Tribunal proporcionó a las Partes la oportunidad de proveer comentarios con relación a las etapas venideras del procedimiento, pero la Demandada no presentó ningún comentario al respecto.<sup>44</sup> Las Demandantes defienden que aunque la Opinión Disidente “mantiene conclusiones distintas con relación al derecho de defensa de Argentina”, tampoco “proporciona ningún apoyo para las reclamaciones de Argentina de parcialidad o falta de independencia de juicio en el árbitro”.<sup>45</sup> Sostienen, además, que “la diferencia de opinión respecto a la interpretación de un conjunto de

---

<sup>39</sup> Propuesta, párrafo 39.

<sup>40</sup> Propuesta, párrafo 41.

<sup>41</sup> Contestación de las Demandantes, párrafo 16, citando la Decisión, párrafos 490, 537, 544 y 545 de la Decisión.

<sup>42</sup> Contestación de las Demandantes, párrafo 17, citando la Decisión, párrafo 669.

<sup>43</sup> Contestación de las Demandantes, párrafo 17, citando la Decisión, párrafo 670.

<sup>44</sup> Contestación de las Demandantes, párrafo 17; *ver también* Observaciones de las Demandantes, página 9.

<sup>45</sup> Observaciones de las Demandantes, página 9.

hechos no constituye en sí misma prueba de la falta de independencia o imparcialidad” y que un árbitro “aun equivocándose respecto a cierto aspecto legal o de hecho puede seguir siendo independiente e imparcial”.<sup>46</sup> (traducción no oficial del original en inglés)

91. El Profesor Tercier y el Profesor van den Berg se refieren al hecho de que la función del Tribunal en la fase del procedimiento de la que resultó la Decisión se correspondía con la resolución de las once cuestiones planteadas en los párrafos 127 a 130 de la Decisión.<sup>47</sup> Afirman que el Tribunal se ocupó de las once cuestiones en su Decisión y que otras cuestiones serán tratadas en las próximas etapas del procedimiento.<sup>48</sup>
92. Me ocuparé ahora de cada uno de los tres aspectos de la alegación de la Demandada sobre la limitación de su derecho de defensa. Tal limitación, para tener cabida en el ámbito del artículo 57, debería ser de envergadura suficiente como para constituir o evidenciar una carencia *manifiesta* de independencia. El artículo 57 impone un estándar objetivo y que no depende de la creencia subjetiva de la parte que recusa; sostener lo contrario supondría hacer el sistema de arbitraje del CIADI impracticable. El desacuerdo con la decisión de la mayoría no es una base sólida para la recusación de conformidad con el artículo 57 del Convenio.
93. Con relación al primer aspecto, el de la “reclamación masiva”, la Demandada afirma que el hecho de que la mayoría no exija un análisis individual de cada reclamación en la fase jurisdiccional y por ello se impida a la Demandada una defensa uno a uno de cada una de las reclamaciones indica carencia de independencia e imparcialidad.
94. En mi opinión, la afirmación de la Demandada no encuentra apoyo en la evidencia. Los párrafos citados por la Demandada, en los que la propia mayoría llama la atención acerca de la limitación de ciertos derechos procesales de la Demandada (párrafos 536, 543) demuestran que aquella era consciente de dichas limitaciones y las consideraba justificadas a la luz de las circunstancias y de acuerdo con el derecho aplicable. En los párrafos 521-547, el Tribunal presenta su razonamiento legal en el que funda su competencia para conocer de la reclamación colectiva. En efecto, varios de los párrafos citados por la Demandada (párrafos 519, 536, 545) ponen de manifiesto que la mayoría era consciente de la necesidad de encontrar un equilibrio entre los derechos procesales de las Demandantes y la Demandada, y que tomó la postura que consideraba adecuada para tal fin. Precisamente, en el párrafo 545 de la Decisión, la mayoría afirma: “Las medidas que debería adoptar Argentina para afrontar 60.000 procedimientos plantearían un desafío respecto de sus efectivos derechos de defensa mucho mayor que la mera limitación de su derecho a la tramitación individual de reclamaciones homogéneas en el presente procedimiento”.
95. Se desprende de lo anterior que ni la decisión de la mayoría de confirmar su jurisdicción en la actual reclamación masiva ni la manera en que dicha decisión fue tomada sugiere o establece una carencia manifiesta de independencia o imparcialidad. Más bien, la reclamación de la Demandada se relaciona con su disconformidad con el contenido sustancial de dichas conclusiones.
96. Con relación al segundo de los elementos, el que versa sobre “jurisdicción/méritos”, la posición de la Demandada es que se le ha impedido invocar circunstancias específicas para su defensa, tanto en la fase de jurisdicción, en la que se produce la Decisión, como también en la de fondo y en una eventual etapa de determinación de daños, hasta tal punto que habría puesto en duda la

---

<sup>46</sup> Observaciones de las Demandantes, página 9.

<sup>47</sup> Carta conjunta del Profesor Pierre Tercier y del Profesor Albert Jan van den Berg de 31 de octubre de 2011, página 1.

<sup>48</sup> Carta conjunta del Profesor Pierre Tercier y del Profesor Albert Jan van den Berg de 31 de octubre de 2011, páginas 1-2.

imparcialidad e independencia de la mayoría. La Demandada se refiere a los párrafos 542 y 543 en apoyo de su posición.

