

***La abogacía desde la óptica de un
árbitro internacional***

Bernardo M. CREMADES*

Socio, B. Cremades y Asociados, Madrid

Ignacio MADALENA**

Asociado, B. Cremades y Asociados, Madrid

Sumario: I. Introducción. II. Configuración del procedimiento. III. Argumentación jurídica y alegaciones escritas. IV. Prueba documental. V. Audiencia. VI. Función del árbitro. VII. Conclusiones.

I. Introducción

Desde la perspectiva y experiencia de un árbitro internacional, este artículo ofrece un análisis de las diferentes funciones que el abogado lleva a cabo en un arbitraje internacional. No se pretende, sin embargo, ofrecer un análisis exhaustivo de cada uno de los elementos que integran el procedimiento arbitral, sino una aproximación a la misión desempeñada por el árbitro, que se fundamenta en la existencia de un contencioso extrajudicial entre dos o más partes, que la función arbitral ventila mediante un laudo, resolviendo así definitivamente la controversia entre las partes.

A lo largo del presente trabajo nos referiremos, a título de ejemplo, a las reglas elaboradas por diversas instituciones arbitrales –como la CCI o la LCIA– y a organizaciones internacionales, como el CIADI o la

* E-mail: bcremades-mad@bcremades.com.

**E-mail: i.madalena@bcremades.com.

Unictral¹. Sus reglas son relativamente uniformes en cuanto a la estructura básica de un arbitraje, previendo una fase oral y otra escrita. Además, la regla general es permitir que el abogado pueda libremente adaptar la estructura y forma de presentar el caso, especialmente si se compara con la rigidez y formalismo imperante en el proceso judicial. Si el arbitraje incluye una audiencia, ésta se llevará a cabo libre de formalismos innecesarios, pero la intervención del abogado seguirá requiriendo del dominio de una técnica, específica y propia del arbitraje.

Bajo los límites que imponen las normas imperativas de la sede, las partes y los árbitros configuran libremente el procedimiento y lo adaptan a las necesidades del litigio. La libertad y flexibilidad del procedimiento hacen del arbitraje un mecanismo de resolución de controversias mucho menos predecible que el proceso judicial, lo que requiere de una adecuada especialización por parte del abogado y del árbitro.

Desde la perspectiva del árbitro, éste ofrece un servicio a las partes, consistente en resolver las controversias y emitir su decisión mediante un laudo, función que no puede asimilarse a la representación y defensa de los intereses que de las partes efectúan los abogados, pero que indudablemente requiere de un conocimiento jurídico especializado y de una técnica elaborada de argumentación jurídica, además de un comportamiento ético, y de diplomacia. Finalmente, nos referiremos al impacto que la labor del abogado tiene en el propio ejercicio de la función arbitral, aludiendo a las implicaciones que la forma de presentar el caso tendrá en el proceso de elaboración del laudo.

II. Configuración del procedimiento

El arbitraje se justifica en la autonomía de la voluntad, fruto de la libertad. Su piedra angular, el convenio arbitral, es un negocio jurídico concebido en el seno de las transacciones comerciales, con claros efectos jurisdiccionales. Pero la posibilidad de configurar libremente el procedimiento distingue al arbitraje de la rigidez del proceso judicial², en donde estrictas reglas y formalismos delimitan los mecanis-

¹ Además nos referiremos a los principales tratados internacionales –como la Convención de Nueva York de 1958, sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (CNY) o al Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1981 (CG)– y a la labor desempeñada por la *International Bar Association* (IBA).

² El principio de que las partes tienen la libertad de configurar el procedimiento arbitral se reconoce por: 1) los principales tratados internacionales (arts. II y V.1º.d CNY; art. IV.1º.b.iii CG); 2) las leyes de arbitraje de las principales sedes, principalmente aquellas

mos para hacer valer las pretensiones de las partes, al menos en el ámbito territorial del Derecho romano. Pocas cuestiones se dejan en un proceso judicial al arbitrio de las partes o a la discrecionalidad del Juez, ya que uno y otro cuentan con unos cauces normativos, a través de los cuales se desarrollará forzosamente el proceso. En la práctica, enfrentarse a un arbitraje –doméstico o internacional– presenta notables diferencias con respecto a la jurisdicción civil ordinaria.

Cada arbitraje requerirá la aplicación de un procedimiento singular, lejos del modelo encorsetado que prevé la legislación procesal para el procedimiento judicial. La estructura de cada arbitraje será diferente, aunque se trate de procedimientos sustanciados al amparo de las mismas reglas institucionales. Siempre las partes podrán acordar las particularidades del procedimiento, respetando las normas imperativas de la sede. En defecto de acuerdo, los árbitros tendrán plena discrecionalidad para determinar el procedimiento en la forma que estimen oportuna, salvaguardando esas mismas exigencias imperativas y disposiciones del reglamento arbitral³.

