

## WILMERHALE

David W. Ogden

+1 202 663 6440(t)

+1 202 663 6363 (f)

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

24 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 de la Demandada 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 de la Demandada, Ecuador, de fecha 17 de julio de 2012.

### **Introducción**

La recusación de la Demandada sirve para volver a confirmar la naturaleza frívola de esta segunda recusación del Juez Schwebel. Es claro que la presente recusación nunca debió haberse presentado.

La recusación de la Demandada se sustenta en la proposición – cuyo error es fácilmente demostrable—de que se debe divulgar cualquier relación o hecho que una de las partes ***puiera considerar objetivamente*** relevante, aunque esa consideración fuese injustificada. Es evidente que ese no es el estándar que rige conforme a las Reglas de la CNUDMI, como también lo deja claro la redacción de las Reglas y la uniformidad de opiniones y comentarios de autoridades legales sobre las Reglas.

Conforme al Artículo 10(1) de las Reglas de la CNUDMI, el estándar correcto que rige una recusación es si las circunstancias “dan pie a dudas ***justificadas*** en cuanto a la imparcialidad o la independencia del árbitro”. De igual manera, conforme al Artículo 9, un árbitro está obligado a divulgar solamente “circunstancias que probablemente den pie a dudas ***justificadas*** en cuanto a su imparcialidad o independencia”. Las autoridades legales sobre este tema sostienen de manera uniforme que las “dudas son justificadas... si dan pie a una aprehensión de sesgo que es ***razonable para un observador objetivo***”.<sup>1</sup> Conforme a este estándar, las supuestas dudas subjetivas de la Demandada—incluso si existieran genuinamente—son claramente intrascendentes para el análisis conforme a los Artículos 9 y

---

<sup>1</sup> Ver, por ej., *País X c. Compañía Q, CNUDMI*, (Resolución sobre Recusación, 11 de enero de 1995), en pár. 24 (RCL-17) (énfasis añadido); *National Grid PLC c. la República Argentina*, Caso LCIA No. UN 7949, Decisión sobre la Recusación del Sr. Judd L. Kessler (3 de diciembre de 2007), en el pár. 85 (RCL 18) (idem).

10 de las Reglas de la CNUDMI. La cuestión es si los hechos en disputa dan pie a “dudas justificadas”. Es claro que no es así.

La recusación de la Demandada también se sustenta en el argumento insostenible de que las divulgaciones del Juez Schwebel fueron inoportunas. Pero en este caso, de manera concordante con la buena práctica, *los tres árbitros* presentaron una declaración conjunta de divulgación poco después de que se constituyó el Tribunal en mayo de 2012. En esa declaración, el Juez Simma, el árbitro designado por la Demandada, divulgó por primera vez que el año pasado fue designado por la Demandada en otro arbitraje entre un inversionista y un estado. Esa divulgación no fue más oportuna o inoportuna que las divulgaciones del Juez Schwebel, que la Demandada cuestiona. La Demandada alega que la divulgación del Juez Simma es intrascendente pues MSDIA no recusó al Juez Simma. Eso es una falacia. No sostenemos que las divulgaciones del Juez Simma fueron *inoportunas*; pero lo que sí afirmamos es que las divulgaciones de los tres árbitros, entre ellas las divulgaciones del Juez Simma y las del Juez Schwebel fueron *oportunas*, y además que las afirmaciones de la Demandada con respecto al Juez Schwebel, si se les diera crédito, condenarían la conducta del propio elegido de la Demandada para desempeñarse en el presente asunto. Lo cierto es que en este punto no se debe culpar ni al Juez Simma ni al Juez Schwebel, y que la posición opuesta de la Demandante es trivial.

En suma, nada de lo expuesto en los alegatos de la Demandada plantea dudas sobre la imparcialidad o la independencia del Juez Schwebel. Con el debido respeto, solicitamos que la CPA deniegue la recusación de la Demandada.

### **Argumento**

#### **A. La Demandada no demuestra que existan circunstancias que “den pie a dudas justificadas” sobre la imparcialidad o la independencia del Juez Schwebel**

1. Las designaciones arbitrales del Juez Schwebel y sus contrataciones como testigo experto no han creado una situación de dependencia con WilmerHale

La Demandada ni siquiera ha empezado a demostrar las dudas justificadas con respecto a la imparcialidad o la independencia del Juez Schwebel. Por el contrario, la Recusación de la Demandada confirma que no existe ningún argumento concebible para plantear una duda objetiva, razonable con respecto a la independencia y la imparcialidad del Juez Schwebel.

Las supuestas preocupaciones de la Demandada se basan principalmente en dos designaciones arbitrales previas. Como se demuestra en la Oposición de MSDIA de fecha 9 de julio de 2012, la preocupación subyacente reflejada en las Pautas del Colegio de Abogados Internacionales sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional (“Pautas IBA”) con respecto a designaciones arbitrales previas es la posibilidad de que el árbitro dependa de una parte o del abogado de una parte, una “relación de dependencia [del abogado], que pudiera hacer peligrar [la] independencia o imparcialidad” de un árbitro.<sup>2</sup> Cuando las designaciones

