

De las cortes medievales de equidad a los Tribunales CIADI de inversión: innovación judicial, acciones colectivas y consentimiento al arbitraje

ORLANDO F. CABRERA*

...casi me he determinado dejarlo al silencio; pero como éste es cosa negativa, aunque explica mucho con el énfasis de no explicar, es necesario ponerle algún breve rótulo para que se entienda lo que se pretende que el silencio diga y si no, dirá nada el silencio, porque ése es su propio oficio: decir nada.

SOR JUANA INÉS DE LA CRUZ, *Respuesta a Sor Filotea*, 1691.

I. Introducción

El arbitraje de controversias colectivas¹ es un sistema para la solución de controversias masivas que permanece casi intocado fuera de los Estados Unidos de América y España.² Existen escasos reglamentos de arbitraje específicamente diseñados para la solución de disputas colectivas.³ Además, los ejemplos de

1 Los vocablos “acción colectiva”, “reclamación de masa” y “arbitraje colectivo” son usados en el presente artículo como términos neutros, sin apego a una jurisdicción específica y más apropiados para el desarrollo de estos procedimientos en derecho internacional. Cabe precisar que el término “acción de clase” está fuertemente arraigado en el idioma inglés; por tanto, “acción colectiva” y “acción de clase” pueden ser usados indistintamente cuando sea necesario. Ver Antonio Gidi, “Class Actions in Brazil – A Model for Civil Law Countries”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, 2003; p. 334-335. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=903188>

2 Véase “*Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*”, artículos 56-62.

3 *Cfr.* AAA Supplementary Rules for Class Arbitrations, JAMS Class Arbitration Procedures, NAF Class Arbitration Procedures, y DIS-Supplementary Rules for Corporate Law Disputes.

reclamaciones colectivas en el derecho internacional, ya sea en los sistemas judiciales, cuasi-judiciales o arbitrales son muy poco conocidos.

Recientemente, el Tribunal Arbitral en el caso de *Abaclat y Otros vs. República Argentina*⁴ (“*Abaclat*”) emitió por mayoría una Decisión sobre Competencia y Admisibilidad (“Decisión”) que constituye el primer caso CIADI que plantea la pregunta si es posible tratar reclamaciones colectivas en el arbitraje de inversión. Dicha Decisión fue cuestionada fuertemente por la Opinión Disidente (“Opinión”) del Profesor Georges Abi-Saab,⁵ en la cual discutió varias cuestiones relativas a la competencia arbitral. Existe duda si el arbitraje bajo el Convenio CIADI, las Reglas de Arbitraje del CIADI (“Marco CIADI”) y las disposiciones del TBI Argentina-Italia (“TBI”) pueden resolver controversias colectivas, ya que el Marco CIADI no contiene referencia alguna a los procedimientos colectivos como una forma posible de arbitraje.

La disyuntiva sobre la posibilidad de tratar controversias colectivas a la luz del Marco CIADI y las distintas disposiciones del TBI es importante, ya que hay noticias que una firma alemana de abogados está preparando una demanda colectiva contra Grecia en nombre de los tenedores de bonos griegos que se han visto obligados a formar parte de un canje de deuda de €206 mil millones, siendo la mayor reestructuración soberana en la historia, misma que se considera equivalente a una expropiación bajo el TBI Alemania-Grecia.⁶

¿Pueden los inversionistas presentar demandas colectivas bajo el Marco CIADI y las disposiciones del TBI? ¿Hasta dónde puede interpretarse el consentimiento? ¿Cuáles son los límites para la interpretación del consentimiento y los tratados? ¿Cómo se debe interpretar el silencio del Convenio CIADI? ¿Es necesario un “consentimiento secundario” dentro del Marco CIADI existente? ¿Cuándo estamos frente a un caso inadecuado para ser tratado como un proceso colectivo? Estas cuestiones serán tratadas en este artículo.

Como se verá, a partir de los hechos y la experiencia adquirida en el caso *Abaclat*, el Marco CIADI vigente y las disposiciones del TBI parecen estar poco diseñadas para el tratamiento de las acciones colectivas y no pueden ocuparse

4 *Abaclat y Otros vs. República Argentina*, (Caso CIADI No. ARB/07/5) Decisión sobre Competencia y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011.

5 *Abaclat y Otros vs. República Argentina*, (CIADI Caso No. ARB/07/5) Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, Opinión Disidente, 28 de octubre de 2011.

6 James Wilson y Gerrit Wiesmann, “Germans seek lawsuits over Greek debt swap.” *Financial Times*, 12 de marzo de 2012. Disponible en: <http://www.ft.com/intl/cms/s/0/79ed422c-6c67-11e1-bd0c-00144feab49a.html#axzz1wsOV7Gy4>. Al día de hoy sabemos que un banco de Eslovaquia y un accionista han iniciado un procedimiento CIADI relativo a la reestructura de deuda soberana griega; sin embargo, la solicitud de arbitraje no es pública. *Cfr. Poštová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic* (ICSID Case No. ARB/13/8).

adecuadamente de los procedimientos colectivos. Sin embargo, se puede llegar a diferentes conclusiones tratándose de otras reglas de arbitraje y otros tratados bilaterales de inversión.

Este artículo se concentrará en la “acción colectiva” desarrollada bajo el Marco CIADI y las disposiciones derivadas del TBI en el caso *Abaclat*; por lo que se presentan algunas observaciones sobre la manera en que el Marco CIADI y las disposiciones del TBI fueron aprovechadas para desarrollar una reclamación colectiva. Las conclusiones se construirán sustentándose en estos principios. Este artículo no tratará otros temas del arbitraje de inversión, a no ser que estén relacionados con el objeto de estudio.