En la configuración de un arbitraje la tendencia es establecer un conjunto de parámetros que constituyan un compromiso entre las tradiciones jurídicas de sus participantes. En la práctica, el procedimiento seguirá el esqueleto básico que proporcione el reglamento aplicable, que es sustancialmente idéntico en las principales instituciones. Asimismo, la práctica arbitral es relativamente uniforme en la forma de hacer frente a los problemas que pueda presentar un procedimiento. De hecho, la discrecionalidad con la que cuenta el árbitro es ejercida de forma similar en la toma de decisiones tan importantes como la adopción de medidas cautelares, la admisión de determinada

que incorporan el art. 19.1º LMU; y 3) los reglamentos de diversas instituciones arbitrales, incluyendo el Regl. CCI (art. 11), el Regl. LCIA (art. 14.1º) y el Regl. CIADI (Regla 20.2º). Vid. G.B. Born, *International Commercial Arbitration*, vol. II, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pp. 1748–758.

³ A falta de acuerdo expreso entre las partes o disposición contraria del reglamento arbitral elegido, y dentro de los límites que exijan las normas imperativas de la sede, el árbitro tiene plena discrecionalidad para configurar el procedimiento. Así lo reconocen: 1) los principales tratados internacionales (arts. IV.4º.d, V.1º.b CNY); 2) las leyes de arbitraje de las principales sedes, principalmente aquellas que incorporan el art. 19.2º LMU; y 3) los reglamentos de diversas instituciones arbitrales, incluyendo el Regl. CCI (art. 15.1º), el Regl. LCIA (art. 14.1º) y el Regl. CIADI (Regla 20). Asimismo, el art. 15.1º Regl. Uncitral permite al tribunal arbitral “...dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y ... se de a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos. Vid. G.B. Born, *op. cit.*, pp. 1758 a 1765.

prueba testifical o pericial, las solicitudes de exhibición de documentos, o la práctica del interrogatorio de testigos y peritos⁴.

En realidad, la tendencia del arbitraje internacional se orienta hacia el establecimiento de estándares más o menos globalizados que desvinculan el arbitraje de consideraciones puramente locales⁵. Este proceso globalizador es el resultado de la propia práctica arbitral y de la codificación de instrumentos de *soft law* en la materia, como son las Reglas de la IBA en materia de práctica de pruebas o de conflicto de intereses o las “Notas de la Uncitral” en materia de práctica arbitral.

Esta uniformidad se ha visto acompañada de la utilización de sistemas electrónicos e informáticos, desde el correo electrónico para efectuar validamente comunicaciones y notificaciones, hasta la presentación de la prueba documental y pericial en formato electrónico mediante CDs o llaves USB, o la práctica de interrogatorios mediante video-conferencia, a través de Internet. Incluso algunas instituciones, como la CCI, han tomado la iniciativa de crear una plataforma *on-line* denominada *NetCase* que permite, si ambas partes lo acuerdan, la tramitación de un arbitraje íntegramente a través de Internet, eliminando la existencia y uso del papel. Sus principales ventajas se encuentran en un ahorro de costes para las partes y en la posibilidad de acceder a la totalidad del expediente desde cualquier lugar y en cualquier momento.

Desde el inicio del procedimiento, todo arbitraje requerirá la participación activa del árbitro⁶, que deberá efectuar un análisis previo del caso e identificar los aspectos fácticos y jurídicos esenciales, y de este modo proponer a las partes un esquema del procedimiento que se ajuste a las necesidades del litigio. En la práctica del arbitraje CCI, los árbitros arman el esqueleto básico del procedimiento en el llamado

⁴ K.-H. Böckstiegel, “Past, Present and Future of Arbitration,” *Arb. Int’l*, vol. 25, n° 3, 2009, p. 298.

⁵ *Ibid. Vid. v.gr.*, G. Kaufmann-Kohler, “The Globalization of Arbitral Procedure,” *Vand. J. Transnat’l L.*, vol. 36, n° 4, 2003, p. 1313.

⁶ Comisión de Arbitraje de la CCI, “Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje”, Publicación de la CCI n° 843, 2007, Párr. 46 en relación los Párr. 17, 22–23 y 32. Disponible a través de Internet (http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/843_TiempoCostos%20ESP%2008.pdf). Entre las propuestas por la CCI, se encuentra precisamente que las partes presenten la totalidad del caso en una etapa temprana del procedimiento, lo que permitirá a éstas y al tribunal comprender las cuestiones principales y adoptar las medidas necesarias. Cuando la solicitud inicial de arbitraje y su contestación se encuentra suficientemente detallada, las partes y el árbitro podrán mantener una sesión preliminar –presencial o mediante conferencia telefónica– para poder configurar eficazmente el arbitraje.

“Acta de Misión” y en la primera orden de procedimiento⁷. Sin embargo, es frecuente que como al inicio del procedimiento las partes únicamente han formulado una breve solicitud de arbitraje y su contestación, el árbitro no cuente con información suficiente para poder definir con precisión las cuestiones litigiosas.

En otras ocasiones, las partes habrán sometido alegaciones iniciales más detalladas, pero la formulación de las reclamaciones y concreción de las cuestiones controvertidas puede ser confusa. En estos casos, las partes no podrán beneficiarse de la flexibilidad que ofrece el arbitraje y el árbitro estará obligado a recurrir a un modelo de procedimiento más o menos estandarizado, sin atención a las particularidades del caso concreto, que desconoce. Así, el árbitro evitará fijar una lista limitada de puntos litigiosos y recurrirá a una formulación amplia que le permita decidir todas las cuestiones fácticas y jurídicas que vayan desvelándose en el curso del procedimiento⁸. El resultado indeseable de todo ello es que las alegaciones de las partes cubrirán un sin fin de argumentos fácticos y jurídicos, y acompañarán numerosos documentos, informes o declaraciones, en muchos casos irrelevantes, con el consecuente impacto dilatorio y en costes, si las partes y los árbitros no logran posteriormente encauzar el procedimiento.

