

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

Angel Samuel Seda y otros

c.

República de Colombia

(Caso CIADI No. ARB/19/6)

RESOLUCIÓN PROCESAL No. 4

Miembros del Tribunal

Prof. Dr. Klaus Sachs, Presidente del Tribunal

Prof. Hugo Perezcano Díaz, Árbitro

Dr. Charles Poncet, Árbitro

Secretaria del Tribunal

Sra. Sara Marzal

13 de agosto de 2021

POR CUANTO el 18 de febrero de 2021 el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2;

POR CUANTO mediante carta de fecha 28 de junio de 2021 los Demandantes solicitaron al Tribunal que ordenara a la Demandada el cumplimiento pleno de sus obligaciones a tenor de la Resolución Procesal No. 2;

POR CUANTO mediante carta de fecha 6 de julio de 2021 la Demandada presentó su respuesta a la solicitud de los Demandantes y solicitó al Tribunal que desestimara la solicitud de los Demandantes;

POR CUANTO mediante carta de fecha 2 de agosto de 2021 la Demandada informó al Tribunal que había localizado y registrado documentos adicionales y presentado un Registro de Exenciones actualizado.

A. Introducción

1. La presente resolución procesal trata la solicitud de los Demandantes de que el Tribunal ordene a la Demandada lo siguiente: (i) completar la exhibición de documentos para todas las categorías de documentos identificadas en el Anexo A de su carta de fecha 28 de junio de 2021; y (ii) divulgar los documentos que la Demandada haya registrado en su Registro de Exenciones incluidos en el Anexo B de la carta de los Demandantes de fecha 28 de junio de 2021.
2. El Tribunal toma nota de la carta de la Demandada de fecha 2 de agosto de 2021, según la cual ha localizado documentos adicionales de respuesta a las solicitudes de documentos de los Demandantes que deberían exhibirse o registrarse de conformidad con la Resolución Procesal No. 2. En consecuencia, la Demandada ha proporcionado a los Demandantes las versiones actualizadas del Anexo A y del Anexo B, que el Tribunal considerará en su posterior análisis.
3. La presente resolución procesal se estructura de la siguiente manera: el análisis del Tribunal abordará en primer lugar las presentaciones de las Partes respecto a las normas jurídicas o éticas aplicables que rigen el impedimento legal o privilegio en virtud del Artículo 9.2 de las Reglas de la IBA, en particular, el Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y los Estados Unidos ("**Tratado**") (**B.**) y el derecho interno de Colombia (**C.**). Las decisiones del Tribunal respecto de las solicitudes individuales de los Demandantes de que se complete la exhibición de documentos y de que se exhiban documentos registrados se incluyen en el **Anexo A** y el **Anexo B** de la presente resolución procesal.

B. Acuerdo de Promoción Comercial entre Colombia y los Estados Unidos

4. El Tribunal se ocupará en primer lugar de la alegación de los Demandantes de que las objeciones de la Demandada a efectos de retener documentos en virtud del Tratado son "extemporáneas" y como tales, deberían desestimarse (I.). Posteriormente, si correspondiere, el Tribunal determinará si las disposiciones del Tratado resultan aplicables a las obligaciones de exhibición de documentos de la Demandada (II.).

I. Si las objeciones de la Demandada con arreglo al Tratado son extemporáneas

5. Los Demandantes afirman que la Demandada ha planteado por primera vez los Artículos 10.21 y 22.4 del Tratado en su comunicación más reciente a los Demandantes (Anexo C de la carta de los Demandantes de fecha 28 de junio de 2021) como otro fundamento para retener documentos. Para los Demandantes, la Demandada no planteó dichas objeciones en sus respuestas a la solicitud de documentos de los Demandantes ni en su Registro de Exenciones.
6. El Tribunal coincide con los Demandantes en que la Demandada no invocó dichas objeciones con base en el Tratado durante la fase de exhibición de documentos que precediera a la Resolución Procesal No. 2.
7. La Demandada parece haber planteado la aplicación del Tratado por primera vez en su correo electrónico a los Demandantes de 16 de junio de 2021, en los siguientes términos:

"Los Demandantes no pueden, so pretexto de la exhibición de documentos, procurar imponer a la Demandada una obligación de revelar información en violación del Artículo 10.21 y 22.4 del [Tratado] y de la legislación colombiana"¹. [Traducción del Tribunal]

8. Sin embargo, el hecho de que la Demandada no planteara la objeción basada en el Tratado con anterioridad, no implica que el Tratado no resulte aplicable ni que pueda considerarse que la Demandada renunciara a dicha objeción basada en el Tratado al no plantearla anteriormente en la fase de exhibición de documentos.
9. Por consiguiente, la Demandada no se encuentra impedida de invocar los Artículos 10.21 y 22.4 del Tratado como posibles excepciones a sus obligaciones de exhibición de documentos en esta etapa.

