
**EDF International S.A, SAUR International S.A. y
León Participaciones Argentinas S.A.**

Demandantes

c.

República Argentina

Demandada

Caso CIADI N° ARB/03/23

Procedimiento de Anulación

**OBSERVACIONES ADICIONALES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA
SOBRE LA PROPUESTA DE RECUSACIÓN DE TERESA CHENG**

14 de septiembre de 2015



PROCURACIÓN DEL TESORO DE LA NACIÓN

Posadas 1641

C1112ADC Buenos Aires

República Argentina



TABLA DE CONTENIDOS

| | |
|---|----|
| I. INTRODUCCIÓN..... | 1 |
| II. OBJETO..... | 3 |
| III. ESTÁNDAR JURÍDICO DE RECUSACIÓN BAJO EL CONVENIO CIADI | 4 |
| IV. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA DE RECUSACIÓN..... | 8 |
| A. La relación de la Sra. Cheng y un estudio jurídico que asiduamente litiga contra la República Argentina en arbitraje de inversión amerita su recusación | 8 |
| B. Las violaciones al deber de revelación y la falta de transparencia por parte de la Sra. Cheng exigen que sea apartada | 14 |
| C. La objetividad y apertura mental de la Sra. Cheng con respecto a uno de los reclamos de anulación sometidos a consideración del Comité <i>ad hoc</i> se encuentran viciadas..... | 26 |
| V. PETITORIO | 37 |

GLOSARIO DE TÉRMINOS

| | |
|--|--|
| §(§) | sección(es) |
| ¶(¶) | párrafo(s) |
| Argentina | República Argentina |
| art(s). | artículo(s) |
| Audiencia de Anulación | Audiencia de Anulación celebrada del 2 al 3 de junio de 2014 en la sede del CIADI en Washington, D.C. |
| Centro / CIADI | Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones |
| CIJ | Corte Internacional de Justicia |
| CNUDMI | Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional |
| Convenio (CIADI) | Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados |
| Decisión sobre Jurisdicción | <i>EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina</i> , Caso CIADI N° ARB/03/23, Decisión sobre Jurisdicción del 5 de agosto de 2008 |
| Decisión sobre Recusación | <i>EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina</i> , Caso CIADI N° ARB/03/23, Decisión sobre la Recusación relativa a la Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler del 25 de julio de 2008 |
| Demandada | República Argentina |
| Demandantes | EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. |
| Directrices de la IBA | Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional |
| Explicaciones de la Sra. Cheng | Explicaciones de la Sra. Teresa Cheng en relación con la Propuesta de Recusación de la República Argentina, 7 de septiembre de 2015 |
| Freshfields | Freshfields Bruckhaus Deringer LLP |
| Fundamentos de la Propuesta de Recusación | Fundamentos de la Propuesta de la República Argentina de Recusación de Teresa Cheng, 18 de agosto de 2015 |
| Laudo | <i>EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina</i> , Caso CIADI N° ARB/03/23, Laudo del 11 de junio de 2012 |
| Memorial de Anulación | Memorial de Anulación de la República Argentina del 28 de mayo de 2013 |
| Memorial de Anulación | Memorial de Anulación de la República Argentina del 28 de mayo de 2013 |
| Observaciones Adicionales de Argentina | Observaciones Adicionales de la República Argentina sobre la Propuesta de Recusación de Teresa Cheng, 14 de septiembre de 2015 |
| p(p). | página(s) |
| Propuesta sobre Recusación de GKK | Recusación de la señora Gabrielle Kaufman-Kohler presentada por la República Argentina el 29 de noviembre de 2007 |



Procuración del Tesoro de la Nación

| | |
|---|--|
| Regla(s) de Arbitraje | Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos Arbitrales del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, en vigor desde el 10 de abril de 2006 |
| Respuesta a la Propuesta de Recusación | Respuesta de las Demandantes a la Solicitud de Argentina de recusación de la Profesora Teresa Cheng, 25 de agosto de 2015 |
| Solicitud de Anulación | Solicitud de anulación y de suspensión de la ejecución del Laudo de la República Argentina, 9 de octubre de 2012 |
| TBI Argentina-Bélgica-Luxemburgo | Convenio entre la República Argentina y la Unión Económica Belgo-Luxemburguesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, suscripto el 28 de junio de 1990, en vigor desde el 20 de mayo de 1994 |
| TBI Argentina-Francia | Acuerdo entre el Gobierno de la República Argentina y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y la Protección Recíproca de las Inversiones, suscripto el 3 de julio de 1991, en vigor desde el 3 de marzo de 1993 |
| <i>Total c. Argentina</i> | <i>Total S.A. c. República Argentina (Caso CIADI N° ARB/04/1)</i> |



OBSERVACIONES ADICIONALES DE LA REPÚBLICA ARGENTINA SOBRE LA PROPUESTA DE RECUSACIÓN DE TERESA CHENG

La República Argentina respetuosamente presenta sus Observaciones Adicionales sobre la Propuesta de Recusación de Teresa Cheng (en adelante, Observaciones Adicionales de Argentina) en el caso *EDF International S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A c. República Argentina* (Caso CIADI N° ARB/03/23) - Procedimiento de Anulación, en los términos del artículo 57 del Convenio CIADI y la Regla de Arbitraje 9, sobre la base de la carencia manifiesta de Teresa Cheng de las cualidades exigidas por el apartado (1) del artículo 14 del Convenio CIADI.

I. INTRODUCCIÓN

1. El hecho de que la Sra. Cheng haya aceptado instrucciones de Freshfields, firma que representa a las partes demandantes en diez arbitrajes de inversión contra la República Argentina, en forma contemporánea a este procedimiento de anulación y al de *Total c. Argentina* (arbitraje en el que dicha firma representa a la parte demandante) y su omisión de revelar dicha relación antes de aceptar recibir tales instrucciones, son en sí mismos lo suficientemente graves como para que la República Argentina, como cualquier tercer observador, hayan perdido la confianza en la independencia e imparcialidad de juicio de la Sra. Cheng. En efecto, el daño ya ha sido ocasionado y las dudas razonables y justificadas sobre su independencia e imparcialidad de juicio ya están instaladas y son concretas. Más aún cuando, en este caso en particular, la Sra. Cheng tiene que decidir sobre una cuestión similar a aquella por la que ha pasado y está pasando, y que es el proceder de un árbitro ante un conflicto de interés y el deber de investigación, revelación y notificación.
2. Los vínculos que han relacionado a la Sra. Cheng y Freshfields son directos, tanto los pasados como los contemporáneos a este procedimiento. A diferencia de lo que ha ocurrido en otros casos, es la propia Sra. Cheng quien ha recibido instrucciones —tanto antes como durante este procedimiento— de Freshfields y es ésta la conducta reprochable desde que decidió incumplir su obligación de revelar la información que pudiera resultar de relevancia.
3. Peor aún, la Sra. Cheng insiste que no tiene la obligación de informar como miembro de comités de anulación en procedimientos que involucran a la República Argentina sus vínculos pasados o contemporáneos con los abogados de una firma que litiga asiduamente contra la República Argentina. Esta posición es crucial al momento de considerar una de las causales

de anulación en este procedimiento.

4. La conducta de la Sra. Cheng luego de su carta del 27 de julio de 2015 incrementó exponencialmente las dudas justificadas sobre su imparcialidad de juicio. En primer lugar, no fue sino hasta que la República Argentina solicitara mayor información que la Sra. Cheng informó de otros lazos que la han vinculado a Freshfields. En segundo lugar, dicha información siguió siendo parcial y ambigua, denotándose una falta de cooperación de la Sra. Cheng, en tanto no respondió a ninguna de las inquietudes de la República Argentina. Esta lamentable falta de transparencia para atender las dudas razonables y justificadas de la República Argentina sobre la imparcialidad de juicio de uno de los miembros de este Comité en virtud de haber tenido y seguir teniendo durante este procedimiento vínculos con una firma de abogados que representa a partes demandantes en diez arbitrajes de inversión contra la República Argentina, constituyen también motivos suficientes para que la Sra. Cheng sea separada de este procedimiento.
5. La distinción que la Sra. Cheng pretende introducir sobre la relación *solicitor-barrister* invocando incluso normas de procedimiento nacional es improcedente a la vez que inútil. Sin perjuicio que dicha normativa no es aplicable a un procedimiento CIADI, las propias normas que rigen ese vínculo confirman que la relación entre la Sra. Cheng y Freshfields en virtud del evento de abril de 2015 afecta la imparcialidad de juicio de la Sra. Cheng para decidir este procedimiento. La Sra. Cheng recibió instrucciones de Freshfields, la Sra. Cheng le facturó a Freshfields, la Sra. Cheng recibió honorarios de la mano de Freshfields —quien era el responsable personal del pago de los honorarios—, y la Sra. Cheng le debe a Freshfields el haber sido recomendada y serlo en el futuro.
6. Resulta también de extrema gravedad que todos los vínculos informados luego del 27 de julio de 2015 lo hayan sido frente a pedidos específicos de la República Argentina y no voluntariamente divulgados por la Sra. Cheng. Es ella quien asumió la obligación de informar “cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en [su] imparcialidad de juicio”. Es ella quien incumplió esa obligación.
7. La Sra. Cheng incluso tenía una ventaja sobre la discusión relativa a la obligación de informar. Una de las causales de anulación del presente procedimiento se refiere a la los conflictos de interés de Gabrielle Kaufmann-Kohler y su violación de los deberes de investigación, revelación y notificación. De hecho, la Sra. Cheng se mostró muy interesada



Procuración del Tesoro de la Nación

sobre estos temas durante la Audiencia de Anulación celebrada en mayo de 2014. Es entonces imposible pensar que, luego de tan afanada discusión, la Sra. Cheng haya optado por aceptar instrucciones de Freshfields y no comunicarlo a esta parte en *Total c. Argentina* y en el presente procedimiento de anulación.

8. A los vínculos de la Sra. Cheng con Freshfields y su omisión de revelarlos oportunamente, en este procedimiento de anulación se suma un fundamento de recusación adicional, que no fue planteado en *Total c. Argentina* y por ende no fue tratado ni resuelto en la decisión sobre recusación de la mayoría del comité de anulación en ese caso. Existen dudas justificadas de que la Sra. Cheng pueda abordar con objetividad y apertura mental uno de los reclamos de anulación que este Comité tiene ante sí. No es posible confiar que la Sra. Cheng abordará con imparcialidad el reclamo de anulación relativo a la incorrecta constitución del Tribunal en el procedimiento originario y al quebrantamiento grave de normas fundamentales de procedimiento en razón de los conflictos de interés de Gabrielle Kaufmann-Kohler y su violación de los deberes de investigación, revelación y notificación, y el conflicto de interés del árbitro Jesús Remón, cuando la propia Sra. Cheng se encuentra ante una situación de conflicto de interés que la afecta personalmente con respecto a la República Argentina. A ello se suma la posición que ella ha adoptado en relación con su propio deber de revelación. Estas circunstancias la han llevado a una situación no deseada de todo sujeto jurisdiccional, el ser juez en su propia causa.

II. OBJETO

9. El presente escrito complementa los Fundamentos de la Propuesta de la República Argentina de Recusación de Teresa Cheng del 18 de agosto de 2015 (en adelante, Fundamentos de la Propuesta de Recusación) y replica a la Respuesta de las Demandantes a la Solicitud de Argentina de recusación de la Profesora Teresa Cheng del 25 de agosto de 2015 (en adelante, Respuesta a la Propuesta de Recusación) y a las Explicaciones de la Sra. Teresa Cheng en relación con la Propuesta de Recusación de la República Argentina del 7 de septiembre de 2015 (en adelante, Explicaciones de la Sra. Cheng).

10. De conformidad con el calendario acordado por las partes,¹ del cual tomaron nota el Presidente del Comité y el Prof. Taniguchi,² estas Observaciones Adicionales se presentan dentro de los tres días hábiles desde la traducción al español de las Explicaciones de la Sra. Cheng, la cual fue enviada a las partes el 9 de septiembre de 2015.

III. ESTÁNDAR JURÍDICO DE RECUSACIÓN BAJO EL CONVENIO CIADI

11. Respecto del estándar jurídico de recusación bajo el Convenio CIADI, en principio, las Demandantes coinciden con lo expresado en los Fundamentos de la Propuesta de Recusación, en el sentido que:

- un comité de anulación tiene competencia para resolver una recusación de uno de sus miembros;³
- el artículo 14(1) del Convenio se refiere tanto la independencia como la imparcialidad;⁴
- la expresión “manifiesta” del artículo 57 del Convenio CIADI significa obvia o evidente, lo que implica un “estándar objetivo, basado en la evaluación razonable de la prueba, realizada por un tercero”;⁵ y
- para que prospere una propuesta de recusación bajo el Convenio y las Reglas de Arbitraje CIADI, “el solicitante no necesita demostrar una dependencia **real** o sesgo” sino que basta con “demostrar que un tercero podría determinar que existe un **aspecto** evidente u obvio de falta de imparcialidad e independencia basándose en una evaluación razonable de los hechos”.⁶

12. Sin embargo, las Demandantes cuestionan que el concepto de imparcialidad incluya, además de la ausencia de predisposición hacia alguna de las partes, la ausencia de predisposición

¹ Ver Nota SPTN N° 162/AI/15 de la Procuración del Tesoro de la Nación a los miembros del Comité *ad hoc* Sir Christopher Greenwood y al Prof. Yasuhei Taniguchi, 14 de agosto de 2015; Mensaje de correo electrónico de los abogados de las Demandantes a la Secretaria del Comité *ad hoc*, 14 de agosto de 2015.