La libertad de las partes para configurar de común acuerdo las reglas del procedimiento y la discrecionalidad del árbitro al respecto, se encuentra limitada por las mínimas exigencias que impone el derecho a un proceso debido, incluyendo la igualdad de tratamiento de las partes y la salvaguarda de los principios de audiencia y contradicción, esencial para una resolución justa de todo litigio⁹. Asimismo, la economía procesal y eficacia del procedimiento constituyen principios rectores de todo arbitraje.

⁷ El art. 18 Regl. CCI requiere que “...tan pronto como reciba de la Secretaría el expediente, el Tribunal Arbitral...un documento que precise su misión...”. Este “Acta de Misión” identificará a las partes y a sus representantes, confirmará la sede del arbitraje y la ley aplicable, el idioma del procedimiento, la forma en que deban presentarse los escritos y documentos, o la forma en que se considerarán válidamente efectuadas las comunicaciones y notificaciones, así como cualquier otra regla que exija la naturaleza del arbitraje.

⁸ M.E. Schneider, “The Terms of Reference”, *The New 1998 ICC Rules of Arbitration Special Supplement, The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, noviembre, 1997, p. 26.

⁹ En España, el art. 24 CE consagra el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses, prohibiendo la indefensión. Se trata de un derecho que la casi totalidad de los Estados democráticos reconocen. En la esfera internacional, la DUDH (art. 10) y el PDCP de 1966 (art. 14) expresamente reconocen la universalidad de este derecho.

El principio de igualdad se materializa antes y durante el procedimiento arbitral. En primer lugar, todo acuerdo de las partes respecto al nombramiento de árbitros debe respetar el citado principio, de la misma manera que la sustanciación de las actuaciones debe conferir a una y otra parte igualdad de oportunidades y de trato, principalmente en la práctica de la prueba, en la posibilidad de formular alegaciones y en la fijación de plazos, de acuerdo con las exigencias del caso.

Los principios de audiencia y contradicción, sustancialmente idénticos en los sistemas anglosajones y continentales (bajo el concepto de *due process* o “proceso debido”) implican que cada parte tenga oportunidad suficiente o razonable para exponer su caso, lo que se traduce en la necesidad de que las alegaciones escritas sean recibidas dentro del calendario acordado y que se permita a las partes presentar pruebas y medios de defensa, así como acceder a toda la información presentada por la contraparte.

III. Argumentación jurídica y alegaciones escritas

El objetivo de todo abogado incluye la comunicación persuasiva de las pretensiones al tribunal arbitral¹⁰, lo que requiere de alegaciones que adopten un razonamiento lógico, así como de una estructura adaptada al objetivo de las pretensiones. Todo ello debe acompañarse de un lenguaje claro, preciso y neutro, en la explicación concisa y detallada de los hechos y fundamentos jurídicos primordiales¹¹.

Un escrito de alegaciones será convincente en la medida en que respete esquemas lógicos. La lógica es el procedimiento más riguroso para llevar a cabo el razonamiento jurídico, mediante el correcto encajamiento de proposiciones, explicación de los hechos, del Derecho y del enlace de hechos y Derecho. Este es ciertamente el esquema que sigue el abogado o el árbitro, ya sea en su demanda, contestación a la demanda o en el laudo. El abogado no defiende argumentos, porque lo que se pretende no es el triunfo de sus argumentos, sino la es-

¹⁰ D.J.A. Cairns, “Advocacy and the Functions of Lawyers in International Arbitration” (próxima publicación, 2010).

¹¹ D.J.A. Cairns explica que en arbitraje internacional existen diferentes virtudes del abogado en la presentación del caso, que se encuentran interrelacionadas: (i) la pericia jurídica o el conocimiento jurídico de la práctica arbitral en un marco internacional; (ii) la argumentación jurídica y la capacidad de formular proposiciones lógicas; (iii) la técnica en el interrogatorio de testigos y peritos; (iv) la expresión y la capacidad estructurar adecuadamente las alegaciones orales y escritas; (v) el comportamiento ético; y (vi) el tacto, que afina la presentación del caso.

timación de sus pedimentos¹². Por eso, en un arbitraje debe evitarse el debate puramente académico, acerca de cuestiones que no tengan relevancia directa con las pretensiones de las partes.

Pero el arte jurídico no se agota en la lógica, que no puede aplicarse sin más. En ocasiones, el razonamiento, por lógico que resulte, no permitirá llegar a una conclusión única, sino que ofrecerá diferentes resultados, a veces incluso contradictorios, por lo que será necesario adoptar diferentes decisiones que permitan una aplicación justa de las leyes. Ello implica recurrir a un juicio de inteligencia y voluntad, que no procede exclusivamente de la razón. Entra entonces en juego la argumentación jurídica, que nos ofrecerá las razones y argumentos a favor de una determinada pretensión. La Filosofía del Derecho se ha ocupado de elaborar diferentes teorías sobre la argumentación jurídica¹³, que coinciden en la importancia del auditorio que se pretende convencer. En el caso del arbitraje, ese auditorio será el tribunal arbitral.

