

ANTE EL CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE  
DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES

Caso No. ARB(AF)/16/3

Entre:

**Gordon G. Burr; Erin J. Burr; John Conley; Neil Ayervais; Deana Anthonie;  
Douglas Black; Howard Burns; Mark Burr; David Figueiredo; Louis Fohn;  
Deborah Lombardi; P. Scott Lowery; Thomas Malley; Ralph Pittman; Daniel  
Rudden;**

**Marjorie “Peg” Rudden; Robert E. Sawdon; Randall Taylor; James H. Watson, Jr.;  
B-Mex, LLC; B-Mex II, LLC; Oaxaca Investments, LLC; Palmas South, LLC;  
B-Cabo, LLC; Colorado Cancún, LLC; Santa Fe Mexico Investments, LLC;  
Caddis Capital, LLC; Diamond Financial Group, Inc.; EMI Consulting, LLC;  
Family Vacation Spending, LLC; Financial Visions, Inc.; J. Johnson Consulting,  
LLC;  
J. Paul Consulting; Las KDL, LLC; Mathis Family Partners, Ltd.;  
Palmas Holdings, Inc.; Trude Fund II, LLC; Trude Fund III, LLC; Victory Fund,  
LLC**

*Demandantes*

Y

**Estados Unidos Mexicanos**

*Demandada*

---

**Resolución Procesal No. 2**

**1 de febrero de 2018**

---

1. El Tribunal agradece a las partes por sus presentaciones relativas a las tres cuestiones pendientes en relación con los documentos identificadas en la carta del Tribunal de fecha 4 de enero de 2018. El Tribunal expone a continuación su decisión con respecto a cada una de estas cuestiones.

- 1. Documentos en custodia de la SEGOB**

2. La primera de ellas se refiere a la aptitud de la Demandada para realizar una búsqueda diligente de los archivos de la SEGOB a la luz de las consecuencias del sismo del día 19 de septiembre de 2017. Mediante carta de fecha 9 de enero de 2018, adjunta a la carta de la Demandada de fecha 12 de enero de 2018, la SEGOB afirmó que: (i) sus archivos se conservan únicamente en papel, no en formato electrónico; (ii) esos archivos se mantenían originalmente en sus oficinas de Dinamarca 84; (iii) esas oficinas se cerraron tras el sismo de 19 de septiembre de 2017 por cuestiones de seguridad; (iv) el personal de la SEGOB se trasladó provisionalmente a las oficinas de Londres 102; (v) los archivos de la SEGOB se colocaron en cajas y fueron ubicados en un sitio diferente, no identificado; (vi) al 9 de enero de 2018, el personal de la SEGOB se encontraba en proceso de reubicación en otro edificio no identificado; (vii) la SEGOB no puede proporcionar indicación alguna respecto de cuándo se restablecerá el acceso “normal” a sus archivos en tanto esa decisión les compete a “otras unidades administrativas”; (viii) la SEGOB pudo acceder a varios de sus archivos para los cuales existen procedimientos en curso en la actualidad.
3. Tal como manifestara anteriormente, el Tribunal entiende la gravedad del sismo de 19 de septiembre de 2017, así como el sufrimiento humano y el daño material ocasionados. Sin embargo, a la luz de las explicaciones proporcionadas por la SEGOB, el Tribunal considera que la Demandada no puede posponer en forma indefinida la realización de una búsqueda diligente de los documentos solicitados.
4. El Tribunal observa en este sentido que, al 9 de enero de 2018, los documentos se encontraban en cajas y accesibles en un lugar seguro, y que la SEGOB ha podido acceder al menos a algunos de ellos en relación con asuntos en curso. Por lo tanto, la búsqueda de

archivos vinculados al presente arbitraje parecería posible en tales circunstancias, aunque quizás pueda ser más gravosa.

