

**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. 7

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

4 de octubre 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. El 16 de agosto de 2018, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 6 (“RP6”), en la que resolvió aquellas solicitudes que no habían sido resueltas por las Partes. En dicha Resolución Procesal, el Tribunal ordenó la exhibición de ciertos documentos, con sujeción a las siguientes reglas:
 - 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.¹

¹ RP6, ¶ 12(iii).

3. El 31 de agosto de 2018, las Partes exhibieron los documentos cuya exhibición había ordenado el Tribunal, y presentaron sus respectivos registros de privilegio o confidencialidad.
4. El 7 de septiembre de 2018, cada Parte presentó sus objeciones al registro de privilegio o confidencialidad de la otra Parte.
5. El 14 de septiembre de 2018, cada Parte presentó sus respuestas a las objeciones formuladas por la otra a su registro de privilegio o confidencialidad.
6. La presente Orden resuelve las objeciones a los registros de privilegio o confidencialidad de las Partes. El Tribunal determinará en primer lugar los estándares y reglas aplicables a cuestiones de confidencialidad, privilegio e impedimento legal (Sección II). Luego resolverá las objeciones al registro de privilegio de los Demandantes (Sección III), para terminar con las objeciones al registro de confidencialidad de la Demandada (Sección IV).

II. ESTÁNDARES Y REGLAS APLICABLES

7. Los estándares y reglas aplicables para la exhibición de documentos fueron detallados en la RP6. En materia de privilegio y confidencialidad, cabe resaltar que el Artículo 9.2 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba 2010 (las “Reglas de la IBA”) dispone, en su parte pertinente, lo siguiente:

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:

[...]

- (b) existencia de impedimento legal o privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral;

[...]

- (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)[.]

8. Por su parte, el Artículo 9.3 de las Reglas de la IBA dispone:

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 o 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[.]
9. En virtud de estas disposiciones, el Tribunal considera que: (i) cuenta con amplia discreción para determinar cuáles son las reglas legales o éticas aplicables a cuestiones de impedimento o privilegio legal; y (ii) con sometimiento al control de las normas jurídicas o éticas imperativas que el Tribunal haya determinado que son aplicables, el Tribunal puede tomar en consideración los factores enumerados en el Artículo 9.3 de las Reglas de la IBA. Esto requiere que el Tribunal determine en primer lugar si existen normas legales o éticas de carácter imperativo aplicables a cuestiones de privilegio, incluyendo la consideración de los factores enumerados en el Artículo 9.3.
10. El presente caso es un arbitraje CIADI sin sede formal, y por consiguiente no está sujeto a las reglas imperativas de ninguna sede. Cualquier norma imperativa potencialmente aplicable deberá por lo tanto encontrarse en el Convenio del CIADI o en las Reglas de Arbitraje del CIADI. Sin embargo, ninguno de estos instrumentos contiene normas imperativas sobre privilegio o impedimento legal. Por el contrario, el Artículo 44 del Convenio del CIADI² y la Regla 34(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI (2006)³ confirman que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el Tribunal goza de amplia discreción en materia probatoria.
11. En consecuencia, el Tribunal goza de amplia discreción para determinar las normas legales o éticas que rigen las pretensiones de privilegio o impedimento legal invocadas por las

² El Artículo 44 del Convenio del CIADI dispone: “Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal.”

³ La Regla 34(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI (2006) dispone: “El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera prueba rendida y de su valor probatorio.”

Partes, bajo la orientación de las Reglas de la IBA, como han acordado las Partes. El Tribunal realizará ese análisis caso por caso.

III. OBJECIONES AL REGISTRO DE PRIVILEGIO DE LOS DEMANDANTES

12. Los Demandantes desean excluir dos categorías de documentos de la exhibición ordenada por el Tribunal: (A) documentos que alegan están protegidos por privilegio legal, y (B) ciertas partes expurgadas de documentos que están siendo exhibidos.

A. Documentos que los Demandantes desean excluir por estar sujetos a privilegio legal

13. En su Registro de Documentos Sujetos a Privilegio (“Registro de Privilegio”), los Demandantes ha identificado ciertos documentos que responden a las Solicitud No. 7 de la solicitud de exhibición de documentos de la Demandada, los que los Demandantes desean excluir de la exhibición invocando privilegio legal (“*attorney-client privilege*” y “*common interest privilege*”).

1. Documentos solicitados por la Demandada

14. Cabe recordar que la Solicitud No. 7 de la Demandada pedía los siguientes documentos:

Documentos de Alsacia y Express a: (i) Binswanger, relacionados a los reportes de avalúo de inmuebles de Binswanger preparados el 1 de julio de 2016, y al modelo de valuación, estimación, suposiciones o instrucciones; y (ii) bonistas o posibles inversionistas, sobre el proceso de avalúo de inmuebles de Binswanger y sobre los reportes de avalúo.⁴

15. El Tribunal otorgó esta solicitud parcialmente, limitada a documentos relativos a bonistas.⁵

⁴ RP6, Anexo B, Solicitud 7.

⁵ *Ibidem*. Específicamente, el Tribunal dio las siguientes razones: “La información es, prima facie, relevante y material. Respecto del rubro (i), el Tribunal considera que, si bien la información puede no encontrarse actualmente en la posesión o custodia de los Demandantes, es razonable que esta se encuentre, por lo menos, bajo su control. En efecto, resulta dudoso que Binswanger hubiese realizado los avalúos y tasaciones en cuestión por su cuenta. Respecto del rubro (ii), y en la medida en que la información solicitada se encuentra determinada por la información bajo el rubro (i), el Tribunal considera que la solicitud es suficientemente detallada. Por lo tanto, la búsqueda de la información correspondiente no conlleva una carga excesiva o desproporcionalmente onerosa para los Demandantes. Para la conclusión anterior el Tribunal tiene en cuenta, en particular, la declaración en el informe de Brattle señalada por la Demandada (Brattle IP, ¶ 106.d), la cual puede razonablemente considerarse como una alusión a los avalúos de Binswanger. No obstante, en la medida en que dicha referencia únicamente hace mención a las negociaciones con bonistas, el Tribunal considera que la solicitud de documentos relativos a “posibles inversionistas” resulta especulativa y por lo tanto inadmisibles. Por consiguiente, en relación con el rubro (ii), los Demandantes únicamente deberán exhibir información respecto de bonistas.”

