

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

Carlos Rios y Francisco Javier Rios

c.

República de Chile

(Caso CIADI No. ARB/17/16)

RESOLUCIÓN PROCESAL No. 6

Miembros del Tribunal

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Presidenta del Tribunal

Sr. Oscar M. Garibaldi, Árbitro

Prof. Brigitte Stern, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Mercedes Cordido-Freytes de Kurowski

16 de agosto de 2018

I. HISTORIA PROCESAL

1. De conformidad con la Sección 16 de la Resolución Procesal No. 1 (“RP1”), y en concordancia con los plazos establecidos en la Resolución Procesal No. 5 (“RP5”), las Partes intercambiaron: (i) solicitudes de exhibición de documentos el 4 de julio de 2018; (ii) objeciones a las solicitudes de exhibición de documentos de la contraparte el 18 de julio de 2018; y (iii) respuestas a dichas objeciones el 25 de julio de 2018.
2. Mediante la presente Resolución el Tribunal resuelve aquellas solicitudes sobre las cuales las Partes no accedieron a la exhibición voluntaria de los documentos solicitados por la contraparte. Para ello, el Tribunal primero definirá los estándares y reglas aplicables para luego decidir sobre las solicitudes en cuestión. Las razones y justificaciones relativas a cada decisión se encuentran incorporadas en los formatos Redfern anexos, los cuales hacen parte integral de esta Resolución. El Anexo A corresponde a las solicitudes de exhibición de documentos de los Demandantes y el Anexo B corresponde a las solicitudes de exhibición de documentos de la Demandada.

II. ESTÁNDARES Y REGLAS APLICABLES

3. El procedimiento del presente arbitraje se rige por: (i) las reglas procesales establecidas en el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Colombia (“Tratado”); (ii) el Convenio CIADI; (iii) las Reglas de Arbitraje del CIADI (“Reglas de Arbitraje”); y (iv) las reglas procesales establecidas en la RP1.
4. El Tratado no cuenta con disposición especial alguna en materia de exhibición de documentos.
5. No obstante, bajo el Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje las Partes tienen amplia libertad para conjuntamente determinar el procedimiento aplicable, incluso respecto de la exhibición de documentos y la subsecuente práctica de pruebas. En la medida en que las Partes no logren establecer un procedimiento de manera conjunta, el Tribunal igualmente cuenta con amplia discreción para hacerlo en su lugar. Tanto el Artículo 43 del Convenio CIADI como la Regla 34 de las Reglas de Arbitraje le otorgan, respectivamente, al Tribunal la prerrogativa de ordenar a las Partes la producción de documentos en los siguientes términos:

Salvo que las partes acuerden otra cosa, el Tribunal en cualquier momento del procedimiento, podrá, si lo estima necesario: (a) solicitar de las partes la aportación de documentos o de cualquier otro medio de prueba [...]

y

(1) El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera prueba rendida y de su valor probatorio.

(2) El Tribunal podrá, si lo estima necesario en cualquier etapa del procedimiento: (a) requerirle a las partes que presenten documentos, testigos y peritos [...]

6. Por su parte, las Secciones 16.1 y 16.2 de la RP1 disponen, respectivamente, lo siguiente:

Dentro del plazo establecido [...], una Parte puede presentar a la otra Parte una solicitud de exhibición de documentos o categorías de documentos que se encuentren en su posesión, custodia o control. Dicha solicitud de exhibición deberá identificar, con precisión, cada documento o categoría de documentos solicitados [...], especificando por qué los documentos solicitados son relevantes y materiales para el resultado del caso.

Dentro del plazo establecido [...], la otra Parte deberá exhibir los documentos solicitados o [...] presentar a la Parte solicitante y al Tribunal las razones y/u objeciones de su falta de exhibición de, o rechazo a exhibir los documentos solicitados.

