

| | | |
|-------------------------------|---|--------------------------------|
| CORTE PERMANENTE DE ARBITRAJE | [Hay un sello redondo en el que se lee: <i>COUR PERMANENTE D'ARBITRAGE; MDCCCIC</i>] | PERMANENT COURT OF ARBITRATION |
|-------------------------------|---|--------------------------------|

Caso CPA No. AA442

**EN EL ASUNTO DE UN ARBITRAJE AL AMPARO DEL TRATADO ENTRE LOS
ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y LA REPÚBLICA DEL ECUADOR
CONCERNIENTE AL ESTÍMULO Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE
INVERSIONES**

- y -

**LAS REGLAS DE ARBITRAJE DE LA COMISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS
SOBRE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS TRATADOS**

- entre -

MERCK SHARP & DOHME (I.A.) CORPORATION

- y -

LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

**DECISIÓN SOBRE LA RECUSACIÓN AL ÁRBITRO
STEPHEN M. SCHWEBEL**

8 de agosto del 2012

ÍNDICE DE CONTENIDOS

| | | |
|-------------|--|-----------|
| I. | HISTORIA PROCESAL..... | 3 |
| II. | LA IMPUGNACIÓN AL JUEZ SCHWEBEL..... | 5 |
| | a. Posición de la Demandada..... | 5 |
| | 1. <i>Las revelaciones tardías e incompletas del Juez Schwebel.....</i> | 6 |
| | 2. <i>Los nombramientos previos del Juez Schwebel en nombre de partes que fueron representadas por la Demandante.....</i> | 8 |
| | 3. <i>Las circunstancias consideradas en conjunto.....</i> | 10 |
| | b. La Posición de la Demandante..... | 10 |
| | 1. <i>Los nombramientos previos del Juez Schwebel en nombre de partes representadas por abogados de la defensa de la Demandante.....</i> | 10 |
| | 2. <i>Las revelaciones tardías e incompletas del Juez Schwebel.....</i> | 14 |
| | 3. <i>Las circunstancias consideradas en conjunto.....</i> | 15 |
| | c. Comentarios del Juez Schwebel..... | 15 |
| III. | RAZONAMIENTO..... | 16 |
| | a. Estándar Legal..... | 16 |
| | b. La recusación de la Demandada al Juez Schwebel..... | 17 |
| | 1. <i>Las revelaciones tardías e incompletas del Juez Schwebel.....</i> | 17 |
| | 2. <i>Los nombramientos previos del Juez Schwebel en nombre de partes por los abogados de la defensa de la Demandante.....</i> | 19 |
| | 3. <i>Las circunstancias consideradas en conjunto.....</i> | 20 |
| IV. | DECISIÓN..... | 20 |

I. HISTORIA PROCESAL

1. Esta recusación se origina en un arbitraje entre Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corporation (la “Demandante”) y la República del Ecuador (la “Demandada” o “Ecuador”) en conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil International, 15 de diciembre de 1976 (las “Reglas de Arbitraje de la CNUDMI” o “Reglas de la CNUDMI”) de acuerdo al Tratado entre los Estados Unidos de América y la República del Ecuador concerniente a la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, suscrito el 27 de agosto de 1993 y que entró en vigencia el 11 de mayo de 1997 (el “Tratado”).
2. La Demandante está representada en este caso por el Sr. Gary B. Born, Sr. David W. Ogden, Srta. Rachael D. Kent, Sr. Charles S. Beene, y Sr. Claudio Salas de Wilmer Cutler Pickering Hale y Dorr LLP, así como también por Mary E. Bartkus de Merck Sharpe Dohme (I.A.) Corp. La Demandada está representada por el Dr. Diego García Carrión, Dra. Christel Gaibor, Srta. Diana Terán, y Sr. Juan Francisco Martínez de la Procuraduría General del Estado of Ecuador, así como también por el Sr. Paul Reichler, Sr. Mark Clodfelter, Sr. Ronald Goodman, Sr. Alberto Wray, Srta. Janis Brennan, Srta. Diana Tsutieva, y Sr. Constantinos Salonidis de Foley Hoag LLP.
3. Mediante una Notificación de Arbitraje de fecha 29 de noviembre del 2011, y recibida por la Demandada el 2 de diciembre del 2011, la Demandada inició un arbitraje contra la Demandada en conformidad con el Artículo VI(3)(a)(iii) del Tratado y el Artículo 3 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. La Demandante, una compañía incorporada de acuerdo con las leyes del Estado de Delaware en los Estados Unidos, afirma que Ecuador violó el Tratado con respecto a la inversión de la Demandante en la industria farmacéutica. En su Notificación de Arbitraje, la Demandante nombró al Juez Stephen M. Schwebel en calidad de árbitro.
4. Mediante carta del 30 de diciembre del 2011, la Demandada nombró al Juez Bruno Simma en calidad de árbitro.
5. Mediante cartas de fecha 14 de febrero del 2012, la Demandante y la Demandada solicitaron conjuntamente que el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje (CPA) actuase como autoridad nominadora para designar un árbitro presidente.
6. Mediante carta enviada a la Demandante de fecha 23 de febrero del 2012, de acuerdo al Artículo 10 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI y basada en la parcialidad contra los abogados de la defensa de la Demandada demostrada en un artículo publicado en forma reciente por el Juez Schwebel, la Demandada impugnó posteriormente el nombramiento del Juez Schwebel por parte de la Demandante.
7. En la misma fecha, la Demandada solicitó al Secretario General de la CPA que suspendiese el proceso para el nombramiento del árbitro presidente hasta que se hubiera resuelto la recusación al Juez Schwebel. La Demandante expresó su oposición a la solicitud de la Demandada de una suspensión mediante una carta de fecha 25 de febrero del 2012.
8. Mediante carta de fecha 27 de febrero del 2012, el Secretario General Interino de la CPA suspendió el proceso de nombramiento hasta la resolución de la recusación.
9. Mediante carta de fecha 15 de marzo del 2012, tras la negativa del Juez Schwebel a retirarse y luego de que la Demandante declinó consentir en la recusación, la Demandada solicitó al Secretario General de la CPA que decidiese sobre su recusación al nombramiento del Juez Schwebel por parte de la Demandante.

10. Mediante carta de fecha 16 de marzo del 2012, la CPA emitió acuse de recibo de la Solicitud de la Demandada y estableció un calendario para los planteamientos orales y escritos posteriores sobre la recusación.
11. “Mediante su decisión sobre la Impugnación al Juez Stephen M. Schwebel” de fecha 12 de abril del 2012, el Secretario General Interino de la CPA rechazó la recusación al Juez Schwebel.
12. El 8 de mayo del 2012, el Secretario General Interino de la CPA nombró a Sir Franklin Berman KCMG QC árbitro presidente.
13. Mediante mensaje por correo electrónico de fecha 22 de mayo del 2012, el árbitro presidente convocó a una teleconferencia con las Partes e hizo circular una “Declaración de revelación por parte de los Miembros del Tribunal Arbitral (la “Declaración de Revelación Conjunta”, en la cual se afirmaba, *inter alia*, lo siguiente:
 3. El Juez Schwebel ha sido nombrado previamente árbitro de la empresa de Wilmer Culler Pickering Hale y Dorr como sigue:
 - *Red Sea Islands Arbitration, Eritrea / Yemen, 1997*;
 - *Abyei Arbitration, Sudan/Sudan People’s Liberation Movement, 2008*.
 4. El Juez Schwebel emitió un dictamen pericial a solicitud de Wilmer Cutler Pickering Hale y Dorr en *Shell Oil Company contra Sonia Eduardo Franco Franco et al., 2005*.
 5. El Juez Simma sirve actualmente como árbitro en el caso *Copper Mesa Mining Corporation (Canadá) contra la República del Ecuador (Caso CPA No. 2012-2)* nombrado por la República del Ecuador a través del bufete de abogados de Lalive, Ginebra.

Nada de lo anterior afecta la imparcialidad del Tribunal o de alguno de sus Miembros o su independencia de las Partes en este Arbitraje¹.
14. Mediante mensaje por correo electrónico el 6 de junio del 2012, el abogado de la defensa de la Demandante informó al abogado de la defensa de la Demandada lo siguiente:

En atención a su solicitud en nuestra llamada el día de ayer, adjunto el dictamen pericial sobre la Ley Especial de Nicaragua 364 presentada por el Juez Schwebel en *Shell Oil contra Sonia Eduarda Franco Franco et al. (2005)*, en la cual Wilmer era abogado de la defensa de Shell. El Juez Schwebel presentó el mismo dictamen en un litigio subsiguiente, *Miguel Ángel Sánchez Osorio contra Dole Food Co., et al. (2008)*, en el cual él fue contratado por cuatro demandadas conjuntas, incluido nuestro cliente, Shell².
15. Mediante carta del 7 de junio del 2012, la Demandada notificó a la Demandante y al Juez Schwebel sobre su segunda recusación al Juez Schwebel.
16. Mediante carta del 8 de junio del 2012, la Demandante respondió a la recusación de la Demandada al juez Schwebel, declinando consentir en su remoción del Tribunal.
17. El 10 de junio del 2012, el Juez Schwebel rechazó la recusación y declinó retirarse como árbitro.