¹ Correo electrónico del abogado de la Demandada al abogado de los Demandantes de fecha 16 de junio de 2021, proporcionado por los Demandantes como "Anexo C" a su carta de fecha 28 de junio de 2021.

II. Si el Tratado contiene excepciones a la exhibición de documentos

10. El Artículo 10.21 del Tratado reza lo siguiente:

"Artículo 10.21: Transparencia de las Actuaciones Arbitrales

1. Con sujeción a los párrafos 2 y 4, el demandado, después de recibir los siguientes documentos, los entregará con prontitud a las Partes no contendientes y los pondrá a disposición del público:

(a) la notificación de intención;

(b) la notificación de arbitraje;

(c) los alegatos, escritos de demanda y notas explicativas presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada de conformidad con el Artículo 10.20.2 y 10.20.3 y el Artículo 10.25;

(d) las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles; y

(e) las órdenes, laudos y decisiones del tribunal.

2. El tribunal realizará audiencias abiertas al público y determinará, en consulta con las partes contendientes, los arreglos logísticos pertinentes. Sin embargo, cualquier parte contendiente que pretenda usar en una audiencia información catalogada como información protegida deberá informarlo así al tribunal. El tribunal realizará los arreglos pertinentes para proteger la información de su divulgación.

3. Nada de lo dispuesto en esta Sección exige al demandado que ponga a disposición información protegida o que proporcione o permita el acceso a información que pudiese retener de conformidad con el Artículo 22.2 (Seguridad Esencial) o Artículo 22.4 (Divulgación de Información).

4. Cualquier información protegida que sea sometida al tribunal deberá ser protegida de divulgación de acuerdo con los siguientes procedimientos:

(a) sujeto al subpárrafo (d), ni las partes contendientes ni el tribunal revelarán a ninguna Parte no contendiente o al público ninguna información protegida cuando la parte contendiente que proporciona la información la designe claramente de esa manera de acuerdo con el subpárrafo (b);

(b) cualquier parte contendiente que reclame que determinada información constituye información protegida, lo designará claramente al momento de ser presentada al tribunal;

(c) una parte contendiente deberá, en el mismo momento que presenta un documento que contiene información alegada como información protegida, presentar una versión redactada del documento que no contenga la información. Sólo la versión redactada será proporcionada a las Partes no contendientes y será pública de acuerdo al párrafo 1; y

(d) el tribunal decidirá acerca de cualquier objeción en relación con la designación de información alegada como información protegida. Si el tribunal determina que dicha información no fue designada apropiadamente, la parte contendiente que presentó la información puede: (i) retirar todo o parte de la presentación que contiene tal información, o (ii) convenir en volver a presentar documentos completos y redactados con designaciones corregidas de acuerdo con la determinación del tribunal y con el subpárrafo (c). En todo caso, la otra parte contendiente deberá, cuando sea necesario, volver a presentar documentos completos y redactados, los cuales omitan la información retirada de conformidad con el (i) por la parte contendiente que presentó primero la información o redesignar la información de forma compatible con la designación realizada de conformidad con el (ii) de la parte contendiente que presentó primero la información.

5. Nada de lo dispuesto en esta Sección requiere al demandado negarle acceso al público a información que, de acuerdo a su legislación, debe ser divulgada".

11. El Artículo 22.2 del Tratado dispone lo siguiente:

"Artículo 22.2: Seguridad Esencial

Ninguna disposición de este Acuerdo se interpretará en el sentido de:

(a) obligar a una Parte a proporcionar ni a dar acceso a información cuya divulgación considere contraria a sus intereses esenciales en materia de seguridad; o

(b) impedir que una Parte aplique medidas que considere necesarias para cumplir con sus obligaciones respecto al mantenimiento o la restauración de la paz o la seguridad internacional, o para proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad".

