

Declaración de Disidencia del Dr. Santiago Torres Bernárdez respecto de la Resolución Procesal N° 27 de 30 de mayo de 2014

He participado, junto con mis co-árbitros, en todas las deliberaciones del Tribunal acerca del objeto de la Resolución Procesal N° 27, pero, por las razones de principio expuestas abajo, no puedo unirme a ellos en apoyo de una Resolución que considero desequilibrada:

a) Solicitud de la Demandada de interrogatorio de Demandantes individuales

1. En esta solicitud, la Demandada solicitó, *en primer lugar*, el interrogatorio de todas las Demandantes que permanecieran en el caso y, *en la alternativa*, que el Tribunal indicara el número de Demandantes que podrán interrogarse durante la audiencia, y, en función de dicho número, la República Argentina procederá a identificarlas. Por lo tanto, resulta evidente que esta propuesta alternativa significa que, una vez que el Tribunal haya determinado el número, la República Argentina seleccionará a las Demandantes individuales en cuestión.

2. La Resolución Procesal de la Mayoría distorsiona la solicitud de la Demandada descrita arriba. Primero, al abordar en forma separada con los dos elementos en orden inverso, la “solicitud alternativa” es tratada en primer lugar bajo el título “*i) Contrainterrogatorio de los testigos de las Demandantes*” (pág. 12) mientras que la “solicitud principal” es tratada posteriormente bajo el título “*iv) Interrogatorio de Demandantes que no sean testigos*” (pág. 13).

3. Segundo, como se expresa en estos títulos, el tratamiento de tanto la solicitud alternativa como la solicitud principal de la Demandada está vinculado al hecho externo de ser o no ser un “*Testigo*” Demandante. Tercero, la Resolución establece que “la solicitud alternativa de la Demandada es *admitida* en la medida en que se le otorga el derecho de proceder al contrainterrogatorio de estas ocho Demandantes” (a saber, las ocho Demandantes convocadas como testigos por las propias Demandantes) aunque, en realidad, no se admite en absoluto, dado que, en la solicitud alternativa de la Demandada, una vez que el Tribunal hubiera indicado el *número* de Demandantes que han de ser interrogadas, la propia Demandada, y no la Parte Demandante, seleccionaría el número de Demandantes a someter a interrogatorio dentro del límite fijado por el Tribunal. Cuarto, la solicitud principal de la Demandada de interrogar a la totalidad de las Demandantes se transforma en una solicitud “de autorización para interrogar a Demandantes individuales que no hayan presentado declaración testimonial alguna” y, sobre la base de ese único fundamento, se rechaza. A través de esa estrategia, la Mayoría tergiversa la solicitud de la Demandada hasta tornarla irreconocible.

4. Considero que un tribunal de arbitraje internacional, o su mayoría, pueden aceptar o rechazar las solicitudes o presentaciones de cualquiera de las partes en un caso dado con una motivación jurídica correcta, pero nunca me uniré a una decisión basada en estrategias o tecnicismos que desnaturalicen la solicitud o presentación de una parte o contradigan los principios de la buena administración de la justicia procesal del arbitraje internacional. Asimismo, considero que la solicitud en cuestión de la Demandada en su totalidad es bastante acertada, ya que la Mayoría designó a un *único* Perito del Tribunal a efectos de la Verificación de la Base de Datos de las Demandantes no sólo sin el consentimiento de ambas Partes, sino ante la oposición debidamente manifiesta de la Parte Demandada. Ya he tenido la oportunidad de explicar en una Opinión

Disidente la razón por la cual, desde mi punto de vista, la Mayoría adoptó dicha decisión en violación del Artículo 43 del Convenio del CIADI. En este tipo de situación, es lógico, en el marco de un procedimiento de arbitraje colectivo y en masa como el que nos ocupa, que la Demandada tuviera la oportunidad de verificar directamente si las supuestas Demandantes cumplen o no con todas y cada una de las condiciones exigidas por el derecho aplicable a fin de ser Partes en el presente caso.

5. Del mismo modo, apoyo la solicitud de la Demandada, puesto que, en el contexto de cualquier proceso judicial o arbitral internacional, es un derecho inherente de cualquier Estado Demandado saber con anterioridad al cierre de la fase oral del procedimiento de fondo si la(s) supuesta(s) Demandante(s) cumplían con las condiciones establecidas por la ley para ser Parte(s) en el caso o, al menos, estar en condiciones de verificar por sí mismo si ello es así por los medios requeridos y a la luz de las circunstancias particulares del caso. Además, los aspectos *personae* en masa del caso que nos ocupa son '*le fait*' de las Demandantes y, como tales, no pueden dejar sin efecto ese derecho de la Demandada ni en general ni en particular, dado que el presente caso no supone un proceso de acción en masa (desconocido en el sistema del CIADI), sino un proceso de acciones conjuntas con una gran presencia de supuestas Demandantes, lo que se ve confirmado por el hecho de que la cuestión relativa a la competencia *ratione personae individual* del Tribunal no se *resolvió* en la fase de excepciones preliminares, sino que se remitió a la presente etapa.

