

Caso CPA No. 2013-15

EN EL CASO DE UN ARBITRAJE DE CONFORMIDAD CON EL CONVENIO ENTRE EL GOBIERNO DEL REINO UNIDO DE GRAN BRETAÑA E IRLANDA DEL NORTE Y EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE BOLIVIA SOBRE EL FOMENTO Y LA PROTECCIÓN DE INVERSIONES DE CAPITAL, DE FECHA 24 DE MAYO DE 1988

- y -

EL REGLAMENTO DE ARBITRAJE DE LA CNUDMI (REVISADO EN 2010)

- entre -

SOUTH AMERICAN SILVER LIMITED (BERMUDAS)

(la “Demandante”)

- y -

EL ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA

(la “Demandada”, y conjuntamente con la Demandante, las “Partes”)

ORDEN PROCESAL NO. 8

Tribunal

Dr. Eduardo Zuleta Jaramillo (Árbitro Presidente)
Prof. Francisco Orrego Vicuña
Sr. Osvaldo César Guglielmino

26 de agosto de 2015

I. Introducción

1. En respuesta a una solicitud de la Demandante, South American Silver Limited (“SAS”), del 15 de octubre de 2014, tras invitar comentarios de la Demandada (o “Bolivia”), el 1º de diciembre de 2014, el Tribunal dictó la Orden Procesal No. 2 clasificando la información descrita en el Anexo A del Adjunto A de dicha orden procesal como “altamente confidencial” (“Información Protegida”) y estableciendo una serie de medidas para proteger tal información y para regular su acceso por los abogados y peritos independientes de la Demandada.
2. A solicitud de la Demandada y tras invitar comentarios adicionales de la Demandante, el Tribunal modificó la Orden Procesal No. 2 mediante la Orden Procesal No. 3 del 14 de enero de 2015 respecto a la forma de acceso a la Información Protegida.
3. Conforme al calendario procesal establecido, el 7 de julio de 2015, las Partes presentaron para decisión del Tribunal sus respectivas solicitudes pendientes de exhibición de documentos. En respuesta a la solicitud de documentos de la Categoría No. 18 del *Redfern Schedule* de Bolivia (“Información bajo Categoría 18”), SAS indicó que alguna información de la allí mencionada ya había sido entregada a Bolivia y otra podía ser entregada pero al amparo de la Orden Procesal No. 3 y la Orden de Protección adjunta a la misma (“Orden de Protección”).
4. El 21 de julio de 2015, el Tribunal dictó la Orden Procesal No. 7 con sus decisiones sobre las solicitudes de exhibición de documentos. Con respecto a la Información bajo Categoría 18, el Tribunal otorgó plazo a SAS para indicar: “(a) cuál información de la solicitada por la Demandada en esta Categoría No. 18 ya fue entregada a la Demandada y sus expertos; y (b) de manera específica, cuales de los Documentos Solicitados en esta Categoría No. 18 que no hayan sido entregados a la Demandada o sus expertos son los que contienen la alegada información altamente confidencial y las razones de la alegada confidencialidad.”
5. En respuesta, SAS, mediante escrito de fecha 28 de julio de 2015, solicitó que la información contenida en algunos documentos correspondientes a Información bajo Categoría 18 fuera calificada como “altamente confidencial” (la “Solicitud”). Asimismo, solicitó que esta información fuera protegida de ser divulgada a Bolivia, a COMIBOL o a terceras partes, y que se ordenase a los abogados y expertos de Bolivia y a Bolivia a observar el protocolo establecido en la Orden Procesal No. 3 y la Orden de Protección para su revisión. Para el efecto, SAS adjuntó a su escrito un cuadro en el que señaló (a) la Información bajo Categoría 18 que ya había entregado a Bolivia, y (b) la Información bajo Categoría 18 que solicita se clasifique como “altamente confidencial” y a la cual solicita se le aplique la Orden de Protección.
6. Mediante carta de fecha 1º de agosto de 2015, el Tribunal invitó a Bolivia a presentar sus comentarios respecto de la Solicitud, a más tardar el 8 de agosto de 2015.
7. Bolivia presentó su escrito de fecha 8 de agosto de 2015 oponiéndose a la Solicitud. Bolivia se opuso tanto a que se declare como “altamente confidencial” la Información bajo Categoría 18 como a que se amplíe el alcance de las Órdenes Procesales Nos. 2 y 3 y de la Orden de Protección a esta información. Adicionalmente, Bolivia se refirió a situaciones que se presentaron durante el acceso a la Información Protegida y solicitó al Tribunal que se hagan respetar ciertas condiciones para su acceso, incluyendo confirmar que sus expertos independientes están autorizados a tomar “*todas las notas que estimen convenientes –sean o no literales– de la información protegida.*”

