

### ***¿Americanización de la fase escrita del arbitraje internacional?***

Bernardo M. CREMADES, Jr. \*

*Sumario:* I. Introducción. II. Armonización del arbitraje internacional. 1. Cuestiones generales. 2. Proceso inquisitivo v. acusatorio. 3. Impacto del arbitraje internacional. III. ¿Americanización del arbitraje internacional?. 1. Influencia anglosajona. 2. Americanización indirecta. IV. Escritos principales. 1. Notificación y contestación. 2. Memoriales: A) Cuestiones generales; B) Plazos y calendario procesal; C) Fuentes del Derecho. 3. Memoriales posteriores a la audiencia. V. Breves notas sobre la prueba en la fase escrita. 1. Prueba documental. 2. Prueba testifical y pericial. VI. Conclusión.

RESUMEN: *¿Americanización de la fase escrita del arbitraje internacional?*

El término “americanización” del arbitraje internacional fue acuñado en los años 80 y, desde entonces, se generó un debate sobre si efectivamente el arbitraje internacional estaba sufriendo dicha “americanización”. Este artículo intentará analizar la influencia de los despachos anglosajones y, más especialmente, de los despachos norteamericanos, en la fase escrita del arbitraje internacional. Sin perjuicio de que la tendencia actual es a la homogeneización o armonización del arbitraje internacional, el autor comprobará y argumentará a lo largo de este artículo que sí se puede hablar de cierta americanización – aunque indirecta – del arbitraje internacional. Se habla de “americanización indirecta” porque este proceso no tiene lugar en las fases en sí del arbitraje, puesto que se ha llegado a cierta uniformidad, sino que se producirá a la hora de hacer uso de dichas fases. Es

---

\* Bernardo M. Cremades, Jr. es asociado del grupo de arbitraje internacional de la oficina de Nueva York de la firma de abogados *Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP*. Bernardo está facultado para ejercer como abogado en España y en el estado de Nueva York (EE UU), así como en diversas cortes federales de los Estados Unidos de América. El presente artículo está basado en la estricta opinión del autor y no necesariamente refleja la opinión de la firma de abogados para la que trabaja ni la de ningún cliente de la misma. Además, este artículo ha sido escrito utilizando fuentes accesibles al público, las cuales se citarán cuando ello sea necesario. El lector no debe confundir al autor de este artículo con el Profesor Bernardo M. Cremades. Para evitar confusión, toda referencia sin el sufijo “Jr.” es al Profesor Cremades y no al autor del presente trabajo. El autor desea agradecer a Robert B. García, Valentina M. Morales, Pablo Ruíz y Aníbal M. Sabater sus comentarios a una versión anterior de este artículo.

decir, el estilo, la técnica y la experiencia de los abogados educados en los EE UU influirán en la manera en que se comportan los abogados en el arbitraje internacional.

**PALABRAS CLAVE:** AMERICANIZACIÓN – ARMONIZACIÓN – MEMORIALES – PRUEBA DOCUMENTAL – DECLARACIÓN TESTIMONIAL – INFORME PERICIAL.

**ABSTRACT:** Americanization on Written Phase of International Arbitration?

*The term “Americanization” of international arbitration was coined in the 1980s and, since then, a debate has ensued over whether international arbitration is suffering such “Americanization”. This article will attempt to analyze the influence of Anglo-Saxon law firms, with special emphasis on American law firms, on the written phase of an international arbitration. Despite the fact that the current trend is to homogenize or harmonize international arbitration, the author will evidence and argue throughout this article that we are experiencing certain Americanization – albeit indirectly – of international arbitration. We say “indirect Americanization” because this process does not take place in the phases of arbitration themselves, as we have reached a level of uniformity, but rather at the time of making use of such phases. In other words, the style, technique and experience of lawyers educated in the United States will have an impact on how lawyers behave in an international arbitration.*

**KEYWORDS:** AMERICANIZATION – HARMONIZATION – MEMORIALS – DOCUMENT EVIDENCE – WITNESS STATEMENT – EXPERT REPORT.

## I. Introducción

El término “americanización” del arbitraje internacional fue acuñado en los años 80 por el entonces Secretario General de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (“CCI”), Stephen Bond<sup>1</sup> Desde entonces, muchos autores han escrito sobre si el arbitraje internacional ha sufrido un proceso de americanización. También, esta posible americanización ha provocado discusiones académicas tanto en contextos formales como informales<sup>2</sup>.

La americanización del arbitraje internacional tiene especial relevancia si se tiene en cuenta que, como se mostrará en este artículo, el mercado de “grandes” arbitrajes internacionales está dominado por los despachos de abogados anglosajones. Si bien es cierto que la tendencia actual es a la homogeneización o armonización del arbitraje internacional –adoptando elementos del Derecho anglosajón y del Derecho continental europeo– no menos cierto es el dominio o influencia de los

<sup>1</sup> N.C. Ulmer, “A Comment on “The ‘Americanization’ of International Arbitration?””, 16(6) *Mealey’s Int’l Arb. Rep.* 24 (2001), p. 24.

<sup>2</sup> *Vid.* B.M. Cremades, “Overcoming the Clash of Legal Cultures: The Role of Interactive Arbitration”, 14(2) *Arb. Int’l* 157 (1998), p. 159; G.M. von Mehren y A.C. Jochum, “Is International Arbitration Becoming Too American?”, 47(2) *Glob. Bus. L. Rev.* 47 (2011), p. 47.

despachos de abogados anglosajones en la industria del arbitraje. Como se comprobará y argumentará a lo largo de este artículo, estos despachos influyen de tal manera que se puede hablar de cierta americanización –aunque indirecta– del arbitraje internacional. También se expresarán otros factores que contribuyen a esta americanización.

Se habla de americanización indirecta porque este proceso no tiene lugar en las fases en sí del arbitraje, puesto que se ha llegado a cierta uniformidad en el arbitraje internacional, sino que se producirá a la hora de hacer uso de dichas fases. Es decir, el estilo, la técnica y la experiencia de los abogados educados en los EE UU influirán en la manera en que se comportan los abogados que participan en el arbitraje internacional, el cual goza de unas fases más o menos armonizadas.

## II. Armonización del arbitraje internacional

### 1. Cuestiones generales

La postura doctrinal mayoritaria sugiere que el arbitraje internacional ha tomado elementos tanto del sistema anglosajón como del continental a fin de crear un procedimiento con lo mejor de ambos mundos<sup>3</sup>. Del sistema anglosajón, el arbitraje internacional ha adoptado el interrogatorio de los testigos y expertos presentados por la contraparte (es decir, el llamado *cross-examination*) y las solicitudes

---

<sup>3</sup> Sir Michael Kerr, “Concord and Conflict in International Arbitration”, 13(2) *Arb. Int'l* 121 (1997), pp. 125–126; J. Paulsson, “Differing Approaches in International Arbitration Procedures: A Harmonization of Basic Notions”, 1 *ADR Currents* 17 (1996), pp. 18–19; S.H. Elsing y J.M. Townsend, “Bridging the Common Law–Civil Law Divide in Arbitration”, 18(1) *Arb. Int'l* 59 (2002), p. 59; D. Bishop, “Introduction”, en D. Bishop y E.G. Kehoe (eds.), *The Art of Advocacy in International Arbitration* (Juris 2010), pp. 9–10; L. Reed y J. Sutcliffe, “The ‘Americanization’ of International Arbitration?”, 16(4) *Mealey’s Int'l Arb. Rep.* 11 (2001), p. 8 (Lexis); C. Reymond, “Civil Law and Common Law Procedures: Which is the More Inquisitorial? A Civil Lawyer’s Response”, 5(4) *Arb. Int'l* 357 (1989), p. 367; B.M. Cremades, “Overcoming the Clash of Legal Cultures: The Role of Interactive Arbitration”, 14(2) *Arb. Int'l* 157 (1998), pp. 157–158; E.V. Helmer, “International Commercial Arbitration: Americanized, ‘Civilized’, or Harmonized?”, 19 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 35 (2003), p. 49; J.D.M. Lew y L. Shore, “International Commercial Arbitration: Harmonizing Cultural Differences”, 54(3) *Disp. Resol. J.* 32 (1999), p. 32; M. Blessing, “Globalization (and Harmonization?) of Arbitration”, 9(1) *J. Int'l Arb.* 79 (1992), p. 88; P. Lalive, “The Internationalisation of International Arbitration: Some Observations”, en Martin Hunter, A. Marriott y V.V. Veeder (eds.), *The Internationalisation of International Arbitration: The LCIA Centenary Conference* (Graham & Trotman / Martinus Nijhoff 1995), p. 56; A.M. Sabater, “‘Cultural Conflicts’ in International Arbitration: Myths, Misunderstandings, and Lessons from Dealing with the Unusual”, 6(1) *World Arb. & Med. Rev.* 126 (2012), p. 136.

de exhibición de documentos (es decir, el llamado *discovery*). No obstante, las solicitudes de exhibición de documentos se permiten en el arbitraje internacional sin el alcance que podrían tener en los tribunales ordinarios de los EE UU. Por el contrario, el arbitraje internacional no ha adoptado otros aspectos del procedimiento norteamericano, como podrían ser las deposiciones e interrogatorios previos a la audiencia (sin la presencia del juzgador), la tendencia a mantener audiencias excesivamente largas ni la práctica de interponer numerosos incidentes procesales (*motion practice*)<sup>4</sup>.

En el arbitraje internacional, el procedimiento se encuentra prácticamente en las manos de las partes y del tribunal arbitral. Puesto que muchas veces las partes no pueden llegar a un acuerdo sobre ciertos aspectos procesales, éstos quedarán sujetos a la decisión del tribunal arbitral de acuerdo con la facultad del mismo de manejar el procedimiento. Esta facultad viene otorgada por algunas leyes de arbitraje locales y por la mayoría de las reglas de arbitraje internacional<sup>5</sup>.

Evidentemente, la educación y origen legal de las partes y de los árbitros podría tener un impacto fundamental en el procedimiento de arbitraje, incluyendo en la fase escrita del mismo. Sin embargo, puesto que la tendencia actual es hacia uniformizar o armonizar la manera de conducir un arbitraje internacional, los árbitros en procedimientos internacionales intentarán llegar a soluciones procesales “internacionales” en lugar de reflejar reglas procesales del país de las partes o de los árbitros (o incluso del lugar del arbitraje). Ello es especialmente relevante en arbitrajes inversionista-Estado, en donde la armonización u homogeneización ha tenido mucho más calado que en los arbitrajes comerciales internacionales. En otras palabras, mientras

---

<sup>4</sup> Para algunos autores, el hecho de que las reglas internacionales mantengan silencio en cuanto a deposiciones y otros tipos de figuras procesales eminentemente norteamericanas no significa necesariamente que las partes no puedan utilizarlas en el contexto del arbitraje internacional. E.V. Helmer, “International Commercial Arbitration: Americanized, ‘Civilized’, or Harmonized?”, 19 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 35 (2003), p. 51; G.M. von Mehren y A.C. Jochum, “Is International Arbitration Becoming Too American?”, 47(2) *Glob. Bus. L. Rev.* 47 (2011), p. 54; S. Seidenberg, “International Arbitration Loses Its Grip: Are U.S. Lawyers to Blame?”, 96 *A.B.A. J.* 50 (April 2010), p. 53. En cambio, otros autores han expresado que las reglas de arbitraje internacional prohíben el *discovery* americano y las deposiciones. A.M. Sabater, “‘Cultural Conflicts’ in International Arbitration: Myths, Misunderstandings, and Lessons from Dealing with the Unusual”, 6(1) *World Arb. & Med. Rev.* 126 (2012), pp. 128–129.

<sup>5</sup> *Vid., v.gr.*, Regl. Uncitral (2010), art. 17; Regl. CCI (2012), art. 22; Regl. de Arbitraje Internacional del ICDR (2009), art. 16; Regl. LCIA (1998), art. 14.2º; y Regl. CIADI (2003), regla 19 en relación con el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, de 18 de mayo de 1965, art. 44.

que en el ámbito del arbitraje de protección de inversiones todos los procedimientos suelen tener una estructura más o menos similar, en el arbitraje comercial internacional la estructura dependerá más del origen de los actores involucrados (es decir, las partes, sus asesores y los árbitros), aunque siempre dentro de unos estándares internacionales.

Por tanto, lejos han quedado posturas como las de Lord Staughton, quien en su clásico artículo de 1989 expresó que en el sistema anglosajón no existía “distinción entre la conducta de un juez de lo civil o un magistrado de lo penal en la vista o un árbitro en la audiencia de una controversia”<sup>6</sup>. En efecto, hoy en día algunos árbitros internacionales como el Profesor Piero Bernardini hablan de una “abusada distinción entre juristas del *common law* y de Derecho civil”<sup>7</sup>. Por su parte, Sir Michael Kerr expresa que se “está estableciendo un procedimiento generalmente aceptado para la solución de controversias que evita las barreras pasadas y presentes entre diferentes filosofías procesales y ordenamientos jurídicos”.<sup>8</sup> Este autor añade que el arbitraje internacional contemporáneo “está eliminando satisfactoriamente las distinciones entre prácticas y filosofías tradicionales de los sistemas de *common law* y Derecho civil mediante la fusión de las ventajas de cada uno”<sup>9</sup>. De la misma manera, Jan Paulsson expresa:

“[E]n los procedimientos internacionales, los tribunales se esfuerzan en buscar soluciones interculturales. . . . El saludable ímpetu de acercar las expectativas conlleva la armonización y la elusión de las particularidades de la ley nacional<sup>10</sup>”

Posiblemente, Doak Bishop es quien mejor sintetiza la situación actual del arbitraje internacional:

“El arbitraje internacional es una amalgama de procedimientos y estilos de abogacía distintos. La mezcla de abogacía oral y tradición acusatoria de Gran Bretaña, los países

---

<sup>6</sup> Lord Staughton, “Common Law and Civil Law Procedures: Which is the More Inquisitorial? A Common Lawyer’s Response”, 5(4) *Arb. Int’l* 351 (1989), p. 351.

<sup>7</sup> P. Bernardini, “The Role of the International Arbitrator”, 20(2) *Arb. Int’l* 113, 114 (2004). *Vid.* también P. Lalive, “The Internationalisation of International Arbitration: Some Observations”, en M. Hunter, A. Marriott y V.V. Veeder (eds.), *The Internationalisation of International Arbitration: The LCIA Centenary Conference* (Graham & Trotman / Martinus Nijhoff 1995), p. 56.

<sup>8</sup> Sir Michael Kerr, “Concord and Conflict in International Arbitration”, 13(2) *Arb. Int’l* 121 (1997), p. 125.

<sup>9</sup> *Ibid.*, p. 126.

<sup>10</sup> J. Paulsson, “Differing Approaches in International Arbitration Procedures: A Harmonization of Basic Notions”, 1 *ADR Currents* 17 (1996), pp. 18–19.

del Commonwealth y los Estados Unidos, con la abogacía primordialmente escrita y el legado inquisitorio de la Europa Continental ha resultado en un procedimiento flexible que puede inclinarse hacia una u otra de las principales tradiciones de acuerdo con las necesidades del caso y la propensión de tanto los árbitros como los abogados. Sin embargo, en los últimos años se puede observar una tendencia hacia la armonización de los distintos sistemas jurídicos, al menos cuando los árbitros y los abogados proceden de distintos sistemas jurídicos y tienen experiencia en arbitraje internacional. . . . El estilo uniforme de abogacía en el arbitraje internacional debería contener un denominador común: una presentación que sea simple, clara, concisa y muy centrada<sup>11</sup>.

