
CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

Abaclat y otros

(antes Giovanna a Beccara y otros)

Demandantes

—c.—

República Argentina

Demandada

CASO CIADI N° ARB/07/5

**Solicitud de Recusación del Presidente Pierre Tercier y del Árbitro Albert
Jan van den Berg**

15 de septiembre de 2011

Ante:

Sra. Meg Kinnear, Secretaria General del CIADI.

ÍNDICE

ÍNDICE.....	i
II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LA RECUSACIÓN.....	1
A. La acreditación de firmas falsas y el rechazo de la solicitud urgente de medidas provisionales sin fundamento	1
B. Decisión sin la Opinión Disidente del Prof. Abi Saab y en contra de su voluntad.....	8
C. Limitaciones del derecho de defensa de la República Argentina	10
D. Prejuzgamiento	15
III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA RECUSACIÓN.....	19
A. El informe de la UNCTAD reconoce la parcialidad manifiesta de conductas similares a la evidenciada en el presente caso	25
B. La recusación de la República Argentina está basada en un principio general de derecho	26
IV. El CIADI debe solicitar una opinión respecto de la presente recusación a la Corte Permanente de Arbitraje	29
V. PETITORIO.....	29

SEÑORA SECRETARIA GENERAL:

1. Me dirijo a usted con el objeto de recusar, en los términos del artículo 57 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (“Convenio CIADI”) y de la regla 9 de las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (“Reglas de Arbitraje”), al Presidente del Tribunal, Prof. Pierre Tercier y al Árbitro designado por los Demandantes, el Sr. Albert Jan van den Berg (en adelante, denominados conjuntamente la “mayoría del Tribunal” ó “árbitros recusados”). La recusación se fundamenta en la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el artículo 14(1) del Convenio CIADI, evidenciada por diversas circunstancias que se desarrollarán a continuación, y que impiden manifiestamente que los árbitros recusados inspiren plena confianza en su imparcialidad de juicio.

2. Asimismo, la República Argentina se reserva expresamente su derecho de ampliar los fundamentos expuestos en la presente Solicitud de Recusación, en particular luego de recibir, en su caso, las explicaciones de los árbitros recusados de conformidad con el apartado (3) de la regla 9 de las Reglas de Arbitraje.

II. ANTECEDENTES Y FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LA RECUSACIÓN

A. La acreditación de firmas falsas y el rechazo de la solicitud urgente de medidas provisionales sin fundamento

3. La República Argentina en varias oportunidades procesales alegó la existencia de diversas irregularidades en el Paquete de Mandato de la TFA, tales como instrumentos con firmas falsas, poderes firmados por personas distintas de los titulares —sin acreditar la existencia de un mandato para firmar por un tercero— y hasta poderes directamente sin firma alguna o con una cruz o una huella digital en el lugar de la firma, entre otras irregularidades.¹

4. Como evidencia de tales irregularidades, la República Argentina presentó junto con su Memorial de Réplica de Jurisdicción,² dos informes de expertos en dactiloscopia —uno de ellos elaborado por tres peritos calígrafos de la División Scopometría de la Policía

¹ Ver Escrito Posterior a la Audiencia de la República Argentina, ¶¶ 95-128.

² Memorial de Réplica, ¶ 394.

Federal Argentina (Toscano, Pereyra y Di Tommaso)³ y otro informe elaborado por los peritos Petersen y Petersen (h).⁴

5. Si bien en un primer momento la Argentina planteó que existían “dudas justificables” sobre la autenticidad de las firmas de los Demandantes —debido a que estos no acompañaron documentación original, sino fotocopias, por lo que el cotejo de las firmas debió realizarse sobre tales copias—,⁵ la falsedad de varias firmas quedó confirmada cuando los Demandantes, al presentar su Memorial de Dúplica, reconocieron que seis firmas no habían sido puestas por aquellos a quienes les habían sido atribuidas, sino por miembros de su familia.⁶

6. Antes de la Audiencia de Jurisdicción —que tuvo lugar en la ciudad de Washington, D.C., del 7 al 13 de abril de 2010— la Argentina presentó un segundo informe de los peritos Petersen y Petersen (h), sobre el cual el Tribunal resolvió que no debía ser utilizado durante la Audiencia, reservándose la posibilidad de admitirlo en una etapa posterior.⁷

7. Los peritos calígrafos fueron convocados a la Audiencia y fueron objeto de interrogatorio por ambas partes litigantes y por los miembros del Tribunal.⁸

8. Previo a que la mayoría del Tribunal emitiera su Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad (en adelante “Decisión sobre Jurisdicción”), la República Argentina presentó una Solicitud Urgente de Medidas Provisionales.⁹ En dicha Solicitud, la Argentina manifestó que el 13 de julio de 2011 había sido notificada de las actuaciones seguidas por el Ministerio Fiscal italiano ante los Tribunales de Bologna (Italia), respecto de las firmas correspondientes a tres Demandantes contenidas en una Declaración de Consentimiento presentada en este arbitraje. En ese marco, el representante del Ministerio Público italiano concluyó que se había “efectivamente demostrado la falsedad de las firmas manuscritas a

³ Informe de la División de Scopometría de la Policía Federal.

⁴ Informe Petersen y Petersen.

⁵ Memorial de Réplica, ¶¶ 191-197.

⁶ Dúplica sobre Jurisdicción, ¶ 225. Cabe aclarar que en ninguno de estos supuestos los Mandatos hacían referencia a que una persona había firmado en representación de otra. Es más, la persona que firmaba tampoco lo hacía con su propia firma sino “imitando” la firma de la otra persona.

⁷ Orden Procesal N° 4, 18 de marzo de 2010, ¶ 53.

⁸ Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, ¶ 205.

⁹ Solicitud Urgente de Medidas Provisionales, 21 de julio de 2011.

nombre de Pilastro Antonio y Pilastro Silvio”.¹⁰ En efecto, Orianna Pilastro, en su carácter de autora de las firmas falsas realizadas en nombre de su hermano Antonio Pilastro y de su padre Silvio Pilastro, declaró ante la Comisaría de San Giovanni in Persiceto, Provincia de Bologna (Italia), que había sido el empleado del banco quien le había dicho que “podía realizar la firma por cuenta de ellos, quizás cambiando un poco la caligrafía”. El empleado también le dijo que se trataba de un formulario “pro forma”, haciéndole entender que era un trámite que el Banco estaba intentando sin esperanzas de éxito, por lo que podía hacer ella todas las firmas.¹¹ Orianna Pilastro también declaró que como le pareció una mera formalidad del Banco, no habló sobre ello con su hermano (Antonio Pilastro), cuya firma estaba falsificando. La declarante tampoco tenía conocimiento de que su hermano — Antonio Pilastro— había firmado una declaración el 10 de abril de 2009 —que los Demandantes acompañaron con el Memorial de Dúplica en este caso— en la que afirmaba que había autorizado previamente a su hermana a firmar la Declaración de Consentimiento.¹²

9. Por su parte, Antonio Pilastro declaró que la firma que obraba en la Declaración de Consentimiento bajo su nombre presentada ante el CIADI no era la suya. Además, confirmó que recién en el 2009, esto es tres años después de presentada la solicitud de arbitraje supuestamente en su nombre, se enteró de que su hermana había firmado por él años atrás. Es decir que no había habido una autorización previa para que su hermana prestara el consentimiento al CIADI en su nombre. Tal como remarcó la Argentina en la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales, las consecuencias jurídicas de lo informado al Tribunal eran de enorme importancia para este arbitraje.¹³

10. Tan importante como el hecho de las firmas falsas es otra circunstancia que también surge de la declaración de Orianna Pilastro: ella creía estar completando “una de las tantas formalidades que realizaba para la gestión de la cuenta” y que “[s]i hubiera comprendido la importancia del acto habría actuado de otra manera”.¹⁴ Es decir que no era

¹⁰ Ver Solicitud de Archivo del representante del Ministerio Público italiano, Dr. Giampiero Nascimbeni, Anexo I de la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales.

¹¹ Solicitud Urgente de Medidas Provisionales, 21 de julio de 2011, punto I.

¹² *Ibid.*

¹³ Solicitud Urgente de Medidas Provisionales, 21 de julio de 2011, punto II.

¹⁴ *Ibid.*, punto I.

plenamente consciente de que estaba autorizando el inicio de un arbitraje internacional en su nombre, lo cual es fatal para la legitimidad de este procedimiento. A todo esto pueden agregarse otras circunstancias que surgen de la declaración —como que fue “por indicación de los responsables del banco” que todo el dinero de la cuenta se utilizó para adquirir intereses sobre títulos emitidos por la República Argentina¹⁵— que resultan fundamentales para la defensa de esta parte pero que, por las arbitrariedades de la mayoría del Tribunal, ya no podrán plantearse conforme se explica *infra*.

11. Quedó entonces *probado* que (al menos) algunas firmas aportadas con la Solicitud de Arbitraje eran falsas; que la realización de esas firmas falsas fue instigada por un funcionario de uno de los bancos miembros de la TFA —que fue considerada por la mayoría del Tribunal como una entidad que en este arbitraje “se desempeña como el debido representante de las Demandantes”, incluso con “facultades que van más allá del poder que se otorga a un apoderado normal en el marco de la regla 18 de las Reglas de Arbitraje del CIADI”¹⁶—; que la autora de las firmas falsas al firmar la declaración de consentimiento no comprendía que supuestamente estaba autorizando el inicio de un arbitraje en su nombre (o en nombre de su padre y de su hermano), por lo que no prestó consentimiento a este procedimiento y tampoco existía consentimiento por parte de sus familiares; que el contenido de la declaración presentada por los abogados de las Demandantes en este caso, de fecha 10 de abril de 2009, correspondiente a Antonio Pilastro, es falso. De esta declaración surge que el señor Pilastro había “autorizado previamente” a la señora Pilastro a firmar en su nombre, pero de lo declarado frente a las autoridades italianas surge que el señor Pilastro se enteró de esta firma “en su nombre” tres años después.