12. El Artículo 22.4 del Tratado dispone lo siguiente:

"Artículo 22.4: Divulgación de información"

Ninguna disposición en este Acuerdo se interpretará en el sentido de obligar a una Parte a proporcionar o a dar acceso a información confidencial, cuya divulgación pudiera impedir el cumplimiento de las leyes, o que fuera contraria al interés público, o que pudiera perjudicar el interés comercial legítimo de empresas particulares, sean públicas o privadas".

13. El Artículo 10.21 del Tratado, intitulado "*Transparencia de las Actuaciones Arbitrales*", rige la publicidad de las audiencias y de los documentos presentados por las partes en el curso de las actuaciones arbitrales y de las decisiones y laudos del Tribunal, los cuales, en principio, se pondrán a disposición del público o se enviarán a las partes no contendientes, excepto aquella "*información protegida*"² así catalogada por las Partes.
14. El Artículo 10.21(1) del Tratado obliga a la Demandada a enviar los documentos arbitrales enumerados en esta disposición a las Partes no contendientes y a ponerlos a disposición del público.
15. El Artículo 10.21(3) del Tratado hace referencia a los Artículos 22.2 y 22.4 del Tratado y establece que nada de lo dispuesto en esta sección exige al demandado que ponga a disposición información protegida o que proporcione o permita el acceso a información que pudiese retener de conformidad con dichas disposiciones.
16. El Artículo 10.21(4) del Tratado establece un procedimiento para excluir la información protegida de divulgación a cualquier parte no contendiente o al público.
17. Sobre la base de lo que antecede, a juicio de la Mayoría del Tribunal, el propósito del Artículo 10.21 del Tratado consiste, por un lado, en garantizar la transparencia de los procedimientos de arbitraje, y por el otro, en asegurarse de que la "*información protegida*", la cual ha sido catalogada como tal por las partes contendientes, mantiene su carácter confidencial frente al público y a las partes no contendientes.
18. Sin embargo, el Artículo 10.21 del Tratado (así como la definición de "*información protegida*" en el Artículo 10.28 del Tratado) guardan silencio respecto de la divulgación de documentos entre las partes contendientes. No obligan a la Demandada a divulgar documento alguno a los Demandantes. Por lo tanto, la Mayoría del Tribunal no está convencida de que estas disposiciones establezcan límites a las obligaciones de exhibición de documentos de las partes contendientes dentro del contexto del presente arbitraje.

² Con arreglo al Artículo 10.28 del Tratado, "*información protegida significa información de negocios confidencial o información privilegiada o que de otra manera se encuentre protegida de divulgación de conformidad con la legislación de la Parte*".

19. En tanto el Artículo 10.21(3) hace referencia a las excepciones generales de los Artículos 22.2 y 22.4 del Tratado, la Mayoría del Tribunal considera que esto sirve para aclarar que la obligación del demandado de poner los documentos arbitrales enumerados en el párr. 1 a disposición de público y de cualquier parte no contendiente (así como la obligación de realizar audiencias abiertas al público conforme al párr. 2) no tiene prioridad sobre las excepciones generales.
20. En sentido similar, los Artículos 22.2 y 22.4 del Tratado disponen que "[n]inguna disposición de este Acuerdo se interpretará en el sentido de" obligar a una Parte a proporcionar o a dar acceso a información cuya divulgación fuera contraria a sus intereses esenciales en materia de seguridad o que pudiera impedir el cumplimiento de las leyes, o que fuera contraria al interés público, o que pudiera perjudicar el interés comercial legítimo de empresas particulares, sean públicas o privadas. Sin embargo, como el propio Tratado no trata las obligaciones de divulgación de las partes contendientes durante las actuaciones arbitrales, estas excepciones generales no resultan aplicables (ni prevén limitaciones) a la exhibición de documentos.
21. Por estos motivos, la Mayoría del Tribunal no sigue los argumentos de la Demandada de que los Artículos 10.21 y 22.4 del Tratado contienen limitaciones al consentimiento de la Demandada a someterse al arbitraje ni establecen límites a las obligaciones de exhibición de documentos de las Partes.
22. En cualquier caso, aun si estas disposiciones resultaran aplicables, la Mayoría del Tribunal no está convencida de que la Demandada haya establecido de manera suficiente que la divulgación de los documentos registrados a los Demandantes (solamente) fuera contraria a sus intereses esenciales en materia de seguridad o al interés público o que pudiera impedir el cumplimiento de las leyes. En cambio, la Mayoría del Tribunal considera que las preocupaciones de la Demandada respecto de la divulgación pública de documentos que forman parte de investigaciones penales o disciplinarias en curso pueden ser abordadas por el procedimiento establecido en el Artículo 10.21(4) del Tratado así como por un compromiso de confidencialidad entre las Partes.

