

CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO
DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. & Vivendi Universal

c.

República Argentina (Caso CIADI No. ARB/97/3)

DECISIÓN ACERCA DE LA RECUSACIÓN DEL PRESIDENTE
DEL COMITÉ

Introducción

1. Con fecha 21 de noviembre de 2000, un Tribunal del CIADI compuesto por el Juez Francisco Rezek, Presidente, el Juez Thomas Buerghenthal y el Sr. Peter Trooboff rechazó por unanimidad una reclamación presentada por Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y su sociedad matriz, ahora denominada Vivendi Universal (“las demandantes”) en contra de la República Argentina. Con fecha 20 de marzo de 2001, las demandantes solicitaron la anulación del laudo de conformidad con el Artículo 52 del Convenio del CIADI. Bajo el Artículo 52 (3) del Convenio, el Presidente del Consejo Administrativo nombró a tres integrantes de la Lista de Árbitros, los suscritos y el Sr. L. Yves Fortier, C.C., Q.C., para conformar un Comité ad hoc para considerar la solicitud. Los tres miembros acordaron que el Sr. Fortier sería el Presidente del Comité.¹ En su primera sesión en la ciudad de Washington con fecha 21 de junio de 2001, todos los miembros hicieron declaraciones en los términos de la Regla 6 de las Reglas de Arbitraje. El Sr. Fortier calificó su declaración en

¹ Acerca de la elección del Presidente por los miembros de un Comité ad hoc, véase C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, Cambridge University Press, 2001) pp. 1013–1014 (§345).

un particular, y la parte demandada reservó su derecho a recusarlo. Con posterioridad así lo hizo.

2. El Capítulo V del Convenio se intitula “Sustitución y recusación de conciliadores y árbitros”. El Artículo 56 dispone que una vez que se constituya una Comisión o un Tribunal y haya comenzado el procedimiento, su composición permanecerá invariable, sujeto a ciertas contingencias que impliquen la muerte, incapacidad o renuncia de un miembro. Los Artículos 57 y 58 del Convenio tratan del procedimiento a seguirse en caso de una propuesta para recusar cualquier miembro de una Comisión o de un Tribunal. En particular, el Artículo 58 dispone que una propuesta para la recusación de un conciliador o árbitro se adoptará “por los demás miembros de la Comisión o Tribunal . . . pero, si hubiere empate de votos o se tratare de recusación de un conciliador o árbitro único, o de la mayoría de los miembros de una Comisión o Tribunal, corresponderá resolver al Presidente [del Consejo Administrativo]”. La Regla 9 de las Reglas de Arbitraje regula con mayor detalle las cuestiones asociadas con la recusación de árbitros.

3. El Capítulo V no se refiere a la recusación de los miembros de Comités ad hoc. Tampoco lo hace el Artículo 52. El Artículo 52(4) estipula lo siguiente:

“Las disposiciones de los Artículos 41–45, 48, 49, 53, 54 y de los Capítulos VI y VII se aplicarán, *mutatis mutandis*, al procedimiento que se tramite ante [el Comité].”

No se menciona el Capítulo V, aunque se ocupa de materias que bien podrían suscitarse con respecto a la membresía de Comités. Sin embargo, la Regla 53, que se intitula “Normas Procesales”, indica lo siguiente:

“Estas Reglas se aplicarán *mutatis mutandis* a todo procedimiento relacionado con la aclaración, revisión o anulación de un laudo y a la decisión del Tribunal o Comité.”

El efecto es el de aplicar los procedimientos referidos por la Regla 9 de las Reglas de Arbitraje a las propuestas de recusación de cualquier miembro de un Comité. De conformidad con las Reglas 9 y 53, a los suscritos les fue encomendado decidir con prontitud acerca de la propuesta de la demandada.

4. Antes de proceder a la misma, el Sr. Fortier formuló una explicación de su posición en los términos de la Regla 9 (3). Esta fue distribuida a la partes, a quienes se les otorgó un breve plazo para hacer comentarios al respecto. Las demandantes no hicieron comentarios. Mediante carta de fecha 12 de septiembre de 2001 la demandada confirmó su recusación inicial e hizo ciertas observaciones adicionales, las que se consideran más adelante.

