

V. Opinión Concurrente del Sr. J Christopher Thomas QC

1. Las cuestiones planteadas por la naturaleza de multiplicidad de partes del procedimiento me han resultado muy difíciles, pero, al final, he adherido al curso trazado por el Tribunal. Ante la situación en que todos los Demandantes habrían tenido *prima facie* un fundamento para invocar el TBI si hubieran planteado sus reclamos en forma individual, la cuestión presentada ante el Tribunal ha consistido en determinar si el hecho de que entablaran una única acción colectiva sin el consentimiento de la Demandada modifica fundamentalmente la naturaleza de los reclamos de modo de privar al Tribunal de la jurisdicción para entender en ellos.

2. El Tribunal ha concluido que si de hecho se le plantea una “única controversia”, se encuentra dentro del consentimiento escrito de las Partes requerido por el Artículo 25 del Convenio; el Tribunal no advierte ningún requisito adicional a efectos del consentimiento especial¹⁷². Los reclamos se consideran una única controversia dentro de la jurisdicción del Tribunal o no. No sin cierto recelo, he llegado a coincidir con esta decisión.

3. En primer lugar, en mi opinión, el Convenio CIADI puede servir de sustento para el arbitraje de múltiples partes. Durante la Tercera Reunión Anual del Consejo Administrativo CIADI, en 1969, el entonces Secretario General, Aron Broches, analizó la intención del Secretariado de desarrollar reglas y procedimientos destinados a tales arbitrajes¹⁷³. El objetivo pretendido consistía en redactar modelos de “Cláusulas de Consentimiento Especiales” y considerar qué “Regulaciones y Reglas especiales” podrían ser necesarias para los arbitrajes de múltiples partes del CIADI¹⁷⁴.

4. Si bien el Sr. Broches realizó estos comentarios en vista del arbitraje contractual y no del arbitraje en virtud de un tratado, ellos dan cuenta de la opinión según la cual el Convenio tiene una redacción suficientemente amplia como para poder comprender este tipo de arbitraje, y, según mi interpretación del Convenio, esto es así. También indican su opinión, al menos, de que se necesitarían cláusulas de consentimiento especiales y, quizá, regulaciones y reglas especiales para que el Convenio le brinde un apoyo adecuado a dichos procedimientos¹⁷⁵. Sin embargo, al final, el Consejo Administrativo del CIADI no desarrolló ni aprobó ninguna cláusula, regulación o regla de tal naturaleza, y, desde los comienzos del

¹⁷² Decisión, párrafos 280-292.

¹⁷³ Tal como destacara el Tribunal en el párrafo 271 de la Decisión.

¹⁷⁴ Discurso de A. BROCHES, Secretario General, a la Tercera Reunión Anual del Consejo Administrativo CIADI (29 de septiembre de 1969): “...como observé en nuestra reunión del año pasado, muchos importantes arreglos internacionales en materia de inversión involucran a más de sólo dos partes, y, para ellas, sería conveniente insertar en los acuerdos relacionados disposiciones destinadas a la resolución de controversias entre múltiples partes. En ese momento, sugerí que podría ser de utilidad promulgar Regulaciones y Reglas especiales en aras de facilitar dichos procedimientos, pero, mientras este Consejo aún no ha adoptado una medida semejante, estamos formulando un conjunto de Cláusulas de Consentimiento Especiales que las partes podrían insertar en los contratos en materia de inversión entre múltiples partes” [Traducción del Tribunal].

¹⁷⁵ Soy consciente de que las declaraciones del Secretario General no encuadran en las fuentes interpretativas habituales establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. No obstante, debe admitirse el rol trascendental que el Sr. Broches desempeñó en la concepción y el desarrollo del Convenio. A sus opiniones debe otorgársele una importancia particular.

arbitraje CIADI, las diversas iteraciones de las Reglas de Arbitraje CIADI no se han apartado de lo que me parece un supuesto de las controversias bilaterales.

5. Desde entonces, diversos tribunales CIADI han considerado reclamos planteados por más de una parte demandante; tal como resaltara el Tribunal, la mayoría de estos reclamos se tramitaron sobre la base del fundamento según el cual los codemandantes tenían intereses diferentes en el mismo vehículo de inversión¹⁷⁶.