2. Posiciones de las Partes

16. Los Demandantes han identificado 10 documentos que responden a la Solicitud No. 7 y que desean excluir de la exhibición por razones de privilegio legal. Los Demandantes invocan específicamente el Artículo 9.2(b) de las Reglas de la IBA. Alegan que los documentos están protegidos por el *attorney-client privilege* y, como parte de ello, el *common interest privilege*, los que sostienen han sido ampliamente reconocidos por los tribunales internacionales.
17. La Demandada rechaza la invocación de privilegio de los Demandantes, ya que en su opinión los Demandantes no han cumplido con los requisitos establecidos en la RP6 para invocar privilegio.
18. En primer lugar, el Tribunal entiende que la Demandada alega que los Demandantes no han identificado el fundamento jurídico de la confidencialidad o privilegio alegado (incluyendo el derecho aplicable), ni han explicado las razones por las cuales dicho derecho sería relevante para el presente caso.⁶
19. En segundo lugar, la Demandada alega que los Demandantes no han explicado las circunstancias que justificarían la aplicación del privilegio legal. Concretamente, la Demandada sostiene que:
 - a. La descripción de los documentos en la casilla “Asunto” del Registro de Privilegio no es suficiente para demostrar que contienen información protegida por privilegio legal. Para la mitad de los documentos en cuestión, esa descripción dice simplemente “Tasación”, sin una explicación que sugiera que el contenido de la comunicación es de naturaleza legal.
 - b. Varios de los documentos son correos electrónicos que tienen como autores o destinatarios a terceras personas (que no son los Demandantes ni sus abogados), por lo que no puede existir una presunción de *attorney-client privilege* ni *common interest privilege*. Por el contrario, la inclusión de terceras personas sugiere que la información no es de naturaleza legal entre abogado y cliente, o que los Demandantes han renunciado a ese privilegio.
20. La Demandada también observa que los documentos 1 a 5 del Registro de Privilegio (cuyo asunto es “*Re: Meeting with Marco Carmach*”) parecen responder a un correo electrónico inicial que no ha sido incluido en el Registro de Privilegio ni exhibido. La Demandada solicita que dicho correo sea exhibido.
21. Los Demandantes rechazan las objeciones de la Demandada a sus pretensiones de privilegio. Destacan que la Demandada no cuestiona que los principios relativos al privilegio sean aplicables en este arbitraje; sino que alega que los Demandantes no habrían

⁶ Carta de la Demandada del 7 de septiembre de 2018, ¶ 2.

justificado la aplicación de privilegio legal a los documentos identificados en el Registro de Privilegio de los Demandantes. Según los Demandantes, dicho argumento carece de sustento, por las siguientes razones:

- a. En primer lugar, los Demandantes alegan que han cumplido con las instrucciones del Tribunal al preparar su Registro de Privilegio. Cuando se lee el asunto de los documentos 6 a 10 (“Tasaciones” junto con el número respectivo) conjuntamente con la Solicitud No. 7 de la Demandada, los documentos privilegiados quedan suficientemente identificados sin revelar sus contenidos. Según los Demandantes, “[d]esarrollar con mayor detalle el alcance de los Documentos Privilegiados 6 a 10 privaría de todo efecto la protección que ofrece el privilegio legal.”⁷ Habiendo dicho esto, los Demandantes aclaran que dichos documentos son “correos enviados por las Compañías al abogado y el representante de los bonistas (el Sr. Jorge Martín y JP Morgan, respectivamente) con relación a las tasaciones de sus inmuebles por Binswanger en el marco de las negociaciones con el Estado.”⁸
 - b. En segundo lugar, los Demandantes afirman que los documentos 6 a 10 están protegidos por el *common interest privilege*, el que “se aplica cuando dos o más partes tienen un interés legal común” y “se aplica (*inter alia*) a comunicaciones entre terceras personas no implicadas directamente en un litigio.”⁹ Los Demandantes afirman que las terceras personas autoras o destinatarias de los correos en cuestión (que no son otros que las Compañías y los bonistas) tienen un interés común en la tasación de los inmuebles de las Compañías (entre otros temas). Los Demandantes también destacan que los correos fueron intercambiados después de la iniciación del presente arbitraje, y que su carácter privilegiado se ve reforzado por la participación del Sr. Jorge Martín (abogado de los bonistas) en estas comunicaciones. Adicionalmente, los Demandantes niegan haber renunciado a este privilegio, y destacan además que la Demandada tiene la carga de la prueba respecto de dicha renuncia, cuya ocurrencia debe ser evidente y explícita.
22. En cuanto al argumento de la Demandada de que los Demandantes no habrían incluido en el Registro de Privilegio ni exhibido el correo electrónico que da inicio a la cadena de los correos identificados como documentos 1 a 5, los Demandantes aclaran que, si bien no han podido localizar el original, este se encuentra reproducido en el documento 1. En todo caso, los Demandantes aclaran que el correo inicial fue enviado por la Sra. Christine Daley de River Birch Capital LLC el 4 de agosto de 2018, el cual trata el mismo tema que los documentos 1 a 5, y que por lo tanto está sujeto al mismo privilegio.
23. Finalmente, los Demandantes entienden que la Demandada acepta que los documentos 1 a 5 están sujetos a privilegio (o, al menos, no ha alegado por qué no lo estarían), pero a pesar

⁷ Carta de los Demandantes del 14 de septiembre de 2018, p. 2.

⁸ *Ídem*, p. 3.

⁹ *Ibidem*, citando el Restatement Third, The Law Governing Lawyers, ¶ 76, comentario (d), y la página web de la American Bar Association.

de ello solicitan su exhibición. Los Demandantes aclaran que los documentos 1 a 5 también están protegidos por *common interest privilege*, dado que son intercambios entre los representantes y abogados de las Compañías y los bonistas en el marco de sus negociaciones con el Estado.