Competencia de los miembros del Comité para decidir acerca de una propuesta de recusación

5. Una cuestión inicial se refiere a nuestra competencia para decidir acerca de la propuesta. Aunque ninguna de las partes ha planteado la cuestión, podría alegarse que la omisión de una referencia por parte del Artículo 53 (4) del Convenio a su Capítulo V, o de su aplicación a la recusación de los miembros del un Comité ad hoc, fue deliberada. Si así fuera, podría argumentarse que el Consejo Administrativo no habría tenido competencia para introducir por medio de las Reglas lo que el Convenio en sí mismo no incluyó y por lo tanto implícitamente excluyó. Es necesario considerar esta cuestión antes de dirigirnos a las circunstancias del presente caso.

6. Los poderes normativos del Consejo Administrativo se establecen en el Artículo 6 del Convenio. Entre otras cosas, éste dispone lo siguiente:

“(1) Sin perjuicio de las demás facultades y funciones que le confieren otras disposiciones de este Convenio, el Consejo Administrativo tendrá las siguientes:

(c) adoptar las reglas procesales aplicables a la conciliación y al arbitraje (en lo sucesivo llamadas Reglas de Conciliación y Reglas de Arbitraje);

...

Para la aprobación de lo dispuesto en los incisos (a), (b), (c) y (f) se requerirá una mayoría de dos tercios de los miembros del Consejo Administrativo.

(2) El Consejo Administrativo podrá nombrar las Comisiones que considere necesarias.

- (3) Además, el Consejo Administrativo ejercerá todas las facultades y realizará todas las funciones que a su juicio sean necesarias para llevar a efecto las disposiciones del presente Convenio.”

El Consejo se compone de un representante de cada Estado Contratante (Artículo 4).

7. No queda enteramente claro del Convenio si las solicitudes de anulación, y los procedimientos seguidos de conformidad con dichas solicitudes bajo el Artículo 52, quedan comprendidos dentro del término “arbitraje” del Artículo 6 (1) (c), o si han de considerarse como diferenciados del mismo. Hay indicaciones en ambos sentidos. Por una parte, los procedimientos de anulación se tramitan ante Comités ad hoc separados, y constituidos separadamente; por otra parte, el rol de los Comités se define acotadamente y puede verse como subordinada a la función arbitral del CIADI en su conjunto. Nada se desprende de esto, sin embargo, ya que en todo evento el Consejo tiene la facultad bajo el Artículo 6 para regular los procedimientos a aplicarse luego de una solicitud de anulación, procedimientos los cuales se establecen únicamente en sus rasgos fundamentales por el Artículo 52. En particular, tendría tales facultades bajo el Artículo 6 (3), sobre la base de que el establecer procedimientos prolijos para conocer de las solicitudes de anulación puede a todas luces ser considerado como necesario “para llevar a efecto las disposiciones del . . . Convenio.” Sin duda que cualesquiera reglas de este tipo deben ser consistentes con los términos del Convenio y con su objeto y fin. Pero, bajo esta reserva, la apreciación de si son necesarias queda entregado al Consejo.

8. El Artículo 52 (3) dispone que ninguno de los miembros de un Comité ad hoc podrá haber pertenecido al Tribunal que dictó el laudo. Además, ningún miembro podrá ser de la misma nacionalidad que cualquiera de los miembros de dicho Tribunal ni que cualquiera de las partes ni haber sido designado a la Lista de Árbitros por cualquiera de los Estados en cuestión. Esto abarca algunas de las cuestiones relativas a la independencia de los miembros de los Comités ad hoc pero no lo hace de modo exhaustivo. Aunque tales miembros deberán ser miembros de la Lista (y por lo tanto se podrá presumir que poseen todas las cualidades exigidas para ello), aún así podrán tener o haber tenido vínculos específicos con las partes de un procedimiento de anulación que conllevaría su recusación. Así todo no queda claro que el Presidente del Consejo Administrativo tendría la