6. En efecto, ninguna de las miles de Demandantes en el marco del caso *Abaclat* parece actuar en representación de la totalidad de las Demandantes o una parte de ellas. Asimismo, como se ha escrito:

“Incluso aceptando, como la Mayoría quisiera hacer, que TFA (Task Force Argentina) actúa *como* Demandante representante, esto no funciona. No es la función de la mayoría el utilizar la forma en que las Demandantes han organizado su representación para caracterizar el procedimiento. Las reclamaciones comprendidas en el procedimiento *Abaclat* se han planteado de manera individual y la mayoría debe tratarlas como tales; esta es la característica que define al procedimiento” (Hans van Houtte y Bridie McAsey, *Case comment. Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID, the BIT and MASS claims*, ICSID Review, Vol. 27 (2012), pág. 235) [Traducción propia].

7. En la Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad de 2011, la Mayoría otorgó ciertas garantías a las Partes en cuanto a la verificación objetiva de los datos personales y la información relativa a las tenencias de derechos sobre títulos valores de cada supuesta Demandante individual. Lamento decir que la Resolución Procesal N° 27 no está a la altura de las expectativas que dichas garantías podrían haber creado. El objeto de la solicitud de la Demandada es sumamente relevante y demasiado importante, y continúa siéndolo a pesar de la Resolución, para que los principios de justicia y equidad arbitral sean superados desde el punto de vista jurídico por la descomposición de la solicitud de la Demandada y los tecnicismos relacionados.

8. A modo de ejemplo, la distinción entre el “contrainterrogatorio”, el “interrogatorio directo” o el “interrogatorio” *tout court*, o la distinción entre “Testigos Demandantes” y “Demandantes que no sean testigos”, carecen de toda relevancia al momento de admitir o rechazar la Solicitud

formulada por la Demandada. El resultado de hecho del ejercicio de la Mayoría descrito consiste en negarle *totalmente* a la Demandada el derecho de interrogar durante la próxima audiencia a cualquier supuesta Demandante individual, con excepción de **¡¡¡los 8 “Testigos Demandantes” que sean personas elegidas por la representación legal de las propias Demandantes!!!** Este es un resultado sorprendente desde cualquier punto de vista, una broma procesal. Además, como consecuencia de la descomposición de la Solicitud de la Demandada, la negativa de la Mayoría a brindarle a la Demandada la oportunidad de verificar por sí misma mediante el interrogatorio durante la próxima audiencia los datos personales y de tenencia de las supuestas Demandantes individuales carece de motivación suficiente en la Resolución. El razonamiento pertinente planteado en la Resolución se relaciona con la Solicitud descompuesta y no con la Solicitud formulada por la Demandada. De hecho, no se ofrece explicación jurídica alguna del rechazo total de la Solicitud tal y como fue formulada por la Demandada.

9. Asimismo, la decisión de la Mayoría se contradice, ya que, desde el momento en que se permitió que la Parte Demandante presentara a *Demandantes individuales como testigos*, el derecho de la Parte Demandada a convocar a *otras Demandantes individuales* a efectos de su interrogatorio no puede negarse sin menoscabar el principio de igualdad de las Partes. Hacer lo contrario implicaría concederle una ventaja injustificada a la Parte Múltiple respecto de la Parte Única. En efecto, en un caso de múltiples partes agregadas con aspectos personales masivos como el que nos ocupa, permitir el interrogatorio por parte de la Demandada de Demandantes individuales cuando la Parte Demandante hace lo mismo por escrito y en forma oral no tiene nada de inusual. En cualquier caso, ni el Convenio ni las Reglas de Arbitraje del CIADI contienen disposiciones en función de las cuales la Solicitud de la Demandada debería rechazarse y la Resolución Procesal no cita ni menciona ninguna de ellas.

10. Cabe agregar que, en el presente caso, la interpretación del Artículo 44 del Convenio del CIADI ofrecida por la Mayoría en su Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad de 2011 cubriría cualquier duda eventual acerca del derecho de la Demandada a convocar a demandantes individuales a efectos de su interrogatorio durante la audiencia en aras de determinar la competencia *ratione personae* individual del Tribunal del caso que nos ocupa, excepto en el caso de que esta estuviera destinada a aplicarse exclusivamente a las solicitudes o necesidades de las Demandantes (véanse párrafos 518-551 de la decisión de 2011).

