



School of International Arbitration

School of International Arbitration, Queen Mary,
University of London

International Arbitration Case Law

*Directores Académicos: Ignacio Torterola &
Loukas Mistelis**

GIOVANNA A BECCARA AND OTHERS

V.

REPÚBLICA ARGENTINA

(CASO ICSID NO. ARB/07/5 – ORDEN PROCESAL NO. 3)

ORDEN CONFIDENCIAL

Autor: Amal Bouchenaki & Mildred Ojea**

Editado por by Andrea Saldarriaga***

Orden Procesal en la que se analizan diversos problemas de confidencialidad bajo las normas del CIADI con relación a tres tipos de materiales: divulgación al público de información con relación al caso en trámite; acceso a una base de datos creada por los Demandantes que incluye información sobre sus nacionalidades; y la admisión de materiales potencialmente confidenciales (específicamente opiniones de expertos y transcripciones de sus testimonios) de otros arbitrajes en los que el Demandado fue parte.

Tribunal: Prof. Pierre Tercier (Presidente; reemplazando al Dr. Robert Briner). Albert Jan van den Berg, Georges Abi-Saab.

Demandante: White & Case LLP.

Demandada: Procuración del Tesoro de la Nación.

* Los Directores pueden ser contactados por email a ignacio.torterola@internationalarbitrationcaselaw.com y loukas.mistelis@internationalarbitrationcaselaw.com

** Amal Bouchenaki Amal Bouchenaki es Of Counsel en la Práctica Arbitral de Gibson, Dunn & Crutcher LLP, Mildred Ojea es Asociada Senior en la Práctica Arbitral y Latinoamericana de Gibson, Dunn & Crutcher LLP.

*** Andrea Saldarriaga es consultora en materia de derecho de la inversión extranjera y arbitraje internacional.

ÍNDICE DE CUESTIONES DISCUTIDAS

1.	Hechos del Caso	3
2.	Cuestiones Legales Discutidas en la Decisión.	5
	(a) La confidencialidad en arbitrajes del CIADI en general (¶¶ 52-73) ...	5
	(b) Confidencialidad del procedimiento de arbitraje (¶¶ 77-120)	6
	(c) Confidencialidad de la base de datos de los Demandantes (¶¶ 121-135)	7
	(d) Admisibilidad de documentos de arbitrajes anteriores no relacionadas con el presente arbitraje (¶¶ 136-151)	8
3.	Decisión	8

Resumen del Caso

1. Hechos del Caso

Las cuestiones de confidencialidad surgen en el contexto del caso presentado contra la República Argentina en relación a bonos supuestamente emitidos en favor de ciudadanos italianos y que no fueron satisfechos por la parte demandada. Después del incumplimiento en el pago de su deuda externa, la República Argentina reestructuró la misma y lanzó una oferta de intercambio de deuda bajo la cual los tenedores originales de los bonos impagos podían canjear sus bonos por nueva deuda. Los Demandantes no participaron en la oferta de intercambio y Argentina impugnó entonces el derecho a ser compensados por los bonos originales no sometidos a la oferta de intercambio de deuda. Como resultado de la negativa por parte de Argentina de pagar los bonos, los Demandantes iniciaron el arbitraje ante el CIADI el 14 de septiembre del 2006 en los términos del acuerdo bilateral de inversión firmado por Argentina e Italia (“TBI”). Durante la etapa de presentación de documentos en dicho arbitraje, surgieron diversas cuestiones relacionadas con la confidencialidad de algunos de los documentos requeridos. A petición de las partes, y en los términos de la Regla 19 del CIADI, el Tribunal resolvió sobre dichas cuestiones en la Orden Procesal 3 dictada el de enero 27 de Enero de 2010.

Las cuestiones de confidencialidad se plantean en relación con las siguientes circunstancias:

- a) Los Demandantes alegaron que la conducta y acciones de la Demandada demuestran que esta última consideró que podía usar y revelar información confidencial del arbitraje en curso. Los Demandantes citaron, entre otros, un artículo publicado en la prensa italiana que contenía declaraciones que “copian aquellas declaraciones hechas por la Demandada en sus escritos y correspondencia” (§ 35). Por lo tanto, los Demandantes consideraron que la posición de la Demandada requería de una orden de confidencialidad por parte del Tribunal para proteger la información personal de los Demandantes.
- b) La Demandada solicitó información completa de los Demandantes en un formato fácilmente accesible, que describiera si los Demandantes eran personas físicas o jurídicas, y su nacionalidad. La información existía solamente como una base de datos creada por “*Task Force Argentina*” –una organización que colaboraba en el manejo de los reclamos de los tenedores de bonos italianos – la misma que recababa información personal de todos aquellos individuos que quisieran consentir al arbitraje CIADI. Esta información fue luego compilada en una base de datos en línea por un proveedor de servicios de tecnología informática en Italia. Aún cuando los Demandantes habían entregado la mayoría de la información a la