Doak Bishop también sostiene que el arbitraje internacional se ha homogeneizado de tal manera que, por lo general, siempre existen las mismas fases. En su opinión, la mayoría de los argumentos se exponen en la fase escrita con la correspondiente prueba documental adjunta, pero la audiencia –con contra–interrogatorio al estilo anglosajón– puede ser esencial, cambiando el resultado en algunos casos debido al efectivo contra–interrogatorio de un testigo o por la claridad y precisión de los argumentos orales<sup>12</sup>.

Hoy en día existen esfuerzos internacionales para la homogeneización del arbitraje. Primero, esto se refleja en los distintos reglamentos de arbitraje, los cuales contienen reglas cada vez más parecidas.<sup>13</sup> De hecho, algunos reglamentos de arbitraje –como el de la *London Court of Arbitration*– se promocionan así mismos como un “conjunto de las mejores prácticas del Derecho civil y del *common law*”<sup>14</sup>. Además, esta armonización ha quedado reflejada en la postura mayoritaria de la doctrina en numerosas cuestiones relativas al arbitraje, en la adopción de la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (LMU) por numerosos países (incluidos algunos anglosajones<sup>15</sup>) y en la extendida ratifi-

---

<sup>11</sup> D. Bishop, “Introduction”, en D. Bishop y E.G. Kehoe (eds.), *The Art of Advocacy in International Arbitration* (Juris 2010), pp. 9–10. *Vid.* también S.H. Elsing y J.M. “Towsend, Bridging the Common Law–Civil Law Divide”, in *Arbitration*, 18(1) *Arb. Int'l* 59 (2002), p. 59; L. Reed y J. Sutcliffe, “The ‘Americanization’ of International Arbitration?”, 16(4) *Mealey’s Int’l Arb. Rep.* 11 (2001), p. 8 (Lexis).

<sup>12</sup> D. Bishop, “Introduction”, en D. Bishop y E.G. Kehoe (eds.), *The Art of Advocacy in International Arbitration* (Juris 2010), p. 10.

<sup>13</sup> Comparar Regl. Uncitral (2010); Regl. CCI (2012); Regl. de Arbitraje Internacional del ICDR (2009); Regl. LCIA (1998); Regl. CIADI (2003); y Regl. LCIA (1998). Ver también E.V. Helmer, “International Commercial Arbitration: Americanized, ‘Civilized’, or Harmonized?”, 19 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 35 (2003), pp. 55–60.

<sup>14</sup> Página de Internet de la London Court of Arbitration, disponible en [www.lcia.org](http://www.lcia.org).

<sup>15</sup> La Ley Modelo ha sido adoptada por Australia, Canadá, EE UU (a nivel estatal en California, Connecticut, Florida, Illinois, Louisiana, Oregón y T́exas), India y Nueva Zelanda. *Vid.* [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

cación de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (CNY)<sup>16</sup>.

A mayor abundamiento, la armonización del arbitraje internacional se refleja en esfuerzos conjuntos de diversos juristas para promulgar instrumentos o directrices homogéneas para conducir un procedimiento de arbitraje internacional<sup>17</sup>. A los efectos de este artículo, convendría destacar especialmente las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (“Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba”); las cuales expresan en su preámbulo lo siguiente:

“Estas Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional buscan proporcionar un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de prueba en arbitrajes internacionales, particularmente en aquellos que surgen entre Partes de distintas tradiciones jurídicas<sup>18</sup>”.

Para finalizar este apartado es preciso mencionar que, en el año 1996, el *International Council for Commercial Arbitration* (“ICCA”) organizó en Seúl unas conferencias para responder a la pregunta de si se podía hablar de un “choque de culturas” en el arbitraje internacional. El objetivo era reunir a profesionales provenientes de culturas jurídicas muy diversas para discutir la situación y, muy especialmente, la esencia que subyace al arbitraje comercial internacional<sup>19</sup>. Cuando anunciaron la conferencia, los organizadores estaban convencidos de que había un “choque de culturas” en el arbitraje comercial internacional<sup>20</sup>. Sin embargo, “durante la redacción de los artículos, la coordinación de numerosos profesionales que participaron activamente en el programa de la conferencia y la cooperación de todos aquellos que intervinieron en las reuniones”, el Prof. Bernardo Cremades –uno de los organizadores– se “cuestionó seriamente su proposición inicial”

---

<sup>16</sup> A 30 de agosto de 2012, esta convención ha sido ratificada por 147 Estados. *Vid.* [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>17</sup> *V.gr.*, *Rules of Ethics for International Arbitrators*, publicadas por la IBA en 1987; Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, aprobadas por el Consejo de la *International Bar Association* el 22 de mayo de 2004.

<sup>18</sup> Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA, preámbulo (1). No sorprende que la doctrina exprese que las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba “no representan un compendio forzado del sistema anglosajón con el sistema civil, sino que es una compilación de la práctica armónica ya utilizada en el arbitraje internacional”. L. Reed y J. Sutcliffe, “The ‘Americanization’ of International Arbitration?”, 16(4) *Mealey’s Int’l Arb. Rep.* 11 (2001), p. 8 (Lexis).

<sup>19</sup> B.M. Cremades, “Overcoming the Clash of Legal Cultures: The Role of Interactive Arbitration”, 14(2) *Arb. Int’l* 157 (1998), p. 159.

<sup>20</sup> *Ibid.*

y quedó convencido de que “el choque [de culturas] había devenido en la armonización de los procedimientos de arbitraje”<sup>21</sup>.

## 2. *Proceso inquisitivo v. acusatorio*

Las principales diferencias entre el sistema anglosajón y el continental derivan de los orígenes históricos de ambos sistemas. Tradicionalmente, en el Reino Unido (y por ende en EE UU) se veía a la figura del juez con cierta desconfianza<sup>22</sup>. Ello resultó en que el juzgador dejó de ser por regla general el juez para pasar a ser un jurado compuesto por ciudadanos desvinculados del sistema judicial<sup>23</sup>.

Los países del *common law* (v.gr., EE UU, Reino Unido y países del *Commonwealth*) adoptaron el sistema acusatorio, en el cual las partes tienen amplia libertad para presentar su propia versión de los hechos y las cuestiones jurídicas<sup>24</sup>. El juzgador tiene un papel bastante limitado, ya que se mantiene principalmente como un observador hasta la emisión de la sentencia<sup>25</sup>. Lord Staughton explica la actividad de un juzgador bajo Derecho anglosajón de la siguiente manera:

“En mi opinión, la esencia del proceso acusatorio radica en que el juez escucha la evidencia y los argumentos de las partes y decide sobre los mismos; el juez no lleva a cabo su propia investigación sobre los hechos ni adopta conclusiones de hecho no sugeridas por alguna de las partes; tampoco propone o adopta argumentos o conclusiones de Derecho distintos de los expuestos por las partes. Por el contrario, cuando el procedimiento es inquisitorio, el juez realiza todas estas funciones<sup>26</sup>”.

La característica principal del sistema acusatorio es que el juzgador, en principio, mantiene una actitud pasiva escuchando a las partes, las cuales dirigen principalmente el procedimiento<sup>27</sup>. El modelo acusato-

---

<sup>21</sup> *Ibid.*, pp. 159–160.

<sup>22</sup> Ch. Borris, “The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process”, en Stefan N. Frommen y Barry A.K. Rider (eds.), *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration: Old Issues and New Trends* 1 (Kluwer Law International 1999), p. 5.

<sup>23</sup> *Ibid.*, pp. 5–6.

<sup>24</sup> E.V. Helmer, “International Commercial Arbitration: Americanized, “Civilized”, or Harmonized?”, 19 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 35 (2003), p. 52.

<sup>25</sup> B.M. Cremades, “Introductory Remarks: International Dispute Resolution – Towards an International Arbitration Culture”, en A.J. van den Berg (ed.), *International Dispute Resolution: Towards and International Arbitration Culture*, 8 ICCA Congress Series 13 (Kluwer Law International 1998), p. 15.

<sup>26</sup> Lord Staughton, “Common Law and Civil Law Procedures: Which is the More Inquisitorial? A Common Lawyer’s Response”, 5(4) *Arb. Int’l* 351 (1989), p. 352.

<sup>27</sup> Ch. Borris, “The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process”, en S.N. Frommen y B.A.K. Rider (eds.), *Conflicting*

rio conlleva el control de las partes sobre: (i) si el procedimiento debe ser utilizado; (ii) las cuestiones objeto de la controversia; (iii) qué datos o información deben presentarse; y (iv) los argumentos que deben presentarse. Por lo tanto, las partes tienen la obligación de investigar las cuestiones de hecho y de derecho y se permite una audiencia a las partes.

Aunque en el ámbito civil en EE UU el juicio con jurado ya no es la regla general, han quedado ciertas reminiscencias en la manera de conducir un procedimiento orientadas a la presencia del jurado. Las Reglas Federales Procesales Civiles de EE UU establecen que únicamente habrá juicio con jurado popular si una de las partes expresamente lo solicita.<sup>28</sup> Sin embargo, no es infrecuente que las partes de un contrato incluyan una cláusula específica comprometiéndose a que, en caso de controversia, la misma sea decidida mediante un procedimiento sin jurado popular. En cambio, en el ámbito penal federal, la regla general es que el juicio tendrá lugar con jurado popular salvo que el imputado renuncie a este derecho, que lo acepte el fiscal y que el tribunal lo apruebe.<sup>29</sup> Tanto en el ámbito civil como en el penal, aunque no haya jurado, todas las mismas reglas seguirán siendo de aplicación, incluyendo las relativas a las pruebas.<sup>30</sup>

En el procedimiento ante los tribunales ordinarios estadounidenses existe una marcada diferencia entre las dos fases en el litigio en la primera instancia. En un pleito ante los tribunales ordinarios con jurado popular (*jury trial*), únicamente se aceptará información detallada antes de la audiencia sobre cuestiones sobre las que haya de decidir el jurado en circunstancias especiales, ya que dicha información ha de exponerse delante del jurado. Por el contrario, en los pleitos en los que no existe jurado (*bench trial*), los escritos cobran una mayor relevancia. No obstante, en ambos casos, muchas cuestiones –especialmente aquellas de contenido eminentemente jurídico– se ventilan a través de incidentes procesales también llamados mociones o *motions* (fundamentalmente mediante mociones para juicio sumario o *summary judgment*)<sup>31</sup>. Aquí, los escritos de las partes tendrán un alto grado de detalle y complejidad, adjuntando y dis-

---

*Legal Cultures in Commercial Arbitration: Old Issues and New Trends* 1 (Kluwer Law International 1999), pp. 6–7; E.V. Helmer, “International Commercial Arbitration: Americanized, ‘Civilized’, or Harmonized?”, 19 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 35 (2003), p. 52.

<sup>28</sup> Fed. R. Civ. P. 38.

<sup>29</sup> Fed. R. Crim. P. 23(a).

<sup>30</sup> Fed. R. Evid. 1101.

<sup>31</sup> *Vid.*, *v.gr.*, Fed. R. Civ. P. 56; U.S. Dist. Ct. Rules S. & E.D.N.Y. Civ Rule 56.1.

cutiendo minuciosamente toda la prueba documental y testifical, de manera similar al Derecho continental.

Además, el procedimiento de apelación suele ser eminentemente escrito, a diferencia de la primera instancia, en donde la fase oral tiene una importancia primordial<sup>32</sup>. Por ejemplo, las Reglas Federales de Apelación disponen la posibilidad de no celebrar una vista oral<sup>33</sup>. De hecho, en el orden federal, únicamente el 13,31% de las apelaciones finalizadas durante el año 2011 tuvieron una vista oral de apelación<sup>34</sup>.

En cuanto a los arbitrajes domésticos en EE UU, por cuanto el procedimiento está en manos de las partes, las mismas (o, en su defecto, el tribunal arbitral) podrán decidir si se le otorga un peso mayor a la fase escrita o a la fase oral. Cuando se opta por un procedimiento principalmente escrito, la fase escrita no distaría de su homóloga en los países de Derecho continental (explicada brevemente a continuación), ya que se aplicará un estilo y presentación a los memoriales similar a los incidentes procesales (*motions*) o a los escritos en sede de apelación. Por tanto, las diferencias en el grado de detalle con el que se exponen los argumentos en la fase escrita entre el sistema anglosajón y el civil serían más aparentes que reales. Las diferencias únicamente radicarían en el estilo, estrategia y comportamiento de los abogados.

En el Derecho continental (*v.gr.*, Europa Continental, Latinoamérica, Japón y China) las controversias en los tribunales ordinarios son decididas por un juez (o por un tribunal compuesto por magistrados), el cual es un funcionario público de carrera profesional<sup>35</sup>. Por tanto, salvo en raras ocasiones, no nos encontramos con un jurado popular<sup>36</sup>. Por este motivo, no es necesario hacer en Derecho civil una diferenciación tan marcada de la fase escrita y la oral. Ello parece tener sentido toda vez que será el juez (y no un jurado) el que decida sobre la controversia y, por tanto, es necesario que el juez tenga toda la información sobre el caso. De lo anterior se desprende otra conclusión: puesto que en los países de Derecho civil no existía la figura del

---

<sup>32</sup> *Vid.*, *v.gr.*, Fed. R. App. P. 32.

<sup>33</sup> Fed. R. App. P. 34. *Vid.* también Fed. Ct. App. Manual § 33:1 (5th ed.).

<sup>34</sup> U.S. Courts, Caseload Statistics 2011, Table B-1.

<sup>35</sup> Ch. Borris, "The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process", S.N. Frommen y B.A.K. Rider (eds.), *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration: Old Issues and New Trends* 1 (Kluwer Law International 1999), p. 6.

<sup>36</sup> C. Reymond, "Civil Law and Common Law Procedures: Which is the More Inquisitorial? A Civil Lawyer's Response", 5(4) *Arb. Int'l* 357 (1989), p. 359.

jurado (o rara vez se utilizaba), no fue necesario elaborar unas complicadas reglas de prueba para evitar que los abogados tomaran ventaja sobre el jurado, como sucede en los países anglosajones<sup>37</sup>.

Los jueces del Derecho civil adoptarán un sistema inquisitivo, es decir, un procedimiento en el cual el juzgador es el principal responsable de identificar las principales cuestiones de hecho o de derecho objeto de la controversia<sup>38</sup>. Bajo este sistema, prácticamente no existe espacio para (i) el interrogatorio de los testigos o expertos presentados por la contraparte (ya que el interrogatorio lo hace el juzgador); (ii) amplias solicitudes de exhibición de categorías de documentos (ya que las mismas son muy limitadas y dirigidas a la exhibición de documentos concretos); (iii) deposiciones e interrogatorios previos a la audiencia (sin la presencia del juzgador); y (iv) largas audiencias. Esto se debe a que las partes tienen la obligación de exponer su caso por escrito, conjuntamente con toda la documentación necesaria, lo antes posible en el procedimiento<sup>39</sup>. Por tanto, el caso se decide esencialmente sobre los escritos presentados por las partes, conjuntamente con la prueba documental que los acompañe.

