

En el procedimiento entre

URBASER S.A.
Y CONSORCIO DE AGUAS BILBAO BIZKAIA, BILBAO BISKAI A UR PARTZUERGOA

(Demandantes)

y

LA REPÚBLICA ARGENTINA

(Demandada)

Caso CIADI No. ARB/07/26

Decisión
sobre la Propuesta de Recusación
del Profesor Campbell McLachlan, Árbitro, presentada por las
Demandantes

Dictada por

Profesor Andreas Bucher, Presidente
Sr. Pedro J. Martínez-Fraga, Árbitro

Secretario del Tribunal: Sr. Marco Tulio Montañés-Rumayor

En representación de las Demandantes:

Dra. Mercedes Fernández Fernández
Dr. Juan Ignacio Santabaya González
Jones Day
Madrid, España

En representación de la Demandada:

Dr. Joaquín Pedro da Rocha
Procurador del Tesoro de la Nación
Procuración del Tesoro de la Nación
Buenos Aires, Argentina

Fecha: 12 de agosto de 2010

I. Antecedentes

1. El 20 de julio de 2007, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (el “CIADI” o el “Centro”) recibió una Solicitud de Arbitraje de fecha 6 de julio de 2007, presentada en español (“Solicitud de Arbitraje”) por URBASER S.A. Y CONSORCIO DE AGUAS BILBAO BIZKAIA, BILBAO BISKAI A UR PARTZUERGOA (las “Demandantes”, respectivamente “URBASER” y “CABB”) en contra de la REPÚBLICA ARGENTINA (la “Argentina” o la “Demandada”). Las Demandantes presentaron la Solicitud conforme al Artículo X del Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones firmado por la República Argentina y el Reino de España el 3 de octubre de 1991¹ (el “TBI Argentina-España” o el “TBI”).

2. El 1 de octubre de 2007, el Secretario General Interino del CIADI registró la Solicitud y notificó a las Partes de su registro.

3. Las Demandantes y la Demandada (las “Partes”) acordaron renunciar al requisito de nacionalidad contemplado en el Artículo 39 del Convenio del CIADI (el “Convenio”). La Demandada eligió la fórmula prevista en el Artículo 37(2)(b) del Convenio para la constitución del Tribunal. Las Demandantes estuvieron de acuerdo con la elección, con sujeción al Artículo 38 del Convenio.

4. El 18 de diciembre de 2007, las Demandantes nombraron a un nacional de España como árbitro y propusieron la designación de otro árbitro como Presidente del Tribunal. La Demandada rechazó la última propuesta el 28 de diciembre de 2007 y propuso a otro candidato como Presidente. Las Demandantes se opusieron a esta nueva propuesta el 3 de enero de 2008. El 15 de febrero de 2008, la Demandada nombró a un árbitro de nacionalidad argentina y presentó una nueva propuesta para el Presidente del Tribunal. Dado que los árbitros designados por las Partes comparten la nacionalidad de las Demandantes y de la Demandada, respectivamente, conforme al Artículo 39 del Convenio se requería el acuerdo de todas las Partes para confirmar estos nombramientos. El 18 de junio de 2008, las Demandantes rechazaron las dos propuestas de la Demandada.

5. El 29 de septiembre de 2008, las Demandantes retiraron su designación inicial y nombraron como Árbitro al Sr. Pedro J. Martínez-Fraga, nacional de los Estados Unidos de América. El 30 de octubre de 2008, se informó a las Partes de que el Sr. Martínez-Fraga había aceptado su nombramiento.

6. El 18 de diciembre de 2008, la Demandada comunicó que las Partes habían llegado a un acuerdo para aceptar la designación de un nacional de una de las partes conforme al Artículo 39 del Convenio. El 20 de enero de 2009, las Demandantes

¹ Acuerdo para la promoción y protección recíprocas de inversiones firmado por la República Argentina y el Reino de España el 3 de octubre de 1991.

solicitaron que el Presidente del Consejo Administrativo designara a los dos árbitros restantes, uno de los cuales se desempeñaría como Presidente del Tribunal. Por medio de una carta del 13 de febrero de 2009, el Centro confirmó que ante la ausencia de acuerdo entre las Partes, éstas no podrían designar un árbitro de su misma nacionalidad.

7. El 23 de febrero de 2009, la Demandada designó a Sir Ian Brownlie, nacional del Reino Unido, como árbitro. El 26 de febrero de 2009, el Centro confirmó que Sir Ian Brownlie había aceptado su nombramiento.

8. El 26 de mayo de 2009, la Demandada rechazó una propuesta del Centro para la designación del Presidente del Tribunal, la cual las Demandantes aceptaron. El 9 de junio de 2009, el Centro presentó una nueva propuesta, que las Demandantes aceptaron y la Demandada rechazó el 16 de junio de 2009. El Centro presentó otra propuesta el 10 de julio de 2009, que ambas partes rechazaron el 17 de julio de 2009.

9. Entonces, el Centro consideró la solicitud anterior de las Demandantes para que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI designara al tercer árbitro, que se desempeñaría como Presidente del Tribunal, de conformidad con el Artículo 38 del Convenio del CIADI y con la Regla 4 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. Por medio de una carta del 30 de julio de 2009, el Centro informó a las Partes de que tenía la intención de proponer la designación del profesor Andreas Bucher, nacional de Suiza y miembro de la Lista de Árbitros del CIADI, como tercer árbitro y Presidente del Tribunal. En una carta adicional de fecha 21 de agosto de 2009, la Secretaria General del CIADI respondió a las objeciones presentadas por la Demandada a la propuesta y concluyó que estas objeciones no eran convincentes.

10. El 25 de agosto de 2009, la Demandada concordó con la designación de otro nacional de Suiza que el Centro había sugerido anteriormente y que las Demandantes habían aceptado el 26 de mayo de 2009. Cuando el Centro informó a las Partes que solicitaría la aceptación correspondiente del candidato el 1 de septiembre de 2009, las Demandantes manifestaron que su aceptación anterior ya no era válida y que se oponían a los esfuerzos de la Demandada de que se reemplazara la designación del Profesor Bucher unilateralmente.

11. El 13 de octubre de 2009, se le informó a las Partes que el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI había designado al Profesor Andreas Bucher como Presidente del Tribunal. El 16 de octubre de 2009, se le informó a las Partes que el Profesor Bucher, Sir Ian Brownlie y el Sr. Pedro J. Martínez-Fraga habían aceptado sus respectivas designaciones y que, en consecuencia, el Tribunal quedaba constituido y el procedimiento comenzaba esa misma fecha.