facultad inherente de decidir tales cuestiones a falta de cualquier artículo o regla al efecto. Sería claramente apropiado que el Consejo Administrativo dispusiera un procedimiento, bajo el Artículo 6 (3), para recusar el nombramiento de un miembro de un Comité ad hoc. Parece ser igualmente claro que el Consejo así lo ha hecho. Aunque la misma Regla 9 de las Reglas de Arbitraje se refiere al Artículo 57 del Convenio (que no se aplica a la recusación de los miembros de Comités), la Regla 9 es lo bastante autosuficiente y se le puede dar efecto sin apoyarse en las facultades expresamente conferidas por el Convenio mismo a otras entidades. No puede haber duda acerca de la competencia del Consejo Administrativo para aplicar las Reglas de Arbitraje *mutatis mutandis* a los procedimientos relativos a la aclaración, revisión o anulación de un laudo, ya que esto claramente se puede considerar como necesario “para llevar a efecto las disposiciones del presente Convenio.” Tampoco —si acaso dicha caracterización fuera relevante— hay dificultad alguna en describir los procedimientos acerca de solicitudes de recusación, incluyendo la identificación de aquellos que tomarán la decisión, como asuntos procesales para los efectos de la Regla 53.

9. La intención del Consejo Administrativo de aplicar la Regla 9 de Arbitraje a la membresía de los Comités ad hoc se puede inferir de la historia de las Reglas. La Regla 53 de las Reglas de Arbitraje originales de 1968 disponía lo siguiente:

“Los Capítulos II a V (salvo las Reglas 39 y 40) de estas Reglas se aplicarán *mutatis mutandis* a todo procedimiento relativo a la aclaración, revisión o anulación de un laudo, y el Capítulo VI se aplicará de manera similar a la decisión del Tribunal o Comité.”²

La Regla 39 se refería a las medidas provisionales, y la Regla 40 a las demandas subordinadas. Correspondían a los Artículos 46 y 47 del Convenio, los que asimismo no se aplicaban por el Artículo 52 (4) a los procedimientos de anulación. Aparte de estas dos Reglas, la única exclusión significativa de la antigua Regla 53 de las Reglas de Arbitraje era el Capítulo I de las mismas, que se ocupaba del establecimiento del Tribunal, y que incluía procedimientos para conocer de las recusaciones. En 1984, el Consejo Administrativo adoptó un nuevo cuerpo de Reglas de Arbitraje, incluyendo

² Para el texto de las Reglas de Arbitraje de 1968, véase 1 *ICSID Reports* p. 63.

la Regla 53 en los términos antes indicados. El efecto concreto de la nueva Regla de Arbitraje 53, en comparación con su predecesora, era el de aplicar *mutatis mutandis* las disposiciones del Capítulo I y de las Reglas 39 y 40 a los procedimientos de anulación. Nos hemos informados de que las Partes del Convenio, a quienes se les dió la oportunidad de comentar acerca de las nuevas Reglas, no hicieron comentarios a la Regla 53. Las nuevas Reglas se adoptaron sin debate ni disenso.³

10. Por lo tanto puede inferirse que la intención del Consejo en 1984 fue la de aplicar todas las Reglas de Arbitraje, en tanto fuera posible, a los procedimientos de anulación, incluyendo la Regla 9. En nuestra opinión la única razón por la cual el procedimiento establecido en la Regla 9 de las Reglas de Arbitraje no podría ser aplicables *mutatis mutandis* a los miembros de Comités ad hoc sería si la aplicación de tal procedimiento fuera inconsistente con el Convenio, en atención a su objeto y fin. No vemos razón alguna para considerarlo como tal.

11. En cuanto al objeto y fin del Convenio, no hay dificultad. Los Comités ad hoc tienen una función importante a desempeñar en relación a los laudos (en reemplazo de los procedimientos ante los tribunales nacionales), y sus miembros deben ser, y aparentar ser, independientes e imparciales. No existen otros procedimientos bajo el Convenio, expresa o implícitamente, para decidir acerca de propuestas de recusación. La única pregunta entonces es si es literalmente inconsistente con los términos del Convenio, dado que el Capítulo V no se aplica por el Artículo 52 a la anulación, que las Reglas se encarguen de introducir una disposición equivalente. Reconocidamente, la lista de disposiciones incorporadas por referencia en virtud del Artículo 52 (4) aparece como una de carácter meditado. Las disposiciones incorporadas no sólo se ocupan de las facultades de los Comités. Se aplican a una serie de asuntos, incluyendo la posición jurídica de las decisiones que se tomen. Por otra parte el tema de la recusación puede haber pasado simplemente inadvertido, y otros aspectos del Capítulo V son claramente aptos de ser aplicados por los Comités ad hoc.