3. Determinación del Tribunal

24. El Tribunal observa en primer lugar que la Demandada no cuestiona la existencia de los privilegios legales pretendidos por los Demandantes. Estos son, el privilegio que protege las comunicaciones entre abogados y sus clientes (*attorney-client privilege*), o el privilegio que protege las comunicaciones relativas a un asunto al que le es aplicable dicho privilegio legal, y que son transmitidas entre personas con un interés común (*common interest privilege*).
25. Sin embargo, los Demandantes no han identificado expresamente un derecho aplicable a su pretensión de privilegio, sino que se han referido a la práctica de los tribunales arbitrales internacionales al respecto. En opinión del Tribunal, el ejercicio apropiado es primero identificar el derecho aplicable a la pretensión de privilegio, independientemente de que este derecho deba luego adaptarse a las particularidades del arbitraje internacional. Así, respecto de comunicaciones entre los Demandantes y sus abogados chilenos relativas a sus inversiones en Chile, en principio el derecho aplicable sería el derecho chileno. No obstante, los Demandantes no han invocado ninguna norma del derecho chileno que consagre los privilegios aquí reclamados.
26. Habiendo dicho eso, el Tribunal considera que el concepto de *attorney-client privilege* ha sido ampliamente aceptado en el derecho internacional y comparado, y ha sido incluso aplicado por tribunales internacionales sin referencia a normas de derecho interno.¹⁰ En este sentido, ciertos comentaristas han sostenido que los privilegios que se encuentran bien establecidos pueden considerarse como principios generales de derecho.¹¹ En parte, ello es confirmado por el Artículo 9.3(a) de las Reglas de la IBA, el cual invita al Tribunal a considerar en su evaluación de las pretensiones de impedimento o privilegio legal “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.”
27. Si bien el contenido exacto de este privilegio puede variar, el Tribunal considera que, esencialmente, el *attorney-client privilege* protege comunicaciones (i) confidenciales (ii)

¹⁰ Véase, por ejemplo, *Dr. Horst Reineccius y otros c. Bank for International Settlements*, Resolución Procesal No. 6 del 11 de junio de 2002, Sección D, ¶ 10; *Vito Gallo c. Gobierno de Canadá* (NAFTA/UNCITRAL), Caso CPA No. 557-98, Resolución Procesal No. 3 del 8 de abril de 2009; *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/12/1, Resolución Procesal sobre la Exhibición de Documentos Privilegiados del 5 de julio de 2013;

¹¹ Charles N. Brower y Jeremy K. Sharpe, *Determining the Extent of Discovery and Dealing with Requests for Discovery: Perspectives from the Common Law*, en THE LEADING ARBITRATORS' GUIDE TO INTERNATIONAL ARBITRATION, Second Edition (2008), p. 326.

intercambiadas entre un abogado y su cliente (iii) con el propósito de dar o recibir asesoramiento jurídico.

28. En cuanto al *common interest privilege*, éste constituye una sub-categoría de *attorney-client privilege*¹² y, más precisamente, una excepción a la regla general de que la divulgación de comunicaciones cubiertas por el *attorney-client privilege* a terceras personas implica una renuncia del mismo.¹³ En efecto, si bien el contenido exacto de este privilegio varía según el derecho aplicable, en términos generales éste surge sólo cuando se trata de comunicaciones cubiertas por el *attorney-client privilege* que han sido compartidas con terceros.¹⁴ El fundamento de este privilegio es fomentar el libre intercambio de información entre partes en relación con sus intereses legales comunes para mejorar la calidad del asesoramiento jurídico.¹⁵ Por consiguiente, el Tribunal únicamente debe abordar cuestiones relativas al *common interest privilege* (a saber, si este forma parte de un derecho doméstico aplicable a la presente disputa o si su aceptación es lo suficientemente generalizada como para prescindir de una referencia específica a un derecho doméstico relevante) tras haber determinado la aplicabilidad del *attorney-client privilege* a los documentos en cuestión.
29. En virtud de lo expuesto, y luego de considerar las explicaciones adicionales de los Demandantes, el Tribunal determina que ninguno de los documentos en disputa están protegidos por el *attorney-client privilege* y, consecuentemente, tampoco lo están por el *common interest privilege*. La conclusión del Tribunal se fundamenta en las siguientes razones:
- a. Respecto de los documentos 1 a 5 (cuyo asunto es “*Re: Meeting with Marco Carmach*”), los Demandantes han explicado que se trata de intercambios entre los representantes y abogados de las Compañías y los bonistas en el marco de sus negociaciones con el Estado. No obstante, los Demandantes en ningún momento han alegado ni mucho menos demostrado que estos documentos guardan relación con el propósito de dar o recibir asesoramiento jurídico. Los demandantes tampoco han hecho mención alguna del tipo de asesoramiento jurídico ofrecido o recibido. Si bien parece ser que abogados han sido remitentes o destinatarios de los documentos 1 a 5, ello resulta insuficiente.
 - b. Respecto de los documentos 6 a 10 (cuyo asunto es “Tasaciones” más el número del correo respectivo), los Demandantes han aclarado que se trata de correos enviados por las Compañías al abogado y al representante de los bonistas con relación a las tasaciones de sus inmuebles por Binswanger en el marco de las negociaciones con el Estado. No obstante, los Demandantes se limitan a sostener que dichos documentos

¹² Véase *Burlington Resources Inc. c. Republica de Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Resolución Procesal No. 5 del 7 de febrero de 2011, ¶ 30.

¹³ Nicolas Grégoire, EVIDENTIARY PRIVILEGES IN INTERNATIONAL ARBITRATION, Collection Genevoise, Genève/Zurich/Paris 2016, Schulthess Éditions Romandes / LGDJ, p. 73.

¹⁴ *Idem*, pp. 74-75.

¹⁵ *Idem*, p. 73.

se encuentran protegidos por el *attorney-client privilege* de nuevo sin alegar, y menos aún demostrar, que estos reflejan de alguna manera un asesoramiento jurídico.