97. El contexto en el que se sitúan los párrafos 542 y 543 de la Decisión se relaciona con la cuestión contenida en el párrafo 541 acerca de “si las Demandantes tienen derechos de compensación homogéneos por el perjuicio homogéneo que sufrieron a raíz de los potenciales incumplimientos homogéneos de Argentina respecto de las obligaciones homogéneas estipuladas en el TBI”. La cuestión subyacente, planteada en el artículo 540, es si las reclamaciones de los Demandantes son suficientemente homogéneas como para justificar un tratamiento colectivo de las 60.000 reclamaciones. En ese contexto, en el párrafo 542 la mayoría se remite a su razonamiento para considerar irrelevantes ciertas acciones contra terceras partes, refiriéndose a los párrafos 327-330 de la Decisión. En ese mismo contexto, en el párrafo 543 de la Decisión el Tribunal sostiene que el perjuicio potencial es, por su naturaleza, el mismo. De tales conclusiones se dice que vulneran los derechos procesales de la Demandada y limitan su derecho de defensa en el resto del procedimiento, ya que, según se indica, impiden a la Demandada emplear estrategias de defensa con relación a las circunstancias individuales de cada una de las Demandantes.
98. Teniendo en cuenta dichas consideraciones, observo que las objeciones de la Demandada a los párrafos 542 y 543 de la Decisión se basan exclusivamente en los defectos que percibe en el razonamiento y las conclusiones en ella expuestas. Como tales, no están dirigidos a las cualidades de los árbitros, sino a la corrección de la Decisión.
99. Permítame recordar que, de conformidad con el artículo 57 del Convenio, la carga de la prueba de establecer hechos que indiquen una carencia de las cualidades exigidas por el artículo 14(1) del Convenio recae sobre la Demandada. Una inferencia basada en la suposición de que una decisión tiene que ser resultado de la parcialidad de quienes la han adoptado, por percibirla como legal o procesalmente defectuosa, o desfavorable a la Demandada, no es suficiente para tales fines. Sostener lo contrario implicaría la aplicación de un estándar subjetivo, basado en la propia creencia de uno mismo, en vez del estándar objetivo exigido conforme al artículo 57 del Convenio CIADI, y la creación de las mismas inferencias que el término “manifiesto” no permite utilizado en su significado habitual. No considero que las objeciones de la Demandada a los párrafos 542 y 543 de la Decisión demuestren algo distinto que la disconformidad de la Demandada con el razonamiento expuesto en ellos.
100. El tercer y último elemento de la objeción de la Demandada basada en la limitación de su derecho de defensa se relaciona con la conclusión contenida en el párrafo 460 de que la Demandada no ha aportado pruebas suficientes para demostrar que las Demandantes no habrían prestado su consentimiento a la jurisdicción del CIADI si hubieran tenido más información acerca del supuesto riesgo de perder sus potenciales reclamaciones contra terceros.
101. La Demandada no ha presentado ninguna prueba que sugiera que la conclusión de la mayoría en el párrafo 460 esté basada en cosa distinta que una evaluación independiente del material probatorio y de los argumentos presentados ante el Tribunal. La Demandada afirma que el Tribunal “ya ha determinado” que las circunstancias específicas de cada Demandante son irrelevantes y le ha impedido, por lo tanto, presentar argumentos basados en esta cuestión. Sin embargo, esa afirmación no encuentra apoyo en el archivo del caso. Al contrario, las conclusiones contenidas en el párrafo 460 se relacionan con las reclamaciones de los Demandantes en su conjunto, y la conclusión principal contenida en el párrafo 465 se ve matizada con la expresión “en esta etapa”. En cualquier caso, la afirmación de la Demandada simplemente consiste en una expresión de disconformidad con el contenido de la decisión.
102. Al margen de la disconformidad con el contenido de la Decisión, expuesta con detalle anteriormente, la Demandada no ha presentado ninguna prueba que conduzca a suponer que la

mayoría careciera de independencia al alcanzar dicha decisión, ni ha presentado ningún argumento basado en las cualidades de las personas que la realizaron, o las circunstancias en las que fue realizada. La Demandada sostiene que la decisión fue tan “burda” que ha perdido confianza en la independencia e imparcialidad de la mayoría. De este modo, la Demandada pretende inferir que la mayoría alcanzó tales conclusiones, con las que la Demandada se muestra disconforme, porque carecían de independencia. Por ello, con relación a la alegada limitación del derecho de defensa, la Propuesta de la Demandada “simplemente supone la existencia de lo que debe probar”.<sup>49</sup> Tal conclusión “requiere la creación de las mismas inferencias que la definición común del término ‘manifiesto’ en su sentido habitual no permite”.<sup>50</sup>

103. Por las razones expuestas, la supuesta limitación del derecho de defensa de la Demandada no constituye ninguna base válida para la recusación de un árbitro.

### 3. Tercer Fundamento: prejujuamiento

104. El tercer elemento plantea la cuestión de si la Propuesta debería ser aceptada por haberse “prejujuado” determinadas cuestiones en la Decisión. La Demandada sostiene, con relación al Tercer Fundamento, que determinadas decisiones de la mayoría en su Decisión constituyen un prejujuamiento de algunos hechos subyacentes cuyo esclarecimiento corresponde a la fase del fondo, incluyendo ciertos hechos subyacentes, la naturaleza de las reclamaciones de las Demandantes y la validez de los mecanismos de prestación del consentimiento empleados por las Demandantes.<sup>51</sup>

105. Las cuestiones que supuestamente prejujuja la Decisión son: (i) la caracterización de las acciones de la Demandada al aprobar la legislación conocida como Ley de Emergencia como “modificación unilateral” de sus obligaciones de pago, sobre la que se dice que constituye un prejujuamiento del fondo la disputa; (ii) determinados aspectos referidos a la expresión del consentimiento al arbitraje CIADI por parte de las Demandantes, a través del Paquete de Mandato de TFA; y (iii) la cuestión de si los reclamos de las Demandantes son esencialmente “homogéneos”.

106. En respuesta a las alegaciones de la Demandada con relación a este elemento, las Demandantes ponen el énfasis en que en la Decisión el “establecimiento de los antecedentes de hecho se expone ‘en la medida en que ello no sea objeto de controversia entre las Partes’ y ‘no pretende ser exhaustivo y simplemente apunta a establecer el contexto general de la controversia, al tiempo que se centra en aspectos pertinentes de esta etapa jurisdiccional’”.<sup>52</sup> Continúa advirtiendo que “[l]a tarea del Tribunal, en la etapa de determinación de si posee jurisdicción para conocer en una reclamación basada en un tratado de inversiones, consiste exclusivamente en establecer si los hechos alegados por los demandantes, si se prueban pueden constituir la violación de las disposiciones del TBI invocadas’ (...) Si la presentación de los hechos por las Demandantes es correcta o no será, de ser necesario, examinado durante la fase del fondo de este procedimiento”.<sup>53</sup> De acuerdo con las Demandantes, se deduce de lo anterior que la caracterización por parte de la Demandada de determinados pasajes de la Decisión como “prejujuamiento” constituye una interpretación errónea.<sup>54</sup> (traducción no oficial del original en inglés)

<sup>49</sup> *SGS Société Générale de Surveillance c. Pakistán*, Decisión sobre la Propuesta de la Demandante de Recusación de un árbitro (19 de diciembre de 2002), 8 ICSID Reports 398, 402.