12. El punto se hace notar en la obra de Schreuer sobre el Convenio, como traducimos a continuación:

³ Véase *CIADI Informe Annual 1985*, p. 20.

“la aplicación de las Reglas de Arbitraje 8 a 12 a los procedimientos de arbitraje es sólo posible en el supuesto que la omisión del Capítulo V del Convenio de la lista de disposiciones en el Art. 52 (4) no haya sido intencional. Si la omisión de los Arts. 56 a 58 del Art. 52 (4) se interpreta como una exclusión deliberada, no es permisible reintroducir estos Artículos bajo cubierta de las Reglas de Arbitraje correspondiente. . . . De lo contrario, uno podría introducir los procedimientos para aclaración, revisión y anulación con respecto a las decisiones sobre anulación por medio de la aplicación de las Reglas de Arbitraje pertinentes, resultado que claramente no es la intención del Convenio.”⁴

Pero como también hace notar Schreuer,⁵ los trabajos preparatorios del Convenio no sugieren que hubo razón específica alguna para excluir la aplicación del Capítulo V. Aparentemente ningún Estado parte al momento de la adopción de la Regla de Arbitraje 53 sugirió razón alguna de ese tipo. La Regla fue adoptada unánimemente y se trató por los miembros del Consejo Administrativos como no controvertida. En las circunstancias, la adopción unánime de la Regla de Arbitraje 53 se puede considerar, si no como un efectivo acuerdo entre los Estados partes del Convenio respecto de su interpretación, por lo menos como equivalente a práctica ulterior relevante a su interpretación.⁶

13. Por todas estas razones, aceptamos que la Regla de Arbitraje 53 se encontraba dentro de la competencia del Consejo Administrativo bajo el Artículo 6 (3) del Convenio, en la medida que aplica el Capítulo V *mutatis mutandis* a las propuestas de recusación de algún miembro de un Comité ad hoc.

La Cuestión de la Recusación

14. Nos dirigimos entonces a la cuestión específica planteada por la recusación del Sr. Fortier. No hay duda acerca del estándar que regula esta situación. Se establece en el Artículo 14 del Convenio, que se aplica a los

⁴ C.H. Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge, Cambridge University Press, 2001) p. 1042 (§422).

⁵ *Ibid.*, p. 1039 (§412).

⁶ Cf. Convención Viena sobre el derecho de los tratados, 1969, Art. 31 (3).

miembros de los Comités de anulación en virtud del Artículo 57 del Convenio del CIADI. El Artículo 14 dispone lo siguiente:

“(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.”

Ni la consideración moral del Sr. Fortier ni su competencia en el campo del Derecho han sido puestos en duda por la parte demandada. La cuestión se centra sólo en aquella de su independencia e imparcialidad con respecto a las partes en la diferencia, específicamente la demandante, es decir, si posee la calidad de “inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio.”

15. La Regla 6 de las Reglas de Arbitraje, del modo aplicada a los Comités ad hoc por la Regla de Arbitraje 53, requiere de cada uno de los miembros una declaración de que a su leal saber y entender no hay razón alguna por la que no deban servir, y una “declaración sobre [su] experiencia profesional, de negocios y otras relaciones (de haberlas) con las partes, tanto anteriores como actuales.” En su declaración de fecha 18 de junio de 2001, el Sr. Fortier advirtió que uno de sus socios en su firma de abogados Ogilvy Renault había sido retenido por el predecesor de Vivendi, la Compagnie Générale des Eaux, para dar asesoría acerca de ciertas materias relativas a la tributación bajo las leyes de Quebec. El Sr. Fortier no tuvo participación personal alguna con dicho trabajo, el que se encontraba completamente desvinculado al presente caso.

