

LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE

INTERPRETACION DE LAS REGLAS I.B.A. EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

Por Jorge A. Rojas¹

1.- INTRODUCCION

Este informe general apunta a desarrollar exclusivamente algunos aspectos relacionados con la prueba en el arbitraje internacional, que por cierto, por su amplitud, requiere de precisiones sobre todo cuando se entremezclan sistemas diversos, y aun así, comprende un amplio campo de trabajo.

A los fines de concentrar la tarea, a continuación se transcribirán las líneas de trabajo que se han fijado para esta labor, vinculándolas a la interpretación de las reglas que en materia de obtención de pruebas ha establecido la International Bar Association (IBA) para el arbitraje internacional.

Uno de los aspectos que se destacan, es que si bien esas Reglas de la IBA se consideran universales, se plantean en general algunos inconvenientes con su aplicación por la diversidad de sistemas de justicia que suelen superponerse en el desarrollo de un determinado sistema arbitral.

¹ Profesor titular por concurso de Derecho Procesal Civil de la Universidad de Buenos Aires – Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal – Arbitro Permanente –por concurso- del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

Ello ha permitido la reducción de esta temática a la interpretación que se genera en las cuestiones que surgen de la interpretación de algunos de sus artículos, a saber:

1. Art. 3 (a) Una Solicitud de Prueba deberá contener... (ii) una descripción restringida y específica de una categoría requerida de documentos.

2. Art. 4 (3) No será impropio que una Parte [Representante]... entreviste a sus testigos o posibles testigos y debatan con ellos sobre su posible testimonio.

3. Art. 5 El Tribunal de Arbitraje, previa consulta con las Partes, podrá designar a uno o más peritos nombrados por el Tribunal para que le informen...

Para los puntos anteriores en los artículos 3 y 4, se solicita describir la interpretación que le daría un profesional del arbitraje cuyos antecedentes están en su tradición legal y que no está familiarizado con el rango de interpretaciones que podría haber experimentado, y en lo posible brindando algún ejemplo que ilustre esa interpretación.

Por otro lado, para el artículo 5, la consigna de trabajo es la siguiente: ¿qué tan común es que haya expertos designados por el tribunal en su jurisdicción?

Sobre la base de estos presupuestos de trabajo se desarrollará este informe, en la inteligencia de poder describir el comportamiento que existe en Iberoamérica en los arbitrajes internacionales sobre los aspectos señalados.

2.- LOS SISTEMAS ARBITRALES Y EL LENGUAJE

Para despejar algunas de las posibles trabas que se pueden presentar en este trabajo, es útil tener en cuenta que el vocablo “prueba”, como tantas voces del

mundo jurídico presenta una polisemia por demás particular.

Aludimos a prueba en el civil law cuando ofrecemos medios de prueba en un proceso, pero le damos la misma designación a la prueba ya producida en la causa, y con el mismo alcance nos referimos a su valoración al momento de alegar o bien al momento de laudar.

Por lo tanto, conviene tener en cuenta que utilizaré la voz prueba interpretándola como la demostración en un proceso de la ocurrencia de un suceso, desde luego trátase de un proceso arbitral como judicial el alcance que le daremos será idéntico.

Esto implica una tarea compleja, que no se circunscribe solo al ofrecimiento de prueba, sino por el contrario a una tarea demostrativa de aquellos presupuestos fácticos que resultan fundantes para el ejercicio de una determinada pretensión.

Luego veremos cómo repercuten estas circunstancias en el proceso, toda vez que vienen acollarados a este razonamiento, la labor demostrativa que se desarrolla en la producción de la prueba, como asimismo su apreciación, por el valor que se le asigne a su alcance.

Ello dentro de un determinado sistema arbitral, que es el otro aspecto a tener en cuenta, toda vez que habría que reposar la mirada en este punto en la característica que tenga el tribunal que intervenga.

Esto es, si se trata de un tribunal ad hoc, o bien si se trata de un tribunal de carácter institucional. Es decir, para evitar confusiones con el lenguaje, si el arbitraje será diseñado por las partes, o bien si se trata de un arbitraje

institucional, desarrollado sobre la base de una estructura reglamentaria que lo contemple.