- c. Incluso asumiendo que los Demandantes hayan establecido debidamente la aplicabilidad del *attorney-client privilege* (*quod non*), el Tribunal no acepta la afirmación de los Demandantes de que todos los documentos identificados en su Registro de Privilegio han sido intercambiados sólo entre representantes de las Compañías, los representantes de los bonistas, y sus respectivos abogados, quienes comparten un interés común. En efecto, los Demandantes no han proporcionado información alguna (bien sea en sus escritos, declaraciones testimoniales, o en sus solicitudes de exhibición de documentos) sobre River Birch Capital LLC (a saber, la entidad que inicia la cadena de correos electrónicos correspondiente a los documentos 1 a 5). Por lo tanto, difícilmente puede hablarse de un interés común tratándose de comunicaciones transmitidas a entidades cuyo involucramiento relevante en el presente caso no ha sido definido. A su vez, ello precluye la posibilidad de que el *common interest privilege* alegado opere como excepción a la renuncia del *attorney-client privilege* a causa de la divulgación de información a terceras personas.
30. Por consiguiente, los documentos identificados por los Demandantes en su Registro de Privilegio no son privilegiados y los Demandantes no pueden excluir su exhibición.

B. Documentos expurgados por los Demandantes

31. En su carta del 31 de agosto de 2018, los Demandantes señalaron que habían expurgado las actas del directorio de Alsacia y Express exhibidas en respuesta a las Solicitudes 18 y 34 de la Demandada, de manera que sólo muestren el contenido que responde a la Solicitud respectiva según ésta fue acotada por el Tribunal. La Demandada no objetó esta expurgación.
32. Sin embargo, en su carta del 7 de septiembre de 2018, la Demandada sí objetó la expurgación de 6 documentos que responden a la Solicitud No. 21 de la Demandada. Concretamente, alega que los Demandantes no han señalado el fundamento jurídico de la confidencialidad o privilegio alegado, incluyendo el derecho aplicable y las razones por las que dicho derecho sería relevante al presente caso, ni tampoco han proporcionado ninguna otra explicación que justifique dicha expurgación.
33. En su réplica, los Demandantes explicaron que “únicamente han expurgado las Actas de la Solicitud 21 para que muestren todo el contenido que responde a dicha Solicitud y nada más”, y agregan que, “[p]or definición, aquellos apartes de las actas que no responden a la Solicitud 21 no son relevantes y materiales para este caso.”¹⁶ Los Demandantes agregan que han utilizado el mismo criterio que utilizaron para las actas que responden a las Solicitudes 18 y 34, a cuyas expurgaciones la Demandada no ha objetado.

¹⁶ Carta de los Demandantes del 14 de septiembre de 2018, p. 5.

34. La Solicitud No. 21 de la Demandada pedía “[d]ocumentos de los Demandantes, Alsacia y Express (incluyendo actas del directorio) sobre la decisión de iniciar un proceso de reorganización judicial en el 2017 bajo la ley chilena.”¹⁷ Los Demandantes ofrecieron exhibir voluntariamente “las actas de los directorios de las Compañías (con expurgaciones del contenido confidencial y/o sujeto a privilegio legal) en las que se discute o aprueba ‘la decisión de iniciar un proceso de reorganización judicial en el 2017’.”¹⁸ La Demandada aceptó este ofrecimiento, en el entendimiento de que “los Demandantes harán una interpretación adecuada de lo que es privilegiado y/o confidencial al momento de hacer la expurgación, procurando entregar los Documentos en su versión original.”¹⁹
35. El Tribunal no dispone de elementos que pongan en duda la declaración de los Demandantes de que han exhibido las porciones de las actas de directorio de las Compañías que responden a la Solicitud No. 21. Siendo así, el Tribunal considera que la información expurgada no es relevante para el caso, y por lo tanto los Demandantes han cumplido con su compromiso de exhibición voluntaria. El Tribunal observa también que la Demandada ha aceptado este criterio respecto de otras solicitudes. Por estas razones, el Tribunal confirma como adecuadas las expurgaciones realizadas por los Demandantes a los documentos que responden a la Solicitud No. 21.

IV. OBJECIONES AL REGISTRO DE CONFIDENCIALIDAD DE LA DEMANDADA

36. En su Registro de Confidencialidad, la Demandada ha identificado documentos que responden a las Solicitudes No. 85 y 86 de exhibición de documentos de los Demandantes, y los que la Demandada desea excluir de la exhibición sobre la base de que tendrían carácter confidencial.

A. Los documentos solicitados por los Demandantes

37. Cabe recordar que la Solicitud No. 85 de los Demandantes pedía los siguientes documentos:

En relación con las Bases de la Nueva Licitación:

- (i) Las recomendaciones recibidas por el DTPM y/o el MTT sobre cómo elaborar dichas Bases y/o su contenido;
- (ii) Los estudios preparados, solicitados y/o revisados por el DTPM y/o el MTT para elaborar las Bases de la Nueva Licitación;
- (iii) Los Documentos preparados, solicitados y/o revisados por el DTPM y/o el MTT para justificar y/o explicar las diferencias entre el primer borrador y la versión final de las Bases de la Nueva Licitación, incluidas las diferencias relativas al ICR;

¹⁷ RP6, Anexo B, Solicitud 21.

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ibidem.*

- (iv) Los Documentos que justifiquen y/o comenten el requisito de la Cláusula 6.6 de las Bases de Nueva Licitación según el cual la idoneidad técnica de los Operadores históricos del Transantiago será calculada tomando en cuenta el ICR promedio de los últimos doce meses; y
- (v) Los Documentos que justifiquen y/o expliquen el cambio en la metodología de cálculo del ICR bajo los Contratos de Concesión Iniciales y la Nueva Licitación.”

38. Por su parte, la Solicitud No. 86 pedía los siguientes documentos:

En relación con la Nueva Licitación:

- (i) Las presentaciones preparadas por y/o hechas a Autoridades, Representantes y Funcionarios del DTPM y/o el MTT en relación con los términos económicos de la Nueva Licitación; y
- (ii) Las corridas económicas, simulaciones y otros análisis económicos realizados por el DTPM y/o el MTT de la Nueva Licitación.

