

## WILMERHALE

David W. Ogden

+1 202 663 6440(t)

+1 202 663 6363 (f)

[david.ogden@wilmerhale.com](mailto:david.ogden@wilmerhale.com)

9 de julio de 2012

Corte Permanente de Arbitraje  
H.E. Hugo Hans Siblesz  
Secretario General  
Peace Palace  
Carnegieplein 2  
2517 KJ The Hague  
The Netherlands  
Correo electrónico: [bureau@pca-cpa.org](mailto:bureau@pca-cpa.org)

Re: Recusación del Ecuador del Juez Stephen M. Schwebel como Árbitro en conexión con *Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. c. la República del Ecuador – Arbitraje CNUDMI*.

Estimado Sr. Secretario General:

Escribimos en nombre de la Demandante Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. (“MSDIA”) en respuesta a la recusación del 21 de junio de 2012 del Ecuador, Demandada, del Juez Stephen Schwebel como árbitro en el asunto ya mencionado. Esta es la segunda recusación del Ecuador del desempeño del Juez Schwebel en el presente caso. Al igual que con su primera recusación fallida, la segunda recusación del Ecuador carece de fundamentos creíbles o de base legal. Por lo tanto, con todo respeto, solicitamos que deniegue la recusación del Ecuador.

Contrariamente al argumento del Ecuador, las dos designaciones previas del Juez Schwebel como árbitro y las dos contrataciones previas como testigo experto por parte de esta firma de abogados (Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP o WilmerHale) claramente no constituyen una “relación de trabajo prolongada y constante” que quede “fuera de los contactos normales entre profesionales en el ámbito del arbitraje internacional”. Ninguna de las designaciones fue dentro de los últimos tres años, ninguna tuvo que ver con ninguna de las partes del presente caso, y ninguna tiene relación alguna con el asunto presente. No sorprende entonces que ninguno de dichos asuntos sea divulgable conforme a las Pautas IBA, mucho menos que constituyan un ápice de fundamento para recusar la independencia y la imparcialidad del Juez Schwebel. Ello es particularmente cierto dada la estatura internacional del Juez Schwebel como árbitro y experto en asuntos de derecho internacional público, y su frecuente desempeño en funciones similares de conformidad con la designación de muchas otras firmas de abogados.

### **Antecedentes**

El Juez Schwebel fue designado árbitro por esta firma solamente en dos ocasiones anteriores. En la primera, que tuvo lugar hace quince años, en 1997, WilmerHale designó al Juez Schwebel como uno de cinco árbitros en un tribunal que resolvió una controversia entre

Eritrea y Yemen sobre cuestiones de soberanía territorial y límites marítimos en conexión con ciertas islas del Mar Rojo. En la segunda, que se remonta a cuatro años atrás, en 2008, WilmerHale designó al Juez Schwebel como uno de los cinco árbitros que resolvió una controversia surgida de un acuerdo de paz de 2005 entre Sudán y el Movimiento Popular de Liberación de Sudán. Ninguno de los dos casos implicó, de ninguna forma concebible, ya sea a la Demandante MSDIA (ni a ninguna entidad de Merck) ni a Ecuador; ninguna de las designaciones ocurrió dentro de los últimos tres años; ninguno de los casos fue un arbitraje entre inversionista y Estado; ninguno de los casos tuvo que ver con cuestiones similares a las planteadas en el arbitraje presente; ambos casos fueron asuntos de registro público, bien conocidos para el abogado del Ecuador, y ambos casos implicaron solamente el desempeño como árbitro independiente e imparcial.

El desempeño del Juez Schwebel como testigo experto en dos asuntos interrelacionados de juicios de EE.UU. en los cuales WilmerHale estuvo entre los diferentes abogados tampoco sirve para establecer que existía una “relación de trabajo prolongada y constante”. Esas contrataciones se remontan al año 2005 y 2008, más de tres años antes de la actual. El Juez Schwebel no fue colega abogado de WilmerHale. Se desempeñó como testigo experto independiente sobre cuestiones de derecho público internacional. En tal calidad, su responsabilidad era presentar sus opiniones independientes e imparciales sobre las preguntas presentadas y como las cuestiones de los dos casos eran idénticas una a la otra, él presentó opiniones legales sustancialmente idénticas ante las cortes en ese caso. La cuestión que abordó en ambos casos fue si la Ley Especial 364 de Nicaragua, que creó normas sustantivas y procesales muy poco habituales en el contexto del juicio por responsabilidad por productos en disputa, se ajustaba a los estándares internacionales del debido proceso. Esa cuestión no está (ni se podría concebir que estuviera) en disputa en el presente caso.

### **Argumento**

La biografía pública del Juez Schwebel da cuenta de que se ha desempeñado como árbitro en 63 arbitrajes, además de desempeñarse como Juez en la Corte Internacional de Justicia y de ejercer activamente su profesión como abogado y experto. De las 63 designaciones arbitrales, el Juez Schwebel ha sido designado árbitro por WilmerHale solamente dos veces (o el 3.17% de sus designaciones públicamente reportadas). Además, se ha desempeñado como experto legal en conexión con una sola cuestión jurídica que surgió en dos casos conectados, en los cuales WilmerHale estuvo entre los abogados de la parte que propuso su opinión experta.

Es claro, por lo tanto, que el Juez Schwebel no tiene una “relación de trabajo prolongada y constante” con WilmerHale que exceda los contactos normales entre un abogado y árbitros en la comunidad del arbitraje internacional. Por el contrario, según los estándares de dicha comunidad, y específicamente, en contraste con las muchas y repetidas designaciones que se ven comúnmente en los arbitrajes entre inversionistas y estados, la relación del Juez Schwebel con WilmerHale ha sido muy limitada. Por otra parte, el Juez Schwebel ha tenido y sigue teniendo una carrera profesional sustancial y activa en la Corte Internacional de Justicia y en otras partes, respecto a la cual no puede sugerirse que exista una relación o conexión con WilmerHale.

El Ecuador afirma que la remoción del Juez Schwebel se hace necesaria independientemente porque él incluyó estos asuntos en la divulgación conjunta presentada por los tres árbitros y no en el momento de su designación, y porque omitió uno de los dos casos interrelacionados en los que presentó su opinión experta. Pero las divulgaciones del Juez Schwebel fueron

totalmente coincidentes – y de hecho, excedieron con mucho—sus obligaciones conforme a las Reglas de la CNUDMI, y en todo caso, incluso una divulgación inoportuna, —incluso el hecho de no divulgar—no puede sustentar una recusación cuando, como en este caso, no es probable que los hechos que no se divulgaron den lugar a dudas justificadas en cuanto a la independencia o la imparcialidad del árbitro. Los argumentos del Ecuador respecto a la divulgación son por lo tanto errados.

