

WILMERHALE
David W. Ogden
+1 202 663 6440(t)
+1 202 663 6363 (f)
david.ogden@wilmerhale.com

26 de marzo de 2012

Secretario General
Corte Permanente de Arbitraje
Palacio de la Paz
Carnegieplein 2
2517 KJ La Haya
Los Países Bajos

Atención: Sr. Brooks W. Daly

Re: *Caso CPA No. AA442: Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. c. la República del Ecuador*

Estimado Sr. Secretario General:

Escribimos en respuesta a la carta de Ecuador del 15 de marzo de 2012, por la cual se recusa al Juez Schwebel como árbitro en el arbitraje mencionado más arriba.

El comentario editorial del Juez Schwebel, en el que analiza el *Caso Relativo a las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra esta (Nicaragua c. Estados Unidos de América)*, sobre el cual resolvió la Corte Internacional de Justicia en 1986, no tiene absolutamente ninguna relación con el presente arbitraje, las partes del presente arbitraje, Ecuador y Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. (“MSDIA”), ni con ninguna cuestión que pudiera concebiblemente plantearse en el presente arbitraje. Como admite el propio Ecuador, “no existe nexo alguno entre la materia del presente caso y la del comentario editorial [del Juez Schwebel]”.¹ El comentario editorial tampoco “evidencia [] una perspectiva negativa sobre el desempeño del abogado de la Demandada como representante de un cliente anterior”.² Contrariamente a lo que alega Ecuador, el comentario editorial del Juez Schwebel no expresa ninguna opinión sobre el Sr. Paul Reichler, mucho menos sobre el papel o la idoneidad del Sr. Reichler como abogado en el presente arbitraje. Y no adopta ninguna postura – expresa o implícita—acerca del papel o de la conducta del Sr. Reichler con relación al caso *Nicaragua*, un caso de hace muchos años. Ningún observador objetivo podría concluir basándose en el comentario editorial que existen dudas razonables acerca de la capacidad del Juez Schwebel para resolver de forma imparcial e independiente sobre la actual controversia entre MSDIA y Ecuador.

Además, Ecuador ha inventado esta recusación como táctica que no puede permitirse que triunfe. Ecuador admite que contrató al Sr. Reichler en este caso *después* de que MSDIA designó al Juez Schwebel como árbitro.³ Y en la época en que Ecuador seleccionó al Sr. Reichler como abogado, las opiniones que el Juez Schwebel formuló sobre el caso *Nicaragua* en el comentario editorial eran bien conocidas para el Sr. Reichler y eran de dominio público, pues están muy bien reflejadas en la discrepancia del Juez Schwebel en ese caso.

En suma, Ecuador no ha planteado un fundamento verosímil para recusar la designación del Juez Schwebel como miembro del Tribunal en el presente arbitraje. El Juez Schwebel es un jurista internacional de integridad incuestionable, y nada de lo expresado en la presentación de Ecuador

¹ Carta de Ecuador a la CPA del 15 de marzo de 2012, pág. 9.

² Íd. en la pág. 2.

³ Íd. en la pág. 13, n. 59.

puede suscitar dudas sobre su imparcialidad. Por lo tanto, con el debido respeto solicitamos que la CPA deniegue la recusación de Ecuador y reanude el proceso de designar un árbitro presidente.

A. El comentario editorial del Juez Schwebel no da pie a dudas justificadas en cuanto a su imparcialidad o independencia en el presente arbitraje

Las partes concuerdan en cuanto al estándar aplicable en el caso de recusaciones de árbitros conforme a las Reglas de la CNUDMI. Según esas Reglas, una recusación puede ser confirmada solamente si “existen circunstancias que dan pie a dudas *justificadas* respecto de la imparcialidad o independencia del árbitro”.⁴ Ese es un estándar objetivo. Las dudas son “justificadas” solo si son razonables para un observador objetivo.⁵ Imparcialidad “significa que un árbitro no favorecerá a una parte más que a otra”.⁶

El estándar conforme a las Pautas IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (las “Pautas IBA”), que no son vinculantes en el presente arbitraje, pero ofrecen una guía útil, es similar: “Los árbitros deberán ser imparciales e independientes de las partes”.⁷ Las Pautas IBA establecen que las dudas respecto de la imparcialidad “son justificadas si un tercero razonable e informado llegaría a la conclusión de que existe la probabilidad de que el árbitro pueda estar influenciado por factores que no son el fondo de la causa presentada por las partes para llegar a su decisión”.⁸

Nada de lo que contiene la recusación de Ecuador da pie a dudas justificadas en cuanto a la imparcialidad o independencia del Juez Schwebel. No contiene nada que sugiera que el Juez Schwebel “favorecería a una parte más que a la otra” o que “pueda estar influenciado por factores que no son el fondo de la causa presentada por las partes”. Como ya se señaló, Ecuador reconoce que “no existe nexo alguno” entre la materia del presente arbitraje y las cuestiones analizadas en el comentario editorial del Juez Schwebel.⁹ Ecuador tampoco sugiere que el Juez Schwebel esté parcializado de alguna forma en contra de Ecuador o a favor de MSDIA.