Demandada, los Demandantes alegaron que entregar la parte restante – información adicional y documentos relacionados con las nacionalidades de las personas en la base de datos – violaría diversas normas europeas e italianas relativas a la protección de la privacidad de datos. Los Demandantes consideraron que para resolver esta cuestión el Tribunal debería aplicar la legislación europea e italiana, ya que la Convención y las Reglas del CIADI no garantizan debidamente la protección de información personal. Antes de otorgar acceso completo a la Demandada a la base de datos en línea, los Demandantes requirieron la suscripción de un acuerdo de confidencialidad, que la Demandada rechazó por considerarlo sumamente amplio o innecesario incluso en los términos de la legislación italiana. La Demandada alegó ulteriormente que las reglas de confidencialidad del CIADI eran suficientes y, en su defecto, sólo accedería a firmar un acuerdo de confidencialidad más limitado.

c) La Demandada presentó para su admisión diversos “anexos complementarios” que incluían 21 opiniones de expertos y transcripciones de testimonios en otros arbitrajes bajo tratados de inversión en contra de Argentina. Los Demandantes argumentaron que la presentación de dichos documentos “ignora[ba]... cualquier protección de confidencialidad en el procedimiento” (§ 29). Los Demandantes argumentaron asimismo, que el uso de dicha documentación violaría el principio de equidad e igualdad de las partes, porque los Demandantes no tuvieron acceso a esos otros procedimientos—los documentos podrían haber sido sacados de contexto y los Demandantes no podrían recrear las circunstancias en las que los expertos otorgaron su testimonio. Los Demandantes también hicieron hincapié en que el uso displicente de la información en cuestión por parte de la Demandada indicaba la forma en que podría ser utilizada la información confidencial de los Demandantes.

La Demandada, por otro lado, sostuvo que las opiniones de expertos y transcripciones de los testimonios sometidas al Tribunal eran relevantes, completamente apropiadas para efectos de recusación, fueron presentadas en debido tiempo y se refieren directamente a la credibilidad y coherencia de los expertos presentados por los Demandantes. La Demandada también argumentó que la información que pretendía introducir al procedimiento no había sido presentada en procedimientos sellados o cerrados, había sido presentada de forma completa y no selectiva o “fuera de contexto.” La Demandada finalmente argumentó que “no hay una sección en la Convención del CIADI o en las Reglas de Arbitraje del CIADI en la que se establezca un principio general de confidencialidad o una regla de confidencialidad aplicable al tipo de documentos presentados por Argentina” (§ 51).

2. *Cuestiones legales discutidas en la Decisión.*

(a) *La confidencialidad en arbitrajes CIADI en general (¶¶ 52-73)*

El Tribunal consideró su poder para decidir sobre la cuestión de confidencialidad indicando las disposiciones que debían tenerse en cuenta: (i) disposiciones relativas a medidas provisionales (Artículo 47 de la Convención del CIADI y Regla 39(1) de las Reglas de Arbitraje del CIADI) y (ii) disposiciones relativas a cuestiones procesales (Regla 19 de las Reglas de Arbitraje del CIADI). El Tribunal también mencionó que actualmente no existe una práctica uniforme con relación al uso de “órdenes” o “medidas provisionales” para temas de confidencialidad en el arbitraje de inversión. Aunque los miembros del Tribunal también manifestaron diferentes posiciones al respecto, finalmente estuvieron de acuerdo en que las cuestiones que surgen en este caso están relacionadas con el manejo del procedimiento y, por lo tanto, pueden ser correctamente consideradas a través de una orden, de acuerdo con los términos de la Regla 19 de las Reglas de Arbitraje del CIADI.

Después de analizar varias decisiones anteriores de otros tribunales CIADI (el Tribunal manifestó que, aunque no está obligado a seguir las decisiones de tribunales precedentes, reconoce el valor del desarrollo armónico del derecho de inversión), el Tribunal determinó que aún cuando el CIADI no cuenta con un requerimiento general de confidencialidad, tampoco resulta un concepto extraño en ciertas situaciones.

El Tribunal reconoció una “tendencia... general dirigida a la transparencia en el arbitraje de inversión...” (¶ 67). Coincidió con la opinión en materia de confidencialidad en el caso *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Orden Procesal No 3 de septiembre 29 del 2006 § 21, que estableció que mientras no existe un requerimiento ni obligación general de confidencialidad en el CIADI, tampoco hay un “requerimiento de transparencia o no confidencialidad.” El Tribunal también mencionó varias limitaciones a aspectos específicos de la confidencialidad y la privacidad en la Convención del CIADI y las Regulaciones Administrativas y Financieras y las Reglas de Arbitraje.