12. En virtud de lo expuesto, la República Argentina sostuvo en la Solicitud de Urgente de Medidas Provisionales que “[n]ingún Tribunal CIADI puede aceptar semejante abuso de proceso” puesto que “[s]e trata de un arbitraje ‘coordinado’ por una entidad (TFA) que fabricó supuestos consentimientos de demandantes sobre la base de firmas falsas o de firmas obtenidas sin que el firmante conociera los alcances del acto”.¹⁷ Por ello, la Argentina solicitó al Tribunal que ante la urgencia derivada de una decisión inminente a ser adoptada respecto de las objeciones jurisdiccionales planteadas, y el perjuicio irreparable que se

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, ¶ 532.

¹⁷ Solicitud Urgente de Medidas Provisionales, 21 de julio de 2011, punto II.

seguiría para la Argentina de tener que litigar frente a miles de reclamos iniciados en estas condiciones, se otorgara como medida provisional:

- a) la fijación de una audiencia para que declarasen frente al Tribunal, respecto de los hechos descritos en la presente solicitud, Orianna Pilastro y Antonio Pilastro, además de cualquier otro Demandante que el Tribunal pueda designar;
- b) que se ordenase a las Demandantes abstenerse de alterar o destruir cualquier documento, incluido pero no limitado a los originales de los poderes y mandatos supuestamente otorgados a la TFA y a los abogados por los Demandantes; y
- c) se solicitase de forma urgente a la Secretaria General del CIADI un informe sobre el método que empleó para verificar la autenticidad de la documentación aportada junto con la Solicitud de Arbitraje.¹⁸

13. El Tribunal, por mayoría, rechazó el pedido de medidas provisionales en menos de 15 días después de recibirlo y un día después de la última comunicación de la Argentina al respecto, sin expresar los motivos en los que se fundó dicho rechazo (lo que resulta inaudito en el CIADI). En efecto, en un solo párrafo de la nota por medio de la cual se acompañaba la Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad la mayoría del Tribunal se limitaba a decir:

Con respecto a la solicitud del Demandado de medidas provisionales del 21 de julio de 2011 (la "Solicitud"), la respuesta de los Demandantes del 29 de julio de 2011 y la respuesta del Demandado del 3 de agosto de 2011, la mayoría del Tribunal es de la opinión que los Demandantes han convincentemente argumentado que hay una falta de urgencia. En el mismo sentido, la mayoría del Tribunal es de la opinión de que no hay ninguna razón convincente para que la Solicitud del Demandado deba tratarse antes de la publicación de la decisión. En consecuencia, la mayoría del Tribunal rechaza la Solicitud, el profesor Abi-Saab disiente.¹⁹

14. La mayoría del Tribunal no sólo rechazó la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales de manera abrupta y sin expresar sus motivos, sino que ni siquiera consideró, al momento de emitir su Decisión sobre Jurisdicción, la nueva evidencia que se estaba presentando respecto de la existencia de fraude y error esencial que invalida el consentimiento de los Demandantes (no hay razones para descartar que las mismas o

¹⁸ Solicitud Urgente de Medidas Provisionales, 21 de julio de 2011, punto III.

¹⁹ Nota del Centro del 4 de agosto de 2011, por la que se comunica a las partes lo resuelto por la mayoría del Tribunal (traducción no oficial del original en inglés).

similares razones afecten la existencia y/o validez del consentimiento de todos los Demandantes). En efecto, la mayoría del Tribunal concluyó que “en esta etapa no existen indicios de que tal formalización [de los documentos que contienen el consentimiento de las Demandantes] se haya logrado mediante fraude, coerción o un error esencial que haya viciado el consentimiento de las Demandantes”,²⁰ por lo tanto “[I]a declaración de consentimiento firmada por cada Demandante y presentada en este procedimiento es **en principio** válida [...]”.²¹

15. Cabe entonces preguntarse: ¿cómo pueden dos miembros del Tribunal afirmar que “en esta etapa no existen indicios” de fraude o error esencial con la abrumadora evidencia presentada por la Argentina durante este procedimiento y la confirmación de los propios Demandantes involucrados en los poderes cuestionados? ¿Cómo pueden concluir que la declaración de consentimiento es “en principio” válida sin considerar la necesidad de verificar adecuadamente la validez de toda la documentación presentada por las Demandantes cuando ya se probó que al menos algunos bancos miembros de la TFA obtuvieron las declaraciones de consentimiento por medio de engaño o incitaron a la falsificación de las firmas de algunos Demandantes? ¿Cómo pudieron realizar semejante afirmación y al mismo tiempo negarse, sin expresar motivos, a citar a dos Demandantes que habían afirmado frente a las autoridades italianas la falsedad de las firmas y que, inducidos por los bancos, no sabían lo que firmaban?

16. Los árbitros recusados podrían argumentar que la cuestión de la existencia y validez del consentimiento individual “se abordará, en la medida en que sea necesario y apropiado, cuando se analicen las cuestiones relacionadas con cada Demandante”.²² Esta posición no sería honesta y en todo caso sería incorrecta a la luz de lo *ya resuelto* en la Decisión sobre Jurisdicción, entre otras por las siguientes razones: i) como se explica en la sección relativa a las limitaciones al derecho de defensa,²³ la mayoría del Tribunal ya ha reconocido que el tratamiento individual es “imposible”,²⁴ por lo que será “imposible” el análisis de la existencia y validez del consentimiento de cada Demandante, lo cual sería

²⁰ Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, ¶ 501 (iv).

²¹ *Id.*, ¶ 502(ii) (énfasis agregado).

²² *Id.*, ¶ 466 (ii).

²³ Ver Sección II.C del presente escrito.

²⁴ Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, ¶ 296.

inadmisible en cualquier procedimiento internacional y máxime en uno donde ya *se ha probado* que existen firmas falsas y consentimientos obtenidos fraudulentamente; ii) más allá de que la mayoría del Tribunal todavía no ha definido totalmente como se desarrollará el procedimiento futuro, *ya ha establecido* que “la próxima fase del procedimiento estará dedicada a determinar las cuestiones básicas relacionadas con el fondo de la causa”.²⁵ Es decir que sobre la base de un prejujuicio²⁶ dogmático de que “no existen indicios” de que la operación de obtención de los documentos presentados para iniciar el arbitraje “fuera sistemáticamente fraudulenta o coercitiva o de que hubiera causado de otro modo que las Demandantes prestaran conformidad al arbitraje del CIADI sobre la base de un error esencial”²⁷ —a pesar de que existían evidencias concretas de fraude y falsedad y de que el Tribunal se negó al rechazar la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales a producir *alguna* prueba para determinar cuán extendido eran esos fraudes y falsedades— la mayoría del Tribunal ya ha resuelto que la Argentina debe ahora discutir el fondo del caso. El análisis de la validez del consentimiento de cada Demandante el Tribunal ya dijo que es “imposible” y en todo caso, “en la medida en que sea necesario y apropiado”, será considerado después de analizar el fondo del caso, lo que constituye otra violación flagrante del Convenio CIADI y de las Reglas de Arbitraje, que no prevén el tratamiento del fondo de un caso *antes* del tratamiento de la cuestión jurisdiccional; y iii) la mayoría del Tribunal *ya ha rechazado en forma definitiva* objeciones jurisdiccionales de la República Argentina sobre la base de *aceptar la validez del consentimiento de los Demandantes*.

17. En este sentido, frente al cuestionamiento de la Argentina a la validez de los instrumentos presentados para iniciar el arbitraje, los árbitros recusados reconocieron que “cabe preguntarse si el recorte de los derechos de las Demandantes fue excesivo. Esta cuestión, empero, no está relacionada con el consentimiento: **las Demandantes sabían lo que estaban haciendo**.”²⁸ Es decir que los árbitros recusados *ya rechazaron en forma definitiva* defensas fundamentales de la Argentina²⁹ sobre la base de que, supuestamente, “los Demandantes sabían lo que estaban haciendo”. Por ende, y más allá de que esta

²⁵ *Idf.*, ¶ 670.

²⁶ Sobre prejujuicio ver también sección II.D.

²⁷ Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, ¶ 464.

²⁸ *Id.*, ¶ 457 (énfasis agregado).

²⁹ Memorial sobre Excepciones, ¶¶ 237-240; Memorial de Réplica, ¶¶ 271-302.

afirmación no tiene fundamento alguno y se choca de frente con evidencia derivada de declaraciones juradas de los propios Demandantes, lo cierto es que la supuesta reserva de una fase ulterior donde supuestamente se realizará un (imposible) análisis del consentimiento individual, es irrelevante respecto a cuestiones que el Tribunal ya resolvió de forma definitiva.

18. Sin duda alguna, esta conducta lleva a una pérdida objetiva de confianza en la imparcialidad de juicio de los miembros del Tribunal que integraron la mayoría que adoptó las decisiones que aquí se cuestionan, máxime vista en conjunción con las limitaciones al derecho de defensa de la Argentina impuestas.

B. Decisión sin la Opinión Disidente del Árbitro Prof. Abi Saab y en contra de su voluntad

19. En una postura sin precedentes y sin mediar urgencia alguna, la mayoría del Tribunal decidió comunicar la Decisión sobre Jurisdicción: a) sin la opinión disidente del restante árbitro, b) sin su consentimiento y c) sin esperar siquiera un borrador de aquella.³⁰

20. Ello, sumado a que la decisión de la mayoría del Tribunal por la cual rechaza la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales fue adoptada a tan pocos días de la solicitud (incluso a pocas horas del escrito de la Argentina del 3 de agosto de 2011), manifiesta una conducta absolutamente inapropiada, cuando no mala fe, por parte de los restantes árbitros. No había absolutamente ninguna urgencia que pudiese justificar no esperar la opinión disidente del restante árbitro y son graves las consecuencias de haber actuado de ese modo.

