

Opinión Disidente del Dr. Torres Bernárdez

Me opongo a la Resolución Procesal N° 15 firmada por el Presidente en nombre de la mayoría del Tribunal de Arbitraje por las siguientes razones:

Introducción

1. El párrafo 3 de la RP N° 15 explica que la Resolución “está destinada a avanzar con la designación de un experto”; en el párrafo 17, la mayoría declara que el Dr. Wühler “se encuentra debidamente calificado para actuar como Perito en el marco del presente procedimiento”; en el párrafo 18, la mayoría le solicita que redacte una “Propuesta de Trabajo” de acuerdo con los términos y las condiciones establecidas en el capítulo D de la Resolución; y en los párrafos 26 a 30, la mayoría establece la remuneración y los gastos correspondientes al Perito en relación con la confección de la “Propuesta de Trabajo”, el “ Informe de Verificación Preliminar” y el “ Informe de Verificación Definitivo”.

2. De ello se desprende que la mayoría optó por una solución que divide al Tribunal, como así también ahora a las Partes, con los resultantes efectos procesales de su desacuerdo sobre la designación de uno o más “peritos del tribunal”, a la luz de las facultades limitadas concedidas a los tribunales de arbitraje para obtener evidencia directa mediante el Artículo 43 del Convenio del CIADI y la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

3. Brindé mi apoyo a la RP N° 12 del día 7 de julio de 2012 y, en consecuencia, a la decisión del punto 4 de dicha Resolución en el sentido de que, *inter alia*: “La Fase 2B comprenderá la verificación de la base de datos de las Demandantes contra los requisitos establecidos en § 501 (iii) de la Decisión por uno o más expertos designados por el Tribunal previa consulta a las Partes (‘Verificación de Base de Datos’)”. En el momento de la adopción unánime de dicha Resolución, la “Verificación de Base de Datos” fue concebida como una operación objetiva bajo el control del Tribunal de Arbitraje en su totalidad que debía llevarse a cabo, con la colaboración de ambas Partes, en aras del procedimiento y con la confianza de todos los interesados.

4. Fue desafortunado que, poco tiempo después, la mayoría propusiera, bajo la forma de una propuesta integral mediante el anterior *borrador* de la RP N° 13, la designación del Dr. Wühler como el único perito para la Verificación de la “Base de Datos” presentada por las Demandantes. Por las razones esgrimidas en mi “declaración de disidencia” adjunta a dicho borrador de la RP N° 13, no me encontraba en condiciones de aceptar tal propuesta integral y, en busca de consenso, propuse que se designara al Profesor José Carlos Fernández Rozas como segundo perito para formar un tándem, con la misma legitimación que el Dr. Wühler, en pos de mantener el equilibrio aconsejable de confianza de los tres miembros del Tribunal durante la ejecución de la verificación proyectada.

5. La mayoría rechazó mi propuesta y, tanto el anterior borrador de la RP N° 13 de la mayoría, como mi “declaración de disidencia” adjunta, fueron circuladas a las Partes para consultarlas (según se decidiera en la RP N° 12) resultando en el desacuerdo de las Partes en ambos casos, a saber, sobre la propuesta de la mayoría y respecto de mi propia

propuesta. Esto generó una nueva situación procesal que la presente Resolución no resuelve debido a que mantiene las disposiciones esenciales del anterior borrador de la RP N° 13, a saber, la designación del Dr. Wühler como único perito del Tribunal para dicha “Propuesta de Trabajo” y “Verificación de Base de Datos”.

I. Designación de uno o más peritos del Tribunal para la Verificación de Base de Datos

A. El propósito de la consulta con las Partes

6. La sección B (La Posición del Tribunal de Arbitraje) de la presente Resolución está encabezado por la mención de que al haberse considerado los comentarios de las Partes al anterior borrador de la RP N° 13, el Tribunal de Arbitraje, por decisión mayoritaria, decide lo siguiente:

“1. Designación de un Perito

“11. Como resolvió en el parr. 4 de la Resolución Procesal N° 12, el Tribunal de Arbitraje considera necesario designar un perito independiente (el “Perito”) a efectos de la Verificación de la Base de Datos .”

7. La redacción de la presente Resolución es confusa ya que el párr. 4 de la RP N° 12 adoptado de manera unánime no establecía la designación de un perito (“el Perito”), sino la de “uno o más expertos designados por el Tribunal previa consulta a las Partes” (para observar el texto completo del párr. 4 de la RP N° 12, véase el párrafo 1 de la presente Resolución).

8. La designación de un perito en la persona del Dr. Wühler es, como se ha indicado, la propuesta realizada por la mayoría mediante un *borrador de RP*, a saber, el borrador de la RP N° 13 anterior, circulada a efectos de su consulta con las Partes, junto con mi “declaración de disidencia”. En consecuencia, fue la mayoría la cual, como primer acto de implementación de la RP N° 12, propuso un único perito en la persona del Dr. Wühler, en los siguientes términos:

“En vista de la complejidad de las cuestiones relacionadas con la Verificación de Base de Datos y que la posición divergente de las Partes y sus peritos respecto de la confiabilidad, utilidad y contenido de la Base de Datos de las Demandantes, el Tribunal de Arbitraje consideró necesario designar un perito independiente.

“Por medio de la presente Resolución, el Tribunal de Arbitraje designa:

“al Dr. Norbert Wühler
(sujeto a la aprobación del Tribunal de Arbitraje)

“como perito en este arbitraje (el ‘Perito’)”.

(párrs. 4 y 5 del borrador anterior de la RP N° 13).