¹ Declaración de Revelación Conjunta, 22 de mayo del 2012 (RCE-4).

² Mensaje enviado por correo electrónico por el Sr. Charles S. Beene al Sr. Mark Clodfelter, 6 de junio del 2012 (RCE-5).

18. Mediante carta del 21 de junio del 2012, la Demandada solicitó que el Secretario General de la CPA, en su calidad de la autoridad nominadora en este caso, decidiese su segunda recusación al Juez Schwebel (“Solicitud de la Demandada”).
19. Mediante carta del 22 de junio del 2012, la CPA acusó recibo de la Solicitud de la Demandada y estableció un calendario para planteamientos orales y escritos adicionales sobre la recusación.
20. Mediante carta de fecha 9 de julio del 2012, la Demandante presentó su Respuesta a la Solicitud de la Demandada (“Respuesta de la Demandante”).
21. Mediante carta del 10 de julio del 2012, el Juez Schwebel presentó sus Comentarios sobre la segunda recusación (“Comentarios del Juez Schwebel”).
22. Mediante carta de fecha 17 de julio del 2012, la Demandada presentó su Refutación a la Respuesta de la Demandante (“Refutación de la Demandada”).
23. Mediante carta de fecha 24 de julio del 2012, la Demandante presentó su Dúplica a la Respuesta de la Demandada (“Dúplica de la Demandante”).

II. LA RECUSACIÓN AL JUEZ SCHWEBEL

a. La Posición de la Demandada

24. La recusación de la Demandada al nombramiento del Juez Schwebel se origina en que él no haya divulgado “durante casi seis meses después de su nombramiento” los dos nombramientos previos como árbitro y un nombramiento como testigo pericial realizados por las partes representadas por el abogado de la defensa de la Demandante, así como tampoco en su incumplimiento de la revelación de otro nombramiento como testigo pericial hecho por una parte representada por el abogado de la defensa de la Demandante.
25. De acuerdo a la Demandada, el Juez Schwebel no hizo ninguna revelación al momento de su nombramiento realizado por la Demandante el 29 de noviembre del 2011 y hasta que el árbitro presidente transmitió la Declaración de Revelación Conjunta el 22 de mayo del 2012. En la Declaración de Revelación Conjunta, el Juez Schwebel dio a conocer que él había sido nombrado a través de los abogados de la defensa de la Demandante, Wilmer Cutler Pickering Hale y Dorr LLP (“WilmerHale”), en calidad de árbitro en el Arbitraje en *Red Sea Islands (Eritrea / Yemen)* y en el *Arbitraje Abyei (Sudán / Sudan People’s Liberation Movement)* y que se lo había contratado para que presentase un dictamen pericial en *Shell Oil Company contra Sonia Eduardo Franco Franco y otros*³. De acuerdo a la Demandada, dos semanas después de haber recibido la Declaración de Revelación Conjunta”) y durante su evaluación de las revelaciones hechas por el Juez Schwebel, la Demandante informó a la Demandada que el Juez Schwebel había sido contratado a través de los abogados de la defensa de la Demandante en el 2008 para que presentase un dictamen pericial en *Miguel Ángel Sánchez Osorio y otros contra Dole Food Company, Inc., The Dow Chemical Company, Occidental Chemical Corporation and Shell Oil Company*⁴.
26. La Demandada asevera que “[c]ada una de las circunstancias antes mencionadas y su acumulación – la substancia de la relación no revelada entre el Juez Schwebel y los abogados de la defensa de la Demandante y la revelación tardía del Juez Schwebel y su falta de revelación de esas relaciones – suscita dudas justificables en cuanto a su imparcialidad e independencia para

³ Solicitud de la Demandada, página 9; Declaración de Revelación Conjunta, 22 de mayo del 2012 (RCE-4).

⁴ Solicitud de la Demandada, página 10; Mensaje enviado por correo electrónico por el Sr. Charles S. Beene al Sr. Mark Clodfelter, 6 de junio del 2012 (RCE-5).

servir como un árbitro en este caso” de acuerdo a los estándares de la CNUDMI aplicables, específicamente, desde la perspectiva de un “tercero razonable e informado”⁵.

1. Las revelaciones tardías e incompletas del Juez Schwebel

27. La Demandada argumenta primero que la revelación tardía e incompleta del Juez Schwebel en sí misma da lugar a dudas justificables concernientes a su independencia e imparcialidad en este arbitraje. La Demandada plantea que, de acuerdo al Artículo 9 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI, el Juez Schwebel tenía el deber de dar a conocer “cualquiera de las circunstancias que probablemente originaren dudas justificables en cuanto a su imparcialidad e independencia” al momento de su nombramiento por la Demandante el 29 de noviembre del 2011. La Demandada cita el Estándar General 3(c) de las Guías de la IBA sobre el Conflicto de Intereses en el Arbitraje Internacional (“Guías de IBA”) a tal efecto, y agrega que estas exigen que “[c]ualquier duda en cuanto a si un árbitro debería revelar ciertos hechos o circunstancias debería resolverse a favor de la revelación”⁶.
28. La Demandada se refiere además a analistas internacionales y jurisprudencia para argumentar que la no revelación de circunstancias que deberían darse a conocer podría dar lugar a dudas justificables. La Demandada cita el Artículo 4.1 de las Reglas de Ética de IBA para Árbitros Internacionales (“Reglas de Ética de IBA”) al efecto de que “[n]o realizar una revelación total crea una apariencia de parcialidad, y podría en sí mismo ser una razón para descalificación aun cuando los hechos o circunstancias que no se han dado a conocer no justificaran por sí mismos la descalificación”⁷. Plantea que “[s]i la no revelación suscita esas dudas depende de si la no revelación ha sido inadvertida o intencional, si ha sido el resultado de un ejercicio honesto de la discreción, **si los hechos que no se revelaron dieron lugar a cuestiones obvias acerca de la imparcialidad e independencia**, y si la no revelación es una anomalía por parte de un árbitro consciente **o parte de un patrón de circunstancias que generen dudas en cuanto a la imparcialidad**”⁸.
29. La Demandada señala también el Estándar General 3(a) de las Guías de IBA para argumentar que “al momento de la recusación presentada por la Demandada, el Juez Schwebel ya no estaba justificado para considerar que sus nombramientos previos por parte de los abogados de la defensa de la Demandante no corroborarían o establecerían de manera independiente, *a los ojos de la Demandada*, hechos o circunstancias que dieran lugar a dudas con respecto a su imparcialidad o independencia”⁹. Enfatiza que la evaluación del Juez Schwebel de sus nombramientos previos como “hace [...] pocos años y [...] no relacionados con el presente caso” no “está de acuerdo con la explicación del Estándar General 3”, el cual aclara que con respecto a la revelación “*las partes tienen interés en estar totalmente informadas acerca de todas las circunstancias que podrían ser pertinentes en su opinión*. [...] el Grupo de Trabajo en principio aceptó [...] un enfoque subjetivo con respecto a la revelación”¹⁰.

⁵ Solicitud de la Demandada, páginas 2, 9; Refutación de la Demandada, página 3.

⁶ Solicitud de la Demandada, páginas 4, 11, donde se citan las *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration* [Guías de IBA sobre el Conflicto de Intereses en el Arbitraje Internacional], Estándar General 3(c), Revelación de información por parte del Árbitro, página 9 (RCL-3); Refutación de la Demandada, página 6.

⁷ Solicitud de la Demandada, página 5, donde se citan las *IBA Rules of Ethics for International Arbitrators* [Reglas de Ética de la IBA para Árbitros Internacionales], Artículo 4.1 (RCL-8).

⁸ Solicitud de la Demandada, página 15, donde se cita S.A. Baker & M. D. Davis, *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice: The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal* (1992), página 50 (RCL-31). Énfasis agregado por la Demandada

⁹ Refutación de la Demandada, página 6.

¹⁰ Refutación de la Demandada, página 6.