---

<sup>2</sup> *Universal Compression International Holdings, S.L.U. c. la República Bolivariana de 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), en pár. 87 (RCL-6); ver también Ref. LCIA No. 81224, Resolución pronunciada el 15 de marzo de 2010, en *Arbitration International*, Edición Especial sobre Recusaciones en Arbitraje, Volumen 27, Ejemplar 3 (2011), en pág. 467, pár. 4.4 (Anexo Legal de la Recusación de la Demandante (“CCL”) 6) (señala que las “relaciones” de un árbitro “con el Abogado son

arbitrales previas no crean dicha dependencia, no se considera que sean motivo de recusación. Para los fines presentes, es crucial que “el mero hecho de que un árbitro sea nombrado regularmente (por diferentes partes de un arbitraje) por recomendación del mismo Abogado o la misma firma de abogados no debiera en sí dar pie a dudas justificadas en cuanto a su independencia e imparcialidad”.<sup>3</sup>

La Demandada no ha dado ningún fundamento—y es que no existe—para concluir que el Juez Schwebel de alguna forma depende de WilmerHale. El Juez Schwebel fue designado árbitro por WilmerHale solamente dos veces de las 63 designaciones arbitrales que se conocen públicamente (apenas poco más que el 3%); sin duda, el Juez Schwebel se ha desempeñado como testigo experto en innumerables otros casos, y por ende el porcentaje exacto es en realidad mucho menor.<sup>4</sup> Las dos designaciones de WilmerHale del Juez Schwebel, ya sea que se tomen individualmente o en conjunto, no alcanzan para establecer que existe una relación de dependencia; por el contrario, esas designaciones son considerablemente menores que las que son habituales en la práctica del arbitraje internacional.

La Demandante alega que el estándar de “dependencia económica” (para emplear la frase de la Demandada) establece un patrón demasiado alto, pero al afirmar eso, la Demandada revela solamente que reconoce que no le es posible cumplir con la prueba respectiva. No existe ningún fundamento legal para la posición de la Demandada de que el estándar en este caso debería ser inferior a la posible dependencia. La Demandada no cita ninguna resolución judicial que sustente esta posición.<sup>5</sup> Ni tampoco la Demandada brinda argumento alguno de por qué debería adoptarse algún otro estándar que no fuera la dependencia.

En efecto, la Demandada ni siquiera intenta formular un estándar alternativo. En cambio, simplemente afirma—sin relacionarlo con ninguna autoridad legal actual—que las circunstancias en el caso presente deben considerarse suficientes para sustentar la recusación.

La Demandada además no responde en absoluto a las autoridades legales que aplican la prueba de la dependencia establecida en la Oposición de la Demandante. En cambio, la Demandada desecha esos casos sobre la base de que aplicaron el Convenio CIADI, el cual, según la Demandada, tiene una carga de prueba más pesada para descalificar a un árbitro.

Pero el intento de la Demandada de establecer una distinción en esos casos es totalmente errado. Los dos casos CIADI en que se sustentó la Demandante en su Oposición son casos en los que se evaluaron recusaciones considerando los principios planteados en las Pautas IBA, principios que la Demandada pretende aplicar al caso presente. En efecto, la Demandada misma anteriormente citó ambas resoluciones del CIADI que ahora desecha como intrascendentes en su escrito inicial para proponer que en el caso presente se deben considerar

---

pertinentes únicamente si el árbitro obtiene una parte importante de sus ingresos de una relación continua con el Abogado de la parte nominadora” y desestima una recusación que no contiene nada que indique que el “Co-árbitro obtuvo ingresos considerables de una relación con [el abogado]”).

<sup>3</sup> Referencia LCIA No. 81160, Resolución pronunciada el 28 de agosto de 2009, en *Arbitration International*, Edición Especial sobre Recusaciones en Arbitraje, Volumen 27, Ejemplar 3 (2011), en pág. 451, pár. 4.6 (CCL-5).

<sup>4</sup> Ver la biografía del Juez Stephen M. Schwebel, disponible en <http://www.londonarbitrators.net/cvs/sschw.pdf> (última visita el 25 de junio de 2012) (CCE-1).

<sup>5</sup> Asimismo, no existe sustento alguno para el novedoso estándar de la Demandada de “una relación de confianza” financiera y profesional de larga data”, Refutación de la Demandada en la pág. 9, pero incluso si existiese dicho estándar, la Demandada no podría cumplir con el mismo.

las recomendaciones de las Pautas IBA.<sup>6</sup> Esas resoluciones explican cómo aplicar los factores de las Pautas IBA – específicamente, cómo evaluar si las designaciones pasadas por parte de un abogado afectan la independencia o la imparcialidad del árbitro—y en ambos casos las recusaciones fueron desechadas a pesar de hechos mucho más favorables a la recusación que los que están en disputa en el presente caso.<sup>7</sup>

Por otra parte, la sugerencia de la Demandada de que todos los casos en que se sustentó la Oposición de la Demandante “fueron resueltos conforme... al Convenio CIADI”<sup>8</sup> es simplemente falsa, como seguramente debe saberlo la Demandada. La Refutación de la Demandada hace caso omiso de los casos de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) citados por la Demandante que defienden la propuesta idéntica de que “las relaciones con el Abogado son trascendentes solamente si el árbitro obtiene una parte importante de sus ingresos de una relación constante con el Abogado de la parte nominadora”.<sup>9</sup> La Refutación de la Demandada además hace caso omiso del caso *Suez c. Argentina*, en el cual el tribunal llevó a cabo un análisis conforme a las Reglas de la CNUDMI y nuevamente formuló la misma prueba de dependencia que la Demandada trata de denegar en el presente caso. El tribunal de *Suez* explicó que las circunstancias que den lugar a dudas justificadas “deben ser importantes y directas, **como una relación económica que haga que el árbitro dependa de alguna forma de una de las partes**”.<sup>10</sup>

La Refutación de la Demandada no aborda en ninguna parte ninguna de esas resoluciones, ni explica de qué forma pueden reconciliarse con su afirmación de que el estándar en que se sustenta la Demandante es específico del Convenio CIADI. La Demandada tampoco cita ninguna autoridad legal que contradiga cualquiera de esos casos sobre la cuestión de la dependencia.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> Recusación de la Demandada, en pág. 3 nota 7 (citando *OPIC Karimum Corporation c. la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/14 (Resolución sobre la Propuesta de Descalificar al Profesor Philippe Sand, 5 de mayo de 2011)), (RCL-4), y *Universal Compression International Holdings, S.L.U. c. la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/9 (Resolución sobre la Propuesta de Descalificar a la Prof. Stern y al Prof. Tawil, 20 de mayo de 2011) (RCL-6), entre otros casos.