² Mensaje de correo electrónico de Anneliese Fleckenstein, Secretaria del Comité *ad hoc*, a los abogados de las partes, 20 de agosto de 2015.

³ Respuesta a la Propuesta de Recusación, p. 2; *concordantemente* Fundamentos de la Propuesta de Recusación, ¶ 11.

⁴ Respuesta a la Propuesta de Recusación, p. 2; *concordantemente* Fundamentos de la Propuesta de Recusación, ¶¶ 12-13.

⁵ Respuesta a la Propuesta de Recusación, p. 3; *concordantemente* Fundamentos de la Propuesta de Recusación, ¶ 10.

⁶ Respuesta a la Propuesta de Recusación, pp. 3-4 (énfasis agregado); *concordantemente* Fundamentos de la Propuesta de Recusación, ¶¶ 14-17.



respecto de las cuestiones en disputa.⁷ Como se explicará más adelante,⁸ esto no es correcto.

13. En cuanto al estándar jurídico, la República Argentina ve con extrema preocupación la reciente decisión del comité de anulación en el caso *Total* sobre la propuesta de recusación de la Sra. Cheng,⁹ que se aparta de la última jurisprudencia del CIADI sobre esta cuestión, conforme a la cual el estándar jurídico de recusación consiste en demostrar la apariencia de dependencia o parcialidad.
14. En efecto, la mayoría del comité de anulación en el caso *Total c. Argentina* omitió analizar o considerar el argumento concerniente a la “apariencia de dependencia o parcialidad”, el que fue central en la propuesta de recusación de la República Argentina, como lo es en este procedimiento. A lo largo de dicha decisión no existe referencia alguna a la apariencia de imparcialidad e independencia de la que debe gozar todo árbitro y miembro de un comité de anulación. En definitiva, el comité de anulación en el caso *Total c. Argentina* basó su análisis en un estándar real de dependencia y parcialidad.
15. Las últimas decisiones sobre recusación en procedimientos del CIADI confirman que el mecanismo de recusación del CIADI no exige prueba alguna de dependencia o parcialidad real, sino que es suficiente establecer una **apariencia** evidente de dependencia o parcialidad basada en una evaluación razonable de los hechos del caso desde el punto de vista de un tercero observador. Es precisamente por ello que la Regla de Arbitraje 6(2) impone la obligación de notificar cualquier relación o circunstancia por la que una parte pueda cuestionar la confianza en la imparcialidad o independencia de juicio de un árbitro o miembro de un comité de anulación.
16. En efecto, en el caso *Urbaser*, los árbitros que decidieron la recusación afirmaron lo siguiente:

Los requisitos de independencia e imparcialidad tienen el objetivo de proteger a las partes ante la posibilidad de que los árbitros estén influenciados por factores distintos a los relacionados con los hechos del

⁷ Respuesta a la Propuesta de Recusación, p. 3 (respondiendo a Fundamentos de la Propuesta de Recusación, ¶ 13).

⁸ *Infra* § IV.C.

⁹ *Ver Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/04/1, Procedimiento de Anulación, Decisión sobre la Propuesta de la República Argentina de Recusación de la Sra. Teresa Cheng, 26 de agosto de 2015.

caso. Para volverse efectiva, esta protección no requiere que el prejuicio demuestre la falta de independencia o imparcialidad. La **apariencia** de tal prejuicio desde el punto de vista de un tercero razonable e informado es suficiente para justificar las dudas sobre la independencia o imparcialidad de un árbitro.¹⁰

17. En *Blue Bank*, el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI recordó: “Los artículos 57 y 14(1) del Convenio CIADI no requieren prueba de real dependencia o prejuicio; sino que es suficiente establecer la **apariencia** de dependencia o prejuicio. El estándar legal aplicable es un estándar objetivo basado en una evaluación razonable de la evidencia por una tercera parte”.¹¹ Esto fue reiterado por dicho funcionario, *inter alia*, en los casos *Burlington*,¹² *Mobil*,¹³ *ConocoPhillips*,¹⁴ *Caratube*,¹⁵ e *Içklale*.¹⁶
18. El mismo estándar se ha aplicado de conformidad con las Directrices de la IBA. Así, en la decisión sobre la recusación planteada en el caso *Perenco* se manifestó:

Un documento de 2004 escrito por los miembros del Grupo de Trabajo titulado “Antecedentes sobre las Directrices de la IBA sobre Conflictos de

¹⁰ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/07/26, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Profesor Campbell McLachlan, Árbitro, 12 de agosto de 2010, ¶ 43.

¹¹ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/12/20, Decisión sobre Propuestas de Recusación de la Mayoría del Tribunal, 12 de noviembre de 2013, ¶¶ 59-60 (traducción libre del original en inglés).

¹² *Burlington Resources, Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/08/5, Decisión sobre Propuesta de Recusación del Profesor Francisco Orrego Vicuña, 13 de diciembre de 2013, ¶¶ 66-67 (“Articles 57 and 14(1) of the ICSID Convention do not require proof of actual dependence or bias; rather it is sufficient to establish the appearance of dependence or bias. The applicable legal standard is an ‘objective standard based on a reasonable evaluation of the evidence by a third party’”).

¹³ *Mobil Exploration y Development Argentina, Inc., Suc. Argentina c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/04/16, Decisión sobre la Propuesta de Recusación a la mayoría del Tribunal, 4 de junio de 2015, ¶ 36 (“Articles 57 and 14(1) of the ICSID Convention do not require proof of actual dependence or bias; rather, it is sufficient to establish the appearance of dependence or bias”).

¹⁴ *ConocoPhillips Petrozuata B.V., ConocoPhillips Hamaca B.V., ConocoPhillips Gulf of Paria B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI N° ARB/07/30, Decisión sobre la Propuesta de Recusación a la mayoría del Tribunal, 1 de julio de 2015, ¶ 83 (“Los Artículos 57 y 14(1) del Convenio del CIADI no requieren prueba de que exista una dependencia o predisposición real, sino que es suficiente con establecer la apariencia de dependencia o predisposición”).

¹⁵ *Caratube International Oil Company LLP & Mr. Devincci Salah Hourani c. República de Kazajstán*, Caso CIADI N° ARB/13/3, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Sr. Bruno Boesch, 20 de marzo de 2014, ¶ 64 (traducción libre del original en inglés: “[T]he issue is not Mr. Boesch's actual independence and, even more so, not his actual impartiality, his state of mind, his ethical or moral strength, but rather whether a third party would find that there is an evident or obvious appearance of lack of impartiality or independence based on a reasonable evaluation of the facts in the present case”).

¹⁶ *Içklale İnşaat Limited Şirketi c. Turkmenistán*, Caso CIADI N° ARB/10/24, Decisión sobre la Propuesta del Demandante de Recusación del Prof. Philippe Sands, 11 de julio de 2014, ¶ 117.



Interés en Arbitraje Internacional” (“Antecedentes”) explica que las Directrices parten de la “premisa ampliamente aceptada de que un árbitro debe ser independiente e imparcial, esto es, sin sesgo”. En todas las jurisdicciones consideradas por el Grupo de Trabajo en la formulación de las Directrices, se acordó que “un desafío a la imparcialidad e independencia de un árbitro depende de la **apariencia** de parcialidad y no del sesgo real”. Los antecedentes proceden a explicar que:

Con base en el consenso virtual de los informes nacionales y en los debates de legislación nacional, el Grupo de Trabajo decidió que el estándar apropiado para una recusación es una “objetiva” apariencia de parcialidad, por lo que un árbitro deberá rechazar el nombramiento o negarse a seguir actuando como árbitro si existen hechos y circunstancias que formen en el punto de vista de una tercera persona razonable con conocimiento de los hechos relevantes dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro. Si un árbitro elige aceptar o continuar con un nombramiento una vez que el sesgo se ha sacado a la luz, la descalificación es apropiada y una recusación al nombramiento debería prosperar.¹⁷

19. Este estándar de “apariencia de parcialidad” también ha sido aplicado o reconocido por otros tribunales internacionales.¹⁸ Ya el Comité Consultivo para el establecimiento de la Corte Permanente de Justicia Internacional correctamente había manifestado: “La justicia, sin embargo, no sólo debe ser justa, sino **parecerlo**. Un juez no sólo debe ser imparcial, sino que no debe haber posibilidad de dudar sobre su imparcialidad”.¹⁹
20. Por lo expuesto, el estándar de **apariencia de parcialidad** es el que debe aplicar la mayoría del Comité al decidir la Propuesta de Recusación de la Sra. Cheng. Las Demandantes coinciden con este estándar.²⁰

¹⁷ *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador y Petroecuador*, Caso CIADI N° ARB/08/6, Decisión sobre Recusación de un Árbitro, 8 de diciembre de 2009, ¶ 43 (traducción libre del original en inglés).

¹⁸ *Ver, e.g., Palamara Iribarne c. Chile*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 22 de noviembre de 2005, ¶ 147; *Apitz Barbera y otros c. Venezuela*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 5 de agosto de 2008, ¶ 56; *Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-20/09, 29 de septiembre de 2009, ¶ 77; *Pullar c. Reino Unido*, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10 de junio de 1996, ¶¶ 30, 37.

¹⁹ Bin Cheng, Bin, *General Principles of Law as Applies by International Courts and Tribunals*, 1987, pp. 288-289.

²⁰ Respuesta a la Propuesta de Recusación, pp. 3-4 (“Según lo sostenido en varias decisiones recientes por el presidente del Consejo de Administración del CIADI, el término ‘manifiesto’ se interpreta aplicando el estándar de un ‘tercero razonable’: ‘El estándar legal aplicable a una propuesta de recusación de un árbitro es un «estándar objetivo, basado en la evaluación razonable de la prueba, realizada por un tercero»’. Para cumplir con esta norma objetiva, el solicitante no necesita demostrar una dependencia real o sesgo. Sin embargo, sí debe ‘demostrar que un tercero podría determinar que existe un aspecto evidente u obvio de falta de imparcialidad e independencia basándose en una evaluación razonable de los hechos en el presente caso’”).

IV. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA DE RECUSACIÓN

A. La relación de la Sra. Cheng y un estudio jurídico que asiduamente litiga contra la República Argentina en arbitraje de inversión amerita su recusación

21. El estudio de abogados de Freshfields ha representado y representa a la parte demandante en 10 arbitrajes contra la República Argentina, información que es de público conocimiento. Por su parte, la Sra. Cheng fue nombrada como miembro del comité de anulación en el caso *Total c. Argentina*, en el cual Freshfields representa a la demandante. En estas circunstancias, la Sra. Cheng nunca debió haber recibido instrucciones de la firma Freshfields, sea cual fuere la materia y la magnitud de la encomienda, durante la tramitación del procedimiento de anulación en el caso *Total c. Argentina* o mientras actúa como miembro de algún comité de anulación que involucra a la República Argentina.
22. Al respecto, cabe señalar que la instrucción fue contemporánea al presente procedimiento de anulación y al procedimiento de anulación en el caso *Total c. Argentina* puesto que, en ambos casos, al momento de recibir instrucciones de Freshfields en abril de 2015, la Solicitud de Anulación, el Memorial de Anulación y la Contestación de Anulación ya habían sido presentados en dicho procedimiento, incluso en este caso ya había tenido lugar la audiencia sobre anulación.
23. En las discusiones que se dieron en el caso *Total c. Argentina*, la Demandante y la Sra. Cheng hicieron hincapié en la distinción de *barrister* y *solicitor*. Lo mismo vuelve a hacer la Sra. Cheng en el presente procedimiento al invocar el derecho de Hong Kong y manifestar que no hay una relación contractual entre el abogado que actúa ante un tribunal (*barrister*) en Hong Kong y el abogado a cargo de la instrucción (*solicitor*), y que los honorarios no fueron pagados por Freshfields sino por el cliente.²¹ Sin perjuicio de la no relevancia de esa distinción a los efectos de ambos arbitrajes así como del derecho local de Hong Kong, resulta esencial tener en cuenta que quien convocó a la Sra. Cheng, para que prestase asesoramiento, fue Freshfields y que fue dicho estudio el que instruyó a la Sra. Cheng. No fue sino gracias a esa firma de abogados que la Sra. Cheng recibió una remuneración por el asesoramiento brindado en abril del corriente año. Circunstancia que fue reconocida por la propia Sra. Cheng

²¹ Mensaje de correo electrónico de la Secretaria del Comité *ad hoc* a las partes, 7 de septiembre de 2015 (transmitiendo mensaje de la Sra. Cheng).



Procuración del Tesoro de la Nación

quien indicó que la intervención de Freshfields se limitó a solicitar el servicio y a tramitar los pagos.²²

24. En este sentido, e incluso si se repara en la relación *solicitor-barrister*, no es menor el hecho de que “el abogado (*solicitor*) a cargo de la instrucción tiene el deber profesional de garantizar que [sus] honorarios sean aceptables para el cliente no letrado”.²³ En consecuencia, puede asumirse que se produjo una relación con Freshfields en la que la firma tiene el poder de influenciar la definición de ese monto. Así, el hecho de que la Sra. Cheng haya recibido la remuneración de parte del cliente y no de Freshfields no afecta el conflicto de interés que tiene en tanto no fue sino Freshfields el generador de la relación. De hecho, es un vínculo que se repitió en el tiempo; nótese que previo al inicio del arbitraje la Sra. Cheng ya había actuado en un arbitraje bajo instrucciones de Freshfields,²⁴ situación que tampoco fue oportunamente informada —esto es al momento de aceptar sus nombramientos como miembro de los comités de anulación, en particular el de *Total c. Argentina*—.
25. Dejando de lado la circunstancia de la remuneración, la conducta de **haber recibido instrucciones** de la mencionada firma es, en esencia, la conducta reprochable. El hecho de recibir instrucciones por parte de un estudio jurídico que litiga en diez arbitrajes contra la República Argentina es lo que hace que esta parte dude acerca de su imparcialidad e independencia. Más aún teniendo en cuenta que esta es la segunda firma que representa a partes demandantes en arbitrajes contra la República Argentina, por lo tanto es presumible que busque utilizar en un futuro decisiones que la favorezca en sus otros arbitrajes. Sobre todo cuando dos de esos casos son los de *Suez I* y *Suez II* en los que se discutirá también la cuestión de la falta de imparcialidad y la omisión en el deber de informar de la árbitro Kaufmann-Kohler que está pendiente de decisión también en el presente caso.
26. Por otro lado, las Demandantes afirman que las manifestaciones de la República Argentina vertidas en su Propuesta son irrelevantes por cuanto no identifican una relación entre la Sra. Cheng y EDF o sus abogados (Arnold & Porter LLP y Rattagan, Macchiavello, Arocena y

²² *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre la Propuesta de la República Argentina de Recusación de la Sra. Teresa Cheng, 26 de agosto de 2015.