7. A su vez, la Sección 16.3 de la RP1 limita las objeciones que las Partes pueden presentar a las solicitudes de exhibición de documentos de la contraparte a: “(i) un impedimento legal, privilegio, confidencialidad o sensibilidad política; (ii) la relevancia o materialidad de la documentación solicitada; y/o (iii) el carácter irrazonable y/o excesivamente gravoso de la documentación solicitada u otras consideraciones relacionadas con la equidad”.
8. Adicionalmente, la Sección 17.8 de la RP1 dispone que, “[e]n los demás asuntos sobre recepción de prueba que no estén cubiertos por esta Resolución Procesal u otras que emita el Tribunal, el presente procedimiento se guiará por las Reglas de la IBA sobre la Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (las “Reglas de la IBA sobre Prueba”), aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA” (“Reglas de la IBA”).
9. Conjuntamente, las Secciones 16.1 a 16.3 y 17.8 de la RP1 permiten que el Tribunal emita sus decisiones sobre exhibición de documentos guiándose por las Reglas de la IBA. Lo anterior, a pesar de no estar obligado a ajustarse a ellas de manera estricta.
10. Las Reglas de la IBA relevantes al respecto son las siguientes:

- Artículo 3.3:

Una Solicitud de Exhibición de Documentos deberá contener:

- (a) (i) una descripción de cada Documento cuya exhibición se solicite que sea suficiente para identificarlo, o

(ii) una descripción suficientemente detallada (incluyendo el asunto de que se trate) de la concreta y específica categoría de Documentos requeridos que razonablemente se crea que existen; en el caso de Documentos conservados en formato electrónico, la Parte solicitante puede o el Tribunal Arbitral puede requerirle que proceda a, identificar archivos específicos, términos de búsqueda, individuos o cualquier otro medio de búsqueda para esos Documentos en una forma eficiente y económica.
- (b) una declaración de por qué los Documentos requeridos son relevantes para el caso y sustanciales para su resolución; y

Resolución Procesal No. 6

- (c) (i) una declaración de que los Documentos requeridos no se encuentran en poder, custodia o control de la Parte que los solicita o una declaración de las razones por las cuales sería irrazonablemente gravoso para la Parte solicitante exhibir tales Documentos, y
- (ii) una declaración sobre las razones por las cuales la Parte solicitante supone que los Documentos requeridos están en poder, custodia o control de otra Parte.

- Artículo 3.4:

Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, la Parte a quien se dirija la Solicitud de Exhibición de Documentos deberá presentar a las otras Partes y, al Tribunal Arbitral si éste así lo ordenara, todos los Documentos solicitados que se encuentren en su poder, bajo su custodia o control y respecto de los cuales no presente objeción.

- Artículo 3.5:

Si la Parte a quien se dirige la Solicitud de Exhibición de Documentos tiene una objeción a alguno o a todos los Documentos solicitados, deberá poner de manifiesto la objeción por escrito al Tribunal Arbitral y a las otras Partes dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral. Solamente podrán aducirse como objeciones las razones mencionadas en el Artículo 9.2 o el incumplimiento de alguno de los requisitos prescriptos en el Artículo 3.3.

- Artículo 3.7:

Cualquier Parte puede, dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, requerir a éste que resuelva la objeción. El Tribunal Arbitral deberá, consultando a las Partes y en un plazo razonable, considerar la Solicitud de Exhibición de Documentos y la objeción. El Tribunal Arbitral podrá ordenar a la Parte a quien se dirija dicha Solicitud que presente cualquiera de los Documentos solicitados que se encuentre en su poder, bajo su custodia o su control y respecto del cual el Tribunal Arbitral decida que: (i) los aspectos que desea probar la Parte que los solicita son relevantes para el caso y sustanciales para su resolución, (ii) ninguna de las objeciones contempladas en el Artículo 9.2 es de aplicación, y (iii) los requisitos del Artículo 3.3. han sido cumplidos. Cualquiera de esos Documentos, deberá ser exhibido a las otras Partes y, si éste así lo ordenara, al Tribunal Arbitral.