La importancia que cabe atribuirle a estos aspectos radica en las diferencias que deben ser materia de análisis en este trabajo, toda vez que los sistemas arbitrales son de distinta índole, más allá de la similitud que pueda existir entre todos ellos, por el denominador común que significa el ejercicio de las pretensiones en los escritos postulatorios, el desarrollo de la etapa probatoria y la actuación del tribunal –que las partes hayan decidido- para el dictado del laudo, al margen del mecanismo de revisión (apelación) o de rescisión (nulidad) que se hubiera pactado.

Pero en este caso, es dable tener en cuenta que estamos en el ámbito del arbitraje voluntario, con lo cual cabe destacar que estamos dejando de lado el arbitraje obligatorio o también llamado legal o forzoso que existe en algunos supuestos².

Por lo tanto, si restringimos el campo de trabajo, al arbitraje voluntario e internacional y además tenemos en cuenta la distinción que cabe respecto a los intervinientes procesales, más allá de la estructura a la que ajusten su cometido, por caso si fuera ad hoc o administrado, la realidad muestra la convergencia de distintas personas formadas en distintos sistemas jurídicos, que impactan en el

² En mi país (Argentina), existen diverso tipo de normas que mandan el arbitraje con carácter obligatorio o forzoso, por ejemplo la Ley 26.831 (reformada por la ley 27.440) para los conflictos de índole societaria que se susciten en sociedades abiertas que son aquellas que cotizan en bolsa; o bien la opción con la que cuenta el minoritario para debatir el precio de compra ofrecido por el mayoritario en una oferta pública de adquisición, en caso de decidir por el tribunal arbitral en lugar del judicial. Lo mismo sucede con otras normas por ej. el art. 1157 del Código Civil y Comercial de la Nación; el art. 5 de la ley 17.418 de seguros, entre otros ejemplos.

arbitraje y que han llevado a la International Bar Association a tratar de zanjar estas diferencias proporcionando pautas de manejo y desarrollo de este tipo de arbitrajes, dentro de un marco regulatorio que tendrá carácter supletorio o principal, según la decisión de las propias partes que intervengan en el proceso.

Hechas estas aclaraciones previas, sobre todo por la convergencia de los dos grandes sistemas que en general se plantean en este tipo de procesos, el del civil law y el del common law, la IBA ha proporcionado las normas que aquí corresponderá abordar a los fines de brindar algún tipo de pauta interpretativa genérica que resulte de utilidad para su posterior aplicación.

Por ello, nos introduciremos seguidamente en el análisis de las consignas de trabajo propuestas.

3.- ASPECTOS VINCULADOS A LA PRUEBA DOCUMENTAL

La interpretación que han hecho los profesionales en la práctica concreta en los arbitrajes internacionales, puede distinguirse a través de los diversos países que han contribuido -a través de sus representantes- a brindarnos su información, pues son disímiles las situaciones que se plantean.

Por ejemplo en Perú, en su informe el Prof. Martín Chocano nos hace saber que la interpretación que le otorgan los profesionales a las Reglas IBA sobre prueba documental, se encuentra a mitad de camino entre el bastante amplio discovery anglosajón y la más restringida institución de la exhibición de documentos regulada en el Código Procesal Civil peruano.

De tal modo, es usual que los tribunales arbitrales en Perú al aplicar la regla 3 a) de la IBA, denieguen solicitudes de producción de documentos que se refieran a una categoría general o excesivamente amplia de documentos sin ningún tipo de limitaciones.

En Chile, el Prof. José Pedro Silva nos informa que los procedimientos en los arbitrajes internacionales, están regulados por la Ley de Arbitraje Comercial Internacional nro. 19.971 que fue promulgada en el año 2004 y, en ausencia de cualquier declaración de las partes en contrario, el art. 19 de esa ley declara que el Tribunal es libre de llevar a cabo el arbitraje y decidir sobre la admisibilidad, relevancia y peso de la evidencia provista.