Hoy en día, nadie duda que el estudio sistemático del derecho comparado desempeña funciones vitales, tomando en cuenta que la ciencia del derecho incluye no solo las técnicas de interpretación, sino también el desarrollo de modelos con el fin de prevenir o resolver conflictos sociales.⁷ Los doctrinarios consideran que el arbitraje colectivo se debe apoyar en los procedimientos judiciales, ya que el arbitraje es considerado como un sustituto de la justicia del Estado, pero que persigue el mismo fin.⁸ Ante los escasos reglamentos sobre reclamaciones colectivas en el derecho internacional, parece factible cierto sustento en el derecho interno.

II. Hechos del caso *Abaclat*

De 1991 al 2001, Argentina colocó 179 bonos en los mercados internacionales de capital, 173 bonos fueron emitidos en moneda extranjera. Los demandantes alegan haber comprado 83 de los 173 bonos emitidos en moneda extranjera. Estos 83 bonos se rigen por las leyes de distintas jurisdicciones, están emitidos en distintas monedas y registrados en varias bolsas internacionales, como Buenos Aires, Frankfurt, Hong Kong, Luxemburgo, Milán, Munich y Viena. El vencimiento varía de 3 a 5 años.

A finales de la década de 1990, Argentina sufrió una grave recesión económica y la consecuente reducción de los ingresos fiscales; por lo cual, incurrió en deuda adicional. Estos acontecimientos económicos adversos se reflejaron en la “fuga de capitales” así como en la disminución de las entradas de capital.

7 Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Introducción al derecho comparado*, Oxford, México, 2002, p. 16.

8 Stacie I. Strong, “From Class to Collective: The De-Americanization of Class Arbitration”, *Arbitration International*, Vol.26, 2010. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1656511> En este sentido, el arbitraje de inversión puede ser considerado como un sustituto para el uso de la fuerza militar y la protección diplomática.

A principios de 2001, Argentina tomó varias medidas en un intento por reestructurar su economía y aligerar su deuda. No obstante, estos esfuerzos fueron insuficientes para resolver la situación. Posteriormente, en diciembre de 2001, Argentina incumplió al anunciar públicamente el diferimiento de más de US\$100 mil millones de deuda externa en bonos.⁹

En el año 2002, el Congreso declaró estado de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria con la aprobación de la Ley de Emergencia Pública y Reforma del año 2002 (“Ley de Emergencia”). Asimismo, la devaluación del peso acentuó aún más la gravedad de la deuda en moneda extranjera. En consecuencia, Argentina previó la reestructuración de su deuda externa.¹⁰

De tal forma, el Comité Ejecutivo de la Asociación Bancaria Italiana estableció el “*Task Force Argentina*” (“TFA”)¹¹ cuyo objetivo es “*representar los intereses de los bonistas italianos en la consecución de una transacción negociada con Argentina.*” La creación del TFA y el descubrimiento del arbitraje CIADI como una manera de desviar la responsabilidad de los bancos, se explica también en el hecho que los tribunales italianos resolvieron exitosamente y en numerosas ocasiones, otorgaron indemnización a algunos tenedores de bonos respecto de los bancos que les vendieron los títulos.¹²

A los tenedores de bonos que deseaban ser representados por TFA se les requirió que firmaran un mandato para la protección de los intereses relacionados con los bonos relativos a la crisis argentina. Más de 450,000 italianos afirmaron haber tenido bonos argentinos y otorgaron mandatos para TFA.

En enero de 2005, Argentina puso en marcha la Oferta de Canje 2005, conforme a la cual los tenedores de bonos podrían intercambiar 152 diferentes series de bonos, de los cuales se había suspendido el pago en 2001. En febrero de 2005 se promulgó la Ley 26017, la cual prohibió al Poder Ejecutivo reabrir el proceso de canje y celebrar transacción alguna en relación a los bonos que no fueron intercambiados en la Oferta de Canje 2005. El plazo de presentación de ofertas expiró y 76.15% de todos los tenedores participaron en la Oferta de Canje 2005, después de que Argentina emitió varios bonos.¹³

9 Decisión parágrafos 50-58.

10 Decisión parágrafos 60-62.

11 *L'Associazione per la Tutela degli Investitori in Titoli Argentini* establecida en Roma y constituida conforme a las leyes italianas como una *associazione non riconosciuta*, fundada con las contribuciones de sus miembros.

12 Opinión parágrafo 254.

13 Decisión parágrafos 65-66, 68 y 77-78.

La Oferta de Canje 2005 se concretó en junio de 2005. Los demandantes no participaron en dicho intercambio. Insatisfechos con la situación y a fin de representar a los tenedores de bonos italianos en un arbitraje CIADI, TFA diseñó un nuevo mandato (“Paquete de Mandato TFA”) que consta de una carta de instrucciones a los tenedores de los bonos (“Carta de Instrucciones TFA”), una Declaración de Consentimiento, Delegación de Poderes y Facultades (“Mandato”) a favor de White & Case y “Mandato TFA”, entre otros documentos.¹⁴

Los bancos miembros de TFA organizaron la distribución y recolección del Paquete de Mandato entre sus clientes durante marzo y abril de 2006, que fue aceptada por más de 180,000 tenedores de bonos italianos. El 14 de septiembre de 2006, White & Case presentó ante el CIADI, la Solicitud de Arbitraje acompañada de los anexos A al E, en nombre de los tenedores de bonos italianos (“demandantes”). El 26 de septiembre de 2006, el CIADI transmitió a la Demandada la Solicitud de Arbitraje.