La recusación de Ecuador se sustenta por completo en la afirmación de que el comentario editorial del juez Schwebel implícitamente transmite una opinión negativa del Sr. Reichler, uno de los nueve abogados ahora identificados como los abogados de Ecuador en el presente arbitraje.¹⁰ Incluso respecto de ese abogado específicamente, Ecuador admite que el comentario editorial del Juez Schwebel no expresa una crítica explícita. Como debe aceptar Ecuador, la única referencia al Sr. Reichler en el comentario editorial del Juez Schwebel es una cita de un artículo del Sr. Reichler que aparece en una nota al pie. Y el Juez Schwebel no expresa nada en absoluto sobre el desempeño, las convicciones o las cualificaciones del abogado en el caso *Nicaragua*.

En el primer párrafo de su comentario editorial, el Juez Schwebel señala que “el 27 de junio de 2011, en La Haya, se llevó a cabo un debate público para recordar el 25º aniversario” del caso *Nicaragua c.*

⁴ Reglas de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, Artículo 10 (énfasis añadido).

⁵ *Vito G. Gallo c. el Gobierno de Canadá*, TLCAN/CNUDMI, Resolución sobre la Recusación del Sr. J. Christopher Thomas, QC (14 de octubre de 2009), párr. 19 (Precedente Jurídico de la Recusación de la Demandante (“CCL”) 1); *AWG Group Ltd. c. la República Argentina*, CNUDMI, Resolución sobre una Segunda Propuesta de Descalificación de un Miembro del Tribunal Arbitral (12 de mayo de 2008), párr. 22 (CCL-2); *National Grid PLC c. Argentina*, Caso LCIA No. UN 7949, Resolución sobre la Recusación del Sr. Judd L. Kessler (3 de diciembre de 2007), párr. 87 (Precedente Jurídico de la Recusación de la Demandada (“RCL”) 2); *Country X c. Compañía Q*, Resolución sobre Recusación del 11 de enero de 1995, *XXII Yearbook Commercial Arbitration* 227, 234 (1997) (RCL-1).

⁶ Caron, Caplan & Pellonpää, THE UNCITRAL ARBITRATION RULES [Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI] 202 (2006), pág. 215 (CCL-3). Ver también *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Decisión sobre una Propuesta de la Demandada de Descalificar al Árbitro, Dr. Yoram Turbowicz (19 de marzo de 2010), párr. 35-36 (RCL-11).

⁷ Pautas IBA, Estándares Generales (1) (RCL-3).

⁸ Pautas IBA, Estándares Generales (2)(c) (RCL-3).

⁹ Carta de Ecuador a la CPA del 15 de marzo de 2012, pág. 9.

¹⁰ Íd. en pág. 2.

Estados Unidos de América.¹¹ Luego expresa que la conferencia “fue organizada con la participación de personas que intervinieron en la formulación y presentación del caso de Nicaragua”.¹² En la nota al pie que acompaña esa oración, el Juez Schwebel cita un artículo de 2001 escrito por el Sr. Reichler, en el cual el Sr. Reichler describe las funciones de los varios miembros del equipo de asesores legales de Nicaragua para proponer, elaborar y defender el caso de Nicaragua. Esas dos oraciones y la nota al pie que las acompaña son totalmente fácticas, totalmente veraces y carecen por completo de críticas, expresas o implícitas, al Sr. Reichler.

El balance del comentario editorial del Juez Schwebel también carece de críticas al equipo de asesores legales de Nicaragua o al Sr. Reichler. Antes bien, el comentario editorial del Juez Schwebel analiza las pruebas testimoniales que rindieron funcionarios gubernamentales nicaragüenses que fueron clave en el caso *Nicaragua*. El Juez Schwebel afirma que existió un “fraude en la Corte” porque el Ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua hizo afirmaciones falsas en una declaración jurada. El Juez Schwebel expresó la misma opinión en su opinión discrepante en aquel caso hace veinticinco años; en esa oportunidad, dedicó cincuenta páginas para debatir detalladamente las pruebas y concluyó que las pruebas del Ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua “no eran veraces [y] se podía demostrar que eran falsas”.¹³

Ni la opinión discrepante del Juez Schwebel del año 1986 ni su reciente comentario editorial sugieren o dan a entender que alguna persona del equipo de asesores legales de Nicaragua haya estado implicada en una conducta fraudulenta o poco ética.¹⁴ Como lo confirmó el Juez Schwebel en su carta a las partes de fecha 29 de febrero de 2012:

Mi comentario editorial en el ejemplar de enero de 2012 de la revista *American Journal of International Law* no tiene relación alguna con el caso entre Merck y la República de Ecuador. Antes bien, aborda el carácter de la declaración jurada presentada por el Ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua ante la Corte Internacional de Justicia en el caso *Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y en contra de esta*. Nada de lo expresado en mi comentario editorial se refiere a ningún acto o conocimientos del Sr. Paul S. Reichler que haya influenciado el contenido de la declaración jurada del Ministro de Relaciones Exteriores.¹⁵

Ecuador reconoce, como debe, que el comentario editorial del Juez Schwebel no contiene ninguna crítica “frontal” del Sr. Reichler. Sin embargo, Ecuador alega que el comentario editorial del Juez Schwebel “insinúa que el abogado de la Demandada estuvo directa o indirectamente asociado con un fraude en la Corte Internacional de Justicia, a través de su función como principal fuerza detrás de caso en que supuestamente se perpetró”.¹⁶ Este es un razonamiento ilógico. Simplemente porque el Juez Schwebel cree que el Ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua rindió falso testimonio no “insinúa” que el abogado de Nicaragua estuviese “directa o indirectamente asociado con el fraude ante la CIJ”. Los jueces y los árbitros entienden que los testigos que testifican falsamente son responsables de su mala conducta y que los abogados no pueden garantizar la veracidad del testimonio ni tampoco son en general responsables de las mentiras.