6. La posibilidad de someter a arbitraje controversias de múltiples partes en virtud de tratados de inversión no surgió hasta inicios de la década del noventa. Entonces, partiendo del TLCAN, pares y agrupaciones de Estados comenzaron a considerar la posibilidad de que distintas partes con cuestiones comunes de hecho y/o de derecho plantearan múltiples reclamos mediante la inclusión de disposiciones en materia de acumulación en sus tratados. Dichas disposiciones permiten que cualquier parte (una de entre una serie de demandantes o una parte demandada) solicite a un “tribunal de acumulación” la acumulación de reclamos separados que tengan cuestiones comunes de hecho y/o de derecho¹⁷⁷. En función del ejemplo del TLCAN, muchos Estados han incluido posteriormente disposiciones en materia de acumulación en sus tratados¹⁷⁸. La propia existencia de disposiciones en materia de acumulación reconoce que las características comunes entre los reclamos en virtud de un tratado pueden ser tan fuertes como para justificar que se las considere conjuntamente en todo o en parte y que esto puede exigir la

¹⁷⁶ Decisión, párrafo 285.

¹⁷⁷ Artículo 1126 del TLCAN, Acumulación de Procedimientos.

¹⁷⁸ Desde entonces, disposiciones en materia de acumulación similares al Artículo 1126 del TLCAN en muchos tratados bilaterales de inversión y tratados de libre comercio celebrados por cada una de las Partes en el TLCAN han sido negociadas con otros Estados Contratantes del CIADI y adoptadas por otros Estados ajenos al TLCAN en su práctica de redacción de tratados. Estados tan diversos como Alemania, Australia, Austria, Belarús, Bélgica, Brunei, Chile, China, Corea, Costa Rica, El Salvador, Eslovaquia, las Filipinas, Guatemala, Honduras, India, Islandia, Italia, Japón, Jordania, Malasia, Marruecos, Nicaragua, Nueva Zelanda, Omán, los Países Bajos, Panamá, Perú, el Reino Unido, la República Dominicana, Rwanda, Singapur, Suecia, Suiza, Tailandia y Uruguay han celebrado tratados de inversión que contienen disposiciones en materia de acumulación. Por ejemplo, Estados Unidos ha incluido la facultad conferida al tribunal acumular procedimientos en tratados de libre comercio posteriores con capítulos en materia de inversión, tales como el CAFTA-DR, Chile, Corea, Jordania, Marruecos, Omán, Panamá, Perú y Singapur. Todos se encuentran disponibles en: <http://www.ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>. Véase también el Artículo 33 del Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de los EE. UU. de 2012. Para la proliferación de cláusulas de acumulación, denominadas indistintamente "Acumulación" o "Acumulación de Múltiples Reclamos" en los tratados de México, véanse diversos tratados bilaterales de inversión celebrados por México con distintos miembros de la Unión Europea y otros Estados como: Australia, China, Corea, India, Islandia y Suiza. Todos se encuentran disponibles en: http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch_779.aspx. Del mismo modo, Canadá ha celebrado una serie de Tratados de Protección de Inversiones Extranjeras (*FIPA*, por sus siglas en inglés) y tratados de libre comercio posteriores al TLCAN que efectivamente preveían la acumulación de reclamos. Estos pueden encontrarse en <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/fipa-apie/index.aspx?view=d>. El Tratado de Inversión Comprensivo ASEAN también incluye una disposición en materia de acumulación al igual que el Acuerdo que establece el Tratado de Libre Comercio ASEAN-Australia-Nueva Zelanda (<http://www.asean.fta.govt.nz/>). La lista precedente de Estados Contratantes del CIADI que han acordado disposiciones en materia de acumulación en tratados recientes no pretende ser taxativa.

acumulación forzosa de reclamos separados a pesar de la objeción de una o más partes contendientes¹⁷⁹.