En diciembre de 2006, los demandantes presentaron anexos complementarios relacionados con los anexos A al E y presentaron los anexos K y L. Dentro de los anexos, algunos reflejaban: (i) la incorporación de nuevos demandantes, (ii) el desistimiento de algunos demandantes, (iii) correcciones y sustituciones respecto de la información de los demandantes, (iv) la revisión de los montos agregados y (v) la incorporación de una nueva serie de bonos.¹⁵

El 3 de mayo de 2010, Argentina puso en marcha la Oferta de Canje 2010, cuyo objetivo fue reestructurar las obligaciones en cesación de pago, para liberar a Argentina de reclamaciones relacionadas y poner fin a los procedimientos judiciales. Argentina invitó “a los titulares de cada Serie de Bonos enumerados en los anexos A-1 y A-2 (conjuntamente “Títulos Elegibles”) a presentar ofertas para canjear los Títulos Elegibles por Títulos Nuevos y, en algunos casos, dinero en efectivo...” Los demandantes poseen derechos sobre valores en los bonos que figuran en dichos anexos, lo que les habilitaba para participar en la Oferta de Canje 2010. Numerosos demandantes participaron en la Oferta de Canje 2010 y consecuentemente se desistieron del arbitraje.¹⁶ De los 180,000 demandantes, cerca de 120,000 se desistieron del arbitraje CIADI.

14 Decisión parágrafos 80-85.

15 Decisión parágrafos 90-91, 98-99, 103.

16 Decisión parágrafos 92-97.

III. ¿Constituye *Abaclat* una acción colectiva?

El Profesor Gidi define una acción colectiva o de clase como “*la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger un derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto de la controversia), cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada).*” De esta forma, los elementos esenciales de una acción colectiva o de clase son: 1) la existencia de un representante, 2) la protección de un derecho de grupo objeto de la controversia (reclamación de indemnización colectiva), y 3) el efecto de cosa juzgada.¹⁷ *Abaclat* cumple con los tres elementos de la siguiente forma:

A) Legitimación Colectiva

TFA encausó la reclamación ante el CIADI refiriendo en su Carta de Instrucciones TFA que los abogados coordinarían directamente con TFA y actuarían como único mandatario; así también, que no sería posible dar instrucciones directamente a los abogados, pues ellos se encargarían de coordinar directamente con TFA. Estas instrucciones, incluso coinciden con las normas de procedimientos colectivos.¹⁸ De igual forma, TFA actuaría en el interés colectivo de los tenedores de bonos y funcionaría de manera autónoma.¹⁹ El objeto del Mandato de TFA²⁰ es el siguiente:

“... se confía por el presente al Mandatario la tarea de coordinar los procedimientos arbitrales y judiciales ... en nombre y representación de los tenedores de Bonos ... para la recuperación de su inversión en los Bonos”.²¹

En este sentido, el Tribunal consideró que TFA es el mandatario de los demandantes de conformidad con la Regla 18 de las Reglas de Arbitraje del CIADI; sin embargo, destacó que a TFA se le han otorgado poderes más allá de los que normalmente se otorgan a un mandatario de conformidad con la Regla

17 Antonio Gidi, *op. cit.*, nota 2, p. 334-335.

18 Ver artículo 1017° del *Code de Procédure Civile du Québec*: “*Un membre ne peut intervenir volontairement en demande que pour assister le représentant, soutenir sa demande ou appuyer ses prétentions*” y artículo 48° de la Ley 472 de 1998 de Colombia: “*En la acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción*”.

19 Decisión párrafo 86.

20 Opinión párrafo 231.

21 Decisión párrafo 88.

referida.²² De esta forma, TFA obtuvo la legitimación colectiva para representar a los demandantes e instaurar la acción ante el CIADI.

Cabe destacar que Argentina alegó un abuso de derechos por parte del TFA. Las Cortes italianas han condenado penalmente por falsificar las firmas de los mandatos otorgados al TFA, la Decisión no refirió nada de esto.²³ Además, Argentina consideró que el Tribunal no debería haber permitido la controversia porque el TFA estaba persiguiendo su propio interés, el cual está en conflicto con los intereses de los demandantes y era ajeno a los intereses que el TBI y el Convenio CIADI protegen.²⁴

En ciertas jurisdicciones arbitrales y judiciales la representación adecuada es un requisito previo.²⁵ En igual forma, en México “*se considera representación adecuada: ... III. No encontrarse en situaciones de conflicto de interés con sus representados respecto de las actividades que realiza*”.²⁶ En las jurisdicciones nacionales un representante con un conflicto de intereses como en el caso *Abaclat* no tendría legitimación colectiva y la acción, ni siquiera se hubiera admitido.