Además los árbitros chilenos son proclives a evaluar una solicitud de documentos, de acuerdo con el art. 349 del Código Procesal Civil chileno, lo que implica dos tipos de requisitos: 1) que los documentos cuya exhibición se solicita estén directamente relacionados con la pregunta o asunto controvertido; y 2) que por su naturaleza, los documentos solicitados no se consideran privilegiados ni confidenciales.

Como se puede apreciar, de las prácticas en arbitraje internacional de estos dos países, en el primero, son de observancia las Reglas de la IBA en materia de prueba documental y su extensión o alcance, mientras que en el segundo, prácticamente no se observan por encontrar una regulación específica del país.

En Uruguay, el Prof. Santiago Pereira Campos nos ilustra sobre lo incipiente que se encuentra en su país el desarrollo del arbitraje, tanto interno como

internacional, en comparación -como lo refiere- con los demás países de la región.

No obstante ello, considera que la luz de la Regla 3 a) de la IBA la interpretación que le daría un profesional en Uruguay sería –por su tradición legal- que siempre debe ser restringida, pues de solicitarse la exhibición de documentos sostiene que debe ser concreta y específica, individualizando la categoría de documentos de que se trate, vinculándola además con los hechos de la controversia.

A su vez el Profesor Joan Pico i Junoy, para su informe ha tenido en cuenta no solo la Ley española vigente sobre arbitraje (nro. 60/2003), sino además las prácticas desarrolladas en el Tribunal Arbitral de Barcelona, que es el más antiguo del país, y la Corte Española de Arbitraje con sede en Madrid.

En todos los casos referidos a España –en ninguno de esos Tribunales- existe una norma similar a las Reglas de la IBA con relación a la prueba documental, y a su vez indica que en la práctica arbitral, cuando una parte solicita una exhibición de documentos, debe señalar al árbitro además de los motivos de su petición, la relación directa e inmediata que tiene esa prueba con el objeto del litigio.

En mi país –Argentina- el Profesor Guido Tawil, con relación a la prueba documental, a partir de su experiencia en arbitrajes internacionales, señaló que en general se persigue evitar el dislate y la amplitud imprecisa sobre la documentación a aportar por una parte.

Este problema –señaló- que se da siempre en todo el mundo, y lo más habitual es que se trata de encauzar a través de cuadros intercambiados entre las partes en los cuales se hace la petición, y las partes aceptan o rechazan los pedidos, de modo tal de establecer así un límite entre ellas con relación a la prueba documental.

No obstante, en la República Argentina, no existe mucha experiencia en la utilización de estas reglas en materia de prueba en los arbitrajes internacionales, aunque en algunos casos pueden servir como una especie de guía.

A título personal puedo informar que integro el Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, que es el más antiguo que existe en el país, y en materia de arbitrajes internacionales nuestro reglamento contempla la aplicación –supletoria- de la Ley Modelo de Uncitral, por lo cual no resultan de aplicación las normas de la IBA.

4.- LA PRUEBA TESTIMONIAL

Con relación a la producción de la prueba testimonial, la consigna de trabajo que se nos ha propuesto apunta a la posibilidad de entrevistar al testigo para debatir sobre su posible testimonio, existe coincidencia en todos los aportes realizados sobre los países de Iberoamérica.

En Uruguay se considera que más que una posibilidad se considera una obligación de los abogados la de entrevistar a los testigos, por lo cual no se considera impropia esa práctica.

Lo mismo sucede en Chile, con la salvedad de la responsabilidad penal en la que pueden incurrir los abogados conforme su Código Penal si se induce a un testigo a tergiversar la verdad.

Por el contrario, en Perú si bien no existe una norma que regule esta situación no está bien visto en la práctica que un abogado se reúna con el testigo, entre otras razones, por la desconfianza que genera este medio de prueba y la cultura que existe en la práctica procesal civil peruana.

No obstante la cultura arbitral peruana, ha adoptado la práctica internacional y revalorado la prueba testimonial, cuya credibilidad dependerá del testimonio en sí y no de los prejuicios de la legislación o las prácticas locales.