12. Con vistas a la primera sesión del Tribunal, que estaba programada para el 16 de diciembre de 2009 en París, las Partes presentaron un acuerdo respecto de varias

cuestiones incluidas en el orden del día provisorio de la reunión. Por medio de una carta del 10 de diciembre de 2009, el Tribunal hizo sugerencias adicionales para la consideración de las Partes. Mientras las Partes progresaban en la resolución de cuestiones pendientes, la reunión en París se canceló con la expectativa de que el Tribunal y las Partes alcanzarían un acuerdo respecto de estas cuestiones incluidas en el orden del día provisorio en los siguientes días.

13. El 3 de enero de 2010, falleció el Árbitro Sir Ian Brownlie. Conforme a la Regla 10(2) de las Reglas de Arbitraje, el procedimiento se suspendió y se invitó a la República Argentina a que designara otro árbitro.

14. El 26 de febrero de 2010, la República Argentina nombró al Profesor Campbell McLachlan, nacional de Nueva Zelanda, como árbitro. El 8 de marzo de 2010, el Centro informó a las Partes de que el Profesor McLachlan había aceptado su nombramiento y que por lo tanto, conforme a la Regla 12 de las Reglas de Arbitraje, se reanudaba el procedimiento ese mismo día desde el punto al que había llegado cuando ocurrió la vacante.

15. El 18 de marzo de 2009, las Demandantes presentaron al Centro una Propuesta de Recusación (“la Propuesta”) del Profesor McLachlan como Árbitro, conforme al Artículo 57 del Convenio del CIADI. Ese mismo día, el Centro acusó recibo de la Propuesta y declaró que, de conformidad con la Regla 9(6) de las Reglas de Arbitraje, se suspendía el procedimiento hasta que se tomara una decisión sobre la Propuesta de Recusación.

16. El 16 de abril de 2010, la Demandada presentó un escrito en respuesta a la propuesta de recusación.

17. Se invitó al Profesor McLachlan a que presentara comentarios sobre la cuestión, si los tuviera, lo que hizo por medio de una carta de fecha 5 de mayo de 2010. Las Partes presentaron sus respuestas a estos comentarios el 14 de mayo de 2010.

18. Para los casos como el presente, en los que se recusa a uno de los miembros del Tribunal, la Regla 9(4) de las Reglas de Arbitraje establece que “los demás miembros la considerarán y votarán con prontitud en ausencia del árbitro cuya recusación se ha propuesto.” Ergo, el Sr. Pedro J. Martínez-Fraga, Árbitro, y el Profesor Andreas Bucher, Presidente (ambos designados de aquí en adelante como los “Dos Miembros”) han considerado la Propuesta y han acordado sobre la base de las razones y las conclusiones detalladas a continuación.

19. Como las Demandantes presentaron su Propuesta dentro de los diez días contados a partir de la fecha en la que se les notificó la aceptación del Profesor

McLachlan, queda claro que las Demandantes han actuado con prontitud, como lo exige la Regla 9(1) de las Reglas de Arbitraje.

II. Las circunstancias relevantes de la Propuesta de Recusación y la postura de las Partes

20. La Propuesta de Recusación del Prof. McLachlan como árbitro y miembro del Tribunal, presentada por las Demandantes, se basa en opiniones expresadas por el Prof. McLachlan en sus publicaciones como académico del derecho sobre dos cuestiones que las Demandantes consideran fundamentales para el presente arbitraje.

21. Con respecto a la Cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF), las Demandantes se refieren a las declaraciones del Prof. McLachlan en su libro *“International Investment Arbitration, Substantive Principles”* publicado en 2007 por Oxford University Press. El Prof. McLachlan escribió este libro con Laurence Shore y Matthew Weiniger, asumiendo la responsabilidad conjunta por la totalidad de la obra. No obstante, el libro señala que el Capítulo 7 fue escrito por el Prof. McLachlan. Las Demandantes basan su reclamación y su análisis en el Capítulo 7. Sus objeciones se concentran en un pasaje que dice:

“Like national treatment, most favored nation (MFN) treatment has an impressive lineage in both investment and trade treaties. The general approach to the interpretation of such clauses has received considerable attention from international courts [recte: tribunals] and from the International Law Commission.

....

*However, it is essential when applying an MFN clause to be satisfied that the provisions relied upon as constituting more favourable treatment in the other treaty are properly applicable, and will not have the effect of fundamentally subverting the carefully negotiated balance of the BIT in question. It is submitted that this is precisely the effect of **the heretical decision of the Tribunal on objections to jurisdiction in Maffezini v Spain**. In this case, the Tribunal held that the specific provisions of the dispute resolution clause in the Argentine-Spain BIT did not constitute a bar to its jurisdiction in view of the more liberal provisions of the Chile-Spain BIT, which could be applied as a result of the MFN provision...*

In Maffezini, the Argentine-Spain BIT contained a dispute settlement clause which permitted the submission of the dispute to international arbitration only if it had first been submitted to the courts of the host State and no decision had been rendered within eighteen months. The Chile-Spain BIT merely contained a cooling off period of six months, with no requirement to resort to the host State courts...

On that question, the Tribunal found that the protection of the rights of traders by means of dispute resolution clauses was a matter which fell within the protections afforded by treaties of commerce and navigation or investment treaties.... Accordingly, Maffezini could take the benefit of the Chile-Spain BIT, and was not required to resort to the Spanish courts before invoking the jurisdiction of the arbitral tribunal...

*The correctness of this analysis was **convincingly questioned** in Plama.... States could provide expressly that they intended the MFN clause to apply to dispute settlement (as was the case, for example, in the UK model form BIT). But the fact that the MFN clause*

was expressed to apply 'with respect to all matters' dealt with by the basic treaty was not sufficient to alleviate the doubt as to whether the parties had really intended it to apply to the dispute settlement clause.

...