C. Derecho interno de Colombia

23. La Demandada invoca dos leyes colombianas a efectos de justificar la retención de documentos conforme al Artículo 9.2(b) de las Reglas de la IBA, concretamente la Ley 1712 de 2014 (intitulada "*Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública*")

Nacional") y la Ley 1437 de 2011 (intitulada "Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo").

24. El Artículo 18 de la Ley 1712 dispone lo siguiente:

“TÍTULO III

EXCEPCIONES ACCESO A LA INFORMACIÓN

Artículo 18. Información exceptuada por daño de derechos a personas naturales o jurídicas. Es toda aquella información pública clasificada, cuyo acceso podrá ser rechazado o denegado de manera motivada y por escrito, siempre que el acceso pudiere causar un daño a los siguientes derechos:

(a) El derecho de toda persona a la intimidad, bajo las limitaciones propias que impone la condición de servidor público, en concordancia con lo estipulado por el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011.

(b) El derecho de toda persona a la vida, la salud o la seguridad. [...]"

25. El Artículo 24(3) de la Ley 1437 lee como sigue:

“Derecho de Petición ante Autoridades

Reglas Especiales

Artículo 24. Informaciones y documentos reservados. Solo tendrán carácter reservado las informaciones y documentos expresamente sometidos a reserva por la Constitución Política o la ley, y en especial:

1. Los relacionados con la defensa o seguridad nacionales.

[...]

3. Los que involucren derechos a la privacidad e intimidad de las personas, incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como la historia clínica.

[...]

5. Los datos referentes a la información financiera y comercial, en los términos de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.

[...]

7. Los amparados por el secreto profesional.

[...]

PARÁGRAFO. Para efecto de la solicitud de información de carácter reservado, enunciada en los numerales 3, 5, 6 y 7 solo podrá ser solicitada por el titular de la información, por sus apoderados o por personas autorizadas con facultad expresa para acceder a esa información”.

26. Ante todo, la Mayoría del Tribunal observa que ambas disposiciones tratan el derecho de peticionar a las autoridades colombianas el acceso a la información pública y las excepciones a ese derecho.
27. La Mayoría del Tribunal coincide con los Demandantes en que estas normas internas en materia de acceso a la información no constituyen normas jurídicas vinculantes sobre cuestiones relativas a impedimento legal o privilegio en el sentido del Artículo 9.2(b) de las Reglas de la IBA. Dotan a las autoridades colombianas de discreción a efectos de restringir el acceso público a la información y a los documentos que se encuentren en tenencia de las autoridades en determinadas circunstancias, por ejemplo, cuando se afecta el derecho de una persona a la intimidad. La Mayoría del Tribunal no está convencida de que estas normas internas resulten igualmente aplicables a la exhibición de documentos en el marco de un arbitraje internacional.
28. No obstante, la Mayoría del Tribunal considera que, en cualquier caso, un compromiso de confidencialidad entre las Partes brinda las salvaguardas adecuadas contra la divulgación pública de información protegida conforme al Artículo 18 de la Ley 1712 y/o el Artículo 24(3) de la Ley 1437.
29. El Tribunal invita a las Partes a deliberar entre sí respecto de los términos de un acuerdo de confidencialidad apropiado. En el supuesto de que las Partes no lograren arribar a acuerdo alguno, el Tribunal emitirá, a instancias de cualquiera de las Partes, una resolución preventiva que rijan el tratamiento de los documentos de carácter confidencial.