9. Por ende, la propuesta de la mayoría que se circuló para consulta con las Partes, no distinguía la designación del Dr. Wühler de la pregunta sobre si existía una necesidad

general para designar a más de un perito. Constituía una propuesta integral cuyo objeto era: *un único perito independiente en la persona del Dr. Wühler (el “Perito”)*.

10. La mayoría nunca propuso ni sugirió como “Perito” del Tribunal para la Verificación a ninguna persona distinta del Dr. Wühler. Para la mayoría, la selección de un único perito y la designación del Dr. Wühler como el “Perito” constituía un todo indivisible, como se reflejara en la presentación y redacción de los párrs. 4 y 5 del anterior borrador de la RP N° 13 y en la presente Resolución. Es muy tarde para intentar disociar la propuesta integral, insoluble, inmutable e indiscutible de la mayoría plasmada en el anterior borrador de la RP N° 13. No obstante, el intento de realizar tal disociación en la presente Resolución debe anotarse y rechazarse.

11. Desde la última reunión del Tribunal en Washington y posteriormente, reiteré a mis co-árbitros, durante los intercambios escritos que mantuvimos en relación con el anterior borrador de la RP N° 13, que no estaba convencido de que un único perito era la solución correcta dada la dificultad que presenta encontrar una persona competente que goce del mismo grado de confianza de los tres miembros del Tribunal. Continuamente mencioné mi preferencia por la segunda alternativa presente en el párr. 4 de la RP N° 12, a saber, la designación de más de un perito.

12. Con dicho objetivo en mente, presenté mi propuesta respecto de la designación por parte del Tribunal de un perito adicional en la persona del Profesor Fernández Rozas, propuesta que fue rechazada por mis co-árbitros. En tales circunstancias, no tuve más alternativa que adjuntar al anterior borrador de la RP N°13 la “declaración de disidencia” que fue circulada a las Partes. En los párrafos pertinentes de dicha declaración, explico las razones de mi objeción a la propuesta presentada por la mayoría de la siguiente manera:

“1. El Borrador rechaza mi propuesta de designación de un segundo perito para crear un tándem con la misma legitimación que el Dr. Wühler.

“2. No confío plenamente en el Dr. Wühler como perito exclusivo (‘único’) debido a lo siguiente: a) su relación profesional de larga data con un árbitro designado por los demandantes en casos paralelos de deuda soberana; b) su desconocimiento del idioma italiano, que constituye el idioma original de los materiales que deben verificarse; y c) la magnitud de la tarea para un único perito.

“3. El rechazo del segundo candidato que propongo por parte de la mayoría sin, en mi opinión, fundamentos objetivos, impide el equilibrio indispensable de la confianza de los tres miembros del Tribunal en la tarea de verificación proyectada.”¹.

13. Ni la propuesta de la mayoría ni mi propuesta evocan ni plantean, en ningún caso, la cuestión de la jurisdicción o la facultad del Tribunal para designar uno o más “*peritos [independientes] del Tribunal*” sin el consentimiento de las Partes. Hacer lo contrario hubiera significado, en tal momento, prejuzgar los resultados del procedimiento de consulta que se desarrollaba desde la circulación de dicha propuesta a las partes.

¹ Como se estableciera en el párrafo 2 (a) del texto citado, se hace referencia a una “relación profesional de larga data” y no a una mera relación “personal” o “de amistad”.

14. La propuesta de la mayoría establecía que se basaba en el Artículo 43 del Convenio del CIADI y la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI y “como parte de la facultad general (del Tribunal) para tomar y evaluar evidencia, y luego de haber consultado a las Partes, designar uno o más peritos en el caso de que lo considere necesario”², sin ningún comentario o explicación respecto del entonces hipotético caso de falta de consenso entre las partes en relación con las dos propuestas luego de la consulta (párr. 3 de la anterior RP No. 13). Mi propuesta no hizo referencia al fundamento legal de la competencia del Tribunal de Arbitraje para designar “peritos del Tribunal” sin el consentimiento de las Partes.

15. A la luz del artículo 43 del Convenio del CIADI, es evidente que no surge una controversia en relación con la designación de “peritos del Tribunal” cuando las partes alcanzan un acuerdo respecto de la designación y la persona del designado o los designados. Sin embargo, ciertamente surgirá en el caso de que las Partes no estén de acuerdo en relación con la designación de los perito(s) independiente(s), o sobre la(s) persona(s) a designarse para llevar a cabo dicha función, o en ambos casos.

B. El desacuerdo existente entre las Partes

16. Tal como se registra en los párrs. 4 a 9 de la presente Resolución, los comentarios escritos de las Partes sobre la designación de uno o más peritos están contenidos en cuatro cartas: Cartas de las Demandantes y de la Demandada de 6 de septiembre de 2012 y cartas de las Demandantes y de la Demandada de 18 de septiembre de 2012. Según surge de estas cuatro cartas, las Partes *no están de acuerdo* en relación con las dos propuestas alternativas que constituyen el objeto de la consulta, a saber:

- i) un único perito del Tribunal en la persona del Dr. Wühler (propuesta de la mayoría) o
- ii) un tándem de dos peritos del Tribunal en las personas del Dr. Wühler y el Profesor Fernández Rozas (mi propuesta).

17. Por un lado, las Demandantes aceptaron la propuesta de la mayoría y la Demandada la rechazó. Por otro lado, la Demandada rechazó la propuesta de la mayoría y consideró desafortunado que el Tribunal de Arbitraje y las Demandantes rechazaran mi propuesta. No obstante este desacuerdo entre las Partes, por medio de la presente Resolución, la mayoría encarga al Dr. Wühler, sin mayores indagaciones sobre la facultad del Tribunal para hacerlo, la confección de una “Propuesta de Trabajo” y, en el caso de que se confirme, le concede la “Pericia” como único perito del Tribunal (el “Perito”).