11. En estos párrafos (muy criticados en la Opinión Disidente del Profesor Abi-Saab), la Mayoría comienza señalando que “sería contrario al objeto del TBI y al espíritu del CIADI interpretar (el) silencio (del marco del CIADI) como un 'silencio calificado' que prohíbe categóricamente el procedimiento colectivo por el simple motivo de que no se mencionó en el Convenio del CIADI” (pág. 215) y concluye lo siguiente:

“i) El silencio del marco del CIADI respecto de los procedimientos colectivos se debe interpretar como una ‘laguna’ y no como un ‘silencio calificado’;

“ii) El Tribunal tiene, en principio, la facultad conferida en virtud del artículo 44 del Convenio del CIADI para solucionar esta laguna, con el alcance permitido en el marco dicha norma y la regla 19 de las Reglas de Arbitraje del CIADI;

“iii) El procedimiento necesario para abordar el aspecto colectivo del presente proceso está relacionado con el método del examen del Tribunal, así como con la forma de la representación de las Demandantes...;

“iv) Tal procedimiento es admisible y aceptable en el marco del artículo 44 del Convenio del CIADI, la regla 19 de las Reglas de Arbitraje del CIADI y, en sentido amplio, el espíritu, el objeto y la finalidad del Convenio del CIADI” (pág. 226).

12. Por consiguiente, no existe impedimento legal alguno para que el Tribunal admita la Solicitud para proceder al interrogatorio de Demandantes individuales durante la audiencia tal y como ha sido formulada por la Demandada. La única dificultad que enfrenta el ejercicio por parte de la Demandada de su derecho de interrogar en forma oral a ‘la totalidad de’ las supuestas Demandantes durante la próxima audiencia es su número. Sin embargo, tal dificultad puede superarse mediante la celebración de algunas reuniones posteriores a la audiencia en Europa (o por videoconferencia) a tal efecto en particular.

13. No obstante, como se señalara arriba, la Demandada realizó la propuesta alternativa de que el Tribunal determinara el número de Demandantes individuales que se le permitiría interrogar en forma oral. Creo que esta propuesta es una alternativa muy razonable. La Mayoría también la rechaza en su Resolución a través del método de descomposición mencionado arriba. Y lo hace sin perjuicio de la necesidad y conveniencia, en mi opinión, de verificaciones adicionales a la luz de los siguientes factores: las limitaciones del Procedimiento de Verificación de Bases de Datos adoptado por la Mayoría y las lagunas de su Versión Final; los defectos de la Base de Datos original y las modificaciones sin control allí introducidas por las Demandantes en la versión original debidamente registrada de la Base de Datos; y la admisión de la Parte Demandante de que la Base de Datos es un simple instrumento, siendo *la evidencia la documentación* de cada Demandante individual cargada en la Base de Datos que aparentemente todavía no se ha enviado al CIADI y permanece en Italia.

b) El interrogatorio directo por parte de la Demandada de sus propios testigos

14. Del mismo modo, apoyo la solicitud de la Demandada de autorización para interrogar a sus propios testigos en forma oral durante la audiencia. No encuentro disposición alguna ni en el Convenio ni en las Reglas del CIADI que excluya de la fase oral de un caso dado al testigo de cualquier Parte en virtud de que la persona en cuestión había presentado una declaración testimonial escrita anteriormente en el marco del caso. El interrogatorio directo durante la audiencia puede tanto añadir información, desarrollar o corregir la declaración escrita y el interrogatorio directo del testigo por la Parte en cuestión puede relacionarse con cuestiones diferentes de las abordadas en la declaración escrita anterior o ser más precisas que aquellas. El párrafo 16 del Acta de la Primera Sesión del Tribunal establece que “[c]ada una de las partes podrá llamar a su propio testigo o perito *para su interrogatorio directo*” y agrega “... incluso con respecto a cuestiones que se planteen en la Réplica / Dúplica de la cual no estén plenamente informados” (“incluso” y no “con exclusión de”).

15. La Resolución Procesal N° 27 comienza haciendo referencia a la Resolución Procesal N° 2 de 1 de diciembre de 2009 que, según su texto, le sigue a una teleconferencia en las que se