<sup>7</sup> En *OPIC Karimum Corp.*, por ejemplo, una recusación del Profesor Philippe Sands fue rechazada a pesar del hecho de que fue designado por la parte Venezuela o su abogado en cinco de los ocho arbitrajes conforme a tratado en que había sesionado en los tres años anteriores (y cinco de la totalidad de nueve arbitrajes conforme a tratado en los que había sido designado). *OPIC Karimum Corp. c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/14 (Resolución sobre la Propuesta de Descalificar al Profesor Philippe Sands, Árbitro, 5 de mayo de 2011), en el pág. 18 (RCL-4).

<sup>8</sup> Recusación de la Demandada, en pág. 10.

<sup>9</sup> Caso LCIA Referencia No. 81224, Resolución Pronunciada el 15 de marzo de 2010, en *Arbitration International*, Edición Especial sobre Recusaciones de Arbitraje, Volumen 27, Ejemplar 3 (2011), en pág. 467, pág. 4.4 (CCL-6); ver también Caso LCIA Referencia No. 81160, Resolución Pronunciada el 28 de agosto de 2009, en *Arbitration International*, Edición Especial sobre Recusaciones en Arbitraje, Volumen 27, Ejemplar 3 (2011), en pág. 87 (CCL-5).

<sup>10</sup> *Suez y otros c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19 (Resolución sobre la Segunda Propuesta para Descalificar a un Miembro del Tribunal Arbitral, 12 de mayo de 2008), en pág. 24 (RCL-11).

<sup>11</sup> Para rechazar el estándar ampliamente aceptado de la dependencia, la Demandada solo puede sustentarse en un artículo de Gabriel Bottini, el Coordinador del Departamento de Asuntos Internacionales de la Procuración del Tesoro de la Nación de Argentina. Ver G. Bottini, *Should Arbitrators Live on Mars?* (¿Deberían vivir en Marte los árbitros?), 32 SUFFOLK TRANSNAT’L R. 341, pág. 341 (2008-2009) (RCL-9). El artículo de Bottini es una crítica directa a varias resoluciones sobre recusaciones a árbitros específicos (en algunas de ellas, su oficina estuvo del lado que perdió), entre ellas resoluciones del CIADI y de la CNUDMI. Por ejemplo, el Sr. Bottini critica los estándares conforme a las Reglas de la CNUDMI que se aplicaron en el caso *Suez* por presentar “un umbral bastante alto para recusar a un árbitro” y hacer que el “deber de divulgar... no parezca muy exigente”, pero solo ofrece su propia opinión de que el estándar debería ser diferente y no cita ninguna autoridad legal. Ver *id.*, en pág. 359 (RCL-9). El Sr. Bottini desde luego tiene derecho a tener su propia opinión en cuanto

La Refutación de la Demandada plantea que las contrataciones y designaciones previas del Juez Schwebel por parte de WilmerHale *a primera vista* plantean dudas justificadas porque son ejemplos de estrecha colaboración entre ellos”.<sup>12</sup> Eso no tiene sentido.

Incluso suponiendo, a título de hipótesis, que las cuatro contrataciones y designaciones debieran analizarse de la misma manera, es decir, como equivalentes de designaciones de árbitro, de todas formas no llegan al nivel que, conforme a las Pautas IBA, podrían plantear dudas justificadas sobre la independencia o imparcialidad del Juez Schwebel. Por el contrario, las Pautas IBA requieren la divulgación únicamente de más de *tres designaciones arbitrales* en los *tres años previos*. En este caso, el Juez Schwebel *no fue designado ni contratado por WilmerHale en los tres últimos años*. Eso no se acerca ni remotamente al nivel exigido incluso para la divulgación, mucho menos para que existan dudas justificadas que permitan una recusación legítima.

La observación repetida de la Demandada de que la guía de las Pautas IBA sobre las designaciones múltiples debe estar sujeta a las circunstancias específicas del caso no funciona para promover su argumento, pues no cita nada en las circunstancias presentes que justifique la aplicación de una regla diferente. En las designaciones del Juez Schwebel por parte de WilmerHale no existe nada que plantee una preocupación especial si se la compara con las designaciones de cualquier otro árbitro, puesto que contando las designaciones como testigo experto, apenas cuatro designaciones durante un periodo de quince años, esto representa una fracción diminuta de las designaciones del Juez Schwebel durante esa época.

La observación de la Demandada de que las situaciones descritas en las Pautas no son exhaustivas tampoco sirve para apuntalar su argumento. La situación en el caso presente está directamente analizada por las Pautas, las cuales observan que, en términos generales, las designaciones previas múltiples de un árbitro por parte de un abogado dan lugar a dudas justificadas únicamente cuando hubo más de tres de dichas designaciones en los tres años previos. Eso no es lo que sucede en el caso presente.