¹¹ Comentario editorial de Stephen M. Schwebel, *Celebrating a Fraud on the Court* [Celebración de un fraude en la Corte], 106 (1) *American Journal of International Law* 102 (2012) (Anexo de Recusación de la Demandada (“RCE”) 3.

¹² *Íd.*

¹³ *Nicaragua c. Estados Unidos de América*, Opinión Discrepante del Juez Schwebel, 27 de junio de 1986, en párr. 25 (RCE-9).

¹⁴ Por el contrario, el Juez Schwebel analiza revelaciones de 1993 – siete años después de la decisión de la CIJ en el caso *Nicaragua c. Estados Unidos*—como prueba de que la declaración jurada del Ministro de Relaciones Exteriores era falsa. Schwebel, nota supra 11, en 102 (RCE-3). *Ver también* la Carta de Ecuador a MSDIA, de fecha 23 de febrero de 2012 (que señala que el Juez Schwebel afirmó “que los hechos que emergen después del pronunciamiento de la sentencia de la CIJ ‘probaron que la declaración jurada del ministro de relaciones exteriores nicaragüense [presentada en el caso] era falsa’”). (RCE-4).

¹⁵ Carta del Juez Schwebel a Ecuador del 29 de febrero de 2012 (RCE-5).

¹⁶ Carta de Ecuador a la CPA del 15 de marzo de 2012, pág. 5.

Ecuador sugiere que la cita del Juez Schwebel del artículo del Sr. Reichler de 2011 “individualiza” al Sr. Reichler y, por lo tanto, “sugiere una conexión... de algún tipo” entre el Sr. Reichler y la declaración jurada del Ministro de Relaciones Exteriores.¹⁷ Esto tampoco tiene sentido. A primera vista, la cita del Juez Schwebel del artículo del Sr. Reichler no “individualiza” al Sr. Reichler por ningún motivo; simplemente se basa en el artículo como fuente para reflejar las identidades y funciones de los miembros del equipo de asesores legales de Nicaragua. Tampoco es que el Sr. Reichler haya sido el único miembro del equipo de asesores legales de Nicaragua que participaron en la conferencia. El Sr. Alain Pellet, que es nombrado en el artículo del Sr. Reichler, también habló en la conferencia de La Haya y fue miembro del equipo de asesores legales de Nicaragua.¹⁸ El hecho de que el Juez Schwebel se haya basado en el artículo del Sr. Reichler no indica de manera alguna que el Juez Schwebel tenga una opinión personal sobre los integrantes de aquel equipo o específicamente sobre el Sr. Reichler.

Ecuador afirma que el comentario editorial del Juez Schwebel implícitamente critica a los organizadores y participantes en la conferencia de La Haya que celebró el aniversario del caso Nicaragua y, por lo tanto, plantea dudas justificadas respecto de la imparcialidad del Juez Schwebel para resolver sobre un caso en el que participa el Sr. Reichler o su estudio jurídico, que estuvieron entre los organizadores de ese evento.¹⁹ El comentario editorial del Juez Schwebel no contiene esa crítica. El Juez Schwebel simplemente señala que la conferencia ocurrió y que el ambiente de la conferencia fue “de celebración”. Eso no es “denigrante” de ninguna manera, como sugiere Ecuador. Es simplemente un hecho. Un blog que se colgó en el sitio web de la Biblioteca del Palacio de la Paz relató el evento de la siguiente manera:

En 1986, la Corte Internacional de Justicia pronunció su sentencia sobre el fondo de una controversia entre Nicaragua y los Estados Unidos de América. Fue una de las sentencias más famosas e influyentes en la historia de la Corte. Veinticinco años más tarde, en un día muy soleado y caluroso en La Haya, los miembros de los equipos de asesores legales tanto de Nicaragua como de Estados Unidos se encontraron de nuevo frente a frente en el Palacio de la Paz para celebrar el 25º aniversario de esa resolución que fue un hito, y para evaluar su impacto duradero en el derecho internacional.²⁰

La descripción similar del Juez Schwebel no tiene nada de excepcional y es totalmente razonable.

Además, como reconoce Ecuador, la conferencia fue patrocinada por cuatro organizaciones – el Centro Grotius de la Facultad de Derecho de Leiden, el Centro sobre Cortes y Tribunales Internacionales de la University College London, la Sociedad de Derecho Internacional de Los Países Bajos, y el estudio jurídico Foley Hoag LLP. El comentario editorial del Juez Schwebel no denigra ni critica de ninguna manera a ninguna de esas instituciones. En efecto, en 1986, el Sr. Reichler no estaba afiliado a la firma Foley Hoag, y por lo que saben los abogados de MSDIA, esa firma no tuvo ninguna función en absoluto en el caso *Nicaragua c. Estados Unidos*. La conferencia de La Haya también incluyó a una serie de prominentes abogados internacionales como disertantes, además del Sr. Reichler, y el comentario editorial del Juez Schwebel no puede interpretarse como crítica o denigración de alguna de esas personas.

¹⁷ Íd. en págs. 6-7.

¹⁸ Paul S. Reichler, *Holding America to Its Own Best Standards: Abe Chayes and Nicaragua in the World Court* [Hacer que EE.UU. cumpla sus propios mejores estándares: Abe Chayes y Nicaragua en la Corte Mundial], 42, *Harvard Journal of International Law*, 15, 27 (2001) (RCE-8)

¹⁹ Carta de Ecuador a la CPA del 15 de marzo de 2012, en pág. 8.