sometieron las siguientes cuestiones a la decisión del Tribunal: A) si correspondía o no permitir el interrogatorio directo y el contrainterrogatorio de los peritos calígrafos durante la audiencia; B) si correspondía o no permitir el interrogatorio directo de los Profesores Richard A. Nagareda y Antonio Briguglio; C) las fechas de la audiencia sobre jurisdicción y admisibilidad. Aquí, una vez más, nos encontramos en el contexto de la fase de jurisdicción y admisibilidad. Además, en virtud de la cuestión A), la Demandada solicitó la *reconsideración* de una decisión mayoritaria adoptada algunos días antes. Esto explica la referencia contenida en la página 3 de la Resolución Procesal N° 2 a “*la naturaleza excepcional de su reconsideración de la decisión anterior del Tribunal*”. La cuestión B) también se relaciona con una decisión anterior en particular contenida en el párrafo 4.1 de la Resolución de 1 de mayo de 2009. Sin embargo, la Resolución Procesal N° 27 no se ha adoptado en un *contexto de reconsideración de decisiones*. Y también es un hecho que, sin perjuicio de la reconsideración entonces en cuestión, el Tribunal admitió, con ciertas restricciones, las solicitudes de interrogatorio directo sobre la base del sólido principio tendiente a “*garantizar que ambas partes tengan la oportunidad plena de presentar sus respectivas posturas*” (pág. 3 de la RP N° 2).

16. No conozco ningún “principio general de derecho internacional público” ni ningún “principio general de derecho” en los términos del Artículo 38 (c) del Estatuto de la CIJ ni ningún “principio general” en el ámbito del arbitraje en virtud del derecho internacional de aplicación general según el cual el derecho de una Parte a convocar a sus propios testigos y peritos a efectos de su interrogatorio directo no sea aplicable a los que ya hubieran presentado declaraciones escritas anteriormente en el caso. Puede que algunas reglas de arbitraje comercial o un sistema de arbitraje particular determinado incorporen un “principio” semejante, pero no es el caso de los instrumentos del CIADI. Los textos del Convenio y de las Reglas de Arbitraje del CIADI no establecen un “principio” de tal naturaleza ni en forma expresa ni tácita.

17. En consecuencia, no puedo aceptar que, como la Resolución Procesal N° 27 establece, “en principio, no habrá interrogatorio directo (por parte de la Demandada) de (sus propios) testigos y peritos (que hubieran presentado una declaración durante la fase escrita) excepto que circunstancias especiales justifiquen lo contrario”. Mediante esta afirmación, la Resolución convierte la excepción en la regla sin hacer referencia a la norma jurídica aplicable en que dicha inversión se basa (lo que no debería confundirse con comentarios, tendencias doctrinales u opiniones subjetivas de árbitros). También considero que permitir el ejercicio de un derecho de tal naturaleza por las Partes resulta útil para el Tribunal y, por lo tanto, importante para el presente arbitraje.

18. Por otro lado, la Solicitud de la Demandada se encuentra bastante justificada a la luz de las propias circunstancias particulares del caso y su desarrollo desde la fase de excepciones preliminares. En tal sentido, no debería haber presentado dificultad procesal alguna para la Mayoría a la luz de la interpretación por parte de sus miembros del Artículo 44 of del Convenio del CIADI mencionado arriba. Requerir que la Demandada presente una nueva solicitud escrita el 3 de junio de 2014, a más tardar, y “brinde explicaciones acerca de los motivos que justifican dicho interrogatorio directo” constituye un exceso artificial. En mi opinión, las cuestiones procesales de ese tipo deberían resolverse dentro del marco del CIADI de manera más simple y eficaz, en particular cuando, como ocurre en el caso que nos ocupa, la Resolución Procesal N° 27 le concede expresamente a la Parte Demandante “el mismo derecho conforme al principio de

igualdad de armas”. En cualquier caso, recibo con agrado este reconocimiento expreso del principio de igualdad de armas en la Resolución. Desde mi designación en calidad de árbitro en el contexto del presente caso, no dejo de reiterar una y otra vez la necesidad de respetar dicho principio fundamental en virtud de la fórmula de la igualdad de las partes en el marco del procedimiento.

c) Otras cuestiones

19. Con respecto a otras cuestiones abordadas en la Resolución Procesal N° 27, me gustaría destacar lo siguiente:

a) En cuanto a la Primera Parte de la Resolución, no tengo objeción alguna respecto de las conclusiones relativas a los Apéndices RE-775 y RE-736. También coincido con las conclusiones relativas a los Apéndices RE-776 y RE-812 toda vez que los documentos en cuestión no sean de dominio público.

b) En cuanto a la Segunda Parte de la Resolución:

i) Acepto la asistencia a la audiencia del Sr. Ted Bloch, del Sr. Nicola Stock y del Dr. No[r]bert Wühler de conformidad con la parte decisoria de la Resolución;

ii) Me reservo el derecho de convocar Demandantes individuales a efectos de su interrogatorio de conformidad con el Artículo 32 (3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI;

iii) Por último, coincido con la última cláusula de la parte decisoria de la Resolución relativa a cuestiones residuales y apoyo la misma.

Firmada: Santiago Torres Bernárdez