Así pues, la Demandada no puede sustentar que las designaciones previas del Juez Schwebel por parte de WilmerHale den lugar a dudas justificadas.<sup>13</sup>

---

a cuáles deben ser los estándares para recusar a un árbitro, pero su opinión es simplemente eso; no refleja cuáles deberían ser esos estándares.

<sup>12</sup> Refutación de la Demandada en la pág. 12. La Demandada llama a la relación entre el Juez Schwebel y WilmerHale una “relación de confianza”. Íd. La Demandada toma esta frase de un caso sobre el que resolvió la Corte Suprema de Finlandia en la que un árbitro no había sido contratado previamente como testigo experto por el abogado de una de las partes, sino que había sido contratado por *una de las partes del arbitraje* para que rindiera opiniones legales expertas que orientarían las decisiones comerciales *mientras el arbitraje estaba en curso*; esas opiniones expertas eran del tipo de “asesoramiento legal” y fueron “dadas como contraprestación de una compensación económica importante”. Caso KKO 2005:14 de la Corte Suprema de Finlandia, en Bond and Bachand (eds.), *International Arbitration Court Decisions* (3ª Ed. 2011), en pár. 25 (CCL-2). Los intentos de la Demandada de equiparar el hecho de que un árbitro brinde opiniones expertas en curso a una de las partes en el caso en que es árbitro con las contrataciones pasadas del Juez Schwebel por parte de WilmerHale para rendir opiniones legales expertas ante un tribunal en casos que no tienen ninguna relación y en los que intervienen partes que no tienen nada que ver carecen de fundamento.

<sup>13</sup> El hecho de que dos de los casos en que fue designado o contratado el Juez Schwebel terminaron hace menos de tres años no tiene importancia. Las Pautas IBA clara e intencionadamente se centran en la designación del árbitro, no en cuándo termina el servicio en un caso. *Comparar* las Pautas IBA, Lista Naranja, en pág. 21, pár. 3.1.3 (RCL-3) (“En los últimos tres años, el árbitro fue *designado árbitro* en dos o más ocasiones por una de las partes...”.) con *íd.* en pág. 21, pár. 3.1.2 (En los últimos tres años, el árbitro *se ha desempeñado como abogado* contra una de las partes o una filial de una de las partes en un caso que no tiene relación.) (énfasis añadido). Esto tiene buenos motivos; los arbitrajes, especialmente los arbitrajes conforme a tratados, con frecuencia duran

2. *La opinión experta del Juez Schwebel en los casos de Shell Oil no trata sobre temas pertinentes al caso presente y, aunque así fuera, ello no impediría que el Juez Schwebel se desempeñara en el presente caso*

La Demandada alternativamente alega que el Juez Schwebel opinó sobre cuestiones relacionadas con las que probablemente surgirían en el presente arbitraje en las dos opiniones expertas casi idénticas que pronunció el Juez Schwebel en nombre del cliente de WilmerHale, la Compañía Shell Oil, entre otras demandadas, en dos juicios relacionados del tribunal federal. Ese argumento también carece de fundamento: la Demandada no identifica una sola cuestión abordada en la opinión del Juez Schwebel sobre Shell Oil que pudiera presentarse en el caso presente. Las cuestiones analizadas por el Juez Schwebel en los casos de *Shell Oil* son simplemente intrascendentes para el presente arbitraje, y la Demandada en ninguna parte demuestra lo contrario.

Primero, como explicó la Oposición de MSDIA, los tribunales conforme a tratados sistemáticamente han rechazado el mismo argumento presentado por la Demandada en este caso, concluyendo que las opiniones legales anteriores, incluso sobre una cuestión similar, no pueden servir como fundamento de descalificación.<sup>14</sup> La Demandada no intenta hacer una distinción de esos casos, alegando en una nota al pie que los casos no analizaron la no divulgación de opiniones expertas, y que fueron resueltos conforme al Convenio CIADI. Ese argumento es claramente incorrecto.

Los hechos en que se basa la Demandada para intentar hacer una distinción de esos casos son intrascendentes. El punto crucial de esos casos es que el sistema del arbitraje internacional no podría funcionar si se pudiese recusar exitosamente a un árbitro solamente porque dicho árbitro previamente trató la misma cuestión legal en otro caso. Esto es especialmente cierto en el ámbito del arbitraje de inversiones, en donde los árbitros muchas veces se enfrentan con el mismo texto de tratados y las mismas cuestiones legales en múltiples casos. Y es válido ya sea que se apliquen las Reglas del CIADI o de la CNUDMI, y tanto si el árbitro examinó previamente una cuestión similar en función de árbitro, académico o testigo experto.

En segundo lugar, y en todo caso, la opinión experta del Juez Schwebel no abordó ninguna cuestión que concebiblemente pueda ser pertinente al arbitraje presente. Los casos de *Shell Oil* tuvieron que ver con la ejecución en Estados Unidos de sentencias pronunciadas en Nicaragua de conformidad con la Ley Especial 364 de Nicaragua. La opinión del Juez Schwebel en tales casos se centró en la cuestión de si un acto de la legislatura de Nicaragua que codificó el proceso judicial de un grupo específico de casos, y que se aplicó únicamente a ciertos demandados individualizados por la ley, discrepaba con las normas internacionales de tal forma que las sentencias pronunciadas de conformidad con la ley no se ajustaban al debido proceso. La opinión no tuvo nada que ver con la Demandada ni con sus cortes; no

---

muchos años, y una norma sobre conflictos que se centrara en cuándo terminó el servicio de un árbitro en un caso pondría una carga poco razonable en la capacidad de los árbitros para desempeñarse como tales. Naturalmente, incluso si las Pautas IBA no se centraran en el acto de la designación y se centraran en cambio en el final de un procedimiento, los hechos alegados por la Demandada en el presente *de todas formas* no exigirían la divulgación conforme a las Pautas, ya que solamente dos de las designaciones del Juez Schwebel quedarían dentro del plazo de tres años.