Sin embargo, el Tribunal consideró que, aun cuando TFA había perseguido intereses que estaban en conflicto con los intereses de los demandantes, esto no daba lugar a la inadmisibilidad de las reclamaciones, ya que el supuesto abuso de los derechos no concierne a los intereses de los demandantes que derivan del TBI, sino a los intereses de TFA derivados del ejercicio del arbitraje CIADI por parte de los demandantes.²⁷

Aunque el Mandato TFA puede que no sea debidamente cumplido y los intereses de los demandantes no sean adecuadamente representados, los derechos pertenecen a los demandantes y no al TFA; por tanto, el abuso puede ser cometido por TFA pero no por los demandantes. Empero, el abuso de los derechos debería haber sido interpretado en un sentido más amplio, ya que los intereses que afectan al TFA pueden no ser defendidos correctamente. La doctrina de “abuso

22 Decisión parágrafo 532.

23 El Tribunal refirió que la teoría de abuso de derechos es una expresión del principio de buena fe, principio fundamental del derecho internacional de inversión. Hersch Lauterpacht, *Development of International Law by the International Court*, London, 1958, p. 164. “No existe derecho alguno, por muy bien establecido que esté, que no pueda, en algunas circunstancias, denegarse su reconocimiento por considerar que se ha abusado.” y *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction, 10 June 2010, parágrafos 169 *et seq.*

24 Decisión parágrafos 646-659.

25 Véase Regla 4.a.4 de AAA Supplementary Rules for Class Arbitrations, artículo 8° de la Ley Procedimiento de Grupo de Suecia y la Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil de los Estados Unidos. En Quebec la Corte atribuye el carácter de representante al miembro que adecuadamente representa a los miembros. *Code de procédure civile du Québec*, artículos 1002°-1003°.

26 Código Federal de Procedimientos Civiles, artículo 586°.

27 Decisión parágrafos 646-659. Además, Argentina no alegó que los demandantes estuviesen abusando de su derecho para recurrir al arbitraje CIADI para proteger sus inversiones.

de los derechos” deberá desarrollarse con el fin de avanzar las reclamaciones colectivas en el ámbito del derecho internacional.

B) Objeto de la Controversia

El artículo 8 (1) del TBI establece la solución de controversias “*en relación a las inversiones*” hechas “*en relación con las cuestiones reguladas por el presente Acuerdo.*” El Tribunal consideró que los hechos alegados se refieren al impago de Argentina en diciembre de 2001; en particular, a la forma en que consultó con sus acreedores y se llegó a una decisión sobre la manera de hacer frente a su deuda externa y la naturaleza, el alcance y los efectos del marco jurídico que promulgó para tal decisión.²⁸

En igual forma, el Tribunal consideró que, *prima facie*, si se demuestran los hechos, eran susceptibles de constituir una violación de las disposiciones del TBI, en particular:

- La promulgación así como la aplicación arbitraria de las normas y las leyes pueden ser equivalentes a un trato injusto e inequitativo; igualmente, pueden constituir un acto de expropiación ya que el nuevo marco jurídico puede privar al inversionista del valor de su inversión.
- El supuesto trato diferente que dio a los inversionistas nacionales es susceptible de constituir un trato discriminatorio y una contravención del trato nacional.²⁹

De tal forma, el Tribunal consideró que los reclamos no eran simplemente contractuales, sino reclamos derivados del tratado, toda vez que Argentina intervino en su calidad de soberano, a través de su poder estatal para modificar sus obligaciones de pago con sus acreedores.³⁰ Este es el objeto de la controversia.

Aunque la Opinión destaca que las reclamaciones conservan su carácter individual, ya que los derechos sobre los títulos son diferentes en cuanto a precio, fecha y lugar de compra, moneda, derecho aplicable, el foro elegido, etc., que son características relevantes solo para reclamos contractuales; para la Decisión, lo importante, son las reclamaciones en virtud de los tratados, que son “homogéneas”.³¹ Si bien existen diferencias entre los bonos, hay que recor-

²⁸ Decisión parágrafo 313.

²⁹ Decisión parágrafo 314.

³⁰ Decisión parágrafos 324-326.

³¹ Opinión parágrafos 139-143.

dar que los demandantes no poseen 60,000 títulos diferentes; los demandantes supuestamente compraron 83 bonos en moneda extranjera.

En este sentido, difiero de la Opinión, ya que “las reclamaciones derivadas del TBI” se pueden considerar “homogéneas” como lo hizo la Decisión. Las reclamaciones están relacionadas con la crisis económica argentina que llevó al impago; así, la crisis constituye “el mismo patrón de hecho” del cual derivaron las reclamaciones. Las diferencias de los bonos se deberán tomar en cuenta a la hora de realizar el “*group examination of claims*”, en caso que sea aplicable,³² y cuando se determine la indemnización, pero no para determinar el objeto de la controversia.

C) Cosa juzgada

El Tribunal tuvo competencia *rationae personae* respecto de cada demandante persona física, persona jurídica y las asociaciones no reconocidas³³ de nacionalidad italiana y otras características en los términos de la Decisión.³⁴ El laudo final obligará a los demandantes con las características anteriores y podrán ser considerados como miembros del grupo o colectividad. En algunas jurisdicciones que regulan los procedimientos “*opt-in*” (opción por entrar), como el presente caso, existen diferentes oportunidades durante el procedimiento o después de la sentencia en las que se puede manifestar el consentimiento para quedar obligado por la sentencia.³⁵

En este sentido, el Tribunal señaló que los demandantes fueron añadidos después de la presentación de la solicitud de arbitraje y que “*los procedimientos colectivos pueden requerir ciertos ajustes en el número e identidad de los*

32 No perdemos de vista que el Tribunal Arbitral, en la Orden Procesal No. 12 del 7 de julio de 2013 resolvió señalar uno o más expertos para verificar la base de datos de los Actores. Disponible en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1303_0.pdf Posteriormente, en la Orden Procesal No. 15 (parágrafo 18) y sucesivamente en la Orden Procesal No. 17 del 8 de febrero de 2013, se resolvió confirmar el nombramiento del Dr. Wühler como Perito bajo los términos y condiciones de la Propuesta Alternativa (parágrafo 22) por la cual el Perito deberá analizar la totalidad de los documentos, descartando la posibilidad de utilizar el “*sampling*” (parágrafo 25), es decir, un método de muestreo o la toma de una o varias muestras. Disponibles en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1308_0.pdf

33 A la luz del artículo 36° del Código Civil Italiano las asociaciones no reconocidas como entes jurídicas tienen capacidad procesal y legitimación activa para ser representadas por su presidente o director. Así, el Tribunal consideró que poseen ciertos atributos de personalidad jurídica y en particular el derecho para demandar y ser demandados. Decisión parágrafo 417.