21. Es más, la mayoría del Tribunal incurre en otra máxima arbitrariedad al sugerir que la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales de la República Argentina habría también justificado la emisión de la Decisión sobre Jurisdicción sin esperar siquiera un borrador de la opinión disidente.³¹ Ello, a pesar de que en dicha solicitud se invocaba precisamente la urgencia derivada de una decisión inminente a ser adoptada por el Tribunal y “el perjuicio

³⁰ Ver nota del Centro del 4 de agosto de 2011, pág. 1 (“Habiendo deliberado plenamente *pero no habiendo recibido al día de la fecha el texto escrito de la Opinión Disidente...*”) (traducción no oficial del original en inglés) (énfasis agregado). En el caso *Joseph Charles Lemire c. Ucrania* (Caso CIADI N° ARB/06/18) si bien se comunicó la decisión sobre jurisdicción sin acompañar la opinión disidente, a diferencia del presente caso, ello había sido acordado entre todos los miembros del Tribunal y en especial por el propio árbitro disidente, quien firmó la decisión sobre jurisdicción del 14 de enero de 2010. Véase, por ejemplo, que en la nota al pie n. 3 de su opinión disidente del 1 de marzo de 2011, el árbitro Voss explica “[y]o acordé con mis colegas en exponer toda mi Opinión Separada junto con el Laudo” (“I had agreed with my colleagues to state my entire Separate Opinion together with the Award”).

³¹ Nota del Centro del 4 de agosto de 2011, pág. 1.

irreparable que se seguiría para la Argentina de tener que litigar frente a miles de reclamos iniciados en estas condiciones”.³² En otras palabras, los árbitros recusados justifican su decisión de no esperar la disidencia en una solicitud urgente que les requería adoptar medidas puntuales y también urgentes *antes* de que adoptaran la decisión, en tanto existía evidencia concluyente de firmas falsas y consentimientos obtenidos fraudulentamente.

22. Semejante actitud de la mayoría del Tribunal adquiere mayor gravedad cuando, a pesar de no contar aún con la opinión del Árbitro Abi-Saab, se pretende seguir adelante con el procedimiento cuando no se conoce todavía cuál es la posición del árbitro disidente sobre cada uno de los once puntos en debate.

23. Las opiniones disidentes tienen una importantísima función en las jurisdicciones internacionales. Son un instrumento de transparencia e integridad del procedimiento y protegen así la debida y real deliberación que debe reinar en todo procedimiento internacional. En efecto, se ha dicho que “las opiniones Disidentes [...] actúan ‘como salvaguardia de la responsabilidad individual de los jueces así como de la integridad de la Corte como institución’. Se oponen a ‘cualquier posición de confianza en la alineación simple de votantes’ y levantan ‘los pronunciamientos de la Corte al nivel del poder inherente de la razón jurídica y el razonamiento’. Como el Juez Huber dijo: ‘[...] la posibilidad de publicación (de las opiniones disidentes) era una garantía contra cualquier intrusión subconsciente de consideraciones políticas, y los fallos eran emitidos, lo más probable, de acuerdo con la fuerza real de los argumentos presentados’”.³³

24. Al ni siquiera considerar un borrador de la opinión disidente del Prof. Abi-Saab —sin urgencia que lo justifique y descartando sin fundamentos y de plano una solicitud de medidas urgentes antes de la adopción de la decisión— los árbitros recusados afectaron

³² Solicitud Urgente de Medidas Provisionales, 21 de julio de 2011, pág. 5.

³³ R. P. Anand, *The Role Of Individual And Dissenting Opinions In International Adjudication*, 14 INT’L & COMP. L.Q. 792 (1965) (en inglés: “Dissenting opinions [...] act ‘as a safeguard of the individual responsibility of the judges as well as of the integrity of the Court as an institution.’ They preclude ‘any charge of reliance on mere alignment of voting’ and lift ‘the pronouncements of the Court to the level of the inherent power of legal reason and reasoning.’ As Judge Huber said: ‘[...] the possibility of publication (of dissenting opinions) was a guarantee against any subconscious intrusion of political considerations, and the judgments were more likely to be given in accordance with the real force of the arguments submitted’”). También ha expresado que “estas opiniones consultivas no sólo actúan como salvaguardia de la independencia e imparcialidad de los jueces, sino que ayudan a una mejor comprensión de los fallos de la Corte y facilitan el desarrollo y clarificación del derecho internacional” (“Not only do these opinions act as a safeguard of the independence and impartiality of the judges, but they help in a better understanding of the Court’s judgments and facilitate in the development and clarification of international law”). *Ibid.*, 801.

fatalmente el proceso de deliberación del Tribunal y su imparcialidad. La imparcialidad requiere una consideración razonable de los distintos argumentos —no solamente de las partes sino también, ciertamente, de uno de los árbitros—, consideración que los árbitros recusados no hicieron al no esperar a ver un desarrollo escrito de las razones del árbitro disidente. Sin esa consideración cuidadosa de los argumentos contrarios, ¿cómo puede afirmarse que uno o inclusive los dos árbitros recusados no habrían cambiado su posición de haber leído el desarrollo de los fundamentos del tercer árbitro? Esto no puede afirmarse y por eso es que el accionar de los árbitros recusados niega manifiestamente su imparcialidad.

C. Limitaciones del derecho de defensa de la República Argentina

25. La pérdida de confianza de la República Argentina en la imparcialidad de juicio de la mayoría del Tribunal tiene fundamento, además de por las razones ya expuestas, en las limitaciones severas al derecho de defensa de la Argentina que los árbitros recusados *ya han determinado* se aplicarán en este procedimiento. Estas limitaciones surgen de la Decisión sobre Jurisdicción de la mayoría y de la decisión de la mayoría sobre la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales. A continuación se describen las instancias más flagrantes en las que la mayoría del Tribunal ha limitado tanto actual como prospectivamente el derecho de defensa de la Argentina.

26. El presente caso es el primero, en toda la historia del CIADI, en que se promueve una reclamación masiva.³⁴ Frente a esta circunstancia, y rechazando las excepciones planteadas por la República Argentina (sobre lo cual la Argentina hace reserva de todos los derechos y acciones que correspondan), la mayoría del Tribunal decidió que tiene competencia y el CIADI jurisdicción para entender los reclamos de los originalmente casi 190.000 Demandantes.

27. En el párrafo 296 de la Decisión sobre Jurisdicción, la mayoría del Tribunal afirma, como ya lo había adelantado la República Argentina en sus presentaciones,³⁵ que no podrá realizar un examen particular e individual de cada uno de los Demandantes y/o reclamos:

³⁴ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 295.

³⁵ Ver Memorial sobre Excepciones, ¶¶ 135, 138, 167-168, 171 y 264-266, Memorial de Réplica, ¶¶ 183-190, 192 y 197-201, y Escrito Posterior a la Audiencia, ¶¶ 3, 62, 74-92 y 100-119.

Es innegable que el gran número de demandantes plantea una serie de preguntas y dificultades. En especial, **hace imposible tramitar o examinar cada una de las 180.000 (o, para el caso, 60.000) reclamaciones como si fuese única, lo que hará inevitables ciertas generalizaciones y/o exámenes colectivos [...]** (el subrayado nos pertenece).

28. Es más, en lo que constituye tanto un prejujuicio manifiesto como una limitación sin precedentes al derecho de defensa, en el párrafo 542 los árbitros recusados sostienen:

En consecuencia, **las circunstancias específicas** que rodearon a las adquisiciones individuales de derechos sobre valores realizadas por las Demandantes **son irrelevantes**. (el subrayado nos pertenece).

29. Es manifiesta la parcialidad de los árbitros recusados quienes, luego de verse forzados a reconocer que el análisis individual será “imposible”, afirman, antes de que siquiera se haya presentado evidencia y argumentos sobre el fondo, que las “circunstancias específicas” de cada demandante son irrelevantes. Esto implica, como se dijo, no sólo un prejujuicio sin el más mínimo fundamento (piénsese que el caso se encuentra recién en una primera fase de jurisdicción), sino que además efectivamente cancela el derecho de la Argentina de defenderse invocando circunstancias específicas de los Demandantes, pues el Tribunal *ya ha determinado* que esa defensa es imposible y que en cualquier caso esas circunstancias son “irrelevantes”.

30. Esta privación del análisis adecuado de cada uno de los reclamos afecta claramente el derecho de defensa de la Argentina desde el momento mismo de esta decisión, además de tener un alcance perverso hacia el futuro.³⁶ Piénsese que el prejujuicio y limitación de las defensas resueltos por el Tribunal son determinantes para un arbitraje de inversión: se trata de un proceso donde el demandado ya sabe que no podrá alegar respecto de cuáles eran las expectativas razonables que debía tener cada demandante a la luz de sus

³⁶ En los párrafos 330 y 385 la mayoría del Tribunal afirma que carece de relevancia el hecho de que los bancos hubieran incumplido alguna de sus obligaciones respecto de la Argentina o los Demandantes. Sin embargo, en los párrafos 358-361 la mayoría del Tribunal toma en cuenta el accionar de los bancos como agentes de distribución de los títulos que finalmente adquirieron los Demandantes. Esa compra-venta de títulos de los bancos respecto de la Argentina y, posteriormente, frente a los Demandantes es considerada allí por el Tribunal como “parte de una única e idéntica operación económica y solo tienen sentido considerados conjuntamente” (¶ 359). En todo caso, el hecho de que se hayan constatado acciones de parte de los Demandantes frente a los bancos no hace más que demostrar la necesidad del análisis individualizado.

“circunstancias específicas”, ni respecto de cómo esas expectativas influyen a la hora de determinar si hubo o no una violación del Tratado.

