

Declaración adjunta al Laudo del Árbitro Santiago Torres Bernárdez

El objeto de la presente Declaración consta de una explicación y una reserva. La explicación de voto concierne mi aceptación de la solicitud de las Partes al Tribunal de poner término al caso de conformidad con la Regla 43(2) de las Reglas de Arbitraje CIADI. La reserva se relaciona con el Laudo. Suscribí el Laudo porque voté a favor de su parte operativa, pero introduzco una reserva con respecto a la sección de sus motivos titulada “Antecedentes Procesales” en tanto el relato de los hechos contenidos en dicha sección es incompleto.

1. La explicación

1. La Regla 43 de las Reglas de Arbitraje CIADI titulada “Avenencia y Terminación” prevé dos maneras procesales para poner término a un caso antes de que el laudo sea emitido por el tribunal de arbitraje correspondiente dependiendo de si las partes han solicitado o no que incorpore dicho avenimiento en un laudo del tribunal. En el supuesto de que las partes no realicen dicha solicitud, el tribunal se encuentra obligado a dictar una resolución que deje constancia de la terminación del caso según lo dispuesto por la Regla 43(1) de las Reglas de Arbitraje CIADI. Eso es todo.

2. Pero si las Partes le solicitan al tribunal que incorpore su avenimiento en un laudo como una forma de terminación, el tribunal no se encuentra obligado con arreglo a la Regla 43(2) de las Reglas de Arbitraje CIADI a cumplir con la solicitud. Tal como se prevé en esta disposición, “Si las partes [...] solicitan por escrito al Tribunal que incorpore dicho avenimiento en un laudo, el Tribunal *podrá* hacerlo” y, por lo tanto, podrá decidir en un caso dado no acceder a la solicitud debido a consideraciones jurisdiccionales, de conveniencia u otro tipo de consideraciones, aunque las partes hayan cumplido con las condiciones de presentar su solicitud por escrito junto con el texto completo de su avenimiento debidamente firmado. En esta última hipótesis sería necesario que la terminación solicitada se declare por otros medios dejando constancia de ella en una resolución del tribunal, en tanto el derecho de las partes, actuando en forma conjunta, de poner término a su caso - antes de que se dicte el laudo al respecto - constituye, en virtud de la Regla 43 de las Reglas de Arbitraje CIADI un derecho procesal incuestionable de las partes.

3. En su petición de 7 de octubre de 2016, las Partes informaron al Tribunal, entre otras cosas, que, como consecuencia de negociaciones, el 21 de abril de 2016 suscribieron un Acuerdo de Solución conforme al cual

(i) resolvieron plenamente su controversia, (ii) acordaron dar por finalizado el procedimiento de Arbitraje, y otras obligaciones pendientes, y (iii) acordaron solicitar conjuntamente al Tribunal que incorpore el acuerdo en la forma de un Laudo Consensuado público. Junto con su petición, las Partes le proporcionaron al Tribunal el texto completo firmado de su Acuerdo de Solución y el borrador de un propuesto Laudo Consensuado.

4. Por lo tanto, las Partes solicitaron al Tribunal que pusiera término al presente arbitraje mediante la adopción de la forma de terminación establecida en la Regla 43(2) de las Reglas de Arbitraje CIADI, forma que, tal como se menciona *supra*, el Tribunal podrá otorgar o no otorgar a la luz de las circunstancias particulares del caso. Una de esas circunstancias es que la petición de las Partes de fecha 7 de octubre de 2016 establecía la siguiente importante reserva legal:

“A los fines de evitar cualquier duda, tanto el Acuerdo de Solución como el Laudo Consensuado, sus términos y disposiciones se formularon y acordaron sin ninguna admisión de las Partes de la jurisdicción CIADI ni de la responsabilidad internacional y no constituyen ni deben ser entendidos y/o interpretados por las Partes como un reconocimiento de dolo o responsabilidad internacional por parte de cualquiera de las Partes.”

5. Esta reserva legal - incorporada ahora en el párrafo (pp) del Laudo Consensuado del presente Tribunal - ha sido determinante en la decisión de este árbitro de acceder a la solicitud escrita de las Partes de poner término al caso de conformidad con la Regla 43(2) de las Reglas de Arbitraje CIADI. Sin esa reserva legal, habría tenido que rechazar dicha solicitud tanto por razones jurisdiccionales, como por razones de corrección ética personales.