18. En esta Resolución, la mayoría considera que el Dr. Wühler está “debidamente calificado para actuar como Perito en este procedimiento” como único perito; no obstante, a su vez, la mayoría le permite recibir asistencia en el desarrollo de su Pericia *por parte de una o más personas* (párrs. 17 y 22 de la Resolución). Es decir, en la “Verificación de Base de Datos” participarán varios individuos, pero un solo perito. Esto revela que la mayoría del Tribunal admite que el Dr. Wühler no puede realizar el trabajo por sí solo; sin embargo, la mayoría del Tribunal y el Dr. Wühler no están

² La supuesta “facultad general” ha sido reemplazada en la presente Resolución por “la práctica anterior de diversos tribunales CIADI” en virtud de “que ninguna Parte ha objetado la jurisdicción del Tribunal de Arbitraje para designar un perito independiente” (párr. 12 de la Resolución).

dispuestos a aceptar pares dentro del equipo, a saber, un segundo perito. Yo prefiero exactamente lo contrario, a saber, más peritos competentes y menos ayudantes en pos de que la realización de la Verificación de Base de Datos sea lo más objetiva y confiable posible para todos los interesados y, en primer lugar, para las dos Partes³

19. Sin embargo, la mayoría del Tribunal decidió mantener en esencia su propuesta original tal como se formuló en el borrador anterior de la RP N° 13, solo con el apoyo de las Demandantes, y sin llevar a cabo ningún intento o esfuerzo para encontrar una solución satisfactoria para las Demandantes y la Demandada, respectivamente. De hecho, esta Resolución incorpora todos los puntos expresados por las Demandantes en la consulta y ninguno de los puntos de la Demandada, salvo en los casos que coinciden con las opiniones de las Demandantes. Por ende, de la misma manera en la cual el borrador anterior de la RP N° 13 dividió al Tribunal, esta RP N°15 dividirá más profundamente a las Partes en relación con una materia respecto de la cual la razón y el derecho aconsejan proceder por consenso.

20. Utilizo el término “derecho” porque la letra y el espíritu del texto del artículo 43 del Convenio del CIADI brindan una clara invitación a los árbitros para que procedan en la materia a través del consenso o para que -al menos- intenten alcanzar una solución satisfactoria para todos. El recurso a la herramienta de “decisiones mayoritarias” en cuestiones procesales del arbitraje como la presente situación no es, en mi opinión, aconsejable y puede convertirse en un obstáculo para el desenvolvimiento eficiente y ordenado del proceso. En cualquier caso, la designación del Dr. Wühler como “perito del Tribunal” plantea, a la luz del derecho aplicable del CIADI, una pregunta previa en relación con la facultad del Tribunal para emitir esta Resolución, como se explicará a continuación en párrs. 24 a 45 de esta Opinión.

21. Como se indicara, he brindado las razones que justifican mi objeción a la designación de un perito único del Tribunal en la persona del Dr. Wühler por medio de mi “declaración de disidencia” adjunta al anterior borrador de la RP N° 13 (párr.12 de esta Opinión). Al respecto, me gustaría mencionar nuevamente (i) que la respuesta dada por el Dr. Wühler a los efectos de que estaría “en condiciones de conducir y terminar el proceso de verificación como el único perito” fue adoptada por él con pleno conocimiento de que era el candidato de la mayoría y no del Tribunal de Arbitraje en su conjunto; (ii) que la carta del Dr. Wühler no objetó en ningún aspecto su relación profesional de larga data con un árbitro designado por los demandantes en casos paralelos de deuda soberana; y (iii) que la declaración de independencia adjuntada por el Dr. Wühler a su carta no es un documento susceptible de superar los efectos del adagio de la mujer del César⁴.

22. La decisión de la mayoría plasmada en esta Resolución disminuirá, para algunos de los interesados, la credibilidad de la conducta y el producto final de la proyectada

³ Las consideraciones de eficiencia e incremento de costos invocadas contra la designación de un segundo perito independiente del tribunal no parecen ser un obstáculo a la hora de brindar al Dr. Wühler *uno o más asistentes*.

⁴ No cuestioné en mi “declaración de disidencia” la independencia e imparcialidad del Dr. Wühler en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, considero que su designación no tiene en cuenta el adagio de la esposa del César que antecede a cualquier consideración de independencia o imparcialidad. La teoría de la esposa del César es particularmente relevante en la administración de la justicia por parte de los tribunales de arbitraje.

Verificación de la Base de Datos. En lo que a mí respecta, me reservo desde este momento cualquier derecho en virtud del derecho procesal del CIADI en relación con la inspección personal oportuna por parte de los miembros de un tribunal de arbitraje de los elementos de prueba presentados por las Partes en cualquier forma, así como el ejercicio en la etapa oral del derecho concedido a cualquier miembro del Tribunal por la Regla 32 (3) de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

23. La selección del Dr. Wühler como único experto designado por una mayoría del Tribunal de Arbitraje con el apoyo exclusivo de los Abogados de las Demandantes para la tarea de verificar la “Base de Datos de las Demandantes” como un elemento para la identificación de las Demandantes individuales del caso es, en mi opinión, una decisión equivocada, pero es la elección meditada de la mayoría.