<sup>50</sup> *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania* (Caso CIADI N° ARB/07/16), Decisión acerca de la Propuesta de la Demandada de recusar al árbitro Dr. Yoram Turbowicz (19 de marzo de 2010), párrafo 44.

<sup>51</sup> Propuesta, párrafos 42-55; Observaciones de la Demandada, párrafos 35-42.

<sup>52</sup> Contestación de las Demandantes, página 18.

<sup>53</sup> Contestación de las Demandantes, página 18.

<sup>54</sup> Observaciones de las Demandantes, página 8.

107. En sus observaciones de 31 de octubre de 2011 el Profesor Tercier y el Profesor van den Berg afirman que el hecho de haber considerado y decidido acerca de los once aspectos con relación a la jurisdicción y admisibilidad no puede ser entendido como “prejuzgamiento” y no se relaciona con el ejercicio de un juicio independiente.<sup>55</sup>
108. Me referiré ahora a cada una de las partes del razonamiento del Tribunal que son citadas por la Demandada como ejemplos específicos de “prejuzgamiento” que indican una carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el artículo 14(1) del Convenio. Conviene recordar que dicho prejuzgamiento, para entrar en el ámbito del artículo 14(1), debería constituir o evidenciar una carencia *manifiesta* de independencia. Esto debe determinarse por referencia a un estándar objetivo que no depende de la creencia subjetiva de la parte que recusa. Además, cabe recordar, igualmente, que el desacuerdo con la decisión de la mayoría no constituye una razón válida para la recusación según lo previsto por el artículo 57 del Convenio CIADI.

**(a) Supuestos casos de prejuzgamiento con relación a la Ley de Emergencia de 2005**

109. El párrafo 321 de la Decisión establece:

*La Ley de Emergencia surtió el efecto de modificar unilateralmente las obligaciones de pago de Argentina: tanto las emanadas de los bonos de que se trata, como de otras deudas. Argentina no invoca un derecho contractual a hacerlo, como por ejemplo, una disposición sobre fuerza mayor. No ha invocado ninguna disposición contractual o legal que la excusara del cumplimiento de sus obligaciones contractuales frente a las Demandantes. De hecho, basa y justifica su incumplimiento en su situación de insolvencia, la cual nada tiene que ver con determinado contrato.*

110. El párrafo 324 de la Decisión establece:

*En otros términos, la presente controversia no surge del mero hecho de que Argentina haya faltado al cumplimiento de las obligaciones de pago que le imponían los bonos, sino del hecho de que intervino en forma soberana, en virtud de sus potestades como Estado, para modificar sus obligaciones de pago frente a sus acreedores en general, incluidas, sin carácter limitativo, las Demandantes.*

111. Con relación a los párrafos 321 y 324 de la Decisión, la Demandada afirma que esos párrafos ponen de manifiesto el hecho de que “los árbitros recusados ya han resuelto que la Argentina modificó unilateralmente sus obligaciones contractuales a través de la Ley de Emergencia, y que además no ha invocado fundamentos de origen contractual para hacerlo”.<sup>56</sup> La Demandada asegura que “este prejuzgamiento sobre el fondo, realizado sin haber recibido y considerado la evidencia y argumentos sobre los méritos, equivale, bajo algunas concepciones extremas, a haber ya condenado a la Argentina por violación del [TBI Argentina-Italia]”.<sup>57</sup>

112. Los Demandantes sostienen que es un “hecho establecido”, incontestado en este procedimiento y que está en el dominio público que Argentina “incumplió con sus obligaciones de pago de deuda soberana en Diciembre de 2001 y a continuación deconstruyó el marco legal en vigor y reestructuró su deuda.”<sup>58</sup> De acuerdo con las Demandantes “simplemente no se cuestiona, y no puede haber por lo tanto prejuzgamiento, el hecho establecido de que Argentina modificó sus

<sup>55</sup> Carta conjunta del Profesor Pierre Tercier y del Profesor Albert Jan van den Berg de 31 de octubre de 2011, página 2.

<sup>56</sup> Propuesta, párrafo 43; *ver también* Observaciones de la Demandada, párrafo 35.

<sup>57</sup> Propuesta, párrafos 43, 46.

<sup>58</sup> Contestación de las Demandantes, página 19.

obligaciones de pago”.<sup>59</sup> Las Demandantes añaden que “si dicha modificación constituye o no una violación de las obligaciones de Argentina de conformidad con el TBI Argentina-Italia debe ser valorado y decidido durante la fase del fondo”.<sup>60</sup>(traducción no oficial de original en inglés)

113.En mi opinión, la cuestión que se plantea con relación a tales párrafos es la de si puede considerarse que la mayoría del Tribunal puede, en estas declaraciones, haber tomado una posición con respecto a si la modificación de las obligaciones de pago por parte de la Demandada en el 2011 constituyó una violación del TBI Argentina-Italia, como se sostiene en la Propuesta,<sup>61</sup> en vez de la cuestión sobre si la Demandada alegó o no que dicha modificación fue realizada de conformidad con alguna “disposición contractual”.<sup>62</sup> La cuestión a la que se refieren los párrafos 321 y 324 es la de si las reclamaciones de las Demandantes fueron, esencialmente, reclamaciones con base en el Tratado.<sup>63</sup> Entiendo que, a la vista de la Decisión, la mayoría del Tribunal no estaba tomando una postura con relación a la cuestión de si la modificación de las obligaciones de pago de la Demandada estaba o no justificada. Desde mi punto de vista, por lo tanto, las objeciones formuladas en la Propuesta con relación a la caracterización que se presenta de la modificación de la Demandada de sus obligaciones de pago suponen una crítica del efecto jurídico para la Demandada de los párrafos indicados en la próxima fase del procedimiento, efecto del que se dice que es perjudicial para la Demandada. Dicho efecto jurídico es objeto de disputa entre la Partes y no debe ser determinado en el análisis que me ocupa y, en cualquier caso, no está conectado con la independencia e imparcialidad de los árbitros recusados.