16. En respuesta a ciertas preguntas formuladas por la parte demandada en la primera sesión, el Sr. Fortier afirmó que las remuneraciones implicadas eran *de minimis*. Luego suministró un memorándum de su firma indicando que el trabajo efectuado para Vivendi S.A. “siempre había sido muy limitada y, en términos relativos, inconsecuente para la facturación total de nuestra firma” (nuestra traducción). El socio responsable encargado de asuntos tributarios en su firma suministró un memorándum adicional esbozando en términos generales la naturaleza del

trabajo efectuado y especificando los honorarios cobrados. Según esta relación, honorarios de aproximadamente US\$216.000 se habían facturado, de los cuales la gran mayoría (aproximadamente US\$203.000) correspondía a trabajo efectuado en el periodo 1995–1999. El trabajo se efectuó para Vivendi S.A. pero bajo instrucciones de una firma de abogados estadounidense que estaba actuando de modo general en el asunto. El trabajo que aún quedaba por efectuarse por Ogilvy Renault era trivial; involucraba sólo la liquidación de los arreglos pertinentes e implicaría honorarios de no más de US\$2.000. El socio se comprometió a no aceptar instrucciones adicionales de Vivendi S.A. hasta que se completara el mandato del presente Comité.

17. En su observación de fecha 12 de septiembre de 2001, la parte demandada hizo presente que el honorario base de Compagnie Générale des Eaux era uno de carácter continuo y que las sumas cobradas en relación a dicho honorario desde 1995 “excede lo que la República Argentina puede considerar como *de minimis*”. También hizo hincapié en la importancia del presente procedimiento. En estas circunstancias afirmó su recusación bajo el Artículo 14 del Convenio. Originalmente se apoyó, entre otras fuentes, en las siguientes disposiciones del Código de Ética para Árbitros Internacionales (Asociación Internacional de Abogados, 1987):

Regla 3.1: Los criterios para evaluar las cuestiones relativas a la falta de proclividad de un árbitro son la imparcialidad y la independencia. Se produce parcialidad cuando un árbitro favorece a una de las partes o cuando muestra predisposición hacia determinados aspectos correspondientes a la materia objeto de litigio. La dependencia surge de la relación entre el árbitro y una de las partes o una persona estrechamente vinculada a ella.

Regla 3.2: Los hechos que conducirían a una persona razonable que desconozca el verdadero estado de ánimo del árbitro a considerar que éste último no es independiente respecto de una de las partes, generan una duda sobre su imparcialidad. Lo mismo ocurre si un árbitro tiene interés material en el resultado del litigio o si ha tomado previamente posición en cuanto a éste. Estas dudas sobre imparcialidad pueden quedar soslayadas mediante la declaración prevista en el art. 4.

La Regla 4 establece, en efecto, la obligación para los árbitros de declarar todos los hechos o circunstancias que puedan originar dudas justificadas.

18. De acuerdo con este Código de Ética, la Regla 6 de las Reglas de Arbitraje CIADI, directamente aplicable en nuestro caso, incluye la obligación por parte de los árbitros de declarar la “experiencia profesional, de negocios y otras relaciones (de haberlas) con las partes, tanto anteriores como actuales”. El principio fundamental es que los árbitros deben ser y mantenerse independientes e imparciales; en términos del Artículo 14 (1) del Convenio, deberán ser capaces de “inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio.” Exactamente el mismo principio se aplica a los miembros de Comités ad hoc. El rol de los demás miembros de este Comité es determinar si hay una “carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14”.

19. Se deben hacer ciertas precisiones iniciales. En primer lugar, aunque se han mencionado varias entidades jurídicas dentro del grupo Vivendi (Compagnie Générale des Eaux, Vivendi S.A., Vivendi Universal), no aparece que haya distinción relevante alguna entre ellas para el asunto que nos ocupa. En consecuencia, abordaremos la cuestión sobre la base de que una de las sociedades demandantes, o en todo evento una sociedad dentro del grupo Vivendi, es cliente de la firma de abogados del Sr. Fortier en un asunto aún por concluirse. La gran parte del trabajo se efectuó antes de que se comenzara el presente procedimiento y sólo una cantidad menor del trabajo queda por hacerse. El Sr. Fortier no ha tenido en ninguna etapa participación personal alguna en el trabajo efectuado o con la sociedades demandantes en relación con el mismo, y el trabajo efectuado no guarda relación alguna con la presente diferencia.