31. En este caso, esas “circunstancias específicas” podrían incluir, entre muchas otras, las características personales de cada demandante (si se trataba de un individuo sofisticado y/o altamente especulativo, o de un jubilado que utilizó sus ahorros inducido por el banco, etc.), cuánta información tenía cada demandante al momento de adquirir los intereses sobre títulos de deuda (es evidente que, para poder quejarse de que el default fue injusto e inequitativo, no es lo mismo quien al comprar tenía información de que la cesación de pagos era cierta e inminente de quien no tenía siquiera noción de dicho riesgo, etc.), cuál fue el momento de compra (en tanto, por ejemplo, existen parámetros de mercado objetivos que demuestran que comprar títulos de la deuda argentina era muchísimo más riesgoso en los momentos previos a la suspensión de pagos que años antes de este evento), cuál fue el comportamiento y la información brindada por el banco intermediario (piénsese que existe evidencia en este caso de una Demandante que dijo haber sido inducida por el banco a utilizar todos los fondos que estaban en su cuenta para adquirir intereses sobre títulos argentinos), etc. Los árbitros recusados, sin considerar prueba ni argumento alguno sobre el fondo, *ya han decidido* que Argentina no podrá defenderse invocando ninguna de esas “circunstancias específicas” pues las mismas son “irrelevantes” y en todo caso de “imposible” tratamiento.

32. Debe también destacarse que la imposibilidad para la Argentina de invocar las “circunstancias específicas” se refiere no sólo a las cuestiones de jurisdicción³⁷ y de fondo, sino también a algo tan trascendental como una eventual etapa de determinación de supuestos daños. Respecto de este último punto, se combina la imposibilidad de discutir las “circunstancias específicas” con otro prejuzgamiento crucial de los árbitros recusados, que en una primera fase de jurisdicción afirmaron: “el potencial perjuicio causado a las Demandantes es, por naturaleza, idéntico en todos los casos aunque la magnitud de ese perjuicio dependerá, por supuesto, de la magnitud de la inversión individual de cada una de ellas.”³⁸

³⁷ Si bien en el párrafo 409 los árbitros recusados reconocen que las condiciones de la jurisdicción *ratione personae* se deben cumplir respecto de “cada Demandante”, la irrelevancia de las “circunstancias específicas”, ya resuelta por la mayoría del Tribunal, priva de defensas a la Argentina también en materia jurisdiccional.

³⁸ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 543.

33. Esta afirmación sin fundamento de que cualquier “potencial perjuicio” es “por naturaleza, idéntico” elimina la posibilidad de, en su momento, interponer defensas fundamentales nuevamente relativas a circunstancias específicas: el precio de compra que pagó cada Demandante y el valor de mercado de cada título al momento de la compra (no necesariamente igual al primero). Para merituar la importancia que hubiera podido tener esta defensa para la Argentina en materia de daños, y que el Tribunal ha excluido, debe considerarse que en muchos casos el valor de los títulos antes de la declaración de cesación de pago (*default*) era igual o incluso inferior al valor de mercado que tenían después.

34. En este mismo sentido, en el párrafo 487 (última oración), el Tribunal afirma que “a raíz del elevado número de Demandantes [...] el procedimiento se limita a la defensa de los intereses comunes a todo el grupo de Demandantes”, y en el párrafo 488 decide que no adoptará un procedimiento de múltiples partes sino un procedimiento de “representación” que no tiene en cuenta las cuestiones individuales:

En síntesis, el presente procedimiento es aparentemente un tipo híbrido de procedimiento colectivo, en el sentido de que se inicia como un proceso agregado pero después adquiere características similares a las de un proceso representativo debido al elevado número de Demandantes involucrado.

35. Desde el mismo momento en que la mayoría del Tribunal no ha podido calificar el presente procedimiento sino como un “tipo híbrido” en el que no se podrán discutir adecuadamente cada uno de los reclamos, se produce la alteración de los derechos procesales y sustantivos de la República Argentina consagrados en el marco del Convenio CIADI, el TBI y el derecho internacional en general.

36. Asimismo, en párrafo 519 la mayoría del Tribunal sostuvo que “al realizar tal adaptación del procedimiento estándar, se debe tener en cuenta el principio general del debido proceso y lograr un equilibrio entre los derechos procesales y los intereses de cada parte”, no obstante luego estableció que:

[...] es innegable **que el Tribunal no estará en posición de examinar todos los elementos y documentos conexos** de la misma manera que lo haría si se tratara de unas pocas demandantes. A este respecto, el Tribunal debería implementar mecanismos que permitan realizar una **verificación simplificada** del material probatorio [...]

37. A su vez, en el párrafo 536, estableció que:

[...] no será posible tratar a cada Demandante como si fuera un solo individuo y se deberán examinar ciertas cuestiones, como la existencia de una expropiación, en forma colectiva, es decir, como un grupo, y (ii) las implicancias probablemente **limitarán ciertos derechos procesales de las Demandantes y de Argentina** por cuanto las Demandantes deben renunciar a sus intereses individuales en favor de los intereses comunes a todo el grupo de Demandantes, y **Argentina no podrá plantear argumentos en forma completa y detallada respecto de la situación individual de cada una de las Demandantes [...]**

38. Esto es nuevamente afirmado por la mayoría del Tribunal en el párrafo 545: “[...] Argentina no podrá analizar en forma completa y detallada las circunstancias individuales de cada Demandante [...].”

39. Luego, en el párrafo 545 vuelve a reiterar el efecto que la decisión del Tribunal ocasionará en los derechos procesales y de defensa de la Argentina. Estas aseveraciones son chocantes. No hay fundamento ni lógica jurídica alguna para justificar la decisión de un tribunal internacional que explícitamente limita y vulnera los derechos de un Estado soberano, protegidos por convenios internacionales y reglas procesales. Frente a semejante conducta, no se puede esperar que la Argentina o cualquier otra parte, objetivamente, tenga plena confianza en la imparcialidad de juicio de quienes adoptaron tal burda decisión.³⁹

40. Otra instancia específica de afectación del derecho de defensa derivada de la imposibilidad de considerar las “circunstancias específicas” se encuentra en el párrafo 460. Allí la mayoría del Tribunal endilga a la Argentina el no haber probado que los Demandantes, de haber conocido el riesgo de perder la acción contra los bancos, no habrían recurrido al arbitraje CIADI. Sin embargo, el Tribunal no dejó que durante esta primera etapa jurisdiccional se debatieran estas cuestiones, y ya ha resuelto que será “imposible” e “irrelevante” considerar las “circunstancias específicas” de cada Demandante, por lo que Argentina nunca tuvo ni tendrá la posibilidad de probar esa defensa.

41. Esta arbitraria conducta de la mayoría del Tribunal no puede sino contribuir a la pérdida de confianza en su capacidad para decidir en forma imparcial esta controversia.

³⁹ Además, en el párrafo 546 la mayoría del Tribunal explica que “las Demandantes han aceptado conscientemente la fijación de límites estrictos respecto de sus derechos procesales, a fin de beneficiarse de la tramitación colectiva de sus reclamaciones ante un tribunal del CIADI”. Esa oportunidad que los Demandantes habrían tenido de renunciar o limitar ciertos derechos procesales no le fue dada a la Argentina. Por el contrario, la limitación de los derechos procesales de la Argentina se ha dado contra su expresa voluntad.

D. Prejuzgamiento

42. En el párrafo 321 hay un claro ejemplo de prejuzgamiento que amerita hacer lugar a la recusación, en tanto no se dan razones para llegar a la conclusión efectuada. En efecto, en el citado párrafo la mayoría del Tribunal asevera que:

La Ley de Emergencia **surtió el efecto de modificar unilateralmente las obligaciones de pago de Argentina**: tanto las emanadas de los bonos de que se trata, como de otras deudas. Argentina no invoca un derecho contractual a hacerlo, como por ejemplo, una disposición sobre fuerza mayor. No ha invocado ninguna disposición contractual o legal que la excusara del cumplimiento de sus obligaciones contractuales frente a las Demandantes. De hecho, basa y justifica su incumplimiento en su situación de insolvencia, la cual nada tiene que ver con determinado contrato.

43. Los árbitros recusados ya han resuelto que la Argentina modificó unilateralmente sus obligaciones contractuales a través de la Ley de Emergencia, y que además no ha invocado fundamentos de origen contractual para hacerlo. Este prejuzgamiento sobre el fondo, realizado sin haber recibido y considerado la evidencia y argumentos sobre los méritos, equivale, bajo algunas concepciones extremas, a haber ya condenado a la Argentina por violación del Tratado.

44. Dicho prejuzgamiento, quizás sobre la cuestión de fondo más importante pero efectuado en la etapa de jurisdicción, niega manifiestamente, una vez más, la imparcialidad de los árbitros recusados. Asimismo, el prejuzgamiento se torna aun más grave si se piensa que la Ley de Emergencia no se aplica a los títulos invocados en este caso, por lo que mal podría dicha norma, o cualquier otra norma argentina,⁴⁰ haber afectado sus términos (los títulos invocados en este caso se regían por leyes extranjeras y la Ley de Emergencia resulta aplicable, exclusivamente, a contratos sometidos al derecho argentino).

45. Asimismo, la decisión de la mayoría también vuelve a prejuzgar por cuanto en el párrafo 324 expresa que:

En otros términos, la presente controversia no surge del mero hecho de que Argentina haya faltado al cumplimiento de las obligaciones de pago que le imponían los bonos, sino del hecho de que intervino en forma soberana, en virtud de sus potestades como Estado, para modificar sus obligaciones de

⁴⁰ Por otra parte, la Argentina, cuando se ha referido a la ley N° 26.017, expresamente ha manifestado que no se alteraron los derechos derivados de los intereses sobre títulos. Ver Memorial de Excepciones a la Jurisdicción ¶ 42 (nota al pie 105), ¶ 317; Memorial de Replica sobre Jurisdicción y Admisibilidad ¶ 537; Escrito Posterior a la Audiencia ¶¶ 370-371.

pago frente a sus acreedores en general, incluidas, sin carácter limitativo, las Demandantes.

46. Al afirmar que la Argentina “intervino en forma soberana, en virtud de sus potestades como Estado, para modificar sus obligaciones de pago frente a sus acreedores en general, incluidas, sin carácter limitativo, las Demandantes”, la mayoría del Tribunal no hizo más que prejuzgar sobre lo que sería una discusión netamente de fondo. Los árbitros recusados ya han resuelto, antes de la fase de fondo, que la Argentina “modificó sus obligaciones de pago”.