- Artículo 9.2:

El Tribunal Arbitral podrá excluir, a instancia de parte o de oficio, la prueba o la exhibición de cualquier Documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones:

- (a) Falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso;
- (b) existencia de impedimento legal o privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral;

Resolución Procesal No. 6

- (c) onerosidad o carga excesiva para la práctica de las pruebas solicitadas;
- (d) pérdida o destrucción del Documento, siempre que se demuestre una razonable probabilidad de que ello haya ocurrido;
- (e) confidencialidad por razones comerciales o técnicas que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes;
- (f) razones de especial sensibilidad política o institucional que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución pública internacional);
o
- (g) consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes.

- Artículo 9.3:

Al evaluar la existencia de impedimentos legales o privilegios bajo el artículo 9.2 (b), y en la medida en que sea permitido por cualesquiera normas jurídicas o éticas obligatorias cuya aplicación fuera determinada por el Tribunal Arbitral, éste puede tomar en consideración:

- (a) cualquier necesidad de proteger la confidencialidad de un Documento creado o de una declaración o comunicación oral realizada en relación con o al efecto de proporcionar u obtener asesoramiento jurídico;
- (b) cualquier necesidad de proteger la confidencialidad de un Documento creado o de una declaración o comunicación oral realizada en relación con y al efecto de negociaciones con el objeto de arribar a una transacción;
- (c) las expectativas de las Partes y de sus asesores el tiempo en que se alega que ha surgido el impedimento o privilegio legal;
- (d) cualquier posible dispensa de un impedimento o privilegio legal aplicable en virtud de consentimiento, revelación anterior, uso favorable del Documento, declaración, comunicación oral o recomendación contenida en ella, o de cualquier otro modo; y
- (e) la necesidad de mantener la equidad e igualdad entre las Partes, particularmente si ellas estuvieran sujetas a normas jurídicas o éticas diferentes;

11. En virtud de lo anterior, el análisis y las determinaciones del Tribunal se rigen por las siguientes consideraciones:

- i. **Especificidad:** La solicitud debe ser lo suficientemente específica como para permitir la identificación de cada documento solicitado o categoría de documento solicitada.

- ii. **Relevancia y materialidad:** Los documentos o categoría de documentos solicitados deben ser relevantes para demostrar las alegaciones contenidas en los escritos de las Partes, así como materiales respecto del resultado de las reclamaciones de las mismas. En esta etapa del procedimiento, el Tribunal únicamente está en condición de llevar a cabo un análisis *prima facie* tanto de la relevancia como de la materialidad de los documentos solicitados, en consideración de las alegaciones de las Partes. Dicho análisis *prima facie* no es óbice para acarrear uno distinto posteriormente en beneficio de un expediente desarrollado. Cabe resaltar que la asignación de la carga de la prueba no hace parte del estándar aplicable.
- iii. **Existencia, posesión, custodia y control:** Debe ser más probable que los documentos solicitados existan y se encuentren en poder, custodia o control de la otra Parte.
- iv. **Balance de intereses:** Cuando corresponda, el Tribunal sopesará los intereses legítimos de la Parte solicitante, así como aquellos de la Parte requerida. Lo anterior, en consideración de todas las circunstancias relevantes. A saber, principalmente, los privilegios o impedimentos legales aplicables a ciertos documentos o categorías de los mismos, la posible necesidad de salvaguardar la confidencialidad de la información en cuestión, y la proporcionalidad entre la relevancia y la materialidad de la información solicitada, por un lado, y la carga impuesta a la Parte requerida para producir dicha información, por el otro.