Específicamente, con referencia al momento de la divulgación del Juez Schwebel, el Tribunal no se constituyó plenamente hasta el 8 de mayo de 2012. Los tres árbitros designados, incluido el Juez Schwebel, escogieron hacer una declaración conjunta de divulgación poco tiempo después. En dicha declaración, además de las divulgaciones del Juez Schwebel, el Juez Simma divulgó por primera vez que *el año pasado* fue designado por el Ecuador en un arbitraje entre inversionista y estado. No sugerimos que la divulgación del Juez Simma haya sido inoportuna, o que dé pie a dudas justificadas en cuanto a su independencia e imparcialidad. Pero el Ecuador no puede sostener que la divulgación del Juez Schwebel fue inoportuna si también sostiene que la divulgación del Juez Simma fue oportuna. Y si el Juez Simma, durante seis meses después de su designación, omitió divulgar que el año pasado fue designado en otro arbitraje entre inversionista y estado por la misma parte que en el presente caso, no da lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia, entonces *a fortiori*, las divulgaciones del Juez Schwebel al mismo tiempo de esas designaciones más remotas en el tiempo en casos que tuvieron que ver con diferentes partes no puede dar pie a dudas justificadas.

De manera similar, con referencia a la segunda de las dos designaciones como testigo experto que están interrelacionadas, esta contratación fue sustancialmente idéntica a la primera, tuvo que ver con cuatro partes diferentes y cuatro firmas de abogados, y fue un asunto de registro público. Esa omisión que fue evidentemente involuntaria apenas si puede dar origen a dudas justificadas.

Las cuestiones relevantes en la solicitud de recusación del Ecuador son claras, giran mayormente en torno a hechos y no dejan duda de que la recusación del Ecuador debe ser rechazada. En efecto, como lo ejemplifican las posiciones incoherentes con respecto al Juez Schwebel y al Juez Simma, su recusación no es otra cosa en realidad que otro intento cuestionable de obstruir los procedimientos presentes y obstruir que se considere de manera objetiva la legitimidad de los actos de las cortes ecuatorianas. Los argumentos legales y las autoridades jurídicas planteadas por el Ecuador añaden poco a su recusación y se analizan a continuación.

#### **A. El desempeño anterior del Juez Schwebel como árbitro y testigo experto en asuntos en los que WilmerHale representó a una parte no dan lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad e independencia**

Conforme al Artículo 10(1) de las Reglas de la CNUDMI, un “árbitro puede ser recusado si existen circunstancias que dan pie a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o la independencia del árbitro”. Este es un criterio objetivo: si las circunstancias “dan pie a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o la independencia del árbitro”, se evalúa desde la perspectiva de un tercero razonable.<sup>1</sup> Las designaciones previas del Juez Schwebel por parte

---

<sup>1</sup> En cierto momento, el Ecuador sugiere que “lo que importa es el punto de vista de la parte que recusa”. Ver la Petición del Ecuador de la Resolución de la Recusación del Juez Stephen Schwebel como Árbitro, de fecha 21 de junio de 2012 (“Recusación de la Demandada”), en pg. 7. Pero, como Ecuador admite, el estándar conforme

de WilmerHale como árbitro y testigo experto no pueden dar pie objetivamente a dudas justificadas en cuanto a su imparcialidad o independencia.

### 1. *Las designaciones del Juez Schwebel como árbitro*

Como se expone en la Declaración Conjunta de Divulgación del Tribunal, WilmerHale nombró dos veces al Juez Schwebel como árbitro antes de nombrarlo en el caso presente.<sup>2</sup> La primera de esas designaciones fue en el *Arbitraje de las Islas del Mar Rojo, Eritrea/Yemen* en 1997 – quince años antes de que el Ecuador presentase la presente recusación—y la segunda fue en el *Arbitraje de Abyei, Sudán / Movimiento Popular de Liberación de Sudán* en 2008, hace aproximadamente cuatro años.<sup>3</sup> Ambas designaciones fueron asuntos de registro público que fueron ampliamente publicitados en la comunidad del derecho internacional;<sup>4</sup> no se puede poner en duda que el abogado del Ecuador estuvo muy al tanto de esos asuntos desde la época en que se nombró al Juez Schwebel en el presente caso.

Esos arbitrajes fueron muy diferentes, en formato y sobre todo en contenido, de los arbitrajes comerciales o sobre tratados de inversión. Tampoco estuvieron ni remotamente relacionados con las partes o los puntos en discusión en el presente arbitraje. En cambio, esos dos arbitrajes fueron disputas territoriales y limítrofes entre dos estados que se rigen por el derecho internacional público. El tribunal en cada caso estuvo compuesto por cinco miembros, un presidente y dos árbitros nombrados por cada lado. En vista de su largo desempeño en la Corte Internacional de Justicia, incluida su presidencia de la Corte, el Juez Schwebel tenía aptitudes únicas para desempeñarse en esos dos paneles.

### 2. *Las contrataciones del Juez Schwebel como testigo experto*

WilmerHale también contrató al Juez Schwebel como testigo experto en dos casos interrelacionados resueltos en las cortes federales de los Estados Unidos. En 2005 y en 2008, el Juez Schwebel presentó opiniones expertas sustancialmente idénticas en casos relacionados en los cuales WilmerHale fue abogado para la compañía Shell Oil. En el primero de esos casos, *Shell Oil Company c. Sonia Eduarda Franco Franco et al.* (2005) (en adelante denominado “*Shell Oil c. Franco*”), el Juez Schwebel presentó una opinión legal ante la Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Central de California relativa a la cuestión de si las disposiciones de una ley específica de Nicaragua se ajustaban al debido proceso internacional.<sup>5</sup> En el segundo caso, el Juez Schwebel presentó sustancialmente la misma opinión legal sobre la misma cuestión en conexión con un asunto paralelo ante la

---

al Artículo 10(1) es el de “un tercero razonable”. *Íd.* Los casos en que se sustenta el Ecuador para el estándar dejan claro que la prueba conforme al Artículo 10(1) es objetiva. *Íd.* en págs. 6-7. *Ver por ej.*, País X c. Compañía Q, CNUDMI, Resolución sobre Recusación (11 de enero de 1995), en pár. 23-24 (“Conforme a las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI las dudas son justificadas o graves si dan lugar a una aprehensión de sesgo que es razonable **para un observador objetivo.**”) (RCL-17) (Énfasis añadido).