47. Asimismo, en el párrafo 461 *in fine* hay un claro prejuzgamiento al expresar que:

Se podría alegar, por supuesto, que en algunos casos la información contenida en el Paquete de Mandato de TFA se podría haber explicado mejor o podría haber sido más amplia. Sin embargo, también es preciso tener en cuenta que la presente diferencia no es una disputa de consumidores, aunque el perfil de varias de las Demandas es semejante al de un consumidor. Se trata de una diferencia en torno a inversiones financieras multifacéticas. Por tanto, no es necesario que el grado y la naturaleza de la información sean equivalentes a los que se requieren en las transacciones de consumidores en sentido estricto, y TFA tenía derecho a suponer que los inversores poseían un cierto nivel de sofisticación y conocimientos.

48. Sin embargo, tal aseveración no encuentra fundamento, por cuanto toda la prueba aportada por las partes expresamente indica que se trataba, justamente, de consumidores poco sofisticados.⁴¹ De hecho, la mayoría del Tribunal reconoce sus propias contradicciones en el párrafo 463:

Adicionalmente, inclusive si el Paquete de Mandato de TFA no contenía información suficiente o si en cierta medida una parte de la información estaba distorsionada, los hechos posteriores habrían tenido el efecto de subsanar ese defecto. Por cierto, varias asociaciones comenzaron a ayudar a los compradores italianos de bonos argentinos mediante la difusión de información sobre los medios legales a su disposición [...].

49. Llegando luego al absurdo de alegar que:

En consecuencia, aun si en oportunidad de la firma del Paquete de Mandato de TFA, algunas Demandantes no poseían plena información acerca de la medida que estaban adoptando, sí la obtuvieron posteriormente a través de

⁴¹ Memorial de Contestación sobre Jurisdicción, ¶¶ 164 y 884 (presentado el 7 de noviembre 2008); Escrito Posterior a la Audiencia de los Demandantes, ¶ 68, presentado el 22 de junio 2010.

las diversas actividades emprendidas por las asociaciones, los procedimientos legales y los informes sobre el arbitraje del CIADI en curso. Dado que las propias Demandantes no invocan un vicio del consentimiento, resulta suficiente que estuvieran en posición de valorar el alcance de su compromiso respecto del arbitraje del CIADI, y el hecho de que con el tiempo hayan comprendido realmente, o no, ese compromiso, es irrelevante.

50. Esta Decisión sobre Jurisdicción no sólo fue emitida sin haber analizado en forma detallada e individualmente el consentimiento de cada Demandante, que se impugnó en repetidas oportunidades por la Argentina (fíjese, *inter alia*, la Solicitud Urgente de Medidas Provisionales), lo cual configura un flagrante prejuzgamiento, sino que además se encuentra reñida con los preceptos básicos del Convenio CIADI que requieren un consentimiento PREVIO válido y por escrito. El Tribunal llega al extremo de prejuzgar que, el hecho de si los Demandantes comprendieron “realmente” o no su compromiso respecto del CIADI, es “irrelevante”. También prejuzga, sin haber considerado y sin que vaya a considerar en el futuro que “los hechos posteriores habrían tenido el efecto de subsanar” cualquier defecto en la información contenida en la documentación entregada a los Demandantes a efectos de que prestaran su consentimiento,

51. Finalmente, y luego de haber presentado múltiple evidencia que pone seriamente en duda el consentimiento de los Demandantes,⁴² la mayoría del Tribunal llega a la sorprendente conclusión de que “no existen indicios de que tal operación fuera sistemáticamente fraudulenta o coercitiva o de que hubiera causado de otro modo que las Demandantes prestaran conformidad al arbitraje del CIADI sobre la base de un error esencial” (¶ 464).⁴³ Ello, junto con la prevención efectuada en el punto (ii) del párrafo 466 de que podría no examinar esta cuestión (lo cual evidencia que no la examinó) y su conclusión del párrafo 486 (los Demandantes “tienen conocimiento y han consentido al CIADI”) no

⁴² Pericia No. 3616/2008, de fecha 2 de febrero de 2009, División de Scopometría de la Superintendencia de Policía Científica de la Policía Federal Argentina, (“Informe la División de Scopometría”); Memorial de Réplica de la República Argentina sobre Jurisdicción y Admisibilidad, de fecha 23 de febrero 2009, ¶ 194; Primer Informe de los Expertos Héctor Jorge Petersen y Héctor Jorge Petersen, Jr., de fecha 20 de febrero de 2009; Memorial de Réplica de la República Argentina sobre Jurisdicción y Admisibilidad de fecha 23 de febrero 2009, ¶ 195, ¶196; Segundo Informe de los Expertos Héctor Jorge Petersen y Héctor Jorge Petersen, Jr de fecha 25 de febrero 2010; Escrito Posterior a la Audiencia Sobre Jurisdicción y Admisibilidad de los Demandantes, de fecha 22 de junio de 2010, ¶9 8 , ¶ 101.

⁴³ Ver también lo decidido en el punto (i) del párrafo 466: “Sobre la base de las circunstancias que llevaron a la formalización de los documentos que contienen el consentimiento de las Demandantes, especialmente la declaración de consentimiento y el poder, en esta etapa no existen indicios de que tal formalización se haya logrado mediante sistemático fraude, coerción o un error esencial que haya viciado el consentimiento de las Demandantes”.

hace más que evidenciar el prejuzgamiento manifiesto que tiene el efecto de, objetivamente, hacer perder la confianza en la imparcialidad de juicio.

52. A lo largo de su decisión, la mayoría del Tribunal afirmó que los reclamos de los Demandantes y sus inversiones eran homogéneas (¶¶ 541 y 545). Semejante afirmación, sin que se haya discutido aún en forma adecuada e individualizada ningún reclamo, constituye un prejuzgamiento.

53. En los párrafos 544 y 545 la mayoría el Tribunal afirma que los reclamos son homogéneos, sin haberlos analizado individualmente y apoyando así su conclusión de limitar los derechos procesales de la República Argentina:

[...] se considerará que las reclamaciones de las Demandantes son lo suficientemente homogéneas como para justificar una simplificación del método y el procedimiento de examen. Según parece, tal método y procedimiento de examen tiene un efecto limitado y relativo en los derechos de defensa de Argentina. Si bien es cierto que Argentina no podrá analizar en forma completa y detallada las circunstancias individuales de cada Demandante, no existe la certeza de que ese enfoque sea necesario para proteger los derechos procesales de Argentina, en vista del carácter homogéneo de las reclamaciones de las Demandantes.

54. En el párrafo 665 la mayoría del Tribunal vuelve a sostener que “en el presente caso participan diversas Demandantes, debido a lo cual es de facto imposible tratar seriatim con todas ellas. Teniendo esto en cuenta, y teniendo en cuenta también la homogeneidad de las reclamaciones”.

55. Más grave aun es el prejuzgamiento, ya mencionado, que contiene la afirmación de la mayoría del Tribunal que dice: “La legislación y las reglamentaciones sancionadas e implementadas por Argentina, junto con la implementación de su Oferta de Canje 2005, tuvieron el mismo efecto en todas las Demandantes. Por tanto, el potencial perjuicio causado a las Demandantes es, por naturaleza, idéntico en todos los casos [...]”⁴⁴ En este caso, no solamente el prejuzgamiento se da respecto de la supuesta (aunque ciertamente desconocida) homogeneidad cuando aún no se analizaron individualmente los reclamos, sino que también se produce cuando se refiere al modo en que la Oferta de Canje impactó sobre cada Demandante.

⁴⁴ Decisión sobre Jurisdicción, ¶ 543, último inciso.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA RECUSACIÓN

56. El mecanismo de recusación tiene por finalidad la preservación de la integridad del tribunal y del proceso arbitral. Una parte tiene certeza de que es objeto de prejuzgamiento y arbitrariedad manifiesta por parte de miembros de un tribunal cuando tal mayoría adopta decisiones “antes del tiempo oportuno o sin tener de ellas cabal conocimiento”⁴⁵ y cuando, de manera patente, se alteran valores básicos de su derecho de defensa de forma contraria a la justicia, la razón o las normas.⁴⁶

57. El Convenio CIADI establece en sus artículos 57 y 14 las condiciones para la descalificación de árbitros. El artículo 57 dispone que:

Cualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o Tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas en el apartado (1) del Artículo 14. Las partes en el procedimiento de arbitraje podrán, asimismo, proponer la recusación por las causas establecidas en la Sección 2 del Capítulo IV.

58. Por su parte, el artículo 14 (1) del Convenio CIADI establece cuáles son las condiciones que un árbitro debe reunir:

(1) Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio. La competencia en el campo del Derecho será circunstancia particularmente relevante para las personas designadas en la Lista de Árbitros. *(El subrayado nos pertenece)*

59. Es evidente que el prejuzgamiento y arbitrariedad manifiestos de la mayoría del Tribunal **no inspiran plena confianza en la imparcialidad de juicio** de los árbitros recusados. En efecto, el presente constituye un caso, por excelencia, de “carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14” (cfr. art. 57 del Convenio CIADI), en tanto, alguien que prejuzga y decide no aplicar, en forma arbitraria, las normas más fundamentales y básicas del debido proceso jamás podría “inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio”.

⁴⁵ Definición del término “prejuzgar” en el Diccionario de la Real Academia Española, 22 ° edición (www.rae.es).

⁴⁶ Ver definiciones concordantes de los términos “prejuzgar” y “arbitrariedad” en el Diccionario de la Real Academia Española, 22° edición (www.rae.es).