20. En segundo lugar, surge una pregunta con respecto al término “carencia manifiesta de las cualidades exigidas” en el Artículo 57 del Convenio. Se podría pensar que esto fija un estándar menor de recusación que aquel establecido, por ejemplo, en la Regla 3.2 del Código de Ética de la Asociación Internacional de Abogados, que se refiere a las “duda sobre imparcialidad”. El término “manifiesta” podría implicar que podría haber circunstancias que, aunque puedan aparecer a un observador razonable como creando una duda acerca de la independencia o imparcialidad, no lo hacen de modo manifiesto. En tales casos, el árbitro podría decir en su defensa que, aunque quizá no sea imparcial, no carece *manifiestamente* de

imparcialidad y que por lo tanto continuaría sirviendo como árbitro. Como se explicará, en vista del objeto y fin del Artículo 57, no creemos que esta sería una interpretación correcta.

21. Se han tomado decisiones para recusar un árbitro bajo el Artículo 57 en dos casos anteriores. En el caso *Amco Asia*, la parte demandada recusó el árbitro nombrado por la parte demandante, el Sr. Rubin, invocando varios fundamentos. Antes de su nombramiento como árbitro (pero después del comienzo del arbitraje) el Sr. Rubin había personalmente dado una cantidad limitada de asesoría en materia tributaria al accionista principal de la sociedad demandante. Su firma de abogados había también tenido, antes del comienzo del arbitraje, un arreglo para la distribución de utilidades con los abogados que representaban a las demandantes. Durante el periodo de dicho arreglo ni el accionista ni la demandante habían sido clientes de ninguna de dichas firmas de abogados. En su publicación inédita del 14 de junio de 1982,⁷ los otros dos árbitros (los profesores Goldman y Foighel) afirmaron en primer lugar, en referencia al objeto y fin del Convenio, que . . .

“se exige una imparcialidad absoluta . . . de todos los miembros de un tribunal de arbitraje, y es correcto decir que ninguna distinción puede ni debe hacerse, en cuanto al estándar de imparcialidad, entre los miembros de un tribunal de arbitraje, cualquiera que haya sido el método de su nombramiento.”⁸

Pero pasan a decir que esta exigencia no precluía el nombramiento como árbitro de una persona que había tenido, antes de su nombramiento, alguna relación con una parte, al menos que esto pareciera crear un riesgo de inhabilidad de actuar con imparcialidad de juicio. En este contexto, en su opinión, la existencia de alguna relación profesional no creaba, en sí y por sí misma, un riesgo de este tipo, “cualquiera que haya sido el carácter—aún profesional— o la extensión de dichas relaciones.”⁹ En cuanto al Artículo 57, pusieron énfasis sobre el término “manifiesta”, que en su opinión exigía “no una

⁷ Caso CIADI ARB/81/1, *Amco Asia Corp. c. República de Indonesia*, Decisión sobre la propuesta de recusación de un árbitro, del 24 de junio de 1982, inédita.

⁸ Citado en M. Tupman, “Challenge and Disqualification of Arbitrators in International Commercial Arbitration”, *ICLQ*, v. 38, 1989, p.26, en p. 45 (nuestras traducciones).

⁹ *Ibid.*

posible carencia de la cualidad, sino . . . una altamente probable.”¹⁰ Sobre esta base rechazaron la recusación. En su opinión, la asesoría jurídica (con un honorario, en 1982 de Can\$450) dada por alguien que nunca había sido “el consejero regular de la parte que lo nombraba” era una consideración menor y no tenía efecto alguno sobre la confianza que inspiraba el árbitro; ni podían los vínculos entre las dos firmas de abogados “crear ningún riesgo psicológico de parcialidad”.¹¹ Por lo tanto la carencia de la confianza inspirada por el Sr. Rubin no era manifiesta, y en efecto, en su opinión, ni siquiera se percibía de modo razonable.

22. La decisión ha sido fuertemente criticada.¹² En la medida que decía relación con una relación personal producto de asesoría legal dada por el árbitro a la parte o a una persona relacionada después que haya surgido la diferencia en cuestión, puede justificarse en nuestra opinión sólo bajo la excepción de ser *de minimis*. Que la asesoría se haya dado acerca de un asunto no relacionado, aunque sea un factor relevante, difícilmente puede ser suficiente para ello. El hecho sigue siendo que existió una relación de abogado a cliente entre la parte demandante y el árbitro en su capacidad personal mientras el arbitraje se encontraba pendiente; esto con seguridad deberá ser una base suficiente para una duda razonable en cuanto a la independencia, al menos que la extensión y contenido de la asesoría pueda verdaderamente considerarse como menor y enteramente aislada.

