

Opinión Disidente en relación con la Resolución Procesal No. 1 en materia de confidencialidad

Ricardo Ramírez Hernández

1. Coincido con lo señalado por la mayoría en su Resolución en el sentido que la normativa aplicable en este caso no impone una regla general de confidencialidad o de publicidad de estos procedimientos. Por la misma razón, coincido con la mayoría en que le corresponde al Tribunal buscar una solución que proteja tanto los intereses de transparencia resaltados por la Demandada como los intereses específicos sobre confidencialidad propugnados por la Demandante.
2. Si bien comparto el criterio que enuncia la mayoría, no comparto la manera como se ha dado aplicación a dicho criterio en este caso.
3. La decisión de la mayoría en efecto establece una presunción de confidencialidad al prohibir a las Partes revelar: (i) las actas o minutas de las audiencias; (ii) los documentos aportados por las Partes en el procedimiento; (iii) las alegaciones o memoriales escritos de las Partes y sus anexos; y (iv) la correspondencia relativa al procedimiento (intercambiada entre las partes o entre éstas y el Tribunal). Las Partes conservan el derecho de solicitar el levantamiento o modificación de la restricción, pero toda solicitud debe hacerse de manera justificada. Esta presunción claramente responde a un interés general de confidencialidad. No obstante considero que la presunción está siendo aplicada de manera amplia e irrestricta, sin que haya habido ningún control previo del Tribunal. Ello difícilmente puede caracterizarse como una "solución" que protege los intereses de ambas Partes y mucho menos como un equilibrio entre los intereses de transparencia y los intereses de confidencialidad.
4. Es cierto que la decisión de la mayoría autoriza a las Partes a participar en discusiones públicas acerca de puntos generales relacionados con el arbitraje. Este mínimo de espacio para la divulgación de información fue solicitado incluso por la Demandante como una excepción a la cláusula de confidencialidad propuesta¹. La Demandante se refirió a la posible necesidad de divulgar información general a sus filiales y afiliadas, accionistas, administradores, asesores o auditores, mercados de valores, analistas financieros o bursátiles, o a los medios de comunicación. Estimo que esta decisión de la mayoría atiende únicamente los intereses de la Demandante y hace caso omiso de los intereses señalados por la Demandada.
5. Al establecer una presunción de confidencialidad, la mayoría no explica el porqué de la solicitud de publicidad debe justificarse, mientras que la solicitud de confidencialidad no requiere justificación. Si tal y como lo declara la mayoría, el APPRI y el Reglamento de Arbitraje (Mecanismo Complementario) no contienen ni una obligación de confidencialidad ni una obligación de transparencia, la necesidad de justificación aplicaría por igual tanto a las solicitudes de publicidad como a las solicitudes de confidencialidad. La ausencia de una obligación de confidencialidad daría lugar, con la misma validez legal, a una presunción de transparencia.

¹ Escrito de la Demandante del 15 de abril de 2013. Pág. 2.

6. Supongo, si uno sigue el criterio anunciado en la decisión de la mayoría, que la mayoría evaluó los diferentes intereses involucrados y concluyó que en este caso los intereses de confidencialidad prevalecían sobre los intereses de transparencia. Sin embargo, este tipo de análisis sólo está reflejado en la evaluación que hace la mayoría de la posibilidad que las Partes participen en discusiones generales acerca del caso. En ese pasaje de su Resolución, la mayoría caracteriza su solución como una que concilia los intereses de las Partes y además soluciona la preocupación legítima de la Demandada de que debe estar en posibilidad de dar información al público sobre el arbitraje. Esta caracterización no es del todo precisa. Como se señaló anteriormente, la Demandante también solicitó autorización para discutir el caso públicamente de manera general. Considerada en conjunto con la restricción amplia a la divulgación en otras circunstancias, la decisión de la mayoría refleja en esencia la posición de la Demandante y difícilmente puede caracterizarse como una solución que atiende los intereses de ambas Partes.