### 3. *Impacto en el arbitraje internacional*

Ni el procedimiento del *common law* es puramente acusatorio ni el procedimiento de Derecho civil es puramente inquisitorio. Si bien es cierto que, por una parte, el procedimiento del *common law* tiene más rasgos del sistema acusatorio y, por otra, el procedimiento de Derecho continental tiene más elementos del sistema inquisitorio, en ninguno de los casos se puede llevar al extremo. Ya en 1989, en su clásico artículo, Claude Reymond expuso la situación de la siguiente manera:

“Otra suposición bastante extendida es que el proceso civil es inquisitorio en los países de Derecho civil, mientras que esta solemne herencia ha sido sabiamente rechazada por los países del *common law*, los cuales tienen un sistema puramente acusatorio.

---

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> B.M. Cremades, “Introductory Remarks: International Dispute Resolution – Towards an International Arbitration Culture”, A.J. van den Berg (ed.), *International Dispute Resolution: Towards and International Arbitration Culture*, 8 ICCA Congress Series 13 (Kluwer Law International 1998), p. 15; E.V. Helmer, “International Commercial Arbitration: Americanized, “Civilized,” or Harmonized?”, 19 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 35 (2003), p. 52.

<sup>39</sup> Ch. Borris, “The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process”, en S.N. Frommen y B. A.K. Rider (eds.), *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration: Old Issues and New Trends* 1 (Kluwer Law International 1999), p. 7.

Como sucede con cualquier generalización exagerada, la proposición es correcta hasta cierto punto, pero, en mi humilde opinión, también es incorrecta hasta cierto punto<sup>40</sup>.

Tal vez, este razonamiento tenga mucho más sentido en el arbitraje internacional. Si las partes han elegido unas reglas arbitrales (o un procedimiento *ad hoc*) otorgando así libertad a los árbitros para determinar el procedimiento, dichos árbitros podrían estar influidos por su origen y educación. Sin embargo, como se explicó anteriormente, la tendencia actual en el arbitraje internacional es intentar adoptar una mezcla del sistema acusatorio y inquisitorio. Un tribunal arbitral con experiencia será capaz de limar las diferencias culturales entre profesionales de distinto origen, acercando las expectativas de cada una de las partes y, en definitiva, contribuyendo a la armonización del arbitraje internacional.

Con el fin de limar diferencias culturales, algunos árbitros internacionales han sugerido adoptar el “arbitraje interactivo”<sup>41</sup>. En el arbitraje interactivo, el árbitro debe desde el inicio establecer una línea de comunicación o diálogo permanente con las partes y sus respectivos abogados a fin de superar las dificultades causadas por las distantes visiones procesales<sup>42</sup>. En este sentido, un presidente del tribunal arbitral prudente y con experiencia es, sin duda, “el mejor instrumento para superar el inevitable conflicto de visiones con el que nos encontramos cada día en los procedimientos de arbitraje”<sup>43</sup>. El razonamiento es el siguiente:

“La experiencia nos dicta que el choque de culturas procesales no se supera mediante discusiones académicas o dogmáticas, sino por la realidad práctica de cada día. Por esta razón, la manera de superar un conflicto de cultura procesal es mediante una mayor estrategia interactiva entre los que participan en cada procedimiento arbitral<sup>44</sup>”

---

<sup>40</sup> C. Reymond, “Civil Law and Common Law Procedures: Which is the More Inquisitorial? A Civil Lawyer’s Response”, 5(4) *Arb. Int’l* 357 (1989), pp. 357–358.

<sup>41</sup> B.M. Cremades, “Overcoming the Clash of Legal Cultures: The Role of Interactive Arbitration”, 14(2) *Arb. Int’l* 157 (1998), p. 160; P. Bernardini, “The Role of the International Arbitrator”, 20(2) *Arb. Int’l* 113 (2004), pp. 116–117; Ch. Borris, “The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process”, en S.N. Frommen y B.A.K. Rider (eds.), *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration: Old Issues and New Trends* 1 (Kluwer Law International 1999), p. 8. Vid. también B.M. Cremades, “Introductory Remarks: International Dispute Resolution – Towards an International Arbitration Culture”, en Albert Jan van den Berg (ed.), *International Dispute Resolution: Towards and International Arbitration Culture*, 8 ICCA Congress Series 13 (Kluwer Law International 1998), p. 116.

<sup>42</sup> B.M. Cremades, “Overcoming the Clash of Legal Cultures: The Role of Interactive Arbitration”, 14(2) *Arb. Int’l* 157 (1998), p. 161.

<sup>43</sup> *Ibíd.*

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p. 160.

Puesto que no hay reglas generales, este proceso interactivo deberá adaptarse a las características especiales de cada situación<sup>45</sup>. Sólo una vez que se consigue una situación en la que deja de existir el riesgo de que el comportamiento del árbitro pueda ser visto como si el árbitro estuviese pre-juzgando el objeto de la controversia, el árbitro comenzará a dar instrucciones sobre la manera en que las partes deben presentar los argumentos y pruebas que consideren oportunas<sup>46</sup>. De otra manera, el árbitro correría el riesgo de ser recusado por falta de imparcialidad e independencia<sup>47</sup>. Según esta corriente, los principales puntos de interactividad y comunicación entre el tribunal y los árbitros deberían ser los siguientes<sup>48</sup>: (i) la posibilidad de que el árbitro ejerza funciones de mediación o conciliación; (ii) aspectos relacionados con la obtención de prueba; (iii) influencia de la cultura procesal del árbitro a la hora de tomar decisiones de cualquier tipo; y (iv) la posible fricción que pueda surgir en la relación entre los árbitros y los tribunales ordinarios que pudieran tener competencia sobre ciertas cuestiones relacionadas con el arbitraje.

En sentido similar, otros autores expresan que es imprescindible que los árbitros adopten un comportamiento activo a fin de acelerar el procedimiento y, de esta manera, reducir los costes<sup>49</sup>. Esta otra corriente sostiene que los árbitros deben manejar el procedimiento activamente y, muy especialmente, en aquellos casos en que las partes no puedan ponerse de acuerdo sobre los aspectos procesales<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> *Ibíd.*, p. 161.

<sup>46</sup> *Ibíd.*

<sup>47</sup> Ch. Borris, "The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process", en S.N. Frommen y B.A.K. Rider (eds.), *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration: Old Issues and New Trends* 1 (Kluwer Law International 1999), p. 8.

<sup>48</sup> BM. Cremades, "Overcoming the Clash of Legal Cultures: The Role of Interactive Arbitration", 14(2) *Arb. Int'l* 157 (1998), p. 161.

<sup>49</sup> P. Hobeck, V. Mahnken y M. Koebke, "Time for Woolf Reforms in International Construction Arbitration", 11(2) *Int. Arb. L. Rev.* 84 (2008), p. 92.

<sup>50</sup> *Ibíd.*

### III. ¿Americanización del arbitraje internacional?

#### 1. Influencia anglosajona

Tras la Segunda Guerra Mundial, el principal factor que afectó al arbitraje internacional fue la descolonización<sup>51</sup>. Ello se debió a que gran número de países descolonizados poseían grandes reservas de recursos naturales y, muy especialmente, petróleo. Los gobiernos de estos países se encontraron con concesiones y acuerdos suscritos con multinacionales petroleras que fueron negociados durante la época anterior y que tenían condiciones muy favorables para las empresas extranjeras<sup>52</sup>. Como consecuencia de ello, acontecieron gran número de nacionalizaciones, cambios unilaterales en el régimen fiscal de las concesiones o algún otro tipo de medidas legislativas con impacto directo en la productividad de las inversiones extranjeras<sup>53</sup>.

Las empresas petroleras comenzaron a fijarse entonces en una cláusula contenida en sus contratos que había pasado relativamente desapercibida hasta el momento, es decir, la cláusula de arbitraje<sup>54</sup>. Estas cláusulas habían sido incluidas a petición de los abogados de las multinacionales, pero habían sido irrelevantes anteriormente. Ello se debía a que las empresas petroleras habían sido la parte fuerte del contrato y, por consiguiente, las controversias se habían resuelto de manera privada entre las partes<sup>55</sup>.

Las nacionalizaciones que tuvieron lugar en países como Irán, Abu Dhabi (hoy miembro de los Emiratos Árabes Unidos) y Libia generaron gran número de arbitrajes internacionales. Sorprendentemente, fueron principalmente despachos de abogados norteamericanos los encargados de defender los intereses de tanto las empresas petroleras

---

<sup>51</sup> Para una discusión detallada sobre estas nacionalizaciones, *vid.* K.T. Jacobs y M. G. Paulson, "The Convergence of Renewed Nationalization, Rising Commodities, and 'Americanization', in International Arbitration and the Need for More Rigorous Legal and Procedural Defenses", 43 *Tex. Int'l L. J.* 359 (2008), pp. 376–383.

<sup>52</sup> E. Bergsten, "The Americanization of International Arbitration", 18 *Pace Int'l L. Rev.* 289 (2006), p. 293; E.V. "Helmer, International Commercial Arbitration: Americanized, 'Civilized', or Harmonized?", 19 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 35 (2003), pp. 45–46.

<sup>53</sup> E. Bergsten, "The Americanization of International Arbitration", 18 *Pace Int'l L. Rev.* 289 (2006), p. 293. *Vid.* también Y. Dezalay y B.G. Garth, *Dealing in Virtue: International Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order* (University of Chicago Press 1996), pp. 76–79.

<sup>54</sup> E. Bergsten, "The Americanization of International Arbitration", 18 *Pace Int'l L. Rev.* 289 (2006), p. 293.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 294.

internacionales como de los Estados soberanos<sup>56</sup>. La doctrina entiende que el principal factor de esta decisión fue que los despachos norteamericanos eran mucho más grandes, por lo que tenían mayor capacidad para el manejo de grandes cantidades de documentos<sup>57</sup>. Por el contrario, las firmas europeas continentales eran mucho menores en tamaño por aquel entonces. Tal vez, otro factor pudo ser que muchas de las empresas que sufrieron estas nacionalizaciones eran de origen norteamericano.

El crecimiento de los despachos de abogados norteamericanos continuó durante la década de los 80 debido a la globalización de las controversias, la influencia del Tribunal de Reclamaciones Irán– EE UU y el incremento de las controversias bajo tratados bilaterales de protección de inversiones<sup>58</sup>.

En la actualidad, parece que el panorama internacional no ha cambiado mucho, ya que los despachos anglosajones siguen dominando el mercado de “grandes” arbitrajes internacionales. Podríamos hablar entonces del dominio de los despachos norteamericanos como el primer factor de la americanización del arbitraje internacional<sup>59</sup>. Si tomamos como ejemplo los datos del ranking elaborado por la *Global Arbitration Review* sobre los 30 despachos más activos del mundo en arbitraje, encontramos que 21 de los 30 despachos de la lista son anglosajones<sup>60</sup>. Entre ellos, 13 despachos son norteamericanos, 7 británicos y 1 es la fusión entre un despacho norteamericano y otro británico<sup>61</sup>. De estos despachos, los 5 que más procedimientos de arbitraje manejan como abogado de parte son anglosajones (3 británicos y 2

---

<sup>56</sup> E.V. Helmer, “International Commercial Arbitration: Americanized, ‘Civilized’, or Harmonized?”, 19 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 35 (2003), pp. 45–46; E. Bergsten, “The Americanization of International Arbitration”, 18 *Pace Int’l L. Rev.* 289 (2006), p. 294; K.T. Jacobs y M.G. Paulson, “The Convergence of Renewed Nationalization, Rising Commodities, and ‘Americanization’ in International Arbitration and the Need for More Rigorous Legal and Procedural Defenses”, 43 *Tex. Int’l L. J.* 359 (2008), p. 375.

<sup>57</sup> E. Bergsten, “The Americanization of International Arbitration”, 18 *Pace Int’l L. Rev.* 289 (2006), p. 294. Especialmente, estos despachos norteamericanos tenían abundante experiencia en la litigación de casos de derecho de la competencia, en los cuales tradicionalmente existía un gran volumen de documentación.

<sup>58</sup> G.M. von Mehren y A.C. Jochum, “Is International Arbitration Becoming Too American?”, 47(2) *Glob. Bus. L. Rev.* 47 (2011), pp. 49–50; K.T. Jacobs y M.G. Paulson, “The Convergence of Renewed Nationalization, Rising Commodities, and ‘Americanization’ in International Arbitration and the Need for More Rigorous Legal and Procedural Defenses”, 43 *Tex. Int’l L. J.* 359 (2008), pp. 378–380.

<sup>59</sup> *Ibid.*, pp. 369–370.

<sup>60</sup> GAR 30 2012, publicado el 6 de marzo de 2012, disponible en [www.globalarbitrationreview.com](http://www.globalarbitrationreview.com).

<sup>61</sup> *Ibid.* El despacho producto de esta fusión es Hogan Lovells International LLP.

norteamericanos)<sup>62</sup>. De la misma manera, los 5 despachos cuyos procedimientos arbitrales como abogado de parte tienen mayor valor en conjunto son también anglosajones (4 norteamericanos y 1 británico)<sup>63</sup>.

No es de extrañar, por tanto, que las partes de los 3 procedimientos de arbitraje de protección de inversiones –en donde hay más transparencia– más grandes en términos de cuantía demandada (lo que no significa el valor real de la demanda) actualmente en curso estén representadas por despachos anglosajones:

Procedimiento	Monto en controversia	Abogados de Parte
<i>Chevron Corporation y Texaco Petroleum Corporation v. República del Ecuador</i> , UNCITRAL, Caso PCA No. 2009–23 <sup>64</sup>	US\$ 113 mil millones	Demandantes: <i>King &amp; Spalding LLP</i> (EE UU) Demandado: <i>Winston &amp; Strawn LLP</i> (EE UU)
<i>Yukos Universal Ltd. (UK – Isle of Man) v. Federación Rusa</i> , Caso PCA No. AA 227 <sup>65</sup>	US\$ 100 mil millones	Demandante: <i>Shearman &amp; Sterling LLP</i> (EE UU) Demandado: <i>Cleary Gottlieb Steen &amp; Hamilton LLP</i> (EE UU)
<i>ConocoPhillips Company y otros v. República Bolivariana de Venezuela</i> , Caso CIADI No. ARB/07/30 <sup>66</sup>	US\$ 31 mil millones	Demandantes: <i>Freshfields Bruckhaus Deringer LLP</i> (Gran Bretaña) Demandado: <i>Curtis, Mallet-Prevost, Colt &amp; Mosle LLP</i> (EE UU)

<sup>62</sup> Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (260 casos), Clyde & Co LLP (240 casos), Baker & McKenzie LLP (200 casos), White & Case LLP (181 casos) y Norton Rose Group (165 casos).

<sup>63</sup> Shearman & Sterling LLP (US\$ 145 mil millones), Baker & Botts LLP (US\$ 103 mil millones), Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle LLP (US\$ 100 mil millones), Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP (US\$ 95,7 mil millones) y Freshfields Bruckhaus Deringer LLP (US\$ 80 mil millones).

<sup>64</sup> Esta era la cantidad inicialmente demandada. *Vid. Chevron Corporation v. Steven Donziger y otros*, 2011 WL 1805313 (S.D.N.Y.), 4. Esta cantidad inicialmente demandada se refería a la posible condena en un litigio en los tribunales nacionales de Ecuador. Sin embargo, el tribunal local ecuatoriano condenó a Chevron a pagar aproximadamente US\$ 18 mil millones. Sebastian Perry, *Chevron's Ecuador Claim to Keep Running*, *Global Arb. Rev.*, de 28 de febrero de 2012, disponible en [www.globalarbitrationreview.com](http://www.globalarbitrationreview.com). Por lo tanto, es posible que esta cuantía haya sido reducida (pero esta información no es pública).