30. La Demandada sostiene que “el hecho de que [el Juez Schwebel] haya considerado que sus relaciones profesionales con WilmerHale no ameritaban la revelación es irrelevante: él tenía la obligación de revelar *todas las circunstancias que probablemente dieran lugar a dudas justificables en cuanto a su imparcialidad e independencia*”¹¹. La Demandada no está de acuerdo con la justificación del Juez Schwebel de que no se le ocurrió realizar las revelaciones mientras la primera recusación contra él estaba pendiente, porque para entonces el Juez Schwebel “debía haber estado *más no menos* sintonizado con circunstancias de pertinencia tan obvia para su nombramiento” y “su revelación de manera inoportuna e incompleta fue deliberada y pone de manifiesto una inclinación [...] a suprimir circunstancias pertinentes que tenían la posibilidad de agravar aún más las circunstancias al momento de la primera recusación que [...] dio lugar a dudas justificables”¹².
31. La Demandada advierte también que los Comentarios del Juez Schwebel no abordan la falta de revelación en “aproximadamente las doce semanas” previas a la primera recusación¹³. En respuesta al argumento de la Demandante de que los nombramientos eran cuestiones que se inscriben en el registro público, la Demandada cita *Tidewater contra Venezuela* en cuanto a la proposición de que “al considerar el alcance de [su de él] deber de revelación, el árbitro no podría contar con la debida diligencia de los abogados de la defensa de las partes”¹⁴. Argumenta además que una obligación de investigar los registros de las Cortes Distritales de los Estados Unidos, que sería necesaria en este caso, sería “poco razonable” y que la participación del Juez Schwebel en *Shell Oil contra Franco* no fue una cuestión de registros públicos en absoluto”¹⁵.
32. De acuerdo a la Demandada, una “historia de selecciones repetidas constituye precisamente la clase de circunstancias que son las más pertinentes para la evaluación de la imparcialidad e independencia del árbitro nombrado por la parte” y que su revelación “en forma oportuna después del nombramiento de un árbitro es indispensable para otorgar a la otra parte una oportunidad de evaluar la idoneidad de una persona designada como árbitro y del ejercicio de sus derechos procesales de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI en el caso de que éste determinare que dicha persona nominada no es idónea”¹⁶. La Demandada enfatiza que por no haber realizado las divulgaciones “el Juez Schwebel negó a la Demandada la oportunidad de estar plenamente informada, al momento de su primera recusación, acerca de cualquier otra de las circunstancias que podrían ser pertinentes en su opinión para la independencia e imparcialidad del Juez Schwebel”¹⁷.
33. La Demandada advierte, además, que las dos participaciones periciales del Juez Schwebel tienen que ver con “cuestiones de denegación de justicia, alegaciones que figuran de manera preponderante en el presente caso”¹⁸. La Demandada plantea además que incluso si ese no fuera el caso, los “nombramientos previos evidencian casos de estrecha cooperación entre [el Juez Schwebel y los abogados de la defensa de la Demandante]”¹⁹. La Demandada rechaza que los Dictámenes en el 2008 y 2005 se hayan combinado. Afirma que el Juez Schwebel “recibió remuneración por separado” por las participaciones y que ambos dictámenes requirieron “el

¹¹ Solicitud de la Demandada, páginas 10-11. Énfasis agregado por la Demandada.

¹² Refutación de la Demandada, página 5.

¹³ Refutación de la Demandada, página 5.

¹⁴ Refutación de la Demandada, página 9, donde se cita *Tidewater contra Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5, Decisión sobre la Propuesta de la Demandante de Descalificar a la Profesora Brigitte Stern, Árbitro, 23 de diciembre del 2010, párrafo 51 (CCL-7).

¹⁵ Refutación de la Demandada, página 9.

¹⁶ Solicitud de la Demandada, página 10.

¹⁷ Refutación de la Demandada, página 8.

¹⁸ Solicitud de la Demandada, página 11; Refutación de la Demandada, páginas 8, 10.

¹⁹ Solicitud de la Demandada, página 11.

esfuerzo consciente y deliberado de su parte, como se refleja en las diferencias específicas entre los [dictámenes]”²⁰. La Demandada argumenta que la no revelación de “esta relación financiera adicional” suscita dudas justificables “por derecho propio”²¹.

34. La Demandada argumenta también que se ha determinado que no divulgaciones similares constituyen razones para la anulación de laudos, y señala en particular dos decisiones de las cortes francesas. En *Raoul Duval contra Markuria Sucden*, se anuló un laudo, porque el árbitro no había revelado que “comenzaría a trabajar para la demandada un día después que se dictó el laudo”²². En *J&P Avax SA contra Société Tecnimont*, el Tribunal de Apelaciones de París anuló primero un laudo porque el árbitro presidente no dio a conocer la magnitud del trabajo de su bufete jurídico para la demandada, lo cual originó preocupaciones con respecto a su independencia, aunque él no había estado involucrado personalmente en el trabajo para la demandada. Posteriormente, cuando el Tribunal de Casación reenvió la causa, el Tribunal de Apelaciones de Reims acordó que no divulgar totalmente podría servir como base jurídica para la anulación de un laudo, incluso si la información revelada como tal no suscitare dudas razonables en cuanto a la imparcialidad e independencia del árbitro recusado²³. La Demandada advierte que se ha considerado también que la falta de revelación es razón para la anulación en los Estados Unidos, el país de nacionalidad de la Demandante.
35. Por último, la Demandada enfatiza que es importante que las instituciones arbitrales velen por el cumplimiento de la obligación de revelar, a fin de “alentar a las entidades privadas y los Estados a tener confianza en la integridad del proceso de arbitraje entre inversionistas y Estados”, y para garantizar “la finalidad de los laudos y, en general, la efectividad del arbitraje internacional”, así como también la “credibilidad” del sistema de arbitraje entre inversionistas y Estados²⁴. En su Refutación, la Demandada enfatiza en que esta noción es particularmente necesaria en casos que involucren “denegación de justicia debido a parcialidad judicial” y plantea que en casos en los cuales la CPA actúa como autoridad de registro y también de nombramiento ésta “tiene la obligación especial de garantizar [su] confiabilidad”²⁵.

2. Los nombramientos previos del Juez Schwebel en nombre de partes representadas por la Demandante

36. La Demandada argumenta que los cuatro nombramientos previos del Juez Schwebel por partes representadas por los abogados de la defensa de la Demandante, dos veces como árbitro y dos veces como perito “sobre cuestiones de denegación de justicia de manera favorable para los abogados de la defensa de la Demandante y [...] para la Demandante en este caso quedan comprendidos dentro de los *contactos* normales entre profesionales en el ámbito del arbitraje internacional”²⁶.

²⁰ Refutación de la Demandada, página 8.

²¹ Refutación de la Demandada, página 8.

²² Solicitud de la Demandada, página 12, donde se cita P. Fouchard, *Note Cour d'appel de Paris (1re Ch. C.) 12 de octubre de 1995, V. contra Société Raoul Duval*, *Revue de l'Arbitrage* (1999), página 327-328 (RCL-23).

²³ Solicitud de la Demandada, páginas 12-13, donde se cita *S.A. J&P Avax S.A. contra Société Tecnimont SPA*, Paris Court of Appeal, 12 de febrero del 2009, *Revue de l'Arbitrage* (2009), página 186 (RCL-24), *Société Tecnimont SPA contra Société J&P Avax*, Cour de Cassation, 1st Civil Chamber, 4 de noviembre del 2010 (RCL-25), y Bertrand Derains & Yves Derains, *Nota sobre S.A.J & P Avax contra Société Tecnimont SPA AS*, Reims Court of Appeal, Caso No. 10/02888, 2 de noviembre del 2011 (RCL-26).

²⁴ Solicitud de la Demandada, página 14.

²⁵ Refutación de la Demandada, página 1.

²⁶ Solicitud de la Demandada, página 15. Énfasis agregado por la Demandada.

37. La Demandada señala la Lista Naranja de las Guías de la IBA [International Bar Association] y argumenta que “una relación cercana entre un árbitro y el abogado de la defensa puede dar lugar a dudas justificables con respecto a la independencia e imparcialidad de un árbitro”²⁷. De acuerdo a la Demandada, no es esencial que la presente situación no esté enumerada expresamente en las Guías de la IBA; las Guías de la IBA “no son exhaustivas, y los analistas jurídicos han reconocido desde hace mucho tiempo que las Listas Roja y Naranja no cubren todos los posibles escenarios” y que los redactores de las Guías reconocieron que los límites de tiempo de tres años de las Guías de la IBA “podrían ser demasiado prolongados en ciertas circunstancias y demasiado cortos en otras”²⁸. En este contexto, la Demandada observa también que la participación del Juez Schwebel en el *Arbitraje Abyei* finalizó apenas en julio del 2009 y su participación como perito en *Sánchez Osorio contra Dole et al.* continuó hasta la sentencia de la Corte Distrital de los Estados Unidos el 7 de julio del 2010²⁹.
38. La Demandada alega que “la naturaleza de los esfuerzos de colaboración que existen en las relaciones entre abogados de la defensa y peritos [...] podría constituir circunstancias que den lugar a dudas justificables [...], en particular cuando los dictámenes jurídicos emitidos por el árbitro se relacionen con cuestiones pertinentes para este arbitraje” y que la “no revelación de uno de los dictámenes periciales solo agrave las circunstancias”³⁰. La Demandada rechaza el argumento de la Demandante y del Juez Schwebel que los dictámenes periciales no estén relacionados con el presente caso y sostiene que ellos rechazan un principio que “es esencial para los argumentos de defensa jurisdiccionales y sobre el fondo presentados por la Demandada”, esto es, “que la decisión de una corte, contra la cual quedare recurso adicional a través del proceso judicial, no equivale a una denegación de justicia”³¹. También plantea, en respuesta a la Demandante, que si bien la relación entre perito y abogado de la defensa no es comparable a la relación entre cliente y abogado de la defensa, “el dar y recibir la asignación[] de [un dictamen pericial] requiere *confianza entre las partes*” y, en el presente caso, llevó a una ‘relación de confianza’ “profesional y financiera prolongada [la cual] da lugar a dudas justificables”³².
39. La Demandada infiere una comparación con los hechos de la recusación al Profesor Gaillard en *Telekom Malaysia Berhad contra Gana*, donde el Tribunal Distrital de La Haya sostuvo que había dudas justificables en cuanto a la posibilidad del Profesor Gaillard de llevar a cabo su tarea como árbitro de manera imparcial e independiente debido a su participación como abogado de la defensa en otro arbitraje, *RFCC contra Marruecos*, el cual tuvo que ver con la misma protección del TBI contra una expropiación³³. La Demandada se basa en el argumento presentado por Gana, con el cual la corte estaba de acuerdo, en el sentido de que el “Profesor Gaillard, quien en su calidad de abogado de la defensa se opone a una noción o enfoque específico, no puede ser imparcial en su sentencia de esa misma noción o enfoque en un caso en el cual él actúa como árbitro”³⁴.
40. De acuerdo a la Demandada, los servicios del “Juez Schwebel como perito en derecho en dos casos que están a favor de las posiciones de los abogados de la defensa de la Demandante y las