60. La palabra “manifiesta” contemplada en el artículo 57 significa *obvia* o *evidente*, como se explicó en los casos *Suez, SGAB e Interaguas c. Argentina, Suez, SGAB y Vivendi c. Argentina* y *AWG Group c. Argentina*.⁴⁷ Por ende, si resulta evidente que un miembro del tribunal no inspira plena confianza en su imparcialidad de juicio, cabe concluir que ese miembro debe ser recusado. Es decir, que el carácter manifiesto de la falta de imparcialidad de juicio no tiene necesariamente que ver con su gravedad sino, principalmente, con la facilidad con la que puede ser percibida.⁴⁸

61. Existe una diferencia entre los tres textos auténticos del artículo 14 del Convenio CIADI. Mientras en el texto en inglés del artículo 14 se hace referencia a personas que “*may be relied to exercise independent judgment*” (personas en las que se pueda confiar que tendrán independencia de juicio) y en el texto en francés se dispone que las personas que se desempeñen como árbitros deben “*offrir toute garantie d’indépendance dans l’exercice de leur fonctions*” (ofrecer toda garantía de independencia en el ejercicio de sus funciones), en el texto en español se establece que los árbitros deben “inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio”.

62. En caso de discrepancia entre textos igualmente auténticos, de conformidad con el artículo 33(4) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados —que refleja derecho internacional consuetudinario⁴⁹—, “cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado”.⁵⁰ Dentro del objeto y fin del Convenio CIADI se encuentra la solución pacífica de controversias relativas a inversiones mediante la conciliación o el arbitraje. En relación con ello, el derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial es una característica

⁴⁷ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/17, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/19, y *AWG Group c. República Argentina*, Arbitraje CNUDMI, Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un Miembro del Tribunal Arbitral del 22 de octubre de 2007, ¶ 34.

⁴⁸ *Cfr. Ibid*, pág. 933.

⁴⁹ La Grand (Alemania c. Estados Unidos de Norteamérica), 2001 ICJ 104, ¶ 101 (27 de junio). *Ver también Repsol YPF Ecuador, S.A. c. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Caso CIADI N° ARB/01/10, Decisión sobre Anulación del 8 de enero de 2007, ¶ 81 (el comité *ad hoc* utilizó el artículo 33(4) de la Convención de Viena como guía para conciliar los tres textos auténticos del artículo 52(1)(d) del Convenio CIADI).

⁵⁰ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331, Art. 33(4).

inherente y básica de todo proceso jurisdiccional, sea judicial o arbitral. Corolario de ello, es el respeto por el derecho de defensa.

63. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 14(1) del Convenio CIADI, las personas designadas para desempeñarse como árbitros deben ser tanto personas en las que se pueda confiar que tendrán independencia de juicio⁵¹ (o que ofrezcan toda garantía de independencia en el ejercicio de sus funciones),⁵² como personas que inspiren plena confianza en su imparcialidad.⁵³ Este fue el criterio adoptado por numerosos casos en donde se decidieron recusaciones,⁵⁴ —decisiones que pueden considerarse ya en este punto una jurisprudencia constante (*jurisprudence constante*)— el cual concuerda con diversas reglas de arbitraje que exigen que los árbitros sean tanto independientes como imparciales.⁵⁵

64. Al respecto, los hechos descritos en esta presentación, que hacen perder la plena confianza en la imparcialidad de juicio, se advierten con la simple lectura de las decisiones adoptadas el 4 de agosto de 2011 y con la actitud tomada por la mayoría de los miembros del Tribunal en oportunidad de emitirlas. En efecto, en una postura sin precedentes, se comunicó la Decisión sobre Jurisdicción sin el consentimiento del árbitro en disidencia y sin esperar siquiera un borrador de aquella.⁵⁶

⁵¹ Según el texto en inglés.

⁵² Según el texto en francés.

⁵³ Según el texto en español.

⁵⁴ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/17, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/19, y *AWG Group c. República Argentina*, Arbitraje CNUDMI, Decisión sobre la Propuesta de Recusación de un Miembro del Tribunal Arbitral del 22 de octubre de 2007, ¶ 28. *Perenco Ecuador Limited c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/08/6, Decisión sobre Recusación a un Árbitro del 8 de diciembre de 2009, ¶ 57.

⁵⁵ *International Bar Association* (IBA - Asociación Internacional de Abogados), Directrices sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, 2004, estándar general 1; *American Arbitration Association* (AAA - Asociación Americana de Arbitraje), Reglas de Arbitraje Internacional, 2000, art. 7; *London Court of International Arbitration* (LCIA - Tribunal de Londres de Arbitraje Internacional), Reglas de Arbitraje, 1998, art. 5.2; Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), Reglamento de Arbitraje, 1976, arts. 9-10; Corte Permanente de Arbitraje (CPA), Reglas Opcionales para el Arbitraje de Controversias entre dos Estados, 1992, arts. 9-10; Corte Permanente de Arbitraje (CPA), Reglas Opcionales para el Arbitraje de Controversias entre dos Partes de las Cuales Sólo Una es un Estado, 1992, arts. 9-10.

⁵⁶ En el caso *Joseph Charles Lemire c. Ucrania* (Caso CIADI N° ARB/06/18) si bien se comunicó la decisión sobre jurisdicción sin acompañar la opinión disidente, a diferencia del presente caso, ello había sido acordado entre todos los miembros del Tribunal y en especial por el propio árbitro disidente, quien firmó la decisión sobre jurisdicción del 14 de enero de 2010. Véase, por ejemplo, que en la nota al pie n. 3 de su opinión disidente del 1 de marzo de 2011, el árbitro Voss explica “[y]o acordé con mis colegas en exponer toda mi

65. La República Argentina sostiene que los árbitros que emitieron las decisiones del 4 de agosto manifiestamente no inspiran plena confianza en su imparcialidad de juicio, al haber incurrido en: 1) prejuzgamiento; 2) arbitrariedad y 3) vulnerar el derecho de defensa de la Argentina.

66. En este sentido, el derecho a ser oído por un tribunal independiente, imparcial y objetivo es un elemento característico de todas las constituciones modernas, es decir, constituye un principio general de derecho. En efecto, una de las características esenciales de todo proceso jurisdiccional es la imparcialidad del tribunal y, su corolario, la igualdad jurídica de las partes en su capacidad de litigantes.⁵⁷ Por lo tanto, una violación del derecho a ser juzgado por un tribunal independiente e imparcial y una vulneración real y declarada del derecho de defensa constituye la violación máxima del debido proceso y una causal de recusación.⁵⁸ El comité *ad hoc* del caso *Wena* ha sostenido que es “fundamental, como cuestión de procedimiento, que cada parte tenga el derecho a ser escuchada ante un tribunal imparcial e independiente”.⁵⁹ En sentido concordante, el comité *ad hoc* del caso *Klöckner I* sostuvo lo siguiente:

La imparcialidad de un árbitro es un requisito fundamental y esencial. Cualquier deficiencia en este sentido, es decir cualquier signo de parcialidad, debe ser considerado que constituye, en el sentido del Artículo 52(1)(d), un “quebrantamiento grave de una norma de procedimiento” en el sentido amplio del término “procedimiento”, esto es, un quebrantamiento grave de una norma fundamental de arbitraje en general, y de arbitraje del CIADI en

Opinión Separada junto con el Laudo” (“I had agreed with my colleagues to state my entire Separate Opinion together with the Award”).

⁵⁷ BIN CHENG, GENERAL PRINCIPLES OF LAW AS APPLIED BY INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS 290 (1987). Donde expresó que “De hecho, puede decirse que hay dos características cardinales de un procedimiento judicial, la imparcialidad del tribunal y su corolario, la igualdad jurídica entre las partes en su calidad de litigantes” (en inglés: “Indeed, it may be said that there are two cardinal characteristics of a judicial proceeding, the impartiality of the tribunal and its corollary, the juridical equality between the parties in their capacity as litigants.”)

⁵⁸ *Application for Review of Judgment N° 158 of the United Nations Administrative Tribunal*, Opinión Consultiva, 1973 ICJ 16, ¶ 92 (12 de julio).

⁵⁹ *Wena Hotels Limited c. la República Árabe de Egipto*, Caso CIADI N° ARB/98/4, Decisión sobre Anulación del 5 de febrero de 2002, ¶ 57 (en inglés: [it’s] “fundamental, as a matter of procedure, that each party is given the right to be heard before an independent and impartial tribunal”). Ver también *MTD Equity Sdn. Bhd. y MTD Chile S.A. c. la República de Chile*, Caso CIADI N° ARB/01/7, Decisión sobre Anulación del 21 de marzo de 2007, ¶ 49; *CDC Group plc c. la República de Seychelles*, Caso CIADI N° ARB/02/14, Decisión sobre Anulación del 29 de junio de 2005, ¶ 49.

particular.⁶⁰

67. Por otra parte, el comité de anulación del caso *Mine c. Guinea* ha considerado que “[p]ara que sea una causal de anulación el alejamiento de una “norma fundamental de procedimiento” debe ser serio. El Comité considera que [...] un claro ejemplo de tal regla fundamental se encuentra en el Artículo 18 de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI que establece: ‘Las partes deben ser tratadas con igualdad y a cada parte se le debe otorgar una oportunidad de presentar su caso en forma plena.’⁶¹ Es difícil imaginar un caso más claro en el que una parte no tendrá el derecho a presentar plenamente su caso, en tanto la mayoría del Tribunal, sobre la base de una serie de prejuicios, ya ha decidido que Argentina no podrá interponer ninguna defensa relativa a las “circunstancias específicas” de cada demandante.

68. Si resulta evidente que un miembro del tribunal no inspira plena confianza en su imparcialidad de juicio porque ha prejuzgado y vulnerado el derecho de defensa de una de las partes, ese miembro debe ser separado. En este caso, la decisión de la mayoría del Tribunal demuestra una clara evidencia de parcialidad al afectar el derecho de defensa de la Argentina y al no admitir y tratar cuestiones probatorias muy graves e importantes. En tal sentido, el Profesor Tupman ha señalado que “ciertas decisiones sobre procedimiento o prueba podrían ser evidencia de parcialidad”.⁶²

⁶⁰ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH y otros c. República Unida de Camerún y Société Camerounaise des Engrais*, Caso CIADI N° ARB/81/2, Decisión sobre Anulación, 3 de mayo de 1985, ¶ 95 (en inglés: Impartiality of an arbitrator is a fundamental and essential requirement. Any shortcoming in this regard, that is any sign of partiality, must be considered to constitute, within the meaning of Article 52(1)(d), a “serious departure from a fundamental rule of procedure” in the broad sense of the term ‘procedure,’ i.e., a serious departure from a fundamental rule of arbitration in general, and of ICSID arbitration in particular). *Ver también* *Palamara-Iribarne c. Chile*, Corte IDH (ser. C) N° 135, ¶ 145 (22 de noviembre de 2005) (“[E]l derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio”).