*It is submitted that **the reasoning of the Tribunal in Plama is to be strongly preferred over that in Maffezini**... Given the absence of a meeting of minds between investor and host State, consent has to be constructed from the standing consent given by the State by treaty, and the subsequent consent given by the investor at the time the claim is submitted to arbitration. In those circumstances, it is particularly important to construe the ambit of the State's consent strictly....It is not to be presumed that this can be disrupted by an investor selecting at will from an assorted menu of other options provided in other treaties, negotiated with other State parties and in other circumstances. Moreover, it is in any event not possible to imply a hierarchy of favour to dispute settlement provisions. The clauses themselves do not do this, and it would be invidious for international tribunals to be finding (in the absence of specific evidence) that host State adjudication of treaty rights was necessarily inferior to international arbitration....*

*The result, if as is suggested, the approach in Plama is preferred, will be that the MFN clause will not apply to investment treaties' dispute settlement provisions, save where the States expressly so provide. Its domain of application will be as to the substantive rights vouchsafed to investors from third States to which special preferences have been granted."*²

*"The application of MFN protection will not be justified where it subverts the balance of rights and obligations which the parties have carefully negotiated in their investment treaty. **In particular, it will not apply to the dispute settlement provisions, unless the parties expressly so provide.**"*³

22. En síntesis, los puntos clave en los que se funda la Propuesta de las Demandantes en este respecto son: (i) el Prof. McLachlan calificó de “herética” la decisión de jurisdicción dictada en el caso *Maffezini*; (ii) consideró que el cuestionamiento del Tribunal del caso *Plama* respecto de esta decisión fue convincente; (iii) señaló que debe preferirse el razonamiento de este Tribunal y que la Cláusula NMF no se aplica a las disposiciones relativas a solución de controversias contenidas en un TBI a menos que las partes lo hayan pactado expresamente de ese modo; y (iv) manifestó que deben plantearse dudas al respecto en los casos en los que las cláusulas establecen que son de aplicación “en todas las materias regidas”, como el Artículo 4.2 del TBI España-Argentina.

23. Sobre la base de lo expuesto, las Demandantes concluyen que el Prof. McLachlan “ya ha prejuzgado un elemento esencial del conflicto que constituye el objeto del presente arbitraje.” Las Demandantes sostienen que la reclamación presentada ante este Tribunal se rige por el TBI España-Argentina de la misma manera que la reclamación presentada por el Sr. Maffezini contra el Reino de España. Las Demandantes sostienen que al calificar la decisión del caso *Maffezini* como “herética” el

² Ver "International Investment Arbitration, Substantive Principles", Oxford University Press, 2007, págs. 254 a 257. Énfasis de las Demandantes.

³ McLachlan y otros., *op. cit.*, pág 263. Énfasis de las Demandantes.

Prof. McLachlan ha prejuzgado la jurisdicción de este Tribunal. Además, la postura del Prof. McLachlan se ha utilizado de respaldo en una reciente decisión en la que se admitió la excepción a la jurisdicción planteada por la República Argentina respecto de la Cláusula NMF.⁴

24. La otra cuestión respecto de la cual, según la Propuesta de las Demandantes, el Prof. McLachlan ha dado claramente su opinión es la defensa del estado de necesidad planteada por la República Argentina en relación con las decisiones de los casos *CMS*, *Enron*, *Sempra* y *LG&E*. Las declaraciones del Prof. McLachlan sobre las que se basa la propuesta de recusación dicen al respecto:

"Unfortunately, however, the tribunals which have so far considered the matter have come to very different conclusions on the application of the defence. In CMS, Enron, and Sempra the tribunals (which all had the same President) considered that the defence was not available...."

The award in CMS was the subject of annulment proceedings. On 25 September 2007, the Annulment Committee delivered its decision. It found manifest errors of law in the tribunal's treatment of necessity, but it declined to annul on this ground, holding that the errors did not amount to a manifest excess of powers or lack of reasoning, as would have been required for annulment.

...

The Committee concluded: Those two texts having a different operation and content, it was necessary for the Tribunal to take a position on their relationship and to decide whether they were both applicable in the present case. The tribunal did not enter into such an analysis, simply assuming that Article XI and Article 25 are on the same footing.

This led to a second error of law, namely the failure to consider whether each such rule was a primary or a secondary rule of international law. The Committee's views was that Article XI was a primary rule, in that, if it applied, there would have been no breach of the BIT.

...

These two errors made by the Court could have had a decisive impact on the operative part of the Award.

...

The answer to that question is clear enough: Article XI, of and for so long as it applied, excluded the operation of the substantive provisions of the BIT. That being so, there could be no possibility of compensation being payable during that period.

*In formal terms, the decision of an annulment committee has no greater precedential effect than an award. Nevertheless, the very opportunity of a second tier of review; the narrowly circumscribed limits of the review; and the eminent experience in public international law of the Committee, suggest that **great weight should be given to the Committee's categorical views on the central issues confronted in these cases ...***

⁴ *Wintershall c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/14, Laudo del 8 de diciembre de 2008, párrs. 167 y 188.

... It was taking the customary doctrine first, and then conflating its test with that of the Treaty, without close consideration of the differences, which contributed to the errors of the CMS Tribunal, and those which followed it."⁵

25. Si bien las Demandantes admiten que son conscientes de que hay una clara diferencia entre el TBI que se aplicaba al caso *CMS* y el TBI España-Argentina, no obstante consideran que el Prof. McLachlan ha prejuzgado la defensa de necesidad porque el caso presentado ante este Tribunal involucra las medidas de emergencia implementadas por la Argentina en 2002, que fueron objeto del caso *CMS* y de muchos otros en los que la Argentina las invocó como defensa, por lo que es muy probable que se les mencione nuevamente en el caso que tramita ante este Tribunal. Las Demandantes consideran que el Prof. McLachlan prejuzga la defensa de necesidad porque declaró que debía darse más importancia a la decisión del Comité de Anulación que al Laudo dictado en el caso *CMS*, ya que tanto el Comité como el Prof. McLachlan consideran que este último contiene un "error de derecho manifiesto," de manera que prejuzgan otra cuestión fundamental en relación con el caso presentado al Tribunal.

26. Como se considerará en mayor detalle a continuación, la posición de las Demandantes es que un árbitro designado para un tribunal CIADI debe cumplir con los dos requisitos de imparcialidad e independencia. Las Demandantes sostienen que el primer requisito tiene un fuerte contenido subjetivo. No sólo existe la parcialidad con respecto a una de las partes, sino también cuando un árbitro muestra una preferencia respecto de la postura adoptada por uno de los litigantes o de algún otro modo prejuzga la cuestión o alguno de sus aspectos. Las Demandantes sostienen que el Prof. McLachlan no cumple con el requisito de imparcialidad. No tiene la libertad de dar su opinión y tomar una decisión respecto de los hechos y de las circunstancias del caso, porque ya ha prejuzgado esos hechos y esas circunstancias, ha emitido su opinión y la ha dado a conocer. Asimismo, las Demandantes señalan que el requisito de imparcialidad es una cuestión de confianza y apariencia, un enfoque que intenta "objetivizar" una condición que, para las Demandantes, es evidentemente subjetiva. En este caso, sin embargo, el prejuicio del Prof. McLachlan respecto de elementos fundamentales del procedimiento de arbitraje nace de circunstancias que se han verificado y no de una mera apariencia y, además, no hay ningún elemento que demuestre que pueda haber cambiado de opinión. Las Demandantes no formulan ningún reproche contra el Prof. McLachlan por no haber revelado alguna circunstancia cuando aceptó su designación, puesto que no saben si en ese momento él conocía los elementos que dieron lugar a la propuesta de recusación de las Demandantes.