#### **(b) Supuestos casos de prejuzgamiento con relación al consentimiento de las Demandantes al arbitraje**

114.El párrafo 461 de la Decisión establece:

*Se podría alegar, por supuesto, que en algunos casos la información contenida en el Paquete de Mandato de TFA se podría haber explicado mejor o podría haber sido más amplia. Sin embargo, también es preciso tener en cuenta que la presente diferencia no es una disputa de consumidores, aunque el perfil de varias de las Demandas es semejante al de un consumidor. Se trata de una diferencia en torno a inversiones financieras multifacéticas. Por tanto, no es necesario que el grado y la naturaleza de la información sean equivalentes a los que se requieren en las transacciones de consumidores en sentido estricto, y TFA tenía derecho a suponer que los inversores poseían un cierto nivel de sofisticación y conocimientos.*

115.El párrafo 463 de la Decisión establece:

*Adicionalmente, inclusive si el Paquete de Mandato de TFA no contenía información suficiente o si en cierta medida una parte de la información estaba distorsionada, los hechos posteriores habrían tenido el efecto de subsanar ese defecto. Por cierto, varias asociaciones comenzaron a ayudar a los compradores italianos de bonos argentinos mediante la difusión de información sobre los medios legales a su disposición e inclusive prestándoles ayuda en relación con la revocación del Paquete de Mandato de TFA, la interrupción del período de prescripción y la iniciación de acciones legales contra los bancos<sup>172</sup>. En consecuencia, aun si en oportunidad de la firma del Paquete de Mandato de TFA, algunas Demandantes no poseían plena información acerca de la medida que estaban adoptando, si la obtuvieron posteriormente a través de las diversas actividades emprendidas por las asociaciones, los procedimientos legales y los informes sobre el arbitraje del CIADI en curso. Dado que las propias Demandantes no invocan un vicio del consentimiento, resulta suficiente que estuvieran en posición de valorar el alcance de su compromiso*

<sup>59</sup> Contestación de las Demandantes, página 19.

<sup>60</sup> Contestación de las Demandantes, página 19.

<sup>61</sup> Propuesta, párrafo 43.

<sup>62</sup> Decisión, párrafo 321.

<sup>63</sup> Decisión, párrafos 316-326.

*respecto del arbitraje del CIADI, y el hecho de que con el tiempo hayan comprendido realmente, o no, ese compromiso, es irrelevante.*

116.El párrafo 464 de la Decisión establece:

*En consecuencia, si bien el Tribunal no se pronuncia respecto del argumento de que el mecanismo de representación de TFA se asemeja a una —operación de seducción—, no existen indicios de que tal operación fuera sistemáticamente fraudulenta o coercitiva o de que hubiera causado de otro modo que las Demandantes prestaran conformidad al arbitraje del CIADI sobre la base de un error esencial.*

117.La Demandada afirma que la aserción, contenida en el párrafo 461 de la Decisión, de que el asunto de referencia no constituye una disputa de consumidores, no encuentra fundamento fáctico porque “toda la prueba aportada por las partes expresamente indica que se trataba, justamente, de consumidores poco sofisticados”.<sup>64</sup> La Demandada también sostiene que los árbitros recusados ponen de manifiesto sus propias contradicciones en el párrafo 463 de la Decisión, que establece que “varias asociaciones comenzaron a ayudar a los compradores italianos de bonos argentinos mediante la difusión de información sobre los medios legales a su disposición”.<sup>65</sup>

118.Con relación al párrafo 463 de la Decisión, la Demandada afirma, además, que el Tribunal “llega al extremo de prejuzgar que, el hecho de si las Demandantes comprendieron ‘realmente’ o no su compromiso respecto del CIADI, es ‘irrelevante’”.<sup>66</sup>

119.En cuanto al párrafo 464 de la Decisión, la Demandada sostiene que la conclusión del párrafo 464 de la Decisión es sorprendente al haber sido expresada después de haberse presentado “múltiple evidencia que pone seriamente en duda el consentimiento de los Demandantes”.<sup>67</sup> Según la Demandada, “ello, junto con la prevención efectuada en el punto (ii) del párrafo 466 de que podría no examinar esta cuestión (lo cual evidencia que no la examinó) y su conclusión del párrafo 486 (las Demandantes “tienen conocimiento y han consentido al CIADI”) constituye prueba de un prejuzgamiento manifiesto “que tiene el efecto de, objetivamente, hacer perder la confianza en la imparcialidad del juicio”.<sup>68</sup>

120. Las Demandantes sostienen que “la cuestión de las Demandantes individuales se encontraba más allá de la fase jurisdiccional” y por ello “el Tribunal las ha reservado adecuadamente para una etapa posterior”.<sup>69</sup> Las Demandantes afirman que “en cualquier caso, el Tribunal indicó expresamente que su análisis de los reclamos de las Demandantes a efectos jurisdiccionales estaba gobernado por la aplicación de un estándar *prima facie*”.<sup>70</sup> De acuerdo con las Demandantes, “si es la intención de Argentina disputar las alegaciones fácticas, o si es conveniente valorar individualmente los reclamos de las Demandantes, habrá oportunidad para ello en una etapa posterior”.<sup>71</sup> Las Demandantes afirman que la caracterización de la Demandada de las conclusiones de la mayoría como “prejuzgamiento” es una interpretación errónea.<sup>72</sup> (traducción del original en inglés)

121.Considero que las objeciones formuladas por la Demandada con relación al párrafo 461 de la Decisión consisten en sostener que la valoración del Tribunal no se corresponde con la evidencia

---

<sup>64</sup> Propuesta, párrafos 47-48.

<sup>65</sup> Propuesta, párrafo 48.

<sup>66</sup> Propuesta, párrafo 50.

<sup>67</sup> Propuesta, párrafo 51.

<sup>68</sup> Propuesta, párrafo 51.

<sup>69</sup> Contestación de las Demandantes, página 19.

<sup>70</sup> Contestación de las Demandantes, página 19, citando la Decisión, párrafos 311, 315.

<sup>71</sup> Contestación de las Demandantes, página 19.