<sup>65</sup> Página de Internet del Tratado sobre la Carta de la Energía, disponible en [www.encharter.org](http://www.encharter.org) (última visita el 30 de mayo de 2012).

<sup>66</sup> Datos–Venezuela Enfrenta Veintena de Arbitrajes en CIADI, Reuters, 18 de julio de 2012; Página de Internet del CIADI, Lista de Casos pendientes, disponible en [icsid.worldbank.org](http://icsid.worldbank.org).

Segundo, la institución que más casos de arbitraje internacional recibió en el 2011 fue el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (CIRD–ICDR), con 994 casos<sup>67</sup>, seguido de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), con 796 casos<sup>68</sup>. Indudablemente, además de los incansables esfuerzos de marketing por parte de la *Asociación Americana de Arbitraje*, este dato refleja que los usuarios del arbitraje de todo el mundo han comenzado a mirar hacia los EE UU como un sitio aceptable para arbitrar.

Tercero, lo expresado en el párrafo anterior enlaza con que varias ciudades de tradición anglosajona como Nueva York, Miami, Londres o Hong Kong hayan pasado a ser sedes indiscutibles de arbitrajes internacionales. Tal vez, ello sea el resultado de la influencia de la práctica corporativa de los despachos anglosajones. No resultaría extraño que, si los abogados que redactan las cláusulas de arbitraje en los contratos son anglosajones, elijan una jurisdicción conocida para arbitrar las posibles controversias futuras.

El cuarto factor tendría relación con la educación de los actores del arbitraje internacional. Actualmente se observa una tendencia entre los abogados jóvenes a cursar estudios de posgrado en los EE UU, especialmente el master de leyes, más conocido como LL.M.<sup>69</sup>. Muchos de estos jóvenes abogados, tras finalizar sus estudios, permanecen durante algún tiempo en las oficinas de EE UU de despachos norteamericanos antes de volver a sus países de origen. A modo de ejemplo, según los datos de la Universidad de Nueva York (NYU), cada año aproximadamente el 10% de los extranjeros que cursan su LL.M. permanecen en los EE UU tras finalizar los estudios<sup>70</sup>. Indudablemente, estos abogados se empapan de la técnica y estilo propios de los EE UU y, a la vuelta a sus países de origen, implementan los conocimientos adquiridos. Esto se podría ver incluso en los aspectos menos relevantes de un arbitraje, como por ejemplo el uso del “*Bluebook*” para citar las fuentes en los pies de página de los escritos<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> Confirmado por teléfono por el CIRD–ICDR. En el año 2010 tuvieron 888 casos. American Arbitration Association, 2010 President’s Letter and Financial Statements, 5–6 de mayo de 2011, p. 7.

<sup>68</sup> Cámara de Comercio Internacional, Facts and Figures on ICC Arbitration – 2011 Statistical Report, febrero de 2011, disponible en [www.iccwbo.org](http://www.iccwbo.org).

<sup>69</sup> R.P. Alford, “The American Influence on International Arbitration”, 19 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 69 (2003), p. 82.

<sup>70</sup> FAQs for Foreign Trained Candidates, disponible en [www.law.nyu.edu](http://www.law.nyu.edu).

<sup>71</sup> Bluebook: A Uniform System of Citation (Harvard Law Review Association 2010).

El quinto factor podría ser que el inglés ha reemplazado al francés como idioma vehicular del arbitraje internacional cuando las partes tienen diferente origen. En este sentido, Jan Paulsson ha expresado que “[h]ace diez años, la mitad de [sus] casos eran en francés y la otra mitad en inglés. . . . Hoy, el noventa por ciento son en inglés”<sup>72</sup>.

Como resultado del quinto factor, obtenemos el sexto factor, el cual se refiere a las fuentes accesibles para los profesionales del arbitraje. La naturaleza confidencial del arbitraje internacional hace que la mayoría de los laudos no sean publicados (o por lo menos en su totalidad)<sup>73</sup>. Por tanto, las fuentes disponibles para los profesionales del arbitraje en donde llevar a cabo la investigación necesaria para sus casos son limitadas. Actualmente, las fuentes más importantes y principales publicaciones están escritas en inglés. Entre las fuentes más importantes, se podría destacar la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán–EE UU, el cual ha sido calificado como “el ente arbitral más importante de la historia”<sup>74</sup>.

El Tribunal de Reclamaciones Irán–EE UU fue creado como resultado de la crisis surgida entre los EE UU e Irán por la toma de la embajada de los EE UU en Teherán el 4 de noviembre de 1979 con 52 rehenes durante 444 días<sup>75</sup>. Desde su creación el 19 de enero de 1981 bajo los Acuerdos de Argel, este Tribunal ha decidido sobre más de 3.900 casos en donde el procedimiento se ha nutrido de elementos de Derecho anglosajón.<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> M. Goldhaber, “The Court that Came in from the Cold”, *The American Lawyer*, mayo de 2001, p. 101 (citando textualmente a Jan Paulsson).

<sup>73</sup> R.P. Alford, “The American Influence on International Arbitration”, 19 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 69 (2003), p. 86; K.T. Jacobs y M.G. Paulson, “The Convergence of Renewed Nationalization, Rising Commodities, and ‘Americanization’ in International Arbitration and the Need for More Rigorous Legal and Procedural Defenses”, 43 *Tex. Int’l L. J.* 359 (2008), pp. 367–368.

<sup>74</sup> R.B. Lillich, “Preface”, en *The Iran–United States Claims Tribunal 1981–1983* (University Press of Virginia 1984), p. vii. Otro autor lo califica a este Tribunal como “una de los mayores y más complejos proyectos de arbitraje”. J.M. Selby y D.P. Stewart, “Practical Aspects of Arbitrating Claims Before the Iran–United States Claims Tribunal”, 18 *Int’l Law.* 211 (1984), p. 211.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 212.

<sup>76</sup> Página de Internet del Tribunal de Reclamaciones Irán– EE UU, disponible en [www.iusct.net](http://www.iusct.net) (última visita el 29 de mayo de 2012). Aunque las reglas de arbitraje adoptadas por el Tribunal de Reclamaciones Irán– EE UU eran una versión modificada del Regl. Uncitral (1976), debido al gran número de demandantes de origen norteamericano, el procedimiento se impregnó del estilo y técnicas anglosajones. R.P. Alford, “The American Influence on International Arbitration”, 19 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 69 (2003), p. 86; K.T. Jacobs y M. G. Paulson, “The Convergence of Renewed Nationalization, Rising

Más recientemente, las decisiones emanadas por tribunales arbitrales constituidos bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) están teniendo gran influencia en el arbitraje. Es necesario hacer notar que dos de los tres países de este tratado –EE UU y Canadá– son países de tradición anglosajona. Otras fuentes muy útiles para profesionales del arbitraje internacional, como podrían ser *Westlaw* o *Lexis*, contienen materiales mayoritariamente en inglés. Además, las resoluciones judiciales contenidas en estas dos últimas bases de datos discuten principalmente procedimientos de arbitraje que han llegado (por cualquier motivo) a los tribunales ordinarios de países anglosajones. Naturalmente, estas decisiones estarían impregnadas de la filosofía y pensamiento arbitral anglosajón.

El último factor correspondería a los cargos que han detentado profesionales anglosajones en instituciones vistas antaño como influidas principalmente por el Derecho continental. Además de Stephen Bond, han habido otros Secretarios Generales de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de origen anglosajón, como Eric A. Schwartz y Anne-Marie Whiteshell (ambos norteamericanos), Horacio Grigera Naón (aunque argentino, educado en los EE UU) y, más recientemente, Jason Fry (neozelandés). En otras instituciones como el ICCA, el país que más representantes tiene en el órgano de gobierno es EE UU<sup>77</sup>. Dos autores explican el fenómeno de la siguiente manera:

“[C]uanto más activamente participan los abogados americanos y los abogados extranjeros educados en los Estados Unidos en los órganos de gobierno del arbitraje internacional, es muy probable que su experiencia, educación y aptitudes den forma a los sistemas y reglas que gobiernan las instituciones arbitrales. Salvo que inesperadamente se frene esta tendencia, la influencia americana en el arbitraje internacional probablemente se extienda y ahonde en la “americanización” que muchos lamentan<sup>78</sup>”

## 2. Americanización indirecta

De acuerdo con lo anterior, parte de la doctrina ha sugerido que existe actualmente una tendencia en el arbitraje internacional hacia el esti-

---

Commodities, and ‘Americanization’ in International Arbitration and the Need for More Rigorous Legal and Procedural Defenses”, 43 *Tex. Int’l L. J.* 359 (2008), pp. 368–369.

<sup>77</sup> ICCA Governing Board, disponible en [www.arbitration-icca.org](http://www.arbitration-icca.org).

<sup>78</sup> K.T. Jacobs y M.G. Paulson, “The Convergence of Renewed Nationalization, Rising Commodities, and ‘Americanization’ in International Arbitration and the Need for More Rigorous Legal and Procedural Defenses”, 43 *Tex. Int’l L. J.* 359 (2008), pp. 369–370 (notas al pie omitidas).

lo y técnica norteamericanos<sup>79</sup>. De hecho, algunos profesionales han expresado que “sospechosamente” el arbitraje internacional cada vez más se parece a la litigación en los tribunales ordinarios de los EE UU<sup>80</sup>. Posiblemente, por esta razón, las instituciones de arbitraje están reformando sus reglas a fin de intentar huir del tono norteamericano que están tomando los procedimientos de arbitraje internacional y, asimismo, para llegar a soluciones “internacionales” más eficientes<sup>81</sup>.

No obstante, aunque exista una abundante influencia norteamericana, no puede hablarse del triunfo de la “praxis americana”<sup>82</sup>. A pesar de que no se puede hablar de una americanización en sentido estricto, tampoco se puede ignorar que los profesionales americanos han sido capaces de “aportar exitosamente los mejores aspectos del rigor legal norteamericano ... y, a su vez, adaptar sus estrategias y tácticas al foro”<sup>83</sup>. Nicolas Ulmer expresa que esto, conjuntamente con la habilidad de los abogados anglosajones para obtener y analizar hechos, explica que los despachos norteamericanos y británicos hayan tenido tanto éxito en expandir su práctica de arbitraje por el continente europeo<sup>84</sup>.

No es infrecuente que los profesionales anglosajones –sobre todo si no tienen gran experiencia en el ámbito internacional– intenten aplicar su estilo y técnicas al procedimiento arbitral<sup>85</sup>. Algunos autores

<sup>79</sup> *Vid.*, v.gr., E Bergsten, “The Americanization of International Arbitration”, 18 *Pace Int'l L. Rev.* 289 (2006), p. 301; S. Seidenberg, “International Arbitration Loses Its Grip: Are U.S. Lawyers to Blame?”, 96 *A.B.A. J.* 50 (April 2010), pp. 51, 53; R.P. Alford, “The American Influence on International Arbitration”, 19 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 69 (2003), pp. 87–88; K.T. Jacobs y M.G. Paulson, “The Convergence of Renewed Nationalization, Rising Commodities, and ‘Americanization’ in International Arbitration and the Need for More Rigorous Legal and Procedural Defenses”, 43 *Tex. Int'l L. J.* 359 (2008), pp. 365–367, 400.

<sup>80</sup> S. Seidenberg, “International Arbitration Loses Its Grip: Are U.S. Lawyers to Blame?”, 96 *A.B.A. J.* 50 (April 2010), p. 51.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 54 (citando textualmente a Edna Sussman, co-presidenta del Comité de Arbitraje de la Sección de Resolución de Controversias de la American Bar Association).

<sup>82</sup> R.P. Alford, “The American Influence on International Arbitration”, 19 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 69 (2003), pp. 77, 80.

<sup>83</sup> N.C. Ulmer, A Comment on “The ‘Americanization’ of International Arbitration?”, 16(6) *Mealey's Int'l Arb. Rep.* 24 (2001), p. 24. En el mismo sentido, *vid.* G.M. von Mehren y A.C. Jochum, “Is International Arbitration Becoming Too American?”, 47(2) *Glob. Bus. L. Rev.* 47 (2011), p. 53.

<sup>84</sup> N.C. Ulmer, “A Comment on ‘The ‘Americanization’ of International Arbitration?’”, 16(6) *Mealey's Int'l Arb. Rep.* 24 (2001), p. 24. No obstante, este autor añade que no puede hablarse de una “americanización” en sentido estricto – sino de una fusión de culturas procesales – y que cualquier americanización que pudiera haber ha sido superada o evolucionada. *Id.*

<sup>85</sup> P. Lalive, “The Internationalisation of International Arbitration: Some Observations”, en M. Hunter, A. Marriott y V.V. Veeder (eds.), *The Internationalisation of Inter-*

han sugerido incluso que estos profesionales considerarían al arbitraje internacional como un pleito *offshore*<sup>86</sup>. En cierta manera, aunque indirectamente, la fase escrita del arbitraje internacional se podría impregnar del estilo anglosajón, especialmente en aspectos como la presentación de escritos con un alto grado de detalle (sin limitarse a los argumentos o cuestiones en controversia más importantes). De la misma manera, esta influencia se podría reflejar en la presentación de un número masivo de documentos. En este sentido, muchos árbitros o profesionales continentales podrían sorprenderse al recibir varias cajas de documentos que acompañen a un memorial.

Como consecuencia de la existencia de memoriales con un alto grado de detalle y del manejo de un gran volumen de documentación, los equipos de abogados que representan a cada una de las partes tendrán un abultado número de integrantes, algo tradicionalmente menos usual en países de Derecho continental.

En cuanto al estilo, la influencia anglosajona podría ser triple. En primer lugar, se eliminan muchas de las formalidades propias del estilo continental a la hora de dirigirse al juzgador o a la contraparte. Por ejemplo, en los países de Derecho continental no es infrecuente encontrarse con formulismos al estilo de “este tribunal al que tengo el honor de dirigirme” o similares. Por el contrario, en el arbitraje internacional estas formalidades han sido abandonadas, lo que no significa que se trate al tribunal y a la contraparte con menos respeto y deferencia.

En segundo lugar, se observa que en los memoriales se hace un mayor uso de precedentes –ya sean judiciales o arbitrales– que versen sobre cuestiones de hecho o de Derecho que guarden similitud con el objeto de la controversia. Esta práctica, más propia de la tradición anglosajona, ha tomado gran relevancia en el arbitraje internacional, especialmente en los memoriales relativos a arbitrajes inversionista–Estado. También, al discutir cuestiones esencialmente procesales, los memoriales recurren a la cita de laudos arbitrales o sentencias judiciales que hayan tratado anteriormente la misma cuestión procesal. Esto se discutirá con más detalle en la sección siguiente.

---

*national Arbitration: The LCIA Centenary Conference* (Graham & Trotman / Martinus Nijhoff 1995), p. 56; G.M. von Mehren y A.C. Jochum, “Is International Arbitration Becoming Too American?”, 47(2) *Glob. Bus. L. Rev.* 47 (2011), p. 51; A. M. Sabater, “Cultural Conflicts in International Arbitration: Myths, Misunderstandings, and Lessons from Dealing with the Unusual”, 6(1) *World Arb. & Med. Rev.* 126 (2012), p. 137.