6. En efecto, en lo que se refiere a la jurisdicción, es de dominio público (véase mi Opinión Disidente del año 2013 en el caso CIADI *Ambiente Ufficio*) que comparto la conclusión de la Opinión Disidente del Árbitro Abi-Saab en la primera fase del presente caso en la cual – en contraposición a la Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad de la mayoría – el Profesor Abi-Saab llegó a la conclusión de la ausencia de jurisdicción del Tribunal para entender del presente caso. En lo que respecta a las razones de corrección ética personales es un hecho que, como miembro del Tribunal en la fase de fondo del caso, he participado plenamente en la deliberación del Tribunal llegando, entonces, en consciencia, a conclusiones legales tanto sobre las cuestiones de jurisdicción *ratione personae* pendientes como de las cuestiones principales respecto del fondo del caso (véase, Decisión de la mayoría del

año 2011, párrafo 670) sobre la base del derecho aplicable a la disputa, los escritos de las Partes y los elementos de prueba proporcionados por cada una de ellas. Sin la reserva legal *supra*, habría tenido que apoyar la proposición de que el Tribunal simplemente dejara constancia de la terminación del procedimiento de conformidad con la Regla 43(1) de las Reglas de Arbitraje CIADI.

7. Sin embargo, mis consideraciones jurisdiccionales y de corrección ética arriba mencionadas no constituyen para nada un obstáculo para que acceda a la solicitud conjunta de poner término al caso de conformidad con la Regla 43(2) de las Reglas de Arbitraje CIADI desde el momento en que las Partes declaran - en la reserva comentada - que su Acuerdo de Solución y borrador del Laudo Consensuado y sus términos y disposiciones se formalizan y acuerdan sin admisión alguna de la jurisdicción del CIADI y la responsabilidad internacional de cualquiera de las Partes, y no es, y no deberá ser presentada o interpretada de otra manera. En otras palabras, adhiero a la solicitud de las Partes respecto de la forma de terminación del presente caso porque, tal como lo explicaran las propias Partes en su reserva legal, su Acuerdo de Solución y borrador del Laudo Consensuado se basan en consideraciones *ajenas* al derecho aplicable a la disputa tal como fue iniciada.

2. La reserva

8. Como se indicara *supra*, suscribí el presente Laudo Consensuado del Tribunal porque voté a favor de su parte operativa, y, por lo tanto, el Presente Laudo ha sido adoptado en su conjunto por unanimidad del Tribunal. En lo que respecta a los motivos en los que se basa el Laudo, respaldé asimismo la sección titulada “Conciliación” aunque introduje, como ya mencionara, una reserva con respecto a la sección titulada “Antecedentes Procesales” ya que, en mi opinión, el relato de los hechos contenidos en esa sección no es tan completo como debería serlo.

9. En este contexto, comenzaré recordando que la Regla 43(2) de las Reglas de Arbitraje CIADI menciona tres instrumentos, a saber, el avenimiento de las Partes, su solicitud por escrito y el laudo del Tribunal. El Tribunal no puede revisar en ningún respecto la Avenencia ni la Solicitud Escrita de las Partes. Pero, el Tribunal es el dueño del texto del Laudo en tanto se trata de su propio Laudo. Tal como se establece en la Regla 43(2) de las Reglas de Arbitraje CIADI: “Si las Partes [...] solicitan por escrito al Tribunal que incorpore dicho avenimiento en *un laudo*, el Tribunal podrá hacerlo” (la cursiva es mía). Por consiguiente, si el Tribunal accede a la Solicitud por Escrito de las Partes, puede revisar o completar el

texto de cualquier Laudo Consensuado que las Partes pudieran haber proporcionado, tal como sucedió en el presente caso. Las Partes parecen tener una visión similar ya que califican a su borrador del Laudo Consensuado como una “propuesta”.

10. Sin embargo, no logré convencer a mis co-árbitros de completar los elementos de hecho omitidos en la sección del presente Laudo Consensuado titulada “Antecedentes Procesales”. No obstante, estos elementos de hecho constituyen una parte integral de la realidad del procedimiento de arbitraje del *Caso Abaclat* cuya integridad y transparencia en su conjunto deberían, en mi opinión, preservarse y quedar recogidas en el presente Laudo del Tribunal.

11. La brecha temporal existente en dichos “Antecedentes Procesales” del presente Laudo Consensuado afectan a un período amplio que se extiende desde el 12 de noviembre de 2014 (véase, párrafo (hh) del presente Laudo Consensuado) hasta la recepción por parte del Tribunal, el 21 de marzo de 2016, de una carta conjunta de las Partes, del mes marzo de 2016, que solicitaba la suspensión del procedimiento de arbitraje por un lapso de 120 días, suspensión que fue concedida a la luz del Acuerdo en Principio celebrado por TFA y la República Argentina el día 31 de enero de 2016. El 26 de agosto de 2016 los Demandantes y el 22 de setiembre la República Argentina informaron al tribunal del arreglo de la disputa y de su intención de solicitar la terminación del procedimiento en el Caso. Con posterioridad a esa fecha, el día 7 de octubre de 2016, las Partes informaron conjuntamente al Tribunal en debida forma que el día 21 de abril de 2016 habían suscrito un Acuerdo de Solución que resolvía la totalidad de la disputa ante el Tribunal de Arbitraje y solicitaban la terminación del presente *Caso Abaclat* según se describe *supra* en el párrafo 3 de la presente Declaración.