5. En la medida en que la preocupación pudiera tener que ver con una posible carga excesiva, el Tribunal observa que, al menos al 9 de enero de 2018, el personal de la SEGOB ya había comenzado a reubicarse en sus nuevas oficinas. Parecería razonable que inmediatamente después sucediera lo mismo con los archivos de la SEGOB y que, por lo tanto, se restableciera un acceso “normal” a ellos. La aseveración de la SEGOB de que no puede afirmar a ciencia cierta cuándo se restablecerá este acceso “normal” a sus archivos debido a que se trata de una decisión que deben adoptar otras dependencias es, en este sentido, poco satisfactoria: La Demandada, como todo Estado soberano, responde por las acciones de todos sus órganos y si la SEGOB no ha podido brindar una respuesta, el Tribunal habría esperado que la Demandada obtuviera la respuesta de la dependencia competente.
6. A la luz de lo que antecede, el Tribunal le ordena a la Demandada que, a más tardar el 7 de febrero de 2018, le proporcione al Tribunal una propuesta de plan de acción indicando (i) cuándo completará la búsqueda diligente que se ha solicitado con relación a los archivos de la SEGOB (teniendo en cuenta el calendario procesal y la audiencia de mayo de 2018) y (ii) qué medidas propone adoptar para permitir la realización y consumación de esa búsqueda diligente. Una vez recibido el plan de acción propuesto por la Demandada, el Tribunal decidirá si solicita modificaciones a dicho plan o si ajusta el calendario procesal a efecto de garantizar un debido proceso.

## **2. Alegación de privilegio de la Demandada**

7. La Demandante ha cuestionado la aplicación del privilegio legal invocado por la Demandada con respecto a aquellos documentos enumerados en su lista de documentos privilegiados, argumentando que: la simple participación de personal jurídico interno empleado por el Gobierno no es suficiente para configurar el privilegio legal; las comunicaciones en relación con las cuales la Demandada ha alegado tal privilegio no pueden constituir “información reservada” que el Gobierno pueda negarse a divulgar en

virtud de la LGTAIP y de la LFTAIP; y la Demandada ha renunciado a ese privilegio al exhibir otras comunicaciones del personal jurídico interno del Gobierno o dirigidas a este.

8. La Demandada disiente, alegando que: las comunicaciones en cuestión se generaron a los fines de brindar asesoramiento jurídico; no debiera existir distinción alguna en cuanto a si los asesores jurídicos involucrados son internos o externos; las comunicaciones de los abogados o aquellas dirigidas a estos que exhibiera la Demandada no procuraron obtener o proporcionar asesoramiento jurídico y, por lo tanto, no son privilegiadas ni pueden dar lugar a renuncia alguna; y las comunicaciones en cuestión efectivamente constituyen “información reservada” que el Gobierno puede negarse a divulgar en virtud de la LGTAIP y de la LFTAIP.
9. La lista de documentos privilegiados exhibida por la Demandada enumera 10 documentos y para cada uno de ellos identifica a un abogado como su autor. Las partes están de acuerdo en que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos el simple hecho de que el autor de un documento sea un abogado no es suficiente para dotar a dicha comunicación de privilegio legal. La determinación de si la comunicación se encuentra sujeta a privilegio depende de si esta procura obtener o brinda asesoramiento jurídico. Ese es también el precepto central del Artículo 9.3(a) de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (las *Reglas IBA*)—que las partes han invocado y que el Tribunal coincide en que brindan una orientación útil—conforme al cual ha de tomarse en consideración la “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”.
10. En opinión del Tribunal, si el asesoramiento jurídico se obtiene o se procura obtener de un abogado interno en lugar de un abogado externo no ofrece una distinción relevante a estos efectos. Tal como advierte con razón el Artículo 9.3(e) de las Reglas IBA, los tribunales de arbitraje al resolver sobre la aplicación de un privilegio deben considerar “la necesidad de mantener la equidad e igualdad entre las Partes, particularmente si ellas estuvieran sujetas a normas jurídicas o éticas diferentes”. Privar a un Estado litigante de la protección del privilegio legal por el simple hecho de que quien proporcionó asesoría jurídica o

respecto de quien se ha procurado obtener tal asesoría es un abogado de Gobierno, en lugar de un asesor externo, va en contra del debido proceso.

