

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A
INVERSIONES**

Daniel W. Kappes y Kappes, Cassiday & Associates

(Demandantes)

c.

República de Guatemala

(Demandada)

Caso CIADI No. ARB/18/43

RESOLUCIÓN PROCESAL No. 7

**SOBRE LA SOLICITUD DE LA DEMANDADA DE UNA ORDEN DE
CONFIDENCIALIDAD**

Miembros del Tribunal

Sra. Jean Kalicki, Presidenta del Tribunal

Sr. John M. Townsend, Árbitro

Prof. Zachary Douglas QC, Árbitro

Secretarios del Tribunal

Sr. Francisco Grob

Sra. Daniela Argüello

Asistente del Tribunal:

Dr. Joel Dahlquist

21 de junio de 2021

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. El 14 de mayo de 2021, la Demandada presentó una solicitud de orden de confidencialidad para proteger los documentos divulgados entre las Partes o agregados al expediente de este procedimiento (la “**Solicitud**”).
2. El 17 de mayo de 2021, el Tribunal invitó a las Demandantes a contestar la Solicitud de la Demandada, a más tardar, el 19 de mayo de 2021.
3. En un mensaje de correo electrónico de 19 de mayo de 2021, las Demandantes solicitaron una semana de prórroga para contestar la Solicitud, la cual fue otorgada por el Tribunal ese mismo día.
4. El 26 de mayo de 2021, las Demandantes presentaron su contestación de la Solicitud (la “**Contestación**”). Además de oponerse a la Solicitud, las Demandantes indicaron que, si la Demandada solicitaba y obtenía autorización para responder la Contestación, las Demandantes solicitarían un plazo suficiente para responder después de la presentación de su Escrito de Réplica en este Arbitraje el 11 de junio de 2021.
5. El 27 de mayo de 2021, la Demandada solicitó la oportunidad de responder la Contestación de las Demandantes e indicó que podría hacerlo, a más tardar, el 4 de junio de 2021. Posteriormente, ese mismo día, el Tribunal concedió esta solicitud y, a su vez, la solicitud de las Demandantes, incluida en su Contestación, de presentar observaciones adicionales, a más tardar, el 14 de junio de 2021.
6. El 1 de junio de 2021, las Demandantes solicitaron una prórroga del plazo del 14 de junio de 2021 hasta el 16 de junio de 2021. Posteriormente, ese mismo día, la Demandada solicitó que se diera a las Partes hasta el día siguiente para “encontrar una solución que beneficiara a ambas” [Traducción del Tribunal].
7. En un mensaje de correo electrónico de fecha 2 de junio de 2021, la Demandada informó al Tribunal que las Partes habían acordado prorrogar los plazos para la segunda ronda de presentaciones de las Partes hasta el 7 de junio de 2021 (Demandada) y 18 de junio de 2021 (Demandantes), respectivamente. Más tarde, ese mismo día, las Demandantes confirmaron el acuerdo de las Partes por medio de correo electrónico, aclarando que las Demandantes habían solicitado hasta el 16 de junio de 2021, en vez de 18 de junio de 2021, como se indicaba en el correo electrónico de la Demandada, para responder a la carta de la Demandada. El 3 de junio de 2021, el Tribunal aprobó estos plazos prorrogados.
8. El 7 de junio de 2021, la Demandada presentó su réplica a la Contestación de las Demandantes (la “**Réplica**”).
9. El 16 de junio de 2021, las Demandantes presentaron su segunda contestación (la “**Segunda Contestación**”).