<sup>86</sup> E.V. Helmer, “International Commercial Arbitration: Americanized, ‘Civilized’, or Harmonized?”, 19 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 35 (2003), p. 35.

Tercero, aunque más discutible, se observa un mayor grado de agresividad en la redacción de los escritos, algo clásico en los escritos de litigio local en EE UU y que un profesional del Derecho continental podría ver como algo inusual o incluso ofensivo. Esta agresividad propia de la litigación local norteamericana ha llevado a acuñar la expresión *Rambo-style litigation* (litigación al estilo “Rambo”) o *total warfare* (guerra total). Naturalmente, cuando los abogados de ambas partes de un arbitraje son profesionales del Derecho continental, esta situación sería menos pronunciada. En cambio, cuando haya al menos un despacho norteamericano involucrado en el procedimiento, es muy probable que se eleve el tono de agresividad de los escritos (incluso el de la parte representada por un despacho de Derecho continental).

En conclusión, la americanización no se produciría en las fases del procedimiento internacional – ya que el mismo es una fusión de elementos comunes del sistema anglosajón y del sistema civil – sino en aspectos tangenciales del procedimiento, estilo y, en definitiva, a la hora de hacer uso de las fases del procedimiento mismo. A continuación se analizarán los principales elementos de la fase escrita a fin de dilucidar la influencia anglosajona.

#### **IV. Escritos principales**

##### *1. Notificación de arbitraje y contestación*

Un arbitraje comienza con la notificación o solicitud de arbitraje. Este escrito normalmente está destinado a “notificar” a la parte demandada de que el procedimiento se ha iniciado y de que determinadas cuestiones serán sometidas a arbitraje. Es decir, sirve para “informar al demandado del contexto general de la demanda interpuesta contra éste”<sup>87</sup>. Además, la notificación contendrá las pretensiones y el petitorio, especificando el fundamento para la competencia del tribunal de arbitraje y, en su caso, se designará a un árbitro.

El contenido de la notificación de arbitraje dependerá de las reglas de arbitraje y legislación que sean de aplicación a la controversia, existiendo varias tendencias en cuanto al contenido y grado de detalle que este escrito debe contener. La primera corriente requiere que la notificación de arbitraje únicamente debe identificar a las partes, la pretensión y remedio solicitado de manera muy sucinta. Esta es, por

---

<sup>87</sup> G.B. Born, *International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer 2009), p. 1795.

ejemplo, la postura del art. 3 Regl. Uncitral (2010)<sup>88</sup>. Bajo este Reglamento la notificación de arbitraje debe tener la extensión suficiente para suministrarle al adversario la información mínima para empezar a preparar la defensa y, por tanto, el caso será desarrollado en el escrito de demanda (en algunos casos, tras cierto *discovery*). Normalmente, la demanda de arbitraje se presentará en un plazo determinado tras la notificación de arbitraje<sup>89</sup>.

Posiblemente, el Regl. Uncitral (2010) haya recibido una mayor influencia en este aspecto de los países de tradición anglosajona. Por ejemplo, en EE UU, un litigio ante los tribunales ordinarios comienza con un escrito breve y muy sucinto que normalmente contiene un resumen de los hechos y de la tesis legal. Para litigación en tribunales federales norteamericanos, esto viene previsto en la Regla 8(a) (*Claim for Relief*) de las Reglas Federales Procesales Civiles<sup>90</sup>. El caso se desarrollará en las etapas posteriores del procedimiento.

En el cuadro a continuación se compara el art. 3 Regl. Uncitral (2010) con la Regla 8(a) de las Reglas Federales Procesales Civiles de EE UU

Reglamento de la CNUDMI (2010) <sup>91</sup>	Federal Rules of Civil Procedure (EE UU) <sup>92</sup>
<p>“La notificación del arbitraje contendrá la siguiente información: a) Una petición de que el litigio se someta a arbitraje; b) El nombre y los datos de contacto de las partes; c) Una especificación del acuerdo de arbitraje que se invoca; d) Una especificación de todo contrato u otro instrumento jurídico que haya suscitado o al que se refiera el litigio o, a falta de ese contrato o de otro instrumento jurídico, una breve descripción de la relación controvertida; e) <i>Una breve descripción de la controversia y, si procede, una indicación de la suma reclamada</i>; f) La materia u objeto que se demandan; g) Una propuesta acerca del número de árbitros, el idioma y el lugar del arbitraje, cuando las partes no hayan convenido antes en ello.”</p>	<p>“Solicitud de Remedio. Un escrito que contenga una solicitud de remedio debe contener: (1) una relación breve y sucinta de las razones por las cuales el tribunal es competente, salvo que el tribunal ya tenga competencia y, por tanto, la demanda no necesite argumentos sobre jurisdicción adicionales; (2) <i>una relación breve y sucinta de la demanda demostrando que el solicitante tiene derecho a un remedio</i>; y (3) una solicitud del remedio pretendido, el cual puede incluir remedios alternativos o diferentes tipos de remedios.”</p>

<sup>88</sup> Art. 3.3º Regl. Uncitral (2010).

<sup>89</sup> *Vid., v.gr.*, Regl. Uncitral (2010), art. 20. Otro ejemplo parecido podría ser el Reglamento de la *London Court of Arbitration*, el cual exige que la demanda se presente no más tarde de 30 días después de la constitución del tribunal arbitral, pudiendo ser la notificación de arbitraje también bastante breve. Regl. LCIA (1998), arts. 1 y 15.2º.

<sup>90</sup> Fed. R. Civ. P. 8(a).

<sup>91</sup> Regl. Uncitral (2010), art. 3.3 (énfasis añadido).

<sup>92</sup> Fed. R. Civ. P. 8(a) (énfasis añadido).

La vertiente contraria requiere que la notificación de arbitraje tenga un mayor grado de detalle<sup>93</sup>. Esta es, por ejemplo, la postura del Regl. CCI (2012), el cual refleja una mayor la influencia del Derecho europeo continental. Los requisitos mínimos de la solicitud de arbitraje vienen expresados en el art. 4 de dicho Reglamento, el cual exige un grado de detalle mucho mayor que las normas transcritas más arriba<sup>94</sup>. Bajo este último reglamento, quizás el estándar más apropiado pudiera ser aquél que requiere que la solicitud de arbitraje (y los documentos adjuntos a la misma) contengan suficiente detalle como para permitirle al árbitro de un arbitraje CCI preparar el acta de misión sin requerir información adicional<sup>95</sup>.

Posiblemente, este mayor grado de detalle en el escrito de iniciación del arbitraje sea una herencia del Derecho continental. En los procedimientos ante los tribunales ordinarios en países de Derecho civil, cada parte tiene la obligación de desarrollar completamente el caso en el primer escrito, incluyendo todas las alegaciones de hecho y de Derecho, conjuntamente con la prueba documental correspondiente<sup>96</sup>. Cuando proceda, este primer escrito contendrá la solicitud de exhibición de los documentos necesarios para sustentar el caso, así como la lista de testigos o expertos que serán utilizados. El fin perseguido por las reglas de Derecho civil podría ser doble. En primer lugar, se intenta alertar a la contraparte de toda la evidencia y pruebas que serán utilizadas a lo largo del procedimiento (para evitar sorpresas).<sup>97</sup> El segundo fin perseguido podría ser identificar de manera precisa los hechos objeto de la controversia desde el inicio del arbitraje<sup>98</sup>.

A continuación se compara el art. 4 Regl. CCI (2012) con el art. 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de España.

---

<sup>93</sup> P. Hobeck, V. Mahnken y M. Koebke, "Time for Woolf Reforms in International Construction Arbitration", 11(2) *Int. Arb. L. Rev.* 84 (2008), pp. 92–93.

<sup>94</sup> Art. 4 Regl. CCI (2012).

<sup>95</sup> S.H. Elsing y J.M. Townsend, "Bridging the Common Law–Civil Law Divide in Arbitration", 18(1) *Arb. Int'l* 59 (2002), p. 59.

<sup>96</sup> *Vid.* A.M. Sabater, "Cultural Conflicts' in International Arbitration: Myths, Misunderstandings, and Lessons from Dealing with the Unusual", 6(1) *World Arb. & Med. Rev.* 126 (2012), p. 134.

<sup>97</sup> C. Reymond, "Civil Law and Common Law Procedures: Which is the More Inquisitorial? A Civil Lawyer's Response", 5(4) *Arb. Int'l* 357 (1989), p. 361.

<sup>98</sup> *Ibid.*, pp. 361–362.

Reglamento de la CCI (2012) <sup>99</sup>	Ley de Enjuiciamiento Civil (España) <sup>100</sup>
<p>“La Solicitud deberá contener la siguiente información: a) el nombre completo, descripción, dirección y otra información de contacto de cada una de las partes; b) el nombre completo, dirección y otra información de contacto de toda persona que represente a la demandante en el arbitraje; c) <i>una descripción de la naturaleza y circunstancias de la controversia que ha dado origen a las demandas y los fundamentos sobre la base de los cuales las demandas han sido formuladas</i>; d) <i>una indicación de las pretensiones, junto con el monto de cualquier demanda cuantificada y, en la medida de lo posible, una estimación del valor monetario de toda otra demanda</i>; e) todo convenio pertinente y, en particular, el acuerdo o los acuerdos de arbitraje; f) cuando las demandas sean formuladas bajo más de un acuerdo de arbitraje, una indicación del acuerdo de arbitraje bajo el cual se formula cada demanda; g) toda indicación pertinente y cualesquiera observaciones o propuestas con relación al número de árbitros y su selección de conformidad con lo dispuesto en los arts. 12 y 13, así como la designación del árbitro que en ellos se requiera; y h) toda indicación pertinente y cualesquiera observaciones o propuestas con relación a la sede del arbitraje, las normas jurídicas aplicables y el idioma del arbitraje.”</p>	<p>“1. El juicio principiará por demanda, en la que, consignados . . . los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados, se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida. . . 3. Los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar. Con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios e instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones y, finalmente, se formularán, valoraciones o razonamientos sobre éstos, si parecen convenientes para el derecho del litigante. 4. En los fundamentos de derecho, además de los que se refieran al asunto de fondo planteado, se incluirán, con la adecuada separación, las alegaciones que procedan sobre capacidad de las partes, representación de ellas o del procurador, jurisdicción, competencia y clase de juicio en que se deba sustanciar la demanda, así como sobre cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio y la procedencia de una sentencia sobre el fondo. . . .”</p>

Algunas reglas de arbitraje requieren una breve respuesta por la contraparte a la notificación de arbitraje, la cual podríamos denominar simplemente como “contestación” o “respuesta” a la solicitud de arbitraje<sup>101</sup>. El grado de detalle que debe contener la misma suele replicar la regla de la solicitud de arbitraje. El demandado, si lo estima conveniente, podrá incluir una demanda de reconvención.

La notificación de la solicitud de arbitraje a la contraparte varía según las reglas o legislación aplicable. Por ejemplo, en el arbitraje CNUDMI, el demandante le comunica directamente al demandado la solicitud de arbitraje<sup>102</sup>. Por el contrario, en un arbitraje CCI, el demandante presenta la notificación ante la institución arbitral y ésta se

<sup>99</sup> Art. 4.3º Regl. CCI (2012) (énfasis añadido).

<sup>100</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, art. 399.

<sup>101</sup> *Vid. v.gr.*, Regl. Uncitral (2010), art. 4; Reg. CCI CCI (2012), art. 5; Regl. de Arbitraje Internacional del ICDR (2009), art. 3; y Regl. LCIA (1998), art. 2.

<sup>102</sup> Regl. Uncitral (2010), art. 3.1º.

encarga de dar traslado al demandado<sup>103</sup>. Una vez más, nos encontramos con una mayor influencia anglosajona en el Regl. Uncitral y una mayor influencia continental en el Regl. CCI. Esta conclusión se puede extraer a la vista de las reglas aplicables en el contexto judicial:

Bajo las reglas federales de EE UU, “el requerimiento debe ser notificado conjuntamente con una copia de la demanda” y “[e]l demandante es responsable de notificar el requerimiento y la demanda . . . y debe facilitarle las copias necesarias a la persona que realiza la notificación”<sup>104</sup>.

Según la LEC española, “[e]l Secretario judicial, examinada la demanda, dictará decreto admitiendo la misma y dará traslado de ella al demandado para que la conteste en el plazo de veinte días”<sup>105</sup>.

La recepción de la notificación de arbitraje normalmente –aunque no siempre– establece el momento en el que comienza a computar el plazo para presentar la contestación a la notificación de arbitraje y, bajo algunas reglas, el momento en que se tiene por iniciado el procedimiento arbitral (lo que puede ser importante de cara a evitar la prescripción de la pretensión o en caso de litispendencia)<sup>106</sup>.

## 2. Memoriales

### A) Cuestiones Generales

Sin perjuicio de que pueden dársele diversos nombres bajo las distintas reglas de arbitraje, los principales escritos o memoriales suelen seguir la secuencia de escrito de demanda, contestación y, en su caso, réplica y dúplica. Tampoco hay que olvidar que el demandado puede interponer una demanda de reconvenición. Una de las principales diferencias entre el Derecho continental y el Derecho anglosajón es decidir quién tiene la última palabra<sup>107</sup>. El abogado continental considerará normal y más justo que el demandado tenga la última palabra.

---

<sup>103</sup> Regl. CCI (2012), art. 4.5<sup>o</sup>. *Vid.* también Regl. Arbitraje Internacional del ICDR (2009), art. 2.4<sup>o</sup>.

<sup>104</sup> Fed. R. Civ. P. 4(c)1.

<sup>105</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, art. 404.

<sup>106</sup> G.B. Born, *International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer 2009), pp. 1800–1801.

<sup>107</sup> C. Reymond, “The President of the Arbitral Tribunal”, 9(1) *ICSID Rev. F. Inv. L. J.* 1 (1994), p. 10; *id.*, “Civil Law and Common Law Procedures: Which is the More Inquisitorial? A Civil Lawyer’s Response”, 5(4) *Arb. Int’l* 357 (1989), pp. 358–359; G.B. Born, *International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer 2009), pp. 1825–1826.

Por el contrario, para el abogado anglosajón, el demandante siempre tendrá la última palabra.

Si el escrito de demanda no se presentó conjuntamente con la notificación de arbitraje, este es el momento en el que se desarrollan efectivamente los argumentos. Los memoriales deberán necesariamente contener un alto grado de detalle y evitar limitarse a contener un resumen de los antecedentes de hecho y argumentos jurídicos como puede ocurrir en la litigación doméstica de algunos países<sup>108</sup>. Una de las razones principales para ello es evitar sorpresas durante la audiencia y, de esta manera, permitir que las partes puedan llegar a la misma en igualdad de armas. Sin duda, un tribunal arbitral que estime que el escrito de una de las partes no contiene suficiente grado de detalle puede solicitar su subsanación o clarificación y, en casos muy graves y excepcionales, podría incluso desestimar el escrito y las pretensiones allí contenidas<sup>109</sup>.