34 Decisión parágrafos 411-412 y 420-421.

35 Código Federal de Procedimientos Civiles de México, artículo 594°; Ley de Procedimiento de Grupo de Suecia, artículo 14°.

reclamantes.”³⁶ Las observaciones del Tribunal son consistentes con la lógica de la justicia colectiva. Sin embargo, el artículo 36° del Convenio del CIADI exige que la información pertinente sobre la identidad de las partes sea presentada con la solicitud de arbitraje. Empero, dicho artículo no prohíbe que las partes complementen su solicitud, incluso hasta antes del registro en caso que falte cualquier información relevante. De este modo, parece posible añadir demandantes hasta antes del registro de la solicitud de arbitraje.³⁷

Dadas las actuales limitantes del Marco CIADI, no hay otra oportunidad para añadir otro demandante, en etapas posteriores del procedimiento, lo cual puede no estar en conformidad con la lógica de la justicia colectiva en los procedimientos de inclusión (“*opt-in*”).

D) Naturaleza del caso

La naturaleza del caso como una “acción colectiva de reclamaciones masivas” fue confirmada por la Demandada y por el profesor Nagareda, una eminencia en la materia. El abogado de los demandantes habló de un proceso de inclusión sin clases (*non-class aggregate proceeding*).³⁸

La Decisión se manifestó por considerar un “... ‘*procedimiento masivo (mass proceedings)*’ ... *refiriéndose simplemente al alto número de demandantes que aparecen como una sola masa, y sin prejuizar sobre la clasificación del presente procedimiento como un tipo específico de ‘procedimiento colectivo’ reconocido dentro de cualquier orden jurídico específico.*”³⁹ Con todo, después de analizar los dos tipos principales de “procedimientos colectivos” la Decisión determinó que el caso es “*un tipo híbrido de procedimientos colectivos, en el sentido de que comienza como procedimientos agregados, pero después continúa con características similares a los procedimientos representativos, debido al elevado número de demandantes involucrados.*”⁴⁰

Las razones por las cuales los demandantes se presentaron como una colectividad “*opt in*” o en un procedimiento de inclusión o agregación,⁴¹ pueden

36 Decisión párrafo 610.

37 Decisión párrafos 610-611.

38 Opinión párrafo 129.

39 Decisión párrafo 480.

40 Decisión párrafo 488.

41 La Decisión contempló la posibilidad de crear subclases, en la medida que surgieran diferencias entre las partes, sugiriendo así el tipo de análisis individualizado que es reminiscente de los procedimientos de agregación. S.I. Strong, “Mass Procedures in *Abaclat v. Argentine Republic*: Are They Consistent With the International Investment Regime?” *3 Yearbook on International Arbitration*, 2012, p. 8.

encontrarse no solo en la comodidad procesal, sino también en la ausencia actual de mecanismos de consolidación o acumulación de demandas dentro del Marco del CIADI. Este tema será posteriormente tratado en este artículo.

IV. El origen de los procedimientos colectivos y el consentimiento al arbitraje

El origen de los procedimientos colectivos se remonta a la época medieval, donde los Tribunales de Cancillería (*Chancery Courts*) administraban justicia mediante los primeros litigios de grupo. La cantidad de personas hacía imposible llamar a juicio a todas ellas; además, la deficiente infraestructura de la justicia medieval hacía difícil administrar los derechos individuales.

Es importante recordar que los Tribunales de Cancillería tenían una jurisdicción de equidad (*equity jurisdiction*), por lo que administraban justicia conforme a los principios de equidad (*fairness*) cuando el sistema de *common law* no garantizaba una reparación o daría una inadecuada. Por el contrario, los tribunales de *common law* tenían un estricto apego a las acciones y recursos a fin de remediar cada daño.

De tal forma, los tribunales de *common law* buscaban soluciones legalistas y resolvían las disputas en presencia de las partes cuyos derechos directos e inmediatos estaban en juego. En cambio, los tribunales de equidad trataban de determinar los derechos de cualquier persona que tuviera un interés común en la controversia, a fin de resolverlos globalmente. Esta tendencia refleja el hecho de que los procedimientos ante el *Chancellor* casi invariablemente planteaban cuestiones de títulos de propiedad que afectaban a los derechos de varias personas. El resultado fue el nacimiento de la acumulación forzosa de partes (*compulsory joinder of parties*) cuyo objetivo es evitar una multitud de acciones y los riesgos de sentencias contradictorias.⁴²

Es importante hacer notar una diferencia entre dichas Cortes y los tribunales arbitrales. Las Cortes y tribunales judiciales por lo general son parte del ramo judicial y su jurisdicción emana de su poder judicial. Como señaló la Opinión, las Cortes y tribunales judiciales tienen cierta libertad de acción para desarrollar el derecho y participar en la experimentación jurídica dentro de ciertos límites. Así, en México, antes de la promulgación de normas procedimentales de carácter colectivo, un juez en un juicio de amparo emitió una sentencia que benefició a

42 Pierre-Claude Lafond, « Le recours collectif : entre la commodité procédurale et la justice sociale », 29 R.D.U.S. (1998-99), pp. 8 y 9.