<sup>72</sup> Observaciones de las Demandantes, página 8.

del caso y es inconsistente con su conclusión en el párrafo 463. Igualmente, la objeción de la Demandada con relación al párrafo 463 de la Decisión constituye un desacuerdo con la valoración por parte del Tribunal de la relevancia de la consideración individual de cada una de las Demandantes y desacuerdo con el análisis del Tribunal de los efectos jurídicos de hechos posteriores para “subsana” los defectos relevantes del Paquete de Mandato TFA. Finalmente, y de nuevo, la objeción de la Demandada al párrafo 464 de la Decisión se equipara al análisis de la evidencia y la conclusión inferida de dicho análisis por la mayoría. Tal análisis se relaciona con cuestiones que están en disputa entre las Partes en el presente procedimiento y que no deben ser resueltas en la presente recomendación. En cualquier caso, entiendo que las cuestiones aquí planteadas por la Demandada no se relacionan con la independencia e imparcialidad de los árbitros recusados.

**(c) Supuestos casos de prejuzgamiento con relación a la naturaleza de las reclamaciones de las Demandantes**

122. En los párrafos 541, 544 y 545 de la Decisión, la mayoría del Tribunal afirma que las reclamaciones de las Demandantes fueron “homogéneas”.
123. En el párrafo 543 de la Decisión, la mayoría del Tribunal afirma que “[l]a legislación y las reglamentaciones sancionadas e implementadas por Argentina, junto con la implementación de su Oferta de Canje 2005, tuvieron el mismo efecto en todas las Demandantes. Por tanto, el potencial perjuicio causado a las Demandantes es, por naturaleza, idéntico en todos los casos [...]”.
124. La Demandada afirma que la descripción de las reclamaciones de las Demandantes como “homogéneas” en los párrafos 541, 544 y 545 de la Decisión constituye un prejuzgamiento ya que no se ha “discutido aún en forma adecuada e individualizada ningún reclamo”.<sup>73</sup> Según afirma la Demandada, en el párrafo 543 de la Decisión, los árbitros recusados prejuzgaron “[e]l modo en que la Oferta de Canje impactó sobre cada Demandante”.<sup>74</sup>
125. Las Demandantes sostienen que afirmar que las reclamaciones de las Demandantes eran homogéneas antes de practicar una valoración individual no constituye prejuzgamiento.<sup>75</sup> Las Demandantes observan que “el estudio [por el Tribunal] de las reclamaciones de las Demandantes a efectos jurisdiccionales estuvo gobernado por la aplicación de un estándar *prima facie*”, y añaden que “en la medida en que cada una de las Demandantes invirtió en bonos y los retuvo hasta que tuvo lugar la mora por parte de Argentina y sus acciones ulteriores, las reclamaciones resultan de los mismos hechos y circunstancias, y presentan las mismas alegaciones con relación a las supuestas violaciones del TBI Argentina-Italia”.<sup>76</sup> (traducción no oficial del original en inglés)
126. Considero que las objeciones de la Demandada con relación a los párrafos 541, 543-545 y 665 de la Decisión se relacionan con la disconformidad de la Demandada con el hecho de que el Tribunal rechazara analizar cada reclamación individualmente. De modo similar, la objeción de la Demandada al párrafo 543 de la Decisión es una crítica al efecto que tienen las conclusiones del Tribunal. En mi opinión, tales críticas se reducen a un desacuerdo con la forma en la que la mayoría determinó que era apropiado proceder con el procedimiento y con su análisis de la evidencia en la que se apoyan sus averiguaciones.

---

<sup>73</sup> Propuesta, párrafos 52-54.

<sup>74</sup> Propuesta, párrafo 55.

<sup>75</sup> Contestación de las Demandantes, página 19.

<sup>76</sup> Contestación de las Demandantes, página 19.

127. Puede por ello considerarse que cada una de las objeciones específicas de la Demandada con relación a este motivo está basada en la caracterización de afirmaciones determinadas como “prejuzgamiento”, lo que a su vez se basa en la idea de que carecen de fundamento, o, en otras palabras, en la evaluación por parte de la Demandada del razonamiento del Tribunal o de los hechos subyacentes o de las consecuencias en la próxima fase del procedimiento. Cada uno de los supuestos casos de prejuzgamiento no constituye sino una crítica sustantiva de la base o los efectos de las conclusiones del Tribunal. Cada una de dichas objeciones se dirige al contenido sustancial de la Decisión. Esto no es una base válida para la recusación de conformidad con el artículo 57 del Convenio CIADI.
128. La Demandada no ha presentado evidencia de ningún hecho objetivo que sugiera que las conclusiones del Tribunal estuvieron basadas en cosa distinta que su análisis de los materiales disponibles. Al contrario, el archivo del caso indica que la mayoría hizo valer su juicio con relación a las alegaciones de las Partes y la evidencia disponible.
129. La Demandada no ha apuntado a ningún otro hecho distinto que los defectos que percibe en las conclusiones fácticas y jurídicas de la mayoría, tal y como aparecen expuestas en la Decisión. La Demandada no ha proporcionado ninguna evidencia de tales hechos ni ha alegado hechos con relación a las cualidades de los árbitros recusados. La Demandada pretende inferir una falta de independencia de la afirmación de que el Tribunal sólo podría haber alcanzado una decisión así de haber carecido de independencia. Sin embargo, el artículo 57 requiere prueba de la existencia de los hechos que den lugar a la falta de independencia. Una mera afirmación o especulación no es suficiente.
130. La Demandada ha sostenido que el Profesor Tercier y el Profesor van den Berg tendrían que haber proporcionado una explicación, en sus comentarios emitidos en el contexto de la recusación planteada, de por qué su decisión no constituía, en absoluto, prejuzgamiento.<sup>77</sup> No obstante, la carga de la prueba recae en la parte que asegura que no se han satisfecho las cualidades exigidas por el artículo 14(1) del Convenio. En ausencia de algún hecho objetivo, tal y como alguna conexión o relación con una parte, indicando predisposición a favor de esa parte, no corresponde al árbitro recusado proporcionar prueba positiva de su independencia o imparcialidad.
131. En conclusión, la Demandada no ha proporcionado prueba de ningún “prejuzgamiento” por los árbitros recusados que manifieste falta de independencia o imparcialidad.