II. LAS POSICIONES DE LAS PARTES

A. La Posición de la Demandada

10. La Demandada solicita que el Tribunal “emita una orden de confidencialidad para proteger todos los documentos que Guatemala ha presentado en el expediente de estos procedimientos y que ha divulgado en respuesta a la solicitud de documentos de las Demandantes”¹.
11. La Demandada alega haber divulgado una gran cantidad de documentos –unas 56.000 páginas– sin supresiones de texto ni previo acuerdo sobre una orden de confidencialidad, de buena fe y en beneficio de las Demandantes, a fin de evitar demoras durante la fase de producción de documentos. Sin embargo, una cantidad importante de estos documentos contienen información de identificación personal, denominada *habeas data*, cuya difusión se encuentra legalmente protegida conforme a la legislación guatemalteca, según afirma la Demandada. La Demandada sostiene que sería una “tarea maratónica” revisar cada una de las páginas de sus documentos para identificar y suprimir la información protegida. Además de solicitar la “devolución” de los documentos ya compartidos hasta que se encuentre una solución, la Demandada aduce que una orden de confidencialidad que impida el uso de dicho material fuera de este arbitraje es la solución más razonable y eficiente de abordar este asunto. Ante esto, la Demandada solicitó a las Demandantes, inmediatamente después de finalizada la fase de producción de documentos, acordar una solicitud conjunta de orden de confidencialidad, que no impediría a las Demandantes utilizar los documentos en este procedimiento. Sin embargo, las Demandantes no estuvieron de acuerdo con esta propuesta².
12. La Demandada alega que la negativa de las Demandantes a confirmar que no tenían intenciones de utilizar los documentos fuera de este Arbitraje plantea inquietudes, dado que la firma de abogados representa a otros clientes con intereses adversos a la Demandada en otras controversias. La Demandada manifiesta que la información protegida incluida en los documentos exhibidos no debería utilizarse fuera de este Arbitraje y debería permanecer protegida de conformidad con la legislación guatemalteca³.
13. En este sentido, la Demandada alega que se necesitaría una orden de confidencialidad para cumplir con la legislación guatemalteca. La Demandada señala que el Artículo 10.21 del DR-CAFTA protege la información “privilegiada o que de otra manera se encuentre protegida de divulgación de conformidad con la legislación de la Parte”. La Demandada dice que, si la información de identificación personal contenida en algunos de los documentos provistos a las Demandantes se viera comprometida, los funcionarios guatemaltecos involucrados en este Arbitraje podrían estar sujetos a responsabilidad penal, conforme a la legislación de Guatemala. Por estos motivos, explica la Demandada, la orden solicitada es necesaria y constituiría una “medida razonable” para proteger la información en cuestión, conforme lo solicitado por la Demandada de conformidad con la legislación guatemalteca⁴.

¹ Solicitud, pág. 4.

² Réplica, págs. 1-2.

³ Solicitud, págs. 2-3; Réplica, pág. 2.

⁴ Solicitud, págs. 1-2; Réplica, págs. 2-8.

14. Además, la Demandada rechaza lo que denomina la “interpretación expansiva” que realizan las Demandantes del régimen de transparencia contemplado en el DR-CAFTA que, según la Demandada, contiene requisitos de que las audiencias sean públicas, y que se publiquen ciertas presentaciones y decisiones, no obstante lo cual no existe ninguna disposición similar aplicable a la prueba documental o información intercambiada durante la fase de producción de documentos. La Demandada alega que las órdenes de confidencialidad, como la que solicita la Demandada, no son contrarias ni a las disposiciones expresas del DR-CAFTA ni a su objeto y fin; de hecho, tales órdenes han sido dictadas por otros tribunales⁵.
15. La Demandada señala, asimismo, que el DR-CAFTA aborda la “información protegida” sólo en el contexto de presentación de dicha información ante un tribunal, es decir, no durante la fase de producción de documentos. Los documentos divulgados *inter partes* aún no se han presentado ante el Tribunal. Por ende, alega la Demandada, la Parte que desee hacerlo debe ocuparse de realizar las supresiones de texto que considere necesarias. La Demandada manifiesta estar dispuesta a suministrar una versión censurada de los documentos que ya se encuentren en el expediente (a la vez que sostiene que estos documentos deben estar cubiertos por la orden solicitada), así como cualquier otro documento en el que pudiera fundarse en este Arbitraje, pero no está de acuerdo con suprimir partes de todos los documentos presentados en la fase de producción de documentos “en beneficio exclusivo del caso de los Demandantes”⁶.
16. La Demandada también argumenta que su Solicitud es coherente con las Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020) (las “**Reglas de la IBA**”), que contemplan la confidencialidad de los documentos de carácter no público presentados o exhibidos en un arbitraje. La Demandada asevera que las Demandantes no han demostrado que el Artículo 3(13) de las Reglas de la IBA fuese contrario al régimen de transparencia del DR-CAFTA, que sólo se centra en los materiales efectivamente presentados ante un tribunal. Además, señala la Demandada, ninguno de los documentos suministrados a las Demandantes es de dominio público con arreglo a las Reglas de la IBA y, por lo tanto, los documentos deben protegerse contra su divulgación fuera de este Arbitraje conforme al Artículo 3(13) de las Reglas de la IBA⁷.
17. Por último, la Demandada alega que la orden de confidencialidad solicitada reduciría la carga para ambas Partes, en lugar de trasladar la carga de una Parte a la otra, como argumentan las Demandantes. Según la Demandada, la orden requerida permitiría a ambas Partes utilizar versiones no censuradas de documentos para los fines de este caso, a menos que cualquiera de las Partes desee citar cualquier documento en sus escritos. Esto se ajusta a la obligación enunciada en el párrafo 24.2 de la Resolución Procesal Núm. 1 del Tribunal, que las Demandantes ya se han comprometido a cumplir. Por ende, alega la Demandada, la orden solicitada no impondría ninguna carga adicional a las Demandantes⁸.