<sup>2</sup> Declaración Conjunta de Divulgación; se adjunta al correo electrónico de Sir Franklin Berman a las Partes 822 de mayo de 2012) (RCE-4)

<sup>3</sup> *Ver ídem.*

<sup>4</sup> Ver la Biografía del Juez Stephen M. Schwebel, disponible en <http://www.londonarbitrators.net/cvs/sschw.pdf> (última visita 25 de junio de 2012) (Anexo de recusación de la Demandante (“CCE”) 1); Términos de Designación, *El Gobierno de Sudán c. el Movimiento Popular de Liberación de Sudán /Ejército* (24 de noviembre de 2008), en pár. 3.4, disponible en <http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?id=1306> (CCE-2); Laudo del Tribunal Arbitral en la Primera Etapa de los Procedimientos, *El Gobierno del Estado de Eritrea c. el Gobierno de la República de Yemen* (9 de octubre de 1998), en pár. 4, disponible en [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1160](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1160) (CCE-3).

<sup>5</sup> Declaración de Stephen M. Schwebel, *Shell Oil c. Franco* (C.D. Cal. 10 de marzo de 2005) (CCE-4).

Corte Distrital de los Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida.<sup>6</sup> En ese caso, *Miguel Ángel Sánchez Osorio et al. c. Dole Food Company, Inc., et al* (2008) (en adelante “*Sánchez Osorio c. Dole*”), el cliente de WilmerHale, Shell Oil, fue uno de los cuatro acusados, los cuales conjuntamente contrataron al Juez Schwebel como experto para que dé su opinión,<sup>7</sup> y dividieron los honorarios del Juez Schwebel equitativamente en cuatro partes.

La opinión del Juez Schwebel en los casos de Shell Oil tuvo que ver con la cuestión de si una ley específica de Nicaragua, la Ley Especial 364, se ajustaba a los estándares internacionales del debido proceso. La Ley Especial 364 de Nicaragua fue aprobada por la Asamblea Nacional de Nicaragua en el año 2000, y dictó la conducta de los juicios entablados por personas presuntamente afectadas por el uso de un pesticida específico. La opinión del Juez Schwebel principalmente brindó un análisis de la ley en sí. Como parte de ese análisis, el Juez Schwebel determinó que la ley no se ajustaba a los estándares internacionales del debido proceso porque, entre otras cosas, la ley (a) requería depósitos por parte de los acusados nombrados de más de \$20 millones, como condición para preparar la defensa conforme a la ley; (b) incluía la “presunción irrefutable” de causalidad; (c) establecía un alto nivel mínimo de daños líquidos y determinados; (d) establecía juicios acelerados en los cuales la respuesta debía ser presentada, las audiencias debían celebrarse y se debían reunir las pruebas, y dictar sentencia dentro de los 14 días de recibida la demanda por el acusado; y (e) estaba dirigida expresamente a las compañías extranjeras conforme a procedimientos que se apartaban considerablemente de la otra legislación aplicable de Nicaragua.<sup>8</sup>

3. *Conforme a todos los estándares pertinentes las conexiones previas del Juez Schwebel con WilmerHale no pueden objetivamente dar lugar a dudas justificadas acerca de su independencia e imparcialidad*

El Ecuador caracteriza que esos asuntos relacionados con el Juez Schwebel y WilmerHale desde 1997 constituyen una “relación de trabajo prolongada y constante” que queda “fuera de los contactos normales entre profesionales en el ámbito del arbitraje internacional”.<sup>9</sup> La posición del Ecuador carece de sustento.

Las designaciones del Juez Schwebel como árbitro por parte de WilmerHale distan mucho de las circunstancias descritas en la Lista Naranja de las Pautas del Colegio Internacional de Abogados sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (“Pautas IBA”) como para dar posiblemente lugar a dudas justificadas en cuanto a la imparcialidad o la independencia del árbitro.<sup>10</sup> Las designaciones previas de árbitros por parte de un abogado están incluidas en la Lista Naranja **únicamente** cuando “el árbitro recibió **dentro de los últimos tres años más de tres designaciones** por el mismo abogado o la misma firma de abogados”.<sup>11</sup> En este caso, hay solamente dos designaciones previas y ninguna es dentro de los últimos tres años.

---

<sup>6</sup> Declaración de Stephen M. Schwebel, *Miguel Ángel Sánchez Osorio et al c. Dole Food Company, Inc., et al.* (S.D. Fla., 30 de junio de 2008) (CCE-5).

<sup>7</sup> *Íd.* en pg. 1.

<sup>8</sup> Ver la Declaración de Stephen M. Schwebel, *Shell Oil c. Franco* (10 de marzo de 2005) en págs. 5-6 (CCE-4).

<sup>9</sup> Recusación de la Demandada, en pg. 15 (énfasis en el original).

<sup>10</sup> Según lo definido por las pautas IBA, la Lista Naranja abarca “situaciones específicas que (dependiendo de los hechos de un caso dado) en la opinión de las partes puede dar lugar a dudas justificadas en cuanto a la imparcialidad o la independencia del árbitro”. Pautas IBA, Aplicación Práctica de las Normas Generales, en pg. 18, pár. 3 (RCL-3). Las circunstancias descritas en la Lista Naranja no necesariamente dan lugar a una duda justificada, sino más bien **pueden** dar lugar a la misma.

<sup>11</sup> Pautas IBA, Lista Naranja, en pg. 23, pár. 3.3.7 (RCL-3) (énfasis añadido).

Los tribunales sobre tratados con frecuencia se remiten a las Pautas IBA para determinar si existen dudas justificadas en cuanto a la idoneidad de un árbitro para desempeñarse como tal. En el caso *Universal Compression Holdings Inc. c. Venezuela*, por ejemplo, el presidente del tribunal desestimó una recusación en contra de un co-árbitro basada en las muchas designaciones previas, observando que “la Sección 3.3.7 de la Lista Naranja de las Pautas IBA no guarda relación pues contempla... ‘más de tres designaciones por parte del mismo abogado’” dentro de los últimos tres años.<sup>12</sup> El Juez Schwebel *no* ha sido designado por WilmerHale en los últimos tres años.