#### **4. Cuarto Fundamento: emisión de la decisión de la mayoría sin la Opinión Disidente**

132. El cuarto y último fundamento en el que se basa la Propuesta de Recusación es el hecho de que la mayoría comunicara su decisión sin la Opinión Disidente.
133. La Demandada argumenta que “la decisión de notificar sólo el laudo de la mayoría, en lugar de hacerlo junto con la opinión disidente, se relaciona con la falta de imparcialidad de juicio [...] por el hecho de que la decisión benefició a las Demandantes y perjudicó a la República Argentina”.<sup>78</sup> La Demandada también sostiene que el Tribunal carecía manifiestamente de independencia porque hizo “exclusivamente lo que los Demandantes le pedían” en su carta de 21 de julio de 2011. Finalmente, la Demandada se refiere a la función que las opiniones disidentes despliegan con relación a la tutela judicial efectiva, y defiende que ha existido una violación del proceso debido en este asunto, argumentando que el hecho de no haber esperado a la Opinión Disidente indica que no ha existido una deliberación adecuada por parte del Tribunal.

---

<sup>77</sup> Observaciones de la Demandada, párrafo 42.

<sup>78</sup> Observaciones de la República Argentina de 16 de noviembre de 2011, párrafo 26.

134. La Demandada matiza que no se trata aquí de determinar si el Tribunal goza de autoridad para emitir una decisión de la mayoría: “El Tribunal puede tomar una decisión por el voto de la mayoría y esto no ha sido cuestionado por la Argentina. Lo que la mayoría no debió hacer fue notificar su decisión a las partes sin esperar a que el resto del tribunal terminara de escribir su voto en disidencia, situación a la que el Árbitro Abi-Saab se opuso expresamente”.<sup>79</sup>
135. Las Demandantes sostienen que la falta de una Opinión Disidente no implica que no haya existido una deliberación en condiciones en el seno del Tribunal.<sup>80</sup> En apoyo de su argumento, las Demandantes advierten que la Audiencia tuvo lugar en abril de 2010 y que, en consecuencia, el Tribunal había dispuesto de un período de dieciséis meses para deliberar.<sup>81</sup> Afirman que la correspondencia del Tribunal con las Partes confirma que todos los miembros estuvieron involucrados en las deliberaciones y que el proceso fue retrasado por los problemas de salud del Profesor Abi-Saab.<sup>82</sup> Además observan que “la Opinión Disidente no menciona ninguna cuestión relacionada con las deliberaciones del Tribunal”.<sup>83</sup> (traducción no oficial del original en inglés)
136. Las Demandantes también sostienen que, en cualquier caso, el momento de la comunicación de la Opinión Disidente (i) casi tres meses después de la Decisión, (ii) más de cuatro meses después de que el Tribunal hubiera indicado que disponía desde hacía un tiempo de un borrador de Decisión, y (iii) cerca de diecinueve meses desde la celebración de la audiencia, implica un soporte adicional a la decisión de la mayoría de emitir la Decisión cuando lo hizo.<sup>84</sup> Las Demandantes afirman que, dado que “se habían visto perjudicadas por reiterados retrasos durante el procedimiento” y que “la Opinión Disidente no podía alterar el contenido”, “no existía ningún motivo para postergar aún más la Decisión, y el procedimiento, esperando a la Opinión Disidente”.<sup>85</sup> Añaden que el archivo del caso demuestra que los árbitros recusados esperaron más de un mes antes de emitir la Decisión.<sup>86</sup>
137. En sus comentarios de 31 de octubre de 2011, el Profesor Tercier y el Profesor van den Berg sostienen que decidieron emitir la Decisión después de que las cuestiones hubieran sido “plenamente deliberadas” y conscientes del principio que exige que el arbitraje se produzca expeditamente.<sup>87</sup> Advierten además que no son conscientes de ningún “requerimiento legal de que la Decisión deba ser emitida simultáneamente con la Opinión Disidente” y que por ello dicha decisión no cuestiona su juicio independiente.<sup>88</sup>
138. La cuestión que, por lo tanto, se plantea, es la de si la decisión de la mayoría de comunicar su Decisión a las Partes sin la Opinión Disidente constituye un hecho que indique una carencia “manifiesta” de independencia.
139. Observo que la Demandada ha presentado argumentos con relación al rol que las opiniones disidentes juegan como instrumento de la tutela judicial efectiva. Al margen de lo que se opine con relación a dichos argumentos, entiendo que éstos quedan fuera del ámbito del presente análisis, ya que se ocupan de la corrección de las decisiones de la mayoría (i) acerca de la

<sup>79</sup> Observaciones de la República Argentina de 16 de noviembre de 2011, párrafo 29.

<sup>80</sup> Contestación de las Demandantes, páginas 8-9.

<sup>81</sup> Contestación de las Demandantes de 21 de octubre de 2011, página 8.

<sup>82</sup> Respuesta de las Demandantes de 21 de octubre de 2011, páginas 8-9.

<sup>83</sup> Observaciones de las Demandantes, página 6.

<sup>84</sup> Observaciones de las Demandantes, página 6.

<sup>85</sup> Observaciones de las Demandantes, página 6.

<sup>86</sup> Observaciones de las Demandantes, página 6.

<sup>87</sup> Carta conjunta del Profesor Pierre Tercier y del Profesor Albert Jan van den Berg de 31 de octubre de 2011, página 2.

<sup>88</sup> Carta conjunta del Profesor Pierre Tercier y del Profesor Albert Jan van den Berg de 31 de octubre de 2011, página 2.

competencia para emitir una Decisión sin la Opinión Disidente y (ii) acerca de si era correcto hacerlo en tales circunstancias. Dichos argumentos constituyen una expresión de disconformidad con esos fallos. Me permito recordar que de conformidad con el artículo 57 del Convenio CIADI, a la Demandada le corresponde probar que la propuesta está apoyada por hechos objetivos, y que la mera alegación de que la decisión se equivocaba en cuanto al Derecho o es susceptible de recurso no es suficiente para tal fin.