39. Los Demandantes definen el término “Nueva Licitación” como “nueva licitación pública para la concesión de las Unidades de Negocio Nos. 1, 4, 6, 7, 8 y 9”.²⁰ Si bien esa definición no se refiere a la fecha de esa nueva licitación, se desprende de otras declaraciones de los Demandantes que se trata de la licitación que se llevó a cabo en el año 2017.²¹ Por su parte, la Demandada define el término “Nueva Licitación” como “Proceso de licitación pública para la nueva concesión del uso de las vías de las Unidades de Negocio 1, 4, 6-9 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley N° 18.696 que se llevaría a cabo en el 2017.”²² De lo anterior se desprende que los Demandantes solicitan documentos relacionados con la licitación que se inició en 2017 y se declaró desierta en 2018. El Tribunal se referirá a esta licitación como la “Licitación 2017”, y a sus bases como las “Bases 2017”, para distinguirlas de la nueva licitación que está planificada para 2018 y cuyas bases están en proceso de elaboración, a las que se referirá como la “Licitación 2018” y “Bases 2018”, respectivamente.

40. El Tribunal otorgó ambas solicitudes por las siguientes razones:

“La información es, *prima facie*, relevante y material (lo que en todo caso no está en disputa). Respecto de la única objeción, el Tribunal observa que la información solicitada corresponde principalmente a la licitación declarada desierta en marzo de 2018. En este contexto, la Demandada no proporciona elementos para determinar que (todos) los documentos correspondientes a dicha licitación son efectivamente utilizados como “insumos” o “parámetros” en las Bases 2018 para una nueva licitación. Además, la Demandada no indica por qué su uso como “insumos” o “parámetros” impediría necesariamente la exhibición

²⁰ Memorial de Demanda, ¶ 458.

²¹ En particular, los Demandantes definen se refieren a las bases de licitación de la Nueva Licitación como las “Bases de Licitación de 2017”. Memorial de Demanda, ¶ 459.

²² Memorial de Contestación, Glosario.

de la totalidad de la información solicitada. No obstante, sujeto al cumplimiento de las condiciones allí definidas, la Demandada puede recurrir a las protecciones establecidas al respecto en la Resolución Procesal No. 6.”²³

41. La Demandada ha exhibido 64 documentos que responden a estas dos solicitudes, y ha identificado 75 documentos que desea excluir de dicha exhibición por considerarlos de carácter confidencial de acuerdo con el artículo 21 No. 1, letra b) de la Ley de Transparencia (el “Artículo 21.1.b”).

B. Posiciones de las Partes respecto de los documentos que la Demandada desea excluir de la exhibición

42. La Demandada alega que documentos identificados en su Registro de Confidencialidad están siendo actualmente utilizados por el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (“MTT”) para formular las Bases 2018, las que se encuentran actualmente en proceso de elaboración. La Demandada explica que estos documentos, que han sido preparados por asesores en materia de transporte, “contienen información de carácter técnico, al igual que consejos y asesorías de cómo mejorar el Transantiago”,²⁴ y constituyen “un antecedente previo que servirá de fundamento para la adopción de políticas públicas o medidas concretas en materia de tránsito y transporte público, específicamente en relación con la definición del marco regulatorio para las próximas licitaciones de uso de vías, en la adopción de acciones en la administración de los actuales contratos de concesión y gestión del sistema de transporte en general.”²⁵
43. La Demandada alega que “la divulgación de esta información, previa a la adopción de una medida o política en particular, implicaría inmiscuirse en el ámbito de decisión del MTT, afectando de manera evidente el privilegio deliberativo del mismo.”²⁶ Más concretamente, la Demandada sostiene que, “[d]e ser exhibidos, el contenido de estos antecedentes afectaría el proceso de licitación para las nuevas concesiones de transporte público de Santiago, llegando incluso a viciar y frustrar la nueva licitación”, lo que tendría un impacto negativo en la libre competencia en el mercado y obligaría al Estado a desarrollar nuevas bases de licitación, causando demoras y costos adicionales para el Estado chileno.”²⁷
44. La Demandada sostiene que lo anterior configura causal de secreto o reserva bajo el Artículo 21 No. 1, letra b) de la Ley de Transparencia, que dispone:

“Las únicas causales de secreto o reserva en cuya virtud se podrá denegar total o parcialmente el acceso a la información, son las siguientes:

²³ RP6, Anexo A, Solicitud No. 85. El Tribunal explicó para la Solicitud No. 86 (“El Tribunal remite a las Partes a su razonamiento en relación con la Solicitud No. 85, aplicable aquí mutatis mutandis. En esta medida, sujeto al cumplimiento de las condiciones allí definidas, la Demandada puede recurrir a las protecciones establecidas al respecto en la Resolución Procesal No. 6.”)

²⁴ Registro de Confidencialidad de la Demandada del 31 de agosto de 2018, pp. 1.

²⁵ *Ídem*, p. 2.

²⁶ *Ídem*, p. 2.

²⁷ Registro de Confidencialidad de la Demandada del 31 de agosto de 2018, pp. 1-2.

1. Cuando su publicidad, comunicación o conocimiento afecte el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido, particularmente:

[...]

b) Tratándose de antecedentes o deliberaciones previas a la adopción de una resolución, medida o política, sin perjuicio que los fundamentos de aquéllas sean públicos una vez que sean adoptadas.”