8. Sin previa autorización del Tribunal, SAS presentó una carta de fecha 10 de agosto de 2015 señalando que el escrito de Bolivia del 8 de agosto excedía el ámbito de lo solicitado por el Tribunal y se refería a las condiciones sobre la exhibición de los documentos altamente confidenciales que ya habían sido decididas por el Tribunal en las Órdenes Procesales Nos. 2 y 3. SAS afirmó asimismo que tales condiciones estaban bien balanceadas para garantizar la confidencialidad de la información mientras autorizaba su acceso por los abogados externos y expertos de Bolivia.

II. Posiciones de las Partes

A. Posición de la Demandante

9. La Demandante hace referencia a su solicitud inicial, del 15 de octubre de 2014, sobre clasificación de documentos como altamente confidenciales y se remite a lo explicado en dicha solicitud para justificar su posición.
10. La Demandante afirma que la Información bajo Categoría 18 consiste exclusivamente en documentos calificados como “Resultados de las Pruebas” en la solicitud de SAS del 15 de octubre de 2014 y en las Órdenes Procesales Nos. 2 y 3, e incluye o es similar a la que SAS solicitó en esa ocasión que fuese clasificada como “altamente confidencial”.
11. Entonces, invocando las mismas razones expuestas en su solicitud del 15 de octubre de 2014, SAS requiere que se extienda la Orden de Protección a la Información bajo Categoría 18 que aún no ha sido entregada a Bolivia.
12. Las razones, refiere la Demandante, incluyen que SAS sufriría un perjuicio considerable si Bolivia, COMIBOL o terceros obtuvieran acceso a la información, la cual fue desarrollada por la Demandante tras invertir años de duro trabajo y millones de dólares, y misma que fue facilitada a RPA tras firmar un acuerdo de confidencialidad muy estricto. Dicha información fue empleada para desarrollar y proteger mediante patente un proceso hidrometalúrgico de propiedad exclusiva diseñado para explotar el Proyecto minero de Malku Khota y si bien la patente describe las conclusiones de las pruebas, no revela los resultados de las pruebas realizados sobre las muestras minerales extraídas del área del Proyecto. Por lo que, la revelación de estos datos alentaría un uso inapropiado de la información y privaría a SAS de la oportunidad de monetizar su inversión.
13. En adición, en la tabla del Anexo A de su Solicitud, con respecto al último documento en la tabla, “Sulphur Burning Acid Plant Study” preparado por NORAM Engineering and Constructors Ltd., de fecha 3 de mayo de 2012 (“Informe de NORAM”), SAS señala que el mismo contiene un acuerdo estricto de confidencialidad por ser propiedad tecnológica de NORAM.
14. SAS señala que, en su escrito del 12 de diciembre de 2014, la Demandada había cuestionado la Orden Procesal No. 2 en algunos aspectos sobre el mecanismo de revisión de la Información Protegida mas no la decisión en sí del Tribunal de clasificar la Información Protegida como “altamente confidencial”, decisión que fue confirmada mediante la Orden Procesal No. 3.
15. SAS señala además que ofreció voluntariamente poner a disposición de los abogados y expertos de la Demandada la Información bajo Categoría 18 que no había sido exhibida aún, conforme al procedimiento establecido en la Orden Procesal No. 3 y la Orden de Protección.