140. La Demandada ha intentado presentar pruebas con las que satisfacer el estándar exigido por el artículo 57 del Convenio CIADI. Sin embargo, casi todos los documentos que aporta como elementos de prueba, incluyendo las alegaciones legales y las pruebas presentadas por las Partes, las órdenes procesales emitidas por el Tribunal, la Decisión y la Opinión Disidente se presentan en apoyo del análisis legal de la Demandada con relación al desacuerdo que muestra con la decisión de los árbitros recusados de emitir una Decisión en tales circunstancias. En ese sentido, dos de los documentos en los que se apoya la Demandada podrían ser considerados una excepción.

141. Primero, la Demandada se refiere a una Carta de las Demandantes de 20 de julio de 2011. Afirma que los árbitros recusados hicieron “exclusivamente lo que los Demandantes les pedían”<sup>89</sup> en esa carta, poniendo de manifiesto una carencia manifiesta de juicio independiente. En segundo término, la Demandada se apoya en la carta de 4 de agosto de 2011,<sup>90</sup> como prueba de que el hecho de que la mayoría comunicara la Decisión si el consentimiento del árbitro disidente y “sin esperar siquiera un borrador de aquella”.<sup>91</sup> La Demandada sostiene que ello constituye evidencia de una conducta arbitraria y “absolutamente inapropiada” por parte de la mayoría.<sup>92</sup>

142. Me ocuparé en primer lugar de la carta de 20 de julio de 2011.<sup>93</sup> Ésta es una carta dirigida al Tribunal con copia a la Demandada. Se requiere al Tribunal que proceda de inmediato a emitir una decisión “aunque sea por el voto de la mayoría”. (traducción del original en inglés) Volveré a la carta más adelante.<sup>94</sup> Antes, para entender el contexto en el que se sitúa dicha solicitud, he revisado la correspondencia intercambiada antes del 20 de julio de 2011, a la que se refieren las partes en sus alegaciones.

143. Mediante carta de 11 de febrero de 2011, el Presidente del Tribunal afirmó:

*Por la presente al Tribunal le gustaría informar a las Partes de que – desde la audiencia de abril de 2010 – ha desarrollado un progreso sustancial en el proceso de tomar una decisión y realizar un borrador con las conclusiones sobre la jurisdicción. Sin embargo, aún no se encuentra en una posición que le permita compartir sus decisiones y le resulta difícil estimar cuánto tiempo le será necesario para ello. No obstante, el Tribunal aprovecha para reiterar a las Partes que todos sus miembros están cooperando activa y constructivamente para emitir sus conclusiones tan pronto como sea posible. (traducción no oficial del original en inglés)*

144. Mediante carta de 25 de mayo de 2011 las Demandantes hicieron referencia a la mencionada carta de 11 de febrero de 2011 y solicitaron que el Tribunal “procediera a una conclusión temprana de sus deliberaciones y a la emisión de su decisión sobre jurisdicción”. (traducción no oficial del original en inglés) En apoyo de tal solicitud, las Demandantes apuntaron al tiempo

---

<sup>89</sup> Observaciones de la Demandada, párrafo 26.

<sup>90</sup> Propuesta, párrafos 13, 19.

<sup>91</sup> Propuesta, párrafo 19.

<sup>92</sup> Propuesta, párrafo 20.

<sup>93</sup> Carta de las Demandantes de 20 de julio de 2011.

<sup>94</sup> Véase *infra*, párrafo 146.

transcurrido en el procedimiento hasta la fecha y afirmaron que muchas de las Demandantes superaban la edad de jubilación o habían fallecido en el ínterin.

145. Mediante carta de 16 de junio de 2011 el Presidente del Tribunal informó a las Partes de la siguiente manera:

*El Tribunal ha deliberado en varias ocasiones [tras la celebración de la Audiencia sobre Jurisdicción] (...) Está disponible desde hace un tiempo un borrador de la versión en inglés del Laudo/ Decisión. Recientemente, uno de los árbitros expresó su intención de disentir con respecto de la resolución de las cuestiones contenidas en la lista de once cuestiones de las que se ocupa el Laudo/Decisión. Estamos empleando nuestros mejores esfuerzos para que emitir el Laudo/Decisión tan pronto como sea posible.* (traducción no oficial del original en inglés)

146. La carta de las Demandantes de 20 de julio de 2011 es una respuesta a la carta anteriormente mencionada de 16 de junio de 2011. Empieza observando que “ha pasado más de un mes” desde la carta por la que se informaba a las Partes de que el texto de la Decisión estaba disponible desde hacía un tiempo. Además de exponer las razones por las que las Demandantes consideraban que el Tribunal podría y debería emitir una decisión por voto de la mayoría mientras la Opinión Disidente era elaborada, la carta afirmaba que “ambas partes han destacado la importancia de una decisión temprana”. A continuación solicitaba al Tribunal que “emitiera su decisión inmediatamente, aunque fuera por voto de la mayoría”. (traducción no oficial del original en inglés)

147. La Demandada presentó su Solicitud Urgente de Medidas Provisionales el 21 de julio de 2011.

148. Mediante correo electrónico de 27 de julio de 2011 el Secretario del Tribunal informó a las Partes, en respuesta a la Carta de las Demandantes de 20 de julio de 2011, que “el Tribunal es consciente de la importancia de una administración del procedimiento arbitral expedita y eficiente y del deseo compartido por las Partes de recibir las averiguaciones del Tribunal con relación a los asuntos jurisdiccionales. El Tribunal pretende transmitir tales averiguaciones inmediatamente”. (traducción no oficial del original en inglés)

149. No se me ha indicado ninguna objeción de la Demandada a dicho mensaje o a la carta de las Demandantes de 20 de julio de 2011. Sin embargo, la Demandada dispuso de la oportunidad de presentar su opinión acerca de cómo el Tribunal debía proceder y así lo hizo. El 3 de agosto de 2011 en su último escrito con relación a la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales la Demandada solicitó al Tribunal que (i) o resolviera inmediatamente acerca de la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales antes de adoptar una decisión sobre jurisdicción o (ii) informara a las Partes con carácter inmediato de que su decisión acerca de la Solicitud Urgente de Medidas Provisional no sería adoptada antes de la decisión sobre jurisdicción.