C. Los efectos jurídicos del desacuerdo entre las Partes respecto de la facultad del Tribunal de Arbitraje de designar a uno o más “expertos del Tribunal” en cuestiones probatorias

24. En el párrafo 12 de la Presente Resolución, la mayoría del Tribunal de Arbitraje considera que: “de conformidad con los Artículos 43 y 44 del Convenio del CIADI y las Reglas 19 y 34 de las Reglas de Arbitraje CIADI y en virtud de la práctica anterior de diversos tribunales CIADI, goza de competencia para designar a un experto independiente. A este respecto, cabe destacar que ninguna de las Partes ha impugnado la competencia del Tribunal de Arbitraje para designar a un experto independiente⁵”.

25. No concuerdo con esa afirmación de la Resolución por dos razones fundamentales. En primer lugar, la mayoría no les propuso a las Partes “designar a un experto independiente”, sino “designar a un experto independiente en la persona del Dr. Wühler”. En segundo lugar, como consecuencia del proceso de consulta, el Tribunal de Arbitraje tiene conocimiento de la existencia de un total desacuerdo entre las Partes en lo que respecta a la designación del Dr. Wühler como único experto del Tribunal. Los juegos de palabras no constituyen un sustituto de un razonamiento jurídico.

26. En mi opinión, el derecho CIADI aplicable le permite a un Tribunal de Arbitraje (o a un miembro en disidencia de este tribunal) presentar una propuesta o propuestas a las Partes respecto de la designación de un determinado experto o expertos del Tribunal con relación a la diligencia o evaluación de pruebas. Pero, esto no significa que el Tribunal de Arbitraje en cuestión se encuentre facultado a designar a tal fin a uno o más de los expertos propuestos, excepto que las Partes faculden al Tribunal de Arbitraje a hacerlo por su mutuo acuerdo.

27. En otras palabras, el derecho CIADI reconoce la figura del “experto(s) del tribunal” en el contexto de la diligencia o evaluación de pruebas, pero con la autorización de ambas Partes en el caso, no como un derecho del Tribunal de Arbitraje.

⁵ La presente Resolución modifica en este respecto el anterior borrador de la RP 13 (Véase párr.14 de esta Opinión).

(a) El derecho CIADI aplicable

28. Tanto el Convenio del CIADI como las Reglas de Arbitraje del CIADI incluyen disposiciones afirmativas de respaldo que regulan la designación de expertos a los fines probatorios. El Convenio del año 1965 no ha sido modificado y las últimas modificaciones a las Reglas de Arbitraje adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro, que entraron en vigor el día 10 de abril de 2006, no modificaron la Regla 34. Por lo tanto queda claro que el Tribunal de Arbitraje no se encuentra ante la presencia de “vacíos” o “silencios” (calificados o no calificados) en el sentido al que se hace referencia en la Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del Tribunal de Arbitraje del año 2011, y no se lo invoca como tal en la presente Resolución.

29. La lectura de las disposiciones pertinentes del derecho CIADI aplicable permite, en su sentido literal, las siguientes conclusiones textuales pertinentes:

a) El artículo 43 del Convenio y la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje hacen una distinción entre los medios de prueba que las partes deben producir y el propio medio del Tribunal de Arbitraje de obtener pruebas en forma directa;

b) En estas disposiciones los “expertos” aparecen únicamente en relación con los medios de producción de pruebas de las Partes;

c) Estas disposiciones facultan a un Tribunal de Arbitraje a requerirles a las partes presentar entre otras cosas “expertos de parte” (Regla 34), sin embargo no facultan al Tribunal de Arbitraje a designar a uno o más expertos propios, como medio de obtención de pruebas directas;

d) Las partes están obligadas por el sentido del deber a cooperar con el Tribunal de Arbitraje en la producción de pruebas y en las demás medidas que pueda adoptar el tribunal según lo dispuesto en el párr. 2 de la Regla 34;

e) La expresión “adopción de medidas contempladas en el párrafo 2 de la Regla 34” en los párrafos 3 y 4 de la Regla 34 no incluye sino dos medidas que un Tribunal de Arbitraje puede decidir sin autorización de las partes: i) visitar cualquier lugar relacionado con la diferencia y ii) practicar en él las diligencias de prueba que considere pertinentes (artículo 43 del Convenio; lo mismo en la Regla 34 (2));

f) La facultad del Tribunal de Arbitraje de tomar nota formal del incumplimiento por una parte de sus obligaciones en cuestiones probatorias está limitada al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el párrafo 2 de la Regla 34;

g) Únicamente los gastos incurridos por las partes en la presentación de pruebas, y en la adopción por parte del Tribunal de Arbitraje de las demás medidas contempladas en el párr. 2 de la Regla 34, pueden considerarse parte de los “gastos incurridos por las partes” dentro del sentido del artículo 61(2) del Convenio del CIADI.

30. No obstante lo anterior, las conclusiones en su sentido literal se encuentran expresamente sujetas a la siguiente condición en el artículo 43 del Convenio del CIADI: “salvo que las partes acuerden otra cosa”. Por lo tanto, un “experto o expertos del

Tribunal de Arbitraje” puede(n) ser designado(s) en última instancia por este último, pero únicamente si las partes acuerdan permitirle al Tribunal de Arbitraje proceder a dicha designación. No obstante, como se indicara *supra*, no existe consenso entre las Partes del caso que nos ocupa para designar al Dr. Wühler como único experto del Tribunal de Arbitraje para la preparación de la Propuesta de Trabajo decidida por este último, ni tampoco para la Verificación de la Base de datos presentada por las Demandantes, según se decide en la presente Resolución.