Identificado el destinatario (el árbitro) es a él o a ella al que debe transmitirse las razones que sustentan la adhesión o rechazo de una pretensión. Ello se consigue mediante una presentación ordenada de los argumentos que exponga la tesis que se pretende demostrar, los hechos (y pruebas) que sustentan la pretensión, los fundamentos jurídicos aplicables y los argumentos con los que se subsumen los hechos en la norma. Por eso, es imprescindible establecer desde el principio una estructura adecuada, ya que ésta guiará al árbitro a lo largo de toda la presentación del caso, permitiéndole seguir la lógica adoptada por el abogado¹⁴.

En el proceso civil anglosajón, las alegaciones escritas de las partes son por lo general esquemáticas, fijando los hechos esenciales del litigio, sin prácticamente aludir a la prueba y al Derecho que fundamenta las pretensiones de la parte. Sin embargo, en los países de tradición romana, las alegaciones escritas de parte son mucho más extensas y establecen una relación detallada y cronológica de todos los hechos –en

¹² A. Hernández Gil, "Facetas lógicas en el razonamiento del abogado" *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches* (F.E. Rodríguez García, coord.), vol. I, México, UNAM, 1980, pp. 506–524.

¹³ *Vid.* Ch. Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Madrid, Civitas, 1979; R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; M. Atienza, *Las razones del Derecho: Teorías de la argumentación jurídica*, Madrid, 2003.

¹⁴ D.J.A. Cairns, "Advocacy and the Functions of Lawyers in International Arbitration", *loc. cit.*

relación constante a la prueba documental o pericial que acompaña al escrito— invocando los fundamentos jurídicos aplicables¹⁵.

La práctica arbitral revela que el contenido y extensión de estos escritos se asemeja a la tradición continental en cuanto a la extensión y detalle en la narración de los hechos, descripción de la prueba y su aplicación, y elaboración de los fundamentos jurídicos. La estructura interna del escrito no tiene por qué ajustarse al esquema tradicional de “hechos” y “fundamentos de derecho”, y en ocasiones las necesidades del caso aconsejará una estructura interna alternativa. En realidad, la estructura del escrito de alegaciones cobra una gran importancia en el arbitraje y constituye una auténtica herramienta de definición de los hechos y fundamentos jurídicos.

En general, no existen esquemas rígidos en cuanto a la línea de razonamiento y argumentación de las pretensiones, aunque normalmente el análisis de una cuestión litigiosa suele exigir la verificación de si los hechos pueden o no encuadrarse en la norma que se pretende aplicar. Por este motivo, toda argumentación jurídica requerirá la delimitación del contenido fáctico del litigio. Sin éste, resultaría imposible o muy difícil la aplicación de la norma en abstracto. Todo ello no afecta a la libertad para estructurar un escrito de alegaciones conforme a las necesidades del caso. Por ejemplo, en determinados arbitrajes que presentan complejos y extensos supuestos fácticos, de innumerable correspondencia cruzada entre las partes —principalmente, en materia de ingeniería y construcción— es posible que las partes elaboren un escrito troncal de alegaciones, eminentemente jurídico, que se acompaña de uno varios apéndices, en los que se va explicando de forma separada, detallada y escalonada, los hechos en los que se fundamentan las pretensiones y prueba documental de apoyo. Ello evita que la lectura del razonamiento jurídico quede diluida y el árbitro pierda el hilo argumental en un intento de comprender la totalidad de los hechos.

En la exposición de los hechos, el abogado deberá llevar a cabo una labor de síntesis detallada y cronológica. Ni las pruebas ni los argumentos jurídicos captarán la atención del árbitro, si éste no conoce suficientemente los hechos del litigio. En ocasiones, resulta de gran utilidad para el árbitro la inclusión de un apartado preliminar que sintetice la controversia entre las partes, seguido de un sumario de los epígrafes principales.

¹⁵ P.A. Karrer, “The Civil Law and Common Law Divide: An International Arbitrator Tells it Like He Sees It”, *Disp. Res. J.*, vol. 63, 2008, pp. 72, 75.

Finalmente, referirnos a la importancia del uso riguroso del lenguaje, que cobra además una especial relevancia en el arbitraje internacional, en el que frecuentemente sus participantes no comparten la misma lengua materna. Por eso, aunque el árbitro domine el idioma del arbitraje, es aconsejable prestar especial atención a la utilización de un lenguaje lo más neutro y desafectado, es decir, libre de expresiones puramente locales y de artificios innecesarios.

Toda narración jurídica debe ser “breve, clara y verosímil”¹⁶. Es breve la narración que, sin apartarse de la línea argumental, evita la acumulación de detalles innecesarios. Es cierto que existen arbitrajes que por el número de reclamaciones y naturaleza compleja de los hechos requieren una explicación detallada, lo que indudablemente tendrá repercusiones en la extensión de las alegaciones. En estos casos, es aconsejable una explicación previa y sumaria de los hechos. De especial importancia es la concordancia lógica del relato, que dará verosimilitud a los hechos narrados. Ello se consigue mediante el relato cronológico, pero también mediante la recapitulación de hechos al final de cada epígrafe o sección del escrito.