La cantidad de designaciones previas de un árbitro por parte de un abogado se considera relevante para ver si el árbitro tiene “una relación de dependencia [del abogado] que pudiera poner en riesgo su independencia o imparcialidad”.<sup>13</sup> Por ende, en el caso de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) Referencia No. 81160, “la División enfatizó que el mero hecho de que un árbitro fue nombrado regularmente (por diferentes partes arbitrales) con la recomendación del mismo Abogado o la misma firma de abogados no debe en sí dar lugar a dudas justificadas en cuanto a su independencia e imparcialidad”.<sup>14</sup> En ese caso, lo que resultó ser decisivo para descalificar al árbitro fue la “evidente importancia profesional que tenía para el árbitro su relación con el Abogado de la Demandada, combinado con su relación abogado/cliente con una de las Demandadas, [lo cual] razonablemente sugeriría una posibilidad real de sesgo.”<sup>15</sup>

El caso *OPIC Karimum Corp. c. Venezuela* demuestra que incluso habiendo muchas más designaciones arbitrales que las cuestionadas aquí – que constituyen un porcentaje mucho más alto de todas las designaciones de árbitro— ello no basta para descalificar a un árbitro si no se demuestra que el árbitro de alguna forma depende del abogado o de la parte. En *OPIC Karimum Corp.*, el Profesor Philippe Sands fue recusado por sus múltiples designaciones por parte de Curtis Mallet-Prevost Colt & Mosle LLP (“Curtis Mallet”) y Venezuela. La demandante en ese caso señaló que: (i) el Profesor Sands había sido designado por Curtis Mallet en tres de sus seis arbitrajes conforme a tratados que en ese momento estaban en curso; (ii) el Profesor Sands había sido designado por Curtis Mallet o por Venezuela en cinco de los ocho arbitrajes conforme a tratados en los que se había desempeñado en los tres años anteriores, y (iii) el Profesor Sands se había desempeñado como árbitro en solamente nueve arbitrajes conforme a tratados en total. Basándose en esos hechos, la demandante alegó que “no se podía confiar” que el Profesor Sands “ejerciera una opinión independiente puesto que

---

<sup>12</sup> *Universal Compression International Holdings, S.L.U. c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/9, Decisión sobre la Propuesta de los Demandantes de Descalificar a la Prof. Brigitte Stern y al Prof. Guido Santiago Tawil, Árbitros (20 de mayo de 2011), en pár. 86 (RCL-6).

<sup>13</sup> *Íd.* en pár. 87. Una División diferente de la LCIA igualmente señaló que “las relaciones [de un árbitro] con el Abogado son relevantes solamente si el árbitro obtiene una parte importante de sus ingresos de una relación en curso con el Abogado de la parte nominadora”. Referencia LCIA No. 81224, Decisión Pronunciada el 15 de marzo de 2010, en *Arbitration International, Special Edition On Arbitration Challenges* [Boletín sobre Arbitraje Internacional, edición especial sobre los desafíos del arbitraje], volumen 27 ejemplar 3 (2011), en pg. 467, pár. 4.4 (Anexo Legal de Recusación de los Demandantes (“CCL”) 6). En ese caso, como en el caso del Juez Schwebel, no hubo nada que indicara que el “Co-árbitro obtuvo ingresos importantes de una relación con [el abogado]”. *Íd.*

<sup>14</sup> Caso LCIA Referencia No. 81160, Decisión Pronunciada el 28 de agosto de 2009, en *Arbitration International, Special Edition On Arbitration Challenges*, volumen 27, ejemplar 3 (2011), en pg. 451 pár. 4.6 (CCL-5).

<sup>15</sup> *Íd.* Si bien la División también tomó en cuenta el hecho de que el árbitro “había hecho cinco divulgaciones que fueron en general selectivas e incompletas”, la División aclaró que “no hacer una divulgación o hacer una divulgación incompleta no constituía como tal motivo suficiente para la remoción”. *Íd.* en pg. 452, pár. 4.16.

está en deuda con la Demandada y con la firma de abogados de la Demandada por una serie considerable de designaciones de arbitraje (y por lo tanto presumiblemente por su remuneración).”<sup>16</sup>

Los dos árbitros que revisaron la recusación rechazaron los argumentos de la demandante. Dictaminaron que las muchas designaciones del Profesor Sands por parte de Curtis Mallet, a pesar de que representaban un alto porcentaje de sus designaciones, no “alcanzaban el nivel de designaciones múltiples que por sí mismas demostraría” la falta de independencia necesaria para sustentar una recusación exitosa.<sup>17</sup> Los árbitros añadieron que “no quedaron convencidos por los escritos de las Demandantes relativos a la presunta dependencia económica del Profesor Sands ya sea de la Demandada o del abogado de la Demandada. Es claro que el Profesor Sands tiene amplias fuentes de ingresos independientes que no están relacionadas con los honorarios derivados de sus designaciones como árbitro en los arbitrajes de inversión.”<sup>18</sup>

El Ecuador señala correctamente que el Grupo de Trabajo responsable de las Pautas IBA expresó la opinión de que los plazos de tiempo descritos en la Lista Naranja deberían estar sujetos a las circunstancias de casos específicos.<sup>19</sup> Pero las circunstancias pertinentes al caso presente únicamente magnifican todavía más la fragilidad de la recusación del Ecuador. La biografía pública del Juez Schwebel refleja que fue designado en más de 60 arbitrajes y que se ha desempeñado como abogado o experto en innumerables otros casos.<sup>20</sup> Solamente dos de los arbitrajes del Juez Schwebel, o apenas un 3%, implicaron designaciones por parte de WilmerHale. Es claro que el Juez Schwebel no tiene una “relación de dependencia” con WilmerHale “que pudiera amenazar [su] independencia o imparcialidad.”

El hecho de que el Juez Schwebel dio opiniones expertas en los casos de Shell Oil no refuerza el argumento del Ecuador. En esos casos, el Juez Schwebel fue contratado para dar testimonio ante la corte como experto en estándares internacionales sobre el debido proceso. No actuó como abogado o como árbitro, sino como testigo independiente, con el deber de desempeñarse con sinceridad e integridad ante las cortes.<sup>21</sup> Adicionalmente, al igual que las dos designaciones arbitrales, ninguna de esas contrataciones del Juez Schwebel ocurrió dentro de los últimos tres años. Hace mucho que el Juez Schwebel se encuentra entre los

---

<sup>16</sup> *OPIC Karimum Corp. c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/14, Decisión sobre la Propuesta de Descalificar al Profesor Philippe Sands, Árbitro (5 de mayo de 2011), en pág. 21 (RCL-4)

<sup>17</sup> *Id.* en pár. 53.

<sup>18</sup> *Id.* en pár. 55.

<sup>19</sup> Recusación de la Demandada, en pg. 16 (citando al Grupo de Trabajo para la propuesta de que “el periodo de tres años de la Lista Naranja 3.1 puede ser muy largo en ciertas circunstancias y muy corto en otras”).

<sup>20</sup> Biografía del Juez Stephen M. Schwebel, disponible en <http://www.londonarbitrators.net/cvs/sschw.nidf> (visitado por última vez el 25 de junio de 2012 (CCE-1) (enumera, entre otras cosas, 63 casos en los que el Juez Schwebel se desempeñó como árbitro).