<sup>14</sup> Oposición de la Demandante, en pág. 10.

analizó el TBI entre EE.UU. y el Ecuador, y no tuvo nada que ver con cuestiones de falta de objetividad o sesgo por parte de un tribunal judicial.<sup>15</sup>

La Demandada alega por primera vez en su Refutación que la opinión del Juez Schwebel en los casos *Shell Oil* demuestra que él “parece rechazar el principio de que una resolución judicial, contra la cual existen otros recursos mediante el proceso judicial, no equivale a una denegación de justicia”.<sup>16</sup> Esto tampoco da en el blanco y es un claro intento de buscar un asidero donde no lo hay.

La opinión del Juez Schwebel en los casos de *Shell Oil* no llega a tal conclusión y ni siquiera analiza la cuestión, y la Demandada no cita nada de la opinión del Juez Schwebel que sugiera algo por el estilo. Los casos en que el Juez Schwebel ofreció su opinión surgieron en el contexto de los intentos de ejecutar las sentencias subyacentes de Nicaragua en contra de Shell Oil y otras demandadas en las cortes estadounidenses. La cuestión del carácter “concluyente” de dichas sentencias no tuvo ninguna importancia en absoluto y el Juez Schwebel no analizó el tema. Y, en todo caso, como ya se analizó más arriba, incluso si lo hubiera hecho, ello no daría sustento a que se recusara su independencia en el presente arbitraje.<sup>17</sup>

### 3. *Ninguna de las otras cuestiones que fueron presentadas tardíamente en la Refutación de la Demandada tiene fundamento alguno*

La Refutación de la Demandada plantea una serie de otros argumentos, muchos de pasada, la mayoría de los cuales no guardan ninguna relación con las afirmaciones de su escrito del 21 de junio de 2012 y ninguno de los cuales puede concebiblemente dar lugar a dudas justificadas en cuanto a la imparcialidad o la independencia del Juez Schwebel. Pueden ser desestimados en pocas palabras:

- La Demandada invoca nuevamente su supuesto ya rechazado de que el Juez Schwebel exhibió una “animosidad prejuiciosa contra un miembro del equipo de abogados de la

---

<sup>15</sup> La Demandada sugiere que la opinión del Juez Schwebel implicó la conducta de cortes específicas en el dictamen de sentencias, basándose enteramente en la propia descripción del Juez Schwebel de su opinión, a saber, que se refería a la “compatibilidad de la Ley Especial 364 de la República de Nicaragua y de una sentencia en contra de Shell Oil Company pronunciada por un tribunal nicaragüense de conformidad con dicha ley, con las obligaciones que tenía Nicaragua conforme al derecho público internacional”. Refutación de la Demandada en pág. 11 (citando los Comentarios del Juez Schwebel de fecha 10 de julio de 2012, en pár. 2-3). Si bien la Demandada interpreta que la declaración general del Juez Schwebel indica que su opinión analizó independientemente los actos discrecionales de las cortes de Nicaragua para llegar a su conclusión, no puede señalar nada importante en la opinión concreta del Juez Schwebel que sustente dicha posición. Es más, la opinión del Juez Schwebel no giró en torno a la aplicación de cortes específicas de la Ley Especial 364. Los “procedimientos” aplicados por las cortes de Nicaragua, que según el Juez Schwebel no cumplieron con el debido proceso, fueron aplicados por las cortes conforme lo dictaban las estrictas disposiciones de la ley misma.

<sup>16</sup> Refutación de la Demandada, en pág. 11.

<sup>17</sup> La Demandada nuevamente pretende asemejar el presente caso con el arbitraje *República de Ghana c. Telekom Malaysia Berhad*. La Demandada admite que “a diferencia del caso *Telekom*, el Juez Schwebel no está obligado a adoptar simultáneamente posiciones que se podría decir son incoherentes”, pero alega que este hecho es en cierta forma “intrascendente”. Refutación de la Demandada en pág. 11. En realidad, el contraste entre los hechos presente y el caso *Telekom* no podía ser más llamativo: en el último caso, el Profesor Gaillard estaba en la posición en que se vería obligado a asumir simultáneamente posiciones irreconciliables sobre una **disposición idéntica de un tratado** en dos casos diferentes, uno en el que había sido designado abogado, y uno en el que se desempeñaba como árbitro. No puede hacerse una comparación entre ese caso y la situación presente.

Demandada”.<sup>18</sup> Pero eso fue el punto central de su primera recusación y fue rechazado por la CPA porque ésta no encontró suficientes motivos que justificaran la opinión de que el Juez Schwebel expresó una opinión sobre la conducta del abogado de la Demandada.<sup>19</sup>

- La Demandada sostiene que el Juez Schwebel “ridiculizó” a la Demandada “sarcásticamente” en unos comentarios breves publicados hace dos años relativos a que dos países sudamericanos no nombrados se habían retirado del CIADI.<sup>20</sup> La caracterización de la Demandada de los comentarios del Juez Schwebel es muy exagerada y no está fundada en la redacción de los comentarios del Juez Schwebel. La Demandada tampoco intenta establecer una conexión entre el contenido de esos comentarios no relacionados y la recusación presente.
- La Demandada alega por primera vez que existe una “colaboración frecuente... académica” entre el Juez Schwebel y un miembro del equipo legal de la Demandante.<sup>21</sup> Basa esta acusación en una sola nota de aprecio que aparece en un solo artículo.<sup>22</sup> Nuevamente, la Demandada no ofrece argumento alguno sobre cómo esto puede guardar relación con la recusación presente.