IV. Prueba documental

Las legislaciones nacionales y principales reglamentos arbitrales dejan al árbitro un amplio margen de discrecionalidad para admitir determinadas pruebas o rechazar aquellas que el árbitro considere irrelevantes. Esta libertad se justifica en la eficacia del procedimiento y la economía procesal.

No hay duda de que la documental constituye el principal medio de prueba, mientras que las declaraciones orales e interrogatorio de testigos y peritos pasan a un terreno secundario, prevaleciendo la fuerza probatoria del documento frente al testimonio¹⁷.

A efectos de organizar la presentación de la documental –y permitir que una y otra parte tenga la oportunidad de réplica– a falta de acuerdo entre las partes o disposición contraria en el reglamento arbitral, el árbitro exigirá que los escritos de alegaciones vayan acompañados de toda la prueba sobre la que se fundamenten los argumentos

¹⁶ F. Martineau, *Argumentación judicial del abogado*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 24–28.

¹⁷ P.A. Karrer, “The Civil Law and Common Law Divide...”, *loc. cit.*, explicando cómo los documentos revelan el “esqueleto” del “animal” que se pretende reconstruir, mientras que las declaraciones de testigos y peritos permiten revestir dicho esqueleto.

fácticos y jurídicos allí descritos, incluyendo declaraciones escritas de testigos e informes periciales, y toda otra prueba en cualquier formato. Asimismo, el árbitro podrá acordar que las declaraciones de testigos, informes periciales o cualquier otra prueba que se presente con posterioridad a los escritos iniciales de demanda y contestación, se limiten a responder o refutar la prueba previamente presentada por la contraparte, limitando de este modo la aportación de pruebas innecesarias, redundantes o impertinentes.

En la práctica, pueden producirse circunstancias excepcionales que justifican que el árbitro, en ejercicio de ese poder discrecional, decida admitir pruebas no presentadas con el correspondiente escrito de alegaciones. Estas circunstancias podrían justificar que se admita aquella prueba que no pudo presentarse en el momento procesal oportuno, siempre y cuando se respete la igualdad procesal y la posibilidad de observaciones por la otra parte. En todo caso, el árbitro conservará normalmente ese poder discrecional que indudablemente le permite admitir e incluso solicitar la producción de determinada prueba adicional.

En la casi totalidad de los procedimientos, se permite a las partes presentar documentos fotocopiados, teniéndose por auténticos y completos, siempre y cuando la otra parte no cuestione su autenticidad, en cuyo deberá aportarse el correspondiente original, pero la decisión sobre el valor probatorio de dicho documento será del tribunal, una vez escuchadas las partes.

Son frecuentes en el arbitraje internacional los procedimientos de *discovery* o de exhibición de documentos, normalmente ajenos a la tradición continental pero usuales en la cultura anglosajona. Su aplicación al arbitraje puede suponer una auténtica confrontación cultural¹⁸, por lo que deben preverse las normas aplicables desde el inicio del arbitraje, evitando de este modo que su puesta en marcha dilate el procedimiento u obstaculice el calendario previsto. En este sentido, volvemos a referirnos a las “Técnicas para Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje” propuestas por la CCI, que remiten al art. 3 de las Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional¹⁹.

¹⁸ B.M. Cremades, “Managing Discovery in International Arbitration”, *Disp. Res. J.*, Noviembre 2002 – Enero 2003), pp. 73–77.

¹⁹ Comisión de Arbitraje de la CCI, “Técnicas para controlar el tiempo y los costos en el arbitraje”, *op. cit.*, Párr. 54 y 55.

En general, la práctica arbitral revela un amplio margen de flexibilidad y discrecionalidad por parte del árbitro a la hora de ventilar solicitudes de exhibición de documentos que se encuentren en poder de la contraparte²⁰. En todo caso, los árbitros suelen exigir que la solicitud de exhibición de documentos identifique con suficiente precisión los documentos o categorías de documentos que se solicitan. Por eso, los documentos solicitados deben delimitarse a un periodo de tiempo determinado, indicando sus autores, remitentes y destinatarios (en el caso de correspondencia) de tal manera que pueda establecerse su eventual relevancia probatoria. Para ello el árbitro llevará a cabo un examen *prima facie* de dicha relevancia²¹, que es independiente del valor probatorio que se confiera a esos documentos en el momento procesal oportuno.

V. Audiencia

La celebración de una audiencia no es un requisito indispensable para que las partes vean satisfecho su derecho a un proceso debido. El principio de audiencia y contradicción no exige oralidad de las actuaciones arbitrales. Por eso, muchos reglamentos permiten a las partes y/o al árbitro acordar que el procedimiento se celebre exclusivamente en base a la aportación de pruebas documentales e informes escritos.²² Sin embargo, la regla general imperante en las legislaciones nacionales y reglas arbitrales es que la audiencia se lleve a cabo si una de

²⁰ B. Hanotiau, "Document Production in International Arbitration: A Tentative Definition of 'Best Practices'" – *2006 Special Supplement of the ICC International Court of Arbitration Bulletin*, p. 114. En el ámbito del arbitraje al amparo del Regl. CCI, los procedimientos de exhibición de documentos se llevarán a cabo atendiendo a la necesidad de llevar a cabo el arbitraje "en el plazo más breve posible" (art. 20.1º) dejando a los árbitros un amplio margen de discrecionalidad al respecto, siempre y cuando se respeten los principios igualdad, audiencia y contradicción (art. 15.2º). Además, el tribunal conservará en todo momento el poder discrecional "...para requerir a cualquiera de las partes para que aporten pruebas adicionales".