²⁷ Solicitud de la Demandada, página 15.

²⁸ Solicitud de la Demandada, página 16; Refutación de la Demandada, página 12.

²⁹ Refutación de la Demandada, páginas 12-13.

³⁰ Solicitud de la Demandada, página 16.

³¹ Refutación de la Demandada, página 11.

³² Refutación de la Demandada, página 12, donde se cita *Caso KKO 2005:14*, Decisión de la Corte Suprema Finlandesa, analizado en: Bond and Bachand (eds.), *International Arbitration Court Decisions* (3rd ed., 2011), párrafo 24. Énfasis agregado por la Demandada (CCL-2).

³³ Solicitud de la Demandada, página 17.

³⁴ Solicitud de la Demandada, página 17, donde se cita *República de Gana contra Telekom Malaysia Berhad*, Corte Distrital de La Haya, 18 de octubre del 2004, disponible en *ASA Bulletin* 2005(1), página 186, 189 (RCL-35).

posiciones expresadas y probables de la Demandante en este caso *a fortiori* dan lugar a la apariencia de que no será posible que él, en calidad de árbitro, se desprenda por completo de sus opiniones preconcebidas y de su disposición a adoptar la posición propuesta por la Demandante y sus abogados de la defensa”³⁵. La Demandada se basa en la Referencia de LCIA No. 5660 para argumentar que “la parcialidad del árbitro se establece cuando existe riesgo de que él esté a favor de una de las partes o del abogado de la defensa de la parte. No puede haber otra cuestión sino que el riesgo de parcialidad exista en el presente caso y, en consecuencia, que debería admitirse la recusación de la Demandada al Juez Schwebel”³⁶.

41. Por último, la Demandada rechaza la “prueba de la ‘dependencia económica’” en la cual se basa la Demandante, pues ésta “no capta las propias circunstancias que se presentan en [este] caso” y establece un límite demasiado alto. Advierte además que los casos en los cuales la Demandante se basa al respecto, *Universal Compression contra Venezuela* y *OPIC Karimum contra Venezuela*, no vienen al caso, pues estos se decidieron de acuerdo al Artículo 57 de la Convención del CIADI, el cual, por cuanto exige una “falta *manifiesta* de las cualidades que se requieren de un árbitro” aplica una prueba más estricta que el Artículo 10(1) de la Reglas de la CNUDMI³⁷.

3. *Las circunstancias consideradas en conjunto*

42. Como alternativa, la Demandada argumenta que “[a]un cuando cada base antes expresada genera dudas justificables de manera independiente en cuanto a la idoneidad del servicio del Juez Schwebel en calidad de árbitro en este caso, en conjunto, dichas bases ponen de manifiesto un patrón que, *a fortiori*, dan lugar a dudas justificables en cuanto a su confiabilidad para ejercer un juicio independiente e imparcial en este arbitraje. [...] Las circunstancias pertinentes, vistas en forma global, confirman la existencia de una estrecha relación profesional y esfuerzos combinados, incluidos aquellos sobre cuestiones legales similares a aquellas en el presente caso, entre los abogados de la defensa de la Demandante y el Juez Schwebel, con base en los cuales cualquier tercera persona razonable concluiría [NT: que] él es, o parecería ser, parcial y no independiente”³⁸.

b. La Posición de la Demandante

43. De acuerdo a la Demandante, la recusación es “sin ninguna base legal o fáctica creíble” y debería ser desestimada. Específicamente, la Demandante argumenta que los nombramientos previos del Juez Schwebel como árbitro y testigo pericial por partes representadas por WilmerHale no exceden “los contactos normales entre profesionales en el ámbito del arbitraje internacional”, y que la Demandada no puede basarse en estas razones en conjunto³⁹.

1. Los nombramientos previos del Juez Schwebel en nombre de partes representadas por abogados de la defensa de la Demandante

³⁵ Solicitud de la Demandada, página 19; Refutación de la Demandada, página 11.

³⁶ Solicitud de la Demandada, página 19.

³⁷ Refutación de la Demandada, página 10, donde se cita *Universal Compression International Holdings, S.L.U. contra la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/9, Decisión sobre la Propuesta de la Demandante de Descalificar a la Profesora Brigitte Stern y el Profesor Guido Tawil, 20 de mayo del 2011, párrafo 71 (RCL-6), *OPIC Karimum Corp. contra la República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/14, Decisión sobre la Propuesta de Descalificar al Profesor Philippe Sands, 5 de mayo del 2011, párrafo 45 (RCL-4).

³⁸ Solicitud de la Demandada, páginas 19-20.

³⁹ Respuesta de la Demandante, página 1.

44. La Demandante sostiene que “los nombramientos previos del Juez Schwebel como árbitro y testigo pericial realizados por WilmerHale no pueden suscitar objetivamente dudas justificables acerca de su imparcialidad o independencia” según cualquier estándar pertinente⁴⁰.
45. Con respecto a los dos nombramientos previos del Juez Schwebel como árbitro, la Demandante argumenta que el nombramiento en el *Arbitraje Red Sea Islands* ocurrió en 1997, aproximadamente hace quince años, y el nombramiento en el *Arbitraje Abye* ocurrió en el 2008, aproximadamente hace cuatro años. En síntesis, “[n]ingún caso involucrado, de ninguna manera concebible, sea la Demandante MSDIA (o alguna entidad de Merck) o Ecuador; ningún nombramiento fue dentro de los tres años previos; ningún caso fue un arbitraje entre un inversionista y un Estado; ningún caso involucró cuestiones similares a aquellas planteadas en el presente arbitraje; y ambos casos fueron cuestiones de registro público, fueron bien conocidos para Ecuador; y ambos casos involucraron solo el servicio en calidad de árbitro independiente e imparcial”⁴¹. La Demandante advierte además que el *Arbitraje Red Sea Islands* y el *Arbitraje Abye* difieren significativamente del presente arbitraje. Estos arbitrajes fueron “diferencias territoriales y limítrofes regidas por el derecho internacional público”, resueltas por un tribunal de cinco miembros y no vinculadas con las partes o las cuestiones que han surgido en el presente arbitraje⁴².
46. La Demandante afirma además que la recusación es inoportuna, porque ambos nombramientos fueron “cuestiones de registro público” y que los abogados de la defensa de Ecuador deben haber tenido “pleno conocimiento” de ellos desde el momento del nombramiento del Juez Schwebel en este caso⁴³.
47. Con respecto a las dos participaciones del Juez Schwebel a través de WilmerHale en calidad de testigo pericial ante las cortes federales de los Estados Unidos, la Demandante observa que los casos no estuvieron interconectados. El Juez Schwebel fue contratado para considerar la misma cuestión en ambos casos y presentó “dictámenes periciales substancialmente idénticos”. Además, en el segundo caso, el cliente de WilmerHale fue una de las partes demandadas que contrataron y remuneraron conjuntamente al Juez Schwebel⁴⁴.
48. La Demandante señala la Lista Naranja 3.3.7 de las Guías de la IBA y argumenta que esta disposición no comprende la presente situación, porque el Juez Schwebel recibió solo dos y no “más de tres nombramientos por parte del mismo abogado de la defensa” y ninguno está dentro del período de tres años estipulado por las Guías de la IBA. La Demandante señala que una recusación similar basada en nombramientos repetidos fue rechazada sobre la base de esta disposición en *Universal Compression Holdings contra Venezuela*⁴⁵. La Demandante argumenta que la fecha de la conclusión de los procesos, en la cual se basa la Demandada, es irrelevante porque las “Guías de la IBA se centran de manera clara e intencional en el nombramiento del árbitro”⁴⁶. También señala que el estándar establecido por las Guías de la IBA no se cumpliría incluso si “todas las cuatro participaciones y nombramientos previos debieran tratarse por igual, *i.e.*, como el equivalente de los nombramientos de árbitros”⁴⁷. La Demandante señala asimismo que la Demandada no logra demostrar por qué un estándar diferente de aquél establecido por las

⁴⁰ Respuesta de la Demandante, página 4.

