

WILMERHALE

Rachael D. Kent

+1 202 663 6976(t)

+1 202 663 6363 (f)

rachael.kent@wilmerhale.com

8 de junio de 2012

Sr. Mark Clodfelter
Sr. Ronald Goodman
Sr. Alberto Wray
Sr. Constantinos Salonidis
Foley Hoag LLP
1875 K Street, NW
Suite 800
Washington, D.C. 20006-1238

Dr. Diego García Carrión
Dra. Christel Gaibor
Ab. Diana Terán
Ab. Juan Francisco Martínez
Procuraduría General del Estado
República del Ecuador
Avenida Amazonas No. 477 y Roca
Edif. Río Amazonas, 6to Piso, oficina 601
Quito, Ecuador

Re: Recusación del Juez Stephen M. Schwebel como árbitro en relación con el caso *Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. c. la República del Ecuador – Arbitraje de la CNUDMI*

Estimados Sres.:

La presente es respuesta a su carta del 7 de junio de 2012 en la que solicitan que Merck Sharp & Dohme (I.A.) Corp. (“MSDIA”) acepte la recusación más reciente presentada por Ecuador del Juez Schwebel y/o que dicho Juez se retire como árbitro del mencionado arbitraje. La integridad del Juez Schwebel es intachable, y Ecuador no ha presentado un fundamento verosímil para volver a recusar su servicio en el presente arbitraje. Por lo tanto, rechazamos su sugerencia de que retiremos la designación del Juez Schwebel.

El estándar conforme a las Reglas de la CNUDMI para recusar un árbitro – que “existan circunstancias que den pie a dudas justificadas en cuanto a la imparcialidad o la independencia del árbitro”—es un estándar objetivo. Eso significa que las dudas son “justificadas” si son razonables para un observador objetivo. Nada de lo expresado en su carta del 7 de junio comienza a demostrar que existan circunstancias que den pie a dudas justificadas en cuanto a la independencia o la imparcialidad del Juez Schwebel.

Su carta se refiere al hecho de que el Juez Schwebel fue designado por la firma de abogados de la Demandante, Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr LLP (“Wilmer”), como árbitro en dos arbitrajes previos. Esas dos designaciones, el *Arbitraje de las Islas del Mar Rojo*, Eritrea/Yemen (1997) y el

Arbitraje de Abyei, Sudán/ Movimiento Popular de Liberación de Sudán (2008), ocurrieron mucho antes del presente arbitraje y no indican “una relación duradera y remunerativa con el abogado de la Demandante”. (Carta del 7 de junio, pág. 2).

El Juez Schwebel es muy conocido por ser uno de los abogados internacionales públicos y uno de los árbitros internacionales más destacados del mundo, y se ha desempeñado como árbitro en numerosos casos.¹ El hecho de que la firma Wilmer haya sido el abogado en dos de esos arbitrajes no es indicativo de que exista “una relación duradera y remunerativa con el abogado de la Demandante”. Por el contrario, confirma que la firma Wilmer ha participado solo en una fracción muy pequeña de los casos en que el Juez Schwebel se desempeñó como árbitro.

Su carta cita las Pautas IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional. Como ya saben, esas Pautas incluyen una “Lista Naranja” que enumera “situaciones específicas que (dependiendo de los hechos de un caso determinado) a los ojos de las partes puede dar lugar a dudas justificadas respecto de la imparcialidad o la independencia del árbitro”, y por lo tanto deberían revelarse. La Lista Naranja incluye como una de tales circunstancias que “el árbitro haya sido designado en los últimos tres años más de tres veces por parte del mismo abogado o el mismo estudio jurídico”. (Pautas IBA, Lista Naranja, 3.3.7.) En la fecha en que se inició el presente arbitraje, el Juez Schwebel no había sido designado árbitro en los últimos tres años por la firma Wilmer. Por lo tanto, no existía ningún fundamento concebible para que una parte razonable pudiera albergar dudas en cuanto a su imparcialidad e independencia, y no existía ningún requisito de que el Juez Schwebel revelara sus designaciones anteriores.