²¹ Y. Derains, "Towards Greater Efficiency in Document Production before Arbitral Tribunals—A Continental Viewpoint," *2006 Special Supplement of the ICC International Court of Arbitration Bulletin*, p. 114.

²² Por ejemplo, el art. 24.1º LMU prevé la regla general en arbitraje de que "salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes". Esta regla coincide con lo dispuesto en art. 15.2º Regl. Uncitral.

las partes lo solicita o el árbitro lo estima conveniente²³. Por lo tanto, la exposición oral por el abogado, en defensa de su cliente, sigue siendo considerado como un derecho generalmente aceptado, que debe ser respetado.

La audiencia se celebrará normalmente en la sede del arbitraje, aunque esto no es obligatorio. Los reglamentos de las principales instituciones normalmente permiten que esta se lleve a cabo en cualquier otro lugar que las partes o el tribunal estimen apropiado, en razón a costos, seguridad y posibilidades logísticas para su celebración²⁴. Incluso en aquellos casos en los que una de las partes exija que la audiencia se celebre en el lugar del arbitraje, los árbitros conservarán un amplio margen de discrecionalidad al respecto²⁵. En algunas ocasiones, la audiencia podrá efectuarse mediante conferencia telefónica o videoconferencia, lo cual es aceptable si el caso lo permite y el árbitro así lo estima.

Uno de los objetivos primordiales de la audiencia, junto a la práctica del interrogatorio de testigos y peritos, es ofrecer al tribunal una explicación convincente de la posición de las partes. Sin duda alguna, ello se consigue a través de la innegable eficacia del informe oral, que permite enfatizar y resaltar los argumentos fáctico-jurídicos de las partes, transmitiendo al tribunal toda la fuerza persuasiva que el informante sea capaz de desarrollar, lo que no siempre se logra con la frialdad de la escritura.

Normalmente, la audiencia abarcará todas las cuestiones litigiosas entre las partes. Varias alternativas son posibles en cuanto a su contenido: que se limite exclusivamente al interrogatorio de testigos y peritos; o que adicionalmente una y otra parte dispongan de varios periodos de tiempo para exponer ante el tribunal arbitral sus pretensiones y transmitir oralmente sus conclusiones. Una u otra opción dependerá de las necesidades del litigio y eficiencia del procedimiento.

²³ *Vid.*, *v.gr.*, arts. 20.6º Regl. CCI; 19.1º Regl. LCIA; 15.2º Regl. Uncitral; art. 25.4º Regl. Suizo de Arbitraje; y Regla 29 Regl. CIADI, entre otros.

²⁴ La práctica habitual es que el árbitro, previa consulta con las partes, fije las fechas de la audiencia, su estructura y duración. Su configuración dependerá de diversos factores, incluyendo: (i) el propio acuerdo de las partes (dentro de los límites fijados por las normas imperativas de la sede) y las disposiciones del reglamento arbitral aplicable; y (ii) la discreción del tribunal arbitral, que también se encuentra limitada, especialmente en lo que se refiere a la igualdad de las partes y respeto al proceso debido.

²⁵ *V.gr.*, el art. 14.2º Regl. CCI establece que "salvo que se haya acordado diversamente por las partes, y después de haberles consultado, el tribunal arbitral puede celebrar audiencias y reuniones en cualquier otro entorno que considere oportuno".

Durante la audiencia los árbitros escucharán a testigos y peritos, que pueden ser interrogados por las partes y por el propio tribunal. En los países anglosajones, hay una arraigada creencia en el testimonio de testigos, quizás por la dureza de las penas que comporta el delito de perjurio, ya que históricamente su proceso judicial era íntegramente oral y los documentos se introducían en el proceso por el testigo que los identificaba²⁶. En los ordenamientos jurídicos de Derecho continental, en los que tradicionalmente prevalecía la forma escrita, el principio de oralidad, prácticamente postergado en el próximo pasado, se ha revitalizado con las últimas reformas en las legislaciones procesales nacionales²⁷.

Es cierto sin embargo, que la distinción entre una y otra tradición sigue patente en la forma en que el abogado anglosajón y el letrado de tradición jurídica continental se dirigen al tribunal durante la celebración de una audiencia. Para el primero, la grabación de las manifestaciones expresadas cobra una gran importancia, aunque quizás algunos se excedan en la teatralidad de sus alegatos. El segundo, en cambio, busca la solidez de la argumentación fáctica y jurídica por encima del impacto que pueda causar su intervención. Ello no obstante, ambos supuestos no dejan de ser generalizaciones y como tal debe entenderse este comentario.

La práctica arbitral internacional revela, además, que los tribunales permitirán el testimonio oral de varios testigos, para que éstos sean interrogados por los abogados de ambas partes. Así, durante la audiencia, cada parte interrogará a sus propios testigos (*direct-examination*) pero también a los testigos designados por la contraparte (*cross-examination*). El interrogatorio exige una rigurosa técnica y entrenamiento, que sólo da la experiencia. La esencia de dicho interrogatorio no es sólo el contenido de la declaración, sino poner de manifiesto la credibilidad o no del testigo mediante un interrogatorio que principalmente requiere de una sólida presencia, dominio del lenguaje y velocidad de pensamiento del abogado que interroga²⁸.