⁴¹ Respuesta de la Demandante, página 2.

⁴² Respuesta de la Demandante, páginas 2, 4.

⁴³ Respuesta de la Demandante, página 4.

⁴⁴ Respuesta de la Demandante, página 5.

⁴⁵ Respuesta de la Demandante, página 6, donde se cita *Universal Compression contra Venezuela*, *supra* nota 37, párrafo 86.

⁴⁶ Dúplica de la Demandante, página 6.

⁴⁷ Dúplica de la Demandante, página 5.

Guías de la IBA debería aplicarse en este caso y que el argumento de la Demandada de que las Guías de la IBA no son exhaustivas contradice su argumento pues “las Guías tratan sobre la presente situación directamente”⁴⁸.

49. Basada en la jurisprudencia arbitral, la Demandante sostiene que el “mero hecho de que un árbitro ha sido nominado regularmente (por partes arbitrales diferentes a recomendación del mismo Abogado de la defensa o la misma firma de abogados no debería en sí mismo dar lugar a dudas justificables en cuanto a su independencia e imparcialidad”⁴⁹. Además, la Demandante argumenta que los nombramientos repetidos son pertinentes solo cuando estos conducen a dependencia del árbitro del abogado de la defensa o a una “importancia profesional obvia para el árbitro de su relación con [el abogado de la defensa ... lo cual] sugeriría en términos razonables una posibilidad real de parcialidad”⁵⁰. Por otra parte, ésta afirma que el “sistema de arbitraje internacional sería impracticable”⁵¹.
50. La Demandante enfatiza que, en *OPIC Karimum Corp. contra Venezuela*, el tribunal rechazó una recusación basado en un número significativamente mayor de nombramientos repetidos, tanto en cifras absolutas, así como también en la proporción de nombramientos totales, del Profesor Philippe Sands por parte de Curtis Mallet-Prevost Colt & Mosle LLP. El tribunal rechazó la recusación basado en que los nombramientos repetidos no demostraron por sí solos una falta de independencia y que las demandantes no pudieron demostrar que el Profesor Sands tuviera dependencia financiera de los nombramientos repetidos⁵². La Demandante plantea que, en el presente caso, no existe ninguna “relación de dependencia” entre el Juez Schwebel y WilmerHale, porque los dos nombramientos previos como árbitro constituyen “escasamente el tres por ciento” de los nombramientos previos conocidos públicamente del Juez Schwebel como árbitro en más de 60 casos, sin siquiera considerar el “servicio del Juez Schwebel como abogado de la defensa o perito en otros incontables casos”, o su posición previa en la Corte Internacional de Justicia⁵³.
51. La Demandante agrega que “[n]o existe ninguna base legal para la posición de la Demandada de que el estándar en este caso debería ser inferior a la posible dependencia [...] En realidad, la Demandada ni siquiera intenta formular un estándar alternativo”⁵⁴. En este contexto, la Demandante pone de relieve la pertinencia de las decisiones del CIADI en las cuales ésta se basa, porque la Demandada se refirió también a ellas, y éstas son cuestiones en las cuales las impugnaciones se evaluaron considerando los principios expresados en las Guías del IBA, principios que la Demandada busca aplicar a este caso”⁵⁵. La Demandante señala también la jurisprudencia ajena al CIADI en la cual éste se basa para confirmar la aplicabilidad de la prueba de dependencia económica y afirma que la Demandada no la aborda ni la refuta⁵⁶.

⁴⁸ Dúplica de la Demandante, páginas 5-6.

⁴⁹ Dúplica de la Demandante, página 3. donde se cita *Referencia de la LCIA No. 81160*, Decisión dictada el 28 de agosto del 2009, en *Arbitration International, Special Edition On Arbitration Challenges*, Volumen 27, Publicación 3 (2011), página 451, párrafo 4.6 (CCL-5).

⁵⁰ Respuesta de la Demandante, página 7, donde se cita *Referencia de la LCIA No. 81160, ibid.*, párrafo 4.16.

⁵¹ Dúplica de la Demandante, página 7.

⁵² Respuesta de la Demandante, páginas 7-8, donde se cita *OPIC Karimum Corp. contra Venezuela, supra* nota 37, párrafo 21 (RCL-4).

⁵³ Respuesta de la Demandante, páginas 2, 8; Dúplica de la Demandante, página 3.

⁵⁴ Dúplica de la Demandante, página 3.

⁵⁵ Dúplica de la Demandante, página 4.

⁵⁶ Dúplica de la Demandante, páginas 4-5, donde se cita *Referencia de la LCIA No. 81224*, Decisión dictada el 15 de marzo del 2010, en *Arbitration International, Special Edition On Arbitration Challenges*, Volumen 27, Publicación 3 (2011), página 467, párrafo 4.4 (CCL-6), *Referencia de la LCIA No. 81160, supra* nota 49, párrafo 87, *Suez y otros contra Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19, Decisión sobre una Segunda Propuesta para la Descalificación de un Miembro del Tribunal Arbitral, 12 de mayo del 2008, párrafo 24 (RCL-11).

52. De acuerdo a la Demandante, los servicios del Juez Schwebel como perito para Shell Oil no influyen en su evaluación, porque el Juez Schwebel fue contratado en calidad de “testigo independiente, con deberes de honestidad e integridad”⁵⁷. Además, las participaciones no ocurrieron en los tres años previos, y el Juez Schwebel ha recibido otros numerosos nombramientos como perito durante este período⁵⁸. La Demandante hace hincapié en que el “Juez Schwebel ha estado desde hace mucho tiempo entre los árbitros y peritos más solicitados y nombrados en el derecho internacional público. No es creíble que se alegue que la contratación del Juez Schwebel en el pasado para que proveyese un dictamen de testigo pericial en dos asuntos relacionados sobre una sola cuestión legal afectaría la imparcialidad o independencia hoy en este caso”⁵⁹.
53. La Demandante rechaza además la alegación de que había un “patrón de esfuerzos conjuntos por parte del Juez Schwebel y el abogado de la defensa de la Demandante”, considerando que “el servicio del Juez Schwebel en calidad de árbitro o testigo pericial implicó funciones independientes que él desempeñó con integridad”⁶⁰.
54. La Demandante argumenta que el caso *Gana contra Telekom Malasia* “no guarda ninguna relación con el presente caso” porque éste “involucró una situación en la cual se indispuso a un árbitro para que adoptase “posiciones *simultáneas*, discutiblemente incompatibles sobre una sola disposición de un tratado en procesos separados”⁶¹.
55. La Demandante contradice también el argumento de la Demandada de que el contenido de los dictámenes periciales del Juez Schwebel no tienen ninguna pertinencia para el presente caso. Plantea que el dictamen tiene que ver con la legalidad de la Ley Especial de Nicaragua 364 de acuerdo a los estándares internacionales del debido proceso, y que el dictamen del Juez Schwebel “proveyó principalmente un análisis de la propia ley”⁶². De acuerdo a la Demandante, “[e]l dictamen no involucró a Ecuador o sus cortes, no trató sobre el TBI entre los Estados Unidos y Ecuador, y no involucró cuestiones sobre una falta de objetividad o parcialidad por parte de un tribunal judicial”⁶³.
56. Además, la Demandante señala las impugnaciones al Profesor Stern en *Tidewater contra Venezuela* y al Profesor Campbell McLachlan en *Urbaser S.A. contra Argentina* para argumentar que “incluso si el Juez Schwebel hubiera expresado previamente opiniones sobre cuestiones pertinentes en este caso, lo cual no hizo, eso no podía servir como base para descalificación”⁶⁴. De acuerdo a la Demandante, “los dictámenes jurídicos previos, incluso atinentes a una cuestión similar, no pueden servir como base para la descalificación”⁶⁵.

⁵⁷ Respuesta de la Demandante, página 8.

⁵⁸ Respuesta de la Demandante, páginas 8-9, donde se cita *Referencia de la LCIA No. 97/X27*, Decisión dictada el 23 de octubre de 1997 (CCL-4).

⁵⁹ Respuesta de la Demandante, página 8.

⁶⁰ Respuesta de la Demandante, página 9.

⁶¹ Respuesta de la Demandante, página 9, nota 25; Dúplica de la Demandante, página 8, nota 17. Énfasis agregado por la Demandante.

⁶² Respuesta de la Demandante, página 5; Dúplica de la Demandante, página 6.

⁶³ Respuesta de la Demandante, página 9; Dúplica de la Demandante, páginas 7-8.