Sin embargo, a pesar de la ausencia de ciertas reglas y de la intención de promover de manera general la transparencia, el Tribunal identificó importantes principios limitativos en materia de divulgación de información, de tal manera que:

- i. La divulgación pública y discusión de un caso debe limitarse a lo que “es considerado necesario,” (¶ 70, se omiten las citas);
- ii. “[L]as consideraciones de transparencia no justificarán acciones que exacerbaban la controversia o que, de cualquier forma, comprometen la integridad del procedimiento arbitral” (¶ 72); y

- iii. “[L]as consideraciones de transparencia no deben prevalecer sobre la protección de información privilegiada o que, de cualquier manera, su divulgación está protegida por la legislación local de cualquiera de las Partes” (*id.*).

Para hacer valer estos principios, el Tribunal decidió que, en lugar de “imponer una regla general en favor o en contra de la confidencialidad”, éste debe examinar las cuestiones de confidencialidad de manera casuística, buscando “obtener una solución que ofrezca un balance entre el interés general por la transparencia y los intereses específicos por la confidencialidad de cierta información y/o documentos” (§ 73).

(b) Confidencialidad del procedimiento arbitral (§§ 77-120)

En relación con la discusión y divulgación pública del procedimiento arbitral, el Tribunal rechazó las posiciones extremas de ambas partes (divulgación restringida de actualizaciones generales sobre el status del caso en contraste con divulgación absoluta). En cambio, el Tribunal abogó por la necesidad de distinguir entre diferentes tipos de documentos e información al establecer las restricciones de divulgación de los mismos. Por lo tanto, el Tribunal determinó que las partes podrían discutir en público los procedimientos en general, pero sólo dentro de lo estrictamente necesario a los efectos de evitar antagonizar a las partes, exacerbar la controversia o afectar el proceso de resolución.

Con respecto a la publicación del Laudo, el Tribunal hizo mención al acuerdo entre las partes para publicar el laudo. El Tribunal indicó que la publicación de ciertos anexos presentados por los Demandantes, referentes en particular a su identidad, como Anexos al laudo, sería determinada en una etapa posterior del procedimiento.

En el caso de decisiones, órdenes e instrucciones del Tribunal (distintas a laudos), el Tribunal siguió el principio establecido en el caso *Biwater*, cuya presunción es a favor de permitir la divulgación de dichos documentos. El Tribunal estuvo de acuerdo con las consideraciones del caso *Biwater*, en el sentido de que la publicación de decisiones, órdenes e instrucciones “es menos probable que agrave o exacerbe una disputa, o que ejerza una presión indebida sobre una parte que la divulgación de las peticiones de las partes o de otros materiales” (§ 90). Adicionalmente, el Tribunal señaló que varios factores del caso permitían dicha divulgación, en particular, la posición de las partes con respecto a la publicación del laudo y la posibilidad de discutir públicamente el procedimiento en general. El Tribunal consideró, aunado a lo anterior, que la aspiración de los Demandantes a la confidencialidad se encontraba diluida por los 180,000 demandantes que en principio tienen acceso a todos los registros del procedimiento. Por lo tanto, el Tribunal decidió no restringir la divulgación de ninguna de sus decisiones, órdenes o instrucciones.

Por su parte, la divulgación de actas y registros de las audiencias y los alegatos de las partes, memoriales, anexos, y otras presentaciones por escritos presentados, sería restringida. Con respecto a las actas y registros de las audiencias, el Tribunal indicó que las reglas relevantes del CIADI “establecen el principio que el contenido de las audiencias, así como minutas y otros registros de dichas audiencias no deberían ser divulgadas a terceros, a menos que las Partes así lo acuerden” (§ 96). Adicionalmente, el Tribunal expresó que las actas y los alegatos son en sí mismos más detallados, por lo que podrían contener información más vulnerable, aumentando así el riesgo de antagonizar más a las partes. Asimismo, la publicación potencial de actas y registros podrían influenciar la actitud de los participantes en las audiencias y, eventualmente, poner en peligro el desarrollo del procedimiento arbitral. La correspondencia entre las partes y el Tribunal relativa al simple desarrollo del caso sería asimismo restringida, ya que generalmente involucraba cuestiones delicadas y específicas del proceso que no son de interés público.