⁵ Ver Campbell McLachlan, "Investment treaties and general international law" (Tratados de inversión y derecho internacional general), *International & Comparative Law Quarterly* (Publicación trimestral de derecho internacional y comparado), 2008, págs. 361-401, citado de las págs. 385, 386, 389 y 390. Énfasis de las Demandantes.

27. La Demandada rechaza todos los argumentos presentados por las Demandantes por carecer de fundamentos y bases legales. La Demandada observa que las opiniones expresadas por el Prof. McLachlan en el pasado, sobre las cuales se basa la Propuesta de Recusación, no se refieren en modo alguno al presente caso. La Demandada sostiene que, como se comentará a continuación, las opiniones previamente publicadas por un árbitro no plantean un problema de falta de imparcialidad o independencia cuando se emiten fuera del marco de un procedimiento de arbitraje en curso. En otro caso CIADI se rechazó la objeción a la designación de un árbitro, la cual estaba fundada en una opinión que había dado en otro caso.⁶ La Demandada destaca que el Prof. McLachlan ha dado opiniones sobre una amplia gama de conceptos del derecho internacional de las inversiones, sin considerar ni a la República Argentina, ni a URBASER, ni a la diferencia en cuestión. La base fáctica de la Propuesta de Recusación de las Demandantes consiste únicamente de dos comentarios generales incluidos en dos publicaciones distintas. El Prof. McLachlan nunca dio una opinión legal en la que expresara una preferencia por la República Argentina, ni se refirió a la estrategia de la República Argentina en sus procedimientos de arbitraje internacional.

28. Con respecto a los comentarios del Prof. McLachlan sobre la defensa del estado de necesidad, la Demandada señala que se refieren a dos conceptos del derecho internacional basados en la idea de que debe darse importancia al análisis comparativo del Comité de Anulación en el caso *CMS*. El Prof. McLachlan sólo intentaba describir lo que resolvió este Comité. El Comité nunca dijo que los hechos en cuestión cumplieran con los requisitos del estado de necesidad para justificar su invocación por parte de la Argentina. La “preferencia” del Prof. McLachlan por los argumentos del Comité de ninguna manera significa que esté a favor de los méritos de los argumentos planteados por la República Argentina ni de acuerdo con ellos. De todas formas, la objeción de las Demandantes no se aplica al caso, dado que el TBI Argentina-España no contiene ninguna cláusula de medidas no precluidas (“non-precluded measures”).

29. Asimismo, la Demandada observa que sobre la base de la designación efectuada por el Presidente del Consejo Administrativo del CIADI en el caso *Alemanni*, se ha forjado la postura institucional del CIADI de que las opiniones previas del presidente de un tribunal sobre las cláusulas NMF no constituyen un obstáculo para su designación y desempeño en tal posición, razón por la cual, *a fortiori*, no constituiría una causa de recusación de un árbitro. La sustancia de la decisión del CIADI en ese caso se aplica perfectamente al presente con respecto a las opiniones emitidas previamente respecto del alcance y de la aplicación de la cláusula NMF.

30. Las Demandantes manifestaron en forma expresa, y la República Argentina reconoció, que la Propuesta de Recusación del Prof. McLachlan como árbitro no cuestiona de ninguna manera su consideración moral y competencia. El motivo de la recusación se funda exclusivamente en las opiniones expresadas por el Prof. McLachlan

⁶ *Giovanni Alemanni y otros c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/07/8.

en sus obras académicas, que, según las Demandantes, constituyen una fuente de falta de confianza en la imparcialidad de su juicio respecto de dos cuestiones esenciales que deben tratarse durante el curso del procedimiento. Para la Demandada, no caben dudas de la independencia e imparcialidad del Prof. McLachlan. Además, las Demandantes no han demostrado que su supuesta carencia de plena confianza sea “manifiesta”, como lo exige el Artículo 57 del Convenio del CIADI.

31. Las partes pertinentes de los comentarios del Prof. McLachlan del 5 de mayo de 2010 respecto de la Propuesta de Recusación dicen:

“I have evaluated my own position in the light of the fundamental requirements of Article 14 of the ICSID Convention. On accepting my appointment on 7 March 2010, I signed an unqualified Declaration. After consideration of the matters raised in the Claimant’s Proposal, I see no reason to qualify that Declaration, nor any reason why I may not be relied upon to exercise independent judgment in this arbitration.

It is important to distinguish the task of the legal scholar from that of the arbitrator. When writing a book or article, the scholar must express views on numerous general issues of law, based on the legal authorities and other material then available to him. A scholar of any standing should always be prepared to reconsider his views in the light of subsequent developments in the law or further arguments.

However, and in any event, the task of the arbitrator is completely different. It is to judge the case before him fairly as between the parties and according to the applicable law. This can only be done in the light of the specific evidence, the specific applicable law and the submissions of counsel for both parties.

I wish to assure both parties that I would approach such a task in this, as in any, arbitration, unconstrained by my prior publications and without having prejudged any of the issues. This is the essence of the role of the arbitrator.”

32. Las Demandantes argumentan que la presentación que hicieron de las publicaciones del Prof. McLachlan no ha sido objetada y que, por ende, no han cometido ningún error de interpretación. Las Demandantes aceptan que existe una diferencia entre las tareas del académico y del árbitro, pero en el caso de las opiniones expresadas por el Prof. McLachlan, las Demandantes afirman que no se verifican las circunstancias que permitirían distinguir con claridad entre las dos tareas. Señalan que las opiniones del Prof. McLachlan sobre el estado de necesidad se refieren en forma específica a la República Argentina. Además, las Demandantes argumentan que el Prof. McLachlan tomó una postura y expresó un grado de convicción mucho más sólido con respecto a la cláusula NMF que una opinión meramente doctrinaria, al describir la decisión pronunciada en el caso *Maffezini* como “herética.”

33. La Demandada afirma que espera que cada uno de los miembros del Tribunal juzgue este caso sólo sobre la base de las pruebas, el derecho aplicable y los argumentos planteados por las partes, con total independencia de las opiniones expresadas por ellos en sus publicaciones académicas.