El estilo deberá ser claro, conciso y evitar dar rodeos o repetir excesivamente las ideas. Es importante el uso de un lenguaje sencillo, sin por ello dejar de ser técnico, evitando escribir como si fuese un escrito académico<sup>110</sup>. También, es necesario tener en cuenta que en el arbitraje internacional participan profesionales de diversas nacionalidades (que incluso pueden tener distintas lenguas maternas) y, por tanto, se debe facilitar la comprensión de los escritos lo más posible. Es por ello recomendable evitar refranes o frases hechas, ya que pueden no ser entendidas adecuadamente por los otros partícipes del procedimiento. De la misma manera, es muy recomendable evitar el uso de exageraciones, el excesivo uso de adjetivos calificativos y, sobre todo, evitar adjetivos peyorativos en relación con la contraparte o su conducta. Indudablemente, algo así podría no ser bien visto a los ojos del tribunal. En definitiva, repitiendo la cita a Doak Bishop hecha anteriormente, “[e]l estilo uniforme de abogacía en el arbitraje internacional debería contener un denominador común: una presentación que sea simple, clara, concisa y muy centrada”<sup>111</sup>.

---

<sup>108</sup> R. Briner, “Domestic Arbitration: Practice in Continental Europe and its Lessons for Arbitration in England”, 13(2) *Arb. Int'l* 155 (1997), p. 161; G.B. Born, *International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer 2009), p. 1824.

<sup>109</sup> *Ibid.*, p. 1825.

<sup>110</sup> J. Crawford, “Advocacy Before the International Court of Justice and Other International Tribunals in State-to-State Cases”, en D. Bishop y E.G. Kehoe (eds.), *The Art of Advocacy in International Arbitration* (Juris 2010), p. 322; G.B. Born, *International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer 2009), p. 1826.

<sup>111</sup> D. Bishop, “Introduction”, en D. Bishop y E.G. Kehoe (eds.), *The Art of Advocacy in International Arbitration* (Juris 2010), pp. 9–10. *Vid.* también S.H. Elsing y J.M.

## B) Plazos y calendario procesal

El contenido, la forma y los plazos para presentar los memoriales varía según cada arbitraje. Nadie mejor que las partes o el tribunal sabe qué tiempos son necesarios para preparar adecuadamente los memoriales en función de la materia objeto de la controversia. En algunos arbitrajes, especialmente en aquellos de menor cuantía, es frecuente adoptar un procedimiento expedito –llamado *fast track*– en el cual los plazos son mucho menores y, bajo algunas reglas de arbitraje, vienen predeterminados de antemano<sup>112</sup>.

En otros arbitrajes, especialmente aquellos de mayor cuantía, es posible que se necesiten varios meses para preparar cada memorial. Puede bien suceder que estos memoriales tengan cientos de páginas, vengan acompañados de gran número de documentos (que a su vez pueden ser miles de páginas), declaraciones testimoniales muy detalladas, complicados informes periciales, etc. Por tanto, no es infrecuente que algunos arbitrajes puedan durar varios años.

Si las partes no consiguen llegar a un acuerdo, el tribunal debe ser muy cuidadoso a la hora de imponer unilateralmente plazos excesivamente cortos a la luz de la naturaleza del arbitraje o de las alegaciones de las partes. Unos plazos muy cortos que impidan a las partes exponer efectivamente sus argumentos podrían conllevar el riesgo de anulación o no ejecución del laudo arbitral. Conviene recordar que la Convención de Nueva York establece que podrá ser denegado el reconocimiento de un laudo arbitral si una de las partes “no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa”<sup>113</sup>. En las legislaciones nacionales se incluyen disposiciones similares para la anulación del laudo.

En EE UU, el *Federal Arbitration Act* (“FAA”) expresa que se podrá anular un laudo “cuando se demuestre suficientemente que los árbitros han tenido mala conducta al negarse a posponer la audiencia, o al negarse a escuchar evidencia que sea pertinente y material a la con-

---

Towsend, “Bridging the Common Law–Civil Law Divide in Arbitration”, 18(1) *Arb. Int'l* 59 (2002), p. 59; L. Reed y J. Sutcliffe, “The ‘Americanization’ of International Arbitration?”, 16(4) *Mealey’s Int’l Arb. Rep.* 11 (2001), p. 8 (Lexis).

<sup>112</sup> *Vid.*, v.gr., Rules for Expedited Procedures for Commercial Arbitration (American Arbitration Association 2009); Rules for Expedited Arbitrations (Stockholm Chamber of Commerce 1999).

<sup>113</sup> Art. V.1º b CNY 1958.

troversia, o por cualquier otra mala conducta que perjudique a los derechos de las partes”<sup>114</sup>.

En sentido similar, la Ley de Arbitraje española, la cual está basada en la LMU, expresa que un laudo arbitral se podrá anular cuando una parte pruebe que “no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”<sup>115</sup>.

Entre las cuestiones que se deben valorar a la hora de establecer el calendario procesal, se destacan las siguientes: (i) la elección entre presentar los memoriales simultáneamente o sucesivamente; (ii) el grado de detalle de los memoriales y si han de ir acompañados o no por las declaraciones testimoniales y/o informes periciales; y (iii) qué parte, el demandante o el demandado, tiene la última palabra. Otra de las consideraciones importantes que ha de tener muy en cuenta el tribunal arbitral es si bifurcar o no el procedimiento en fases. En otras palabras, si el tribunal debe decidir ciertos asuntos antes de entrar a conocer el resto del caso.

Durante la fase preliminar, es decir, antes de la constitución del tribunal arbitral, los escritos son necesariamente sucesivos, ya que el demandante iniciará el procedimiento con la notificación de arbitraje y, en su caso, habría una contestación o respuesta a dicha notificación de arbitraje. Tras la constitución del tribunal arbitral y antes de la audiencia, la lógica dicta que –salvo excepciones– los escritos también deberían ser sucesivos a fin de que el demandado tenga la oportunidad efectiva de saber qué se le reclama y poder contestar a todos los argumentos hechos en su contra<sup>116</sup>. No obstante, la necesidad y posibilidad de escritos simultáneos ha de analizarse a la luz de las circunstancias particulares del caso.

### C) Fuentes del Derecho

Las principales fuentes del Derecho que utilizará un abogado anglosajón serán, además de la ley o los tratados internacionales aplicables, las decisiones de tribunales ordinarios o de arbitraje resolviendo casos con hechos y cuestiones jurídicas similares al objeto de la controversia. Por el contrario, salvo excepciones de sentencias del tribunal supremo del lugar del Derecho aplicable, el abogado de Derecho civil dará menos importancia a las sentencias y laudos anteriores y, en cambio, se centrará en apoyar sus argumentos sobre las disposiciones

---

<sup>114</sup> 9 U.S.C.A. § 10(a)(3).

<sup>115</sup> Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, art. 41.1º.b.

<sup>116</sup> G.B. Born, *International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer 2009), p. 1824.

legales con comentarios de la normativa aplicable escritos por juristas de reconocido prestigio.

En el arbitraje internacional se observa una tendencia cada vez mayor a que en los memoriales se citen abundantes sentencias y laudos anteriores a fin de fundamentar los argumentos. En los memoriales presentados en los arbitrajes internacionales encontramos citados, en ocasiones, muchas más sentencias o laudos anteriores de los que serían estrictamente necesarios. Quizás, ello pueda ser el resultado de una mayor influencia anglosajona, en donde se discuten en los escritos todos los precedentes que pudieran ser de aplicación. A continuación, se explicará el grado de importancia del precedente en los EE UU.

En el arbitraje comercial internacional, los árbitros han de partir de la premisa de que la determinación de una ley aplicable incluye la jurisprudencia de los tribunales domésticos y, muy especialmente, aquella emanada del tribunal supremo de ese país<sup>117</sup>. Esto es muy relevante para ordenamientos jurídicos del *common law*, donde el precedente forma parte de la ley aplicable y, por tanto, requiere que el juzgador posterior siga el mismo razonamiento siempre y cuando los hechos objeto de la segunda controversia no puedan distinguirse de aquéllos de la primera. En EE UU, por ejemplo, ignorar la ley sustantiva contenida en un precedente vinculante puede tener consecuencias serias para la validez del laudo que dicte el tribunal, ya que la jurisprudencia ha elaborado como razón para anular un laudo que el tribunal haya incurrido en una “inobservancia manifiesta de la ley” (*manifest disregard of the law*)<sup>118</sup>.

Cuando el lugar del arbitraje es EE UU, son de aplicación los motivos de anulación contenidos en el FAA para anular el laudo<sup>119</sup>. Estos motivos están contenidos en la sección 10 del FAA, entre los que se encuentra el siguiente:

“En cualquiera de las siguientes situaciones, la corte de distrito de los Estados Unidos donde y para el distrito en el que se emitió el laudo puede dictar una orden anulando el laudo a resultas de la petición de una de las partes del arbitraje. . . (4) cuando los árbitros se hayan excedido de sus poderes, o los hayan ejercido de una manera tan

---

<sup>117</sup> K.P. Berger, “The International Arbitrators’ Application of Precedents”, 5(3) *Transatl. Disp. Mgmt.* (May 2008), p. 3.

<sup>118</sup> *Vid.*, v.gr., *Apache Bohai Corp. LDC v. Texaco China BV*, 480 F.3d 397 (5th Cir. 2007), pp. 405–406, 408–409. *Vid.* también E.R. Leahy y C.J. Bianchi, “The Changing Face of International Arbitration”, 17(4) *J. Int’l Arb.* 19 (2000), p. 34.

<sup>119</sup> 9 U.S.C. § 10(a)(4); E.R. Leahy y C.J. Bianchi, “The Changing Face of International Arbitration”, 17(4) *J. Int’l Arb.* 19 (2000), p. 34.

imperfecta que no hayan podido emitir un laudo mutuo, final y definitivo sobre la materia<sup>120</sup>“

Algunos tribunales ordinarios estadounidenses, basándose en una observación hecha por el Tribunal Supremo de los EE UU sobre esta disposición en *Wilko v. Swan*<sup>121</sup>, han desarrollado un motivo de anulación adicional consistente en que los árbitros hayan incurrido en una inobservancia manifiesta de la ley. Entre los circuitos judiciales que adoptaron este motivo adicional, se encuentran el Segundo Circuito (que incluye Nueva York)<sup>122</sup>, el Tercer Circuito (que incluye Delaware y Filadelfia)<sup>123</sup> y el Circuito del Distrito de Columbia (que incluye Washington, D.C.)<sup>124</sup>, todos ellos sedes importantes del arbitraje internacional.

Sin embargo, en 2008, tras la decisión del Tribunal Supremo de los EE UU en *Hall St. Associates, LLC v. Mattel, Inc.*,<sup>125</sup> los circuitos judiciales han quedado divididos en cuanto a si están permitidos otros motivos de anulación adicionales a los expresamente contenidos en el FAA. Actualmente existen 3 corrientes: (i) circuitos que han reconocido expresamente que el motivo de inobservancia manifiesta de la ley ha sobrevivido como un motivo para anular un laudo<sup>126</sup>; (ii) circuitos que no reconocen este motivo, bien porque nunca lo han hecho o bien

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427 (1953), pp. 436–437.

<sup>122</sup> *Wallace v. Buttar*, 378 F.3d 182 (2d Cir. 2004), p. 189; *Goldman v. Architectural Iron Co.*, 306 F.3d 1214 (2d Cir. 2002), p. 1216; *Porzig v. Dresdner*, Kleinwort, Benson, North America LLC, 497 F.3d 133 (2d Cir. 2007), p. 139; *Duferco Int'l Steel Trading v. T. Klaveness Shipping A/S*, 333 F.3d 383 (2d Cir. 2003), p. 389; *Jock v. Sterling Jewelers Inc.*, 646 F.3d 113 (2d Cir. 2011), p. 133; *STMicroelectronics, N.V. v Credit Suisse Sec. (USA) LLC*, 648 F.3d 68 (2d Cir. 2011), p. 78.

<sup>123</sup> *Rite Aid New Jersey, Inc. v. United Food Commercial Workers Union*, Local 1360, 449 F. App'x 126 (3d Cir. 2011), p. 129; *Black Box Corp. v. Markham*, 127 F. App'x 22 (3d Cir. 2005), p. 25; *Dluhos v. Strasberg*, 321 F.3d 365 (3d Cir. 2003), p. 370; *Local 863 Int'l Brotherhood of Teamsters, Chauffeurs, Warehousemen and Helpers of America v. Jersey Coast Egg Producers, Inc.*, 773 F.2d 530 (3d Cir. 1985), p. 534; *Tanoma Min. Co., Inc. v. Local Union 1269, United Mine Workers of America*, 896 F.2d 745 (3d Cir. 1990), p. 749; *Paul Green Sch. Of Rock Music Franchising, LLC v. Smith*, 389 F. App'x 172 (3d Cir. 2010), p. 177.

<sup>124</sup> *Affinity Fin. Corp. v. AARP Fin., Inc.*, 11–7081, 2012 WL 1138821 (D.C. Cir. Mar. 9, 2012), p. 1; *Al-Harbi v. Citibank, N.A.*, 85 F.3d 680 (D.C. Cir. 1996), p. 682; *United Paperworkers Int'l Union v. Misco, Inc.*, 484 U.S. 29 (1987), p. 38; *Teamsters Local Union No. 61 v. UPS*, 272 F.3d 600 (D.C. Cir. 2001), p. 604.

<sup>125</sup> *Hall St. Associates, L.L.C. v. Mattel, Inc.*, 552 U.S. 576 (2008).

<sup>126</sup> *V.gr.*, el Segundo Circuito. *Stolt-Nielsen SA v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 548 F.3d 85 (2d Cir. 2008), p. 94; *T.Co Metals, LLC v. Dempsey Pipe & Supply, Inc.*, 592 F.3d 329 (2d Cir. 2010), p. 340; *Schwartz v. Merrill Lynch & Co., Inc.*, 665 F.3d 444 (2d Cir. 2011), p. 451.

porque estiman que el mismo no ha sobrevivido a *Hall St.*<sup>127</sup>; y (iii) circuitos que reconocían este motivo antes de *Hall St.* pero que aún no se han pronunciado sobre su supervivencia<sup>128</sup>.

A los efectos de este artículo, se explicará el motivo de anulación por inobservancia manifiesta de la ley en el Segundo Circuito, el cual comprende Nueva York. La Corte de Apelaciones del Segundo Circuito confirmó la subsistencia de este motivo de anulación tras *Hall St.* y desarrolló con detalle los componentes del mismo en *Stolt–Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*<sup>129</sup>. A continuación, se resume el razonamiento de la Corte de Apelaciones del Segundo Circuito en esa decisión:

– Primero, el juez debe considerar si la ley que supuestamente fue ignorada era clara y, de hecho, explícitamente aplicable a la materia sometida a los árbitros. Evidentemente, no se puede decir que un árbitro haya ignorado la ley si ésta no está clara o no es claramente aplicable al supuesto de hecho. Por tanto, la incorrecta aplicación de una ley ambigua no constituye “manifiesta inobservancia”.

– Segundo, una vez que se ha determinado que la ley es clara y llanamente aplicable, el juez debe dictaminar que, de hecho, fue aplicada incorrectamente llegando a un resultado erróneo. Por supuesto, un juez no anulará un laudo arbitral si con la correcta aplicación de la ley se hubiese llegado al mismo resultado. En el mismo sentido, si un laudo arbitral contiene más de una lectura posible, no se anulará por inobservancia manifiesta de la ley si mediante una de esas posibles lecturas se llega a una correcta justificación legal del resultado. Sin embargo, incluso si la explicación de ese laudo es deficiente o inexistente, el juez deberá confirmar el laudo si se puede inferir de los antecedentes de hecho del caso una base que justifique la decisión.