La Demandada no intenta en absoluto fundamentar esas acusaciones, ni conectarlas con su recusación.

### **B. No hay nada relativo al momento de la divulgación del Juez Schwebel ni al contenido de la misma que dé lugar a dudas justificadas en cuanto a su independencia o imparcialidad**

Presumiblemente porque reconoce que ni siquiera puede empezar a fundamentar que los contactos previos del Juez Schwebel con WilmerHale planteen dudas justificadas en cuanto a su independencia o imparcialidad, la Demandada, como hizo en su primera carta, se centra en que la divulgación del Juez Schwebel de dichos contactos fue presuntamente impropia. El enfoque de la Demandada es errado porque el Juez Schwebel hizo su divulgación en el momento debido, el contenido de la divulgación excedió lo exigido, e incluso si su divulgación hubiese sido insuficiente, la no divulgación de hechos no puede en sí dar lugar a dudas justificadas.

#### *1. La divulgación del Juez Schwebel fue oportuna*

La Demandada alega que la divulgación del Juez Schwebel fue inoportuna. Pero la Demandada no responde nada sobre el hecho de que los *tres árbitros* – ejerciendo su autoridad sobre los procedimientos arbitrales—consideraron que era correcto presentar una divulgación simultáneamente en el momento en que lo hicieron. Si fue correcta la divulgación del Juez Simma de su designación como árbitro por parte de la Demandada en un arbitraje previo entre inversionista y estado el año pasado, entonces también lo fue la

---

<sup>18</sup> Refutación de la Demandada, en pág. 1.

<sup>19</sup> *Íd.* en pár. 1-2, y nota 2, Resolución sobre Recusación del Árbitro Stephen M. Schwebel, 12 de abril de 2012, en pár. 61 (RCL-38)

<sup>20</sup> Refutación de la Demandada, en pár. 1-2, y nota 3.

<sup>21</sup> *Íd.* en pág. 12, nota 57

<sup>22</sup> *Íd.*

divulgación del Juez Schwebel de una relación mucho más distante con el abogado de la Demandante.

En este aspecto, la Demandada se queda sin entender, afirmando solamente que la Demandante no recusó al Juez Simma y que debió haberlo hecho si pensaba que correspondía una recusación.<sup>23</sup> El punto que importa, sin embargo, no es si la divulgación del Juez Simma fue inoportuna; no lo fue. De lo que se trata aquí es que la Demandada no puede impugnar al Juez Schwebel en ese aspecto sin también impugnar a su propio y distinguido designado, y que tanto las divulgaciones del Juez Schwebel como las del Juez Simma se hicieron de forma totalmente correcta y oportuna. Tres árbitros internacionales sumamente respetados creyeron que era práctica correcta presentar una declaración conjunta de divulgación al constituirse el Tribunal, y esa decisión fue absolutamente correcta.

La Demandada sugiere que el Juez Schwebel optó “deliberadamente” por demorar sus divulgaciones, a fin de “ocultar circunstancias pertinentes” y “ocultar sus contactos” con el abogado, los cuales, según la Demandada, debieron haber fortalecido su *primera* recusación.<sup>24</sup> La afirmación es indefendible. Una acusación tan grave de intención indebida no debe plantearse de manera tan displicente sin presentar pruebas que la justifiquen. Sin embargo, la Demandada no presenta ninguna justificación. Su acusación de que el Juez Schwebel intencionalmente calculó el momento para hacer su divulgación en un intento de engañar a la Demandada no es otra cosa que una conjetura arriesgada que no está a la altura de la dignidad de estos procedimientos. Debería ser rechazada de plano.

## 2. *La divulgación del Juez Schwebel excedió lo exigido conforme a las Reglas de la CNUDMI que son aplicables*

Las divulgaciones del Juez Schwebel excedieron con mucho sus obligaciones conforme a las Reglas de la CNUDMI. En la declaración de divulgación conjunta del Tribunal, el Juez Schwebel divulgó dos designaciones previas como árbitro, y una de dos designaciones previas interrelacionadas (y sustancialmente idénticas) como testigo experto, ninguna de las cuales tuvo lugar en los tres años anteriores, y una de las cuales ocurrió hace quince años. *No era necesario divulgar ninguna de esas designaciones o contrataciones*, y ni las Reglas de la CNUDMI ni ningún otro estándar del que tengamos noticia impondrían la obligación de divulgar más de lo que el Juez Schwebel divulgó en este caso.

Las Partes coinciden en que la prueba de una recusación exitosa conforme al Artículo 10(1) de las Reglas de la CNUDMI es objetiva.<sup>25</sup> Sin embargo, la Demandada alega, sin dar ninguna autoridad legal, que conforme al Artículo 9, el Juez Schwebel estaba obligado a divulgar cualquier circunstancia que la Demandada subjetivamente creyese que pudiera dar lugar a una duda justificada.<sup>26</sup> La Demandada basa su argumento en el hecho de que el “Artículo 9 habla del deber de divulgar ‘cualquier circunstancia que *probablemente* dé lugar a dudas justificadas” mientras que “la formulación del Artículo 10 omite el matiz ‘probablemente’”.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> *Íd.* en pág. 9, nota 39

<sup>24</sup> *Íd.* en pág. 5.

<sup>25</sup> *Íd.* en pág. 3, nota 11.