7. Dicho proceso contiene características procesales importantes. Todas las partes – demandantes y demandados por igual – pueden realizar presentaciones ante un tribunal en favor o en contra de la acumulación. Esto establece un equilibrio, reconoce la igualdad entre las partes y tiene en cuenta los intereses de todas las partes. En otras palabras, ninguna parte tiene una opinión dominante en cuanto a si los reclamos serán acumulados, puesto que la determinación está en manos del tribunal. Decidirá si los reclamos procederán en forma separada o conjunta, en todo o en parte. (En esencia, decide si hay una “única controversia” en el sentido utilizado por este Tribunal¹⁸⁰).

8. Sin embargo, hay muchos tratados – incluido el Tratado que rige la presente controversia – que carecen de una disposición semejante, con la consecuencia de que, ante la decisión de uno de los lados de plantear los reclamos en forma colectiva, retrotraen a las partes y los tribunales a los primeros principios.

9. En mi opinión, los Demandantes han “autoacumulado” sus reclamos individuales con eficacia al plantearlos como un reclamo colectivo. Tal como se observara en el párrafo 284 de la Decisión, en el marco del Arbitraje que nos ocupa, no existen conjuntos de procedimientos paralelos separados, “sino sólo un único procedimiento incoado contra la

¹⁷⁹ En un Trabajo de Análisis preparado para la CNUDMI por Jan Paulsson y Georgios Petrochilos, cuando la CNUDMI lanzó el proceso de revisión de su Reglamento de Arbitraje de 1976, el Artículo 1126 del TLCAN fue descrito como “notablemente amplio” [Traducción del Tribunal] al llegar tan lejos como para permitir la acumulación incluso cuando las partes no son las mismas y permitir que la acumulación proceda a pesar de las objeciones de las partes demandantes. Véase “Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules”, Informe de Jan Paulsson y Georgios Petrochilos, Freshfields Bruckhaus Deringer, Paris, párrafo 126 y nota al pie 138. Disponible en: http://www.uncitral.org/pdf/spanish/tac/events/hond07/arbrules_report.pdf. La descripción de los autores es una muestra de cuán radicalmente diferente era la disposición en materia de acumulación con base en un tratado de las prácticas existentes del arbitraje comercial internacional. En los términos del Reglamento CNUDMI 1976 al momento del proceso de revisión, “la acumulación sólo es posible cuando las partes lo acuerdan expresamente”. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Grupo de Trabajo II (Arbitraje), Solución de controversias comerciales: Revisión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, U.N. Doc. A/CN.9/WG.II/WP. 143 (20 de julio de 2006), párrafo 68. (A RA 301.) El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010 continúa destacando el rol central del consentimiento de las partes. Garth Schofield en “The 2010 UNCITRAL Arbitration Rules: Changes and Implications for Practice”, pág. 5. Disponible en: <http://www2.americanbar.org/calendar/section-of-international-law-2011-spring-meeting/Documents/Friday/Changing%20the%20Rules/THE%202010%20UNCITRAL%20ARBITRATION%20RULES.pdf>, observó que el Reglamento CNUDMI 2010 prevé expresamente la acumulación de terceros, con la condición de que cualquiera de dichas partes adicionales fuera también parte en el acuerdo de arbitraje subyacente, pero no incorporó propuestas más amplias, incluida la acumulación no consensuada de partes que no sean parte en el acuerdo de arbitraje original ni la acumulación de arbitrajes relacionados que surjan en virtud de instrumentos diferentes.

¹⁸⁰ *En la materia relativa al: Tratado de Libre Comercio de América del Norte; y en el asunto sobre: Solicitud de los Estados Unidos Mexicanos de Acumulación de las reclamaciones en: Corn Products International, c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CLADI N.º ARB (AF)/04/1) y Archer Daniels Midland Company y Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos (Caso CLADI N.º ARB(AF)/04/5)*, disponible en: <http://italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0242.pdf>; *Canfor Corporation c. Estados Unidos de América y Tembec et al c. Estados Unidos de América y Terminal Forest Products Ltd. c. Estados Unidos de América*, Resolución del Tribunal de Acumulación, disponible en: <http://www.state.gov/documents/organization/53113.pdf>.