150. Sería razonable suponer que, si la Demandada hubiera querido elevar alguna objeción con relación a la emisión por parte del Tribunal de la Decisión mientras la Opinión Disidente seguía en progreso, tendría que haberlo hecho, a más tardar, después del correo electrónico de 27 de julio de 2011, que confirmaba que la Decisión iba a ser emitida inmediatamente, al afirmar expresamente el Tribunal que entendía que el deseo de una resolución temprana era “común” en las Partes. La Demandada tuvo la oportunidad, después del 20 de julio de 2011, de presentar sus comentarios acerca de cómo debería proceder el Tribunal, pero no presentó ningún comentario con relación a la cuestión de si una decisión por voto de la mayoría debería ser emitida mientras la Opinión Disidente estaba en progreso. No fue hasta la presentación de su Propuesta, después de que las Partes tuvieran conocimiento del contenido de la decisión por voto de la mayoría y, en sus propias palabras, después de que la Demandada tuviera la oportunidad de “analizar

minuciosamente”<sup>95</sup> la Decisión, cuando la Demandada se opuso a la emisión de una decisión por voto de la mayoría sin la opinión disidente.

151. Me ocupo, en segundo lugar, de la carta de 4 de agosto de 2011, que he reproducido en su totalidad anteriormente.<sup>96</sup> Por comodidad, el párrafo que se ocupa de la Opinión Disidente se reproduce a continuación:

*Habiendo deliberado plenamente las cuestiones planteadas pero sin haber recibido el texto escrito de la Opinión Disidente a fecha de hoy, la mayoría de los miembros del Tribunal no ve ninguna justificación para demorar durante más tiempo la notificación de la Decisión a las Partes, tampoco a la luz de la reciente solicitud de la Demandada mencionada más adelante. El Profesor Georges Abi-Saab quiere dejar constancia de su disconformidad con la notificación de la Decisión a fecha de hoy sin su Opinión Disidente. Recibida y traducida al español la Opinión Disidente, será comunicada a las Partes.*

152. La Demandada sostiene, con relación al pasaje anterior, que la imparcialidad “requiere una consideración razonable de los distintos argumentos –no solamente de las Partes sino también, ciertamente, de uno de los árbitros–, consideración que los árbitros recusados no hicieron al no esperar a ver un desarrollo escrito de las razones del árbitro disidente.”<sup>97</sup> Concluye que la conducta de los árbitros recusados, como pone de manifiesto la Carta de 4 de agosto de 2011 “niega manifiestamente su imparcialidad”.<sup>98</sup> La Demandada argumenta, además, que resultó arbitrario que los árbitros recusados apuntaran a la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales como uno de los motivos para emitir la Decisión “sin esperar siquiera un borrador de la [O]pinión [D]isidente”.<sup>99</sup>

153. En su Carta de 4 de agosto de 2011, los árbitros recusados expresaron sus razones para rechazar la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales y para emitir una Decisión sin esperar a la Opinión Disidente. Observaron que las cuestiones habían sido “plenamente deliberadas” y concluyeron que no existía justificación para esperar más tiempo. En ausencia de pruebas objetivas que manifestaran que dicha conclusión estuviera contaminada por una predisposición a favor de las Demandantes, en lugar de una valoración objetiva de los argumentos de las Partes a la luz de las circunstancias, no veo ningún motivo para suponer que las cuestiones no fueran plenamente deliberadas en el seno del Tribunal. En tales circunstancias, no creo que la Carta de 4 de agosto de 2011 indique una falta de imparcialidad.

154. En conclusión, y dejando al margen los argumentos presentados por la Demandada en relación con los requisitos de la tutela judicial efectiva que se dirigen directamente a la adecuación de las decisiones del Tribunal y que como tales no son suficientes para establecer una base válida de conformidad con el artículo 57, no encuentro que exista evidencia que apoye la sugerencia de que la mayoría puso de manifiesto la existencia de parcialidad al emitir la Decisión sin esperar a la Opinión Disidente.

155. En conclusión, comunicar la Decisión a las Partes antes de haber comunicado la Opinión Disidente no implica la existencia de ninguna base válida para la recusación.

---

<sup>95</sup> Observaciones de la Demandada, párrafo 9.

<sup>96</sup> Véase *supra*.

<sup>97</sup> Propuesta, párrafo 24.

<sup>98</sup> Propuesta, párrafo 24.

<sup>99</sup> Propuesta, párrafo 21.

## **F. Conclusión**

156. Se deduce de los principios legales expuestos en los párrafos 63 a 65 de esta Recomendación que una propuesta de recusación basada *sólo* en una inferencia realizada a partir del contenido sustantivo de decisiones de las que se dice que son tan injustas para la parte que recusa que sólo pueden ser el resultado de una carencia de independencia e imparcialidad por parte de los árbitros, sin evidencia de ningún hecho objetivo en apoyo de tal inferencia, que aparece simplemente apoyada en argumentos dirigidos al supuesto carácter injusto de los fallos en cuestión, no satisface el estándar exigido por el artículo 57 del Convenio CIADI.
157. Considero que las alegaciones presentadas por la Demandada en apoyo de la Propuesta están basadas en argumentos legales que se dirigen al contenido sustancial de las decisiones de los árbitros recusados. Están por ello basadas en la percepción subjetiva de los árbitros recusados. La Demandada no ha ofrecido evidencia objetiva que ponga de manifiesto que los árbitros recusados consideraran cosa distinta que su valoración imparcial e independiente de los argumentos de las Partes al tomar cualquiera de las decisiones a las que se refieren los cuatro fundamentos de la Propuesta (bien considerados individualmente o bien en su totalidad) ni ha ofrecido evidencia de ningún otro hecho objetivo del que se pudiera inferir razonablemente una carencia de independencia o imparcialidad.
158. A la luz de las circunstancias, concluyo que la Demandada no ha satisfecho la carga de probar que el Profesor Tercier o el Profesor van den Berg manifestaran carencia de las cualidades requeridas por el artículo 14(1) del Convenio CIADI con relación a los cuatro fundamentos en los que se basa la propuesta.

## **G. Recomendación**

159. Es por las razones mencionadas que recomiendo que la propuesta de recusación del Profesor Tercier y del Profesor van den Berg sea rechazada.

[ firma ]

---

Christiaan M. J. Kröner  
Secretario General  
Corte Permanente de Arbitraje

En La Haya, a 19 de diciembre de 2011