Sin embargo, las interpretaciones que se les da a las normas de la IBA al respecto son restrictivas, y se circunscriben a entrevistar al testigo para conocer su carácter y personalidad, verificar su honestidad y credibilidad, su conocimiento sobre los hechos y orientarlos sobre el particular y prepararlo para la audiencia orientándolo sobre el escenario a desarrollarse y su dinámica.

En España, ni su Ley de Arbitraje, ni los reglamentos de los Tribunales de Barcelona o de Madrid, contemplan una norma similar a la Regla 4.3. de la IBA, sin embargo, es una práctica habitual que las partes puedan entrevistarse con los testigos que ellas propongan.

Lo mismo sucede en Argentina, para conocer de antemano la importancia que tiene su testimonio, haciendo una aclaración el Profesor Tawil en este sentido, y es que las prácticas internacionales llevan a presentar por escrito las declaraciones de los testigos que a su vez si se ven replicadas por otras

declaraciones, también se acompañan por escrito, produciéndose un intercambio que se hace muchas veces sumamente extenso.

5.- LA PRODUCCION DE LA PRUEBA PERICIAL

Con relación a la producción de la prueba pericial, se producen variables importantes a tener en cuenta, no solo por las prácticas usuales de cada país, sino además por la aplicación concreta de la Regla 6.1 de la IBA en cuanto a la designación de peritos.

En Chile es muy común contar con peritos designados por el Tribunal arbitral que intervenga, sobre todo en materias vinculadas a temas de infraestructura, tecnología y finanzas.

Eso ha llevado a un debate de tipo académico entre los especialistas, porque se ha advertido que cada vez más los laudos se convierten en una especie de copia de la opinión de los expertos que se designan, sin proporcionar ningún análisis ni juicio razonado sobre el particular.

En Uruguay, si bien el arbitraje es aún considerado incipiente en su desarrollo, es usual que sean las partes quienes aporten con sus escritos postulatorios pericias de sus propios expertos, en las diversas ramas que sean, siendo las más frecuentes las de arquitectos, o ingenieros.

En Perú, si bien se reconoce la facultad del Tribunal de designar de oficio expertos para que presenten sus informes periciales, también es una práctica común que sean las partes quienes aporten las pericias de las que intentan valerse con sus escritos iniciales, de modo de tratar que los tribunales decidan

la controversia sobre la base de esos peritajes en lugar de tener que acudir a la designación de un perito de oficio, siendo por ende sumamente cautelosos los árbitros para la designación de peritos de oficio.

En la práctica de arbitrajes internacionales en Perú, se destaca la designación de peritos de oficio en las siguientes circunstancias: a) en temas de interés público en los que es parte el Estado; b) cuando una parte ha presentado su pericia y la contraria presenta un informe de un experto que critica la pericia diluyendo su credibilidad; c) cuando ninguna de las partes ha ofrecido una pericia y existen temas técnicos o científicos que requieren su dilucidación para resolver la controversia.

Finalmente, si bien los árbitros tienen la potestad de designar de oficio peritos para intervenir en el proceso, lo más usual en Perú es que las partes sean quienes presenten sus propias pericias, y que el tribunal arbitral resuelva sobre la base de ellas.

En España destaca el Profesor Pico i Junoy, que la Ley de Arbitraje española replica la Regla 6.1 de la IBA, con la salvedad que si bien el Tribunal arbitral puede designar un perito de oficio, ello es salvo acuerdo de partes en contrario.

El Tribunal Arbitral de Barcelona contempla una regla en virtud de la cual, condiciona la designación de oficio de un perito por parte del árbitro, a que ello sea expresamente admitido por la institución arbitral. Mientras que el Tribunal de Arbitraje de Madrid replica la Regla 6.1 de la IBA.

No obstante ello, la práctica usual da cuenta que las partes –sobre todo a fin de evitar engrosar los costos del arbitraje- normalmente presentan sus dictámenes periciales privados.

Por lo tanto, en España se da la particularidad que si bien no se recogen las Reglas de la IBA, en este aspecto, o sea en la designación de un perito de oficio, es el único en donde sí se repara en ellas.