III. La base legal para la consideración de la propuesta de recusación

34. Las Partes no cuestionan que las disposiciones que rigen la propuesta de recusación son las del Artículo 57 (primera oración) del Convenio del CIADI, incluida la referencia al Artículo 14(1). Estas disposiciones establecen:

“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 por el apartado (1) del Artículo 14.” (Art. 57, primera oración)

“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.” (Art. 14[1])

Si se leen las dos disposiciones en conjunto, el Artículo 57 tiene el efecto de extender las cualidades requeridas por el Artículo 14(1) a todos los miembros del Tribunal, ya sea designados para figurar en una Lista o no, y de permitir que cualquiera de las partes proponga la recusación de algún miembro sobre la base de cualquier hecho que indique una carencia de tales cualidades, bajo la condición de que sea “manifiesta”. Como el Artículo 57 del Convenio se refiere a “cualquiera de sus miembros”, no deja dudas de que las reglas y los requisitos aplicables son los mismos para todos los árbitros de un Tribunal compuesto por tres miembros.

35. Al considerar la propuesta de recusación de las Demandantes a la luz de las disposiciones citadas, los Dos Miembros de este Tribunal deben decidir si las opiniones expresadas por el Prof. McLachlan sobre las dos cuestiones que las Demandantes definen como cruciales para el resultado de este procedimiento indican que este Árbitro carece de manera manifiesta de las cualidades requeridas para inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio.

36. Ambas Partes han señalado acertadamente el hecho de que la versión en español del Convenio del CIADI introduce una variante en el sentido de que las últimas palabras de la primera oración del Artículo 14 se refieren a la cualidad de un árbitro para “inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio”, refiriéndose a la noción de imparcialidad en vez de independencia, como las versiones en inglés y francés. El Convenio establece en su última cláusula que el texto en cada uno de estos tres idiomas será “igualmente auténtico”. No contiene una regla que de preferencia a una versión sobre la otra. Por ello, los Dos Miembros acuerdan que en caso de diferencias de redacción, las versiones respectivas se interpretarán como equivalentes. En consecuencia, las dos nociones de independencia e imparcialidad se deben considerar igualmente pertinentes para el análisis de la Propuesta de Recusación del Prof.

McLachlan. Como bien dijo la Demandada, el Convenio del CIADI nada dice, sin embargo, sobre las circunstancias fácticas específicas que justificarían una recusación.

37. Los Dos Miembros conocen plenamente un gran cuerpo de precedentes, propuestas y lineamientos pronunciados o emitidos a fin de brindar definiciones de las nociones fundamentales como la independencia e imparcialidad de los árbitros. En especial, han analizado en detalle las definiciones citadas y explicadas en la Propuesta de las Demandantes y en el Escrito de contestación de la Demandada, algunas de las cuales se consideran, como lo expresaron acertadamente las Demandantes, “generalmente aceptadas” en el arbitraje internacional, como las Directivas IBA sobre Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional. No obstante, si bien estos textos constituyen, sin dudas, una valiosa fuente de inspiración, no son parte de una base legal sobre la cual se funde la decisión emitida respecto de la Propuesta de las Demandantes. Esta Decisión se funda en las disposiciones del Convenio del CIADI, citadas *ut supra*, que deben interpretarse en el contexto más amplio de los objetivos y el funcionamiento de los procedimientos de arbitraje regulados por este instrumento.

IV. El contenido y el alcance de las nociones de independencia e imparcialidad

38. Como ya se mencionó, los conceptos de independencia e imparcialidad se consideran de igual contenido y pertinencia en el marco de los Artículos 14(1) y 57 del Convenio del CIADI. Por ende, el debatir sobre si estos conceptos pueden tener, al menos en forma parcial, significados distintos se convierte en un ejercicio meramente intelectual. En todo caso, los múltiples esfuerzos por descubrir la forma de dividir estas nociones no pueden superar su inherente redundancia. En efecto, la falta de independencia de juicio de un árbitro resulta en una preferencia por una de las partes, lo que demuestra la falta de imparcialidad del árbitro; mientras que la falta de imparcialidad es un signo de la falta de juicio independiente del árbitro.

39. Sin embargo, las Demandantes se enfocan en la noción de imparcialidad, que, a su criterio, tiene “un contenido subjetivo fuerte” y, por ello, difiere del concepto de independencia. Las Demandantes consideran que la independencia es una circunstancia objetiva que implica la inexistencia de una relación con las partes. Sobre la base de estas definiciones, las Demandantes llegan a la conclusión de que, sin dudas, el Prof. McLachlan es independiente, pero consideran que las circunstancias relacionadas con sus publicaciones demuestran que “no reúne el requisito de imparcialidad al haber prejuzgado algunos de los aspectos fundamentales del presente arbitraje.”

40. Conforme a los Artículos 57 y 14(1) del Convenio del CIADI, el *quid* de la cuestión está en determinar si las opiniones expresadas por el Prof. McLachlan indican una carencia manifiesta de las cualidades para ejercer un juicio independiente e imparcial. No obstante, este principio exige la expresión de una calificación inherente. Ningún árbitro y, en términos más generales, ningún ser humano de determinada edad,

es, en términos absolutos, independiente e imparcial. En pocas palabras, todo individuo transmite ideas y opiniones basadas en su educación y experiencia moral, cultural y profesional. Lo que se requiere para emitir un juicio en una contienda legal, es la capacidad para considerar y evaluar los méritos de cada caso sin basarse en factores que no se relacionen con esos méritos.

41. La definición que hacen las Demandantes del requisito de independencia y, en particular, del concepto de imparcialidad, es más amplia. Las Demandantes reconocen que las opiniones expresadas por el Prof. McLachlan no plantean una cuestión de parcialidad respecto de una de las partes o en relación con el resultado de las reclamaciones respecto de sus méritos. Sostienen que se muestra una preferencia y parcialidad a favor de la postura que, sin dudas, tendrá la Demandada en este arbitraje respecto de dos cuestiones fundamentales ya descritas. Las Demandantes afirman que el Prof. McLachlan carece de la libertad para dar su opinión y tomar una decisión basada únicamente en los hechos y las circunstancias del caso, porque, supuestamente, ya ha prejuzgado estos hechos y circunstancias y ya ha expresado su opinión sobre estas cuestiones. Las Demandantes argumentan que el Prof. McLachlan no puede emitir una opinión contraria a lo que publicó y enfrentarse a las críticas de que fue inconsistente o posiblemente “herético.”