²⁶ P.A. Karrer, "The Civil Law and Common Law Divide...", *loc. cit.*, p. 76.

²⁷ En España, la Ley de Enjuiciamiento Civil (1/2000, de 7 de enero) impuso la oralidad, frente a la forma escrita imperante hasta entonces, en las diferentes etapas del proceso civil, incluyendo la audiencia previa, el acto del juicio (en el que de forma concentrada se practica todas las pruebas) y el trámite de conclusiones (orales) que se lleva a cabo a continuación.

²⁸ En relación con las diferentes técnicas en materia de interrogatorio de testigos, *Vid.* B.M. Cremades y D.J.A. Cairns, "Cross-Examination and International Arbitration" (próxima publicación, 2010).

Una de las cuestiones más delicadas para el tribunal es tener que definir el tiempo del que dispondrá cada parte para llevar a cabo sus intervenciones, así como la propia duración de la audiencia. Por otro lado, la fijación de tiempos es precisamente uno de los principales puntos de desencuentro entre las diferentes tradiciones jurídicas. El abogado procesalista anglosajón, no está acostumbrado a límites estrictos de tiempo para formular oralmente sus alegaciones y realizar interrogatorios, y espera contar con todo el tiempo que resulte razonable para ello²⁹. Sin embargo, el abogado de tradición jurídica romana, suele enfrentarse en los tribunales de justicia a tiempos mucho más ajustados. En arbitraje, estos tiempos dependerán de la naturaleza del litigio, pero la práctica habitual es la flexibilidad y proporcionalidad por parte del tribunal.

El principio de igualdad no implica que ambas partes dispongan exactamente del mismo periodo de tiempo de intervención durante la audiencia. Puede que una de ellas vaya a interrogar a un testigo, mientras que la otra interroga a varios. En este ejemplo, ambas partes deben contar con la misma oportunidad para obviamente solicitar prueba testifical, pero ello no implica que ambas dispongan de periodos idénticos para llevar a cabo el interrogatorio³⁰.

En la práctica, el tribunal está investido de un amplio poder discrecional para interrogar a los testigos, peritos y partes, en cualquier momento³¹. El impacto mínimo que estas interrupciones del tribunal puedan tener en el curso de la audiencia se compensa con el valor que las preguntas de los árbitros representan para los abogados, si las utilizan como cuestiones a las que necesariamente se deba responder en las conclusiones (orales o escritas) y resumen de prueba. Este trámite de conclusiones ofrece la oportunidad a las partes de aclarar las cuestiones fácticas y jurídicas aludidas por el propio tribunal, por encima del mero resumen de las alegaciones y prueba practicada. Con razón se ha dicho que las mejores conclusiones no son aquellas que repiten las alegaciones de las partes, sino las que recurren a las preguntas formuladas por los árbitros durante la audiencia y colman los interrogantes pendientes de resolver.

²⁹ H.M. Holtzman, "Streamlining Arbitral Proceedings: Some Techniques of the Iran-US Claims Tribunal", *Arb. Int'l*, vol. 11, n.º1, 1995, pp. 39, 46-47.

³⁰ B. Hanotiau, "The Conduct of the Hearings", en L.W. Newman, R.D. Hill (eds.) *The Leading Guide to International Arbitration*, Nueva York, Juris Publ., 2004, pp. 269, 383.

³¹ El art. 21.3º Regl. CCI establece que el "...Tribunal Arbitral tendrá plena discreción de las audiencias...". *Vid.* también el art. 8.1º Reglas de la IBA en material de prueba, que reconocen el pleno poder discrecional del tribunal para organizar las audiencias.

Finalmente, indicar que salvo autorización expresa del Tribunal Arbitral, las audiencias no suelen estar abiertas al público o a personas ajenas al arbitraje. De hecho, los reglamentos de las principales instituciones arbitrales se refieren específicamente a la privacidad de las audiencias³². Por eso, cualquier persona que no participe en el arbitraje no puede, salvo acuerdo de las partes y el tribunal acceder a la audiencia. Asimismo, el tribunal arbitral puede requerir a los testigos y peritos para que no accedan a la sala hasta el momento de su interrogatorio, evitando que estén presentes en la audiencia durante el interrogatorio de los otros testigos o peritos. La práctica totalidad de reglamentos arbitrales confieren al árbitro un amplio poder discrecional al respecto³³.

VI. Función del árbitro

El árbitro está vinculado al acuerdo de las partes en el convenio arbitral. En virtud de este acuerdo, se encomienda al árbitro único o colegiado, que resuelva definitivamente las controversias previstas en el convenio arbitral. Para ello, el árbitro deberá escuchar a las partes, estudiar los escritos y analizar la prueba, para posteriormente emitir un laudo suficientemente motivado.

El árbitro desarrolla una actividad jurisdiccional, que distingue al arbitraje de otros métodos de resolución de controversias, como son la conciliación y la mediación, aparte de la vía administrativa y judicial. Tampoco es el árbitro un representante de la parte que le ha designado (en el caso de un tribunal colegiado) ni un negociador, ya que con el servicio que presta “zanja una controversia” “...en ejercicio de una potestad de *iuris dictio*...” pudiendo las partes “...obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil...”³⁴. Por eso, el ordenamiento jurídico reconoce a los árbitros una serie de derechos que les permite llevar a cabo esa potestad decisoria, pero también una serie de obligaciones y responsabilidades, para salvaguardar el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses³⁵.