⁶¹ *Maritime International Nominees Establishment (MINE) c. Guinea*, Caso CIADI ARB/84/4, Decisión sobre Anulación del 14 de diciembre de 1989, punto 5.06-5.07. (“[...] In order to constitute a ground for annulment the departure from a “fundamental rule of procedure” must be serious. The Committee considers that [...] a clear example of such a fundamental rule is to be found in Article 18 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration which provides: ‘The parties shall be treated with equality and each party shall be given full opportunity of presenting his case’”).

⁶² *Ver* W. Michael Tupman, *Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration*, 38 *Int'l & Comp. L. Q.* 30 (1989) (en inglés: “certain procedural or evidentiary rulings might be evidence of partiality”). En el citado artículo también se menciona que “[l]as Reglas CNUDMI además disponen del reemplazo si ‘un árbitro omite actuar’, o si él no trata a una de las partes ‘con igualdad’ o no la provee de ‘una plena oportunidad de presentar su caso’. El CIADI más generalmente prevé la remoción de un árbitro por ‘incapacidad’”) (en inglés: “The UNCITRAL rules further provide for replacement if ‘an arbitrator

69. Por lo tanto, si existen dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia de un árbitro, cabe afirmar que ese árbitro no cumple con uno de los requisitos fundamentales del artículo 14(1) del Convenio CIADI. En efecto, de conformidad con lo establecido en los tres textos auténticos del artículo 14(1), no sólo se ha de verificar que un árbitro sea realmente imparcial e independiente, sino también que no existan dudas justificables acerca de su imparcialidad e independencia.

70. La arbitrariedad se define como un “[a]cto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado solo por la voluntad o el capricho”,⁶³ y significa “[q]ue depende de la discreción individual: especif., determinado por un juez más que por reglas fijas, procedimientos, o derecho” o “fundado en prejuicio o preferencia más que en una razón o hecho”.⁶⁴ Tal sentido corriente se verifica también en el campo del derecho internacional. En el conocido caso de *Elettronica Sicula*, la Corte Internacional de Justicia sostuvo que: “[l]a arbitrariedad no es tanto algo opuesto a una regla de derecho como opuesto al estado de derecho [...]. Es una violación intencional del debido proceso legal, un acto que sacude, o al menos conmueve, el sentido de lo que es jurídicamente correcto”.⁶⁵ Dicho principio fue repetido en numerosos procedimientos internacionales.⁶⁶

71. Al decidir como lo hizo, sin basarse en el derecho sino directamente en un supuesto “balance de intereses”, incurriendo en prejuizgamientos⁶⁷ y limitando fatal e irremediamente el derecho de defensa de la Argentina, la mayoría del Tribunal incurrió en un descuido intencionado de la ley, que conmueve cualquier sentido de virtud jurídica.

fails to act’, or if he does not treat one of the parties ‘with equality’ or provide ‘a full opportunity of presenting its case’. ICSID more generally provides for removing an arbitrator for ‘incapacit’). [citas omitidas]

⁶³ Ver DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA (22º ed. 2001), disponible en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=arbitrariedad (definición de arbitrariedad).

⁶⁴ Ver BLACK’S LAW DICTIONARY 100 (7º ed. 1999) (en inglés: “[d]epending on individual discretion: specif., determined by a judge rather than by fixed rules, procedures, or law” o “founded on prejudice or preference rather than on reason or fact”).

⁶⁵ Ver *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)* (Estados Unidos c. Italia), 1989 I.C.J. 15, ¶ 128 (20 de julio). Disponible en <http://ita.law.uvic.ca/otherinterinvestmentcases.htm> (en inglés: “[a]rbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law [...]. It is a willful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety”).

⁶⁶ Ver *Azurix Corp. c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo del 14 de julio de 2006, ¶ 392. Disponible en <http://ita.law.uvic.ca/>

⁶⁷ El prejuizgamiento es un caso típico de imparcialidad, ver *Perenco Ecuador Limited c. República de Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, Caso CIADI N° ARB/08/6, Decision sobre Recusación a un Árbitro del 8 de diciembre de 2009, ¶¶ 53, 58.

Ello ha generado que, objetivamente, cualquier sujeto en la posición de la República Argentina pierda totalmente la confianza en tales árbitros.

72. La independencia e imparcialidad de los árbitros debe estar presente desde el mismo momento en que éstos son designados pero también debe mantenerse a lo largo de todo el procedimiento arbitral. En este caso, tal situación manifiestamente no ocurre.

73. De ello se desprende que, como lo han manifestado numerosos doctrinarios y decisiones judiciales, cuando se afecta la imparcialidad, la independencia y/o la neutralidad de los árbitros lo que se está afectando es la integridad del proceso arbitral. Ello no sólo cuando existe una probabilidad de afectar el proceso **sino cuando se afecte la apariencia**.⁶⁸ En este caso, no sólo hay apariencia de parcialidad sino también una real y concreta carencia de ella.

A. El informe de la UNCTAD reconoce la parcialidad manifiesta de conductas similares a la evidenciada en el presente caso

74. La UNCTAD, en su informe “Dispute Settlement International Commercial Arbitration 5.3 Arbitral Tribunal”, se ha referido expresamente a la situación de los árbitros frente a una circunstancia de prejuzgamiento. Ha manifestado que las conclusiones de los árbitros deben basarse únicamente en “la evidencia, los argumentos y el derecho aplicable en un caso en cuestión”.⁶⁹ En el presente caso ello no ha ocurrido.

⁶⁸ En este sentido, véase Arbitration (2) – Issue 10, February 2000: *Must arbitrators be impartial?* QUENTIN BARGATE, SIMMONS & SIMMONS, London, “el hilo conductor del examen es que la apariencia de parcialidad es el factor determinante” (en inglés: “the common thread running through the test is that the appearance of bias is the determining factor”), Litigation of International Disputes in US Courts, Database updated September 2007, VED P. NANDA, DAVID K. PANSIUS, Chapter 19. *Recognition of Foreign Arbitral Awards Under the New York Convention*, “It would seem that matters related to the appearance of arbitrator bias would be particularly conducive to asserting an overriding international standard;” *Commonwealth Coatings Corp. v. Continental Cas. Co.*, 393 U.S. 145, 148-50, 89 S.Ct. 337, 339-340, 21, L. Ed. 2d 301 (1968): “La mayoría de los tribunales concluirían que una muestra de ‘prejuicio real’ no es necesaria [...]. Esta regla de arbitraje y este cánón de ética judicial descansa en la premisa de que cualquier tribunal facultado por ley para juzgar los casos y las controversias no sólo no debe estar sesgado sino también debe evitar incluso la apariencia de parcialidad” (en inglés: “Most courts would conclude that a showing of “actual bias” is not required [...] This rule of arbitration and this canon of judicial ethics rest on the premise that any tribunal permitted by law to try cases and controversies not only must be un biased but also must avoid even the appearance of bias”). Las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional así lo han expresado: “Son consideradas justificadas aquellas dudas por las que una tercera persona con buen juicio y con conocimiento del asunto llegaría a la conclusión de que, probablemente, la decisión del árbitro podría verse influida por factores distintos a los méritos del caso presentados por las partes.” (Norma General 2(c)).

⁶⁹ UNCTAD, Dispute Settlement International Commercial Arbitration 5.3 Arbitral Tribunal, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.34, 2003, páginas 18-19 (en inglés: “the evidence, arguments, and applicable law in the case at hand”).

75. Desde el mismo momento en que la República Argentina consintió someterse a la jurisdicción de tribunales internacionales goza del derecho a ser juzgada por árbitros imparciales e independientes y que, además, tengan la apariencia necesaria de ser imparciales e independientes. La Argentina no puede permitir que se la juzgue por personas que no sólo no son ni imparciales sino que además ningún observador imparcial podría creer que lo fuesen.

B. La recusación de la República Argentina está basada en un principio general de derecho

76. No cabe duda, tal como lo sostiene el Profesor CARLO SANTULLI, que el poder de las partes de objetar la participación de una persona en un tribunal internacional es un principio general de derecho.⁷⁰ Los sistemas jurídicos internos, en su generalidad, contienen normas relativas a la recusación que permiten excluir a un juez o árbitro de un procedimiento cuando está en duda su independencia o imparcialidad, por lo cual estaríamos frente a un principio general de derecho en el sentido del artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

77. Como señala el Profesor CARLO SANTULLI, al referirse a la recusación en los tribunales CIADI, “en jurisprudencia, son los principios generales relativos a la imparcialidad de los miembros los que rigen esta apreciación [...]”.⁷¹

78. GIORGIO BERNINI en su Informe sobre Neutralidad, Imparcialidad e Independencia (“*Report on Neutrality, Impartiality and Independence*”) se ha manifestado sobre este tema al afirmar expresamente que:

[...] una mera apariencia negativa puede también dañar la independencia de los árbitros que es juzgada como una garantía para la correcta y ordenada implementación de los procedimientos arbitrales.⁷²

⁷⁰ CARLO SANTULLI, DROIT DU CONTENTIEUX INTERNATIONAL, pág. 447.

⁷¹ CARLO SANTULLI, DROIT DU CONTENTIEUX INTERNATIONAL, pág. 448 (en francés: “en jurisprudence, ce sont les principes généraux relatifs à l’impartialité des membres qui gouvernent cette appréciation [...]).