⁶⁴ Respuesta de la Demandante, página 10, donde se cita *Tidewater contra Venezuela*, *supra* nota 14, párrafo 67, *Urbaser S.A. contra Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/26, Sobre la Propuesta de la Demandante de Descalificación del Profesor Campbell McLachlan, Árbitro, 12 de agosto del 2010, párrafos 23, 41 (CCL-8).

⁶⁵ Dúplica de la Demandante, página 6.

2. Las revelaciones tardías e incompletas del Juez Schwebel

57. La Demandante rechaza que la revelación tardía e incompleta del Juez Schwebel en sí misma pueda sustentar la recusación presentada por la Demandada o que agrave de alguna manera las otras razones para la recusación.
58. De acuerdo a la Demandante, una “no revelación no es en sí misma una razón para una recusación” según las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI. Además, la Demandante señala el comentario, la jurisprudencia arbitral y las Guías de la IBA para argumentar que únicamente los hechos y circunstancias que no se revelaron pueden suscitar dudas con respecto a la imparcialidad e independencia del árbitro, no el hecho de la no revelación en sí misma⁶⁶. Plantea que según los estándares aplicables de las Reglas de la CNUDMI el Juez Schwebel no estaba obligado a revelar ninguna de las circunstancias y que, por lo tanto, las revelaciones que él hizo exceden su obligación contemplada en las Reglas de la CNUDMI⁶⁷.
59. La Demandante rechaza asimismo la invocación de la Demandada a las Reglas de Ética de la IBA al respecto. Sostiene que las Reglas de Ética de la IBA fueron reemplazadas explícitamente por las Guías de la IBA posteriores⁶⁸.
60. La Demandada argumenta además que “incluso si los argumentos [de la Demandada] acerca del estándar legal aplicable tuvieran algún mérito, que no lo tienen, el Juez Schwebel de hecho realizó la revelación oportuna en la Declaración de Revelación Común del Tribunal que se hizo circular a las partes el 22 de mayo del 2012”. Agrega que los nombramientos previos en calidad de árbitro y testigo pericial fueron de conocimiento público y se podían descubrir fácilmente⁶⁹. En todo caso, la Demandante considera la omisión del Juez Schwebel del segundo nombramiento como testigo pericial como “un mero descuido” dada la identidad sustantiva de los dos dictámenes periciales del 2005 y 2008⁷⁰. La Demandante plantea que la “alegación” de la Demandada de que “el Juez Schwebel jugó con la coordinación del tiempo de sus revelaciones en un esfuerzo de engañar a la Demandada no es más que una conjetura imprudente” y “sin ningún sustento probatorio”⁷¹.
61. La Demandante argumenta que el árbitro nombrado por la Demandada, Juez Bruno Simma, realizó una revelación igualmente “tardía” sobre un nombramiento previo por parte de Ecuador en un arbitraje de inversiones pendiente. Aun cuando la Demandante enfatiza en que ésta no duda de la independencia e imparcialidad del Juez Simma; sin embargo, sí advierte la incoherencia del argumento de Ecuador de que la revelación del Juez Schwebel en la Declaración de Revelación Común de las comunicaciones con los abogados de la defensa hace más de tres años constituye razones para la descalificación cuando su propio árbitro nombrado reveló un nombramiento **concurrente** realizado por una **parte** en este arbitraje precisamente al mismo tiempo⁷².
62. Por último, la Demandante rechaza la referencia de la Demandada al modelo de declaración de revelaciones de las Reglas de LA CNUDMI 2010, porque las reglas son inaplicables en el presente caso y, porque “el Juez Schwebel no tenía ninguna relación con MSDIA o la Demandada, de tal manera que incluso según el modelo de declaración de revelación de las

⁶⁶ Respuesta de la Demandante, páginas 11-12; Dúplica de la Demandante, páginas 12-13, donde se cita *Referencia de la LCIA No. 81160, supra* nota 49, párrafo 4.16 (CCL-5).

⁶⁷ Respuesta de la Demandante, página 3. Dúplica de la Demandante, página 10.

⁶⁸ Respuesta de la Demandante, página 12.

⁶⁹ Respuesta de la Demandante, páginas 12-13.

⁷⁰ Respuesta de la Demandante, páginas 13-14.

⁷¹ Dúplica de la Demandante, página 10.

⁷² Respuesta de la Demandante, páginas 3, 13; Dúplica de la Demandante, páginas 2,9.

Reglas 2010, su revelación de sus nombramientos previos por parte de WilmerHale no se requería⁷³.

3. Las circunstancias consideradas en conjunto

63. Con respecto al argumento de la Demandada de que los hechos y circunstancias antes descritos también dan lugar a dudas justificables si se los considera en conjunto, la Demandante argumenta que “[e]ste no es un argumento serio” y plantea que la Demandada no solo que no “explica en detalle de manera significativa” sobre éste, sino que tampoco provee ninguna autoridad de la naturaleza que fuere para sustentarlo⁷⁴. La Demandante añade que “no tiene ningún sentido que una recusación pueda tener éxito con agregar alegaciones que en sí mismas no tienen ningún valor” y pone de relieve que cada una de las razones en las que la Demandante se basa ha sido rechazada como base para una recusación en la jurisprudencia previa⁷⁵.
64. Por último, la Demandante refuta la invocación de la Demandada de las razones para su primera recusación, para lo cual afirma que las razones provistas previamente para apoyar una inferencia de parcialidad contra el abogado de defensa de la Demandada son completamente irrelevantes para la presente recusación⁷⁶. En este contexto, la[] Demandante[] también considera[] exageradas e infundadas las referencias de la Demandada a una supuesta ridiculización de la Demandada por parte del Juez Schwebel en una publicación hace dos años, y a una supuesta “colaboración académica . . . frecuente entre el Juez Schwebel y un miembro del grupo de abogados de la Demandante”⁷⁷.

c. Los comentarios del Juez Schwebel

65. En su comentario de fecha 10 de julio del 2012, el Juez Schwebel afirma que la recusación es infundada⁷⁸.
66. El Juez Schwebel presenta un resumen de los hechos de sus nombramientos previos realizados por partes representadas por el abogado de la defensa de la Demandante. En primer lugar, él afirma que, en 1997, fue nombrado árbitro en el *Arbitraje Red Sea Islands (Eritrea / Yemen)* por el Gobierno de Eritrea. El Juez Schwebel advierte que el Sr. Gary Born de WilmerHale (en ese entonces, Wilmer Cutler) solo actuó como co-asesor jurídico para el abogado principal de la defensa, Profesor Brilmayer, y enfatiza que el “Sr. Born y la empresa de Wilmer Cutler no actuó en la segunda fase del caso”⁷⁹.
67. Luego afirma que en el 2008 fue nombrado árbitro por el Movimiento de Liberación del Pueblo de Sudán (el “SPLM”, por sus siglas en inglés) en el *Arbitraje Abyei* (Gobierno de Sudán / Movimiento de Liberación del Pueblo de Sudán) y que el Sr. Gary Born actuó como el abogado principal de la defensa del SPLM en el caso⁸⁰.
68. En tercer lugar, afirma que, el 14 de enero del 2005, a solicitud de WilmerHale en nombre de Shell Oil Company, él presentó una Declaración ante la Corte Distrital de los Estados Unidos en California en el caso *Shell Oil Company contra Sonia Eduardo Franco Franco et al.* concerniente

⁷³ Dúplica de la Demandante, página 12.

⁷⁴ Respuesta de la Demandante, página 14.

⁷⁵ Respuesta de la Demandante, página 14.

⁷⁶ Respuesta de la Demandante, página 14.

⁷⁷ Dúplica de la Demandante, páginas 8-9.

⁷⁸ Comentarios del Juez Schwebel, página 3.

⁷⁹ Comentarios del Juez Schwebel, página 1.

⁸⁰ Comentarios del Juez Schwebel, página 1.

a la compatibilidad con las obligaciones legales internacionales de Nicaragua de la Ley Especial de Nicaragua 364 y una sentencia de una corte nicaragüense contra Shell Oil Company basada en ellas⁸¹.

69. En cuarto lugar, el Juez Schwebel expresa que, en el 2008, los mismos abogados de la defensa y en nombre de la misma compañía le solicitaron que “diera precisamente el mismo dictamen en el caso estrechamente relacionado [...] *Miguel Ángel Sánchez Osorio et al. contra Dole Food Company, The Dow Chemical Company, Occidental Chemical Company, y Shell Oil Company*”, el cual presentó ante la Corte de Circuito Judicial en el Condado Miami-Dade el 6 de junio del 2008⁸².
70. El Juez Schwebel argumenta que, debido a la identidad de las opiniones presentadas en el 2005 y 2008, “[e]n substancia, yo había dado un solo dictamen que Shell empleó dos veces en el curso del litigio sobre la misma ley nicaragüense, y no pensé en enumerar por separado dos dictámenes” en la Declaración de Revelación Conjunta⁸³. En su opinión, basarse en su fusión accidental de los dos dictámenes idénticos como base para una recusación es “desproporcionado”⁸⁴.
71. El Juez Schwebel argumenta que la alegación de una revelación tardía debería tomar en cuenta la recusación previa de la Demandada a su nombramiento. De acuerdo al Juez Schwebel, “[e]sa recusación con fuerte presión naturalmente consumió mi atención. Estaba preocupado por ella y, en vista de ella, mientras estaba pendiente no se me ocurrió revelar nombramientos previos por parte de WilmerHale, mucho más porque esos nombramiento[s] fueron pocos, se hicieron hace años, y en materias no relacionadas con el caso del momento”⁸⁵. Advierte que el Juez Simma también consideró razonable retener la revelación o, sin darse cuenta, dejó de revelar sus nombramientos previos y actuales por parte de la Demandada hasta poco después del rechazo de la recusación de la Demandada cuando los miembros del Tribunal emitieron su Declaración de Revelación Conjunta⁸⁶.