– Tercero, tras llevar a cabo los dos anteriores análisis, el juez debe verificar el elemento subjetivo, es decir, el conocimiento que efectivamente tenían los árbitros. Para inobservar manifiestamente la ley,

---

<sup>127</sup> *V.gr.*, el Primer Circuito y el Quinto Circuito. *Ramos–Santiago v. United Parcel Serv.*, 524 F.3d 120 (1st Cir. 2008), p. 124; *Citigroup Global Markets, Inc. v. Bacon*, 562 F.3d 349 (5th Cir. 2009), p. 350.

<sup>128</sup> *V.gr.*, el Tercer Circuito y el Circuito del Distrito de Columbia. *Rite Aid New Jersey, Inc. v. United Food Commercial Workers Union, Local 1360*, 449 F. App'x 126 (3d Cir. 2011), p. 129; *Affinity Fin. Corp. v. AARP Fin., Inc.*, 11–7081, 2012 WL 1138821 (D.C. Cir. Mar. 9, 2012), p. 1.

<sup>129</sup> *Stolt–Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 548 F.3d 85 (2d Cir. 2008), p. 93, revisado y remitido como *Stolt–Nielsen S.A. v. AnimalFeeds Int'l Corp.*, 130 S. Ct. 1758 (U.S. 2010).

el árbitro debería haber conocido su existencia y la obligatoriedad de su aplicación a la cuestión sobre la que tenía que decidir. Al determinar el conocimiento o no de la ley por el árbitro, el juez únicamente tomará en cuenta como conocimiento de la ley aplicable identificada por alguna de las partes del arbitraje. En ausencia de ello, el juez únicamente inferirá conocimiento e intencionalidad por parte del árbitro si existe un error tan evidente que debería haber sido percibido en el acto como tal por el ciudadano medio que puede actuar como árbitro.

Los anteriores razonamientos no pueden aplicarse a laudos arbitrales dictados por tribunales de arbitraje anteriores en procedimientos similares. Ello se debe a que los tribunales arbitrales carecen de la *auctoritas* de los tribunales ordinarios para generar un precedente vinculante. Sin perjuicio de ello, a medida que se va generando un cuerpo jurisprudencial de laudos arbitrales, los mismos podrían ser considerados por tribunales arbitrales posteriores como una interpretación válida de la ley, especialmente si los miembros de aquel tribunal arbitral eran juristas de gran reputación o reconocido prestigio o si existe una línea jurisprudencial consolidada de laudos arbitrales sobre cierta cuestión<sup>130</sup>.

### 3. *Memoriales posteriores a la audiencia*

Probablemente, esta sea una aportación de la práctica arbitral americana. La primera vez que se generalizó el uso de memoriales posteriores a la audiencia fue en el contexto del Tribunal de Reclamaciones Irán–EE UU<sup>131</sup>.

Salvo que las partes conjuntamente soliciten la presentación de memoriales posteriores a la audiencia, normalmente es discrecional del tribunal arbitral el otorgar a las partes este derecho. Por motivos de límite de tiempo, es posible que algunos aspectos no puedan ser desarrollados por las partes durante la audiencia. Piénsese, por ejemplo, en una pregunta que formula el tribunal a las partes durante la audiencia y que requeriría un detallado análisis. En lugar de mantener una segunda audiencia o de extender la primera, podría resultar más eficiente discutir estas cuestiones en forma de memoriales posteriores a la audiencia.

---

<sup>130</sup> B.M. Cremades, “Multinational Companies and International Commercial Arbitration”, en N. Horn (ed.), *Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises* (1980), p. 87.

<sup>131</sup> J.M. Selby y D.P. Stewart, “Practical Aspects of Arbitrating Claims Before the Iran–United States Claims Tribunal”, 18 *Int'l Law*. 211 (1984), p. 231.

En muchos casos, los memoriales posteriores a la audiencia están limitados en su extensión. También, pueden limitarse a cuestiones o preguntas planteadas por el tribunal. Por otro lado, estos memoriales pueden simplemente contener un resumen de los puntos más importantes de cada una de las partes.

## V. Breves notas sobre la prueba en la fase escrita

### 1. Prueba documental

Por lo general, los memoriales de las partes suelen estar acompañados en gran medida de pruebas documentales. También, la prueba documental puede acompañar a las declaraciones testimoniales o a los informes periciales. Las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba expresan que “[d]entro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cada Parte presentará a éste y a las demás Partes todos los Documentos que estén a su disposición y sobre los que base sus pretensiones, incluyendo Documentos públicos y de dominio público, exceptuando cualesquiera Documentos que ya hayan sido presentados por otra Parte”<sup>132</sup>.

Varios profesionales mantienen que, en los arbitrajes internacionales, la prueba documental es “preferida” o que tiene un “valor superior” a los testigos o peritos<sup>133</sup>. Sin embargo, esta conclusión debe ser atenuada según las circunstancias particulares del caso. Por un lado, un testigo o perito puede desplegar en su declaración o informe (y posterior interrogatorio) una credibilidad extraordinaria a la que el tribunal arbitral otorgue un gran valor. Por otro, puede suceder que el testigo o perito sea capaz de destruir el valor de una prueba documental debido a su capacidad de persuasión.

Las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba definen “documento” como cualquier “escrito, comunicación, foto, diseño, programa o datos de cualquier tipo, ya consten en papel, soporte electrónico, audio,

---

<sup>132</sup> Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA, art. 3.1<sup>o</sup>.

<sup>133</sup> G.B. Born, *International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer 2009), p. 1826; D.V. Sandifer, *Evidence Before Arbitral Tribunals* (University Press of Virginia 1975), p. 197; A. Dimolitsa, “Giving Evidence”, en Laurent Lévy y V.V. Veeder (eds.), *Arbitration and Oral Evidence* 11 (ICC Publication No. 689, 2004), p. 13; R. Pietrowski, “Evidence in International Arbitration”, 22(3) *Arb. Int'l* 373 (2006), pp. 391–392. *Vid.* también generalmente G.M. von Mehren y C. Salomon, “Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyer’s Guide”, 20(3) *J. Int'l Arb.* 285 (2003).

visual o en cualquier otro medio”<sup>134</sup>. Es decir, la prueba documental puede ser prácticamente cualquier documento independientemente del soporte en el que se encuentre. Lógicamente, ello incluye documentos de cualquier naturaleza, como contratos, correspondencia, escritos, memorandos, etc. La prueba documental también incluye materiales legales, como copia de la normativa legal aplicable, resoluciones judiciales o laudos arbitrales, etc.

Tal vez se observe mayor influencia del Derecho continental en el arbitraje internacional en cuanto a la presentación de la prueba documental. En este contexto, las pruebas documentales se admitirán como evidencia sin sujeción a los estrictos criterios de admisibilidad tan conocidos por abogados anglosajones. Por ejemplo, en EE UU, los tribunales ordinarios tienen reglas bastante sofisticadas en cuanto a qué puede presentarse como prueba y la manera en que debe presentarse la misma<sup>135</sup>. Por el contrario, en el arbitraje internacional, salvo que las partes acuerden la aplicación de ciertas reglas de prueba, las mismas son inaplicables. No obstante, no es infrecuente que los tribunales de arbitraje se orienten por las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba<sup>136</sup>.

Normalmente, la regla en el arbitraje internacional es que los árbitros tienen amplias facultades para decidir sobre la admisión o inadmisión de una prueba y el peso que se otorgará a la misma. A pesar de que la mayoría de las reglas de arbitraje contienen disposiciones sobre la presentación de pruebas y su valoración por parte del tribunal arbitral, estas reglas se concentran en establecer la discrecionalidad de los árbitros para conducir el procedimiento y no en la manera en que deben presentarse<sup>137</sup>. Esta parece ser también la postura de las

---

<sup>134</sup> Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA, definición de “documento”.

<sup>135</sup> Fed. R. Evid.

<sup>136</sup> Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA. Las propias Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba prevén incluso la posibilidad de que las partes y el tribunal arbitral las apliquen de manera vinculante. *Id.*, art. 1.1. *Vid.* también G.M. von Mehren y A.C. Jochum, “Is International Arbitration Becoming Too American?”, 47(2) *Glob. Bus. L. Rev.* 47 (2011), pp. 53–54.

<sup>137</sup> *Vid., v.gr.*, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2010), art. 27 (“Cada parte deberá asumir la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus acciones o defensas . . . El tribunal arbitral determinará la admisibilidad, la pertinencia y la importancia de las pruebas presentadas.”); Reglamento de Arbitraje de la CCI (2012), art. 25 (“El tribunal arbitral instruirá la causa en el plazo más breve posible por cualesquiera medios apropiados. En todo momento durante el proceso arbitral, el tribunal arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales. . . . El tri-

Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba, las cuales expresan que “[e]l Tribunal Arbitral determinará la admisibilidad, relevancia, importancia y valor de las pruebas”<sup>138</sup>.

Las principales excepciones a la libertad de las partes de presentar cualquier prueba se centran en aquellas protegidas por confidencialidad o privilegio<sup>139</sup> y las pruebas obtenidas ilegalmente<sup>140</sup>. En cuanto a la confidencialidad y privilegio, las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba expresan una serie de lineamientos generales para que los árbitros evalúen la necesidad de proteger la confidencialidad y el privilegio de las pruebas<sup>141</sup>. Es importante resaltar que las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba toman muy en consideración las normas éticas o deontológicas aplicables al procedimiento correspondiente<sup>142</sup>.

Por otro lado, las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba expresan en su preámbulo que “[l]a práctica de prueba se realizará bajo los principios de que cada Parte debe actuar de buena fe”<sup>143</sup>. En este sentido, el Profesor Bernardo M. Cremades expresa tajantemente que “[s]e falta contra el deber de arbitrar de buena fe cuando se . . . utilizan pruebas obtenidas ilegalmente . . .”<sup>144</sup> Por su parte, los autores Julie Bédard y Timothy Nelson concuerdan al analizar varios casos en los que se obtuvieron pruebas ilegalmente para concluir que la presentación de dichas pruebas violaba la obligación de arbitrar de buena

---

bunal arbitral podrá decidir la controversia tan solo sobre la base de los documentos aportados por las partes, salvo si alguna de ellas solicita una audiencia.”); Reglamento de Arbitraje Internacional del ICDR (2009), art. 19 (“Cada parte tendrá la carga de probar los hechos en los cuales funde su demanda o escrito de contestación. . . . En cualquier momento del proceso el tribunal podrá exigir a las partes que presenten otros documentos, anexos o pruebas que considere necesarias o apropiadas.”); Reglas de Arbitraje del CIADI (2003), regla 34(1) (“El Tribunal decidirá sobre la admisibilidad de cualquiera prueba rendida y de su valor probatorio.”).

<sup>138</sup> Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA, art. 9.

<sup>139</sup> *Vid., v.gr., Model Rules of Professional Conduct (American Bar Association, 2010)*, regla 1.6.

<sup>140</sup> B.M. Cremades, “La buena fe en el arbitraje internacional”, 5(1) *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* 13 (2012), p. 34; J. Bédard, T.G. Nelson y A. Raymond Kalantirsky, “Arbitrating in Good Faith and Protecting the Integrity of the Arbitral Process”, 3 *Les Cahiers de l'Arbitrage* 737 (2010), pp. 739–740, 755.

<sup>141</sup> Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA, arts. 3.13 y 9.3.

<sup>142</sup> *Ibid.*

<sup>143</sup> *Ibid.*, preámbulo (3).

<sup>144</sup> B.M. Cremades, “La buena fe en el arbitraje internacional”, 5(1) *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones* 13 (2012), p. 34.

fe.<sup>145</sup> Más adelante, estos últimos autores analizan la “efectiva” solución que es “comúnmente otorgada” por los tribunales de arbitraje y que consiste en rechazar la admisión de una prueba ilícita.<sup>146</sup> En este sentido, en el arbitraje *Methanex Corp. v. Estados Unidos de América*, el Tribunal rechazó admitir ciertos documentos de prueba obtenidos ilícitamente concluyendo que

“[L]as Partes en Controversia en este arbitraje tienen entre ellas y con el Tribunal una obligación legal general de comportarse de buena fe durante este procedimiento de arbitraje y respetar la igualdad de armas entre ellas, los principios de “igualdad” y equidad procesal requeridos también por el art. 15(1) del Reglamento [de Arbitraje] de la Uncitral<sup>147</sup>”

Si la prueba documental fuese aportada en un idioma distinto al arbitraje, las partes o el tribunal pueden acordar que se presenten traducciones de todo el documento o únicamente de las partes citadas o más relevantes. No obstante, no es infrecuente que se dispense la traducción si las partes y el tribunal arbitral entienden perfectamente el idioma original del documento.

Normalmente, las partes suelen acordar con el tribunal arbitral la manera de presentar la prueba documental. A falta de acuerdo entre las partes, el tribunal arbitral establecerá las normas sobre presentación de prueba documental, entre las que pueden incluirse: (i) forma de presentación; (ii) plazos para presentar la prueba y consecuencias de la inobservancia de los mismos; (iii) consideración de la autenticidad de la prueba, incluyendo si deben aceptarse fotocopias de pruebas originales; (iv) aspectos relativos a la exhibición de documentos; (v) aspectos sobre la inspección de pruebas *in situ* por parte del tribunal arbitral, etc.

## 2. Prueba testifical y pericial en la fase escrita

En el arbitraje internacional es frecuente presentar declaraciones testimoniales y/o informes periciales. La principal diferencia es que el testigo relata hechos de los que ha tenido noticia por su experiencia

---

<sup>145</sup> J. Bédard, T.G. Nelson y A. Raymond Kalantirsky, “Arbitrating in Good Faith and Protecting the Integrity of the Arbitral Process”, 3 *Les Cahiers de l'Arbitrage* 737 (2010), pp. 739–740.

<sup>146</sup> *Ibid.*, p. 755.

<sup>147</sup> *Methanex Corp. v. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo Final Sobre Jurisdicción y Fondo del Asunto, 3 de agosto de 2005, Pt. II, Ch. I, 54. *Vid.* también D.D. Caron, L.M. Caplan y M. Pellonpää, *The UNCITRAL Arbitration Rules: A Commentary* (Oxford University Press, 2006), p. 28.

personal, mientras que el perito hace una interpretación objetiva de datos que, en principio, deberían estar disponibles para ambas partes. Las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba definen a una *Declaración Testimonial* como “una declaración testimonial por escrito realizada por un testigo” y al *Informe o Dictamen Pericial* como “una declaración escrita presentada por un Perito designado por el Tribunal Arbitral ó por las Partes”<sup>148</sup>.

En el arbitraje internacional, es muy frecuente adelantar las declaraciones testimoniales y/o informes periciales por escrito.<sup>149</sup> Normalmente, se adjunta copia la declaración o informe conjuntamente con los memoriales, en los cuales se hace referencia y abundantes citas a los mismos. En ocasiones, las declaraciones testimoniales o informes periciales se pueden presentar separadamente después de los memoriales, pero la doctrina se inclina a desfavorecer esta práctica<sup>150</sup>.