²³ Explicaciones de la señora Cheng del 18 de agosto de 2015, en el caso *Total c. Argentina*.

²⁴ Nota de la Secretaria del Comité *ad hoc* a las partes, 6 de agosto de 2015, en el caso *Total c. Argentina*.

Peña Robirosa). En este sentido indica que la República Argentina “no identifica directriz, decisión, regla o norma alguna que respalde una recusación en las circunstancias que aquí se presentan”²⁵. Ellas se equivocan. Esta parte no intentó establecer una relación entre la Sra. Cheng y la firma de abogados que representa a la parte demandante en este procedimiento sino la relación que tiene con una firma de abogados que representa a otras partes demandantes en otros arbitrajes, y en este sentido la República Argentina sí ha fundamentado debidamente su postura en tanto ello afecta la independencia de la Sra Cheng.

27. En efecto, situaciones similares han dado lugar a que el árbitro en cuestión sea apartado o se aparte del procedimiento en el que venía actuando. En tal sentido, se ha hecho mención al caso *Fábrica de Vidrios Los Andes c. Venezuela (Favianca c. Venezuela)*²⁶ en el cual el árbitro Alexis Mourre renunció *en aras a la transparencia*, frente al vínculo *futuro* con una firma de abogados que litiga contra Venezuela ante tribunales CIADI al considerar que dicho vínculo afectaría los deberes de independencia e imparcialidad por los que se encuentra obligado.
28. En aquél caso, el árbitro Mourre declaró que a partir de mayo de 2015 tendría un acuerdo de asesoramiento con la firma Dechert LLP sobre cuestiones específicas que le habrían solicitado. Si bien el árbitro especificó que no sería un abogado de Dechert LLP y que no consideraba que las actividades de dicha firma fueran capaces de poner en duda su independencia e imparcialidad, brindó la información en tanto la firma Dechert tenía litigios contra Venezuela, en los que Mourre no estaba involucrado.²⁷ Ante estas circunstancias, la República Bolivariana de Venezuela presentó la recusación del Sr. Mourre quien, en consecuencia, renunció a su posición como árbitro.²⁸ Dicha renuncia fue luego aceptada por los demás árbitros.²⁹

²⁵ Respuesta a la Propuesta de Recusación.

²⁶ *Fábrica de Vidrios Los Andes, C.A. y Owens-Illinois de Venezuela, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI ARB/12/21, Decisión sobre la Propuesta de Recusación a la Mayoría del Tribunal, 16 de junio de 2015.

²⁷ *Ibíd.*, ¶ 6.

²⁸ *Ibíd.*, ¶ 11

²⁹ Según la información disponible en la página del Centro <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/12/21&tab=PRD>.



Procuración del Tesoro de la Nación

29. El vínculo que un árbitro tiene con los abogados de una de las partes, y no con la parte en sí misma, ha sido considerada por el propio Presidente del Consejo Administrativo como un vínculo que afecta su independencia, o al menos su apariencia. En el caso *Blue Bank c. Venezuela*, el Presidente aceptó la recusación de uno de los árbitros precisamente por sus vínculos con los abogados de una parte demandante en un arbitraje contra Venezuela.³⁰
30. Allí la relación era análoga a la del presente caso, en tanto la relación que motivó el conflicto de interés y dio lugar a la recusación era entre el árbitro, el Sr. Alonso, y los abogados de la parte demandante en **otro arbitraje** contra Venezuela (*Longreef c. Venezuela*).³¹ El árbitro José María Alonso fue recusado en virtud de su relación con la firma Baker & McKenzie Madrid S.L.P. —estudio jurídico que no representaba a la demandante sino a otra parte demandante en *Longreef c. Venezuela*—. El Secretario Administrativo señaló, respecto de esta relación, que el artículo 57 del Convenio del CIADI estaría satisfecho si se estableciera la “apariencia de dependencia o de parcialidad” (de modo que no había necesidad de demostrar la parcialidad real). El estándar para el establecimiento de esto fue el objetivo, en función de cómo un tercero podría evaluar razonablemente los hechos del caso.³² Esto fue suficiente para justificar las dudas sobre la independencia e imparcialidad del árbitro Alonso.³³
31. En este sentido, las circunstancias descritas son análogas a las del presente caso y puede decirse que aún peores, en tanto que la actuación de la Sra. Cheng no ha sido transparente al no haber brindado la información cuando debía. Está claro que los árbitros deben ser tanto imparciales como independientes³⁴ y que la imparcialidad se refiere a la ausencia de control externo.³⁵ Teniendo en cuenta lo manifestado por el Presidente del Consejo Administrativo en

³⁰ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. C. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/20, Decisión sobre las Propuestas de las Partes de Recusación de la Mayoría del Tribunal, 12 de noviembre de 2013, ¶¶ 66-68.

³¹ *Ibíd.*, ¶ 69.

³² *Ibíd.*, ¶ 60.

³³ *Ibíd.*, ¶ 69.

³⁴ *Ibíd.*, ¶ 58, *Burlington Resources, Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Propuesta de Recusación del Profesor Francisco Orrego Vicuña, ¶ 65; *Conocophillips Petrozuata B.V., Conocophillips Hamaca B.V., Conocophillips Gulf of Paria B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/30, Decisión sobre Propuestas de Recusación de la Mayoría del Tribunal, ¶ 50.

³⁵ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/20, Decisión sobre Propuestas de Recusación de la Mayoría del Tribunal, ¶ 59; *Burlington Resources, Inc. c. República de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decisión sobre Propuesta de Recusación del Profesor Francisco Orrego Vicuña, ¶ 66.

el caso *Blue Bank c. Venezuela*, bajo los artículos 57 y 14(1) del Convenio CIADI, basta probar la apariencia de dependencia o predisposición.³⁶ En consecuencia, en base a los hechos analizados —y teniendo en cuenta que en este caso a diferencia de lo ocurrido en *Favianca y Blue Bank*, la Sra. Cheng no informó sobre vínculos pasados y contemporáneos con la firma en cuestión hasta que esta parte le solicitó diera explicaciones— se desprende que la Sra. Cheng no inspira plena confianza en su imparcialidad de juicio ni ofrece una garantía de independencia en el ejercicio de sus funciones.

32. De hecho, sobre el evento de abril de 2015, la Sra. Cheng lamentablemente y a pesar de los requerimientos de esta parte no ha podido dar mayor precisión sobre la materia en la que prestó asesoramiento. En un primer momento afirmó sin manifestar dudas que se trataba de “disputas principalmente de accionistas”.³⁷ Luego agregó que creía recordar que se trataba sobre cuestiones procesales e indicó la página en la que se podrían acceder a las decisiones sobre las que dio su asesoramiento.³⁸ En tanto en dicha página se encuentran varias decisiones sobre los procesos indicados por la Sra. Cheng (HCA 1661/2014 y 1766/2014), la República Argentina solicitó que se indicara con precisión a cual se refería. La Sra. Cheng “ajustó” nuevamente su respuesta diciendo que se trataba de solicitudes interlocutorias sobre la designación de un liquidador interino.³⁹ Esta “evolución o ajuste” en las explicaciones de la Sra. Cheng muestra falta de transparencia.

33. Finalmente, las Demandantes manifiestan que:

Es revelador que la Argentina no haya expresado preocupación alguna por las relaciones de árbitros que han dado a conocer en el presente caso. Por ejemplo, cuando Sir Christopher Greenwood fue nombrado miembro del Comité, se reveló que había sido co-abogado con la firma de Arnold y Porter LLP en el procedimiento de anulación en el caso *Hussein Nuaman Soufraki c. EAU* (Caso CIADI No. ARB/07/7) ... el hecho de que no haya solicitado la recusación de Sir Greenwood sugiere que Argentina no cree que dicha

³⁶ *Blue Bank International & Trust (Barbados) Ltd. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/12/20, Decisión sobre Propuestas de Recusación de la Mayoría del Tribunal, ¶ 59.

³⁷ Nota de Teresa Cheng a las partes, 27 de julio de 2015 en *Total c. Argentina*.

³⁸ Nota de Teresa Cheng a las partes, 4 de agosto de 2015, p. 2, en *Total c. Argentina*.

³⁹ Comunicación de Teresa Cheng a las partes, 20 de agosto de 2015 en *Total c. Argentina*. Ver también Mensaje de correo electrónico de la Secretaria del Comité *ad hoc* a las partes, 7 de septiembre de 2015 (transmitiendo mensaje de la Sra. Cheng).



relación constituya una base creíble para una recusación.⁴⁰

34. Al respecto, cabe destacar que la relación descripta en el párrafo precedente se trató de un vínculo que había finalizado en 2007 y que fue informado oportunamente por el miembro del Comité al aceptar su designación.⁴¹ Dicha divulgación hecha al momento de aceptar la nominación como miembro de este Comité en relación a sus vínculos pasados con la firma Arnold & Porter debió haberle servido a la Sra. Cheng como ejemplo de la necesidad e importancia de informar sus vínculos con Freshfields. Sin embargo, ella no sólo omitió revelar oportunamente sus vínculos pasados con Freshfields, sino que —peor aún— recibió instrucciones de Freshfields **contemporáneamente** al presente procedimiento de anulación — y al de *Total c. Argentina*—, situación que no reveló antes de aceptar tales instrucciones. Todos estos eventos considerados en forma integral han afectado la confianza en la independencia e imparcialidad de juicio de la Sra. Cheng. A ello se suma la afectación de la objetividad y apertura mental de la Sra. Cheng con respecto a uno de los reclamos de anulación sometidos a consideración del Comité *ad hoc* en este procedimiento, como se discutirá en la última sección de este escrito.
35. Todo lo expuesto, indica que al momento de la designación de la Sra. Cheng tanto en el caso *Total c. Argentina* como en el presente procedimiento, ella era consciente de los conflictos que podrían surgir de los vínculos que mantenía con una firma de abogados que representa a partes demandantes en muchos arbitrajes contra la República Argentina. La falta de imparcialidad es evidente, y si no se condena esta actitud de la Sra. Cheng de aceptar recibir instrucciones de Freshfields será muy sencillo disfrazar, bajo esa figura, la influencia que firmas como la mencionada hagan sobre los árbitros que actúan en los arbitrajes en los que litigan. En este sentido, lo que la República Argentina está diciendo, es que no debe mirarse el ropaje jurídico del vínculo entre la Sra. Cheng y Freshfields, sino el hecho innegable de haber recibido instrucciones de dicha firma de abogados.
36. La Sra. Cheng sabe de su responsabilidad pues fue ella misma quien en el caso *Conoco c. Venezuela*, cuando fue nominada por el Presidente del Consejo Administrativo, frente a las objeciones que la República Bolivariana de Venezuela presentó por los vínculos de la Sra.

⁴⁰ Respuesta a la Propuesta de Recusación, § II.B.

⁴¹ Declaración del Sr. Christopher Greenwood, 31 de diciembre de 2012.

Cheng con Freshfields —abogados de la parte demandante en ese caso—, decidió no aceptar el nombramiento.⁴² En consecuencia, resulta insostenible su persistencia en querer seguir aferrándose a su rol de miembro en este arbitraje cuando ella misma rechazó un nombramiento por sus vínculos con Freshfields en otro caso.

37. Es innegable el perjuicio que, de rechazarse la recusación, se le causaría al sistema CIADI y la confianza que las partes involucradas puedan seguir teniendo en él será fatal. Como lo ha expresado el Sr. Mourre al insistir en la importancia de la divulgación de aquellas circunstancias que implican un conflicto de interés como basamento de la confianza de las partes en la imparcialidad de juicio de los árbitros, “son las instituciones arbitrales las que deberían continuar asumiendo la responsabilidad de sancionar las faltas al respecto y que deberían ser tan exigentes como sea posible”.⁴³ En este caso, es este Comité quien tiene la responsabilidad de impedir que estas conductas perjudiquen la confianza que las partes puedan tener en este mecanismo de solución de controversias. Esta responsabilidad está en cabeza de la Sra. Cheng, teniendo a su disposición la renuncia, o en su alternativa en la del resto del Comité, a través de la aceptación de la recusación.

B. Las violaciones al deber de revelación y la falta de transparencia por parte de la Sra. Cheng exigen que sea apartada

38. La Regla de Arbitraje 6(2) establece con incuestionable claridad que los árbitros y miembros de comités de anulación tienen la obligación de declarar “cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en [su] imparcialidad de juicio”. Las Demandantes confirman que esta regla se aplica a los miembros de comités de anulación.⁴⁴ En la presente sección la República Argentina realizará comentarios a las explicaciones de la Sra.