23. La segunda decisión bajo el Artículo 57 se dio el 19 de enero de 2001 en el caso *Zhinvali*, que está aún pendiente. Allí la recusación se basó en la existencia de contactos ocasionales y puramente sociales entre el árbitro en cuestión y un ejecutivo que fue clave en la inversión de la parte demandante. Los otros dos árbitros remarcaron la ausencia de cualquier relación profesional o de negocios entre el árbitro y la persona involucrada, y concluyó que el sugerir que un contacto meramente ocasional y personal pudiera afectar manifiestamente el juicio de un árbitro, en la ausencia de hechos adicionales, era puramente especulativo.¹³ En consecuencia desestimaron la recusación.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid., p. 51.

¹³ Caso CIADI ARB/00/1, *Zhinvali Development Ltd. c. Republica de Georgia*, Decisión sobre la propuesta de la demandada de recusación de un árbitro, 19 de enero de 2001 (Davis Robinson, Seymour J. Rubin), inédita.

24. Sobre la cuestión crucial del criterio base, los trabajos preparatorios del Artículo 57 ofrecen poca asistencia. Schreuer dice sólo que la exigencia que la carencia de imparcialidad deba ser manifiesta “impone una carga de la prueba relativamente pesada sobre la parte que hace la propuesta”.¹⁴ Alguna asistencia se puede obtener sin embargo de las autoridades general en el campo del arbitraje internacional. Según Fouchard, Gaillard & Goldman, la existencia de relaciones negociales entre los árbitros o con las partes no conduce necesariamente a la existencia de relaciones de dependencia que justifique la recusación de un árbitro.¹⁵ Hacen notar, con espíritu práctico, el gran número de posibilidades que existe de que los árbitros tengan o hayan tenido algún “contacto profesional” con las partes. En este respecto, un caso ilustrativo es aquel de *Philipp Brothers*,¹⁶ donde se remarcó que no puede admitirse que una parte profesional recuse en bloque a todos los demás profesionales de su entorno. Los autores se refieren también a un arbitraje CCI en el cual el representante legal de una parte pertenecía a la misma firma que el presidente del tribunal arbitral. La *Cour d'appel* de París sostuvo que la pertenencia a una “asociación de intereses”, como es el caso de un firma legal de dimensiones considerables con divisiones y especializaciones múltiples, no implica una suficiente dependencia económica que justifique una recusación.¹⁷

25. No es necesario considerar las implicaciones del término “manifiesto” en el Artículo 57 para los casos en que hay alguna controversia en torno a los hechos, ya que no hay ninguna en el presente caso. Por una parte queda claro que el término no puede precluir la consideración de hechos previamente no revelados o desconocidos, siempre que estos se determinen debidamente al tiempo de tomarse la decisión. Por otra parte, el término debe excluir como fundamentos las suposiciones o los argumentos especulativos—por ejemplo, suposiciones basadas en contactos sociales previos y en sí mismos inocuos entre el árbitro recusado y una

¹⁴ Schreuer, *Commentary*, p. 1200, §16 (nuestra traducción), y véase *ibid.*, p. 1199, §14 para una reseña de los trabajos preparatorios. Acerca del sentido del término “manifiestamente” en los Arts. 36 (3) y 52 del Convenio, véase *ibid.*, pp. 458–460, §§45–47, pp. 932–936, §§137–146, respectivamente. Queda implícito en lo que hemos dicho que el término puede tener un sentido diferentes en estos distintos contextos.

¹⁵ *Traité d'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1999, pp. 584.

¹⁶ TGI Paris, 28 de octubre de 1988 y 29 de junio de 1989, *Rev. arb.* 1990, p. 497.