42. Para respaldar este argumento, las Demandantes se refieren a las Reglas de Ética de la IBA (*International Bar Association*), que establecen:

“3.1 The criteria for assessing questions relating to bias are impartiality and independence. Partiality arises when an arbitrator favours one of the parties, **or where he is prejudiced in relation to the subject-matter of the dispute.**

3.2 Facts which might lead a reasonable person, not knowing the arbitrator’s true state of mind, to consider that he is dependent on a party create an appearance of bias. The same is true if an arbitrator has a material interest in the outcome of the dispute, **or if he has already taken a position in relation to it.**”⁷

Al argumentar que una postura tomada respecto de una interpretación legal, como en el caso de los fragmentos publicados por el Prof. McLachlan, constituye un prejuicio “en relación con la materia de la diferencia” y refleja “una postura en relación con ella [es decir, con el ‘resultado de la diferencia’]”, las Demandantes van mucho más allá de la interpretación razonable de estas disposiciones. La “materia de la diferencia” y el “resultado de la diferencia” son los conceptos básicos a los que se refieren estas disposiciones, ergo, su contenido es idéntico o al menos muy similar al resultado del procedimiento. Estas disposiciones están lejos de respaldar con claridad la supuesta interpretación de que cualquier postura tomada respecto de una cuestión particular que pueda plantearse en un arbitraje debe considerarse un elemento de prejuicio que denota una carencia de imparcialidad e independencia. Las disposiciones son aún más confusas o totalmente ambiguas cuando la cuestión por considerar es, como en este caso, la

⁷ Énfasis de las Demandantes.

interpretación de conceptos legales aislados de los hechos y las circunstancias del caso en particular.

43. Los requisitos de independencia e imparcialidad tienen el objetivo de proteger a las partes ante la posibilidad de que los árbitros estén influenciados por factores distintos a los relacionados con los hechos del caso. Para volverse efectiva, esta protección no requiere que el prejuicio demuestre la falta de independencia o imparcialidad. La apariencia de tal prejuicio desde el punto de vista de un tercero razonable e informado es suficiente para justificar las dudas sobre la independencia o imparcialidad de un árbitro. Las Demandantes se refieren a la decisión del Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje (PCA) del 8 de diciembre de 2009⁸ sobre la recusación del Juez Charles N. Brower. Esta decisión estableció que un punto de vista expresado en una entrevista daba lugar a la apariencia de que este árbitro había prejuzgado una cuestión de un procedimiento de arbitraje, si bien no había dado una opinión específica sobre el resultado de los procedimientos de arbitraje pendientes. No obstante, en este caso la cuestión es que la apariencia de dudas respecto de la independencia e imparcialidad del Prof. McLachlan se relaciona directamente con las declaraciones que las Demandantes señalan como motivos de su cuestionamiento.

44. Lo que importa es si las opiniones expresadas por el Prof. McLachlan sobre las dos cuestiones calificadas como cruciales por las Demandantes son lo suficientemente específicas y claras como para que un tercero informado y razonable considere que el árbitro se basará en esas opiniones sin considerar, como corresponde, los hechos, las circunstancias y los argumentos presentados por las Partes en este procedimiento. Como ya se mencionó, la visión de las Demandantes es más amplia. No incluyen en su postura la última calificación y sostienen que las opiniones expresadas por el Prof. McLachlan deben tomarse como tales, así como que parece ser “incuestionable” que sigue teniendo la misma opinión, dado que no hay pruebas de que haya cambiado de parecer (lo que no se observa en la declaración presentada por el Prof. McLachlan el 5 de mayo de 2010).

45. Los Dos Miembros que deben decidir sobre la objeción planteada por las Demandantes consideran que la mera exposición de una opinión, incluso si puede revestir relevancia en un arbitraje en particular, no basta para fundar una objeción por falta de independencia o imparcialidad del árbitro. Para admitir tal objeción, debe demostrarse que la opinión o postura está respaldada por factores relacionados con una de las partes del arbitraje o que la favorecen (o a una de las partes estrechamente vinculada con ella), por un interés directo o indirecto del árbitro en el resultado de la diferencia o por una relación con alguno de los individuos involucrados, como un testigo u otro árbitro.

⁸ Decisión del Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje (PCA) sobre la Recusación de un Árbitro en el Caso CIADI No. ARB/08/6, *Perenco Ecuador Ltd c. República de Ecuador y Petroecuador*.

46. En efecto, si uno prefiriera extender tal requisito de independencia o imparcialidad más allá de este marco, como las Demandantes, el mero hecho de haber dado a conocer una opinión sobre una cuestión pertinente en un arbitraje tendría el efecto de permitir una objeción por falta de independencia o imparcialidad. Tal postura, sin embargo, tendría efectos mucho más allá de los que parecen sostener las Demandantes, incompatibles con el funcionamiento adecuado del sistema arbitral bajo el Convenio del CIADI.

47. Las opiniones expresadas por el Prof. McLachlan son las de un académico. Aun cuando se les toma junto con otras muchas opiniones expresadas por académicos, representan una pequeña porción de las opiniones contenidas en publicaciones relacionadas con los arbitrajes regidos por el Convenio del CIADI. Estas opiniones incluyen, en especial, todo el conjunto de opiniones expresadas en las decisiones y los laudos emitidos bajo el sistema del CIADI, la mayoría de los cuales están publicados o disponibles en Internet. La designación del Presidente del Tribunal en el caso *Alemanni*, según informó la Demandada, parece indicar que una opinión expresada previamente por una decisión arbitral no constituye un obstáculo para que se designe a un árbitro para su desempeño en otro caso que plantea cuestiones similares. En la decisión sobre la propuesta de recusación de un miembro del tribunal arbitral de los casos *Suez/Vivendi c. República Argentina*, del 22 de octubre de 2007,⁹ los Dos Miembros en ese caso establecieron que el hecho de que un juez o árbitro haya llegado a una determinación de derecho o a una conclusión de hecho en un caso no significa que ese juez o árbitro no pueda decidir imparcialmente sobre el derecho o los hechos en otro caso. Asimismo, observaron que:

“A finding of an arbitrator’s or a judge’s lack of impartiality requires far stronger evidence than that such arbitrator participated in a unanimous decision with two other arbitrators in a case in which a party in that case is currently a party in a case now being heard by that arbitrator or judge. To hold otherwise would have serious negative consequences for any adjudicatory system.” (§ 36)