45. La Demandada agrega que, según el Artículo 7 No. 1 letra b) del Reglamento de la Ley de Transparencia, “[s]e entiende por antecedentes todos aquellos que informan la adopción de una resolución, medida o política, y por deliberaciones, las consideraciones formuladas para la adopción de las mismas, que consten, entre otros, en discusiones, informes, minutas u oficios.”
46. Los Demandantes rechazan la pretensión de privilegio de la Demandada. En primer lugar, sostienen que el Tribunal (i) ya rechazó en la RP6 la invocación de la Ley de Transparencia en el marco de un arbitraje internacional, y que (ii) en cualquier caso, decidió que la Demandada no cumplió con las condiciones que la Ley de Transparencia establece para facultar (y no obligar) al Estado a no entregar información.
47. En el caso de que el Tribunal aceptase que la Demandada sí puede invocar el Artículo 21(1)(b) de la Ley de Transparencia, los Demandantes alegan que el Tribunal debe rechazar la calificación de los mismos como confidenciales, ya que la Demandada no ha probado dicho carácter confidencial, y en cualquier caso ha renunciado a la alegada protección de dichos documentos. Concretamente, los Demandantes alegan que la Demandada no ha sustentado por qué la exhibición de los documentos solicitados afectaría el debido cumplimiento de las funciones del órgano requerido (en este caso, el MTT o del Directorio de Transporte Público Metropolitano o “DPTM”) o afectaría el privilegio deliberativo del mismo. Por el contrario, los Demandantes sostienen que la invocación de privilegio de la Demandada es absurda por los siguientes motivos:
- a. Tanto en su Memorial de Contestación como en este proceso de exhibición de documentos, la Demandada ya ha presentado documentos que, como los que ahora se niega a exhibir, fueron elaborados entre 2016 y 2017 para formular las bases de la nueva licitación de transporte público de la ciudad de Santiago.²⁸ En consecuencia, aún si esta categoría de documentos fuese confidencial, lo que los Demandantes rechazan, la Demandada habría renunciado a toda protección por confidencialidad.
- b. Algunos de los documentos que la Demandada considera confidenciales son públicos.

²⁸ Los Demandantes se refieren específicamente al Anexo R-0198, y a los 64 documentos que la Demandada ha exhibido en respuesta a las Solicitudes No. 85 y 86.

- c. La Demandada no ha explicado por qué el uso de los documentos como ‘insumos’ o ‘parámetros’ impediría necesariamente la exhibición de la totalidad de la información solicitada, como señaló el Tribunal en la RP6.
- d. La Demandada tampoco ha probado (como advirtió el Tribunal en la RP 6) que los documentos correspondientes a la Licitación 2017 estén siendo efectivamente utilizados por el MTT como ‘insumos’ o ‘parámetros’ para la nueva Licitación 2018.
48. Por las razones anteriores, los Demandantes solicitan al Tribunal que ordene a la Demandada exhibir los documentos identificados en su Registro de Confidencialidad con carácter urgente.
49. La Demandada rechaza las objeciones de los Demandantes. En primer lugar, alega que los Demandantes hacen una lectura errada tanto de la RP6 como de la Ley de Transparencia. En cuanto a la RP6, la Demandada sostiene que el Tribunal expresamente señaló que decidiría cualquier asunto pendiente sobre privilegio o confidencialidad, y que por lo tanto le corresponde ahora al Tribunal analizar la invocación de la Ley de Transparencia a los documentos que responden a las Solicitudes No. 85 y 86 cuya exhibición la Demandada desea excluir. En cuanto a la Ley de Transparencia, la Demandada afirma que, configuradas las causales de secreto o reserva contempladas en la Ley de Transparencia, “es incorrecto afirmar que el Estado chileno tiene la ‘facultad’, más no la obligación, de reservar la confidencialidad de los documentación solicitada.”²⁹ Según la Demandada, en virtud de los principios y normas que rigen el proceso concursal, el Estado chileno “no puede ‘renunciar’ a la confidencialidad [...] ya que el Estado está obligado a no divulgar antecedentes que afecten el correcto funcionamiento del órgano estatal competente.”³⁰ La Demandada destaca que tanto el Código de Ética sobre la probidad en compras públicas como el Código Penal chileno exigen que los funcionarios públicos resguarden la confidencialidad de documentos que contengan información privilegiada.
50. En cuanto al carácter confidencial de los documentos, la Demandada alega que “el divulgar los antecedentes que solicitan los Demandantes tendría como consecuencia la vulneración del principio de igualdad entre oferentes, lo que a su vez resultaría en asimetrías de información que pueden generar graves distorsiones de mercado, frustrando así los fines perseguidos a través de toda licitación; a saber, permitir al Estado obtener las mejores ofertas y condiciones de parte de los oferentes.”³¹ En este caso se trata de un riesgo concreto y no hipotético, ya que “otorgar el acceso de un potencial competidor (en este caso, Alsacia y/o Express) a información sensible para la determinación final de las nuevas bases de licitación implica conceder a éste una ventaja indebida sobre otros posibles oferentes, quienes podrían impugnar todo el procedimiento argumentando que hubo competencia desleal.”³² Es por ello que el Consejo para la Transparencia (órgano que vela

²⁹ Carta de la Demandada del 14 de septiembre de 2018, p. 3.

³⁰ *Ibidem*

³¹ *Ibidem*.

³² *Ídem*, p. 4.

por el buen cumplimiento de la Ley de Transparencia) ha rechazado consistentemente la solicitudes de documentos que informan la preparación de bases de licitación.³³ En este sentido, la Demandada especula que “[l]a solicitud de los Demandantes parece ser un intento por parte de los Demandantes de sacar ventaja frente a otros operadores y licitadores, y de ahí su insistencia a que Chile exhiba los documentos confidenciales.”³⁴

51. En cuanto a los argumentos específicos formulados por los Demandantes, la Demandada responde de la siguiente manera:

- a. En cuanto al argumento de la Demandada de que los documentos no serían confidenciales ya que la Demandada ya habría presentado o exhibido documentos utilizados para preparar las Bases 2017, la Demandada afirma que el Anexo R-0198 tenía carácter preliminar y preparatorio, y no se usó para ese propósito. La Demandada reconoce que los 64 documentos ya exhibidos en respuesta a las Solicitudes No. 85 y 86 sí se usaron para formular las Bases 2017, pero explica que “luego los debió entregar a operadores en cumplimiento de sus obligaciones contractuales.”³⁵
- b. En cuanto al documento que los Demandantes dicen haber encontrado en un enlace de internet, la Demandada señala que el documento ha sido subido a una página web no oficial, cuya procedencia no está clara, pero que en todo caso el punto resulta irrelevante ya que este documento se encuentra ahora en el poder, custodia o control de los Demandantes.
- c. En cuando al argumento de los Demandantes de que la Demandada no ha probado que todos los documentos están siendo usados como ‘insumos’ o ‘parámetros’ para las Bases 2018, la Demandada “confirma que los informes, estudios, datos e información técnica que fueron utilizados para la elaboración de la licitación del 2017 se están utilizando actualmente para la elaboración de las bases de la licitación de 2018.”³⁶ La Demandada alega que, dado el costo de dichas asesorías, es lógico que el Estado utilice los estudios elaborados para diseñar las Bases 2018. Según la Demandada, “[n]o puede el Estado ignorar la asesoría de numerosos expertos en transporte ya finalizada únicamente porque la previa licitación fue declarada desierta por razones que no tienen que ver con esas asesorías técnicas.”³⁷
- d. Finalmente, la Demandada alega que, ya que las Bases 2018 no han sido publicadas y están en pleno desarrollo, “todo el contenido de estos documentos se encuentra actualmente bajo estudio y evaluación y pudiera ser utilizado para la elaboración de las bases de licitación.”³⁸ Según la Demandada, “[d]ado que todo el contenido de los