²⁰ “Conferencia sobre la sentencia de la CIJ en el caso entre Nicaragua y los EE.UU.”, Blog de la Biblioteca del Palacio de la Paz (28 de junio de 2011), disponible en <http://peacepalacelibrary-weekly.blogspot.com/2011/06/conference-about-icjs-judgment-in-case.html> (última visita el 29 de febrero de 2012) (énfasis añadido) (Anexo de Recusación de la Demandante (“CCE”) 1).

Finalmente, Ecuador afirma que “La arbitrariedad de las conclusiones del Juez Schwebel corrobora su sesgo hacia el abogado de la Demandada”.²¹ La idea es que las afirmaciones del Juez Schwebel sobre la falsedad de la declaración testimonial de Nicaragua son tan manifiestamente erróneas que evidentemente él debe haber estado parcializado en contra del abogado de Nicaragua (y por lo tanto, en contra del abogado de Ecuador).

Pero el testimonio en cuestión fue indiscutiblemente falso justamente de la forma que expresa el Juez Schwebel. En su comentario editorial, y en su opinión discrepante, el Juez Schwebel apuntó a la declaración jurada del Ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua. Esa declaración jurada aseguraba que las alegaciones de EE.UU. de que el gobierno nicaragüense “está enviando armas, municiones, equipos de comunicaciones y suministros médicos a los rebeldes que están en guerra civil contra el Gobierno de El Salvador, son falsas... A decir verdad, mi gobierno no participa y *no ha participado* en el suministro de armas ni otros suministros a ninguna de las facciones que están en guerra civil en El Salvador”.²² En esta recusación al Juez Schwebel, Ecuador ahora afirma que “otras pruebas confirmaron [la] veracidad” de la afirmación del Ministro de Relaciones Exteriores, que el razonamiento de la CIJ que llega a la conclusión de que no existían pruebas de que el gobierno de Nicaragua hubiese participado en el tráfico de armas fue “persuasivo” y que los argumentos del Juez Schwebel de que la declaración jurada era falsa y que la opinión de la CIJ fue errada están, por ende, “evidentemente desconectados de las pruebas”.²³

Es sorprendente, por decir lo mínimo, que el co-asesor legal del Sr. Reichler haya planteado un argumento así. En el mismo artículo adjunto a la recusación, RCE-8, el Sr. Reichler repetidamente afirmó que en el periodo previo a la inauguración del Presidente Reagan en enero de 1981, el gobierno de Nicaragua efectivamente suministró armas y materiales bélicos a los rebeldes salvadoreños. Por ejemplo, el Sr. Reichler expresó en su artículo que “[l]os Sandinistas... pensaron que era imposible abandonar [a sus compañeros salvadoreños], y *les suministraron los materiales bélicos que necesitaban* (que los Sandinistas habían recibido de Cuba)”.²⁴ En efecto, el Sr. Reichler afirma en ese artículo que “los Sandinistas fueron encontrados en el acto de traficar armas a los rebeldes salvadoreños”.²⁵ El artículo del Sr. Reichler está repleto de afirmaciones similares. Esas afirmaciones evidentemente no pueden cuadrar con la declaración jurada del Ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua y, por lo tanto, la falsedad de esa declaración jurada debiera ser un punto de coincidencia en este caso. La defensa de Ecuador de la declaración jurada en vista del artículo del Sr. Reichler, lejos de “corroborar” las afirmaciones de que el Juez Schwebel es parcializada, solo corrobora el engaño y la falta de fundamentos fácticos de esta recusación.

Además, el artículo de 2001 del Sr. Reichler también echa por tierra la otra afirmación fáctica que plantea Ecuador en su intento de recusar la imparcialidad del Juez Schwebel. Atacando el comentario editorial del Juez Schwebel por una segunda causal (aunque relacionada), Ecuador alega que el comentario editorial del Juez Schwebel caracteriza engañosamente el testimonio del “testigo de la CIA”, el Sr. MacMichael, en el sentido de que “al menos a finales de 1980 o a inicios de 1981, el Gobierno de Nicaragua participó en el suministro de armas a la insurgencia salvadoreña”.²⁶ Ecuador afirma en su recusación que este testimonio “no fue un ‘hecho’, sino su ‘opinión’”, y que la presentación del Juez Schwebel de esto como un “hecho” de alguna forma revela su sesgo en contra del Sr. Reichler.²⁷ Pero la verdad es que el propio Sr. Reichler, en su artículo de 2001, caracterizó el testimonio del Sr. MacMichael precisamente de la misma forma que el Juez Schwebel: “En determinado momento”, escribió el Sr. Reichler, “Schwebel logró que MacMichael voluntariamente dijera que los Sandinistas habían suministrado armas al FMLN antes de la ‘ofensiva final’ de enero de

²¹ Carta de Ecuador a la CPA del 15 de marzo de 2012, págs. 10-13.

²² Schwebel, nota *supra* 11, en 103 (RCE-3) (que cita *Nicaragua c. Estados Unidos*, Sentencia del 27 de junio de 1986, en el párr. 147).

²³ Carta de Ecuador a la CPA del 15 de marzo de 2012, en pág. 13.

²⁴ Reichler, nota *supra* 18, en 18-19 (énfasis añadido) (RCE-8).

²⁵ Íd. en 19 (énfasis añadido) (RCE-8).

²⁶ Carta de Ecuador a la CPA del 15 de marzo de 2012, en págs. 11-12.