⁴² L. Eric Peterson y J. Hepburn, Background: Argentina Challenges ICSID Annulment Committee Member in Two Cases, after belated non-disclosure of Freshfields connections, 28 de Agosto de 2015, disponible en <http://www.iareporter.com/articles/background-argentina-challenges-icsid-annulment-committee-member-in-two-cases-after-belated-non-disclosure-of-freshfields-connections/>.

⁴³ Joanne Greenaway (Associate Editor), Celebrating a Vision: Queen Mary School of International Arbitration Turns 30 and Looks Ahead to the Next 30 Years, Kluwer Arbitration Blog, 1 de mayo de 2015, disponible en http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/05/01/celebrating-a-vision-queen-mary-school-of-international-arbitration-turns-30-and-looks-ahead-to-the-next-30-years/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogFull+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29 (Traducción del original en inglés) (“it is the arbitral institutions that should continue to take responsibility for sanctioning failures in this regard and should be as demanding as possible”).

⁴⁴ Respuesta a la Propuesta de Recusación, § I.



Cheng y de las Demandantes. Asimismo, dejará en claro que los árbitros y miembros de Comités de Anulación están obligados a expresar cualquier circunstancia de conformidad con la Regla 6(2) y la violación a dicha obligación exige el apartamiento del involucrado.

39. La Sra. Cheng sostuvo en su nota del 7 de septiembre de 2015 que

El fragmento que cita la República Argentina del Profesor Daele versa sobre el requisito de revelar toda relación con las partes, presentes o pasadas, de carácter profesional, comercial o de cualquier otra índole (si las hubiere) en virtud de la Regla 6(2)(a). Esta propuesta de recusación surge de una supuesta falta de revelación de mi relación profesional con Freshfields, por ende, la Regla 6(2)(a) no es aplicable.⁴⁵

40. La Sra. Cheng se equivoca. El Prof. Daele deja en claro en el citado trabajo que

El término “cualquier otra circunstancia” se refiere a cualquier otra circunstancia aparte de la relación del árbitro con las partes. **Es una categoría omnicomprendensiva que incluye virtualmente cualquier tipo de relación, interés o contacto con cualquier cosa o persona que en algún nivel esté relacionado al caso. Esto incluye relaciones del árbitro y de su estudio jurídico con abogados, co-árbitros y testigos tanto fácticos como periciales**⁴⁶

41. El fragmento citado del Prof. Daele es la única interpretación posible que surge del texto normativo en cuestión. Tal como indica la doctrina especializada sobre la regla 6(2):

Las circunstancias a ser reveladas por una persona designada incluyen cualquier relación profesional o comercial pasada o presente con las partes, así como “cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en [su] imparcialidad”. Este último requisito fue añadido por la modificación de las Reglas de Arbitraje en abril de 2006. Por lo tanto, un enfoque amplio de divulgación por una persona designada está justificado. Las reformas también introdujeron la obligación de continuar con el fin de garantizar la divulgación de los conflictos de interés que se desarrollaron después de un árbitro había hecho una declaración. **La responsabilidad de divulgación corresponde a cada árbitro, y es alentado por el Centro.**⁴⁷

⁴⁵ Nota de la Secretaria del Comité, 7 de septiembre de 2015.

⁴⁶ Karel Daele, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, “Disclosure”, International Arbitration Law Library (2012), pág. 1. El Prof. Daele aclara aún más la cuestión al referirse a la Regla 6(2) en los siguientes términos: “[u]n árbitro tiene ... el deber principal de revelar información a efectos de que la parte que lo/la designa pueda determinar si el candidato satisface los requisitos de independencia e imparcialidad. Tal revelación permite designar al árbitro correcto y evitar la selección de árbitros que pudieran subsecuentemente ser recusados...” *Ibíd.*, pág. 7.

⁴⁷ G. Petrochilos y S. Noury y D. Kalderimis, *ICSID Arbitration Rules, Chapter I, Arbitration Rule 6 [Constitution of the tribunal]*, en L. A. Mistelis (ed), *Concise International Arbitration* (2010), pp. 240-241 (traducción libre del original en inglés).

42. La defensa de la Sra. Cheng en este aspecto resulta estéril y, sin posibilidad alguna de refutar los argumentos de la República Argentina, acude a interpretaciones aisladas y carentes de sentido. Sin embargo, lo que realmente deben tener en cuenta los restantes miembros del Comité es la gravedad del proceder de la Sra. Cheng.
43. Por otro lado, las Demandantes llamativamente argumentan que no sería coherente con la posición de la República Argentina recusar a la Sra. Cheng sin antes recusar al Juez Greenwood quien declaró haber sido “co-abogado con la firma de Arnold y Porter LLP en el procedimiento de anulación en el caso *Hussein Nuaman Soufraki c. EAU*” lo cual, según sostienen, revelaría que “Argentina no cree que dicha relación constituya una base creíble para una recusación”.⁴⁸
44. El argumento de las Demandantes está destinado al fracaso por dos motivos: por un lado, la República Argentina argumenta que la Sra. Cheng no dio cumplimiento a su obligación de revelar “cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en [su] imparcialidad de juicio” de conformidad con la Regla 6(2). El Juez Greenwood por su parte, de manera oportuna dio cumplimiento a su obligación de revelar la información que pudiera resultar de relevancia, permitiendo a las partes ponderar esa información a efectos de concluir sobre su imparcialidad de juicio. Esto no se produjo en el caso de la Sra. Cheng quien, además de no informar sus vínculos pasados con la firma Freshfields, generó otros durante este procedimiento y el de *Total c. Argentina*.
45. Por el contrario, la conducta de la Sra. Cheng al momento de aceptar las nominaciones en los comités de anulación que involucran a la República Argentina contribuye a las dudas justificadas sobre su falta de independencia e imparcialidad.
46. Al aceptar sus designaciones, la Sra. Cheng identificó los procedimientos de anulación en los que intervenía señalando las partes involucradas y **sus abogados**. En cambio, al momento de aceptar la nominación en el caso *Total c. Argentina*, la Sra. Cheng eliminó de su declaración la identificación de los abogados que representan a las partes demandantes, como se observa en el cuadro que sigue. La única referencia sobre representación es respecto de la República Argentina. Este cambio en sus declaraciones es también un elemento de la falta de imparcialidad en relación con los vínculos entre los miembros de un comité y los abogados de

⁴⁸ Respuesta a la Propuesta de Recusación, pág. 9.



Procuración del Tesoro de la Nación

las partes.

| El Paso c. Argentina | EDF c. Argentina | Total c. Argentina |
|---|--|--|
| “Informo que soy miembro del Comité ad hoc en Impregilo S.p.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/17, y que Impregilo S.p.A. está representada por King & Spalding mientras que la República Argentina está representada por la Procuradora del Tesoro de la Nación ”. ⁴⁹ | “Informo que soy miembro del Comité ad hoc en Impregilo S.p.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/07/17, en el que Impregilo S.p.A. está representada por King & Spalding mientras que la República Argentina está representada por la Procuradora del Tesoro de la Nación , y del Comité ad hoc en El Paso Energy International Company c. República Argentina (Caso CIADI No. ARB/03/15) en el que El Paso Energy International Company está representada por Vinson & Elkins RLLP mientras que la República Argentina está representada por la Procuradora del Tesoro de la Nación ”. ⁵⁰ | “Informo que fui miembro del Comité ad hoc en el procedimiento de anulación de Impregilo S.p.A. c. República Argentina, Caso CIADI N° ARB/07/17, y actualmente soy miembro del Comité ad hoc en el procedimiento de anulación de EDF International, S.A., SAUR International S.A. y León Participaciones Argentinas S.A. c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/23, y miembro del Comité ad hoc en el procedimiento de anulación en El Paso Energy International Company c. República Argentina, Caso CIADI No. ARB/03/15. En todos estos procedimientos, la República Argentina ha sido representada por la ‘Dra. Angelina María Esther Abbona, Procuradora del Tesoro de la Nación ’”. ⁵¹ |

47. En el caso de la Sra. Cheng, el hecho de haber omitido deliberadamente, al momento de aceptar su nominación en *Total c. Argentina*, informar sobre sus vínculos pasados con Freshfields constituye una razón adicional —al evento de abril de 2015— que menoscaba su imparcialidad e independencia.
48. Por otro lado, el ocultamiento de información en los términos de la Regla 6(2) afecta la integridad del procedimiento y, por ende, ha de traer aparejada la remoción del árbitro/miembro de comité involucrado. Al respecto cabe recordar que el deber de revelar cualquier información que pueda resultar relevante para las partes tiene por objetivo permitir a las partes valorar toda la información relevante sin excepciones, manteniendo la integridad del procedimiento CIADI. Al efecto, el tribunal del caso *Hrvatska Elektroprivreda dd. c. Eslovenia* señaló certeramente que el tribunal está obligado a preservar la integridad del procedimiento, que

no deben estar contaminados por cualquier duda justificable sobre la imparcialidad o la independencia de cualquier miembro de Tribunal.

Se considera que, como cuerpo judicial regido por derecho internacional público, el Tribunal tiene un poder inherente de tomar medidas para

⁴⁹ Declaración adicional de la Sra. Cheng, *El Paso c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, procedimiento de anulación, 23 de mayo de 2012 (énfasis agregado) (Anexo A).

⁵⁰ Declaración adicional la Sra. Cheng, *EDF c. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/23, Procedimiento de Anulación, 21 de diciembre de 2012 (énfasis agregado) (Anexo B).

⁵¹ Declaración adicional de la Sra. Cheng en este procedimiento de anulación, 24 de abril de 2014 (énfasis agregado).

preservar la integridad del procedimiento.⁵²

49. La obligación de revelar cualquier información en los términos de la Regla 6(2) continúa durante todo el procedimiento. De esta forma, y a la luz de todo lo antedicho, se pone de manifiesto que la actitud adoptada por la Sra. Cheng resulta inconcebible y que no debe ni puede ser tolerada ya que su imparcialidad de juicio resulta cuestionable y contamina la integridad del presente procedimiento de anulación.
50. Por otro lado, cabe advertir a los restantes miembros del Comité que la reciente decisión en el procedimiento de anulación del caso *Total S.A. c. Argentina* no resulta antecedente válido en tanto no trató la cuestión relativa al deber de revelación de la Sra. Cheng. Simplemente concluyó que “[n]o hay nada en la evidencia que obra en este caso que sugiera que la Señora Cheng pretendió ocultar información que ha debido revelar” y que el momento que eligió la Sra. Cheng para revelar su vínculo con el estudio Freshfields “dada la cercanía de las audiencias, pudo no ser la más conveniente...”.⁵³ Todo ello sin haber analizado en qué consistía esa obligación y qué consecuencia tendría su violación.
51. En este caso, los miembros no recusados del comité deben abordar jurídicamente la violación al deber de revelación de conformidad con la Regla 6(2) y los efectos que tal quebrantamiento pudiera generar en la percepción de las partes y en la integridad del procedimiento de anulación. Recién entonces los miembros del Comité habrán de evaluar las violaciones al deber de revelación de la Sra. Cheng, pudiendo de esta manera observarse claramente el daño que esos hechos infligen a la integridad del presente procedimiento de anulación en virtud de su carente apariencia de imparcialidad.

⁵² *Hrvatska Elektroprivreda dd. c. Eslovenia*, Caso CIADI No. ARB/05/24, Decisión sobre la Participación del Sr. Mildon como Abogado, 6 de mayo de 2008, ¶¶ 30-33. Más específicamente, en lo relativo a las consecuencias del ocultamiento de información, Petrochilos, Noury y Kalderimis en su comentario a la Regla 6(2) señalan que si bien no está expresamente incluido, el incumplimiento de revelar información ha de dar lugar a recusación del árbitro/miembro de comité por imposibilidad de confiar en su imparcialidad de juicio: La Regla 6 no especifica expresamente una consecuencia por la falta de comunicación de una circunstancia o por la existencia de un conflicto de interés. Sin embargo, el Art. 57 y la Regla 9 proporcionan que una de las partes podrá proponer, mediante escrito al tribunal, la recusación de uno de sus miembros sobre la base de que ese miembro carece manifiestamente las cualidades requeridas por el párrafo 14(1), **que incluye la calidad de ser capaz de confiar en su imparcialidad de juicio**. G. Petrochilos, S. Noury y D. Kalderimis, *ICSID Arbitration Rules, Chapter I, Arbitration Rule 6 [Constitution of the tribunal]*, en L. A. Mistelis (ed), *Concise International Arbitration* (2010), p. 241 (traducción libre del original en inglés).

⁵³ *Total S.A. c. Argentina*, Caso CIADI N° ARB/04/1, Decisión sobre la Propuesta de la República Argentina de Recusación de la Sra. Teresa Cheng, 26 de agosto de 2015, ¶ 139.