⁵ Solicitud, pág. 2; Réplica, págs. 3-4.

⁶ Réplica, pág. 5.

⁷ Réplica, págs. 6-7.

⁸ Réplica, pág. 9.

B. La Posición de las Demandantes

18. Las Demandantes se oponen a la Solicitud de la Demandada y le solicita al Tribunal que la rechace.
19. Las Demandantes aseveran que el problema surge como consecuencia de la falta de apropiada censura de información por parte de la Demandada del material presentado en respuesta a la orden de producción de documentos del Tribunal. Las Demandantes también aseveran que intentaron atender las inquietudes de la Demandada mediante ajustes razonables, pero esta se rehusó⁹.
20. Las Demandantes plantean varias objeciones contra la orden que solicita la Demandada.
21. En primer lugar, las Demandantes resaltan que hay una “fuerte presunción de no confidencialidad para los arbitrajes en virtud del [DR-CAFTA]” [Traducción del Tribunal], que alegan la Demandada ha reconocido. Además, si bien el Preámbulo del DR-CAFTA establece que uno de sus objetivos es promover la transparencia en el comercio y la inversión, también contiene una disposición específica sobre transparencia, el Artículo 10.21(4), que reconoce el derecho de las partes a proteger la información confidencial. Según las Demandantes, con un régimen de tratado vigente, resulta inapropiado que la Demandada se funde en las Reglas de la IBA o en las decisiones de otros tribunales, sin perjuicio de las disposiciones o acuerdos de confidencialidad aplicables en tales casos.
22. En cualquier caso, las Demandantes afirman que la postura de la Demandada de que los documentos exhibidos contienen información confidencial conforme al Artículo 3(13) de las Reglas de la IBA se contradice con las objeciones que planteara la Demandada durante la fase de producción de documentos de que los mismos documentos se encuentran públicamente disponibles mediante procedimientos de libertad de información con arreglo a la ley guatemalteca. Las Demandantes reiteran la postura adoptada en la fase de producción de documentos de que existe una diferencia entre los documentos que ya están “en el dominio público” y aquellos que pueden volverse “públicamente disponibles” mediante trámites legales adicionales. Sin embargo, la Demandada se abstuvo previamente de trazar esa distinción al oponerse a casi todas las solicitudes de documentos de las Demandantes, con motivo de que los documentos solicitados ya se encontraban públicamente disponibles. Las Demandantes agregan que la Demandada no identificó concretamente qué documentos contienen información confidencial y, en cambio, optó por solicitar una orden que cubriera todos los documentos que había presentado, lo cual –según las Demandantes– es contradictorio con el DR-CAFTA¹⁰.
23. Las Demandantes también rechazan la afirmación de la Demandada de que sería demasiado oneroso tener que suprimir información confidencial de sus documentos exhibidos. Las Demandantes hacen hincapié en que nunca exigieron, contrariamente a lo que alega la Demandada, que esta suministrara copias suprimidas “en pocos días” [Traducción del

⁹ Contestación, págs. 2-3.