²⁷ Íd. en pág. 12.

1981”.²⁸ El co-asesor legal del Sr. Reichler no puede ahora afirmar que el Juez Schwebel declaró falsamente este testimonio o que su descripción, no distinguible de la del Sr. Reichler, de alguna forma demuestra un sesgo en contra del Sr. Reichler.

Al final, solo se puede concluir que el Juez Schwebel fue cuidadoso y sensato en su descripción de los hechos en disputa en el caso Nicaragua, y que (para expresarlo amablemente) lo que está “desconectado de las pruebas” es el ataque de Ecuador a su imparcialidad. En efecto, el ataque de Ecuador está “desconectado” de los pronunciamientos públicos previos del propio Sr. Reichler sobre esos asuntos. Por consiguiente, esta recusación debe ser rechazada.

B. Los precedentes en que se basa Ecuador no sustentan una determinación de que existen dudas justificadas respecto de la imparcialidad del Juez Schwebel

Ecuador no ha identificado el sustento jurídico de su afirmación de que existen dudas justificadas en cuanto a la imparcialidad del Juez Schwebel. Ecuador se sustenta en dos casos, *Perenco Ecuador Ltd., c. la República de Ecuador* y *Canfor Corporation c. Estados Unidos*, para sustentar la proposición general de que “los comentarios que un árbitro hace públicamente (como por ejemplo en un discurso o en un artículo) y que el árbitro no tenía la intención de que influenciaran los procedimientos en cuestión pueden dar pie a una recusación válida basada en parcialidad”.²⁹ Si bien no se puede polemizar sobre esa proposición general, no sirve para sustentar la posición de Ecuador.

Tanto en el caso *Perenco* como en el caso *Canfor*, se determinó que el árbitro recusado (i) había hecho comentarios de crítica sobre una de las partes del arbitraje y (ii) *podía decirse que había prejuzgado los méritos del arbitraje*. En ambos casos, por lo tanto, se sostuvo que los comentarios públicos del árbitro recusado daban lugar a dudas justificadas acerca de si el árbitro “favorecería a una parte más que a la otra” o “puede estar influenciado por factores que no son el fondo del caso como lo han presentado las partes”.

En el caso *Perenco*, el árbitro recusado había dado una entrevista mientras el arbitraje estaba en curso, y en la entrevista se refirió al Estado demandado, Ecuador, como “recalcitrante” y podría decirse que dio a entender que había expropiado inversiones extranjeras, que era un punto que estaba pendiente de resolución respecto de la inversión de la demandante en el arbitraje en curso.³⁰ En el caso *Canfor*, el árbitro recusado dio un discurso antes del arbitraje, en el cual se refirió a los actos de EE.UU. respecto de la madera de coníferas—actos que posteriormente estuvieron en disputa en el arbitraje—como “hostigamiento” y podría decirse que insinuó que eran ilegales.³¹ En ambos casos, los comentarios

²⁸ Reichler, nota *supra* 18, en 41 (RCE-8).

²⁹ Carta de Ecuador a la CPA del 15 de marzo de 2012, en pág. 5 (que cita los casos *Perenco Ecuador Ltd. c. la República de Ecuador* y *Canfor Corporation c. Estados Unidos*).

³⁰ Las declaraciones del árbitro en *Perenco* fueron las siguientes:

“Redactor: Díganos cuáles le parecen las cuestiones más urgentes en el arbitraje internacional.

Brower: Hay una cuestión de aceptación y disposición a seguir participando en esto, como se ejemplifica por lo que hizo Bolivia y lo que está haciendo Ecuador. Actualmente, Ecuador se está negando expresamente a cumplir con las órdenes de dos tribunales del CIADI con medidas provisionales interinas muy estrictas, pero dicen que tienen que hacer cumplir su legislación nacional y las órdenes no cambian nada. Pero cuando países receptores recalcitrantes descubran que las demandantes van a actuar como las que fueron expropiadas en Libia, comiencen a entablar pleitos reñidos por petróleo y perseguir a buques cargueros, haciendo labor de investigadores en busca de personas que invoquen cláusulas de incumplimiento cruzado en acuerdos de empréstito, y demás, es posible que la política cambie. Después de un cierto punto, nadie invertirá sin tener algo en que apoyarse”. *Perenco Ecuador Ltd. c. la República de Ecuador*, Caso CPA No. IR-2009/1, Decisión sobre la Recusación del Árbitro Brower (8 de diciembre de 2009), en el párr. 27 (RCL-4).

³¹ Las declaraciones del árbitro en *Canfor* fueron: “Aparte de los subsidios agrícolas, existen otras cuestiones que tenemos con los EE.UU. Tomemos, por ejemplo, la controversia sobre la madera de conífera. Esta será la cuarta vez que fuimos impugnados. Hemos ganado cada una de las impugnaciones en cuanto a madera de conífera, y sin embargo continúan impugnándonos con respecto a esos temas. Esto es porque saben que el hostigamiento es tan malo como el proceso”. Citado en Barton Legum, *Investor-State Arbitrator Disqualified for Pre-Appointment Statements on Challenged Measures* [Árbitro en un arbitraje entre inversionista y Estado es descalificado por declaraciones previas a su designación sobre medidas impugnadas], *Arbitration International*, (Kluwer Law International 2005, Volume 21, Issue 2), págs. 241-245 (CCL-4).

públicos en disputa, por lo tanto, tuvieron que ver con las partes específicas y con cuestiones específicas que estaban planteadas ante el Tribunal en el arbitraje pendiente.