<sup>26</sup> *Íd.* en pág. 7 (indicando que “no es cierto” que “la prueba conforme al Artículo 9 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI sea una prueba ‘objetiva’”).

<sup>27</sup> *Íd.*

Es evidente que la interpretación de la Demandada del Artículo 9 es equivocada. La redacción sencilla de los Artículos 9 y 10(1) deja claro que la cuestión importante conforme a cualquiera de los dos estándares es si son *justificadas* las dudas planteadas por una parte en cuanto a la imparcialidad o la independencia de un árbitro. Ya sea en el contexto del Artículo 10(1) o del Artículo 9, “las dudas son justificadas o graves si plantean una aprehensión de sesgo que es *razonable para un observador objetivo*”.<sup>28</sup>

La CPA ya ha rechazado la interpretación de la Demandada del Artículo 9 en este mismo procedimiento. Al rechazar la primera recusación de la Demandada del Juez Schwebel, el Secretario General en Funciones concluyó (correctamente) que “para evaluar una recusación de un árbitro que surja conforme a los Artículos 9 y 10 de las Reglas, la autoridad nominadora debe determinar si una *persona razonable, ecuánime e informada* tendría dudas justificadas acerca de la independencia o la imparcialidad del árbitro”.<sup>29</sup>

En efecto, “si simplemente fuese necesario que a una de las partes que cuestiona la imparcialidad de un árbitro le surgiera una duda, la palabra ‘justificada’ sería casi redundante”<sup>30</sup>. Si el estándar para la divulgación girase en torno a lo que una parte específica opinara que es pertinente, sin hacer referencia a lo razonable de esa opinión, los árbitros no tendrían ninguna guía acerca de cómo presentar las divulgaciones, y el resultado sería totalmente impráctico. El argumento de la Demandada relativo a la importancia de incluir la palabra “probablemente” en el Artículo 9 haría que todo el estándar perdiera sentido en la práctica.

Como el Artículo 9 no sustenta la posición de la Demandada sobre la divulgación, la Demandada opta por sustentarse en cambio en que las Pautas IBA aceptan un “enfoque subjetivo de la divulgación” que “refleja las perspectivas de las partes”.<sup>31</sup> Pero las Pautas IBA no adoptan una prueba estrictamente subjetiva. Expresamente señalan que “como algunas situaciones no deberían llevar a la descalificación conforme a la prueba objetiva, no es necesario divulgar esas situaciones, independientemente de la perspectiva de las partes. Esas limitaciones a la prueba subjetiva están reflejadas en la Lista Verde, que enumera algunas situaciones en las que no es necesaria la divulgación”.<sup>32</sup> Como se señaló más arriba, entre las circunstancias que no deberían resultar en una descalificación están menos de tres designaciones por parte de un abogado en el lapso de los últimos tres años.

Por otra parte, el enfoque más subjetivo de las Pautas IBA no se aplica al presente. Como indicó un comentarista destacado al analizar el Artículo 11 de las Reglas de la CNUDMI de 2010, si bien “el Principio 3 de las Pautas IBA establece un estándar subjetivo para la divulgación (en la opinión de las partes)..., el Grupo de Trabajo IBA expresó: “*el estándar de la Ley Modelo de la CNUDMI [al igual que el estándar de las Reglas de la CNUDMI] es objetivo*”.<sup>33</sup> Por ende, independientemente de la perspectiva de las Pautas IBA sobre la

---

<sup>28</sup> *País X c. Compañía Q*, CNUDMI, Resolución sobre Recusación (11 de enero de 1995), en pár. 23-24 (RCL-17).

<sup>29</sup> Resolución sobre Recusación del Árbitro Stephen M. Schwebel, 12 de abril de 2012, en pár. 52 (RCL-38) (citando el caso *National Grid PLC c. la República Argentina*, Caso LCIA No. UN 7949, Resolución sobre la Recusación del Sr. Judd L. Kessler (3 de diciembre de 2007) (énfasis añadido).

<sup>30</sup> *País X c. Compañía Q*, CNUDMI, Resolución sobre Recusación (11 de enero de 1995), en pár. 23-24 (RCL-17).

<sup>31</sup> Refutación de la Demandada, en pág. 6.

<sup>32</sup> Pautas IBA, Explicación a la Norma General 3, en pág. 10 (RCL-39).

<sup>33</sup> Thomas H. Webster, *Handbook of UNCITRAL Arbitration* (2010) [Manual de Arbitraje de la CNUDMI-2010], en págs. 159-160 (CCL-9) (énfasis añadido).

divulgación, “la mejor perspectiva de la prueba conforme al Art. 11 de las Reglas es que la prueba es una prueba objetiva”.<sup>34</sup> Esta misma observación se aplica al Artículo 9 de las Reglas de la CNUDMI de 1976, ya que su redacción no difiere sustancialmente de la del Artículo 11 de las Reglas de 2010.

La Demandada pretende apuntalar su argumento de que el Juez Schwebel no cumplió con sus obligaciones de divulgación haciendo referencia a la declaración de divulgación modelo asociada con el Artículo 11 de las Reglas de la CNUDMI de 2010. Las Reglas de 2010 no se aplican al presente arbitraje.<sup>35</sup> Pero aunque se aplicasen, el argumento del Ecuador no podría sustentarse en las mismas.