¹⁰ Contestación, pág. 3; Segunda Contestación, págs. 2-3.

Tribunal]. Asimismo, las Demandantes aseveran que, si la Demandada solicitara una “devolución” de los documentos exhibidos, la Demandada aún estaría obligada a exhibir tales documentos sin supresiones de texto. Por su parte, las Demandantes alegan que ya invirtieron mucho tiempo y recursos en suprimir información de sus anexos, y la omisión de la Demandada en tal sentido no debería utilizarse para trasladar la carga a las Demandantes¹¹.

24. Por otra parte, agregan las Demandantes, que la Demandada se equivoca al alegar que exhibió documentos con la expectativa de que las Demandantes no se opondrían a firmar un acuerdo de confidencialidad. La Demandada no podía pretender que las Demandantes prestaran su consentimiento a una orden de confidencialidad, ya que la Demandada recién planteó esta cuestión una vez concluida la fase de producción de documentos y, de hecho, manifestó expresamente que no quiso plantear la cuestión antes de esta etapa¹².
25. Las Demandantes también alegan que la orden solicitada por la Demandada “trasladaría la carga del incumplimiento del Demandado a los Demandantes y restringiría injustificadamente los derechos de los Demandantes”, al solicitar a las Demandantes que no divulguen la información presentada a ningún tercero, en lugar de requerir la “devolución” de la información confidencial y volver a presentar la documentación en una versión suprimida, sin esa información. Las Demandantes alegan que “no deberían tener que demostrar el carácter público de las pruebas y documentos; más bien, el Demandado tiene el deber de identificar información confidencial para la que solicita protección”. Además, las Demandantes alegan que, en el caso de imponerse la orden solicitada, tendrían el deber de cumplir con ella y suprimir toda información confidencial contenida en documentos recibidos de la Demandada durante la fase de producción de documentos, antes de presentar los documentos pertinentes como anexos en el procedimiento. No obstante, las Demandantes agregan que ya suprimieron información confidencial de los anexos pertinentes presentados en respaldo de su Escrito de Réplica el 11 de junio de 2021, por lo cual no existe fundamento alguno para que se emita una orden de confidencialidad general que cubra toda la producción de documentos¹³.
26. En respuesta a la afirmación de la Demandada en su Réplica de que la orden solicitada “garantizaría el cumplimiento de la ley guatemalteca”, las Demandantes alegan que, aunque fuera correcta, esta afirmación no justifica el resarcimiento perseguido. Si una mera solicitud de protección de la información basta para que las autoridades guatemaltecas cumplan con sus obligaciones en virtud de la ley de Guatemala de tomar “medidas razonables”, entonces las Demandantes señalan que la Demandada ya ha cumplido con esta obligación. Si, en cambio, la ley guatemalteca requiere la obtención de una orden de confidencialidad, es “impropio” (según las Demandantes) que la Demandada exija que se infrinjan los derechos de las Demandantes para que la Demandada se ajuste a su propia ley. Esto es lo que ocurre dado que las Demandantes señalan que ya han ofrecido, y la Demandada rechazó, una solución de compromiso suficiente tendiente a proteger la información confidencial. De hecho, las Demandantes sostienen que no se oponen a una orden más limitada, que proteja

¹¹ Contestación, pág. 4.

¹² Contestación, pág. 5.

¹³ Contestación, pág. 5; Segunda Contestación, págs. 2-4.

cierta información designada por cualquiera de las Partes (sujeto a impugnación en caso de que la otra Parte no esté de acuerdo con esa designación)¹⁴.