Su carta además se refiere al hecho de que el Juez Schwebel presentó una opinión pericial en dos pleitos de EE.UU., en los cuales Wilmer fue el abogado. Esos dos casos, que estuvieron estrechamente ligados, también ocurrieron mucho antes del presente arbitraje. En el primero de esos casos, *Shell Oil Company c. Sonia Eduarda Franco Franco et al.* (2005), el Juez Schwebel presentó una declaración ante la Corte Distrital de Estados Unidos para el Distrito Sur de Florida, en nombre de Shell Oil, que fue representada por la firma Wilmer en ese caso. En el segundo de esos casos, *Miguel Ángel Sánchez Osorio et al. c. Dole Food Company, Inc., The Dow Chemical Company, Occidental Chemical Corporation and Shell Oil Company* (2008), el Juez Schwebel presentó esencialmente la misma declaración ante la Corte Distrital de Estados Unidos para el Distrito Central de California, en nombre de cuatro demandados de empresa, de los cuales solo uno fue representado por Wilmer. En ambos casos, el Juez Schwebel fue contratado para rendir testimonio ante la corte como perito en derecho internacional público.² No se desempeñó como abogado ni como árbitro, sino como testigo, con el deber de ser honesto e íntegro ante las cortes. Cabe notar que las Pautas IBA no incluyen los servicios anteriores como testigo pericial entre las circunstancias que podrían dar lugar a dudas justificadas acerca de la independencia o la imparcialidad de un árbitro. El servicio del Juez Schwebel como testigo pericial en esos casos tampoco da lugar a dudas justificadas en cuanto a su independencia e imparcialidad.

Su carta sugiere que el Juez Schwebel debería haber revelado que previamente se desempeñó como árbitro y testigo pericial en una etapa anterior del presente arbitraje. Señalamos, preliminarmente, que los tres miembros del Tribunal escogieron hacer una “Declaración Común de Revelación” en el momento en que se constituyó plenamente el Tribunal, en la cual cada uno de ellos – incluido el árbitro designado por Ecuador—revelaron asuntos que no habían revelado antes. El momento en que se hizo la Declaración

¹ Un sitio web público incluye una biografía del Juez Schwebel que informa que el Juez Schwebel fue designado árbitro en 63 arbitrajes internacionales y que también se desempeñó como abogado o testigo pericial en muchos más procedimientos. <http://www.londonarbitrators.net/cvs/sschw.pdf>.

² Su carta sugiere, de pasada, que las cuestiones en esos dos casos “son similares a” las cuestiones en el arbitraje presente. Eso no es cierto. Las opiniones del Juez Schwebel en esos dos casos estuvieron relacionadas con su opinión pericial respecto de una ley nicaragüense específica, la Ley 364, que no está, ni podría concebiblemente estar, en disputa en el presente arbitraje.

Común de Revelación fue una etapa preliminar del arbitraje y fue no solo totalmente corriente sino totalmente razonable.

Además, la Declaración Común de Revelación incluyó específicamente una declaración de que “Nada de lo expresado [en la declaración] anterior afecta la imparcialidad del Tribunal ni de ninguno de sus Miembros ni la independencia de las Partes en el presente Arbitraje”. Conforme al Artículo 9 de las Reglas de la CNUDMI, los árbitros son instruidos para que revelen “circunstancias que probablemente dan pie a dudas justificadas en cuanto a [su] imparcialidad o independencia”. No es probable que los asuntos incluidos en la Declaración Común de Revelación den pie a esas dudas justificadas, por lo cual, conforme a las Reglas de la CNUDMI, no es necesario que se revele ninguno. El hecho de que los árbitros hayan escogido, en aras de la transparencia y aclararlo todo, divulgar esos asuntos cuando se constituyó el Tribunal, no demuestra que no haberlos revelado en una etapa anterior del arbitraje fuese indebido o que diera lugar a dudas justificadas en cuanto a la imparcialidad o la independencia de alguno de los miembros del Tribunal.

En resumen, la recusación de la designación del Juez Schwebel por parte de Ecuador carece de fundamento y, por ello, solicitamos que Ecuador la retire de inmediato.

Como ya saben, MSDIA tiene pensado presentar en breve una solicitud para pedir al Tribunal que ordene medidas cautelares provisionales en el presente arbitraje. En tales circunstancias, no debe permitirse que la recusación más reciente del Juez Schwebel por parte de Ecuador demore los procedimientos arbitrales o que impida que el Tribunal considere de forma oportuna la petición de MSDIA de una medida cautelar. Por lo tanto, solicitamos que Ecuador o bien retire su recusación o la presente inmediatamente ante la CPA para acelerar la decisión.

Atentamente,

(Firmado)
Gary B. Born
David W. Ogden
Rachael D. Kent

cc. Sir Franklin Berman KCMG QC
Juez Stephen M. Schwebel
Juez Bruno Simma
Martin Doe