III. RESOLUCIÓN

12. En vista de lo anterior,

- i. Respecto de las solicitudes de exhibición de documentos de los Demandantes, y conforme a las razones expuestas en el formato Redfern adjunto como Anexo A, el Tribunal:
 - a. Observa que ninguna decisión es requerida en relación con las solicitudes No. 18, 38, 41, 58, 63, 65, 79, 83, 98, 99, 100 y 101.
 - b. Otorga las solicitudes No. 2, 3, 5, 7, 11, 13, 20, 21, 34, 42, 43, 44, 47, 48, 49, 51, 56, 64, 67, 76, 85, 86, 88, 89, 91, 92, 95 y 96.
 - c. Otorga parcialmente las solicitudes No. 8, 12, 15, 16, 17, 19, 23, 24, 25, 29, 33, 35, 36, 37, 39, 40, 45, 46, 52, 53, 54, 55, 57, 59, 60, 61, 62, 66, 70, 71, 72, 73, 74, 77, 80, 82, 84, 90 y 93, con el alcance indicado en el Anexo A; y
 - d. Rechaza todas las demás solicitudes restantes, salvo por la exhibición voluntaria de documentos en el caso de las solicitudes No. 14, 50 y 75.
- ii. Respecto de las solicitudes de exhibición de documentos de la Demandada, y conforme a las razones expuestas en el formato Redfern adjunto como Anexo B, el Tribunal:
 - a. Observa que ninguna decisión es requerida en relación con las solicitudes No. 4, 8, 9, 16, 21, 27, 36, 42, 45, 47, 49, 50 y 54.

- b. Otorga las solicitudes No. 5, 6, 10, 15, 26, 35, 46 y 55.
 - c. Otorga parcialmente las solicitudes No. 1, 2, 3, 7, 11, 12, 13, 17, 18, 20, 23, 24, 25, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 39, 43 y 53, con el alcance indicado en el Anexo B; y
 - d. Rechaza todas las demás solicitudes restantes, salvo por la exhibición voluntaria de documentos en el caso de la solicitud No. 37.
 - e. Toma nota de la objeción de la Demandada a la carta de acompañamiento de los Demandantes. Sin embargo, en la medida en que dicha carta desarrolla argumentos aplicables a un gran número de solicitudes y que en todo caso son planteados en el formato Redfern de los Demandantes a efectos de replicar a las objeciones de la Demandada, el Tribunal considera que la remisión por parte de los Demandantes a dicha carta de acompañamiento no constituye una presentación indebida.
- iii. Respecto de las solicitudes de exhibición de documentos de ambas Partes:
- a. De conformidad con la comunicación a las Partes del 30 de julio de 2018, cada Parte deberá producir los documentos correspondientes a las solicitudes total o parcialmente otorgadas a más tardar el **31 de agosto de 2018**. Dichos documentos deben ser comunicados únicamente a los abogados de la contraparte respectiva.
 - b. Dentro del mismo plazo, la Parte alegando ser titular de un derecho a no producir ciertos apartes de un documento por cuestiones de confidencialidad, privilegio y/o impedimento legal deberá producir una versión de dicho documento expurgando la información en cuestión. Si dicha Parte alega ostentar el derecho a no producir la totalidad del documento, esta deberá identificar el documento relevante (referenciando su fecha, asunto, autor(es) y destinatario(s)) en un registro de confidencialidad y/o privilegio (“*confidentiality/privilege log*”). En ambos casos, la Parte deberá identificar el fundamento jurídico de la confidencialidad o privilegio alegado (incluyendo el derecho aplicable y las razones por las cuales dicho derecho es relevante en el presente caso) y, de ser aplicable, una breve explicación de la razón por la cual la confidencialidad o el privilegio no ha sido desistido o renunciado.
 - c. Si la Parte contraria considera que la invocación de confidencialidad y/o privilegio por la contraparte carece de sustento, aquella deberá objetar razonadamente a más tardar el **7 de septiembre de 2018**. La Parte invocando la confidencialidad y/o el privilegio podrá responder a dichas objeciones a más tardar el **14 de septiembre de 2018**. Luego el Tribunal decidirá cualquier asunto pendiente.

- d. Los rubros **b.** y **c.** anteriores son aplicables únicamente en la medida en que el Tribunal no haya ya desestimado, en los Anexos A o B adjuntos a la presente Resolución, los argumentos sobre confidencialidad, privilegio y/o impedimento legal presentados por una de las Partes.
- e. El Tribunal se reserva la asignación de costas para una etapa posterior.

[Firmado]

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler
Presidenta del Tribunal