217 personas indígenas de la comunidad Mini Numa, aun cuando “*el juicio solo protege a la persona que solicitó la protección*” y “*la sentencia solo analizaría la constitucionalidad de la ley respecto a la persona que presentó y firmó la demanda de amparo*”.⁴³

A pesar de que no existían reglas expresas para las controversias colectivas, un tribunal con jurisdicción judicial falló a favor de una comunidad. Por el contrario, los tribunales arbitrales, cuya competencia deriva del consentimiento de las partes, deben circunscribir sus actuaciones a los límites de dicho consentimiento;⁴⁴ por tanto, no pueden actuar como tribunales de equidad, sino como tribunales de *common law* dentro de los límites del consentimiento al arbitraje.

En este sentido, la Opinión subrayó el caso de *Stolt Nielsen S.A. vs. Animal Feed International Corp.*, donde la Corte Suprema de los EE.UU. sostuvo que:

“Un acuerdo tácito para autorizar el arbitraje colectivo... no es un término que el árbitro pueda inferir de la sola existencia del acuerdo de arbitraje celebrado por las partes. Esto se debe a que el arbitraje colectivo cambia la naturaleza del arbitraje a tal grado que no puede presumirse que las partes lo hayan consentido simplemente por el hecho de haber acordado someter sus controversias a un árbitro”.⁴⁵

Además la Corte afirmó que “*los cambios producidos por el cambio de arbitraje bilateral al arbitraje colectivo [son] fundamentales*” y el consentimiento en el arbitraje colectivo no se puede deducir del silencio de las partes.⁴⁶ Ahora bien, las afirmaciones anteriores deben ser matizadas, ya que un análisis de “*la disposición de reparación representativa y las razones de orden público*” son las dos áreas en las que el arbitraje colectivo difiere significativamente de otras formas de arbitraje con multiplicidad de partes.⁴⁷

La Opinión consideró que “*las diferencias fundamentales entre las dos modalidades de arbitraje... diferencias que ‘cambian la naturaleza del arbitraje’ y los*

43 La demanda de amparo fue firmada por cuatro miembros de la comunidad que reclamaban acceso a los servicios de salud; sin embargo, no acreditaron que tuvieran poderes para representar a la comunidad. Amparo Administrativo 1157/2007-II, David Montealegre Hernández, et. al. vs. Gobernador et. al. Juez Luis Almazán Barrera, Séptimo Juzgado de Distrito en el Estado de Guerrero, México, Sentencia, 11 de julio de 2008.

44 Opinión parágrafo 147.

45 130 U.S. S.Ct. 1758 (2010).

46 Opinión parágrafo 151.

47 S.I. Strong, “Does Class Arbitration ‘Change the Nature’ of Arbitration? Stolt-Nielsen, AT&T and a Return to First Principles”, 17 *Harvard Negotiation Law Review*, 2012, p. 75. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=1791928>

*grandes riesgos a los que la última modalidad expone a los demandados – todo converge para poner de relieve la necesidad de un consentimiento especial...»*⁴⁸

No obstante, la Opinión se basa en la premisa implícita de que la naturaleza del arbitraje puede ser definida y universalmente concertada;⁴⁹ por esta razón, no proporciona ninguna motivación específica para sustentar que la naturaleza entre las “*dos modalidades de arbitraje... cambian la naturaleza del arbitraje.*” Un análisis concienzudo sobre la naturaleza del arbitraje bilateral permite concluir que sí existe un cambio y hubiera dado más sustento a tal conclusión. Aunque tal vez, no solo se requiera un consentimiento específico sino un reglamento especial.

Antes de este caso, parece que ningún tribunal había establecido reclamaciones masivas a la luz del derecho internacional, sin un acuerdo especial entre las partes,⁵⁰ con excepción de la *United Nations Compensation Commission* (“UNCC”), que fue establecida por el Consejo de Seguridad, en uso de sus facultades extraordinarias y obligatorias para todos los miembros en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas.⁵¹

V. Silencio calificado

No obstante que la poetisa nos había advertido desde hace siglos que “... *dirá nada el silencio, porque ése es su propio oficio: decir nada.*” La Decisión consideró que sería contrario al fin del TBI y al espíritu del CIADI, interpretar el silencio como un “silencio calificado (*qualified silence*)” prohibiendo categóricamente los procedimientos colectivos solo porque no se mencionan en el Convenio CIADI. Como sostuvo la poetisa, “... *es necesario ponerle algún breve rótulo para que se entienda lo que se pretende que el silencio diga...*”.

Por regla general, “*el silencio no tiene un significado en sí mismo. No puede hacerse que hable de una manera u otra, a menos que se encuentre rodeado por circunstancias*” que brinden un cierto significado.⁵² El silencio del Marco CIADI relativo a los procedimientos colectivos se interpretó como una “laguna”.