Por el contrario, como el propio Ecuador admite, el comentario editorial del Juez Schwebel no hace ningún comentario en absoluto sobre las partes ni sobre ninguna cuestión que pudiera concebiblemente plantearse en este arbitraje. Nada de lo incluido en el comentario editorial puede interpretarse en el sentido de que da lugar a dudas justificadas respecto de si el Juez podría “favorecer a una parte más que a otra” o que “pueda estar influenciado por factores que no son el fondo del caso como lo presentaron las partes”.

En su carta, Ecuador cita otras cinco decisiones de recusación, ninguna de las cuales sustenta su posición. Vale la pena mencionar que en cuatro de esas cinco decisiones, se rechazó la recusación del árbitro.³² En el único otro caso en que se confirmó la recusación – el caso *ICS Inspection & Control Services c. la República Argentina*—el árbitro recusado estaba desempeñándose simultáneamente como abogado en un caso del CIADI en contra del mismo Estado demandado, lo cual llevó a la autoridad encargada de las designaciones a concluir que existían dudas justificadas respecto de si el juez favorecería a la demandante por encima de ese Estado demandado.³³ Esos hechos distan mucho de los hechos del presente.

Ecuador además se sustenta en las Pautas IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional. Las Pautas incluyen en su “Lista Naranja” de situaciones que un árbitro por lo general debería revelar que “existe una amistad personal estrecha entre el árbitro y un asesor legal de una de las partes”. Ecuador alega que “con mayor motivo, una animadversión expresada públicamente por un árbitro hacia un asesor legal de una parte dará pie todavía con más claridad a dudas justificadas en cuanto a la imparcialidad del árbitro”.³⁴

Pero como se expuso más arriba, el Juez Schwebel *no* ha expresado públicamente una “animadversión” hacia el Sr. Reichler ni hacia ningún otro asesor legal de Ecuador. Esa afirmación es un invento de Ecuador y no puede dar origen a una remoción en el presente caso.³⁵

Además, Ecuador no se da cuenta de que las Pautas IBA no incluyen en la Lista Naranja los desacuerdos (a diferencia de las amistades personales estrechas). Nada de lo que contienen las Pautas IBA sugiere que los desacuerdos, incluidos los desacuerdos fuertes y arraigados, entre un asesor legal

³² *OPIC Karimum Corp. c. la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/14, Decisión sobre la Propuesta de Descalificar al Profesor Philippe Sands, Árbitro (5 de mayo de 2011) (las designaciones repetidas del árbitro por parte del mismo abogado y de la misma parte fueron insuficientes para confirmar la recusación) (RCL-9); *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Decisión sobre la Propuesta de la Demandada de Descalificar al Árbitro, Dr. Yoram Turbowicz (19 de marzo de 2010), (el hecho de que el árbitro y el abogado habían estudiado juntos en la universidad no fue suficiente para confirmar la recusación) (RCL-11); *National Grid PLC c. Argentina*, Caso LCIA No. UN 7949, Decisión sobre la Recusación al Sr. Judd L. Kessler (3 de diciembre de 2007) (la declaración del árbitro en una audiencia sobre que los hechos demostraron un “perjuicio o un cambio importante en las expectativas de la inversión” no fue suficiente para demostrar que había prejuzgado el caso) (RCL-2); *País X c. Compañía Q*, Decisión sobre Recusación del 11 de enero de 1995, XXII Yearbook Commercial Arbitration 227, 234 (1997) (el hecho de que el árbitro antes se había desempeñado como asesor legal en el ministerio de un país con relaciones históricamente hostiles al país de la demandante no dio pie a dudas justificadas sobre que el propio árbitro fuera hostil a la demandante) (RCL-1)

³³ *ICS Inspection & Control Services. Ltd. c. la República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre Recusación al Árbitro (17 de diciembre de 2009) (RCL-6).

³⁴ Carta de Ecuador a la CPA del 15 de marzo de 2012, en la pág. 9.

³⁵ Además, incluso si lo hubiera hecho, e incluso si la expresión “animadversión” estuviese en la Lista Naranja, las Pautas IBA aclaran que la existencia de circunstancias enumeradas en la Lista Naranja no necesariamente da pie a dudas justificadas sobre la imparcialidad o la independencia de un árbitro y “no debería automáticamente resultar en la descalificación” de un árbitro. Pautas IBA, Aplicación Práctica de Estándares Generales (4). En cambio, las circunstancias incluidas en la Lista Naranja son las que las partes “pueden querer explorar más a fin de determinar si objetivamente – es decir desde el punto de vista de un tercero razonable que conoce los hechos pertinentes—existe una duda justificada en cuanto a la imparcialidad o la independencia del árbitro”. Pautas IBA, Aplicación Práctica de los Estándares Generales (4). Como se expuso más arriba, una perspectiva objetiva de los hechos no suscita dudas justificadas sobre la imparcialidad del Juez Schwebel en el presente arbitraje.

y un árbitro sean causales para recusar la independencia o la imparcialidad de un árbitro. Repetimos, la recusación de Ecuador es una elucubración que se inventó el propio Ecuador.