³³ *Ídem*, pp. 4-5, citando las decisiones con Rol No. C4243-16 y C-3066-15 del Consejo de Transparencia.

³⁴ *Ídem*, p. 4.

³⁵ *Ídem*, pp. 7-8.

³⁶ *Ídem*, p. 8.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Ibidem*.

documentos es potencialmente relevante para la elaboración de nuevas bases de licitación del 2018, los documentos, en su totalidad, son confidenciales.”³⁹

C. Determinación del Tribunal

52. El Tribunal acepta los argumentos de la Demandada para excluir la exhibición de los documentos identificados en su Registro de Confidencialidad, por las razones siguientes.
53. En primer lugar, no es correcto afirmar que el Tribunal haya rechazado la invocación del Artículo 21.1.b de la Ley de Transparencia como fundamento de un impedimento o privilegio legal. En su decisión respecto de la Solicitud No. 23 de los Demandantes, el Tribunal determinó que (i) el punto de partida del análisis era el derecho chileno; (ii) que entendía que el Artículo 21.1.b establecía una facultad, y no una obligación del Estado (al señalar que el Estado “podrá denegar total o parcialmente” la información solicitada), y que (iii) en el caso concreto, la Demandada no había establecido satisfactoriamente de qué manera se afectaría el debido cumplimiento de las funciones del órgano respectivo. El Tribunal también destacó que (iv) la Demandada ha aceptado que esta disputa se resuelva en el marco normativo del CIADI, que otorga al Tribunal discreción para determinar la admisibilidad de la prueba. Fue con base en estas razones que el Tribunal desestimó la objeción de la Demandada fundada en la Ley de Transparencia en ese caso concreto.
54. En sus objeciones a las Solicitudes No. 85 y 86, la Demandada había invocado el Artículo 9.2(e) de las Reglas de la IBA (es decir, confidencialidad por razones comerciales o técnicas que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes).⁴⁰ La Demandada ahora sostiene que los documentos cuya exhibición desea excluir están protegidos por privilegio deliberativo.
55. Como se desarrolla a continuación, para el Tribunal resulta suficientemente determinante que, de reunirse las condiciones allí establecidas, el Artículo 21.1.b de la Ley de Transparencia consagra un privilegio deliberativo que faculta al Estado chileno a denegar total o parcialmente el acceso a la información.
56. En la RP6, el Tribunal determinó que la Demandada no había probado que se reunieran las condiciones establecidas en el Artículo 21.1.b respecto de las Solicitudes No. 85 y 86. Concretamente, en el entendimiento de que la información solicitada se refería a la Licitación 2017 que fue declarada desierta en marzo de 2018, el Tribunal consideró que “la Demandada no proporciona elementos para determinar que (todos) los documentos correspondientes a dicha licitación son efectivamente utilizados como ‘insumos’ o ‘parámetros’ en las Bases 2018 para una nueva licitación.”⁴¹ El Tribunal también observó

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ RP6, Anexo A.

⁴¹ RP6, Anexo A, Solicitud No. 85. El Tribunal explicó para la Solicitud No. 86 (“El Tribunal remite a las Partes a su razonamiento en relación con la Solicitud No. 85, aplicable aquí mutatis mutandis. En esta medida, sujeto al cumplimiento de las condiciones allí definidas, la Demandada puede recurrir a las protecciones establecidas al respecto en la Resolución Procesal No. 6.”)

que “la Demandada no indica por qué su uso como ‘insumos’ o ‘parámetros’ impediría necesariamente la exhibición de la totalidad de la información solicitada.”⁴² Habiendo dicho esto, el Tribunal especificó que, “sujeto al cumplimiento de las condiciones allí definidas, la Demandada puede recurrir a las protecciones establecidas al respecto en la Resolución Procesal No. 6,”⁴³ las que incluían la posibilidad de invocar confidencialidad o privilegio respecto de los documentos que respondiesen a las Solicitudes No. 85 y 86.

57. El Tribunal considera que la Demandada ha probado con suficiencia que los documentos que ha identificado en su Registro de Confidencialidad cumplen con las condiciones establecidas en el Artículo 21.1.b de la Ley de Transparencia. La Demandada ha confirmado que los documentos que ha identificado en su Registro de Confidencialidad están siendo utilizados para la preparación de las Bases 2018.⁴⁴ Si bien ello no es una prueba de por sí, el Tribunal acepta la confirmación de la Demandada. En estas circunstancias, el Tribunal concuerda con la Demandada que divulgar estos documentos a los Demandantes (quienes han indicado que tendrían interés en presentarse a nuevas licitaciones para el Transantiago) implicaría concederles una ventaja indebida sobre otros posibles oferentes, lo que distorsionaría el mercado y podría viciar el proceso de licitación. En opinión del Tribunal, ello “afect[aría] el debido cumplimiento de las funciones del MTT”, facultando al Estado para denegar el acceso a dichos documentos en virtud del Artículo 21.1.b de la Ley de Transparencia. El Tribunal también acepta que, dado que todo el contenido de estos documentos está actualmente siendo evaluado y podría ser utilizado para la elaboración de las Bases 2018, todos los documentos identificados en el Registro de Confidencialidad de la Demandada son confidenciales. En consecuencia, el Tribunal determina que todos los documentos identificados en el Registro de Confidencialidad de Chile se encuentran protegidos por el privilegio deliberativo contemplado en Artículo 21.1.b de la Ley de Transparencia.
58. El análisis no termina ahí. El privilegio deliberativo no es un privilegio absoluto.⁴⁵ Ello es evidente en el caso del Artículo 21.1.b de la Ley de Transparencia, que está redactado en términos facultativos. Si bien la Demandada sostiene que el Estado está obligado a denegar el acceso a los documentos si se configuran las causales de secreto o reserva del Artículo 21.1.b de la Ley de Transparencia, el Tribunal confirma su conclusión en la RP6 de que, dado su tenor, esta disposición faculta pero no obliga al Estado a denegar el acceso a esos documentos total o parcialmente. Aun si el Artículo 21.1.b consagrara una obligación de