El informe pericial o la declaración testimonial puede tomar dos formas. Por una parte, puede ser una redacción sucinta de los aspectos más importantes y conclusiones con el fin de hacer un interrogatorio detallado del perito o testigo durante la audiencia. Por el contrario, puede ser un informe o declaración muy detallados con el fin de que el perito o testigo pueda simplemente ratificarlo en la audiencia.

Las declaraciones testimoniales en forma escrita es algo tradicionalmente inexistente en el Derecho civil<sup>151</sup>. El tratadista Gary Born explica que únicamente “tras un largo debate y tras serias objeciones por parte de representantes de Derecho civil, se redactó el Reglamento Uncitral de una manera que permitiese las declaraciones testimoniales escritas”<sup>152</sup>. Posteriormente, esta práctica ha sido consagrada por las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba<sup>153</sup>.

---

<sup>148</sup> Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA, definiciones de “Declaración Testimonial” y “Dictamen Pericial”.

<sup>149</sup> E.V. Helmer, “International Commercial Arbitration: Americanized, “Civilized,” or Harmonized?”, 19 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 35 (2003), p. 53.

<sup>150</sup> G.B. Born, *International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer 2009), p. 1825.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 1829; Ch. Borris, “The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process”, en S.N. Frommen y B.A.K. Rider (eds.), *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration: Old Issues and New Trends* 1 (Kluwer Law International 1999), p. 16.

<sup>152</sup> G.B. Born, *International Commercial Arbitration* (Wolters Kluwer 2009), p. 1829, citando Summary Record of the Ninth Meeting of the Committee of the Whole (II), Novena Sesión CNUDMI, Documento No. A/CAN.9/9/C.2/SR.9, 38 ss.

<sup>153</sup> Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA, art. 4.

Según las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba, una declaración testimonial deberá contener:<sup>154</sup> (i) el nombre y datos de contacto del testigo; (ii) la descripción de su relación con las partes; (iii) sus antecedentes, cualificaciones, capacitación y experiencia relevante; (iv) una declaración completa y detallada de los hechos, citando las fuentes relevantes (y acompañando las fuentes citadas que no hayan sido presentadas anteriormente por las partes); (v) una manifestación del idioma en que fue preparada la declaración y del idioma en el que testificará el testigo en la audiencia probatoria; (vi) una declaración sobre la veracidad del testimonio; y (vii) la firma, la fecha y el lugar donde se firmó.

Con una clara influencia de la tradición anglosajona, las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba disponen expresamente que “[c]ualquier persona, incluyendo una Parte o un directivo, empleado u otro representante de la misma, podrá testificar”<sup>155</sup>. Por tanto, a diferencia de algunos países de tradición continental, la propia parte o alguna persona de cualquier manera vinculada con la misma puede testificar válidamente en el arbitraje internacional<sup>156</sup>.

De la misma manera, con origen en la tradición anglosajona, es frecuente que cada parte presente sus propios peritos para testificar sobre los puntos en controversia de manera oral o escrita<sup>157</sup>. Tanto las reglas modernas de arbitraje<sup>158</sup> como las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba<sup>159</sup> hacen referencia expresa a la posibilidad de peritos contratados por las partes. Por tanto, esta práctica originaria del Derecho anglosajón también ha tenido gran aceptación en el arbitraje internacional.

Según las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba, un informe pericial presentado por una de las partes deberá contener:<sup>160</sup> (i) el nombre y datos de contacto del perito; (ii) la descripción de su relación con las partes, sus asesores legales y el tribunal; (iii) sus antece-

---

<sup>154</sup> *Ibid.*, art. 4.5º.

<sup>155</sup> *Ibid.*, art. 4.2º.

<sup>156</sup> L. Reed y J. Sutcliffe, “The ‘Americanization’ of International Arbitration?”, 16(4) *Mealey’s Int’l Arb. Rep.* 11 (2001), pp. 5–6 (Lexis).

<sup>157</sup> *Vid.*, *v.gr.*, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2010), art. 27.2º; Reglamento de Arbitraje de la CCI (2012), art. 25.3º; Reglamento de Arbitraje Internacional del ICDR (2009), art. 19; Reglamento de Arbitraje de la LCIA (1998), art. 20.2º; y Reglas de Arbitraje del CIADI (2003), regla 34(2).

<sup>158</sup> E.V. Helmer, “International Commercial Arbitration: Americanized, ‘Civilized’, or Harmonized?”, 19 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 35 (2003), p. 54.

<sup>159</sup> Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA, art. 5.

<sup>160</sup> *Ibid.*, art. 5.2º.

denes, cualificaciones, capacitación y experiencia relevante; (iv) una descripción de sus instrucciones; (v) una declaración acerca de su independencia respecto a las partes, sus asesores legales y el tribunal; (vi) una declaración acerca de los hechos en que fundamenta sus opiniones y conclusiones; (vii) sus opiniones y conclusiones, incluyendo una descripción de los métodos, pruebas e información utilizados, citando las fuentes relevantes (y acompañando las fuentes citadas que no hayan sido presentadas por las partes anteriormente); (viii) una manifestación del idioma en que fue preparado el informe y del idioma en el que testificará el perito en la audiencia probatoria; (ix) una afirmación de su auténtica convicción sobre las opiniones expresadas; (x) la firma, la fecha y el lugar donde se firmó; y (xi) si fuese firmado por más de una persona, la atribución de cada parte del informe.

Por el contrario, en los países de Derecho civil, la práctica tradicional es que el tribunal designa al perito (y no las partes)<sup>161</sup>. Así, el tribunal dará las instrucciones al perito para que realice su informe<sup>162</sup>. Esta práctica también está extendida en el arbitraje internacional<sup>163</sup>. Las reglas de arbitraje de las principales instituciones permiten que los árbitros puedan designar a un perito independiente<sup>164</sup>. Por su parte, las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba también permiten esta posibilidad al establecer que “[e]l Tribunal Arbitral, después de consultar a las Partes, podrá designar uno o más Peritos independientes para que dictaminen sobre cuestiones específicas determinadas por el Tribunal Arbitral”<sup>165</sup>. Las partes, no obstante, podrán objetar al perito elegido por el tribunal arbitral si no están de acuerdo con sus cualificaciones o independencia<sup>166</sup>. Naturalmente, el perito nombrado

---

<sup>161</sup> C. Borris, “The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process”, en S.N. Frommen y B.A.K. Rider (eds.), *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration: Old Issues and New Trends* 1 (Kluwer Law International 1999), p. 17; E.V. Helmer, “International Commercial Arbitration: Americanized, ‘Civilized’, or Harmonized?”, 19 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 35 (2003), p. 54.

<sup>162</sup> C. Reymond, “Civil Law and Common Law Procedures: Which is the More Inquisitorial? A Civil Lawyer’s Response”, 5(4) *Arb. Int’l* 357 (1989), p. 363.

<sup>163</sup> L. Reed y J. Sutcliffe, “The ‘Americanization’ of International Arbitration?”, 16(4) *Mealey’s Int’l Arb. Rep.* 11 (2001), pp. 6–7 (Lexis); Ch. Borris, “The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process”, en S.N. Frommen y B.A.K. Rider (eds.), *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration: Old Issues and New Trends* 1 (Kluwer Law International 1999), p. 17.

<sup>164</sup> *Vid., v.gr.*, Regl. Uncitral (2010), art. 29; Reglamento de Arbitraje de la CCI (2012), art. 25.4º; Reglamento de Arbitraje Internacional del ICDR (2009), art. 22; Reglamento de Arbitraje de la LCIA (1998), art. 21; y Reglas de Arbitraje del CIADI (2003), regla 34.

<sup>165</sup> Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, aprobadas el 29 de mayo de 2010 por Resolución del Consejo de la IBA, art. 6.1º.

<sup>166</sup> *Ibid.*, art. 6.2º.

por el tribunal arbitral podrá solicitar a las partes que le den acceso a “[d]ocumentos, bienes, muestras, propiedades, maquinarias, sistemas, procesos o sitios para su inspección”<sup>167</sup>.

En cuanto al contenido mínimo del informe pericial emitido por un perito designado por el tribunal arbitral, las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba establecen que será muy similar al contenido de un informe emitido por un perito de parte<sup>168</sup>. Resulta llamativo que estas Reglas requieran que el perito designado por el tribunal arbitral incluya “una *declaración* ratificando su auténtica convicción acerca de las opiniones expresadas en el Dictamen Pericial”<sup>169</sup>, mientras que para el perito de parte únicamente requieren “una *afirmación* de su auténtica convicción sobre las opiniones expresadas en el Dictamen Pericial”<sup>170</sup>.

Posiblemente, donde más difieren los puntos de vista del abogado anglosajón y del abogado continental es sobre la preparación de testigos o peritos antes de la audiencia. En cuanto a los testigos, las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba lo permiten expresamente al expresar que “[n]o será considerado impropio que una Parte, sus directivos, empleados, asesores legales u otros representantes, entrevisten a sus testigos o potenciales testigos y discutan con ellos sus posibles testimonios”<sup>171</sup>. Algunas reglas de arbitraje también prevén expresamente que los abogados de las partes se puedan entrevistar con los testigos a fin de preparar la declaración<sup>172</sup>.

La mayoría de las reglas deontológicas europeas prohíben que el abogado se entreviste o reúna con el testigo o perito antes de la audiencia<sup>173</sup>. Incluso en el Reino Unido, el abogado tan solo puede entrevistarse con el testigo para tomar notas sobre el testimonio, darle consejos generales sobre como testificar o informarle sobre la estructura del procedimiento u otras cuestiones similares, pero en ningún

---

<sup>167</sup> *Ibid.*, art. 6.3<sup>o</sup>.

<sup>168</sup> *Ibid.*, art. 6.4<sup>o</sup>.

<sup>169</sup> *Ibid.* (énfasis añadido).

<sup>170</sup> *Ibid.*, art. 5.2<sup>o</sup> (énfasis añadido).

<sup>171</sup> *Ibid.*, art. 4.3<sup>o</sup>.

<sup>172</sup> *Vid.* Regl. LCIA (1998), art. 20.6<sup>o</sup>.

<sup>173</sup> L. Reed y J. Sutcliffe, “The ‘Americanization’ of International Arbitration?”, 16(4) *Mealey’s Int’l Arb. Rep.* 11 (2001), p. 6 (Lexis); B.M. Cremades, “Overcoming the Clash of Legal Cultures: The Role of Interactive Arbitration”, 14(2) *Arb. Int’l* 157 (1998), p. 167; C. Borris, “The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process”, en S.N. Frommen y B.A.K. Rider (eds.), *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration: Old Issues and New Trends* 1 (Kluwer Law International 1999), p. 7.

caso puede “preparar” al testigo o ensayar las posibles preguntas<sup>174</sup>. En el Reino Unido, las reglas son más laxas en cuanto a la posibilidad de ensayar con el cliente o con el perito (en el entendido de que éste último es alguien independiente y se discuten aspectos técnicos objetivos)<sup>175</sup>.

Claramente, el contacto con los testigos y peritos antes de la audiencia es una aportación específica de la tradición estadounidense. En los EE UU es práctica común corregir la declaración testimonial o el informe pericial antes de presentarlo al tribunal arbitral. Asimismo, a diferencia de los países de Derecho civil y del Reino Unido, en los EE UU es común reunirse con el testigo o perito para preparar una audiencia y, más particularmente, las posibles preguntas del interrogatorio<sup>176</sup>. Sin duda, ésta práctica podría sorprender –e incluso escandalizar– a un abogado de Derecho continental, el cual tendría prohibida esta práctica por las reglas deontológicas de su país de origen. No obstante, la tendencia en el contexto del arbitraje internacional parece ser la de permitir la preparación de testigos y peritos hasta cierto punto<sup>177</sup>.

## VI. Conclusión

Hoy en día el arbitraje internacional se informa de técnicas y estilos de diversas culturas procesales. A pesar de la gran influencia norteamericana en el arbitraje internacional, no es posible hablar de una americanización en sentido estricto (o “americanización directa”). Por supuesto, tampoco es posible hablar de una “continentalización” o “romanización” del arbitraje internacional. En realidad, se debe hablar de una homogeneización o armonización de las fases o funcionamiento del arbitraje internacional. En otras palabras, el proceso se

---

<sup>174</sup> J. Mance, “Mock Justice?”, 56(4) *J. Chartered Inst. Arbs.* 263 (1990), pp. 263–264.

<sup>175</sup> *Ibid.*; Ch. Borris, “The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process”, en S.N. Frommen y B.A.K. Rider (eds.), *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration: Old Issues and New Trends* 1 (Kluwer Law International 1999), pp. 14–15.

<sup>176</sup> C. Reymond, “The President of the Arbitral Tribunal”, 9(1) *ICSID Rev. F. Inv. L. J.* 1 (1994), p. 10; B.M. Cremades, “Overcoming the Clash of Legal Cultures: The Role of Interactive Arbitration”, 14(2) *Arb. Int'l* 157 (1998), p. 167; J. Mance, “Mock Justice?”, 56(4) *J. Chartered Inst. Arbs.* 263 (1990), p. 263; Ch., “The Reconciliation of Conflicts Between Common Law and Civil Law Principles in the Arbitration Process”, en S.N. Frommen y B. A.K. Rider (eds.), *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration: Old Issues and New Trends* 1 (Kluwer Law International 1999), p. 7.

<sup>177</sup> L. Reed y J. Sutcliffe, “The ‘Americanization’ of International Arbitration?”, 16(4) *Mealey's Int'l Arb. Rep.* 11 (2001), p. 6 (Lexis).

informa y nutre de elementos de Derecho anglosajón y de Derecho continental, lo que conlleva a que las fases del arbitraje sean esencialmente las mismas a lo largo y ancho del mapa mundial.

Sin embargo, actualmente se puede observar un cierto dominio de los despachos de abogados anglosajones, especialmente por parte de los despachos norteamericanos. Indudablemente, estos despachos aportarán su estilo y prácticas al arbitraje internacional, aunque “internacionalizándolos” o adaptándolos al contexto internacional. Como se ha explicado, esta influencia tendría lugar también a través de otros canales, incluyendo mediante la educación de profesionales en EE UU, la colocación de profesionales norteamericanos (o educados en EE UU) en cargos directivos de instituciones de arbitraje y en las fuentes accesibles para preparar los argumentos de un arbitraje. Todo ello resulta en una “americanización indirecta” del arbitraje internacional.

En efecto, aunque indirectamente, la fase escrita del arbitraje internacional se podría impregnar del estilo anglosajón, especialmente en aspectos como la presentación de escritos con un alto grado de detalle (sin limitarse a los argumentos o cuestiones en controversia más importantes), la presentación de un número masivo de documentos, la participación de numerosos abogados en representación de cada una de las partes, la excesiva agresividad a la hora de litigar, objeciones a las pruebas presentadas por la contraparte, el reiterado uso de precedentes en los escritos, etc. En definitiva, esta “americanización indirecta” no tiene lugar en las fases o etapas del procedimiento de arbitraje internacional en sí mismas (ya que estas son uniformes), sino en la manera en que los usuarios o partícipes del arbitraje hacen uso de dichas fases o etapas.

Sin perjuicio de expresado en este artículo, el arbitraje internacional es permeable y se encuentra en constante evolución. Por tanto, no sería de extrañar que, a medida que los despachos anglosajones incorporan abogados y oficinas en países de tradición continental, se comience a observar la tendencia contraria y, por tanto, la balanza se incline hacia la práctica continental.