POR MEDIO DE LA PRESENTE EL TRIBUNAL ORDENA:

30. En virtud de lo que antecede, el Tribunal, por mayoría, resuelve lo siguiente:
 - I. Las Partes procurarán arribar a un acuerdo respecto de los términos de un acuerdo de confidencialidad y deberán informar al Tribunal de su acuerdo a más tardar el 30 de agosto de 2021;

- II. Se ordena a la Demandada que exhiba los documentos tal y como se establece en el Registro de Exenciones adjunto (Anexo B) dentro del plazo de una semana desde de la celebración del acuerdo de confidencialidad;
- III. Se ordena a la Demandada que lleve a cabo cualquier búsqueda adicional de documentos de respuesta tal como se establece en el Anexo A y que exhiba o registre los documentos de respuesta en un Registro de Exenciones complementario a más tardar el 30 de agosto de 2021; y
- IV. Se rechaza cualquier otra solicitud de exhibición de documentos, sin perjuicio de la facultad del Tribunal de revisar su decisión sobre exhibición de documentos.

Lugar del arbitraje (sede legal): Washington, D.C.

[firmado]

Profesor Dr. Klaus Sachs
(Árbitro Presidente)

En nombre y representación del Tribunal

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Caso CIADI ARB/19/6

Angel Samuel Seda et al.

C.

República de Colombia

**Opinión Disidente sobre Exhibición de Documentos conforme a la
Resolución Procesal No. 4**

Hugo Perezcano Díaz
Árbitro

13 de agosto de 2021

Disiento de la decisión de la mayoría de ordenar a la Demandada a que exhiba ciertos documentos. En mi opinión, la Demandada ha planteado objeciones válidas conforme a las normas y directivas aplicables, y la correspondiente orden de exhibir tales documentos suscita importantes cuestiones e inquietudes, incluso el hecho de que fundamentalmente es contraria al lenguaje expreso del Acuerdo de Promoción Comercial Colombia - EE. UU. (APC) y a las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (las “Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba”), como también a principios reconocidos y aceptados por otros tribunales internacionales, y vulnera los derechos de terceros.

Discrepo con la mayoría en cuanto a que el Artículo 10.21 únicamente rige “la publicidad de las audiencias y de los documentos presentados por las Partes” o generados por el Tribunal. Tampoco estoy de acuerdo con que el propósito del Artículo 10.21 consiste “por un lado, en garantizar la transparencia de los procedimientos de arbitraje, y por el otro, en asegurarse de que la ‘información protegida’, la cual ha sido catalogada como tal por las partes contendientes, mantenga su carácter confidencial frente al público y a las partes no contendientes”. El Artículo 10.21 es más amplio.

El párrafo 1 rige el acceso de las Partes no contendientes y el público al *expediente del procedimiento*, que comprende los documentos enunciados en los subpárrafos (a) a (e), a saber:

- la notificación de intención y la notificación de arbitraje presentada por la demandante;
- los alegatos, escritos de demanda y notas explicativas presentados al tribunal por una parte contendiente y cualquier comunicación escrita presentada de conformidad con:
 - el Artículo 10.20.2 por una parte no contendiente,
 - el Artículo 10.20.3 por *amici curiae* y
 - el Artículo 10.25, que se relaciona con las objeciones planteadas por la demandada;
- las actas o transcripciones de las audiencias del tribunal, cuando estén disponibles; y
- las órdenes, laudos y decisiones del tribunal.

Los párrafos 1, 2 y 4 del Artículo 10.21, que versan sobre la publicidad del procedimiento de arbitraje, incluido el expediente del procedimiento, se concibieron expresamente para ser aplicados de forma conjunta. El párrafo 1 comienza estableciendo que, “[c]on sujeción a los párrafos 2 y 4”, el demandado entregará a las Partes no contendientes los documentos que ya estén en el expediente y los pondrá a disposición del público. El párrafo 2 exige que las audiencias sean abiertas al público y establece cómo salvaguardar de la divulgación la información protegida que ya obra en el expediente y que se pretenda utilizar durante una audiencia abierta al público. El párrafo 4 también hace referencia a la información protegida que ya ha presentado ante el tribunal. Además, establece salvaguardar dicha información protegida de la divulgación al público o a Partes no contendientes, incluso cómo resolver cuestiones en torno a la calificación de cierta información por cualquiera de las partes como *información protegida*.