48. Si prevaleciera la opinión de las Demandantes y se considerara cualquier opinión expresada previamente respecto de ciertos aspectos del Convenio del CIADI como un elemento de prejuicio en un caso particular porque estos aspectos pueden tomar relevancia o solo porque pueden incluirse dentro de los argumentos de una parte, la consecuencia sería que un árbitro potencial de un tribunal del CIADI jamás expresaría sus opiniones sobre alguna cuestión, ya sea que se relacione con el proceso, la jurisdicción o con los derechos sustantivos derivados de los TBI. La amplia difusión de los Laudos del CIADI a través de las publicaciones y su inclusión en el sitio web del Centro ha contribuido en gran medida a importantes intercambios de opiniones en todo el mundo respecto de cuestiones del derecho internacional de las inversiones. En términos generales, esto se considera un aporte positivo al desarrollo del derecho y de las políticas en este segmento de la economía mundial. Es evidente que tal debate

⁹ Casos CIADI No. ARB 03/17 y 03/19.

carecería de sentido si no incluyera un intercambio de opiniones de quienes están de hecho involucrados en el proceso de arbitraje del CIADI, sea que escriban y debatan en su calidad de académicos, árbitros o representantes. Tal actividad es parte del “sistema” y bien conocida por todos los involucrados. Por ello, ninguno de los Dos Miembros parece congeniar con la postura de las Demandantes de que una opinión expresada previamente sobre una cuestión que reviste importancia en un procedimiento de arbitraje debería considerarse un prejuicio que demuestra una falta de independencia o imparcialidad.

49. Este análisis no está diseñado para expresar que las opiniones de las Demandantes no sean cuestiones para debatir. En efecto, es cierto que la opinión personal de cada árbitro tiene mayor peso en un sistema como el arbitraje del CIADI que en otros sistemas judiciales de resolución de controversias del mundo. En otros sistemas jurídicos, las decisiones se basan en jurisprudencia que todos los miembros del órgano judicial deben respetar o, al menos, observar dentro de un pequeño margen para apartarse de ellos, bajo el control del órgano de apelación. En tales sistemas, las opiniones de un juez individual pesan poco, en la medida en que deben seguirse los precedentes. Los arbitrajes del CIADI no funcionan de esta manera. A pesar de los numerosos comentarios hechos dentro de los laudos del CIADI, que afirman el deber o la necesidad de coherencia a través de la jurisprudencia del CIADI, el principio sigue siendo que cada Tribunal es soberano para su propia toma de decisiones. Esta autonomía se aplica también a las decisiones emitidas por los Comités de Anulación, que no tienen valor de precedentes y que en la práctica no se consideran de tal valor. Esto implica necesariamente que se otorga cierto peso a la opinión de cada miembro de un tribunal del CIADI. Pero éste no es ilimitado. El requisito de un juicio independiente e imparcial significa que las opiniones adoptadas previamente por un árbitro, publicadas o no, no deben tener tal fuerza como para impedir que el árbitro considere los hechos, las circunstancias y los argumentos presentados por las partes en un caso particular en su totalidad.

V. Las declaraciones del Profesor McLachlan

50. Los Dos Miembros han analizado si debería considerarse que el Prof. McLachlan ha argumentado sus opiniones con tanta solidez que, bajo el punto de vista de un tercero razonable, no considerará adecuadamente la postura de alguna de las partes en este procedimiento.

51. Los Dos Miembros desean destacar desde un comienzo que el Prof. McLachlan ha presentado a las partes una clara declaración en la que reconoce la preocupación de las Demandantes y le asegura a ambas Partes que desempeñará su tarea como árbitro sin verse limitado por sus publicaciones y sin prejuzgar ninguna de las cuestiones. Los Dos Miembros carecen de motivos para desconfiar de esta declaración. Asimismo, observan que las opiniones a las que se refieren las Demandantes han sido expresadas por el Prof.

McLachlan en carácter de académico, no en una decisión que pudiera tener algún tipo de efecto vinculante sobre él. Una de las principales características de un académico es la capacidad de cambiar su opinión según sea necesario a la luz del estado actual del conocimiento académico. Los Dos Miembros no tienen dudas de que el Prof. McLachlan alcanza este alto estándar de ciencia y conciencia.

52. Al analizar más de cerca las opiniones que forman la base de la Propuesta de Recusación, los Dos Miembros observan que las opiniones parecen tener distinto significado en términos de la influencia que se pueda derivar de ellas para la resolución de la diferencia planteada ante este Tribunal. En el curso de dicho análisis, ninguno de los Dos Miembros está convencido de que las distinciones como aquella basada en la noción de la “opinión general,” como se suele definir a las actitudes que deben colocarse en el “listado verde” de las Directrices de la IBA tengan mucho sentido. Tal distinción entre las opiniones “generales” y “específicas” tiene poco valor cuando se trata de describir una obra académica. La hipótesis de una investigación realizada por un académico en términos meramente “generales” es una descripción más caricaturizada que la obra académica en sí. Asimismo, no es mucho más convincente trazar una rígida línea divisoria entre las opiniones expresadas como académico y aquellas formadas como árbitro. Si bien cabe decir que las opiniones de un académico pueden cambiar y que no se relacionan con el patrón de hechos y argumentos de un caso concreto, las Demandantes tienen razón en la medida en que argumentan que, de todos modos, esa opinión es un factor de influencia a la hora de considerar cuestiones iguales o similares en una diferencia en particular. En otras palabras, un académico del derecho que se convierte en árbitro del CIADI no pierde la capacidad de académico que comunica opiniones académicas, que pueden tomar relevancia para el análisis legal realizado para la resolución de una diferencia en particular. Al margen de esas distinciones más artificiales, debe prestarse atención a las declaraciones del Prof. McLachlan tal como las efectuó, para determinar si le impiden ejercer un juicio independiente e imparcial en el caso que nos ocupa.

53. Con respecto a la cuestión de la defensa del estado de necesidad que podría plantear la República Argentina, los Dos Miembros señalan que las declaraciones del Prof. McLachlan incluidas en *International and Comparative Law Quarterly* (Publicación trimestral de derecho internacional y comparado) 2008, p. 361-401 (385-391), reproducidas *ut supra*, se dedican en gran medida a describir y comparar las decisiones emitidas en los casos *CMS*, *Enron*, *Sempra* y *LG&E*. Los elementos de opinión personal se encuentran en la afirmación de que “debería darse mucho peso a las opiniones categóricas del Comité [del caso CMS] sobre cuestiones centrales planteadas en estos casos” y de que los errores que identificó al revisar la decisión consistieron en “el hecho de que tomara la doctrina consuetudinaria en primer lugar y luego combinara su análisis con el del Tratado, sin considerar en detalle las diferencias, fue lo que llevó a los errores del Tribunal de CMS y a aquellos que siguieron” (pág. 390).