III. RAZONAMIENTO

a. Estándar legal

72. Las Partes están de acuerdo en que los estándares aplicables para la resolución de la recusación de la Demandada se encuentran en los Artículos 9 y 10(1) de las Reglas de la CNUDMI⁸⁷. El Artículo 10(1) establece que un “árbitro podrá ser recusado si existen las circunstancias que dieran lugar a dudas justificables en cuanto a la imparcialidad o independencia del árbitro”. El Artículo 9 de las Reglas de la CNUDMI exige que un árbitro revele “toda circunstancia que probablemente dé lugar a dudas justificables en cuanto a su imparcialidad o independencia”. La revelación deberá hacerse a las partes al momento en que el árbitro sea nombrado o escogido, “a menos que ellas hayan sido informadas por él sobre estas circunstancias”.
73. Ambos lados reconocen además que el estándar de las “dudas justificables” establecido por el Artículo 10(1) es de carácter objetivo: exige que una tercera persona razonable e imparcial, con

⁸¹ Comentarios del Juez Schwebel, página 2.

⁸² Comentarios del Juez Schwebel, página 2.

⁸³ Comentarios del Juez Schwebel, página 2.

⁸⁴ Comentarios del Juez Schwebel, página 2.

⁸⁵ Comentarios del Juez Schwebel, página 3.

⁸⁶ Comentarios del Juez Schwebel, páginas 2-3.

⁸⁷ Solicitud de la Demandada, página 6; Respuesta de la Demandante, página 4.

conocimiento de los hechos pertinentes considere que “existen circunstancias que dan lugar a dudas justificables en cuanto a la imparcialidad o independencia [del árbitro]”⁸⁸.

74. Sin embargo, las Partes no están de acuerdo en el estándar aplicable y el alcance de la revelación que exige el Artículo 9. La Demandada argumenta que el estándar es subjetivo y cita la prueba establecida por el Estándar General 3 de las Guías de la IBA de que “[s]i existieren hechos o circunstancias que pudiere, a los ojos de las partes, dar lugar a dudas en cuanto a la imparcialidad o independencia del árbitro, el árbitro revelará esos hechos o circunstancias [...], antes de aceptar su nombramiento”⁸⁹. De acuerdo a la Demandada, un árbitro debe por tanto revelar “todas las circunstancias que sean pertinentes para la evaluación de las partes de la confiabilidad del árbitro para actuar con la imparcialidad e independencia indispensables”⁹⁰. Entretanto, la Demandante argumenta que la prueba establecida por el Artículo 9 es objetiva y “presenta un límite más alto para la revelación que las Guías de la IBA que proveen una prueba subjetiva”⁹¹. La Demandante plantea, en todo caso, que las Guías de la IBA “no adoptan una prueba puramente subjetiva” como se refleja en la Lista Verde de situaciones que nunca dan lugar a dudas justificables⁹².
75. Debería advertirse que las Guías y las Reglas de Ética de la IBA (i) son promulgadas por un organismo privado que no puede pretender legislar para el arbitraje internacional en general; y, (ii) en las propias Guías de la IBA, se reconoce expresamente que éstas “no son disposiciones legales y o anulan ninguna ley nacional aplicable o reglas de arbitraje escogidas por las partes”⁹³. En ausencia de un acuerdo de las partes en una discrepancia sobre la aplicación de las Guías de la IBA a una recusación, las Guías de la IBA representan solo los puntos de vista no vinculantes de un grupo de profesionales sobre los conflictos de interés de los árbitros.
76. Si bien las Guías de la IBA consideran los hechos o circunstancias que “podrían, a los ojos de las partes, dar lugar a dudas”, el Artículo 9 de las Reglas de la CNUDMI exige que un árbitro revele “toda circunstancias que probablemente diere lugar a dudas justificables concernientes a su imparcialidad o independencia”. Toda duda debería resolverse a favor de la revelación.
77. No obstante, la no revelación no da lugar automáticamente a dudas justificables de acuerdo al Artículo 10(1) de las Reglas de la CNUDMI. Como argumentó la Demandada, esto depende de las circunstancias del caso, las cuales incluyen “si la no revelación fue inadvertida o no intencional, si fue el resultado de un ejercicio honesto de la discreción, si los hechos que no se revelaron suscitaron cuestiones obvias acerca de la imparcialidad e independencia, y si la no revelación es una anomalía de parte de un árbitro concienzudo o parte de un patrón de circunstancias que generen dudas en cuanto a la imparcialidad”⁹⁴.
78. Por último, los nombramientos de peritos, aunque son diferentes por naturaleza de los nombramientos de los árbitros, siguen siendo pertinentes para la consideración de la independencia e imparcialidad de los árbitros. La relación e interacción financiera directa entre la

⁸⁸ Solicitud de la Demandada, páginas 6-8; Refutación de la Demandada, página 3, nota 11; Respuesta de la Demandante, página 4. *National Grid PLC contra la República Argentina*, Caso LCIA UN 7949, Decisión sobre la Impugnación al Sr. Judd L. Kessler, 3 de diciembre del 2007.

⁸⁹ Solicitud de la Demandada, página 3, donde se citan las *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, Estándar General 3(c), Revelación por parte del Árbitro, página 9 (RCL-3). Énfasis agregado por la Demandada.

⁹⁰ Solicitud de la Demandada, página 3.

⁹¹ Respuesta de la Demandante, página 11, nota 30.

⁹² Dúplica de la Demandante, página 11.

⁹³ *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*, Introducción, párrafo 6 (RCL-3).

⁹⁴ S.A. Baker & M. D. Davis, *The UNCITRAL Arbitration Rules in Practice: The Experience of the Iran-United States Claims Tribunal* (1992), página 50 (RCL-31).

parte o su abogado de la defensa y el perito vuelve a dichas relaciones pertinentes para la revelación según el Artículo 9 y para la consideración en el caso de una recusación.

b. La recusación de la Demandada al Juez Schwebel

79. Para evaluar esta recusación, he considerado todos los planteamientos de las Partes y los comentarios del Juez Schwebel. Sin embargo, para decidir sobre la recusación, abordaré solo las cuestiones que considere necesarias para llegar a mi decisión.
80. La Demandada impugna la imparcialidad e independencia del Juez Schwebel por tres razones: primera, la revelación tardía e incompleta por parte del Juez Schwebel; segunda, los múltiples nombramientos del Juez Schwebel en calidad de árbitro y perito en nombre de partes representadas por abogados de la defensa de la Demandante; y, tercera, una suma de las dos primeras razones.
81. El Juez Schwebel realizó las revelaciones el 22 de mayo del 2012 en la Declaración de Revelación Conjunta y el 6 de junio del 2012, la Demandada conoció mediante la correspondencia enviada por los abogados de la defensa de la Demandante sobre la participación adicional del Juez Schwebel en calidad de testigo pericial en *Miguel Ángel Sánchez Osorio et al. contra Dole Food Company, Inc. et al*⁹⁵. Dado que la Demandada tuvo conocimiento de la participación adicional como perito el 6 de junio del 2012, la recusación, considerada por lo que se aprecia, cumple los requisitos de oportunidad de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

1. Las revelaciones tardías e incompletas del Juez Schwebel

82. La Demandada afirma que la revelación tardía e incompleta del Juez Schwebel está en violación de la obligación de revelar según el Artículo 9 y da lugar a dudas justificables en cuanto a su imparcialidad e independencia de acuerdo al Artículo 10(1).
83. La revelación total por parte de un árbitro al momento de su nombramiento es indispensable, no solo para garantizar la legitimidad general de los procesos arbitrales, sino también para permitir que las partes evalúen si desean ejercer sus derechos a recusar a un árbitro de acuerdo a las Reglas de la CNUDMI si son de la opinión de que el árbitro no cumple el estándar indispensable de independencia e imparcialidad⁹⁶. El Juez Schwebel fue nombrado árbitro por la Demandante el 29 de noviembre del 2011. No obstante, fue solo el 22 de mayo del 2012 que él reveló dos nombramientos previos en calidad de árbitro en arbitrajes limítrofes que involucraban Estados en nombre de partes representadas por los abogados de la defensa de la Demandante, así como también una participación como testigo pericial en nombre de una parte representada por el abogado de la defensa de la Demandante en un proceso en una corte distrital de los Estados Unidos. Además, el 6 de junio del 2012, la Demandada conoció que el Juez Schwebel había actuado como perito en nombre de la misma parte representada nuevamente por el abogado de la defensa de la Demandante en otro caso en una corte distrital de los Estados Unidos.
84. Incluso si la Demandada y su abogado de la defensa hubieran conocido o se debía suponer que han conocido sobre los nombramientos del Juez Schwebel en dos arbitrajes públicos y de alto perfil, esto no exoneraría al Juez Schwebel de su obligación de realizar una revelación oportuna y completa. El Juez Schwebel debía haber revelado todos sus nombramientos recientes como árbitro o perito en nombre de partes representadas por el abogado de la defensa de la Demandante oportunamente al momento de su nombramiento en este caso. Estas circunstancias quedan comprendidas claramente dentro del alcance de su obligación de revelar, la cual el Juez Schwebel incumplió en este caso.