27. Por último, las Demandantes expresan su inquietud en torno al hecho de que la Demandada esté “pretendiendo tratar de resolver su propio problema” [Traducción del Tribunal]. La Demandada no ha suprimido información que no debería haber divulgado, ni ha aceptado el acuerdo de las Demandantes respecto de una orden de confidencialidad más limitada, con lo cual –según las Demandantes– se habría resuelto el problema. En este contexto, las Demandantes repudian el intento actual de la Demandada de obtener una orden del Tribunal que impida a las Demandantes utilizar información que la propia Demandada dijo que se encontraba públicamente disponible a través de diversos procedimientos internos de libertad de información de Guatemala, a la vez que solicita confirmación para poder utilizar la información personal de las Demandantes (como las declaraciones de impuestos de Exmingua) fuera de este procedimiento¹⁵.

III. EL ANÁLISIS Y LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

28. Surge como incontrovertido que la información de identificación personal protegida de divulgación conforme a la legislación guatemalteca goza de protección en este procedimiento frente a la difusión pública o uso fuera de este caso. La controversia versa sobre cómo puede cumplirse y qué Parte debería asumir la carga, dado que la Demandada alega que ya ha divulgado una gran cantidad de dicha información a las Demandantes durante la fase de exhibición de documentos.
29. El Tribunal espera que cada una de las Partes trate los documentos exhibidos por la otra de conformidad con el Artículo 3(13) de las Reglas de la IBA que, en su opinión, es plenamente compatible con los términos del DR-CAFTA y las decisiones anteriores del Tribunal en la Resolución Procesal Núm. 1, párrafo 24.2. El Artículo 3(13) establece lo siguiente:

Cualquier Documento presentado o exhibido en el arbitraje por una Parte o por un tercero que no sea de dominio público será tratado como confidencial por el Tribunal Arbitral y por las otras Partes y sólo podrá usarse en relación con el arbitraje. Este requisito se aplicará salvo y en la medida que su revelación sea exigida a una Parte en cumplimiento de una obligación legal, para proteger o ejercer un derecho, o ejecutar o pedir de buena fe la revisión de un laudo en procedimientos legales ante un tribunal estatal u otra autoridad judicial. El Tribunal Arbitral podrá emitir órdenes destinadas a establecer los términos de esta confidencialidad. Este requisito no afectará a las demás obligaciones de confidencialidad del arbitraje.

30. La disposición anterior no guarda relación con los memoriales de las Partes, para los cuales las normas pertinentes sobre supresión y publicación ya se establecen en la Resolución

¹⁴ Segunda Contestación, pág. 5.

¹⁵ *Id.*

Procesal Núm. 1, párrafo 24.2¹⁶. Además, la presunta confidencialidad de los documentos exhibidos no aplica a aquellos documentos que, de algún otro modo, se encuentren en posesión de una de las Partes independientemente de este procedimiento.

31. En línea con el párrafo 24.2 de la Resolución Procesal Núm. 1, si cualquiera de las Partes presenta como prueba un documento (ya sea como anexo a un memorial, una declaración testimonial o informe pericial o en una audiencia) que la otra Parte considera que contiene datos personales o información similar protegida por ley, cualquiera de las Partes puede solicitar al Tribunal, dentro de un plazo de 10 días de la presentación de ese documento, reemplazar el documento presentado por una versión suprimida. La Parte que se opone a la presentación del documento no suprimido asume la responsabilidad de preparar y proponer una versión suprimida de ese documento. Si el Tribunal determina que la versión suprimida es aceptable a los fines del Tribunal, la versión suprimida se convertirá en el anexo agregado al expediente y el documento original se devolverá o destruirá. Con respecto a los documentos ya agregados al expediente como anexos, el plazo de 10 días especificado *supra* correrá desde la fecha de esta Resolución Procesal.

[firmado]

Sra. Jean Kalicki
Presidenta del Tribunal
Fecha: 21 de junio de 2021

¹⁶ El párrafo 24.2 de la Resolución Procesal No. 1 reza: “De conformidad con el Artículo 10.21.4(c) del CAFTA-DR, una parte deberá, dentro de 10 días hábiles siguientes a la presentación de un documento que contenga información supuestamente protegida, presentar una versión redactada del documento que no contenga dicha información”.