31. El texto del artículo 43 del Convenio del CIADI del año 1965 es suficientemente claro en sí mismo como para necesitar recurrir a trabajos preparatorios o cualquier otro medio complementario de interpretación de tratados a fin de determinar el sentido corriente de sus términos. Además, la interpretación de tratados debe fundarse sobre todo en el texto del tratado. En cualquier caso, la interpretación del Artículo 43 del Convenio de conformidad con el derecho internacional consuetudinario (según se refleja en la regla general de interpretación del Artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) no reportará un sentido que cambie esencialmente el tenor literal del texto del Artículo 43 según se explica *supra*.

32. Como ha enfatizado repetidas veces la CIJ, no es la función de la interpretación revisar los tratados o leer en ellos lo que no contemplan expresamente o por implicancia necesaria como aparentemente lo hace la presente Resolución. Para evitar que la presente Declaración se haga innecesariamente extensa, me limitaré a citar *infra* el siguiente pasaje de *Oppenheim's International Law* editado en 1992 por Sir Robert Jennings, ex Presidente de la CIJ, y Sir Arthur Watts, en apoyo de la aplicación del artículo 31 de la CVDT (norma general de interpretación de tratados) a la interpretación del Artículo 43 del Convenio del CIADI:

“La norma general de interpretación establecida en el Artículo 31 de la Convención de Viena adopta el enfoque textual, ‘un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin’. Que este enfoque textual - respecto del cual la Comisión de Derecho Internacional fuera unánime - sea una parte aceptada del derecho internacional consuetudinario es insinuado por muchos pronunciamientos de la Corte Internacional de Justicia, que también ha puesto énfasis en que la interpretación no es revisar los tratados ni leer en ellos lo que no contemplan expresamente o por implicancia necesaria, ni aplicar una norma de interpretación que produzca un resultado contrario a la letra o el espíritu del texto del tratado⁶”.

(b) La práctica anterior de diversos tribunales CIADI invocada por la presente Resolución

33. Como se indicara, la “práctica anterior de diversos tribunales CIADI” se menciona, asimismo, en el párr. 12 de la presente Resolución (y nota al pie correspondiente) como fundamento para justificar la interpretación por parte de la mayoría de que el derecho aplicable CIADI permite la designación – sin consenso de las Partes - del Dr. Wühler

⁶ *Oppenheim's International Law*, Vol.1 (partes 2 a 4), 9^o Edición, páginas 1271 a 1272. Debe observarse que en el pasaje citado la referencia “al espíritu” no es a un espíritu libre sino al “espíritu del texto del tratado”.

como único experto del Tribunal de Arbitraje, a pesar del sentido ordinario de los términos del texto del artículo 43 del Convenio del CIADI.

34. Con relación a esto, el 18 de octubre de 2012 solicité mediante correo electrónico al Secretario del Tribunal de Arbitraje, Sr. Gonzalo Flores, información acerca de cómo se había aplicado generalmente en la práctica del CIADI el artículo 43 del Convenio del CIADI y la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, a modo de respuesta fáctica del Secretariado a las siguientes preguntas:

(a) ¿Existen en la práctica del arbitraje CIADI casos de designación de experto(s) del tribunal para obtener pruebas o elementos de prueba en el caso?

(b) En el caso de una respuesta afirmativa, ¿fue la tarea del experto del tribunal verificar la identidad y/u otros datos de relevancia respecto de los presuntos demandantes individuales?

(c) ¿Existe algún caso en el que el Tribunal de Arbitraje decidiera designar a su(s) propio(s) experto(s) sin el consenso de ambas partes con posterioridad a la consulta?

(d) ¿Existe algún caso en el cual una persona o personas determinadas fueran designadas como experto(s) del tribunal sin el consenso de ambas partes del caso?

(e) ¿Existe algún caso en el cual los gastos incurridos por el experto de un determinado tribunal designado por el tribunal sin el consenso de una de las partes sea considerado como gastos incurridos por las “partes” dentro del sentido del artículo 61 (2) del Convenio del CIADI?

(f) ¿Puede decirse que es de conformidad con la práctica CIADI y el Reglamento Administrativo y Financiero que la adjudicación de gastos incurridos por un proceso de verificación, realizado por un experto o expertos del tribunal, designado(s) sin el consenso de la otra parte y a los fines de corroborar datos de verificación individual de los demandantes necesarios en razón del ejercicio por parte de éstos de una acción colectiva, recae bajo el artículo 61(2) del Convenio CIADI?

35. Mediante correo electrónico de fecha 8 de noviembre de 2012, el Sr. Gonzalo Flores, Secretario del Tribunal de Arbitraje, amablemente respondió a mis preguntas de la siguiente manera:

“Mediante correo electrónico de fecha 18 de octubre de 2012, el Dr. Torres Bernárdez formuló seis preguntas relacionadas con la designación de expertos por parte de los Tribunales CIADI. El Profesor van den Berg le respondió al Dr. Torres Bernárdez mediante correo electrónico de fecha 3 de octubre de 2012, haciendo referencia a una serie de casos en los cuales expertos independientes fueron designados por Tribunales CIADI. Observo que esta respuesta ha sido incorporada como Nota al pie N° 1 a la Resolución Procesal N° 15. Como puede verse en esos casos, la mayoría (si no la totalidad) de los expertos designados por los Tribunales CIADI han sido Expertos en Finanzas, a quienes se les asignó la tarea de colaborar en la determinación de daños. En todos los casos, los tribunales consultaron con las partes la designación de los expertos. Los procesos que llevaron a estas designaciones forman parte del registro de cada caso y como tal están sujetos a restricciones de confidencialidad (más allá de lo

que se establece en los laudos publicados). Sin embargo, puedo confirmar que como regla general, la facultad de los tribunales de designar expertos independientes en los casos CIADI no ha sido cuestionada por las partes de la diferencia.