Procuración del Tesoro de la Nación

52. Respecto de las respuestas brindadas por la Sra. Cheng en relación con su obligación de informar los vínculos con los abogados de una de las partes, se realizan las siguientes consideraciones.
53. Respecto de las respuestas brindadas por la Sra. Cheng en relación con su obligación de informar los vínculos con los abogados de una de las partes del caso *Total c. Argentina*, se realizan las siguientes consideraciones.
54. En primer lugar, resulta lamentable, además de demostrativo de lo delicado de su situación, que en sus explicaciones del 7 de septiembre la Sra. Cheng base gran parte de su defensa en que, según las reglas de la Asociación de Abogados de Hong Kong, ella no tuvo una “relación contractual” con Freshfields,⁵⁴ en vez de contestar la sustancia de la recusación: la existencia de un vínculo profesional contemporáneo con el estudio jurídico que representa a una de las partes en el procedimiento de anulación del caso *Total c. Argentina*, que además no fue revelado adecuadamente. Al respecto, cabe recordar que la sección del escrito de Fundamentos de la Propuesta de Recusación al que se refiere la Sra. Cheng concluye de la siguiente manera:

En síntesis, los vínculos de la Sra. Cheng con el estudio Freshfields y la omisión de informarlos de la manera y en el momento que correspondía, sean estos pasados o contemporáneos al procedimiento de anulación del caso *Total c. Argentina* y al presente procedimiento, conllevan que, como se dijo, sea manifiestamente imposible que inspire plena confianza en su imparcialidad de juicio.⁵⁵

55. Resulta inadmisibles que un miembro de un órgano jurisdiccional internacional pretenda justificar su falta de revelación de vínculos profesionales contemporáneos con el estudio jurídico de una de las partes, invocando distinciones formales derivadas de normas específicas de una jurisdicción nacional. Las cuestiones de ética referidas a miembros de tribunales y comités del CIADI no solamente están sujetas a normas y prácticas internacionales, sino que además deben resolverse atendiendo a la sustancia de los hechos en cuestión y no a distinciones formales.
56. Pretender que la existencia de un deber de revelación dependa de distinciones formales y de derecho local va en contra de nociones elementales de transparencia, además de privar de toda

⁵⁴ Explicaciones de la Sra. Cheng del 7 de septiembre.

⁵⁵ Fundamentos de la Propuesta de Recusación, ¶ 66.

relevancia a la obligación de revelación de los árbitros. Nadie debería estar discutiendo este punto: la Sra. Cheng debió revelar oportunamente que recibió instrucciones de Freshfields (es decir, tuvo un vínculo profesional) en el mismo momento en que esa firma representaba a una parte frente a un Comité integrado por la Sra. Cheng.

57. Ahora bien, según el propio texto citado por la Sra. Cheng —no se trata de una regla o decisión, sino de preguntas y respuestas existentes en la página de internet de una de las Asociaciones de Abogados (*Barristers*) de Hong Kong— por un lado, “[n]o existe relación contractual entre el abogado que actúa ante el tribunal (*barrister*) en Hong Kong y el abogado a cargo de la instrucción (*solicitor*)”.⁵⁶ A su vez, en el caso *Total c. Argentina*, la Sra. Cheng explicó que “[e]l recurso a disposición del abogado litigante (*barrister*) consiste en formular una queja ante el Colegio de Abogados (*Law Society*) en contra del abogado (*solicitor*) por no haber pagado sus honorarios. En ausencia de excusa razonable, **el abogado (*solicitor*) tiene responsabilidad personal como cuestión de conducta profesional por el pago de los honorarios correspondientes al abogado litigante (*barrister*)**”.⁵⁷ Llamativamente, esta explicación omitió darla ante este Comité.
58. Del propio texto transcrito por la Sra. Cheng en la explicación dada en el caso *Total c. Argentina* surge que ella tuvo una relación profesional con Freshfields de tal naturaleza, según la cual Freshfields tenía “responsabilidad personal” por el pago de los honorarios de la Sra. Cheng, quien eventualmente podía dirigir una queja por ese tema ante el Colegio de Abogados *contra Freshfields* y *no contra el cliente de Freshfields*. Dado que fue Freshfields quien le dio instrucciones a la Sra. Cheng y que era ese estudio el responsable legal de pagarle sus honorarios, el hecho de que esta relación profesional sea calificada como “contractual” o no bajo el derecho de Hong Kong es totalmente irrelevante para los presentes fines:⁵⁸

⁵⁶ Explicaciones de la Sra. Cheng del 7 de septiembre, p. 2.

⁵⁷ Explicaciones de la Sra. Cheng del 18 de agosto de 2015 en el caso *Total S.A. c. República Argentina*, (énfasis agregado) (Anexo D).

⁵⁸ Más allá de que también resulta irrelevante, desde el punto de vista del derecho continental parece difícil concluir que el vínculo entre Freshfields y la Sra. Cheng no tiene aspectos contractuales, al menos en cuanto al pago de los honorarios, dada la responsabilidad (*liability*) en cabeza de Freshfields a ese respecto. Ver, e.g., Código Civil Francés, artículo 1101: “Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose”. Disponible en http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=0D8E6F195A01E75E14D29047A236D759.tpdila18v_1?idSectionTA=LEGISCTA000006136340&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20150821. Ver también Código Civil y Comercial de la Nación de la República Argentina, artículo 957: “Definición. Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular,



Procuración del Tesoro de la Nación

cualquiera sea la naturaleza de este vínculo profesional bajo el derecho nacional, debió ser revelado.

59. Resulta relevante recordar aquí las conclusiones del tribunal del caso *Hrvatska Elektroprivreda, d.d. c. República de Eslovenia*, al decidir que un abogado designado por la Demandada —que pertenecía al mismo *Chambers* que el presidente del Tribunal— no podía seguir participando en el procedimiento. En ese caso, el Tribunal confirmó que “las *Chambers* no son estudios jurídicos” y que “[a] través de los años frecuentemente se ha aceptado que miembros de una misma *Chambers*, actuando como abogados, aparezcan frente a otros miembros que actúan como árbitros”.⁵⁹ Sin embargo, “también es cierto que esta práctica no es universalmente entendida y mucho menos universalmente aceptada”.⁶⁰
60. Dicho tribunal también destacaba: “Es cierto que muchas partes aceptarían sin problemas que un miembro de esos agrupamientos profesionales [esto es, las *Chambers*] no estaría afectado por ningún favoritismo al considerar las presentaciones hechas por otro miembro de su *Chambers*, pero de la misma manera otras partes podrían tener una visión diferente”.⁶¹ En definitiva, el tribunal de *Hrvatska* concluyó que estaba obligado a “preservar la integridad de los procedimientos y, en definitiva, de su Laudo”.⁶²
61. En segundo lugar, aun bajo las reglas de Hong Kong invocadas por la Sra. Cheng, asumiendo *arguendo* que tienen aquí la relevancia que ella les confiere, el intento de la Sra. Cheng de

modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. Disponible en <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#20>.

⁵⁹ *Hrvatska Elektroprivreda, d.d. c. República de Eslovenia*, Caso CIADI No. ARB/05/24, Decisión del Tribunal del 6 de mayo de 2008, ¶ 17.

⁶⁰ *Ibid.*, ¶ 18.

⁶¹ *Ibid.*, ¶ 20.

⁶² El tribunal se refería a los siguientes hechos (que en algunos aspectos guardan notable similitud sustantiva con los hechos de la presente recusación): El Tribunal no cree que exista una regla absolutamente clara respecto de si los *barristers* de una misma *Chambers* están siempre impedidos de estar involucrados, respectivamente, como abogados y árbitros en el mismo caso. Igualmente, sin embargo, no hay una regla absoluta en sentido contrario. La justificación de la preocupación depende de todas las circunstancias relevantes. Aquí, esas circunstancias incluyen, primero, el hecho que el sistema de *Chambers* de Londres es totalmente ajeno al Demandante; segundo, que la decisión consciente de la Demandada de no informar ni al Demandante ni al Tribunal la participación del Sr. Mildon en el caso, luego de su contratación en Febrero de este año, tercero lo tardío del anuncio de la Demandada de la participación del Sr. Mildon y, finalmente, la insistente negativa de la Demandada de revelar el alcance de la participación del Sr. Mildon, días antes del comienzo de la audiencia sobre el fondo. Las últimas tres cuestiones fueron errores de juicio de parte de la Demandada y han creado una atmósfera de preocupación y falta de confianza a la que es importante ponerle fin. *Ibid.*, ¶ 31 (notas al pie omitidas).

minimizar su vínculo con Freshfields es inaceptable. En este sentido, cabe comenzar por destacar que, de acuerdo a la página de internet invocada por la Sra. Cheng: “El acceso a los *barristers* del público en general es normalmente a través de los *solicitors*. La distancia entre el *barrister* y el cliente no letrado (*lay client*) ayuda a mantener la imparcialidad del *barrister*”.⁶³

62. Entonces, de acuerdo a la propia fuente citada por la Sra. Cheng, los contactos profesionales se entablan entre el *barrister* y los *solicitors*, es decir en este caso entre la Sra. Cheng y Freshfields. Pero hay aquí otro punto fundamental, en tanto de acuerdo a las normas aplicables en los países del *common law*: “Un *barrister* actúa sólo bajo instrucciones de un **cliente profesional**, y no lleva a cabo ningún trabajo de gestión, administración o conducción general de los asuntos del **cliente no letrado**”.⁶⁴
63. Si bien la Sra. Cheng, en sus explicaciones del 7 de septiembre, se refiere al concepto de “cliente no letrado” (*lay client*), cuidadosamente omite toda referencia al concepto que constituye la otra cara de la moneda: el cliente profesional (*professional client*). En la relación profesional que tuvo lugar en abril de 2015 —por nombrar la más reciente— Freshfields fue el cliente profesional de la Sra. Cheng, un cliente que cualquier *barrister* del mundo quisiera tener. En esa ocasión, Freshfields contrató (*engaged*) e instruyó (*instructed*) a la Sra. Cheng.
64. El hecho de que “[e]l interés del cliente no letrado tiene prevalencia sobre el interés del abogado a cargo de la instrucción”,⁶⁵ como alega la Sra. Cheng, no afecta en nada la existencia de una relación profesional entre el *barrister* y el cliente profesional. Nuevamente, no hay duda que esta relación profesional debió ser revelada, y es increíble que la Sra. Cheng no sólo no lo haya revelado oportunamente sino que además siga insistiendo que este tipo de relación (inclusive si es contemporánea con el procedimiento en cuestión) no debe ser revelada.⁶⁶
65. Además, según las reglas aplicables en Hong Kong invocadas por la Sra. Cheng, es el

⁶³ Ver <http://www.hkba.org/the-bar/aboutus/index.html> (traducción libre).

⁶⁴ Ver *Professional Ethics*, editado por Ros Carne, Oxford University Press, 15ta. edición (2010), pág. 21 (traducción libre, énfasis agregado).

⁶⁵ Explicaciones de la Sra. Cheng del 7 de septiembre, pág. 2.

⁶⁶ En este punto, cabe insistir en que, como lo disponen por ejemplo las Reglas IBA, el deber de revelación se aplica a aquellos “hechos o circunstancias” que “puedan, *en los ojos de las partes*, dar lugar a dudas sobre la independencia o imparcialidad del árbitro”. Directrices de la IBA, 3(a) (énfasis agregado).



Procuración del Tesoro de la Nación

solicitor quien debe decirle al cliente cuándo debe instruirse a un *barrister*;⁶⁷ el *solicitor* debe tener la precaución de recomendar a su cliente “un *barrister* con un nivel apropiado de competencia, adecuación y experiencia”, el *solicitor* “al considerar el asesoramiento del *barrister* debe asegurarse que no contiene errores obvios”, el *solicitor* debe “utilizar sus mejores esfuerzos para asegurarse que el *barrister* lleve cabo sus instrucciones dentro del tiempo especificado por el *solicitor*”, y cuando “sea apropiado un *solicitor* debe pedir que se devuelvan los documentos a efectos de instruir a otro *barrister*”.⁶⁸

66. Todo esto demuestra no solamente la clara relación profesional existente entre Freshfields y la Sra. Cheng. También desmiente el intento de la Sra. Cheng de alegar la no aplicación de la Regla 2.3.2, que refiere al supuesto en que “[e]l árbitro actualmente representa o asesora al abogado o a la firma legal que actúa como abogado de una de las partes”. No cabe duda que la Sra. Cheng brindó asesoramiento a Freshfields, que es quien debía asegurarse que ese asesoramiento no contenía “errores obvios”. Es más, aún si se instruye a un *barrister*, el *solicitor* “no debe permitir que sus propios conocimientos y juicio sean totalmente dominados” por el *barrister*.⁶⁹
67. En definitiva, aun considerando las reglas aplicables en Hong Kong, Freshfields fue el cliente profesional de la Sra. Cheng. La Sra. Cheng le brindó asesoramiento a Freshfields, que es con quien básicamente mantiene el contacto profesional.⁷⁰ La Regla 2.3.2 es entonces claramente aplicable y la situación de la Sra. Cheng queda encuadrada dentro del Listado Rojo (*renunciabile*) de las Directrices de la IBA, circunstancia que torna imperativa su recusación.
68. En tercer lugar, la Sra. Cheng alega: “Obtuve una remuneración en concepto del asesoramiento verbal brindado en virtud de las instrucciones del año 2015 por 4 horas al valor

⁶⁷ Ver The Law Society of Hong Kong, Guide to Professional Conduct, Vol 1, Regla 5.17, Comentario 3. Disponible en http://www.hklawsoc.org.hk/pub_e/professionalguide/volume1/default.asp?cap=5.1.17.

⁶⁸ *Ibid.*, Regla 12.03 (Solicitor Remains Responsible), Comentarios 1-3. Disponible en http://www.hklawsoc.org.hk/pub_e/professionalguide/volume1/default.asp?cap=12.1.3

⁶⁹ *Ibid.*, Regla 6.01, Comentario 6. Disponible en http://www.hklawsoc.org.hk/pub_e/professionalguide/volume1/default.asp?cap=6.1.1. Conforme se sostuvo en el *leading case Davy-Chiesman v Davy-Chiesman* de la Corte de Apelaciones inglesa, referido en las reglas de Hong Kong recién citadas, la regla general es que “salvo en situaciones excepcionales, un *solicitor* no puede ser criticado cuando actúa siguiendo el asesoramiento del abogado [i.e. *barrister*] adecuadamente instruido”. Ver *Davy-Chiesman v Davy-Chiesman* [1984] Fam 48, págs. 63-64.