⁷² Giorgio Bernini, “*Report on Neutrality, Impartiality and Independence. The Arbitral Process and the Independence of Arbitrators*”. International Chamber of Commerce Publication No. 472. Ed. 1991, ¶ 5.2.1. citado en T. Varady, J.J. Barceló y A.T von Mehren, “*International Commercial Arbitration. A Transnational Perspective*”, American Casebook Series. Thomson West, 2nd Edition, pág. 259 (en inglés: “[...] a mere negative appearance may also be harmful as the arbitrators’ independence is deemed a guarantee for the correct and orderly implementation of the arbitral proceedings”).

79. Este principio fue establecido en el emblemático caso inglés *R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, en el cual Lord Hewart declaró que “no es simplemente de una cierta importancia sino de fundamental importancia que la justicia debe no sólo ser hecha, sino que indudablemente se vea que se ha hecho”.⁷³ Agregó que “[n]ada debe hacerse que constituya incluso una sospecha de que ha habido una interferencia impropia con el curso de la justicia”.⁷⁴

80. El mismo principio también ha sido receptado por numerosos tribunales, tanto nacionales como internacionales. Así por ejemplo, el Alto Tribunal de Australia utilizó este principio en el caso *Webb y Hay c. La Reina*.⁷⁵ El Alto Tribunal sostuvo que:

Es altamente deseable, y siempre ha sido así considerado, que no solamente la justicia debería ser administrada puramente y sin ninguna diagonal real por un lado u otro de parte del tribunal que entiende en el caso, sino que establezca que no hay fundamento razonable de sospecha que podría presentarse como la imparcialidad del tribunal.⁷⁶

81. Asimismo, tanto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) han aplicado este principio. El TEDH ha manifestado reiteradamente que para determinar si un juez fue imparcial se debe demostrar tanto que el juez no fue parcial en lo personal como que ofreció garantías suficientes como para excluir toda duda legítima al respecto.⁷⁷ La Corte IDH ha utilizado el mismo principio. Por ejemplo, en el caso *Palamara-Iribarne c. Chile* la citada Corte expresó lo siguiente:

⁷³ *R. c. Sussex Justices, Ex parte McCarthy*, [1924] 1 KB 256, 259 (énfasis agregado) (en inglés: “it is not merely of some importance but is of fundamental importance that justice should not only be done, but should manifestly and undoubtedly be seen to be done”).

⁷⁴ *Ibid.* (en inglés: “[n]othing is to be done which creates even a suspicion that there has been an improper interference with the course of justice”).

⁷⁵ *Webb y Hay c. La Reina* (1994) 81 C.L.R. 41, ¶¶ 3, 9 (opinión del Presidente del Tribunal Mason y del Juez McHugh).

⁷⁶ *Ibid.* ¶ 5 (opinión del Juez Brennan) (citando *Trewartha c. Confidence Extended Co. N.L.* (1906) VLR 285, pp. 288-289) (en inglés: “It is highly desirable, and it has always been so considered, that not only should justice be administered purely and without any actual bias on the one side or the other on the part of the tribunal which hears the case, but further that no reasonable ground of suspicion should be allowed to arise as to the fairness of the tribunal”).

⁷⁷ Ver, e.g., *Piersack c. Bélgica*, 1982 Eur. Ct. H.R. 6, ¶ 30; *De Cubber c. Bélgica*, 1984 Eur. Ct. H.R. 14, ¶ 24; *Hauschildt c. Dinamarca*, 1989 Eur. Ct. H.R. 7, ¶ 46; *Thorgeir Thorgeirson c. Islandia*, 1992 Eur. Ct. H.R. 51, ¶ 49; *Fey c. Austria*, 1993 Eur. Ct. H.R. 4, ¶ 28; *Pullar c. Reino Unido*, 1996 Eur. Ct. H.R. 23, ¶ 30.

El juez o tribunal debe separarse de una causa sometida a su conocimiento cuando exista algún motivo o duda que vaya en desmedro de la integridad del tribunal como un órgano imparcial. En aras de salvaguardar la administración de justicia se debe asegurar que el juez se encuentre libre de todo prejuicio y que no exista temor alguno que ponga en duda el ejercicio de las funciones jurisdiccionales.⁷⁸

82. Este criterio fue utilizado por la Cámara de los Lores en el caso *Magill c. Porter*. En palabras de Lord Hope of Craighead, “[l]a cuestión es si un observador imparcial e informado, habiendo considerado los hechos, concluiría que había una posibilidad real de que el tribunal estaba polarizado negativamente”.⁷⁹

83. Este criterio también fue utilizado por el Alto Tribunal de Australia en el caso *Webb y Hay c. La Reina*. Según el Alto Tribunal, el criterio adecuado para determinar la existencia de parcialidad aparente consiste en verificar si, en las circunstancias del caso, un individuo objetivo e informado tendría una percepción razonable de falta de imparcialidad.⁸⁰

84. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también ha utilizado un criterio objetivo para determinar la existencia de parcialidad aparente. En efecto, dicho Tribunal ha sostenido que lo decisivo es determinar si las circunstancias del caso harían que un observador objetivo dudase de la imparcialidad de un juez determinado.⁸¹

85. Se ha señalado que la existencia de dudas justificadas acerca de la imparcialidad o independencia de un árbitro se ha de determinar mediante un criterio objetivo.⁸² Conforme

⁷⁸ *Palamara-Iribarne c. Chile*, Corte IDH (ser. C) N° 135, ¶ 147 (22 de noviembre de 2005).

⁷⁹ *Magill c. Porter*, *Magill c. Weeks*, [2001] UKHL 67, ¶ 103 (en inglés: “[t]he question is whether the fair-minded and informed observer, having considered the facts, would conclude that there was a real possibility that the tribunal was biased”).

⁸⁰ *Webb y Hay c. La Reina* (1994) 81 C.L.R. 41, ¶¶ 2, 3, 9, 11-12, 14 (opinión del Presidente del Tribunal Mason y del Juez McHugh), ¶¶ 1, 4 (opinión del Juez Brennan), ¶¶ 2, 5, 7, 11, 15-16, 20 (opinión del Juez Deane), ¶ 20 (opinión del Juez Toohey).

⁸¹ *Pullar c. Reino Unido*, 1996 Eur. Ct. H.R. 23, ¶ 39; ver también *Piersack c. Bélgica*, 1982 Eur. Ct. H.R. 6, ¶ 30; *De Cubber c. Bélgica*, 1984 Eur. Ct. H.R. 14, ¶ 26; *Hauschildt c. Dinamarca*, 1989 Eur. Ct. H.R. 7, ¶ 48; *Thorgeir Thorgeirson c. Islandia*, 1992 Eur. Ct. H.R. 51, ¶ 51; *Fey c. Austria*, 1993 Eur. Ct. H.R. 4, ¶ 30.

⁸² Escrito de Contestación de recusación de ICS, ¶ 8. Este criterio también ha sido formulado por Nasser Alam, *Independence and Impartiality in International Arbitration – an assessment*, 1(2) TRANSNATIONAL DISPUTE MANAGEMENT (2004); ver también UNCTAD, *Dispute Settlement: International Commercial Arbitration – 5.3 Arbitral Tribunal*, pp. 25-26, U.N. Doc. UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.34 (2003) (preparado por Alejandro Garro).

a este criterio corresponde preguntar: “una persona razonablemente bien informada creería que el concepto percibido, la duda, es justificable?”⁸³

86. Por los fundamentos expuestos, la República Argentina sostiene que la conducta de los árbitros recusados no inspiran plena confianza y genera dudas justificadas respecto de su imparcialidad y/o independencia.

IV. El CIADI debe solicitar una opinión respecto de la presente recusación a la Corte Permanente de Arbitraje

87. Tal como ha acontecido en casos anteriores,⁸⁴ se solicita al Presidente del Consejo de Administración que requiera al Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje proporcione su recomendación respecto de la propuesta de recusación.

88. El presente pedido se debe a que una de las razones fundamentales de la recusación está referida al modo arbitrario en el que el Tribunal resolvió las cuestiones relativas al carácter masivo del reclamo, con la única base en afirmaciones que no constituyen más que prejujuicio en cuanto a los reclamos individuales. Este cuestionamiento podría eventualmente ser también aplicable, *mutatis mutandis*, a la manera en que la Secretaría del CIADI ha actuado en oportunidad de registrar la Solicitud de Arbitraje. Es más, una de las circunstancias que motiva la recusación fue el rechazo sin fundamentos de la solicitud urgente de medidas provisionales, a través de la cual se requirió al Tribunal que “Solicite de forma urgente a la Secretaria General del CIADI un informe sobre el método que empleó para verificar la autenticidad de la documentación aportada junto con la Solicitud de Arbitraje del 14 de septiembre de 2006”.⁸⁵

V. PETITORIO

89. Por los motivos expuestos, respetuosamente se solicita que:

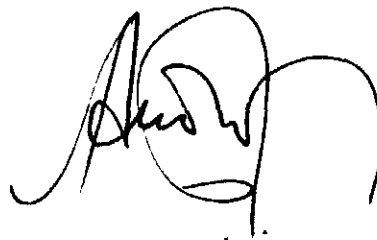
- a) se solicita una opinión respecto de la procedencia de la presente recusación al Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje;

⁸³ Nasser Alam, *Independence and Impartiality in International Arbitration – an assessment*, 1(2) TRANSNATIONAL DISPUTE MANAGEMENT (2004) (en inglés: “would a reasonably well-informed person believe that the perceived apprehension, the doubt, is justifiable?”).

⁸⁴ Tales casos son *Victor Pey Casado c. República de Chile*, Caso CIADI N° ARB/98/2 y *Siemens A.G. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/02/8.

⁸⁵ Solicitud Urgente de Medidas Provisionales, 21 de julio de 2011.

- b) se excluya al Sr. Pierre Tercier y al Sr. Albert Jan van den Berg del presente arbitraje y se los sustituya en los términos del artículo 58 del Convenio CIADI;
- c) se suspenda inmediatamente el presente procedimiento hasta que se haya tomado una decisión sobre la recusación planteada de conformidad con el apartado (6) de la Regla 9 de Procedimiento Arbitral; y
- 63 d) se tome nota de las reservas formuladas.



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