En Argentina se da una situación que guarda similitud con lo que sucede en los restantes países citados, ya que en general las pericias son acompañadas por cada una de las partes, y en algunos casos suele suceder que el Tribunal exija la realización de un careo entre los propios expertos cuando existan visiones contrapuestas.

Con motivo de estas prácticas es usual interpretar que en los arbitrajes internacionales lo menos frecuente es que se designe a un experto por parte del tribunal pues se interpreta que en la mayoría de los casos ese experto se arroga el papel de árbitro por su especialidad en la materia sobre la que verse la controversia.

Eso acontece en algunos tribunales, en el que integro de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, en los arbitrajes -aún internacionales- el experto en una determinada rama del conocimiento es designado por el Tribunal, de sus propias listas de peritos y cuando su especialidad no está contemplada en esos reglamentos, como ha sucedido con el caso de un geólogo, o un oceanógrafo, o especialidades sumamente específicas, se recurre a universidades o entidades

oficiales a los fines de que suministren o proporcionen especialistas (en general varios), para sortear entre ellos a quien se designará a esos fines.

Inclusive ha sucedido en alguna oportunidad que se ha designado a una universidad para llevar a cabo una pericia que requería la concurrencia de varios especialistas que si bien estaban vinculados entre sí hubieran requerido de varias tareas que de esa forma se concentraron dentro de la universidad misma con distintos profesores especializados en determinadas materias.

6.- A MODO DE CONCLUSIONES

Antes de extraer algunas conclusiones sobre la temática abordada, quiero destacar que recibimos un informe de Bolivia de parte del Dr. Primitivo Gutiérrez Sánchez, quien nos hace saber que en su país, y con motivo de su nueva Ley Fundamental, que le ha dado una nueva denominación a su país como Estado Plurinacional de Bolivia, en el año 2015 se ha dictado la ley 708 de Conciliación y Arbitraje y que fue modificada por la ley 936 en el año 2017.

Si bien no hizo ningún tipo de referencia a la aplicación de las Reglas de la IBA en materia de prueba, señaló que forma parte -como árbitro habilitado- del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo (CAINCO), establecida en el Departamento de Santa Cruz, reconociendo que su país ha ingresado recientemente en el desarrollo de métodos alternativos como el arbitraje, y desde luego tienen aspiraciones de un crecimiento apropiado y acorde con las tendencias actuales.

Hacemos votos entonces por nuestros congéneres bolivianos para que puedan nutrirse de las nuevas corrientes que existen para la solución de conflictos,

sobre todo desde el punto de vista de aquellos derechos que resultan disponibles para las partes y por ende susceptibles de ser sometidos a arbitraje.

Mientras tanto, lo que podemos colegir de las experiencias que hemos recogido he informado precedentemente, es que el análisis de las Reglas de la International Bar Association persiguen una especie de adaptación entre los sistemas del civil law y del common law, aunque este blend que se obtuvo, se ve en la mayoría de los casos impactado por las diversas culturas existentes en los países latinoamericanos.

Se ha generado una variante dentro de lo que la doctrina ha identificado como "*soft law*", esto es una especie de derecho al que acceden voluntariamente las partes a acatar pues se tratan de normas que ofrecen cierta flexibilidad en su aplicación, generalmente con carácter supletorio, por su falta de eficacia obligatoria, a aquello que las partes hubieran acordado. Esto desde luego por oposición al derecho escrito o "*hard law*".

Precisamente la IBA se ha propuesto brindar a través de su Comité de Arbitraje, una serie de normas o principio o directrices vinculados –en este caso- al manejo de la prueba para el arbitraje internacional, conformando así el llamado *soft law*, del cual la doctrina se ha encargado de señalar que no existe una conceptualización homogénea sobre su significado.

Consisten en textos que establecen pautas o reglas, que si bien no resultan obligatorias, con el correr del tiempo y por su utilización empiezan a observar cierta obligatoriedad, por lo menos eso es lo que se espera de ellas, pues solo se aplican si las partes las han pactado.

Aunque suelen existir algunos tribunales que hacen uso de ellas, pese a que las partes no las hayan incluido en su acuerdo arbitral, porque las utilizan como principios generales aceptados por la comunidad arbitral.