C. La designación posterior del Sr. Reichler no puede crear un conflicto por la designación previa del Juez Schwebel, pues las circunstancias del presunto conflicto ya se conocían cuando el Sr. Reichler fue instruido

Ecuador sugiere que las causales en que se basa su recusación surgieron por primera vez en febrero de 2012, cuando se enteró del comentario editorial del Juez Schwebel. Sin embargo, la posición que adoptó el Juez Schwebel en su comentario editorial no añade nada que sea importante aquí a la opinión discrepante publicada en el caso *Nicaragua* hace veinticinco años. Ecuador y su abogado estaban necesariamente avisados de las opiniones del Juez Schwebel sobre ese caso en el momento en que designaron al Sr. Reichler como su asesor legal y, por ende, no pueden luego quejarse de que esas opiniones dan lugar a un conflicto que lo descalifica en el presente caso.

En su opinión discrepante en el caso *Nicaragua*, el Juez Schwebel directamente puso en tela de juicio la veracidad del testimonio rendido por el Ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua. Toda una sección de su opinión discrepante llevaba el título: “Ante esta Corte, Representantes de Nicaragua han mantenido falsamente que el Gobierno de Nicaragua ‘nunca’ suministró armas ni ninguna otra asistencia material a los insurgentes en El Salvador”.³⁶ El Juez Schwebel concluyó que la declaración del Ministro de Relaciones Exteriores de Nicaragua de que Nicaragua “nunca había suministrado armas... a los insurgentes en El Salvador” era “falsa [y] que ello se podía demostrar”.³⁷ El Juez Schwebel además opinó que la CIJ había prestado “su buen nombre a la declaración falsa de Nicaragua sobre los hechos”.³⁸ Al igual que su comentario editorial, la opinión discrepante del Juez Schwebel no criticó la conducta del asesor legal de Nicaragua. Su afirmación fue que el *testigo* de Nicaragua había engañado al tribunal.

Así pues, Ecuador y su asesor legal estuvieron claramente avisados de las opiniones del Juez Schwebel en la época en que Ecuador instruyó al Sr. Reichler como su asesor legal.³⁹ Específicamente, es claro que Ecuador contrató al Sr. Reichler para que lo representase en este caso *después* de que MSDIA ya había designado al Juez Schwebel como su árbitro en su Notificación de Arbitraje, y que en la época en que Ecuador seleccionó al Sr. Reichler para que se desempeñara como su asesor legal en este asunto, las opiniones del Juez Schwebel sobre el caso *Nicaragua c. Estados Unidos* ya eran públicas y el Sr. Reichler las conocía, pues el Juez Schwebel las había dejado bien claras en su opinión discrepante en ese caso hacía veinticinco años.

También es significativo que si bien el poder que Ecuador presentó ante la CPA el 9 de febrero de 2012 contiene una lista de siete abogados que son los asesores legales de Ecuador, el Sr. Reichler no se encuentra en esa lista. Ecuador no identificó al Sr. Reichler ante la CPA como asesor legal en el presente arbitraje hasta el 16 de febrero de 2012, el día *después* de que se enteró del comentario editorial del Juez Schwebel.⁴⁰

³⁶ *Nicaragua c. Estados Unidos de América*, Opinión Discrepante del Juez Schwebel, 27 de junio de 1986, Acápite G (RCE-9).

³⁷ Íd. en los párr. 24-25 (RCE-9).

³⁸ Íd. en el párr. 16 (RCE-9).

³⁹ Y si Ecuador no estaba avisado, el Sr. Reichler sí lo estaba y – si pensó que esas opiniones eran importantes— presumiblemente reveló los hechos a su cliente.

⁴⁰ Ecuador afirma que cualquier duda sobre su decisión de ser representado por el Sr. Reichler en este arbitraje “no se puede tomar en serio”, a la luz de que el Sr. Reichler participó en varias comunicaciones entre las partes y los co-árbitros desde el 9 de enero de 2012. Pero la función del Sr. Reichler en esas comunicaciones iniciales e informales en nombre de Ecuador solo hace resaltar la decisión de Ecuador de no nombrarlo en su Poder del 9 de febrero de 2012. Es claro que, el 9 de febrero, Ecuador no consideraba al Sr. Reichler suficientemente importante en su equipo como para otorgarle un poder. Ecuador lo identificó ante la CPA solo después de que se publicó el comentario editorial, aparentemente como una medida enfocada a presentar esta recusación.

Desde luego, Ecuador tenía la prerrogativa de instruir al Sr. Reichler para que lo representara en este arbitraje, sabiendo de la designación del Juez Schwebel al Tribunal y conociendo las opiniones de dicho Juez que están claramente expresadas en su opinión discrepante en el caso *Nicaragua c. Estados Unidos* de 1986. Pero si Ecuador albergaba inquietudes legítimas respecto de las opiniones del Juez Schwebel sobre el desempeño del Sr. Reichler en aquel caso, esas inquietudes pudieron haberse resuelto completamente al inicio, y pueden resolverse totalmente ahora, si Ecuador se apoya en los siete abogados que identificó en su Poder para que lo representaran en el presente arbitraje (ninguno de los cuales es el Sr. Reichler).

Ecuador alega que su derecho a ser representado por un abogado de su elección es “inalienable” y está expresamente garantizado en virtud del Artículo 4 de las Reglas de la CNUDMI. Lógicamente, el derecho de MSDIA de designar un árbitro de su elección es igualmente fundamental y está además expresamente garantizado conforme a las Reglas de la CNUDMI, en su Artículo 7. Ecuador no puede basarse en sus derechos conforme al Artículo 4 de las Reglas de la CNUDMI para crear un conflicto que privaría a MSDIA de sus derechos conforme al Artículo 7. En este caso, si Ecuador designó a siete abogados como asesores legales en su Poder, no se le puede permitir que instruya al Sr. Reichler como octavo abogado en el presente caso, y sobre esa base alegar que el Juez Schwebel – un jurista internacional experimentado de la máxima estatura y reputación, que ya había sido designado árbitro en el presente caso—deba renunciar sobre la base de afirmaciones infundadas de que tiene una opinión negativa del Sr. Reichler. Ese resultado minaría de forma adversa el funcionamiento del sistema de arbitraje internacional.