54. Lo único que los Dos Miembros pueden identificar en estas declaraciones es un análisis del derecho internacional, la relación entre el derecho internacional general y consuetudinario y el derecho contenido en los TBIs relacionados con los casos analizados. Ni siquiera en este nivel queda claro si las declaraciones del Prof. McLachlan son relevantes en este caso, en especial si se considera que las Demandantes reconocen que existe una clara diferencia entre el TBI aplicado en el Caso CMS y el TBI España-Argentina, que corresponde a la cuestión planteada ante este Tribunal. Las declaraciones del Prof. McLachlan no contienen ningún elemento que indique, desde la perspectiva de un tercero razonable, que no podrá prestar su total atención y consideración a las posturas desarrolladas por cada una de las Partes involucradas en el presente caso tal como se relacionan con las cuestiones legales que ha analizado previamente. Si se admitiera la objeción de las Demandantes sobre la base del cuestionamiento de las declaraciones del Prof. McLachlan, casi todos los árbitros que han expresado una opinión sobre una cuestión relacionada específicamente con un arbitraje del CIADI estarían en riesgo de ser recusados. Tal enfoque llevaría a la recusación de muchos árbitros, incluyendo en especial aquéllos que han adquirido la mayor experiencia, lo que llevaría a la parálisis del proceso arbitral del CIADI. Esta perspectiva no puede ser siquiera un resultado implícito de la decisión que deben tomar los Dos Miembros de este Tribunal.

55. En comparación con sus explicaciones de la defensa del estado de necesidad, el análisis que hizo el Prof. McLachlan del “Tratamiento de la Nación Más Favorecida” en su libro sobre Arbitraje de Inversiones Internacional (págs. 254-257, 263) parece basarse más en los casos. Si bien se citan varias decisiones emitidas conforme al Convenio del CIADI, las declaraciones del Prof. McLachlan al respecto se concentran en una comparación entre las decisiones sobre jurisdicción emitidas en los casos *Maffezini c. España*¹⁰ y *Plama Consortium Ltd c. la República de Bulgaria*¹¹. En la opinión del autor, la decisión *Maffezini* tuvo “el efecto de trastocar fundamentalmente el equilibrio cuidadosamente negociado del TBI en cuestión” (es decir, el TBI Argentina-España). Este enunciado le permite al autor calificar la decisión como “herética” (pág. 254). En cuanto a la decisión de *Plama*, el Prof. McLachlan observa que “cuestionó en forma convincente” la corrección del análisis de *Maffezini* (pág. 256). Considera que *Plama* admitió que el acuerdo sobre el arbitraje internacional “debe ser claro y preciso, incluso cuando se lo alcanza por medio de una incorporación por referencia” (pág. 256). Por ello, una cláusula NMF de aplicación “en todas las materias regidas” era insuficiente (pág. 256). El Tribunal de *Plama* decidió que una disposición NMF no se aplicaría a las disposiciones de solución de controversias a menos que las partes lo hayan pactado expresamente de ese modo. En este respecto, el Prof. McLachlan sostiene que “el razonamiento del Tribunal en *Plama* se prefiere por sobre el de *Maffezini*” (pág. 257). Por ende, el resultado de su análisis es que “la cláusula NMF no se aplica a las disposiciones de arreglo de diferencias referidas a tratados de inversión, a

¹⁰ Caso CIADI No. ARB/97/7, Decisión sobre Excepciones a la Jurisdicción, 25 de enero de 2000.

¹¹ Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005.

menos que los Estados lo hayan pactado expresamente de ese modo” (pág. 257 y, en términos similares, pág. 263).

56. La decisión de *Plama* se refirió a otra cláusula NMF, contenida en el TBI Bulgaria-Chipre. La comparación entre esta decisión y la decisión de *Maffezini* permanece en un nivel más general de interpretación legal del alcance de las cláusulas NMF con respecto a las disposiciones de solución de controversias contenidas en un TBI. Se prefiere el “enfoque” de *Plama* (pág. 257), que parece dejar abierto un análisis más profundo de cada cláusula NMF controvertida en una diferencia arbitral particular.

57. Asimismo, los Dos Miembros señalan que las obras académicas del Prof. McLachlan distan de plantear el panorama completo del posible rol de cómo las cláusulas NMF se relacionan con las cláusulas de solución de controversias, solo por el hecho de que no consideran todas o la mayoría de las decisiones pronunciadas en este respecto, ni los numerosos aportes académicos y de otra índole publicados en los últimos años. También puede destacarse que la única conclusión más allá de la preferencia dada al enfoque de *Plama* es la de que las cláusulas NMF deberían aplicarse a la solución de controversias sólo si así se ha “expresado” allí. Con respecto a este mismo punto, el análisis deja abierta la posibilidad de agregar otros elementos de interpretación en respaldo de la conclusión que acepta la pertinencia de una cláusula NMF en relación con la solución de controversias, no sólo sobre la base del requisito formal de la “expresión” de voluntad, sino también de los antecedentes de la negociación, las intenciones de las partes que ratificaron el TBI, el objetivo de la cláusula NMF dentro del contexto general del TBI y otros.

58. A la luz de los elementos contenidos en las declaraciones del Prof. McLachlan sobre el rol de las cláusulas NMF en cuestiones de solución de controversias previstas en un TBI y sobre la base de la confianza que los Dos Miembros tienen en la capacidad del Prof. McLachlan para analizar la cuestión desde una perspectiva más amplia, así como considerando la totalidad de los hechos, las circunstancias y los argumentos planteados por las Partes en el presente procedimiento; los Dos Miembros concluyen que las opiniones académicas del Prof. McLachlan no cumplen con el umbral de apariencia de que no está preparado para escuchar y considerar las posiciones de las Partes con plena independencia e imparcialidad.

59. Esta conclusión implica necesariamente que las declaraciones del Prof. McLachlan en las que se basa la Propuesta de Recusación no indican una carencia “manifiesta” de independencia o imparcialidad, como lo exige el Artículo 57 del Convenio del CIADI.

VI. Conclusión

Sobre la base de las razones expuestas, los Dos Miembros deciden:

1. Rechazar la Propuesta de Recusación del Profesor Campbell McLachlan como Árbitro y miembro de este Tribunal, presentada por las Demandantes.
2. Reservar la determinación y la atribución de las costas relacionadas con esta Decisión para una decisión pronunciada por este Tribunal en una etapa posterior del procedimiento.
3. Finalizar el estado de suspensión del procedimiento conforme a la Regla 9(6) de las Reglas de Arbitraje a partir de la fecha de la presente.

[*firmado*]

Profesor Andreas Bucher
Presidente

[*firmado*]

Sr. Pedro J. Martínez-Fraga
Árbitro