Entiendo que esta respuesta es limitada, pero espero que de algún modo sea de utilidad.”

36. Ciertamente, la respuesta es limitada debido a restricciones de confidencialidad, pero bastante útil para confirmar en primer lugar que los ocho casos mencionados por el Profesor Schreuer en su obra *The ICSID Convention: A Commentary* (2nd Edition, 2009) a la que se hace referencia en la Nota a Pie No. 1 de la Resolución Procesal N° 15 parecen ser los principales, si no la totalidad, de los ejemplos de relevancia de la práctica del CIADI en la designación de “experto(s) del tribunal” por parte de los tribunales arbitrales CIADI. Es realmente un número muy pequeño a la luz del número total de casos de arbitraje CIADI.

37. El número de Estados receptores en esos ocho casos es todavía menor: cinco Estados, a saber, Congo, Liberia, Senegal, Zaire y Argentina (tres veces). Incluso si fuera jurídicamente posible, no tendría sentido invocar a los fines de modificación del sentido ordinario de los términos de las disposiciones pertinentes del Convenio multilateral CIADI la llamada “anterior práctica de diversos tribunales CIADI” como lo hace la presente Resolución. No puede ser de otro modo a la luz de las normas de interpretación de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y el sentido común. Por su propia naturaleza, y el número de Estados involucrados, está más allá del alcance de la práctica limitada invocada reformar o modificar el derecho convencional del CIADI respecto de esta cuestión.

38. En segundo lugar, los expertos designados han sido expertos en finanzas, como lo describiera el Secretario del Tribunal de Arbitraje, para colaborar en la determinación de daños. Habiendo ahora verificado por mí mismo los ejemplos mencionados en la Nota al Pie No. 1, confirmo la exactitud de esa información que se corresponde con una práctica usual y extendida de los tribunales judiciales y arbitrales internacionales y nacionales en esa esfera técnica particular una vez que los procedimientos alcanzan la etapa de la reparación.

39. El caso que nos ocupa todavía no ha alcanzado esa etapa y al Dr. Wühler la presente Resolución no le confía una tarea financiera técnica sino la tarea de verificación de una Base de Datos de las Demandantes relevante para la determinación por el tribunal, en su etapa presente, de *la cuestión jurisdiccional pendiente de identificar a las Demandantes individuales*, a saber, el ámbito *ratione personae* del propio Tribunal de Arbitraje con respecto a esas Demandantes. Por lo tanto, no existe práctica de ningún tipo de los tribunales arbitrales CIADI en lo que concierne a la designación de “experto(s) del tribunal” para la verificación de datos proporcionados por una parte de demandantes colectivos a los fines de identificar sus componentes individuales. Se deduce que en el presente caso para el manejo de la cuestión de la designación de “experto(s) del Tribunal” para verificar la identidad de las Demandantes individuales de una Parte colectiva, el Tribunal de Arbitraje sólo tiene a su disposición las herramientas jurídicas del artículo 43 del Convenio del CIADI y la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

40. En tercer lugar, la información fáctica proporcionada por el Secretario del Tribunal confirma que la facultad de los tribunales arbitrales de designar experto(s) independiente(s) en los casos CIADI no ha sido por lo general cuestionada por las partes de la diferencia con respecto a los expertos en finanzas a quienes se les asignó la tarea de colaborar con los tribunales arbitrales del CIADI a los fines de evaluar daños, incluidos los métodos de evaluación de la indemnización. Esta actitud de las partes en disputa manifiesta en efecto su acuerdo con la designación de “experto(s) del tribunal” según lo dispuesto por el artículo 43 del Convenio del CIADI. No se trató, por lo tanto, de una conducta *contra legem*, sino de conformidad con el derecho aplicable del CIADI.

41. Sobre la base de la información proporcionada en los laudos publicados, enumerados en la Nota al Pie No. 1 de la presente Resolución, queda claro que en ningún caso se designó a los experto(s) del tribunal⁷ sin el consenso de las partes o de la parte participante (el caso AMT c. Zaire, 1997, fue un caso de “no comparecencia” de la parte demandada). Ninguno de esos expertos fue designado en contra de la oposición manifiesta de ambas partes o de una de las partes. En algunas instancias, los laudos registraron expresamente el consentimiento de las partes a la designación (*i.e.* SOABI c. Senegal (1988), LG&E c. Argentina (2007)). En otros, la no oposición de las partes a la designación se infiere claramente de la información proporcionada en el laudo pertinente (*i.e.* LETCO c. Liberia (1986), Enron c. Argentina (2007), Sempra c. Argentina (2007)). En la mayoría de los casos, los tribunales arbitrales tomaron la iniciativa de proponerles a las partes la designación del/de los experto(s), aunque no siempre fue el caso (el caso SOABI c. Senegal). En la práctica hay otros casos no enumerados en la Nota al Pie No. 1 de la presente Resolución, en los cuales se consideró la designación de experto(s) del tribunal pero no se llegó a un acuerdo y, en última instancia, no se designó a ningún experto del tribunal⁸.