B. Posición de la Demandada

16. Bolivia se opone a la Solicitud de la Demandante y afirma que, teniendo la carga de la prueba respectiva, SAS no ha demostrado que la Información bajo Categoría 18 sea confidencial. Según Bolivia, SAS ya ha revelado parte de esta información al publicar los *Preliminary Economic Assessments* (PEA) del Proyecto en 2009 y 2011, y afirma que esta información no sería suficiente para socavar la patente y ponerla en riesgo, como alega la Demandante.
17. En adición, Bolivia sostiene que puesto que se suscribieron los compromisos de confidencialidad, no era necesario establecer las restricciones a la revisión de la Información Protegida señaladas en las Órdenes Procesales Nos. 2 y 3 y la Orden de Protección. Bolivia afirma que el *Data Room* incrementó costos y tiempos para Bolivia y dificultó la preparación de su Escrito de Contestación.
18. Entre otros, Bolivia se queja de que tener acceso a una sola copia completa de la Información Protegida, impresa y electrónica, implicó que solo una persona pudiera trabajar con la información a la vez. Bolivia señala asimismo que se dieron retrasos para instalar *softwares* necesarios en el computador suministrado por SAS. Igualmente, según Bolivia, la ubicación del *Data Room* y las limitaciones a la toma de notas dificultaron la revisión. Bolivia afirma que estas dificultades crearon un injustificable desequilibrio entre las Partes.
19. Por lo tanto, Bolivia solicita que, en caso de que el Tribunal clasifique la Información bajo Categoría 18 en cuestión como “altamente confidencial”, se garanticen lo que Bolivia llama como “condiciones mínimas indispensables” para que los abogados y expertos independientes de Bolivia puedan realizar una revisión y análisis adecuados de esta información que garanticen el debido proceso de Bolivia.
20. Estas condiciones consisten en (i) que el *Data Room* se sitúe en las oficinas de los expertos independientes de Bolivia, (ii) que los expertos independientes de Bolivia tengan acceso ilimitado a una versión física y una versión digital (*native files*) de la información, y puedan utilizar sus propios ordenadores para revisar y analizar la información, con posibilidad de copiar la información a sus ordenadores para ello y tomar todas las notas que estimen pertinentes en sus ordenadores, y (iii) que este *Data Room* esté a la disposición de los expertos independientes de Bolivia hasta el final de la audiencia. Respecto al punto (ii), Bolivia se queja de que, durante la revisión de la Información Protegida, el supervisor del *Data Room* (encargado por SAS) prohibió a los expertos independientes de Bolivia anotar los resultados de diversas pruebas individuales sustentándose en que el párrafo 8 de la Orden de Protección prohíbe copiar, grabar o transcribir la Información Protegida.
21. Bolivia solicita que estas condiciones sean asimismo extendidas a la Información Protegida por las Órdenes Procesales Nos. 2 y 3 y la Orden de Protección.
22. Finalmente, Bolivia afirma que el Tribunal debe considerar el actuar de SAS al distribuir los costos del arbitraje.

III. Análisis del Tribunal

23. El primer lugar, el Tribunal hace referencia a los artículos 17.1 y 27.3 del Reglamento CNUDMI, a los párrafos 6.10 y 10.5 de la Orden Procesal No. 1 y a las Órdenes Procesales Nos. 2, 3 y 7, en donde el Tribunal ya se ha referido al tema de exhibición de documentos y documentos confidenciales. Asimismo, de conformidad con el párrafo 6.1 de la Orden

- Procesal No. 1, el Tribunal hace referencia a los artículos 3.13 y 9.2 e) de las Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional de 2010.
24. El Tribunal ha revisado detenidamente las comunicaciones de las Partes en relación con la designación de cierta información como “altamente confidencial” y las condiciones para su revisión por parte de los abogados y expertos de Bolivia.
 25. El párrafo 6.10 de la Orden Procesal No. 1 señala, con respecto al momento en que se puede pedir la protección por confidencialidad, que “*en caso de que se le solicite... que exhiba información que ésta considera como ‘altamente confidencial’ o ... desea o es de otro modo requerida a utilizar dicha información...*” se podrá solicitar la clasificación de información como altamente confidencial. En consecuencia, nada obsta para que cualquiera de las Partes, al solicitársele la exhibición de un documento o cuando requiera utilizar información que considere confidencial, pida que la información respectiva se clasifique como confidencial, suministrando las razones por las cuales la información debe clasificarse como tal.
 26. El Tribunal ya había señalado que en caso de que una Parte solicite que cierta información sea clasificada como altamente confidencial, ésta “*deberá proveer [...] las razones por las cuales considera la información como ‘altamente confidencial’*”. El Tribunal había asimismo observado que en las objeciones a la Categoría No. 18 de la solicitud de documentos de Bolivia en su *Redfern Schedule*, SAS no había señalado la razón o razones para que la información contenida en los documentos solicitados en esta Categoría fuese clasificada como altamente confidencial. Tampoco había especificado cuáles eran las razones comerciales o técnicas relevantes por las cuales se debían amparar bajo la Orden de Protección los documentos solicitados en la Categoría No. 18. SAS se limitaba a afirmar que “*the requested documents contain highly-confidential information*” y a indicar que estaba dispuesta a suministrar la información pero al amparo de la Orden de Protección.
 27. El Tribunal solicitó a SAS que indicara cuál documentación no había sido entregada a la Demandada bajo la Categoría No. 18 de la solicitud de documentos de Bolivia en su *Redfern Schedule*, y cuál documentación de la no entregada debía tratarse como confidencial, indicando las razones de la alegada confidencialidad. En su respuesta, SAS simplemente alegó que la información que ahora solicita se clasifique como información confidencial es “igual o similar” a la que el Tribunal ya clasificó como tal. SAS no aportó ningún argumento ni prueba de tal aseveración.
 28. SAS solicitó la clasificación de cierta información como confidencial desde el inicio del arbitraje –con el argumento de que era información con la que se había desarrollado información patentada– y fue SAS misma quien preparó el Anexo que contenía la información para la que buscaba esa protección especial, Anexo que está incorporado a la Orden de Protección. SAS limitó el listado de información confidencial a los documentos descritos en ese Anexo. El Tribunal no encuentra ahora ninguna razón plausible para que al preparar un anexo listando la información que considera tan sensible y delicada, SAS haya dejado por fuera lo que ahora pretende que el Tribunal incluya dentro de tal categoría y protección. Tampoco encuentra razón el Tribunal para que SAS no haya explicado cuál es la relación o vínculo entre la documentación que ahora pretende proteger y la contenida en el Anexo A de la Orden de Protección, para justificar que se trata de información igual o similar. La mera aseveración de que se trata de información igual o similar no es suficiente.