12. Esa brecha temporal en dichos “Antecedentes Procesales” corresponde principalmente a la parte del procedimiento relativa a la “preparación” por parte del propio Tribunal, con arreglo a la Regla 46 de las Reglas de Arbitraje CIADI, del Laudo sobre la controversia entre las Partes, noción que abarca las tres etapas clásicas de la redacción de un laudo: “estudio de la documentación”, “deliberación” y “redacción de un borrador del Laudo”. En el presente caso, este período temporal comenzó como de costumbre al término de la Audiencia que cerró el procedimiento oral sobre el Fondo el 24 de junio de 2014 (véase, párrafo (cc) del presente Laudo) y finalizó el 7 de octubre de 2016 cuando las Partes solicitaron conjuntamente al Tribunal que ponga término al *Caso Abaclat* tal como se indicara *supra*. Por lo tanto, el período de tiempo del que dispuso el Tribunal en el presente caso para

dictar su Laudo en la controversia *Abaclat* se extendió desde el 24 de junio de 2014 hasta el 7 de octubre de 2016 (menos los 120 días en los cuales el procedimiento estuvo suspendido).

13. En los meses que siguieron al cierre de la Audiencia, el Tribunal comenzó su tarea, como es habitual en la práctica de arbitraje interna del CIADI, mediante el análisis de las actas de la Audiencia y los escritos posteriores a la audiencia de las Partes y demás documentos presentados por ellas, seguido por celebración de la deliberación del Tribunal. Una vez concluida la deliberación, el Tribunal comenzó, como también es habitual en dicha práctica del CIADI, la tarea de elaborar el borrador del Laudo, pero fue incapaz de dictar el Laudo con anterioridad al mes de marzo de 2016 cuando las Partes solicitaron la suspensión del procedimiento o con anterioridad al día 7 de octubre de 2016 cuando solicitaron conjuntamente la terminación del Caso *Abaclat*. Esto no es habitual en los procedimientos de arbitraje del CIADI. Refleja un fracaso evidente, a saber, el fracaso del Tribunal en cumplir la tarea de emitir su Laudo arbitral en la controversia *Abaclat* dentro de un período de tiempo razonable de conformidad con el Convenio y las Reglas de Arbitraje CIADI. De no ser así, hubiera sido legalmente imposible suspender el procedimiento en el mes de marzo de 2016 y, posteriormente, poner término al caso en el mes de octubre de 2016, ya que los derechos procesales de las Partes en virtud de la Regla 43 de las Reglas de Arbitraje CIADI operan, naturalmente, sólo *con anterioridad a la emisión del laudo sobre la disputa*.

14. La ausencia en el presente Laudo de referencias a eventos secuenciales relativos a la tarea del Tribunal se añade a dicho fracaso, debido a mi convicción de la necesidad de que en la práctica el arbitraje implemente principios básicos que constituyen a su vez manifestaciones del principio fundamental de la buena administración de la justicia por los tribunales arbitrales internacionales y, en particular, el corolario de que una justicia tardía constituye una justicia denegada.

15. Soy el primero en sostener el derecho de las Partes a resolver sus diferencias mediante consultas directas, negociaciones o conciliación, así como su derecho a realizar esas consultas, negociaciones o conciliación en paralelo a posibles procedimientos judiciales, arbitrales o de conciliación mediante un tercero. Tal como ha recordado la CIJ en diversas ocasiones, el procedimiento por vía judicial, de arbitraje o conciliación por terceros del arreglo de diferencias no es más que un sustituto del fracaso de las partes de resolver la diferencia correspondiente por mutuo acuerdo.

16. Sin embargo, esto no significa en absoluto que los *procedimientos* de cada uno de esos medios diferentes de arreglo sean susceptibles de combinarse unos con otros sin desnaturalizarse. Si eso ocurriera, se volvería menos evidente la utilidad para las partes de poder recurrir a instituciones judiciales, de arbitraje o de conciliación internacionales. Cada uno de esos medios alternativos podría perder su presente condición de *medio autónomo* regido por normas particulares y, por lo tanto, socavarse así la confianza de las partes en la resolución de controversias internacionales por terceros.

Firmado: Santiago Torres Bernárdez

Diciembre 15, 2016