<sup>21</sup> En el caso de la LCIA Referencia No. 97/X27, una División de la LCIA rechazó el argumento de que el hecho de que un árbitro se haya desempeñado varios años antes como testigo experto para un tercero por orden de uno de los abogados en el caso daba lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o la independencia del árbitro. La División señaló que “era menos probable que la relación entre un árbitro como testigo experto y los abogados de la parte en cuyo nombre se desempeñó el experto pusiera en peligro su independencia o imparcialidad que la relación entre un abogado litigante (*barrister*) y un abogado-notario (*solicitor*) que están del mismo lado, pues la función del experto era expresar su propia opinión independientemente de si la misma promovía los intereses del cliente, e incluso si no era probable que sus servicios, el hecho de que dio su opinión, fueran contratados”. Caso LCIA Referencia No. 97/X27, Decisión Pronunciada el 23 de octubre de 1997, en la revista *Arbitration International*, Edición Especial sobre los Desafíos del Arbitraje, Volumen 27 Ejemplar 3 (2011), en págs. 323-4, pár. 4.3 (CCL-4).

árbitros y expertos en derecho internacional público más buscados y designados con más frecuencia. No es verosímil alegar que la contratación pasada del Juez Schwebel para dar una opinión de testigo experto en dos asuntos relacionados sobre un único tema legal afectaría su imparcialidad o independencia en este caso.

El argumento relacionado del Ecuador de que las conexiones previas del Juez Schwebel con WilmerHale “establecen un patrón de iniciativas conjuntas del Juez Schwebel y el abogado de la Demandante que tienen un alto grado de similitud con la iniciativa de la Demandante en el caso presente”<sup>22</sup> es rotundamente falso. En primer lugar, no es cierto que esos asuntos implicaron “iniciativas conjuntas”. El servicio del Juez Schwebel como árbitro o testigo experto implicó funciones independientes que él desempeñó con integridad. Adicionalmente, contrariamente a lo afirmado por el Ecuador, las opiniones expertas del Juez Schwebel en los casos de Shell Oil no guardaron relación con cuestiones que “aparecen de manera destacada en el caso presente”.<sup>23</sup> El Ecuador no identifica una sola “cuestión” de los casos de Shell Oil que aparezca en el asunto presente, pero el argumento parece reducirse a la afirmación del Ecuador de que los casos de Shell Oil en general guardaron relación con “cuestiones de denegación de justicia”.<sup>24</sup> Sin embargo, las cuestiones que abordó el Juez Schwebel en los casos de Shell Oil, no tienen que ver con la presente controversia.

Esos casos tuvieron que ver con la exigibilidad en Estados Unidos de ciertas sentencias de Nicaragua y la opinión del Juez Schwebel en esos casos se centró en la cuestión de si un acto de la legislatura nicaragüense conforme a la cual se pronunciaron esas sentencias se ajustaba al debido proceso. La opinión no tuvo relación con el Ecuador ni con sus cortes, no abordó el TBI entre EE.UU. y el Ecuador, no tuvo que ver con cuestiones de falta de objetividad o sesgo del tribunal judicial. Si la legislación nicaragüense en cuestión en ese caso se ajustaba a los estándares internacionales del debido proceso es algo que simplemente no tiene nada que ver con este caso, y por tal motivo, no existe sustento alguno para que el Ecuador sugiera que la opinión del Juez Schwebel en los casos de Shell Oil fuese de alguna forma “favorable... a la Demandante en este caso”.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Recusación de la Demandada, en pg. 15.

<sup>23</sup> *Ver por ej.*, Recusación de la Demandada, en pg. 11 (que describe que las opiniones expertas del Juez Schwebel “guardan relación con temas de denegación de justicia... que aparecen destacadamente en el caso presente”).

<sup>24</sup> *Ver* Recusación de la Demandada, en pg. 11.

<sup>25</sup> *Íd.* en pg. 15. El intento del Ecuador por establecer una comparación entre el desempeño pasado del Juez Schwebel como experto en casos en los que intervino WilmerHale y los hechos del caso *República de Ghana c. Telekom Malaysia Berhad* es forzado y engañoso. En el asunto de *Telekom*, el Profesor Gaillard divulgó que mientras se desempeñaba simultáneamente como miembro del tribunal arbitral, recibió instrucciones de desempeñarse como abogado en un juicio separado (*RFCC/Marruecos*). En el caso *RFCC/Marruecos*, el Profesor Gaillard debía buscar la revocación de una sentencia previa relativa a la misma disposición del tratado que estaba en disputa en *Telekom*, y en la cual se había sustentado el demandante en *Telekom* para argumentar ante el tribunal de *Telekom*. El Profesor Gaillard por lo tanto estaba en una posición en la que se vería obligado a asumir simultáneamente posiciones en conexión con su función de abogado en el asunto *RFCC/Marruecos* que eran incompatibles con su función como árbitro neutral en *Telekom*. El Ecuador engañosamente sugiere que la función de abogado del Profesor Gaillard en el caso *RFCC/Marruecos* fue “anterior” a su designación en *Telekom*, una sugerencia minada por el hecho de que el remedio en la recusación de *Telekom* fue recomendar que el Profesor Gaillard se retirase como abogado en *RFCC/Marruecos*. En realidad, *Telekom* implicó una situación en la que un árbitro se vio obligado a asumir posiciones *simultáneas*, podría decirse incompatibles, acerca de una sola disposición de un tratado en procedimientos separados. En el caso presente, el Juez Schwebel preparó una opinión experta sobre una ley específica de Nicaragua hace más de veinticinco años, y ahora se le pide que presida un arbitraje que plantea cuestiones totalmente diferentes que surgen de un litigio en el Ecuador y regido por el TBI entre EE.UU. y el Ecuador. Está claro que *Telekom* no guarda relación alguna con el presente caso.

En todo caso, los tribunales de tratados han resuelto uniformemente que las opiniones legales previas, inclusive sobre un tema similar, no pueden servir de sustento para una descalificación. Los árbitros que decidieron sobre la recusación de la Profesora Stern en el caso *Tidewater c. Venezuela*, por ejemplo, dictaminaron que “no existe ni sesgo [ni] parcialidad cuando se convoca al árbitro para que resuelva sobre circunstancias de hecho parecidas a las analizadas previamente, pero entre partes diferentes, e incluso menos cuando se lo convoca para que resuelva sobre un tema de derecho sobre el cual ya resolvió anteriormente.”<sup>26</sup> Como señalaron correctamente los dos árbitros: “el arbitraje de inversiones e incluso el comercial se volverían imposibles de realizar si el árbitro fuera descalificado automáticamente sólo por el motivo de que ya estuvo expuesto a cuestiones legales o fácticas similares en arbitrajes simultáneos o consecutivos”.<sup>27</sup>

De forma similar, en el caso *Urbaser S.A. c. Argentina*, el Profesor Campbell McLachlan fue recusado porque había expresado opiniones relativas a las cláusulas de “nación más favorecida” en un tratado publicado anteriormente, y el arbitraje debía abordar dicha cláusula en el TBI entre Argentina y España. La demandante afirmó que el Profesor MacLachlan “ya había prejuzgado sobre un elemento esencial del conflicto que es objeto del presente arbitraje” y no podía “emitir una opinión contraria a la que ya había publicado”.<sup>28</sup> Los dos árbitros que resolvían sobre la recusación rechazaron ese argumento, concluyendo que sería “sumamente extraño... aceptar la posición de las Demandantes de que una opinión previamente expresada sobre un tema relevante en un procedimiento de arbitraje deba calificarse como prejuicio que demuestre falta de independencia o imparcialidad”.<sup>29</sup>

Así pues, incluso si el Juez Schwebel hubiese expresado anteriormente opiniones sobre cuestiones relevantes para el caso presente, lo cual no fue así, ello no podría servir de sustento para la descalificación. Dado que en realidad no existe ninguna conexión importante entre los temas sobre los cuales expresó opiniones en los casos de Shell Oil y los casos en disputa en el presente, la recusación basada en esos motivos es totalmente trivial.