7. Independientemente de lo anterior, la decisión de la mayoría no contiene indicación alguna de cómo valoró los diferentes intereses a los que hicieron alusión las partes. Tampoco hay indicación alguna de las razones que llevaron a la mayoría a poner los intereses de confidencialidad por encima de los intereses de transparencia en este caso. La decisión de la mayoría simplemente opta por la confidencialidad en todos los demás aspectos del procedimiento sin explicar nunca el porqué debe prevalecer en este caso la confidencialidad sobre la transparencia.

8. Asimismo no explicaron las razones por las que no sería válida la propuesta de la Demandada que da la misma responsabilidad al Tribunal de decidir cuándo no existe acuerdo entre las Partes en relación con la confidencialidad de un determinado documento. Si se hubiese optado por transparencia, a menos que una parte fundamente la necesidad de confidencialidad, se hubiese respetado también el principio de control por parte del Tribunal y hubiese dado la misma flexibilidad.

9. A diferencia de casos anteriores en los que se analizó la misma cuestión que ahora nos ocupa, la Demandada propuso un mecanismo para salvaguardar la información confidencial presentada en esta controversia. Dicho mecanismo se basó “en una práctica que tiene su origen en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)”². Al respecto, la mayoría de manera correcta señala en su Resolución que ni el TLCAN ni la ley mexicana son aplicables a la presente controversia. Coincido también con la mayoría en que no es posible “importar” directamente un procedimiento derivado de otro instrumento internacional el cual no suscriben todas las partes en disputa.

10. Sin embargo, supongo que la propuesta de la Demandada pretendía atender el interés legítimo de protección de la información confidencial solicitado por la Demandante frente al también interés válido de publicidad del resto de la información presentada durante el procedimiento. Dicha propuesta simplemente no fue analizada. Resulta contradictorio cómo el Tribunal tendría facultades para emitir la Resolución en cuestión y no haber utilizado la propuesta de la Demandada como base para diseñar un mecanismo que brindara un verdadero equilibrio entre ambos intereses. En particular cuando ni en sus escritos ni durante la audiencia, la Demandante manifestó que el mecanismo propuesto por la Demandada pudiese, de adoptarse, no constituir un mecanismo efectivo para salvaguardar sus intereses de mantener la confidencialidad de cierta información.

² Escrito de la Demandada del 18 de abril de 2013. Pág. 1.

11. Al respecto, las únicas dos razones que fueron expresadas por la Demandante para rechazar el procedimiento propuesto por la Demandada fueron que el procedimiento propuesto era “oneroso” y que la información “no podía desagregarse”. Es decir, las razones para rechazar el procedimiento propuesto por la Demandada no se relacionan con el criterio establecido por los tribunales en *Beccara y Otros c. República Argentina* (Beccara) y *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania* ya que dicho balance quedaría salvaguardado con el procedimiento propuesto por la Demandada. Asimismo, me parece que se debió haber hecho una valoración sobre los méritos de los argumentos de la Demandante en relación con la “practicidad” como son el hecho de que el procedimiento sería oneroso o que la información no podía desagregarse.

12. En relación con el primer argumento, considero que la Demandante debió de haber explicado y justificado las razones por las que sería oneroso cumplir con el procedimiento propuesto por la Demandada. La onerosidad no puede ser una excusa general para rechazar una solicitud de transparencia. Más aun cuando, como en este caso, la parte que propugna por la confidencialidad no presenta una sola prueba para sustentar su postura. Siguiendo este razonamiento, cualquier solicitud de transparencia quedaría anulada bajo el subterfugio de que cualquier procedimiento o mecanismo para proteger la información confidencial es oneroso.

13. Con respecto a la supuesta dificultad para clasificar o segregar la información tampoco encuentro sustento para determinar que esta razón deba prevalecer sobre la transparencia en estos procedimientos. La edición de documentos es algo común en procedimientos nacionales e internacionales. En particular para empresas con presencia internacional que cuentan con litigantes especializados como los que comparecen en estos procedimientos.