29. Respecto de dos documentos encuentra el Tribunal que se puede otorgar la protección. En primer lugar, respecto del documento señalado en la Categoría No. 18 (iv) de la solicitud de documentos de Bolivia en su *Redfern Schedule*, en cuanto el mismo es una compilación de resultados contenidos en el Reporte Final de SGS Lakefiled de fecha 30 de marzo de 2011, reporte que está incluido en el Anexo A de la Orden de Protección. En segundo lugar, respecto del Informe de NORAM, incluido en la última columna de la Categoría No. 18 de la solicitud de documentos de Bolivia en su *Redfern Schedule*, respecto del cual SAS aporta un argumento nuevo y convincente, en cuanto que es documento protegido por un acuerdo específico de confidencialidad por tratarse de tecnología de propiedad de un tercero.
30. Con respecto a los demás documentos de la Categoría No. 18 de la solicitud de documentos de Bolivia en su *Redfern Schedule* que aún no han sido entregados a Bolivia, el Tribunal no otorgará, por las razones anotadas, la protección de confidencialidad solicitada, ni les extenderá la Orden de Protección.
31. Con respecto a la queja de Bolivia sobre el acceso a la Información Protegida, el Tribunal observa que desde la Orden Procesal No. 2, se advirtió que cualquier dificultad que se presentara en la revisión de la Información Protegida debería ser informada al Tribunal para que se tomaran las medidas correctivas del caso. El escrito de Bolivia del 8 de agosto de 2015 indica que durante la revisión de la Información Protegida, existieron diferencias con SAS, y alegadas dificultades para los expertos de Bolivia.
32. Ni las diferencias con SAS, ni las dificultades que ahora se alegan fueron informadas contemporáneamente al Tribunal. Solamente en el citado escrito de agosto 8, cuando ya Bolivia había presentado su memorial de contestación de la demanda y con ocasión del debate sobre la Información bajo Categoría 18, Bolivia informa al Tribunal de “algunas” de tales diferencias y dificultades.
33. Así, por ejemplo, Bolivia debió haber solicitado al Tribunal un pronunciamiento sobre la interpretación de lo dispuesto en el párrafo 8 de la Orden de Protección cuando se presentó el inconveniente que ahora señala. Sin embargo, no lo hizo en ese momento y tampoco al presentar su memorial de contestación de la demanda. Más aún, con una sola excepción –descrita en el párrafo siguiente–, los expertos de Bolivia no hicieron ninguna observación respecto a imposibilidad u obstáculos en la revisión de la Información Protegida. Solamente cuando el Tribunal pidió comentarios a la solicitud de SAS de clasificar información como confidencial, Bolivia informa de las dificultades que alega haber tenido.
34. La única observación que hizo uno de los expertos de Bolivia (Dr. Dagdelen) es que no tuvo acceso a la información sobre el estudio de perforación de pozo y registros que fueron suministrados en papel por SGS Laboratories (página 5 del informe del Dr. Dagdelen). No explica por qué no tuvo acceso, ni informó al Tribunal en el curso de su estudio que tenía algún problema de acceso, ni Bolivia ni sus abogados solicitaron al Tribunal tomar medidas, si es que el acceso se le estaba impidiendo.
35. Bolivia solicita al Tribunal confirmar que sus expertos pueden tomar todas las notas que estimen convenientes –sean o no literales– con respecto a la Información Protegida. El Tribunal concuerda con lo planteado por la Demandada y confirma que los expertos de Bolivia, sujeto a la obligación de confidencialidad que tienen, podrán transcribir para ellos la información y no simplemente tomar notas, y transcribir esa información en sus propios computadores, con sujeción a lo establecido en la Orden de Protección y en el Compromiso de Confidencialidad por ellos suscrito. Igualmente, reitera el Tribunal que la información sobre