## **B. El momento en que el Juez Schwebel hizo la divulgación no puede sustentar la recusación del Ecuador**

Quizás reconociendo que en el caso presente no existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas acerca de la imparcialidad o la independencia del Juez Schwebel, el Ecuador apunta principalmente a la presunta divulgación incompleta del Juez Schwebel, argumentando que la misma, en sí y por sí misma, justifica la recusación del Ecuador. Esta argumentación también es incorrecta. El deber de un árbitro de divulgar conforme a las Reglas de la CNUDMI está estrechamente ligado al estándar del Artículo 10(1). Conforme al

---

<sup>26</sup> *Tidewater c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/15, Decisión sobre la Propuesta de las Demandantes de Descalificar a la Profesora Brigitte Stern, Árbitro, (23 de diciembre de 2010), en pár. 67 (transcripción y citas internas omitidas). (CCL-7).

<sup>27</sup> *Id.* en pár. 68 (transcripción y citas internas omitidas).

<sup>28</sup> *Urbaser S.A. c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Sobre la Propuesta de las Demandantes de Descalificar al Profesor Campbell McLachlan, Árbitro (12 de agosto de 2010), en pár. 23, 41 (CCL-8).

<sup>29</sup> *Id.* en pár. 48. La decisión de los árbitros concuerda con el pár. 4.1.1 de la Lista Verde de las Pautas IBA, la cual incluye: “El árbitro publicó anteriormente una opinión general (como en un artículo de temas legales o una conferencia pública) relativa a una cuestión que también surge en el arbitraje (pero esa opinión no se centra en el caso que se está arbitrando)”. Por lo tanto, se trata de una situación que, de acuerdo con las Pautas IBA, no da pie a dudas justificadas en cuanto a la independencia o la imparcialidad del árbitro. Pautas IBA, Explicación a la Norma General 3, en el pár. 10 (RCL-3).

Artículo 9 de las Reglas, el árbitro está obligado a divulgar solamente las “circunstancias que *probablemente* den lugar a dudas justificadas en cuanto a su imparcialidad o independencia”.<sup>30</sup> Es claro que las circunstancias en este caso no cumplen con esta prueba y el Juez Schwebel no tiene el deber de divulgar ninguna de ellas.<sup>31</sup>

Adicionalmente, “el no divulgar no es en sí motivo de recusación además de lo expresamente establecido en los Artículos 10 y 13 de las Reglas de la CNUDMI,<sup>32</sup> y por lo tanto “la no divulgación no da lugar por sí misma a dudas justificadas en cuanto a la imparcialidad de un árbitro ni justifica la descalificación”.<sup>33</sup> Como han señalado comentaristas y tribunales, si la no divulgación de parte de un árbitro plantea dudas respecto a su independencia depende de diversos factores entre ellos si “*los hechos que no se divulgaron plantearon dudas evidentes acerca de la imparcialidad y la independencia*”.<sup>34</sup> Las Pautas IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (las “Pautas IBA”), en las cuales supuestamente se basa el Ecuador, son similarmente claras, y establecen que “*la no divulgación no puede hacer que un árbitro sea parcializado o que carezca de independencia, eso solamente se logra mediante los hechos o las circunstancias que el árbitro no divulgó*”.<sup>35</sup> Por lo tanto, es axiomático que la no divulgación de hechos que no presentan dudas genuinas acerca de la imparcialidad o la independencia no puede ser fundamento de una recusación exitosa.<sup>36</sup>

El Ecuador intenta evitar el lenguaje claro de las Pautas IBA sobre este tema sustentándose en cambio en las Normas IBA sobre Ética para Árbitros Internacionales a fin de sustentar su

---

<sup>30</sup> Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (1976), Art. 9 (énfasis añadido). Esta prueba, como la del Artículo 10(1), es una prueba objetiva. Por ende, presenta un umbral más alto de divulgación que las Pautas IBA que brindan una prueba subjetiva, si las circunstancias “en la opinión de las partes pueden dar lugar a dudas justificables”. La prueba conforme a las Pautas IBA es poco habitual porque “en la mayoría de las jurisdicciones analizadas y en la Ley Modelo de la CNUDMI existe una prueba puramente objetiva de divulgación”. Pautas IBA, Explicación en la Norma General 3, en pg. 10 (RCL-3).

<sup>31</sup> Ver *Suez y otros c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19, Decisión sobre una Segunda Propuesta de Descalificación de un Miembro del Tribunal Arbitral (12 de mayo de 2008), en pár. 26 (RCL-11). Como observó un comentarista: “aunque pueda haber muchas relaciones entre el árbitro y las partes, el deber de divulgar no requiere una divulgación de todas las circunstancias que podrían sustentar una recusación conforme al Artículo 10. Antes bien, el deber se extiende únicamente a las circunstancias que más probablemente sustentarían una recusación”. Caron, Caplan & Pellonpää, *Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI 202* (2006) (énfasis en el original) (CCL-1).

<sup>32</sup> Caron, Caplan & Pellonpää, *Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI 226* (2006) (CCL-1).

<sup>33</sup> Daele, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration* 434-35 [Recusación y Descalificación de Árbitros en el Arbitraje Internacional] (2012) (CCL-3).

<sup>34</sup> Baker & Davis, *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice* 50 [Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI en la Práctica] (1992) (Si no divulgar “da lugar a dudas acerca de la imparcialidad de un árbitro... depende de si la omisión de divulgar fue involuntaria o intencional, si fue el resultado de un sincero ejercicio de discreción, y si la no divulgación fue una anomalía de parte de un árbitro concienzudo o fue parte de un patrón de circunstancias que plantean dudas en cuanto a la imparcialidad.”) (RCL-31). Esta formulación de la prueba con respecto a la no divulgación ha sido seguida por posteriores comentaristas y tribunales. Ver por ej., Daele, *Recusación y Descalificación de Árbitros en el Arbitraje Internacional* 434-35 (2012) (CCL-3); Caron, Caplan & Pellonpää, *Las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI 226-227* (2006) (CCL-1); *Tidewater c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5, Decisión sobre la Propuesta de las Demandantes de Descalificar a la Profesora Brigitte Stern, Árbitro, (23 de diciembre de 2010), en pár. 47 (CCL-7); *Suez y otros c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19, Decisión sobre una Segunda Propuesta para la Descalificación de un Miembro del Tribunal (12 de mayo de 2008), en pár. 44 (RCL-11).