48 Opinión parágrafo 153.

49 En el mismo sentido que el caso *Stolt Nielsen*. S.I. Strong, *op.cit.*, nota 48, p. 3.

50 Ver artículo 1° del U.S.-Albania Claims Settlement Agreement en vigor desde el 18 de abril de 1995, disponible en <http://www.justice.gov/fcsc/agree.htm>; Artículo IV del Agreement Between the Government of the U.S. and the Government of the Marshall Islands for the Implementation of Section 177 of the Compact of Free Association, disponible en <http://www.nuclearclaimstribunal.com/177text.htm>

51 Opinión parágrafo 185.

52 Opinión parágrafo 168.

El artículo 44° del Convenio del CIADI dispone que ante el silencio del marco CIADI respecto de una cuestión procesal, que no está sujeta al acuerdo de las partes, el Tribunal resolverá la cuestión. Además, este artículo fue complementado con la Regla 19 de las Reglas de Arbitraje del CIADI, la cual dispone que: “*El Tribunal dictará las resoluciones necesarias para la sustanciación del proceso.*” Por tal razón, el Tribunal tuvo facultades limitadas en virtud del artículo 44° del Convenio CIADI para llenar esta laguna.⁵³

Una modificación a las reglas existentes solo puede efectuarse previo acuerdo de las partes, de conformidad con las normas mínimas de un procedimiento justo y en la medida en que las reglas a modificarse no sean obligatorias. En general, el papel de un tribunal no es completar o mejorar el Marco CIADI; en otras palabras, las facultades del Tribunal para subsanar lagunas se limitan al diseño de reglas específicas para hacer frente a problemas específicos que surjan del procedimiento.⁵⁴

Así, resulta importante revisar las reglas de arbitraje, el estado de las acciones colectivas cuando se celebró el Convenio CIADI y la interpretación de los tratados.

A) Los límites de la experimentación procesal y las reglas de arbitraje

Diversas sentencias del *common law* nos enseñan que las acciones colectivas se derivan de la regla de acumulación de demandantes.⁵⁵ Los tratadistas sugieren que ciertas reglas de arbitraje otorgan discrecionalidad a los árbitros para conducir un procedimiento colectivo a través de ciertas referencias a los procedimientos con multiplicidad de partes y otras disposiciones que pueden ser aplicables a los procedimientos colectivos.⁵⁶ Como tal, las Reglas de la LCIA (London Court of International Arbitration) brindan a los árbitros “*la más amplia discrecionalidad para el ejercicio de sus obligaciones e imponen el deber de acordar los procedimientos que se adapten a las circunstancias del arbitraje, evitando retrasos o gastos innecesarios, con el fin de procurar medios equitativos y eficiente para resolver definitivamente la controversia existente entre las partes.*”⁵⁷ En una

53 Decisión parágrafos. 517-521.

54 *Id.*

55 Ver Pierre-Claude Lafond, *op. cit.*, nota 43, p. 13.

56 Ver artículos 7°-10° del Reglamento de Arbitraje de la CCI vigente a partir del 1 de enero de 2012; artículo 12° del Reglamento de Arbitraje de la CEPANI vigente a partir del 1 de enero de 2005; regla 22.1, de las Reglas de la LCIA vigentes a partir del 1 de enero de 1998, S.I. Strong, *op. cit.*, nota 9, p. 36.

57 S.I. Strong, *op. cit.*, nota 9, p. 36, Rule 14.

forma similar aparece el artículo 17 (1) de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional):

“... el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que en una etapa apropiada del procedimiento se dé a cada una de las partes una oportunidad razonable de hacer valer sus derechos. En el ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes...”⁵⁸

Las “Reglas Procesales del Tribunal” de reclamaciones Irán-EE.UU. establece expresamente en su artículo 1° que “...la iniciación y conducción de los procedimientos ante el tribunal arbitral estará sujeta a las siguientes Reglas del Tribunal que pueden ser modificados por el Tribunal en Pleno o por los dos Gobiernos.” Asimismo, el artículo IV del Acuerdo entre EE.UU. y las Islas Marshall para la Implementación del artículo 177° del Convenio de Libre Asociación establece lo siguiente:

“c) El Tribunal de Reclamaciones tendrá la facultad para acordar autos y otros procedimientos, dictar reglas y acuerdos así como promulgar otras normas de procedimiento, que no sean incompatibles con las leyes de las Islas Marshall y el presente Acuerdo, según sea necesario. Dicha facultad incluirá la facultad de dictar órdenes para la comparecencia de testigos con o sin documentos, y para dictar acuerdos para la disposición de anexos”.⁵⁹

El artículo 38° de las Reglas de la UNCC⁶⁰ establece lo siguiente:

- a) En la medida de lo posible, las demandas que tienen cuestiones comunes de hecho o de derecho significativas serán tramitadas conjuntamente.
- b) El panel podrá adoptar procedimientos especiales adecuados a la naturaleza, cantidad y objeto de los tipos particulares de reclamaciones que examine”.

Estas disposiciones permiten a los árbitros resolver un procedimiento colectivo bajo dichas reglas. Por el contrario, la ausencia de disposiciones similares que contemplen específicamente un procedimiento colectivo o una redacción que

58 Reglas de Arbitraje de UNCITRAL adoptadas en 2010.

59 Ver *supra* nota al pie de página 5150.

60 Reglas Provisionales para Procedimientos de Demanda, 26 de junio de 1992 (S/AC.26/1992/10).

pueda ser aplicable a dicho procedimiento, permite a las partes sostener que no consintieron procedimientos colectivos.

El Marco CIADI no comprende disposiciones similares a las anteriormente referidas. Además, la mayoría afirmó que:

“... en el momento de la celebración del Convenio CIADI, los procedimientos colectivos eran casi inexistentes, y aunque algunos debates parecen haber tenido lugar con respecto al arbitraje con multiplicidad de partes, estas discusiones no fueron concluyentes sobre la intención de aceptar o rechazar arbitrajes con multiplicidad de partes, y menos aún en lo que respecta a la admisibilidad de procedimientos colectivos”.⁶¹

El Tribunal consideró “*indiscutible que el Marco CIADI no contiene referencia alguna a los procedimientos colectivos como una forma posible de arbitraje*”.⁶² El Marco CIADI no contiene disposiciones para el arbitraje con multiplicidad de partes,⁶³ lo que permite inferir que puede estar confeccionado para arbitrajes bilaterales. En igual forma, es dudosa la existencia de una redacción que pueda ser aplicable a los procedimientos colectivos.