La declaración de divulgación modelo incluye (a) “relaciones profesionales, comerciales y otras, pasadas y presentes *con las partes* y (b) cualquier otra circunstancia *pertinente*” (énfasis añadido). Queda claro que el énfasis de esa declaración de divulgación está en las relaciones del árbitro con las partes. El Juez Schwebel no ha tenido ninguna relación con MSDIA ni con la Demandada, y por ello, conforme a la declaración de divulgación modelo de las Reglas de 2010, no era necesaria su divulgación de designaciones anteriores por parte de WilmerHale.<sup>36</sup> Por otra parte, la frase “circunstancias pertinentes” en la declaración de divulgación modelo tampoco sustenta el argumento de la Demandada, puesto que las circunstancias que son “pertinentes” para la divulgación conforme a las Reglas de 2010 son las definidas en el Artículo 11: “circunstancias que probablemente den pie a dudas justificadas”, igual que en el Artículo 9 de las Reglas de la CNUDMI de 1976. Por ende, que la Demandada se sustente en la declaración de divulgación modelo no sirve para promover su argumento.

En suma, como las designaciones y las contrataciones pasadas del Juez Schwebel por parte de WilmerHale no “dan pie probablemente a dudas justificadas en cuanto a su imparcialidad o independencia”,<sup>37</sup> el Juez Schwebel no estaba obligado a divulgarlas. Es claro que el contenido de la divulgación del Juez Schwebel excedió lo que se exigía conforme a las reglas aplicables.<sup>38</sup>

3. *Incluso si la divulgación del Juez Schwebel no hubiera sido suficiente, la no divulgación de hechos, en sí, no puede dar pie a dudas justificadas*

La Demandada alega que la no divulgación se puede considerar cuando se determine si existen dudas justificadas. Pero las Pautas IBA dejan claro que ***“la no divulgación no puede volver imparcial al árbitro ni tampoco hacer que le falte independencia; solamente los***

---

<sup>34</sup> *Íd.*

<sup>35</sup> Las partes han acordado, a petición de la Demandada, que las Reglas de la CNUDMI de 1976 se aplican a la presente controversia. Actas, Teleconferencia entre el Tribunal, CPA, la Demandante y la Demandada (29 de mayo de 2012), en 2 (CCE-7) (“La Demandada declaró que el tratado hacía necesaria la aplicación de las Reglas de la CNUDMI de 1976 y no acordó otra cosa. Las Partes y el Tribunal acordaron que las Reglas de la CNUDMI de 1976 se aplicarían al arbitraje.”)

<sup>36</sup> Es intrascendente si la declaración de divulgación modelo “formaliza una prueba mínima” con respecto a una relación con una de las partes, como sostiene la Demandada, ya que la relación previa del Juez Schwebel no es con MSDIA.

<sup>37</sup> Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (1976), Art. 9.

<sup>38</sup> La Demandada sostiene que la combinación involuntaria del Juez Schwebel de dos casos sustancialmente idénticos de Shell Oil le denegaron “información pertinente relativa a una relación remunerativa mucho más reciente entre el Juez Schwebel y el abogado de la Demandante”. Refutación de la Demandada en pág. 8. Pero la Demandada no tiene derecho a toda la información que pueda considerar “pertinente”. Tiene derecho a información que probablemente dé pie a dudas justificadas.

**hechos o las circunstancias que no divulgó pueden hacerlo**".<sup>39</sup> Uno de los casos LCIA en que se sustenta la Demandada resalta el mismo punto: "**la falta de divulgación o una divulgación incompleta no constituye, como tal, suficiente motivo para la remoción**".<sup>40</sup> El caso además explica que "esas fallas pueden *en ciertos casos* tomarse en cuenta para evaluar si existe un sesgo aparente",<sup>41</sup> pero en ese caso se tomó en cuenta la no divulgación porque los hechos que no se divulgaron demostraban una relación económica predominante y sustancial entre el árbitro y una de las partes, así como también el abogado de la parte, la cual existió durante los cinco años previos inclusive el año pasado. La relación económica predominante fue la consideración clave que llevó al resultado en ese caso.<sup>42</sup> Los contactos entre el Juez Schwebel y WilmerHale en este caso no llegan siquiera a sugerir que el Juez Schwebel dependa de WilmerHale, y por ende la no divulgación de esos contactos no sustenta en modo alguno la recusación de la Demandada del Juez Schwebel.

\*\*\*\*\*

El Juez Schwebel es un jurista sumamente respetado cuya larga carrera ha sido irreprochable. La Demandada en esta segunda recusación no ha ofrecido más justificación para cuestionar la imparcialidad del Juez Schwebel que la que ofreció en la primera. Con el debido respeto solicitamos que la CPA deniegue la recusación de la Demandada.

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 Bennan  
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>39</sup> Pautas IBA, Aplicación Práctica de las Normas Generales, en pág. 18, p. 5 (RCL-3). Las Pautas también dejan claro 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>40</sup> Caso LCIA Referencia No. 81160, Resolución dictada el 28 de agosto de 2009, en Arbitration International, Edición Especial sobre Recusaciones de Arbitraje, Volumen 27, Ejemplar 3 (2011), en pág. 452, p. 4.16 (CCL-5); *ver también* Refutación de la Demandada en pág. 4, nota 16.

<sup>41</sup> Caso LCIA Referencia No. 81160, Resolución dictada el 28 de agosto de 2009, en Arbitration International, Edición Especial sobre Recusaciones de Arbitraje, Volumen 27, Ejemplar 3 (2011), en pág. 452, p. 4.16 (CCL-5).

<sup>42</sup> *Íd.* en pág. 451 p. 4.6 (CCL-5) (la "evidente importancia profesional que tiene para el árbitro su relación con el Abogado de la Demandada, combinada con su relación abogado/cliente con una de las Demandadas, sugeriría que es razonable que exista una posibilidad real de sesgo").