las alegadas dificultades en la producción de la prueba deben informarse al Tribunal de manera oportuna.

36. Finalmente, observa el Tribunal que las Partes mantienen diferencias sobre la ubicación del *Data Room*. El Tribunal recuerda que había deferido a las Partes la posibilidad llegar un acuerdo sobre este punto y que si no lo lograban, debían informar al Tribunal para que este tomara la decisión correspondiente. Si no lograron acuerdo, como parece señalarlo Bolivia, tampoco informaron al Tribunal solicitando que tomara una decisión al respecto. El Tribunal reitera la obligación de las Partes de cooperar de buena fe en la práctica de la prueba y en informar al Tribunal oportunamente de las dificultades que se presenten para que pueda tomar las medidas que correspondan.

IV. Decisiones del Tribunal

37. En virtud de lo expuesto, el Tribunal, resuelve:
- a. Aceptar la Solicitud de SAS de clasificar como información “altamente confidencial” el Informe de NORAM, incluido en la última columna de la Categoría No. 18 de la solicitud de documentos de Bolivia en su *Redfern Schedule*, que formará entonces parte de la Información Protegida y la protección correspondiente conforme a las Órdenes Procesales Nos. 2 y 3 y la Orden de Protección;
 - b. Confirmar que el documento señalado en la Categoría No. 18 (iv) de la solicitud de documentos de Bolivia en su *Redfern Schedule* ya formaba parte de la Información Protegida;
 - c. Rechazar la Solicitud de SAS de clasificar como información “altamente confidencial” los demás documentos bajo la Categoría No. 18 del *Redfern Schedule* de Bolivia que no fueran parte ya de la Información Protegida;
 - d. Ordenar a SAS que exhiba de conformidad con los incisos a y b anteriores la Información bajo Categoría 18 no exhibida aún, a más tardar el **3 de septiembre de 2015**. De conformidad con el párrafo 5.4 de la Orden Procesal No. 1 y el párrafo 28 de la Orden Procesal No. 7, los documentos exhibidos conforme a esta Orden Procesal no serán copiados al Tribunal y los mismos no se considerarán parte del expediente del proceso arbitral salvo que alguna de las Partes los introduzca con las presentaciones que hagan. Igualmente, en virtud del párrafo 5.2.7 de la Orden Procesal No. 1, en caso de que una Parte no exhiba los documentos conforme a lo ordenado por el Tribunal, el Tribunal hará las inferencias que considere pertinentes, tomando en consideración todas las circunstancias relevantes;
 - e. Confirmar que los expertos de Bolivia, en la revisión de la Información Protegida, podrán tomar todas las notas que estimen convenientes de la Información Protegida, incluyendo transcribir la información a sus computadores y mantenerla en ellos, solamente para efectos del dictamen pericial;
 - f. Rechazar las demás condiciones solicitadas por Bolivia en su carta del 8 de agosto de 2015 para la revisión de la Información Protegida;
 - g. Reiterar que las manifestaciones respecto a eventuales problemas de acceso y diferencias entre las Partes durante la revisión de la Información Protegida deben hacerse al Tribunal

de manera oportuna, mientras se conduce el examen de la información y no *a posteriori*; y

- h. Invitar a las Partes a acordar la sede del *Data Room* y a informarla de manera conjunta al Tribunal en un plazo de 15 días, es decir, a más tardar el **10 de septiembre de 2015**. En caso de que las Partes no logren acuerdo, deberán informar para la misma fecha de sus propuestas respectivas con sus justificaciones debidas y el Tribunal decidirá lo correspondiente.

Sede del Arbitraje: La Haya, Países Bajos



Dr. Eduardo Zuleta Jaramillo
(Árbitro Presidente)

En nombre y representación del Tribunal