La disposición contenida en el párrafo 3 es muy distinta. Es evidente que la ausencia de la frase introductoria “con sujeción a” del párrafo 1 no fue un error o descuido de las Partes del APC. Existe un notable contraste que lo aparta de los párrafos 1, 2 y 4 (que se refieren a la información protegida que ha sido presentada ante el tribunal y agregada al expediente). Está claro que el párrafo 3 tiene por objeto proteger al demandado frente a la divulgación, no tan solo al público o a Partes no contendientes, sino también al demandante e incluso al tribunal (o cualquier otra persona) de cierta *información* (que no se circunscribe a *información protegida*). Es obvio que, a partir de las numerosas referencias al público y Partes no contendientes en los párrafos 1, 2 y 4, cuando las Partes del APC pretendieron salvaguardar la información protegida de la divulgación al público y a Partes no contendientes, sabían cómo hacerlo y lo hicieron de forma expresa. El párrafo 3 no reúne esas características: “Nada de lo dispuesto en esta Sección exige al demandado que ponga a disposición información protegida o que proporcione o permita el acceso a información que pudiese retener de conformidad con el Artículo 22.2 (Seguridad Esencial) o Artículo 22.4 (Divulgación de Información)” (énfasis agregado). La inclusión de la frase “del público o de Partes no contendientes” en el párrafo 3 altera fundamentalmente la disposición según redactada por las Partes del

APC: “Nada de lo dispuesto en esta Sección exige al demandado que ponga a disposición [del público o de Partes no contendientes] información protegida o que proporcione o permita el acceso a información que pudiese retener de conformidad con el Artículo 22.2 (Seguridad Esencial) o Artículo 22.4 (Divulgación de Información)”. Ese resultado es contrario a las reglas de interpretación de tratados.

Asimismo, disiento de la opinión de la mayoría de que el Tratado no hace referencia a obligaciones de divulgación durante las actuaciones arbitrales y que las excepciones generales contenidas en los Artículos 22.2 y 22.4 no resultan aplicables ni prevén limitaciones a la exhibición de documentos. En mi opinión, esta conclusión también es inadmisibles.

Ya sea que se las considere “obligaciones de divulgación” de las partes contendientes o excepciones a tales obligaciones, es evidente que el Artículo 10.21 se refiere específicamente a la divulgación de información durante el procedimiento de arbitraje. A mayor abundamiento, el párrafo 3 dispone que “Nada de lo dispuesto en esta Sección” (es decir, la Sección B del Capítulo Diez del APC, que establece y rige el mecanismo de solución de controversias que nos ocupa) exige al demandado divulgar cierta información que correctamente pudiese retener de conformidad con los Artículos 22.2 y 22.4. De hecho, contrario a la conclusión de la mayoría de que estas excepciones generales no aplican para la divulgación de información durante el procedimiento de arbitraje, el párrafo 3 incorpora expresamente los Artículos 22.2 y 22.4 en la Sección B y los hace directamente aplicables a los procedimientos de arbitraje en virtud de “esta Sección” (B del Capítulo Diez del APC).

Asimismo, cabe destacar que, a diferencia de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba que, de conformidad con la Resolución Procesal No. 1, sólo sirven de guía para el Tribunal y las Partes de este arbitraje (¶ 15.1), el Artículo 10.21 forma parte del *derecho aplicable* en controversias en virtud del Capítulo Diez, Sección B. El Artículo 10.22 establece, en su parte pertinente: “...el tribunal decidirá las cuestiones en controversia de conformidad con este Acuerdo y con las normas aplicables del Derecho Internacional”. Desde luego, *este Acuerdo* (es decir, el APC) prevalece sobre otras normas aplicables del derecho internacional – que no son las Reglas de la IBA sobre

Práctica de Prueba. Además, no sólo las excepciones de los Artículos 22.2 y 22.4 aplican a todo el APC, incluido el Capítulo Diez, sino que las Partes del APC consideraron importante incorporarlas específicamente en la Sección B del Capítulo Diez. La conclusión de que las excepciones del Capítulo 22 relativas al acceso a información y su divulgación no aplican al acceso a información y su divulgación mediante la exhibición de documentos en procedimientos de arbitraje con arreglo a la Sección B es contraria al lenguaje expreso del APC. El párrafo 3 del Artículo 10.21 es categórico. “Nada de lo dispuesto” significa simplemente eso, ni los párrafos 1, 2 o 4 del Artículo 10.21¹, ni otras normas del derecho internacional que pudieran resultar aplicables, ni mucho menos las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba, cuyo único objeto es servir de guía en este arbitraje, y ni siquiera los acuerdos de confidencialidad.