D. El hecho de que el Juez Schwebel no haya revelado su comentario editorial no da pie a dudas justificadas respecto de su imparcialidad

Finalmente, Ecuador alega que el hecho de que el Juez Schwebel no haya revelado su comentario editorial o “sus opiniones personales hacia el asesor legal de la Demandada” da lugar independientemente a dudas justificadas respecto de su imparcialidad. Ese argumento carece de fundamento.

Como se analizó más arriba, el comentario editorial del Juez Schwebel no guarda ninguna relación con las partes o con las cuestiones que se tratan en el presente arbitraje. Su comentario editorial tampoco refleja sus “opiniones personales hacia el asesor legal de la Demandada”. En resumen, su comentario editorial no contiene nada que pudiera posiblemente dar pie a dudas justificadas acerca de la imparcialidad del Juez Schwebel y, por lo tanto, no había nada que debiera revelarse. Es evidente que no se puede deducir ninguna repercusión del hecho de que no se reveló algo que no se debía revelar.

Esto queda confirmado por los precedentes jurídicos que establecen los factores que se deben considerar cuando se determina si la omisión de divulgar por parte de un árbitro da pie a dudas justificadas acerca de la imparcialidad de dicho árbitro:

[S]i la omisión de divulgar fue involuntaria o intencional, si fue resultado de un ejercicio honesto de discreción, *si los hechos que no se divulgaron dieron pie a dudas evidentes sobre la imparcialidad e independencia*, y si la omisión de divulgar es una desviación de parte de un árbitro concienzudo o es parte de un patrón de circunstancias que suscitan dudas acerca de la imparcialidad, es algo que corresponde sopesar a la autoridad encargada de la decisión... en cada caso específico.⁴¹

⁴¹ S. Baker, M. Davis, *THE UNCITRAL ARBITRATION RULES IN PRACTICE. THE EXPERIENCE OF THE IRAN-UNITED STATES CLAIMS TRIBUNAL* [Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI en la práctica: la experiencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-EE.UU.] (1992), 50 (CCL-5); Caron, *THE UNCITRAL ARBITRATION RULES*, en las págs. 226-227 (que citan a Baker) (CCL-3); *AWG Group Ltd. c. la República Argentina*, CNUDMI, Decisión sobre la Segunda Propuesta de Descalificación de un Miembro del Tribunal Arbitral (12 de mayo de 2008), en el párr. 22 (que cita a Baker) (CCL-2).

Los hechos que presuntamente no se divulgaron en este caso – es decir, que el Juez Schwebel había escrito un comentario editorial en el que se analizaba un caso diferente, cuyas partes fueron diferentes, y sobre el cual resolvió un tribunal diferente veinticinco años antes—no plantean “dudas evidentes” sobre la imparcialidad del Juez Schwebel.

Por lo tanto, no existe motivo alguno para que la omisión de divulgar esos hechos por parte del Juez Schwebel pueda posiblemente suscitar dudas justificadas acerca de su imparcialidad.

Las Pautas IBA, en que se sustenta Ecuador, también confirman que la omisión de divulgar “no debería resultar automáticamente en que no se designe a un árbitro, que posteriormente se lo descalifique o que se impugne exitosamente un laudo”. “En opinión del Grupo de Trabajo, la omisión de divulgar no puede hacer que un árbitro sea parcializado o que carezca de independencia; ello solo se puede lograr por los hechos o las circunstancias que el árbitro no divulgó”.⁴²

E. Conclusión

En resumen, la recusación de la designación del Juez Schwebel por parte de Ecuador no tiene fundamento. La integridad y la imparcialidad del Juez Schwebel son incuestionables, y Ecuador no ha hecho valer un fundamento verosímil para recusar su desempeño en el presente arbitraje. Por lo tanto, respetuosamente, solicitamos que se deniegue la recusación de Ecuador y que la CPA reanude el proceso de designar el árbitro presidente.

Presentado con el debido respeto,

(Firmado)
David W. Ogden
Gary B. Born
Rachael D. Kent

Cc: Juez Stephen M. Schwebel, por correo electrónico: judgeschwebel@aol.com
Juez Bruno Simma, por correo electrónico: b.simma@icj-cij.org, judgesimma@gmail.com
Mark Clodfelter, por correo electrónico: mclodfelter@foleyhoag.com
Ronald Goodman, por correo electrónico: rgoodman@foleyhoag.com
Alberto Wray, por correo electrónico: awray@foleyhoag.com
Paul Reichler, por correo electrónico: preichler@foleyhoag.com
Constantinos Salonidis, por correo electrónico: csalonidis@foleyhoag.com
Dr. Francisco Grijalva, por correo electrónico: fgrijalva@pge.gob.ec
Dra. Christel Gaibor, por correo electrónico: cgaybor@pge.gob.ec
Ab. Diana Terán, por correo electrónico: dteran@pge.gob.ec
Ab. Juan Francisco Martínez, por correo electrónico: jfmartinez@pge.gob.ec

⁴² Pautas IBA, Aplicación Práctica de los Estándares Generales (5).