misma Demandada por un grupo múltiple de Demandantes”. La lógica y el atractivo de este enfoque desde la perspectiva de los Demandantes puede entenderse completamente dadas las cuestiones de hecho y de derecho que es evidente que sus reclamos comparten (por ejemplo, su adquisición de títulos de deuda derivados de bonos emitidos por la República Argentina, el hecho del *default* de la deuda soberana y la sanción de la Ley Cerrojo), así como las ventajas en materia de costas y eficiencia que derivan de un proceso de tal naturaleza. Tenía la ventaja adicional de plantearle a la Demandada un *fait accompli* (o más precisamente, a la luz de la Decisión del Tribunal, algo similar a un *fait accompli*) respecto del desarrollo del procedimiento como colectivo a pesar de las excepciones opuestas con vehemencia por la Demandada.

10. Como el Tribunal ha señalado, en casos como *Canadian Cattlemen y Bayview*, las partes demandadas insistían en que (en ausencia de una solicitud formal ante el tribunal de acumulación) tenían que prestar su consentimiento a la acumulación de los reclamos individuales que se pretendía que se analizaran conjuntamente¹⁸¹. Por lo tanto, en la práctica, como el Tribunal ha reconocido, hay ejemplos de partes demandadas que insisten en su supuesto derecho al consentimiento a que el tribunal entienda en sus reclamos individuales en forma colectiva (y esto reitera el comentario del Sr. Broches acerca de la necesidad de contar con una Cláusula de Consentimiento Especial a efectos de los arbitrajes CIADI de múltiples partes). Esto se debe al hecho de que es posible que el hecho de proceder al registro de un grupo de reclamos individuales como un único procedimiento tenga un impacto positivo y negativo en la capacidad de cada Parte de plantear su postura.

11. En ausencia de una disposición en materia de acumulación, el Tribunal ha abordado la cuestión del siguiente modo. Luego de haber advertido que hay sólo un único procedimiento iniciado en contra de la misma Demandada por un grupo múltiple de Demandantes, comenta lo siguiente: “Si, de todos modos, la acumulación, o alternativamente consolidación, no fuera admisible como medida unilateral por un grupo de demandantes en arbitrajes separados pero paralelos, surge inevitablemente la siguiente interrogante: ¿de qué manera es la posición diferente si la agrupación se lleva a cabo de antemano, es decir, en la etapa de inicio del procedimiento de arbitraje a iniciativa unilateral de un número de demandantes individuales?”¹⁸². El Tribunal ha respondido a esta pregunta al sostener, en los párrafos 292-294, que un número de demandantes individuales puede tener la iniciativa unilateral de plantear sus reclamos en forma conjunta si existe una única controversia entre los demandantes y la parte demandada.

12. En mi opinión, la búsqueda por parte del Tribunal de la existencia de una única controversia cuando, por un lado, todos los Demandantes han sentido el efecto de las medidas de la Demandada, pero, por el otro, han adquirido títulos de deuda diferentes en emisiones de bonos diferentes en momentos diferentes y en circunstancias diferentes, representa la mejor solución posible en vista de las circunstancias imperantes, teniendo en cuenta lo siguiente: (i) la ausencia de una cláusula de consentimiento especial y de reglas y procedimientos especiales en materia de arbitrajes CIADI de múltiples partes; (ii) la ausencia de una disposición en materia de acumulación en el Tratado; y (iii) los preceptos fundamentales del arbitraje CIADI (a saber, igualdad de armas y oportunidad plena de

¹⁸¹ Decisión, párrafos 285, 288.

¹⁸² Decisión, párrafo 284.

plantear la propia postura). En el caso de que el Tribunal encuentre una controversia semejante, habrá consentimiento al arbitraje de múltiples partes que nos ocupa.

13. Esto conduce a mi última reflexión, que consiste en subrayar la constancia que deja el Tribunal en el párrafo 294 de la necesidad de que haya suficientes pruebas propias de las Partes en el expediente a fin de convencerse de la existencia o no de un única controversia y de garantizar que todas las partes tengan la oportunidad plena de plantear sus respectivas posturas. En mi opinión, esto es de vital importancia para la correcta administración de justicia en este caso.

[FIRMADO]

J. Christopher Thomas QC