<sup>35</sup> Pautas IBA, *Aplicación Práctica de las Normas Generales*, en 18 pár. 5 (RCL-3). Las Pautas añaden que el hecho de no divulgar “no debería resultar automáticamente en la no designación, en la posterior descalificación o en una impugnación exitosa de un laudo.” *Íd.*

<sup>36</sup> Las Pautas IBA reconocen que “algunas situaciones nunca deberían llevar a la descalificación conforme a la prueba objetiva [y por ende] no es necesario divulgarlas, a pesar de la perspectiva de las partes”. Pautas IBA, Explicación a la Norma 3, en pg. 10 (RCL-3).

argumento de que “la no divulgación en sí puede ser fatal para que un árbitro esté calificado para desempeñarse como tal”.<sup>37</sup> Pero las Normas IBA sobre Ética fueron explícitamente reemplazadas por las Pautas IBA que son posteriores, las cuales expresan que “las Normas de Ética para Árbitros Internacionales... siguen vigentes en cuanto a los temas que no están tratados en las Pautas. Las Pautas reemplazan a las Normas de Ética en cuanto a los temas tratados aquí”.<sup>38</sup> Por ello, que el Ecuador se sustente en las Normas de Ética de la IBA es en el mejor de los casos engañoso.<sup>39</sup>

Incluso si los argumentos del Ecuador sobre el criterio legal que debe regir tuvieran alguna justificación, lo cual no es así, el Juez Schwebel en efecto realizó una divulgación oportuna en la Declaración Común de Divulgación del Tribunal enviada a las partes el 22 de mayo de 2012, la cual incluyó las divulgaciones hechas por los otros dos miembros del Tribunal.<sup>40</sup> Las designaciones previas que se cuestionan ya fueron de conocimiento público; antes de que se hiciera la Declaración Común de Divulgación, las dos designaciones del Juez Schwebel como árbitro por parte de WilmerHale y el informe experto que presentó en uno de los asuntos de *Shell Oil* ya constaban en registros públicos y se podía acceder a ellos fácilmente.<sup>41</sup> Adicionalmente, como se expresa en la Declaración Común de Divulgación, nada de lo que la

---

<sup>37</sup> Recusación de la Demandada, en pg. 5.

<sup>38</sup> Pautas IBA, Introducción, en pg. 5, pár. 8 (RCL-3).

<sup>39</sup> El Ecuador se sustenta en las decisiones de las cortes de Francia, Finlandia y EE.UU., pero ello es infructuoso. En el asunto de *J&P Avax S.A. c. Société Tecnimohnt SPA*, las cortes aplicaron la legislación francesa y las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) para llegar a la conclusión de que el Presidente del Tribunal Arbitral no había divulgado una relación financiera entre su firma y una parte en el arbitraje (y sus compañías filiales) que ocurría simultáneamente con los procedimientos arbitrales. *S.A. J&P Avax S.A. c. Société Tecnimohnt SPA*, Corte de Apelaciones de París (12 de febrero de 2009) (RCL-24). La decisión de la Corte Suprema Finlandesa en la que el Ecuador se sustenta tenía relación con un caso en el que el presidente del tribunal no divulgó que, tanto antes como durante el arbitraje, estuvo contratado para dar opiniones expertas para entidades relacionadas con las partes en el arbitraje por “una considerable compensación financiera”. Caso KKO 2005:14 de la Corte Suprema Finlandesa en Bond y Bachand (eds.), *International Arbitration Court Decisions [Decisiones judiciales en el arbitraje internacional]* (3ª Ed, 2011), en pár. 24-25 (CCL-2). En el caso *Applied Indus. Materials Corp. c. Ovalar Makine Tiaret Ve Sanayi, A.S.*, las cortes federales de EE.UU. anularon un laudo arbitral en el que un árbitro no cumplió con sus obligaciones de divulgación según lo establecido expresamente en el Acuerdo de Presentación que regía el arbitraje y no divulgó una relación comercial *en curso* entre su firma y una de las partes. 2006 U.S. Dist. LEXIS 44789, en \*27 (S.D.N.Y., 28 de junio de 2006) (RCL-29). En ninguno de esos casos la corte aplicó el estándar que rige la presente controversia. Y en cualquier caso, esos casos tuvieron que ver con que los árbitros no divulgaron hechos relacionados con intereses financieros o relaciones entre la firma del árbitro y una parte en el arbitraje que eran *simultáneos*, algo que evidentemente dista mucho de los hechos en los que se sustenta el Ecuador en la presente recusación.

<sup>40</sup> Declaración Conjunta de Divulgación, adjunta al correo electrónico de Sir Franklin Berman a las Partes (22 de mayo de 2012) (RCE-4).

<sup>41</sup> Las designaciones de WilmerHale del Juez Schwebel como árbitro en el *Arbitraje sobre las Islas del Mar Rojo, Eritrea/Yemen* de 1997, y en el *Arbitraje Abyei* de 2008, *Sudán/Movimiento Popular de Liberación de Sudán* se pueden establecer fácilmente mediante una búsqueda rápida en los registros públicos. Ver Términos de Designación, *El Gobierno de Sudán c. el Movimiento Popular de Liberación de Sudán* (24 de noviembre de 2008), disponible en [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1306](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1306), (CCE-2); Laudo del Tribunal Arbitral en la Primera Etapa de los Procedimientos, *El Gobierno del Estado de Eritrea c. El Gobierno de la República de Yemen* (9 de octubre de 1998), disponible en [http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag\\_id=1160](http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1160) (CCE-3). La opinión de la Corte Distrital de los Estados Unidos en el caso *Sánchez Osorio c. Dole*, publicada el 20 de octubre de 2009, citó explícitamente la opinión experta presentada por el Juez Schwebel en esos procedimientos. 665 F. Supp. 2d 1307, 1342, 2009 U.S. Dist. LEXIS 99981, EN \*99 (S.D. Fl. 2009) (CCE-6) (“Según el experto de la defensa Stephen Schwebel, quien se desempeñó como juez en la Corte Internacional de La Haya durante 20 años, el carácter injusto y discriminatorio de la Ley Especial 364 excede el de cualquier ley de la que él tenga noticia.”) *ver id.* en \*4 (que enumera a Wilmer como abogado para Shell Oil).