No obstante lo anterior, el Tribunal de conformidad con el artículo 44° del Convenio CIADI y la Regla 19 de las Reglas de Arbitraje CIADI llenaron el “silencio” (aun cuando el silencio no tiene un significado en sí mismo) de la Convención en lo que respecta a procedimientos colectivos (considerándolo como una laguna), ya que el Tribunal decidirá tales cuestiones cuando el Marco CIADI no se pronuncie sobre una cuestión procesal.⁶⁴

En cuanto a la facultad del Tribunal por virtud del artículo 44° para subsanar los vacíos que consisten en el diseño de normas específicas para llevar a cabo el procedimiento, la Opinión determinó que las adaptaciones propuestas pueden “*diferir de los procedimientos habituales del CIADI*” y dichas adaptaciones violan los derechos de la Demandada, ya que es un derecho absoluto del debido proceso en cualquier procedimiento tener todos los elementos de la demanda presentada contra ella, examinados por el tribunal, a través del debate adversarial que le da plena oportunidad de impugnar así como refutar estos elementos uno por uno.

61 Decisión párrafo 519.

62 Decisión párrafo 517.

63 La cuestión se planteó durante la redacción del Convenio CIADI, pero permaneció abierta; se debatió durante la última revisión de estas Reglas, pero no se abordó expresamente en el Reglamento revisado de 2006. Opinión para.175. Sin embargo, esto puede ser superado en virtud de otras reglas de arbitraje más favorables a los procedimientos colectivos, como el artículo 1126° del TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte) o una cláusula contractual que permita la acumulación de partes.

64 Decisión párrafos 517-521.

Además, la Opinión cuestiona la forma en que la Decisión restringe el derecho de defensa de la Demandada, en particular, por no tener certeza que el efecto del método de examen y los procedimientos para los derechos de defensa estén limitados, sean relativos, así como su disponibilidad para entrar con toda precisión y detalle a las circunstancias individuales de cada demandante. La Opinión destacó que la privación de los derechos procesales de la Demandada en contra de su voluntad, a fin de dar una mayor protección a la inversión de los demandantes es un equilibrio tendencioso.

En este sentido, la Decisión concluye que las “adaptaciones” de las Reglas de Arbitraje que la Decisión ordena para la resolución del caso son manifiestamente *ultra vires*.⁶⁵

B) Imprevisibilidad de las acciones colectivas

A pesar de que el Marco CIADI presenta incertidumbre en cuanto a la conducción de un procedimiento colectivo, es posible argumentar que las acciones colectivas eran imprevisibles. El silencio del Convenio CIADI respecto a los procedimientos colectivos no es fortuito. A la fecha de celebración del Convenio CIADI, los procedimientos colectivos eran “*casi inexistentes*”.⁶⁶ Esto “*demuestra que los procedimientos representativos fueron más allá del horizonte de la previsibilidad de los redactores de la Convención CIADI*”;⁶⁷ asimismo, que el marco del CIADI puede no ser adecuado para tales procedimientos. Por lo tanto, no existe fundamento para suponer que los redactores podrían haber concebido un procedimiento colectivo.

Dado que las acciones colectivas eran imprevisibles es posible concluir que esto “*apunta a favor de interpretar que el silencio del Convenio CIADI no se extiende para cubrir ... acciones colectivas*”.⁶⁸

C) Interpretación

La interpretación debe sustentarse en los principios codificados en los artículos 31° y 32° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

65 Opinión párrafos 210-262.

66 Opinión párrafo 165.

67 *Id.*

68 Opinión párrafo 166.

Los principios prescriben iniciar con el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en su contexto; consecuentemente, guiarse por el objeto y fin del tratado, para aclarar cualquier ambigüedad subsistente, si es necesario.

Estos principios no prescriben ni justifican la invocación del objeto y fin que el Tribunal hizo. De la misma manera, la Decisión constantemente se refirió al “espíritu del Convenio CIADI”; no obstante, la Convención de Viena ni siquiera consagra el término *espíritu*. El Tribunal debería haber tomado en cuenta que la interpretación debe oscilar entre las disposiciones individuales del tratado y la lógica de todas sus disposiciones en su conjunto.⁶⁹ Teniendo presente las limitaciones del Marco CIADI, otro resultado se habría obtenido.

VI. Conclusión

El Profesor Georges Abi-Saab nos advirtió que los tribunales arbitrales no deben actuar como *Chancery Courts* tratando de adaptar las normas cuando el consentimiento al arbitraje y el Marco CIADI lo impiden. En su lugar, él recomienda tener un estricto apego al consentimiento al arbitraje, a las disposiciones del CIADI y del TBI en vigor, evitando adaptaciones innecesarias aun cuando el consentimiento al arbitraje y las disposiciones Marco CIADI no den reparación alguna o sea insuficiente.

A pesar del gran alcance de la Decisión emitida por la mayoría y la Opinión Disidente, ambas pueden considerarse como el despuntar del alba, ya que puede ser demasiado pronto para determinar si el Marco CIADI puede o no resolver procedimientos colectivos. Sin embargo, los árbitros deberán permanecer en el camino de los justos, donde la luz brilla y resplandece hasta que el día alcanza su esplendor.

69 David. S. Jonas and Thomas N. Saunders. “The Object and Purpose of a Treaty: Three Interpretative Methods.” V.J.T.L. Vol.43, May 2010, No. 3.