42. Finalmente, un punto de aclaración a fin de evitar posibles malos entendidos en vista del hecho de que los ejemplos en la Nota al Pie No. 1 de la presente Resolución son tomados del *Commentary to the ICSID Convention* del Profesor Christoph Schreuer. El Profesor Schreuer presentó pruebas orales ante el Tribunal de Arbitraje del CIADI en el caso *Wintershall c. Argentina* el día 15 de octubre de 2007 cuando se le formularon numerosas preguntas en el contrainterrogatorio, en su calidad de experto en derecho internacional de las Demandantes. Entre ellas, la pregunta general de si realmente creía que los Estados soberanos negociarían, suscribirían y ratificarían un TBI sin tomarse la molestia de considerar que es lo que se incluía en él. Con posterioridad a su respuesta a esa pregunta, el presidente del tribunal le formuló la siguiente pregunta específica: “P. ¿Quiere decir usted que los Estados negocian cláusulas sin sentido? (...) ¿Coincide conmigo? Tratándose de un reconocido jurista internacional, el Profesor Schreuer respondió a la pregunta con la siguiente respuesta aplicable a los tratados en general y, por lo tanto, al Convenio del CIADI en particular:

⁷ Se designó a más de un experto en casos tales como CMS c. Argentina y LG&E c. Argentina. En la mayoría de los casos, los designados fueron personas físicas, pero de manera similar tribunales arbitrales solicitaron una pericia a compañías o entidades como en Benvenuti y Bonfant c. Congo (1980) y LG&E c. Argentina.

⁸ Kilic c. Turkmenistán (2012) con relación a la cuestión de la designación de un experto traductor independiente; y Middle East Cement Shipping and Handling Co. S.A. c. República Árabe de Egipto (2002) respecto de la pericia de un experto valuador. Incluso para los “colaboradores” el consentimiento de las partes para la designación se registra en las decisiones y laudos (véase, por ejemplo, Decisión sobre la Solicitud de Anulación de la República Argentina en el caso Enron, párr. 12).

[...] a veces lo hacen, pero ello no significa que esos textos no deban tenerse en cuenta. Creo que, de todos modos, el texto del tratado debe tomarse en su tenor literal. No estoy recomendando clasificar las disposiciones de los tratados entre las que tienen sentido y las que carecen de sentido. La interpretación de los tratados debe partir del sentido ordinario de los términos, aunque no nos gusten [...]". (*Énfasis proporcionado*)⁹

43. Esta respuesta del Profesor Schreuer es totalmente de conformidad con las normas de interpretación de tratados de la Convención de Viena, así como su siguiente respuesta respecto al papel de la intención de las partes en la interpretación de los tratados, a saber, que: "la intención es pertinente en la medida en que esté expresada en las disposiciones del tratado; no en mayor ni menor medida"¹⁰. Es como consecuencia de la aplicación de las normas de Viena, interpretadas de este modo, a la interpretación del artículo 43 del Convenio del CIADI con respecto a la designación de experto(s) del Tribunal, que esta Opinión difiere de aquella que subyace a las conclusiones de la mayoría según se expresan en la presente Resolución.

(c) Conclusión

44. La decisión de la mayoría respecto de la designación del Dr. Wühler como único experto del Tribunal para preparar una Propuesta de Trabajo y, si fuera confirmado, para verificar la Base de datos presentada por las Demandantes *sin el consenso de ambas partes del caso, debido a la oposición manifiesta de la Demandada a dicha designación*, según se contempla en la presente Resolución, constituye en mi opinión, un acto violatorio del artículo 43 del Convenio del CIADI y la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

45. Además, ignora el mandato establecido en la Sección primera del artículo 44 del Convenio del CIADI de que *todo procedimiento de arbitraje CIADI* "deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección (Sección 3 del Convenio) y, *salvo acuerdo en contrario de las partes*, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje" (*énfasis agregado*).

II. Términos y condiciones de la pericia, procedimiento aplicable a las Pericias y Reglas de conducta y comunicaciones

46. Por los motivos enumerados *infra* objeto la solicitud realizada por las disposiciones de la presente Resolución (secciones D y F) para la elaboración de una "Propuesta de Trabajo" respecto de la pericia de verificación. Mi primera preocupación está relacionada con la fecha (23 de diciembre de 2012) en la cual se supone que el Dr. Wühler debe presentar al Tribunal de Arbitraje y a las Partes una "Propuesta de Trabajo detallada" (párr. 25 de la Presente Resolución).

47. Se trata de una fecha prematura teniendo en cuenta que dicho plazo, fijado por la Resolución Procesal N° 14 modificada, corresponde al plazo para la presentación por parte de la Demandada de su Memorial de Contestación en la Etapa 2. El trabajo de los expertos en la "Propuesta de Trabajo" no debería realizarse, en mi opinión, en el

⁹ Wintershall c. Argentina (Caso CIADI N° ARB/04/14), Laudo del 8 de diciembre de 2008, párr. 85.

¹⁰ *Ibidem* párr. 86.

intervalo entre la presentación del Memorial por parte de las Demandantes y la presentación del Memorial de Contestación por parte de la Demandada.

48. La información incluida en los primeros escritos de ambas Partes en la Etapa 2 no pueden sino incidir en la preparación de la “Propuesta de Trabajo”. Por ejemplo, según se establece en el párrafo 340 del Memorial de las Demandantes en la Etapa 2: “ En qué medida puede ser necesario o conveniente contar con agrupaciones es algo que se tornará más claro después de que cada Parte haya presentado su primer Memorial”. En lo que respecta a la propia pericia, los Demandantes reiteran en el punto (v) de su carta de fecha 18 de septiembre de 2012 que “sería más eficiente comenzar el proceso de verificación después de la presentación del Memorial de ambas Partes.”

49. En segundo lugar, me opongo, asimismo, a que conforme a la Resolución se proporcionarían determinados documentos confidenciales en virtud de la Resolución Procesal N° 3 al Dr. Wühler de modo que pueda evaluar la naturaleza y volumen de trabajo a realizar, sujeto únicamente a la advertencia de que el documento será utilizado exclusivamente por el Experto a los fines de preparar su “Propuesta de Trabajo” (párr. 24 de la presente Resolución).