14. Por último, aunque no lo relaciona con el procedimiento propuesto por la Demandada, la Demandante menciona el hecho de que la revelación de información sobre este arbitraje podría exacerbar la controversia. Coincido que esta justificación ha sido utilizada en otros procedimientos para mantenerlos como confidenciales. Sin embargo, considero que para que resulte aplicable dicha causal, debe demostrarse que existe un riesgo razonable de que, de darse a conocer información del caso, se podría agravar la disputa. Como ya se mencionó, en primer lugar la Demandada propuso un mecanismo para proteger la información confidencial que la Demandante no cuestionó por lo que dicha información presumiblemente se encontraría a salvo de ser revelada públicamente y, por ende, de constituir una causa para que se agrave la controversia. Por lo que toca a la información que no es de naturaleza confidencial, la Demandante cuestiona algunas instancias en las que supuestamente la Demandada ha dado a conocer información sobre este procedimiento³. Independientemente que la Demandada cuestiona estos hechos y aun suponiendo que esto fuese cierto, me parece que el estándar de prueba en este supuesto exige que la parte demuestre que dado el entorno de la controversia existe un riesgo razonable de que la revelación de la información pudiera dar lugar a que se agrave la controversia. En este caso no se presentó ninguna prueba que advirtiera un riesgo razonable de que la divulgación de información pública pudiese exacerbar la controversia.

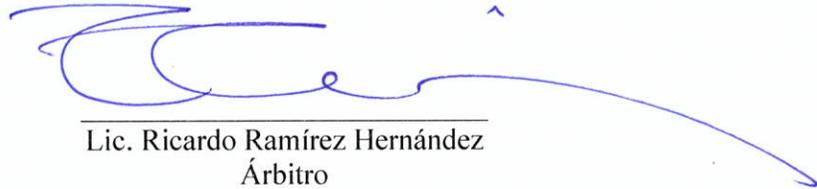
15. Los tribunales que revisaron originalmente el tema de la transparencia en procedimientos del CIADI tuvieron dos opciones. La primera era determinar que ante la falta de reglas explícitas de publicidad, todo el procedimiento debería de ser confidencial, salvo

³ Escrito de la Demandante del 15 de abril de 2013. Págs. 7-10.

disposición expresa en contrario. La otra opción era determinar un estándar conforme al cual se sopesaran ambos intereses, esto es, el de confidencialidad frente al de publicidad. Los tribunales prefirieron la segunda. Con ello, en mi opinión, reconocieron la importancia fundamental de la transparencia en estos procedimientos. Tal como el tribunal de Beccara señaló que “debe fomentarse la transparencia en el arbitraje en materia de inversión como un medio para promover buen gobierno en los Estados, y para desarrollar una serie de precedentes sólidos y coherentes en relación con el derecho de la inversión internacional y, con ello, certeza legal y confianza en el sistema de arbitraje de inversión”⁴.

16. Considero que dicho razonamiento es más vigente hoy, cuando los mecanismos de esta naturaleza se encuentran bajo un intenso escrutinio de la sociedad. Aclaro, transparencia no quiere decir que no deba existir un derecho a proteger cierta información en determinadas circunstancias. Las Partes deben tener la posibilidad de proteger información que tenga carácter confidencial. Por ejemplo, información cuya divulgación puede darle una ventaja a un competidor o información que califique como secreto comercial. Estoy convencido que los tribunales pueden adoptar mecanismos que protejan dicha información y que al mismo tiempo brinden mayor transparencia a los procedimientos.

17. La sociedad tiene derecho a conocer, desde luego protegiendo ante todo la información que genuinamente se considere como confidencial, la actuación de sus gobiernos e inversionistas, así como la manera en que son defendidos. Por ello, la transparencia legitima tanto la validez de la reclamación del inversionista como la defensa del Estado. El conocimiento genera certeza, la ignorancia pánico. Por ello, la transparencia puede ser un medio para pavimentar y facilitar el mejor desarrollo de estos procedimientos y evitar con ello que la sociedad emita un juicio, en la opacidad, sobre estos procedimientos. Por todo lo anterior, no puedo suscribir una Resolución que va en la dirección opuesta.



Lic. Ricardo Ramírez Hernández
Árbitro

Fecha: 4 de julio de 2013

⁴ *Giovanna A. Beccara y otros c. República Argentina (Ahora, Abaclat y Otros c. República Argentina)* at para. 72. “[T]ransparency in investment arbitration shall be encouraged as a means to promote good governance of States, the development of a well grounded and coherent body of case law in international investment law and therewith legal certainty and confidence in the system of investment arbitration...”. Traducción propia.