⁹⁵ Solicitud de la Demandada, página 10; Mensaje por correo electrónico enviado por Charles S. Beene al Sr. Mark Clodfelter, 6 de junio del 2012 (RCE-5).

⁹⁶ Gary Born, *International Commercial Arbitration* (2011), Vol. I, página 1620.

85. Sin embargo, las circunstancias de la revelación tardía e incompleta del Juez Schwebel no apoyan la inferencia de que él carezca de independencia o imparcialidad. Los precedentes en los que la Demandada se basa tienen que ver principalmente con la no revelación, antes que con la situación distinta de la revelación tardía. Las revelaciones hechas en la Declaración de Revelación Conjunta, si bien tardías, fueron no obstante a la iniciativa propia del Tribunal. La no revelación del Juez Schwebel del segundo dictamen pericial también parecería ser una omisión inadvertida en un ejercicio por otra parte honesto de la discreción, resultante de la conexión entre las dos participaciones como perito y del contenido casi idéntico de los dos dictámenes. Por lo tanto, considero que esta revelación tardía e incompleta es una anomalía de parte del árbitro antes que parte de un patrón de circunstancias que podrían suscitar dudas acerca de su imparcialidad.

2. *Los nombramientos previos del Juez Schwebel en nombre de partes por los abogados de la defensa de la Demandante*

86. La Demandada basa además su recusación en el hecho de que el Juez Schwebel fue nombrado en calidad de árbitro y de perito por el abogado de la defensa de la Demandante en cuatro casos previos y argumenta que estos establecen un “patrón de esfuerzos conjuntos por parte del Juez Schwebel y el abogado de la Demandante”⁹⁷.

87. La cuestión de los múltiples nombramientos involucra, pero no se limita a, una consideración de dependencia financiera originada en la significación de los nombramientos múltiples – y la expectativa de futuros nombramientos – para los ingresos del árbitro. La cuestión de los múltiples nombramientos también implica la cuestión de una afinidad desarrollada por el árbitro para la parte o el abogado de la defensa de la parte que lo ha nombrado en repetidas ocasiones. Por lo tanto, no debería limitarse a un examen de la dependencia financiera originada en los ingresos del árbitro generados por los nombramientos. La cuestión subsiste: ¿el número y la significación de los nombramientos considerados en contexto, y a la luz del período de tiempo durante el cual se hicieron los nombramientos, suscita dudas justificables desde la perspectiva de una tercera persona razonable e imparcial en cuanto a la independencia o imparcialidad del árbitro?

88. Los nombramientos previos del Juez Schwebel en calidad de árbitro en nombre de las partes representadas por el abogado de la defensa de la Demandante ocurrieron en 1997 y 2008, y los nombramientos como perito en el 2005 y 2008, aproximadamente quince, siete, y tres y medio años previos a su nombramiento en este caso.

89. Considerado en el contexto del número total de nombramientos del Juez Schwebel como árbitro o experto conocidos públicamente, los cuatro nombramientos previos en nombre de partes representadas por los abogados de la defensa de la Demandante no dan lugar a dudas justificables en cuanto a la independencia financiera del Juez Schwebel. En términos del posible efecto que los nombramientos podrían tener para una apariencia de imparcialidad de parte del Juez Schwebel, amerita un análisis más cuidadoso.

90. El nombramiento del Juez Schwebel en el *Arbitraje Read Sea Islands* es remoto en el tiempo – el nombramiento se realizó unos quince años antes del nombramiento que está sujeto a consideración ahora. Por otra parte, el nombramiento del Juez Schwebel en el *Arbitraje Byei* es un nombramiento importante y relativamente reciente. La persona que contrató al Juez Schwebel como perito en la primera cuestión de Shell Oil también es significativa. Sin embargo, el posible conflicto no se incrementa significativamente por el segundo dictamen. La presentación de un dictamen casi idéntico en un caso relacionado que involucra a la misma parte, el abogado de la defensa, y la materia vuelve a la segunda persona contratante similar a una continuación de la primera.

⁹⁷ Solicitud de la Demandada, página 15.

91. No obstante, el segundo dictamen podría acrecentar la apariencia de prejuicio en la medida que sus contenidos sean pertinente para la cuestión presente. Sin embargo, más allá de un resumen y análisis general de la ley sobre denegación de justicia en derecho internacional, el dictamen se centra en el examen de una ley y de sentencias nicaragüenses particulares dictadas de acuerdo a dicha ley. Por lo tanto, no expresa un dictamen sobre ninguna materia puesta en cuestión de manera distinta en el presente arbitraje. Tampoco demuestra una indisposición o imposibilidad aparente de considerar puntos de vista y argumentos alternativos que pudieran presentarse en el curso de este arbitraje. En realidad, el segundo dictamen es casi idéntico al primero, salvo la eliminación de unos cuantos párrafos en los cuales el Juez Schwebel había analizado y sacado conclusiones explícitamente en cuanto al cumplimiento del debido proceso internacional por parte de la ley y los procesos nicaragüense. El segundo dictamen se restringe por lo tanto más estrechamente a un simple análisis de la doctrina y la jurisprudencia pertinente sobre denegación de justicia, extraídas principalmente de fuentes en las que la propia Demandante se basa en estos procesos.
92. Tomando en cuenta las circunstancias pertinentes, los nombramientos previos del Juez Schwebel – si bien son aspectos de revelación importantes – no dan lugar a dudas justificables desde la perspectiva de una tercera persona razonable e imparcial. Los nombramientos previos son limitados en número y abarcaron un período significativo. No sirven de apoyo para la inferencia de que el Juez Schwebel haya desarrollado una afinidad particular o relación profesional estrecha con el abogado de la defensa de la Demandante. El contenido de los dictámenes periciales tampoco sugiere que él haya prejuzgado cuestiones en el presente caso.

3. *Las circunstancias consideradas en conjunto*

93. En tercer lugar, la Demandada argumenta que las circunstancias antes mencionadas, vistas en conjunto, “confirman la existencia de una relación profesional estrecha y de esfuerzos combinados [...] entre el abogado de la defensa de la Demandante y el Juez Schwebel, sobre la base de los cuales alguna tercera persona razonable concluiría que él es, o parecería ser, parcial y no independiente”⁹⁸.
94. Existe fundamento jurídico en el argumento de que varias circunstancias, consideradas en conjunto, pueden dar lugar a dudas justificables con respecto a la independencia e imparcialidad del árbitro, incluso cuando cada una de las circunstancias, vista por separado, no diere lugar a dudas justificables. Como se analizó previamente, ni las circunstancias de la revelación tardía e incompleta del Juez Schwebel, ni las circunstancias de sus nombramientos previos en nombre de las partes representadas por el abogado de la Demandante, dan lugar a dudas justificables por sí solas. Esta evaluación no cambia, en este caso, cuando se considera en conjunto. Los nombramientos previos a la par que la omisión inadvertida de un nombramiento previo en calidad de perito en un caso ante una corte distrital de los Estados Unidos para emitir un dictamen que es en gran medida idéntico a un nombramiento previo revelado voluntariamente, desde la perspectiva de una tercera persona razonable, objetiva e informada, no equivale a una “relación profesional estrecha” que dé lugar a dudas justificables en cuanto a la imparcialidad o independencia del Juez Schwebel.

IV. DECISIÓN

CONSIDERANDO LO ANTES EXPUESTO, yo, Hugo Hans Siblesz, Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje, una vez considerados los planteamientos de las Partes y los comentarios del Juez Stephen M. Schwebel, y habiendo establecido a satisfacción propia mi competencia para decidir esta recusación de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI,

⁹⁸ Solicitud de la Demandada, páginas 19-20.

RECHAZO MEDIANTE EL PRESENTE DOCUMENTO la recusación planteada contra el Juez Stephen M. Schwebel de acuerdo al Artículo 10(1) de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

Dado en La Haya el 8 de agosto del 2012.

[firma ilegible]

Hugo Hans Siblesz