50. En mi opinión, esto no constituye una garantía suficiente contra el posible uso indebido de dicha documentación por parte del Experto y/o sus colaboradores, si los hubiera, en particular, en el caso de que con posterioridad a la elaboración de la “Propuesta de Trabajo” su designación no fuera confirmada por el Tribunal. La sensibilidad demostrada por la mayoría del Tribunal respecto de cuestiones de confidencialidad no se manifiesta con la misma intensidad en el presente contexto.

51. En tercer lugar, objeto asimismo la Resolución porque la organización de la relación entre las Partes y el Experto durante la preparación de la “Propuesta de Trabajo” no es lo suficientemente clara. De acuerdo a los términos establecidos en la sección E (párr. 24 de la presente Resolución), parece que las Partes están autorizadas a presentar otros documentos e información al Experto en forma directa en virtud de las mismas normas que aquellas aplicables durante la propia Pericia (párrs. 31 y 32 de la Resolución). Sin embargo, las normas de conducta y comunicaciones de la sección F (párrs. 41-44) no incluyen referencia expresa alguna al párrafo sobre la preparación de la “Propuesta de Trabajo” (a saber, al párr. 24).

52. En mi opinión, cualquier tipo de comunicación entre las Partes y el Experto debería realizarse a través del Secretariado del Tribunal, que debería llevar un registro de todo lo que ingresa o egresa de las gestiones del Experto, durante la preparación de la “Propuesta de Trabajo” así como durante la “Verificación de la Base de datos”.

53. Por último, me opongo a las disposiciones de la Resolución respecto de la remuneración y gastos (párrs. 26-30) que exceden la remuneración que el Experto deberá percibir por el tiempo empleado con relación a la preparación de la Propuesta de Trabajo”. El remanente debería ser considerado y decidido por el Tribunal, en consulta con las Partes, después de la presentación por parte del Experto de la estimación solicitada del presupuesto detallado de sus honorarios y gastos en la “Propuesta de Trabajo” (párr. 23).

54. Tampoco acepto (sin perjuicio de otras aclaraciones) la aplicación realizada en el párrafo 28 de la presente Resolución Procesal de la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI a los gastos derivados de la designación de un “experto del Tribunal” sin el consenso de ambas Partes, como debería ser de acuerdo con el artículo 43 del Convenio CIADI.

III. Modificación de la Resolución Procesal N° 12

55. Me opongo a la modificación de la Resolución Procesal N° 12 llevada a cabo por la presente Resolución, porque su párrafo 47 continúa otorgando a las Demandantes, en determinadas situaciones hipotéticas, “una última oportunidad de contestar” por escrito con posterioridad a la presentación de la Dúplica de la Demandada. Esto se opone a la Regla 31 de las Reglas de Arbitraje del CIADI que rigen el procedimiento escrito, al principio de igualdad de las Partes en los procedimientos y a la lógica del método de presentación alternativa de escritos que se siguió hasta el momento en el presente caso.

56. En virtud del método de presentación alternativa de escritos, la Parte que presenta el primer escrito no puede ser -por definición- la que tenga la última oportunidad de contestar por escrito. Adicionalmente, la redacción de dicho párrafo 47 de la presente Resolución es de carácter discriminatorio porque no prevé un derecho de solicitud similar en favor de la Demandada en el supuesto de que, durante la “última oportunidad otorgada de contestar”, las Demandantes se excedan de la mera “contestación” a los argumentos de la Demandada en su Dúplica e incluyan nuevos argumentos, documentos u otro tipo de prueba.

Conclusión General

57. A la luz del desacuerdo existente entre las Partes, sobre la base del artículo 43 del Convenio del CIADI y la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, así como de las consideraciones y conclusiones relativas a las mismas de esta Opinión, objeto la presente Resolución Procesal N° 15 adoptada por la mayoría, por los siguientes cinco motivos fundamentales:

(1) En primer lugar, considero que, sin el consenso de las Partes, el Tribunal de Arbitraje, conforme al artículo 43 del Convenio del CIADI y a la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, carece de la competencia necesaria para designar al Dr. Wühler como único Experto del Tribunal para las tareas que se le asignan en virtud de la presente Resolución;

(2) En segundo lugar, incluso si contrariamente a mi convicción, el Tribunal de Arbitraje fuera competente respecto de la materia, no puedo sino continuar objetando la presente Resolución porque la oposición de la Demandada a la designación del Dr. Wühler como único Experto del Tribunal hace aún más necesaria, en el interés general de la confiabilidad en la conducción y resultado de la Propuesta de Trabajo y, finalmente, de la Verificación de la Base de Datos, la designación de más de un experto del tribunal;

(3) En tercer lugar, objeto asimismo la presente Resolución porque sin el consenso de ambas Partes a la designación por parte del Tribunal de su propio experto o

expertos, los gastos incurridos por este no parecen constituir, sobre la base de la información a mi disposición, “gastos incurridos por las partes” dentro del sentido del artículo 61(2) del Convenio del CIADI leído en forma conjunta con la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje del CIADI;

4) En cuarto lugar, objeto de manera similar la presente Resolución por sus defectos en el tratamiento de puntos específicos indicados en los párrafos 46 a 54 de esta Resolución en lo que concierne a los Términos y Condiciones de la Pericia, Procedimiento Aplicable y Normas de Conducta y Comunicaciones; y

5) Por último, objeto la presente Resolución porque la modificación de la Resolución Procesal N° 14 sigue sin respetar la Regla 31 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, ni el principio de igualdad de las Partes en los procedimientos, ni la lógica del método de escritos alternativos aplicado hasta el momento en el presente caso.

Firmado por:

Santiago Torres Bernárdez