11. De manera similar, el Tribunal cree que no puede privar a un documento del privilegio invocado sobre la base de que es, en todo o en parte, divulgable según la legislación local del Estado respectivo sobre libertad de información cuando, como en el caso que nos ocupa, esa proposición ha sido objetada en forma categórica y no se ha presentado solicitud alguna ante las autoridades competentes de conformidad con las leyes locales. Así las cosas, el que los documentos constituyan “información reservada” en virtud de la LGTAIP y de la LFTAIP o no, no constituye una cuestión que el Tribunal deba prejuzgar.
12. Al Tribunal tampoco convence el argumento de la Demandante de que la Demandada habría renunciado al privilegio al exhibir ciertos documentos preparados por abogados. La Demandada ha explicado que los documentos divulgados no procuraron obtener, ni se obtuvo con ellos, asesoramiento jurídico y, por ende, no detentan el carácter de privilegiados, y la Demandante se ha mostrado de acuerdo con esta proposición<sup>1</sup>. No existe fundamento alguno para que el Tribunal le impute una renuncia a la Demandada en esas circunstancias.
13. Por lo tanto, la única cuestión que queda por dirimir es si la Demandante ha establecido una base que pueda dar lugar a dudas fundadas acerca de la pertinencia del privilegio invocado por la Demandada, de modo tal que el Tribunal debiera adoptar medidas adicionales para esclarecer esta cuestión. Una opción, propuesta por la Demandante en subsidio, sería que el propio Tribunal revisara los documentos. Sin embargo, según el Tribunal, esa solución conlleva el riesgo de contaminar las aguas y debiera evitarse siempre que sea posible<sup>2</sup>. La otra opción, que tiene la virtud de evitar el riesgo de contaminación,

---

<sup>1</sup> Carta de la Demandante de fecha 14 de diciembre de 2017, pág. 5 (que establece que “la Demandante niega” que las comunicaciones divulgadas sean de carácter confidencial). [Traducción del Tribunal]

<sup>2</sup> Tal como lo explica el Comentario a las Reglas IBA, “[p]or lo general es preferible que el propio tribunal arbitral no revise aquellos documentos [sobre los cuales se haya planteado una objeción fundada en un privilegio] ya que... si tras revisar el documento el tribunal arbitral ratifica la objeción, no podría excluir de su conocimiento el documento que ya ha revisado...” [Traducción del Tribunal]

sería designar a un perito que informe sobre la pertinencia del privilegio invocado tal como se prevé en el Artículo 3(8) de las Reglas IBA.

14. Sin embargo, el Tribunal no considera que sean necesarias estas otras medidas de investigación a la luz de los hechos. La Demandante no ha establecido una base que dé lugar a dudas fundadas en cuanto a la pertinencia del privilegio invocado por la Demandada que pudieren justificar el nombramiento de un perito que informe sobre esta materia. El nombramiento de un perito no puede ser automático cada vez que alguien cuestione la aplicación de un determinado privilegio. Más allá de una objeción, deben existir elementos en el expediente que justifiquen un escrutinio adicional en relación con la aplicación de un privilegio (y presumiblemente del abogado que lo invoca). En el caso que nos ocupa, el Tribunal no advierte la existencia de tales elementos. El número de documentos con respecto a los cuales se ha alegado privilegio es limitado. Las descripciones proporcionadas por la Demandada en su lista de documentos privilegiados no son de un carácter tal que den lugar a sospechas de que la Demandada o sus abogados se estén extralimitando. Por el contrario, a juzgar por esas descripciones, los documentos parecen proporcionar asesoramiento legal por parte de sus autores, abogados.
15. A la luz de lo que antecede, el Tribunal niega lugar a las solicitudes efectuadas por la Demandante en su carta de fecha 14 de diciembre de 2017.

### **3. Solicitud 29**

16. En sus cartas de fechas 14 y 26 de diciembre de 2017, la Demandante afirmó que la Demandada no había exhibido todos los documentos relativos a esta solicitud y, pidió que “por lo tanto, se le ordenara a la Demandada que exhiba cualquier documento adicional que tuviera en respuesta a la Solicitud 29 de la Demandante... [y] [e]n el supuesto de que no contara con documento alguno, deberá certificarlo”. [Traducción del Tribunal]
17. En sus respuestas, la Demandada sostuvo que había realizado una búsqueda diligente y confirmó que no pudo identificar documento alguno en relación con esta solicitud.

18. Los demás intercambios de las partes tienen relación con el fondo de los argumentos sobre jurisdicción y, como tales, no ameritan observaciones del Tribunal en esta etapa.
19. A la luz de la confirmación de la Demandada de que no ha hallado ningún otro documento, no existe medida alguna que corresponda al Tribunal ordenar en este momento. Naturalmente las partes tendrán la oportunidad de alegar qué consecuencias, si las hubiere, han de adjudicársele a la confirmación mencionada anteriormente, pero no se trata de una cuestión que el Tribunal deba resolver en este momento.

En nombre del Tribunal,



---

Dr. Gaëtan Verhoosel  
Presidente del Tribunal