misma contiene “afecta la imparcialidad del Tribunal o de cualquiera de sus Miembros o su independencia de las Partes del presente Arbitraje”.<sup>42</sup>

En lo que se refiere a lo oportuno de la divulgación, cabe señalar que el árbitro designado por el Ecuador en el caso presente—el Juez Simma—divulgó relaciones previas con el Ecuador en la misma Declaración Común de Divulgación en que el Juez Schwebel divulgó su designación. Aunque fue designado por el Ecuador en el presente arbitraje el 30 de diciembre de 2011, el Juez Simma divulgó por primera vez su designación como árbitro por el Ecuador *el año pasado* en otro arbitraje de inversiones. La Demandante no afirma que la reciente designación del Juez Simma por parte del Ecuador en otro arbitraje, ni su divulgación de dicha designación seis meses después de su designación en el presente arbitraje, dé lugar a dudas acerca de su independencia o imparcialidad.<sup>43</sup> Sin embargo, la Demandante sí señala la incoherencia del argumento del Ecuador de que la divulgación del Juez Schwebel en la Declaración Común de Divulgación de contactos con el abogado hace más de tres años constituye motivos para que se lo descalifique cuando el propio árbitro designado por Ecuador divulgó una designación *simultánea* por una *parte* del presente arbitraje exactamente en la misma época, una designación simultánea de la cual el Ecuador y su abogado estaban muy al tanto cuando designaron al Juez Simma en el caso presente.

Por último, contrariamente a lo que afirma el Ecuador, la omisión del Juez Schwebel de la segunda de las dos opiniones expertas funcionalmente idénticas no pone en tela de juicio la imparcialidad o la independencia del Juez Schwebel.<sup>44</sup> Esperamos que la omisión fuera un mero descuido, dado que la opinión experta del Juez Schwebel en el caso *Shell Oil c. Franco* en el año 2005 – que divulgó totalmente—fue sustancialmente idéntica a la opinión experta en el caso *Sánchez Osorio c. Dole* del año 2008, y abordó precisamente los mismos temas que en este último. Como unos de los abogados en ese asunto, sabemos que no hizo falta mucho trabajo adicional de parte del Juez Schwebel en el segundo caso porque la opinión ya había sido preparada en 2005.

### C. Conclusión

La segunda recusación del Ecuador del Juez Schwebel, como su primera recusación, carece de fundamentos y parece ser poco más que un intento disimulado por demorar el arbitraje y denegar a la Demandante su derecho de designar un árbitro de su elección de acuerdo con el Artículo 7 de las Reglas de la CNUDMI. La sugerencia del Ecuador de que las divulgaciones del Juez Schwebel de alguna forma fortalecerían su primera recusación es totalmente falsa. Ninguno de los contactos previos del Juez Schwebel con WilmerHale está siquiera remotamente relacionado con el caso *Nicaragua c. Estados Unidos* en la Corte Internacional de Justicia hace veinticinco años o el argumento del Ecuador de que los comentarios del Juez Schwebel sobre ese caso de alguna forma indican su sesgo contra el abogado del Ecuador.

Finalmente, el Ecuador pretende disfrazar la fragilidad general de su actual recusación alegando que no solo “cada fundamento” que presentó da lugar a “dudas justificadas en cuanto a la corrección del desempeño del Juez Schwebel como árbitro en el presente caso”

---

<sup>42</sup> *Íd.*

<sup>43</sup> Como se señaló más arriba, conforme a las Pautas IBA, las designaciones previas de una parte solamente deben divulgarse cuando son dos o más en los tres años previos. Pautas IBA, Lista Naranja, en pg. 21, pár. 3.1.3 (RCL-3).

<sup>44</sup> Recusación de la Demandada, en pg. 15.

sino que esos fundamentos se deben considerar “en conjunto” y que “la totalidad de los hechos y las circunstancias” deberían llevar a la descalificación del Juez Schwebel.<sup>45</sup>

El argumento no es serio. El Ecuador se niega a desarrollar a cabalidad su argumento de la “totalidad de las circunstancias”, y no logra presentar ninguna autoridad legal que lo sustente. Y en efecto, no tiene sentido que pudiese triunfar una recusación acumulando acusaciones que por sí mismas no tienen peso. Jueces anteriores han tenido poca dificultad en desestimar recusaciones como la del Ecuador que citaban una variedad de factores—inclusive muchas designaciones por parte de un abogado y no divulgar dichas designaciones—que presuntamente daban lugar a dudas justificadas acerca de la independencia o la imparcialidad del árbitro. En ninguno de esos casos, después de llegar el juez a la conclusión de que las acusaciones individuales no justificaban la descalificación, a pesar de ello el juez dictaminó que la totalidad de las acusaciones era suficiente para confirmar la recusación.<sup>46</sup> En el caso presente debe producirse el mismo resultado.

Por todos los motivos ya mencionados, con el debido respeto solicitamos que deniegue la recusación del Ecuador.

Sinceramente,

(Firma)

Gary B. Born

David W. Ogden

Rachael D. Kent

cc: Sir Franklin Berman KCMG QC

Juez Stephen M. Schwebel

Juez Bruno Simma

Sr. Martin Doe

Sr. Mark Clodfelter

Sra. Janis Brennan

Sra. Diana Tsutieva

Sr. Ronald Goodman

Sr. Alberto Wray

Sr. Constantinos Salonidis

Dr. Diego García Carrión

Dra. Christel Gaibor

Ab. Diana Terán

Ab. Juan Francisco Martínez

---

<sup>45</sup> Recusación de la Demandada, en pg. 19.

<sup>46</sup> *Ver por ej., Tidewater c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5, Decisión sobre la Propuesta de las Demandantes de Descalificar a la Profesora Brigitte Stern, Árbitro, (23 de diciembre de 2010) (que rechaza una recusación basada en designaciones múltiples por una parte, designaciones múltiples por un abogado, la no divulgación de designaciones múltiples, y la posibilidad de resolver sobre una cuestión legal relacionada con una ya examinada) (CCL-7); *OPIC Karimum Corp. c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/14, Decisión sobre la Propuesta de Descalificar al Profesor Philippe Sands, Árbitro (5 de mayo de 2011) (que rechaza una recusación basada en designaciones múltiples por una parte y designaciones múltiples por un abogado) (RCL-4); *Universal Compression International Holdings, S.L.U. c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/9, Decisión sobre la Propuesta de las Demandantes de Descalificar a la Prof. Brigitte Stern y al Prof. Guido Santiago Tawil, Árbitros, (20 de mayo de 2011) (que rechaza una recusación basada en designaciones múltiples por una parte, designaciones múltiples por un abogado, la no divulgación de múltiples designaciones, y la posibilidad de resolver sobre una cuestión legal relacionada con una ya examinada) (RCL-6).