¹⁷ Sentencia del 28 de junio de 1991, *Rev. arb.* 1992, p. 568, nota de P. Bellet; citado en Fouchard, Gaillard & Goldman, pp.584–585.

parte. Pero en casos donde (como aquí) los hechos están determinados y no se busca inferencias adicionales de conducta indebida derivada de los mismos, la cuestión nos parece ser si cualquiera de las partes pueda razonablemente aprehender un riesgo verdadero de carencia de imparcialidad sobre la base de tales hechos (y no meramente sobre alguna especulación o inferencia). Si (y sólo si) la respuesta es afirmativa puede decirse que el árbitro no inspira plena confianza en su imparcialidad de juicio.¹⁸ Es decir, las circunstancias efectivamente determinadas (y no meramente supuestas o inferidas) deben negar o poner claramente en duda la apariencia de imparcialidad. Si los hechos llevarían al planteamiento de alguna duda razonable en cuanto a la imparcialidad del árbitro o miembro, la apariencia de seguridad para las partes desaparecería y una recusación hecha por cualquiera de las partes tendría que sostenerse. Una vez que los demás árbitros hubiesen quedado convencidos de esta conclusión, ya no quedaría lugar para sostener que la deficiencia no era “manifiesta”.

26. Dirigiéndonos ahora a las circunstancias del presente caso, es verdad que un socio del Sr. Fortier tuvo (y aún tiene) como clientes a las demandantes o a una de sus filiales. Pero no pensamos que esto, en sí y por sí mismo, es suficiente para justificar una recusación en las circunstancias de este caso. Por otra parte los siguientes hechos son pertinentes: (a) que la relación de que se trata fue inmediatamente y completamente declarada y que información adicional sobre la misma se hizo disponible al solicitarse, manteniendo de este modo completa transparencia;¹⁹ (b) que el Sr. Fortier en su capacidad personal no tiene ni ha tenido ninguna relación de abogado a cliente con las demandantes o sus filiales; (c) que el trabajo efectuado por su colega no tiene nada que ver con el presente caso; (d) que el trabajo implicado no consiste en dar asesoría legal o estratégica de carácter general a las demandantes sino que involucra una transacción específica, en la cual Ogilvy Renault no es la firma principal; y (e) que la relación jurídica luego llegará a su fin con el cierre de la transacción respectiva.

¹⁸ Para ejemplos de la aplicación de un criterio de este tipo a hechos de naturaleza diversa, véase, v.gr., *AT & T Corporation c. Saudi Cable Co.* [2000] 2 Lloyd's Rep. 127; *In re Medicaments and Related Classes of Goods (No. 2)* [2001] 1 WLR 700.

¹⁹ El Sr. Fortier declinó, razonablemente en nuestra opinión, suministrar detalles de su remuneración total con Ogilvy Renault. La declaración de esa información, confidencial entre él y sus socios, no era necesaria para los efectos de decidir sobre la propuesta de recusación.

27. En estas circunstancias específicas no vemos razón alguna para considerar que la independencia del Sr. Fortier se haya visto impedida a causa de los hechos declarados. No necesitamos apoyarnos, por lo tanto, en alguna regla *de minimis* como base para nuestra conclusión. Hacemos notar que la parte demandada sí acepta en principio la existencia de un regla de este tipo.²⁰ Mientras que estamos de acuerdo con la parte demandada en cuanto a que el monto de los honorarios devengados en la transacción desde su comienzo no es *de minimis*, es del caso que sólo un monto pequeño habrá de cobrarse por las etapas ulteriores del trabajo, en el periodo 2000–2002. Este es el periodo relevante para los efectos de la presente solicitud de anulación. Si fuera necesario, la regla *de minimis* serviría de fundamento adicional para rechazar la propuesta de recusación.

Conclusiones

28. Para resumir, estamos de acuerdo con tribunales previos que han tenido que interpretar y aplicar el Artículo 57 en cuanto a que la mera existencia de alguna relación profesional con una parte no es una base automática para la recusación de un árbitro o miembro de un Comité. Todas las circunstancias deben tomarse en cuenta para poder determinar si la relación es suficientemente significativa para justificar la presencia de dudas razonables en cuanto a la capacidad del árbitro o miembro de alcanzar una decisión libre e independientemente. En el presente caso, por las razones antes expuestas, la relación continua entre otro socio de Ogilvy Renault y Vivendi no es suficientemente significativa para estos efectos. En consecuencia la propuesta de recusación presentada por la parte demandada debe desestimarse.

Profesor James Crawford SC

Profesor José Carlos Fernández Rozas

3 de octubre de 2001

²⁰ Véase más arriba, párrafo 17.