Sin embargo, no existe ninguna contradicción entre las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba y el APC. En mi opinión, el resultado no cambia si se aplican las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba o las disposiciones del APC. Una parte puede abstenerse de exhibir ciertos documentos a la contraparte por los motivos indicados en el Artículo 9.2, incluso si los documentos se han considerado relevantes para la controversia y útiles para su resolución. Ese es el verdadero propósito del Artículo 9.2 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba. Exigir la exhibición de documentos en virtud de un acuerdo de confidencialidad para proteger la información “frente a la divulgación pública” hace que el Artículo 9.2 pierda sentido.

Más concretamente, no es difícil comprender por qué la información sobre investigaciones penales o disciplinarias, incluso la información obtenida o preparada por agencias policiales y de investigación u organismos disciplinarios y supervisores en el marco de una investigación de actividades penales u otro tipo de conducta ilícita, se encuentra protegida como información confidencial en la mayoría de los países, no sólo en Colombia. Revelar esa información a personas que no son objeto o parte de tales investigaciones puede comprometer el éxito de estas, perjudicar la aplicación de posibles

1. El Artículo 10.21.5 no es relevante aquí. Contiene la otra cara de la disposición: cuando el derecho interno exige que se divulgue información, nada de lo dispuesto en la Sección B del Capítulo Diez exige al demandado que deniegue su acceso al público.

medidas que exijan el cumplimiento, permitir la identificación de testigos o informantes, etc. En general, puede impedir la correcta aplicación del derecho y poner en riesgo a personas o bienes. No cabe duda de que estas son cuestiones de interés público.

Es evidente por qué un acuerdo de confidencialidad no puede brindar una protección adecuada contra tales riesgos. Incluso si la información no se diera a conocer al público, puede filtrarse, ya sea a propósito, por indiscreción, descuido o de cualquier otro modo. Desde luego, las personas que no forman parte de agencias de investigación o no cuentan con la debida autorización no están sujetas a los mismos protocolos y medidas aplicables al manejo de dicha información. Cabe destacar que dichas personas no persiguen el mismo interés público en el manejo y uso de dicha información. Los tribunales de arbitraje también carecen de medios eficaces para exigir el cumplimiento de tales acuerdos de confidencialidad y compromisos relacionados efectivamente o en absoluto.

De hecho, los tribunales arbitrales internacionales han reconocido el *principio de confidencialidad de las investigaciones penales*. Han aceptado que estos tipos de investigaciones se encuentran cubiertas por el Artículo 9.2 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba. En consecuencia, los tribunales internacionales se han rehusado a exigir la exhibición de documentos relacionados². El principio también rige para investigaciones o indagaciones similares.

Asimismo, estoy convencido de que el documento identificado por la Demandada con respecto a la Sra. Yolima Cruz se encuentra comprendido dentro de las excepciones legales relativas al derecho a la privacidad de las personas, incluso en lo concerniente a los antecedentes laborales de esa persona, expedientes del personal, etc.. En general, los Gobiernos sólo pueden utilizar la información personal de un individuo para la finalidad específica para la que se obtuvo y deben protegerla de divulgación sin el

2. *Elliott Associates, LP (EE. UU.) c. República de Corea*, Caso CPA No. 2018-51. Orden Procesal No. 14, 24 de junio de 2020, ¶ 72. Véase también *BSG Resources (Guinea) Limited y BSG Resources (Guinea) SARL c. República de Guinea*, Caso CIADI No. ARB/14/22. Resolución Procesal No. 7, 5 de septiembre de 2016.

consentimiento de dicho individuo. Es evidente que un acuerdo de confidencialidad no puede obviar el consentimiento del individuo con respecto a su información personal.

Sin duda, la información que solicitan los Demandantes es información protegida conforme al derecho colombiano, concretamente las Leyes 1712, 1430 y 1708 y el Decreto-ley 663. Los Demandantes no cuestionan la interpretación de la Demandada de las disposiciones relevantes de dichas leyes. No obstante, la mayoría duda que “estas normas internas resulten igualmente aplicables a la exhibición de documentos en el marco de un arbitraje internacional”. Y, aun así, más allá del Artículo 9.2 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba, el Artículo 10.28 del APC establece específicamente: “Para los efectos de este Capítulo [Diez del APC]... **información protegida** significa información de negocios confidencial o información privilegiada o que de otra manera se encuentre protegida de divulgación de conformidad con la legislación de la Parte” (negrita en el original, énfasis agregado). Así pues, a los fines del Capítulo Diez del APC, el derecho interno –en este caso, el derecho colombiano– es el que rige cuestiones de clasificación, protección y divulgación de información.