⁷⁰ No puede afirmarse con total certeza que la Sra. Cheng no tuvo ningún contacto con el *lay client* porque, al igual que respecto de todos los otros puntos sobre los que se le pidió precisiones, la Sra. Cheng no brinda detalles sobre con quiénes específicamente mantuvo contacto en relación con el asunto de abril de 2015.

normal que cobro por hora en calidad de abogada que actúa ante el tribunal. Mis abogados no fueron abonados por Freshfields. Es el cliente no letrado el que paga, aunque lo haga a través de Freshfields”.⁷¹ Esto no es cierto ya que la Sra. Cheng le facturó a Freshfields, más allá de que luego Freshfields le traslade esos honorarios como un costo a su cliente. Además, como ya se explicó, el responsable personalmente frente al no pago de los honorarios de la Sra. Cheng no hubiese sido el cliente no letrado (*lay client*) sino Freshfields.

69. Claramente, la Sra. Cheng tomó la **decisión consciente de no informar** a las partes de una relación profesional que mantuvo con el estudio jurídico que representa a Total mientras ese proceso de anulación y el de *EDF* estaban tramitando (entre otras violaciones a su deber de revelación). Si bien las razones detrás de esa decisión se desconocen, la relación profesional y su no revelación son **hechos objetivos** que exigen la recusación de la Sra. Cheng.
70. Independientemente de lo expuesto, lo que interesa destacar es que los argumentos vertidos por la Sra. Cheng y los abogados de la parte demandante no disipan las dudas justificadas acerca de la falta de imparcialidad de juicio de la Sra. Cheng. Y eso es así, puesto que el motivo que justifica la recusación se configura a partir del momento en que la Sra. Cheng decidió recibir instrucciones de Freshfields y omitir informar de esta situación en el momento que correspondía. Esto es lo que hace que sea manifiestamente imposible que la señora Cheng inspire plena confianza en su imparcialidad de juicio y que exista argumento suficiente para su recusación.
71. La Sra. Cheng, al momento de aceptar la nominación, se había comprometido a:
- Asumo una obligación continua de notificar prontamente al Secretario General del Centro *cualquier relación o circunstancia* de aquéllas mencionadas que surjan posteriormente durante este.⁷²
72. Esas relaciones y circunstancias eran de “[su] experiencia profesional, de negocios y otras relaciones (de haberlas) con las partes, tanto anteriores como actuales y ... cualquier otra circunstancia por la que una parte pudiera cuestionar la confianza en [su] imparcialidad de juicio”.⁷³
73. Esta declaración y obligación que la Sra. Cheng asumió fue de conformidad con la Regla de

⁷¹ Explicaciones de la Sra. Cheng del 7 de septiembre, págs. 3-4.

⁷² Declaración de la Sra. Cheng, 24 de diciembre de 2012.

⁷³ *Ibid.*



Procuración del Tesoro de la Nación

Arbitraje 6(2), cuyo propósito ha sido —como lo explica la Secretaría General— “expandir el ámbito de declaraciones de los árbitros de manera que incluya *cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificables* así como afectar la confiabilidad del árbitro para tomar una decisión independiente”.⁷⁴ En este sentido, como lo explicó el tribunal de *Tidewater c. Venezuela* “El estándar de ‘ser capaz de generar dudas justificadas’, referido en las notas de la Secretaria del CIADI sobre el nuevo texto de la Regla de Arbitraje 6(2)(b), es tomado del estándar de divulgación requerido por el Reglamento de Arbitraje CNUDMI, que es también el estándar aplicable en esas Reglas a los cuestionamientos de los árbitros”.⁷⁵

74. No es menor el hecho de que la Sra. Cheng conoce perfectamente la preocupación y posición de la República Argentina sobre conflictos de interés y el deber de informar inherente al rol de un árbitro y miembro de un comité. Este reclamo de anulación fue debatido ampliamente durante la Audiencia de Anulación de este caso en junio del pasado año.⁷⁶ La propia Sra. Cheng formuló numerosas preguntas sobre este reclamo en la Audiencia de Anulación.⁷⁷ Es

⁷⁴ Documento de Trabajo de la Secretaría del CIADI. *Ver* Cambios Sugeridos a las Reglas y los Reglamentos CIADI, Documento de Trabajo de la Secretaría del CIADI, 12 de mayo de 2005, pág. 12, *disponible en* <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/Suggested%20Changes%20to%20the%20ICSID%20Rules%20and%20Regulations.pdf>. (Traducción libre del original en inglés) (“to expand the scope of disclosures of arbitrators to include any circumstance likely to give rise to justifiable doubts as to the arbitrator’s reliability for independent judgment”).

⁷⁵ *Tidewater Investment SRL y Tidewater Caribe, C.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/5, Decisión sobre Propuesta de Recusación de la Profesora Brigitte Stern presentada por la Demandante, 23 de diciembre de 2010, ¶ 38.

⁷⁶ *Ver, e.g.*, Transcripción corregida de la Audiencia de Anulación en inglés, 2 de junio de 2014, 75:21-92:16, 100:9-104:12 (alegato de apertura de la República Argentina); Transcripción corregida de la Audiencia de Anulación en inglés, 3 de junio de 2014, 251:4-262:11 (alegato de cierre de la República Argentina), 350:16-359:22 (preguntas del Comité *ad hoc*).

⁷⁷ *Ver, e.g.*, Transcripción corregida de la Audiencia de Anulación en inglés, 2 de junio de 2014, 78:9-11 (“MEMBER CHENG: Question: Just have the date when Professor Kaufmann-Kohler was appointed to the board of the UBS?”), 103:20-104:10 (“MEMBER CHENG: Can I ask the Parties to provide at some stage or if I have it--if it is in the Bundle, then I have missed it--the original disclosure statement by Mr. Remón? I don’t think I find it in the evidence that has been filed, if that can be provided to me later. The reason I ask for that is that I remember--I can’t remember which side made a comment about some general statements of disclosure made by Mr. Remón that his firm has acted for someone about something related to Argentina. I may have totally misremembered and, therefore, I ask to see the source document”), 142:5-11 (“MEMBER CHENG: Before you move on, can you help me with the--your case on the waive of point? Are they applicable to both Professor Kaufmann-Kohler as well as Professor Remón, and if so, how? Either you, yourself, will deal with it or maybe if Mr. Di Rosa is going to deal with it, I’d like to be clearer on that point”), 145:4-6 (“MEMBER CHENG: So that applies--your waiver applies only to Professor Remón and not Kaufmann-Kohler?”), 197:6-16 (“MEMBER CHENG: Just to let you know what I think I understand--and I may be wrong, and if that’s the case, someone will correct me. I thought Argentina was saying that in the letter of the 16th of April, which I believe it’s on your next slide, it was when Professor Remón said that the firm has traditionally provided legal advisory services, and, therefore, it must have gone back to those times. That was the implication that they got there about the timing. I believe that that’s how they put it in what they have said”).; Transcripción corregida de

por ello que resulta inadmisibile que a meses de esa audiencia la Sra. Cheng haya decidido recibir instrucciones de Freshfields y omitir informarlo a esta parte.

75. Esta lamentable situación en la que la Sra. Cheng ha colocado a las partes, inclusive a los demás miembros del Comité, ha sido generada exclusivamente por ella, al haber omitido informar (i) sus vínculos pasados al momento de aceptar su nominación y (ii), durante este procedimiento, haber recibido una propuesta de Freshfields —que implicaba recibir instrucciones de dicha firma—, y puede solucionarse con su renuncia.
76. En consecuencia, el Comité no debe tomar en cuenta la discusión que plantean las Demandantes en tanto los hechos ponen de manifiesto que la Sra. Cheng deliberadamente ocultó información sensible que permite a la República Argentina dudar de su imparcialidad de juicio y que, por ende, corresponde su remoción como miembro del Comité de Anulación.

C. La objetividad y apertura mental de la Sra. Cheng con respecto a uno de los reclamos de anulación sometidos a consideración del Comité *ad hoc* se encuentran viciadas

77. Como se explicó en los Fundamentos a la Propuesta de Recusación,⁷⁸ a la luz de los conflictos de interés que afectan personalmente a la Sra. Cheng en este procedimiento y en *Total c. Argentina*, así como su omisión de revelar tales situaciones y la posición que ha asumido en relación con el deber de revelación, no es posible confiar que la Sra. Cheng abordará con imparcialidad el reclamo de anulación relativo a la incorrecta constitución del Tribunal en el procedimiento originario y al quebrantamiento grave de normas fundamentales de procedimiento en razón de los conflictos de interés de Gabrielle Kaufmann-Kohler y su violación de los deberes de investigación, revelación y notificación, y el conflicto de interés del árbitro Jesús Remón. En este sentido, existen antecedentes de recusaciones aceptadas en virtud de situaciones que generaban dudas razonables desde el punto de vista de un observador objetivo sobre la capacidad del árbitro recusado de abordar las cuestiones a ser

la Audiencia de Anulación en inglés, 3 de junio de 2014, 350:18-351:8 (“MEMBER CHENG: Just one question that I’d like to give primarily to EDF to comment on. Argentina has set out a lot in their written submissions, but I don’t think I’ve heard how you want to deal with it, and this is the question of the duty to disclose. You talked about Professor Remón’s duty to disclose and out of abundance of caution, his letter, dated the 18th of April, if I remember correctly, as an indication and et cetera. How would you comment on Professor Kaufmann-Kohler’s duty to disclose in the light of what Professor Remón has done comparatively? Is there anything you want to say about that?”).

⁷⁸ Fundamentos de la Propuesta de Recusación, § III.C.



resueltas en el procedimiento con una mente abierta.⁷⁹

78. Preliminarmente, se ha de tener en cuenta que este fundamento de recusación no fue planteado en la propuesta de recusación de la Sra. Cheng en el caso *Total*. Es decir que este fundamento no fue tratado ni resuelto en la decisión sobre recusación de la mayoría del comité de anulación de *Total*.
79. Como cuestión general, las Demandantes en este caso cuestionan que el concepto de imparcialidad incluya, además de la ausencia de predisposición hacia alguna de las partes, la ausencia de predisposición respecto de las cuestiones en disputa: “La imparcialidad *no* se ‘refiere a la ausencia de predisposición hacia alguna ... de las cuestiones en disputa...’ como lo sostiene la Argentina”.⁸⁰ Al respecto, no cabe duda que “[l]a falta de imparcialidad puede derivar de un prejuizamiento hecho por el árbitro internacional sobre una de las partes o **las cuestiones a ser resueltas en el procedimiento arbitral internacional**”.⁸¹ En este sentido, se ha explicado que “el concepto de ‘imparcialidad’ se considera vinculado a la predisposición real o aparente de un árbitro —sea a favor de una de las partes o **en relación con las cuestiones en controversia**—”,⁸² y que la “[p]arcialidad surge cuando un árbitro favorece a una de las partes o cuando está perjudicado **en relación con la materia de la controversia**”.⁸³

⁷⁹ Ver, e.g., *Caratube International Oil Company LLP y Devinci Salah Hourani c. República de Kazajstán*, Caso CIADI N° ARB/13/13, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Sr. Bruno Boesch, 20 de marzo de 2014, ¶¶ 90-91; *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited y Telecom Devas Mauritius Limited c. India*, Arbitraje CNUDMI, Decisión sobre la Solicitud de Recusación del Hon. Marc Lalonde como Presidente del Tribunal y el Prof. Francisco Orrego Vicuña como Co-árbitro, 30 de diciembre de 2013, ¶ 64; *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador y Petroecuador*, Caso CIADI N° ARB/08/6, Decisión sobre Recusación de un Árbitro, 8 de diciembre de 2009, ¶¶ 48-58.

⁸⁰ Respuesta a la Propuesta de Recusación, p. 3.

⁸¹ J. Fry y J. I. Stampalija, “Forged independence and impartiality: conflicts of interest of international arbitrators in investment disputes”, *Arbitrator International, The Journal of the London Court of International Arbitration*, 2014, vol. 30, n. 2, p. 193 (traducción libre del original en inglés: “The lack of impartiality may derive from a prejudgment made by the international arbitrator regarding one of the parties or **the questions to be answered in the international arbitral proceedings**”). (énfasis agregado).

⁸² Alan Redfern, J. Martin Hunter y otros, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pp. 267-268, § 4.77 (traducción libre del original en inglés: “[T]he concept of ‘impartiality’ is considered to be connected with actual or apparent bias of an arbitrator—either in favour of one of the parties or **in relation to the issues in dispute**”). (énfasis agregado); ver también Naser Alam, “Independence and Impartiality in International Arbitration – an assessment”, *Transnational Dispute Management*, vol. I, n° 3, mayo 2004, § 3.1 (“[P]arciality has been used to signify the meaning of impartiality to include *bias* of an arbitrator either in favor of one of the parties or **in relation to the issues in dispute**”). (énfasis agregado).