⁴² RP6, Anexo A, Solicitud No. 85. El Tribunal explicó para la Solicitud No. 86 (“El Tribunal remite a las Partes a su razonamiento en relación con la Solicitud No. 85, aplicable aquí mutatis mutandis. En esta medida, sujeto al cumplimiento de las condiciones allí definidas, la Demandada puede recurrir a las protecciones establecidas al respecto en la Resolución Procesal No. 6.”)

⁴³ RP6, Anexo A, Solicitud No. 85. El Tribunal explicó para la Solicitud No. 86 (“El Tribunal remite a las Partes a su razonamiento en relación con la Solicitud No. 85, aplicable aquí mutatis mutandis. En esta medida, sujeto al cumplimiento de las condiciones allí definidas, la Demandada puede recurrir a las protecciones establecidas al respecto en la Resolución Procesal No. 6.”)

⁴⁴ Véase supra párrafo 51.c.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, *William Ralph Clayton, William Richard Clayton, Douglas Clayton, Daniel Clayton y Bilcon of Delaware Inc. c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2009-04 (“*Bilcon*”), Resolución Procesal No. 13 del 11 de julio 2012, ¶ 22.

acuerdo con el derecho chileno, éste no es un arbitraje sujeto al derecho chileno y los privilegios deben ajustarse a las necesidades y particularidades del arbitraje internacional. Otros tribunales internacionales han considerado que, cuando un Estado invoca el privilegio deliberativo, es necesario llevar a cabo “un proceso equilibrante en el que se sopesa, por una parte, la naturaleza decisiva de las sensibilidades alegadas por la parte solicitada y, por la otra, la medida en la que la divulgación [de los documentos] promovería el caso de la parte solicitante.”⁴⁶

59. En este caso, el Tribunal considera que las razones señaladas en el párrafo 57 *supra* son suficientes para justificar la denegación de la exhibición de estos documentos. En opinión del Tribunal, el interés del Estado de mantener la confidencialidad de los documentos para preservar la simetría de la información dada a los oferentes y asegurar una competencia leal entre ellos es superior a la medida en que la divulgación de estos documentos promovería el caso de las Demandantes. El Tribunal observa en todo caso que la Demandada ya ha exhibido 64 documentos que responden a estas solicitudes.
60. Debido a su naturaleza, el perjuicio que causaría la exhibición de los documentos a los Demandantes no podría ser mitigado por una orden de confidencialidad. Una orden de confidencialidad limitaría la exhibición de estos documentos a los Demandantes y a miembros de su equipo legal, protegiendo su confidencialidad frente al público en general, pero lo que se quiere evitar es precisamente divulgar la información solicitada a los Demandantes.
61. En cuanto al argumento de que los documentos identificados en el Registro de Confidencialidad de la Demandada serían públicos, los Demandantes han identificado un solo documento (el Documento No. 6 del Registro de Confidencialidad de la Demandada) que han encontrado en internet. La Demandada alega que este documento ha sido subido a una página web no oficial y que su procedencia no es clara. El Tribunal constata que los enlaces proporcionados⁴⁷ no parecen ser del Estado chileno, y considera que no puede inferirse de este hecho que todos los documentos identificados en el Registro de Confidencialidad de la Demandada sean públicos. Habiendo dicho eso, el Tribunal considera que el Documento No. 6 ya se encuentra en poder, custodia o control de las Demandantes, y que por lo tanto no procede ordenar su exhibición.
62. Finalmente, el Tribunal rechaza el argumento de los Demandantes de que la Demandada ha renunciado a la confidencialidad de los documentos identificados en su Registro de Confidencialidad por haber anexado o exhibido otros documentos utilizados para la elaboración de las bases de la licitación de 2017. La Demandada ha renunciado a la

⁴⁶ Bilon, Resolución Procesal No. 13, ¶ 22 (traducción del Tribunal). (En el inglés original: “a balancing process, weighing, on the one hand, the compelling nature of the requested party’s asserted sensitivities and, on the other, the extent to which disclosure would advance the requesting party’s case.”)

⁴⁷ El enlace proporcionado por los Demandantes es el siguiente: <https://docplayer.es/30429373-Manual-de-normas-de-diseno-interior-para-buses-del-sistema-de-transporte-de-santiago.html> y http://www.ciudadaccesible.cl/?page_id=21).

confidencialidad de los documentos que ha anexado o exhibido, pero esa renuncia no puede extenderse a otros documentos que no hayan sido anexados o exhibidos.

63. Por estas razones, el Tribunal determina que la Demandada puede excluir de la exhibición los documentos identificados en su Registro de Confidencialidad.

V. RESOLUCIÓN

64. Por las razones anteriores, el Tribunal:

- a. Confirma que los Demandantes no pueden excluir de la exhibición ordenada en la RP6 los documentos identificados en su Registro de Privilegio, por lo que la exhibición de estos debe llevarse a cabo a más tardar el **12 de octubre de 2018**;
- b. Confirma la validez de las expurgaciones efectuadas por los Demandantes a los documentos que responden a las Solicitudes 18, 21 y 34 de la Demandada; y
- c. Confirma que la Demandada puede excluir de la exhibición ordenada en la RP6 los documentos identificados en su Registro de Confidencialidad.

65. El Tribunal reserva la asignación de costas para una etapa posterior.

[Firmado]

Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler
Presidenta del Tribunal