Por estos motivos, en mi opinión, se debería excluir la exhibición de los documentos identificados en las Solicitudes Nos. 1, 3, 8, 18 y 19 de los Demandantes³, conforme al Artículo 10.21 del APC y al Artículo 9.2 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba⁴. Los documentos mencionados en la Solicitud No. 12 de los Demandantes se encuentran comprendidos en la misma categoría, ya que se refieren a investigaciones de actividades ilegales (aunque no dentro del marco jurídico penal).

3. Entradas 1 - 8, 10 - 12 y 16 - 30 del Registro de Privilegios de la Demandada.

4. En vista de mi disidencia y en aras de evitar cualquier tipo de confusión, brindaré una breve explicación de las entradas 13 y 14 del Registro de Privilegios de la Demandada en respuesta a la Solicitud No. 6 de los Demandantes, en la que no disiento de la decisión de la mayoría. En esas entradas, la Demandada identificó dos decisiones emitidas por la Sra. Malagón como Directora Nacional Especializada de Extinción del Derecho de Dominio, en relación con las medidas cautelares impuestas en el Sitio Meritage. La Demandada hizo mención de “su respuesta a las objeciones de los Demandantes a la Entrada 1” de su Registro de Privilegios, en referencia a la Solicitud No. 1 de los Demandantes de documentos sobre investigaciones penales y disciplinarias de la conducta de la Sra. Malagón. Sin embargo, las decisiones en cuestión no entran en la categoría de documentos conforme a la Solicitud No. 1 de los Demandantes porque no están relacionadas con investigaciones penales o disciplinarias de la conducta de nadie. Fueron emitidas por la Sra. Malagón en el marco del procedimiento administrativo de confiscación de bienes que concluyó, y ahora la cuestión pasó a fase judicial.

Estas investigaciones, similares a las penales o disciplinarias, versan sobre cuestiones sensibles relacionadas con el interés público, la aplicación de las leyes y la administración de justicia. También debería excluirse su exhibición.

Los documentos identificados en la Solicitud No. 31 de los Demandantes también entran en esta categoría. Están relacionados con una investigación llevada a cabo por autoridades de supervisión financiera acerca del cumplimiento por parte de Corficolombiana de las leyes y reglamentaciones financieras aplicables en relación con su rol en algunos de los hechos subyacentes. Nada impide a los Demandantes y, en particular, al Sr. Seda solicitar esa información directamente a Corficolombiana para utilizarla en este procedimiento. Sin embargo, resulta inapropiado que el Tribunal ordene la exhibición de dicha información sin el consentimiento de Corficolombiana. No sólo es información protegida conforme al derecho colombiano y el APC, sino que el Tribunal no tiene manera de determinar si los intereses de los Demandantes, Newport y Royal Realty en el asunto subyacente están alineados con los de Corficolombiana y, de no serlo, además de los riesgos identificados *supra*, obligar a la demandada a brindar información de Corficolombiana a los Demandantes podría afectar derechos de terceros y poner en peligro sus estrategias legales.

El derecho a la privacidad es un derecho fundamental consagrado en el derecho internacional y protegido en diversas jurisdicciones. No cabe la menor duda de que la protección de dicha información es una cuestión de interés público y, por lo tanto, se encuentra cubierta por el Artículo 22.4 del APC. En consecuencia, debería excluirse la exhibición del documento sobre la Sra. Yolima Cruz⁵.

[firmado]

Hugo Perezcano Díaz
Árbitro

5. Entrada 15 del Registro de Privilegios de la Demandada. Es necesario realizar otra aclaración. La Demandada también se opuso a exhibir las decisiones de la Sra. Malagón identificadas en las entradas 13 y 14 de su Registro de Privilegios, aduciendo que los documentos se encuentran protegidos por el derecho a la privacidad. Sin embargo, las decisiones en cuestión versan sobre las medidas cautelares, no sobre la Sra. Malagón o su conducta. De hecho, son decisiones que la Sra. Malagón emitió durante el curso de la investigación inicial del Sitio Meritage que culminó con la Acción de Confiscación de Bienes. La objeción no se invocó de manera válida y, también por estos motivos, no discrepo de la decisión de la mayoría respecto de estas decisiones emitidas por la Sra. Malagón.