El Tribunal manifestó que “es probable que [las peticiones y escritos] contengan referencias y detalles de documentos presentados luego de una solicitud de exhibición y que su divulgación o distribución desigual podría conllevar el riesgo de dar una impresión errónea de estos procedimientos” (§ 101). En consecuencia, su publicación podría “frustrar el objetivo de divulgación pública”, antagonizar más a las Partes y agravar sus diferencias” (§ 102). Finalmente, el Tribunal adoptó principios específicos para la divulgación de anexos y otros documentos entregados por las Partes como sustento de sus peticiones. El Tribunal consideró además que en vista de la diversidad de dichos documentos, “la puerta para decisiones divergentes caso por caso deberá por lo tanto mantenerse abierta” (§ 111).

El Tribunal decidió que las restricciones de divulgación impuestas durarían hasta la conclusión del procedimiento arbitral, a menos que sea acordado de otra forma por las Partes u ordenado por el Tribunal.

(c) Confidencialidad de la base de datos de los Demandantes (§§ 121-135)

En relación a la base de datos, “las consideraciones de transparencia no pueden prevalecer sobre la protección de información considerada privilegiada o protegida de otra forma bajo las leyes locales de cualquiera de las Partes” (§ 121). Por lo tanto, el Tribunal analizó la legislación europea e italiana en materia de protección de la privacidad de datos. Estas legislaciones permiten la transmisión de información a otros países si cuentan con legislaciones similares, como es el caso de Argentina. Sin embargo, como aquel que controla la información en cuestión debe cumplir con las directivas de protección contenidas en la legislación europea e italiana, tiene el derecho de requerir ciertos controles adicionales. Como consecuencia, el Tribunal ordenó a los Demandantes otorgar acceso ilimitado a la base de datos a la Demandada, pero sujeto a ciertas reglas particulares sobre el manejo de la información obtenida de dicha base de datos, así como de la información entregada con anterioridad a la Demandada.

(d) Admisibilidad de documentos de arbitrajes anteriores no relacionadas con el presente arbitraje (¶¶ 136-151)

Con la intención de oponerse a la admisibilidad de diversos documentos pertenecientes a arbitrajes anteriores, los Demandantes formularon dos argumentos: (1) los documentos eran confidenciales y (2) el supuesto uso parcial y fuera de contexto de los mismos disturbaría el principio de igualdad entre las partes. La Demandada argumentó que los documentos no eran parte de procedimientos sellados o cerrados y eran necesarios para efectos de recusar a los expertos.

En lo que concierne a la confidencialidad, el Tribunal analizó las directrices relativas a confidencialidad emitidas en los arbitrajes de los cuales provenían los documentos respectivos. Uno de los anexos presentado en *BG Group PLC v. República Argentina*, se encontraba protegido por una orden de confidencialidad. La Demandada argumentó que con motivo de la acción interpuesta en contra del laudo arbitral del caso BG ante la Corte de Distrito del Distrito de Columbia había quedado sin efecto la confidencialidad del registro de dicho arbitraje. El Tribunal rechazó dicho argumento e indicó que la confidencialidad se había suspendido únicamente con respecto a los documentos que formaban parte del caso judicial. Consecuentemente, el documento no fue admitido.

Para el resto de los documentos, el Tribunal buscó un equilibrio entre “el derecho de defensa de la Demandada... y (i) el derecho de los Demandantes a la igualdad de recursos y (ii) el interés general de asegurar la integridad del proceso y, en particular, de encontrar la verdad” (¶ 143).

El Tribunal determinó que las opiniones de expertos y las transcripciones de testimonios orales “no podrían transponerse una a una” porque, fuera de declaraciones sobre principios generales, estas opiniones fueron emitidas en otros arbitrajes, bajo distintos TBIs, sujetos a distintas legislaciones, involucrando Demandantes diferentes, así como diversas cuestiones de derecho y de hecho. Adicionalmente, los Demandantes no pueden investigar completamente el contexto de estas opiniones, “debido a que los archivos completos de dichos procedimientos no son de libre acceso para los Demandantes y para el Tribunal” (¶ 147).

Asimismo, la necesidad de la Demandada de contar con dichos documentos no era de gran importancia; los documentos contenían opiniones de profesores de amplio reconocimiento y sus posturas con respecto a cuestiones relevantes podrían ser fácilmente obtenidas de otras fuentes (tales como escritos y trabajos de su autoría, sus opiniones como expertos emitidas en este arbitraje, o en el interrogatorio realizado por la Demandada a dichos expertos).

3. Decisión

El Tribunal decidió restringir la divulgación pública de ciertos materiales del procedimiento— actas, alegatos y sus anexos, y correspondencia—pero no de

otras—discusiones generales del caso (mientras que no fueran realizadas para antagonizar a las partes) y la publicación del laudo arbitral y su contenido. La Demandada tendría acceso a la base de datos de los Demandantes sujeto a las restricciones determinadas por el Tribunal. Finalmente, se le negó a la Demandada la posibilidad de presentar los anexos propuestos y obtenidos de otros arbitrajes.