⁸³ Reglas de la IBA sobre Ética para Árbitros Internacionales, 1987, regla 3.1 (traducción libre del original en inglés: “The criteria for assessing questions relating to bias are impartiality and independence. Partiality arises when an arbitrator favours one of the parties, or where he is prejudiced **in relation to the subject-matter of the**

De hecho, se han aceptado propuestas de recusación sobre la base de parcialidad en relación con las cuestiones en disputa,⁸⁴ como han reconocido las propias Demandantes.⁸⁵

80. Más allá de dicho cuestionamiento general, las Demandantes específicamente alegan que existen cuatro problemas con respecto al planteo de la República Argentina.⁸⁶
- (i) “que las opiniones publicadas previamente por un árbitro no plantean un problema de falta de imparcialidad o independencia cuando se emiten fuera del marco del arbitraje en curso”;
 - (ii) que “Argentina no se ha referido a una opinión o punto de vista de la Profesora Cheng sobre una cuestión que es común a *Total* y al presente procedimiento” y que “las cuestiones que requieren una decisión en el procedimiento *EDF* son diferentes de las cuestiones en el procedimiento *Total*”;
 - (iii) que Argentina no ha logrado demostrar que la posición de la Sra. Cheng “es tal que un ‘tercero razonable e informado consideraría que el árbitro se basará en dicha opinión, sin dar la debida consideración a los hechos, circunstancias y argumentos presentados por las partes en el procedimiento’”; y
 - (iv) que “Argentina no tiene manera de saber si la Profesora Cheng de hecho prejuzgó el asunto”.
81. En cuanto al primer problema referido por las Demandantes, la situación que ha dado lugar a la recusación de la Sra. Cheng en este caso no es una opinión académica en abstracto, sino su proceder ante una situación de conflicto de interés que la afecta personalmente con respeto a una de las partes —la República Argentina— y la posición que ella ha adoptado en relación con su propio deber de revelación.
82. En apoyo de su argumento conforme al cual opiniones publicadas previamente por un árbitro

dispute....”) (énfasis agregado); *ver también* Naser Alam, “Independence and Impartiality in International Arbitration – an assessment”, *Transnational Dispute Management*, vol. I, n. 3, mayo 2004, § 3.1 (“The IBA’s Ethics for International Arbitrators notes that, ‘Partiality arises where an arbitrator favors one of the parties or where he is **prejudiced in relation to the subject-matter of the dispute.**’”) (énfasis agregado).

⁸⁴ *Ver, e.g., Caratube International Oil Company LLP y Devinci Salah Hourani c. República de Kazajstán*, Caso CIADI N° ARB/13/13, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Sr. Bruno Boesch, 20 de marzo de 2014, ¶¶ 90-91; *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited y Telecom Devas Mauritius Limited c. India*, Arbitraje CNUDMI, Decisión sobre la Solicitud de Recusación del Hon. Marc Lalonde como Presidente del Tribunal y el Prof. Francisco Orrego Vicuña como Co-árbitro, 30 de diciembre de 2013, ¶ 64; *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador y Petroecuador*, Caso CIADI N° ARB/08/6, Decisión sobre Recusación de un Árbitro, 8 de diciembre de 2009, ¶¶ 48-58.

⁸⁵ Respuesta a la Propuesta de Recusación, § II.C (“Por ejemplo, en *Caratube* —uno de los ... casos en los que se confirmó una solicitud de recusación basada en un conflicto de asuntos— ...”).

⁸⁶ Respuesta a la Propuesta de Recusación, § II.C.



Procuración del Tesoro de la Nación

fuera del arbitraje no plantean un problema de falta de imparcialidad o independencia, las Demandantes citan la decisión mediante la cual se rechazó la propuesta de las demandantes de recusación del Prof. McLachlan en el arbitraje *Urbaser y otros c. Argentina*.⁸⁷ En esa decisión la mayoría del tribunal, luego de afirmar que para que prospere una propuesta de recusación bajo el Convenio CIADI “[l]a apariencia de ... prejuicio desde el punto de vista de un tercero razonable e informado es suficiente para justificar las dudas sobre la independencia o imparcialidad de un árbitro”,⁸⁸ señaló que las opiniones invocadas por las demandantes no eran suficientes para que prosperara su propuesta de recusación, sostenido que “[l]as opiniones expresadas por el Prof. McLachlan son las de un académico”.⁸⁹ La mayoría del tribunal agregó:

[L]as opiniones a las que se refieren las Demandantes han sido expresadas por el Prof. McLachlan en carácter de académico, no en una decisión que pudiera tener algún tipo de efecto vinculante sobre él. Una de las principales características de un académico es la **capacidad de cambiar su opinión** según sea necesario a la luz del estado actual del conocimiento académico. Los Dos Miembros no tienen dudas de que el Prof. McLachlan alcanza este alto estándar de ciencia y conciencia.⁹⁰

83. La situación en el presente caso no es una mera opinión expresada previamente por la Sra. Cheng en su carácter de académica. Lo que se cuestiona es su proceder como árbitro frente a un conflicto de interés que la afecta personalmente con respecto a una de las partes —la República Argentina— y la posición que la Sra. Cheng ha adoptado en su carácter de árbitro en relación con su propio deber de revelación, estando pendiente este procedimiento anulación, en el que el Comité *ad hoc* está llamado a resolver el reclamo de anulación relativo a la incorrecta constitución del Tribunal en el procedimiento originario y al quebrantamiento grave de normas fundamentales de procedimiento en razón de los conflictos de interés de Gabrielle Kaufmann-Kohler y su violación de los deberes de investigación, revelación y notificación, y el conflicto de interés del árbitro Jesús Remón. Ante esta situación, no es posible confiar en la capacidad de la Sra. Cheng de abordar tales cuestiones con una **mente**

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/07/26, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Profesor Campbell McLachlan, 12 de agosto de 2010, ¶ 43.

⁸⁹ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/07/26, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Profesor Campbell McLachlan, 12 de agosto de 2010, ¶ 47.

⁹⁰ *Ibíd.*, ¶ 51 (énfasis agregado).

abierta, y ningún observador razonable creería que la República Argentina tiene posibilidades de convencer a la Sra. Cheng para que **cambie su opinión** con respecto a tales cuestiones. Más aún cuando, de los intercambios generados en virtud de la propuesta de recusación de la República Argentina, surge que la Sra. Cheng persiste en sostener que no era necesario informar a las partes hechos pasados y contemporáneos por los que una parte pudiera cuestionar la confianza en la imparcialidad de juicio, como ser los vínculos con uno de los estudios que más activamente litiga contra la República Argentina.

84. En relación con el segundo problema mencionado por las Demandantes, ellas sostienen que no existe una coincidencia de cuestiones entre el caso *Total* y el presente procedimiento. Las Demandantes no han entendido el planteo de la República Argentina. No se trata de un supuesto en el que la imparcialidad de la Sra. Cheng se encuentre viciada por haber participado en otro caso que se superponga significativamente con el presente, sino que se cuestiona su capacidad de abordar con una mente abierta el reclamo de anulación relativo a los conflictos de interés de dos de los árbitros en el procedimiento originario y la violación de los deberes de investigación, revelación y notificación por parte de uno de ellos, frente al proceder de la propia Sra. Cheng como árbitro en una situación de conflicto de interés que la afecta personalmente con respecto a la República Argentina y su actitud ante tal conflicto, en particular en relación con su deber de revelación.
85. En apoyo de su argumento, las Demandantes se refieren a la decisión sobre recusación en *Caratube c. Kazajstán* —en la que “se confirmó una solicitud de recusación basada en un conflicto de asuntos”—, manifestando que a diferencia de ese caso, que se superponía significativamente con otro arbitraje en el que había participado el árbitro recusado, “[n]o hay tal superposición entre los dos casos que se analizan aquí”.⁹¹ Nuevamente, se aclara que no es ese el planteo de la República Argentina.
86. La Sra. Cheng también se refiere a la decisión sobre recusación en *Caratube c. Kazajstán*, en respuesta a una cita a ese caso en el párrafo 69 de los Fundamentos de la Propuesta de Recusación. Para distinguir su situación de ese caso, la Sra. Cheng manifiesta que “[n]o existe solapamiento alguno de circunstancias fácticas ni pruebas entre esta propuesta de recusación y

⁹¹ Respuesta a la Propuesta de Recusación, § II.C.



Procuración del Tesoro de la Nación

el objeto del presente procedimiento de anulación”.⁹² Sin embargo, como se señaló, no es ese el planteo de la República Argentina.

87. La decisión en *Caratube* fue citada en los Fundamentos de la Propuesta de Recusación simplemente en apoyo de la afirmación conforme a la cual una recusación resultará procedente cuando “un tercero razonable e informado consider[e] altamente probable” que “la objetividad y apertura mental” de un árbitro en relación con las cuestiones a ser decididas en el arbitraje se encuentran “viciadas”, pues en esa situación el “tercero determinaría que hay una evidente u obvia apariencia de falta de imparcialidad o independencia” y, por ende, que el árbitro en cuestión “carece manifiestamente de una de las cualidades exigidas por el Artículo 14(1) del Convenio CIADI”.⁹³ En el presente caso, un tercer observador albergaría dudas justificadas sobre la objetividad y apertura mental de la Sra. Cheng con relación al reclamo de anulación sobre los conflictos de interés de dos de los árbitros en el procedimiento originario y la violación del deber de revelación de uno de ellos, debido a la actuación de la Sra. Cheng en relación con su propio conflicto de interés que la afecta con respecto a esta parte y su postura sobre su deber de revelación.

88. Sobre este planteo las Demandantes afirman:

No es raro que un árbitro emane una decisión de conflicto de intereses en un caso después de haber sido objeto de una recusación en otro caso. Por ejemplo, el Sr. Stanimir Alexandrov fue objeto de una solicitud de recusación formulada por Argentina en *ICS Inspection and Control c. Argentina*, ver *ICS Inspection and Control Services Limited (Reino Unido) c. Argentina*, CNUDMI (Decisión sobre Recusación, 17 de diciembre de 2009), pero posteriormente, cuando era árbitro en *Alpha Projektholding c. Ucrania*, emanó una decisión en una solicitud de recusación formulada contra un coárbitro. De manera semejante, el Sr. L. Yves Fortier fue objeto de una solicitud de recusación como árbitro durante el procedimiento de anulación en *Vivendi I*, pero posteriormente, como presidente del procedimiento de anulación en *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile*, emanó una decisión sobre reclamaciones de anulación fundamentándose en la parcialidad del árbitro. Ver *Víctor Pey Casado y Fundación Presidente Allende c. Chile*, Caso CIADI No. ARB/98/2 (Decisión sobre Anulación, 18 de diciembre de 2012), ¶¶ 333–37 (Fortier,

⁹² Explicaciones de la Sra. Cheng, p. 3.

⁹³ *Caratube International Oil Company LLP y Devincci Salah Hourani c. República de Kazajstán*, Caso CIADI N° ARB/13/13, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Sr. Bruno Boesch, 20 de marzo de 2014, ¶¶ 90-91.

Bernardini, El-Kosheri).⁹⁴

89. Los ejemplos precedentes no resultan pertinentes. En efecto, a diferencia de esos ejemplos relativos al Sr. Alexandrov —quien fue recusado exitosamente por la República Argentina en el caso *ICS*— y al Sr. Fortier, la situación de conflicto de interés de la Sra. Cheng y su posición sobre el deber de revelación ante tal situación afectan a la **misma parte** —la República Argentina— con relación a la cual ella debe resolver el reclamo de anulación sobre conflictos de interés e incumplimiento del deber de revelación y se han planteado **contemporáneamente** al procedimiento de anulación en el que ella debe resolver tal reclamo.
90. En este caso, la Sra. Cheng se ha colocado en una situación en la que tiene que ser juez en su propia causa.⁹⁵ En efecto, pues lo que pueda decir sobre el deber de revelación con respecto a la situación de la Sra. Kaufmann-Kohler, podrá implicar indirectamente una crítica o una aprobación de su propio actuar. Es imposible que toda esta situación inspire plena confianza en la imparcialidad de juicio.
91. Ello sin perjuicio de la difícil situación en la que dejó también a los restantes miembros de este Comité. Ello pues, para resolver la presente recusación, deben pronunciarse ahora respecto de una situación similar a la que afecta a la Sra. Kaufmann-Kohler en cuanto a la violación del deber de revelación, que es precisamente una de las causales de anulación que motivaron este procedimiento. A fin de evitar esta delicada situación es que la República Argentina solicita que la Sra. Cheng renuncie a participar como miembro del Comité *ad hoc* en este procedimiento de anulación.
92. Como argumento adicional, las Demandantes sostienen que la objetividad y apertura mental de la Sra. Cheng no estarían viciadas en este caso porque el Comité de anulación únicamente “debe decidir si la base fáctica relevante da lugar a uno de los motivos de anulación identificados en Artículo 52 del Convenio” y “carece de las facultades para determinar por sí mismo si la profesora Kaufmann-Kohler tenía un conflicto de intereses en *EDF*”.⁹⁶ Como

⁹⁴ Respuesta a la Propuesta de Recusación, n.58.

⁹⁵ Ya la Corte Permanente de Justicia Internacional se refirió a la bien conocida regla de que nadie puede ser juez en su propia causa. Ver, e.g., *Fábrica de Chorzow* (Alemania c. Polonia), CPJI, Fallo del 13 de septiembre de 1928, *CPJI Serie A*, N° 17, p. 32; *Artículo 3, párrafo 2 del Tratado de Lausanne (Frontera entre Turquía e Irak)*, CPIJ, Opinión consultiva del 21 de noviembre de 1925, *CPJI Serie B*, N° 12, p. 32.

⁹⁶ Respuesta a la Propuesta de Recusación, § II.C.



Procuración del Tesoro de la Nación

explicó la República Argentina en sus presentaciones escritas y orales,⁹⁷ el Comité **sí** tiene esta competencia y, en todo caso, será el propio Comité el que determine el alcance de sus facultades en este procedimiento de anulación. Claramente la situación personal y el proceder de la Sra. Cheng como árbitro también generan dudas justificadas desde el punto de vista de un tercer observador sobre su capacidad de resolver esta última cuestión con una mente abierta.