Con lo cual el arraigo que puedan adquirir en el tiempo dependerá de su uso y práctica concreta en la realidad, circunstancias que por el momento no se ven reflejadas en los países Iberoamericanos que hemos tomado como referencias.

Si partimos de la base de que el derecho es un producto cultural, y como bien reconocía la teoría egológica del derecho del Profesor Carlos Cossio se trata de conducta humana y de su regulación, no es posible dejar de lado las prácticas habituales que existen en los diversos países de Iberoamérica, y desde luego registrar a su vez el impacto provocado por esas reglas.

Si bien es incipiente su desarrollo –como se desprende de los informes locales recepcionados- no es menos cierto que brindan una pauta interpretativa que se podrá tener en cuenta con el desarrollo de las prácticas, en tanto sus operadores sean beneficiarios de las normas o pautas orientadoras que brindan estas reglas.

En esa línea ya se ha pensado en un código transnacional que contemple esta normativa para generar desde el derecho procesal internacional. Esa tentativa ya se llevó a cabo en varias oportunidades, destacándose entre ellas el código conocido como Bishop/Stevens del año 2011, en donde si bien se contemplaban

normas de ética para los profesionales intervinientes en tribunales arbitrales internacionales, también se contemplaban normas en materia probatoria³.

Lo importante a destacar en este sentido, de ahí la importancia que tiene la cultura en el mundo del derecho como bien lo ha destacado Chase⁴, es que el impacto que puede producir una regulación de la índole analizada, que se considera “blanda”, no solo se ve reflejada en la concreción en sí misma de la prueba, sino en sus proyecciones sobre la decisión de mérito.

Esto hace que debemos retomar el comienzo de nuestro reporte, en donde señalamos la polisemia de la voz “prueba”, toda vez que no se agota solamente en su ofrecimiento y producción, sino fundamentalmente en la evaluación posterior que hagan las partes en sus alegatos y el tribunal al momento de laudar.

Por ende, su regulación, sea por vía de adopción, como sucede en España con la regla referida a la producción de la prueba pericial, y su aplicación concreta, marca una distinción que resulta imprescindible tener en cuenta. Ello es así pues obsérvese que tanto en Perú, como en España, y en algunos casos en Argentina, se parte de un prejuicio que consiste en evitar investir al experto que se designe en el decisor que sustituya la labor del tribunal, precisamente por la experiencia recogida en la práctica usual.

³ Felix J. Montero y Mercedes Romero en Anuario de Arbitraje 2017, Ed. Thomson Reuters, cap. 14, La conducta del abogado y la práctica de la prueba en el arbitraje internacional, p. 353.

⁴ Chase, Oscar G.; Derecho, Cultura y Ritual – Sistemas de resolución de controversias en un contexto intercultural; Ed. Marcial Pons, 2011.

Con lo cual, es importante tener en cuenta que las prácticas de cada ámbito forense, marcan una impronta de suma importancia a tener en cuenta a la hora de aplicar sea como norma directa, o bien con carácter supletorio, las reglas que comentamos.

El denominador común que se puede observar de lo expuesto, precisamente es que sea en la prueba testimonial, con los diferentes registros que se observan en los países que nos brindaron sus informes, como en la prueba documental, como igualmente en la producción de la pericial, en todos los casos se sobrepone sobre la norma, la práctica usual que marca un camino a seguir que a veces compatibiliza el derecho local, o las prácticas locales con las normas sugeridas a través de las Reglas de la IBA.

Por lo que llevamos expuesto, parecería saludable que si bien las normas de IBA persiguen una identificación que permita unificar los distintos sistemas jurídicos que son de aplicación en un arbitraje internacional, en donde encontramos partes, abogados y árbitros de diferentes países, con diferentes culturas jurídicas, que se puedan compatibilizar esas normas con las prácticas habituales de cada país, para seguir apostando a la mayor flexibilidad que se persigue en el arbitraje con la normativa que lo regula, sin perder de vista la autonomía de las partes que resulta pilar fundamental de este instituto.