93. Con referencia al tercer problema planteado por las Demandantes, ellas sostienen:

Como lo sugiere la decisión en *CC/Devas c. India*, es necesario contar con un cuadro coherente de decisiones antes de poder pensar que un árbitro tiene opiniones tan arraigadas que no le permiten evaluar un caso nuevo con apertura mental. En *CC/Devas* —un caso CNUDMI— la autoridad nominadora *rechazó* una solicitud de recusación contra el Sr. Marc Lalonde basada en dos resoluciones anteriores sobre una reclamación acerca de “intereses fundamentales de seguridad” emanada por tribunales de los cuales él había sido miembro. Sin embargo, esa autoridad nominadora sostuvo una solicitud de recusación contra el Profesor Francisco Orrego Vicuña, pero sólo porque el mismo había decidido la defensa de “seguridad fundamental” de la misma manera en tres casos anteriores y posteriormente había escrito un artículo en respaldo de esas resoluciones.⁹⁸

94. Al respecto, se observa que la *ratio decidendi* en *CC/Devas c. India* no consistió en una regla matemática basada en la cantidad de veces que los árbitros recusados se habían pronunciado previamente sobre una cuestión relevante para la controversia, sino en la apreciación de un tercer observador razonable sobre la posibilidad de convencer a los árbitros recusados para que **cambien su opinión** con respeto a esa cuestión y la capacidad de ellos de abordar la cuestión con una **mente abierta**. Similar criterio se siguió en las decisiones sobre recusación en *Urbaser c. Argentina*⁹⁹ y *Caratube c. Kazajstán*,¹⁰⁰ ambas citadas por las Demandantes. En

⁹⁷ Memorial de Anulación, § IV.A; Réplica de Anulación, § II.A; Transcripción corregida de la Audiencia de Anulación en inglés, 2 de junio de 2014, 75:21-92:16, 100:9-104:12 (alegato de apertura de la República Argentina); Transcripción corregida de la Audiencia de Anulación en inglés, 3 de junio de 2014, 251:4-262:11 (alegato de cierre de la República Argentina).

⁹⁸ Respuesta a la Propuesta de Recusación, § II.C.

⁹⁹ *Urbaser S.A. y Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/07/26, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Profesor Campbell McLachlan, 12 de agosto de 2010, ¶ 51 (“[L]as opiniones a las que se refieren las Demandantes han sido expresadas por el Prof. McLachlan en carácter de académico, no en una decisión que pudiera tener algún tipo de efecto vinculante sobre él. Una de las principales características de un académico es la **capacidad de cambiar su opinión** según sea necesario a la luz del estado actual del conocimiento académico. Los Dos Miembros no tienen dudas de que el Prof. McLachlan alcanza este alto estándar de ciencia y conciencia.”.) (énfasis agregado).

este sentido, al hacer lugar a la recusación de Francisco Orrego Vicuña en *CC/Devas c.India*, el Juez Tomka concluyó:

El estándar a ser aplicado en el presente caso evalúa la razonabilidad objetiva de las preocupaciones de la parte que presenta la recusación. En mi opinión, enfrentarse en este caso al mismo concepto jurídico que surge del mismo lenguaje sobre el que ya se ha pronunciado en las cuatro ocasiones anteriormente referidas, podría generar dudas a un observador objetivo sobre la capacidad del Profesor Orrego Vicuña de abordar la cuestión con una **mente abierta**. En particular, el artículo mencionado sugiere que, a pesar de haber analizado los argumentos de tres comités de anulación diferentes, **su opinión no ha variado**. ¿Un observador razonable creería que la Demandada tiene **posibilidades de convencerlo para que cambie su opinión** con respecto al mismo concepto jurídico? Por supuesto, el Profesor Orrego Vicuña tiene derecho a tener sus propias opiniones, lo que incluye su libertad en el plano académico. Sin embargo, del mismo modo la Demandada tiene derecho a que sus argumentos sean oídos y juzgados por árbitros con una **mente abierta**. En este caso, debe prevalecer el derecho de esta última. Por esta razón, concuerdo con la Demandada en cuanto a que el Profesor Orrego Vicuña debería retirarse del presente arbitraje.

Habiendo considerado todos los factores relevantes, hago lugar a la Solicitud de la Demandada de recusar al Profesor Orrego Vicuña como árbitro en este procedimiento.¹⁰¹

95. En cambio, el Juez Tomka observó que, a diferencia de Francisco Orrego Vicuña, el Sr. Lalonde no había adoptado una posición sobre el concepto de “intereses esenciales de seguridad” con posterioridad a las decisiones de los comités de anulación en *CMS*, *Enron* y *Sempra*, por lo que era posible confiar que abordaría la cuestión con una “**mente abierta**” y que no se sentiría “obligado por los laudos de *CMS* y *Sempra*”.¹⁰² Consecuentemente, concluyó que no existía una “apariencia de su prejujuamiento sobre la cuestión de ‘intereses esenciales de seguridad’” que debería ser considerada por el tribunal en el arbitraje

¹⁰⁰ *Caratube International Oil Company LLP y Devincci Salah Hourani c. República de Kazajstán*, Caso CIADI Nº ARB/13/13, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Sr. Bruno Boesch, 20 de marzo de 2014, ¶ 90 (“[I]ndependientemente de las intenciones del Sr. Boesch y sus mejores esfuerzos de actuar con independencia e imparcialidad – un tercero razonable e informado consideraría altamente probable que, debido a su participación como árbitro en el caso *Ruby Roz* y su exposición a los hechos y argumentos jurídicos en ese caso, **la objetividad y apertura mental** del Sr. Boesch con respecto a los hechos y cuestiones a ser resueltas en el presente arbitraje **se encuentren viciadas**”). (énfasis agregado) (traducción libre del original en inglés).

¹⁰¹ *CC/Devas (Mauritius) Ltd., Devas Employees Mauritius Private Limited y Telecom Devas Mauritius Limited c. India*, Arbitraje CNUDMI, Decisión sobre la Solicitud de Recusación del Hon. Marc Lalonde como Presidente del Tribunal y el Prof. Francisco Orrego Vicuña como Co-árbitro, 30 de diciembre de 2013, ¶¶ 64-65 (énfasis agregado) (traducción libre del original en inglés).

¹⁰² *Ibid.*, ¶ 64 (énfasis agregado) (traducción libre del original en inglés).



pendiente.¹⁰³

96. Como se ha explicado,¹⁰⁴ las razones en las que se basó el Juez Tomka para aceptar la recusación del Sr. Orrego Vicuña se aplican al presente procedimiento. En particular, la insistencia de la Sra. Cheng de que no era necesario comunicar, como integrante de un comité de anulación en un procedimiento en el que Freshfields representa a una demandante contra la República Argentina, que ella recibió instrucciones de Freshfields en otro asunto estando pendiente esa anulación —una situación clara de posible conflicto de interés y que a todas luces debe ser revelada— indica que, a pesar de haberse discutido cuestiones de conflictos de interés y deber de revelación en la Audiencia de Anulación en el presente procedimiento y de haberse planteado este mismo tema en relación con la propia Sra. Cheng frente a su potencial designación como árbitro en otro caso,¹⁰⁵ **su opinión no variará**. En este contexto, un observador objetivo albergaría dudas razonables en cuanto a la capacidad de la Sra. Cheng de abordar tales cuestiones con una **mente abierta**.
97. Por último, con respecto al cuarto argumento de las Demandantes, el problema es precisamente que “Argentina no tiene manera de saber si la Profesora Cheng de hecho juzgó el asunto”.¹⁰⁶ Exigir que se demuestre que la Sra. Cheng efectivamente juzgó o juzgará el asunto equivale a adoptar un estándar de **parcialidad real**, que no es el aplicable en un procedimiento de recusación como el presente, sino el de **parcialidad aparente**. En efecto, como han explicado las propias Demandantes, “[e]l estándar legal aplicable a una propuesta de recusación de un árbitro es un ‘estándar objetivo, basado en la evaluación razonable de la prueba, realizada por un tercero’”, y “[p]ara cumplir con esta norma objetiva, el solicitante no necesita demostrar una dependencia real o sesgo”, sino “un aspecto evidente u obvio de falta de imparcialidad e independencia basándose en una evaluación razonable de los hechos en el presente caso”.¹⁰⁷

¹⁰³ *Ibíd.*

¹⁰⁴ Fundamentos de la Propuesta de Recusación, ¶ 72.

¹⁰⁵ Esto fue planteado en el caso *ConocoPhillips Company y otros c. Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/07/30 en el que incluso la Sra. Cheng decidió no aceptar el nombramiento propuesto ante las objeciones de la demandada por los vínculos de la Sra. Cheng y la firma Freshfields, abogados de las demandantes en aquél caso.

¹⁰⁶ Respuesta a la Propuesta de Recusación, § III.C.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, pp. 3-4.

98. En este sentido, se ha sostenido:

[L]as cualidades de independencia e imparcialidad son principalmente estados mentales, lo cual es casi imposible de establecer con certeza para los de afuera como las partes en el arbitraje y los otros árbitros del Tribunal. La exigencia de independencia e imparcialidad sería prácticamente ilusoria e inaplicable si se concluyera que la carga de la prueba de la parte que propone una recusación es demostrar que, de hecho, un árbitro tiene casi con certeza un prejuicio en su contra.¹⁰⁸

99. Las Demandantes incluso sugieren que el Comité podría haber concluido sus deliberaciones en este procedimiento (e incluso redactado la decisión sobre anulación) antes que la Sra. Cheng recibiera instrucciones de Freshfields en abril de 2015.¹⁰⁹ Sin embargo, dado que “[e]l estándar legal aplicable a una propuesta de recusación de un árbitro es un ‘estándar objetivo, basado en la evaluación razonable de la prueba, realizada por un tercero’”, como señalan las propias Demandantes, es irrelevante lo que internamente pueda haber ocurrido en el contexto de las deliberaciones del Comité de anulación. Asimismo, cabe destacar que la Sra. Cheng también omitió revelar otros vínculos con Freshfields, anteriores a la instrucción de abril de 2015. Por lo demás, como se explicó en relación con la situación de conflicto de interés del árbitro Jesús Remón,¹¹⁰ el deber de todo árbitro de ser imparcial e independiente existe “a lo largo del procedimiento arbitral **hasta que se dicte el laudo o el procedimiento se concluya de forma definitiva** por cualesquiera otros medios”.¹¹¹

100. En todo caso, las explicaciones de la Sra. Cheng confirman que las deliberaciones todavía no han concluido y que la decisión sobre anulación no ha sido redactada. En efecto, la Sra. Cheng ha manifestado: “Tengo intención de **continuar abordando y finalizar la deliberación y la decisión en el marco de este caso** con apertura mental y a considerar sólo las cuestiones planteadas por las partes en el procedimiento de anulación de EDF y no voy a

¹⁰⁸ Karel Daele, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2012, p. 235, § 5-034 (traducción libre del original en inglés: “[T]he qualities of independence and impartiality are foremost states of mind, which are almost impossible to establish with certainty for outsiders such as the parties in the arbitration and the other arbitrators serving on the Tribunal. The requirement of impartiality and independence would be largely illusory and unenforceable if it were held to be the burden of proof of a challenging party to demonstrate that, in fact, an arbitrator is quasi-certainly biased against it”).

¹⁰⁹ Respuesta a la Propuesta de Recusación, § II.C.

¹¹⁰ Réplica de Anulación, ¶ 36.

¹¹¹ *Perenco Ecuador Limited c. Ecuador y Petroecuador*, Caso CIADI N° ARB/08/6, Decisión sobre Recusación de un Árbitro, 8 de diciembre de 2009, ¶ 39 (énfasis agregado) (traducción libre del original en inglés).



Procuración del Tesoro de la Nación

verme influenciada por ninguna cuestión ajena a ella”.¹¹² La expresión “continuar abordando y finalizar” indica que las deliberaciones no han terminado.

101. Resta señalar que la referida promesa de la Sra. Cheng no resulta suficiente. Tal como se explicó en la decisión sobre recusación en *Caratube c. Kazajstán*, aunque no se ponga en duda la intención del árbitro recusado de actuar con independencia e imparcialidad, puede existir una situación que genere una “evidente u obvia apariencia de falta de imparcialidad, entendiendo este concepto sin ningún tipo de juicio moral: un tercer observador razonable e informado concluiría que [el árbitro recusado], **aun inconscientemente**, puede realizar una determinación en favor de una o de hecho la otra parte” sobre la base de factores no relacionados con los hechos del caso.¹¹³ Ante tal situación, “independientemente de las intenciones del [árbitro recusado] y sus mejores esfuerzos de actuar con independencia e imparcialidad”, lo relevante es la percepción de la situación desde el punto de vista de “un tercero razonable e informado”.¹¹⁴ Ello es así debido a que “la parcialidad es algo tan insidioso que, aunque una persona pueda de buena fe creer que está actuando en forma imparcial, su mente puede estar inconscientemente afectada por la parcialidad”.¹¹⁵

V. PETITORIO

102. En virtud de lo expuesto, la República Argentina solicita:
- (a) a la Sra. Teresa Cheng que renuncie a participar como miembro del Comité *ad hoc* en este procedimiento de anulación;
 - (b) si así no lo hiciera, que la mayoría del Comité acepte la propuesta de recusación de Teresa Cheng; y
 - (c) que cada parte soporte sus propios gastos generados en relación con la propuesta recusación.

Respetuosamente presentado el 14 de septiembre de 2015.



Dra. ANGELINA M.E. ABBONA
Procuradora del Tesoro de la Nación

¹¹² Explicaciones de la Sra. Cheng, p. 4 (énfasis agregado).

¹¹³ *Caratube International Oil Company LLP y Devincchi Salah Hourani c. República de Kazajstán*, Caso CIADI N° ARB/13/13, Decisión sobre la Propuesta de Recusación del Sr. Bruno Boesch, 20 de marzo de 2014, ¶ 90 (énfasis agregado) (traducción libre del original en inglés).

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ R. c. Gough, [1993] UKHL 1 (opinión de Lord Goff of Chieveley) (traducción libre del original en inglés).