³² *V.gr.*, el art. 21.3º Regl. CCI establece que “...salvo autorización del Tribunal arbitral y de las partes, las audiencias no estarán abiertas a personas ajenas al proceso”.

³³ *Vid.*, *v.gr.*, art. 21.3º Regl. CCI, que de forma implícita prevé ese poder discrecional al establecer que “...el Tribunal Arbitral tendrá la plena dirección de las audiencias...”.

³⁴ FJ 5º STC 62/1991 y FJ 3º STC 288/1993.

³⁵ Las principales legislaciones nacionales, convenios internacionales, reglamentos arbitrales y códigos de ética en el arbitraje se refieren al deber de los árbitros de: (i) actuar

La función primordial del árbitro es dictar un laudo que muestre el razonamiento que ha seguido para llegar a la decisión adoptada en el fallo. Lo normal es que el laudo refleje la estructura típica de cualquier resolución judicial, aplicando al supuesto de hecho concreto la consecuencia jurídica prevista en una norma que contiene un supuesto de hecho genérico³⁶.

Por ello, el laudo debe explicar con suficiente detalle los hechos probados, a los que deban aplicarse las normas jurídicas relevantes. No es necesario que el laudo efectúe una narración de los hechos con el mismo detalle que los escritos de las partes, ni tienen por qué citarse o explicarse en la decisión todos y cada uno de los documentos aportados durante el procedimiento. Es suficiente que el laudo se refiera exclusivamente a los hechos que, de la prueba practicada, en su conjunto, puedan considerarse probados. Indudablemente, ésta tarea requerirá de un análisis pormenorizado de la prueba practicada, tarea que indudablemente se verá facilitada por la labor llevada a cabo por el abogado durante el arbitraje.

La presentación de documentos conforme a una sistemática ordenada, evitando presentar duplicados u otros documentos innecesarios, ayudará al árbitro en su tarea de esbozar los fundamentos de hecho. El árbitro recurrirá a la estructura ofrecida en los escritos para reconstruir los hechos del litigio, y se servirá de los índices facilitados para identificar los documentos esenciales del caso. Además, el árbi-

con imparcialidad e independencia; (ii) resolver la controversia y emitir un laudo motivado; (iii) llevar a cabo su misión en plazo, actuar de buena fe y con la diligencia debida; (iv) hasta el final del procedimiento, sin renuncia injustificada; (v) salvaguardando la confidencialidad del arbitraje. Frente al incumplimiento de estos deberes, el árbitro podrá responder civil –ante las partes, la institución arbitral los abogados, expertos, testigos o terceros, si ha mediado mala fe, temeridad o dolo– o penalmente. Adicionalmente, el propio mercado y las instituciones llevan a cabo una actividad de control, respecto a aquel árbitro que no respete los mencionados deberes.

³⁶ M. Atienza, *Las razones del Derecho...*, op. cit. Vid. Aristóteles, *Tratados de Lógica (El Organón)*, trad. F. Larroyo, 10ª ed., México, Porrúa, 2001. El razonamiento deductivo expuesto por Aristóteles parte de principios para llegar a las consecuencias, siendo la consecuencia una conclusión lógicamente vinculada al principio del que es consecuencia. Para Aristóteles, el razonamiento deductivo tomaba la forma del silogismo como soporte para la aplicación general del Derecho. El silogismo está compuesto por tres proposiciones y tres términos: la primera “proposición” es la “mayor”, la segunda proposición es la “asunción” o “menor” y la tercera se denomina la “conclusión” o “consecuencia”. Las dos primeras proposiciones (o juicios) se denominan premisas porque se presentan como las primeras en el orden del razonamiento y llevan aparejada la conclusión después de ellas. La primera de las proposiciones o la mayor establece el principio jurídico; y la segunda, “asunción” o “menor” contiene el “supuesto de hecho” al que puede aplicarse la “consecuencia” jurídica o conclusión.

tro retendrá mentalmente la estructura de los escritos para reconstruir el esqueleto fáctico del litigio, que completará con el resultado de la prueba practicada. En este sentido, la grabación de la audiencia constituye una herramienta muy efectiva para aclarar cuestiones no resueltas en las alegaciones de las partes.

En cuanto los fundamentos jurídicos del laudo, el árbitro recurrirá a la lógica, aplicando las consecuencias previstas en la norma al supuesto de hecho concreto. Esta tarea requiere del conocimiento de la ley aplicable, pero el abogado debe procurar instruir al árbitro en todas las particularidades jurídicas del caso y facilitar al tribunal los materiales jurídicos relevantes, incluyendo legislación, jurisprudencia y doctrina. No obstante, el tribunal seguirá su propio razonamiento jurídico, que en gran medida se basará en esquemas lógicos en la aplicación de las normas. Por eso, cuanto más lógica haya sido la argumentación jurídica expuesta por las partes, más profundo y conciso será el razonamiento jurídico del laudo, ya que en este caso los árbitros contarán con dos propuestas sólidas que contrastar.

En la práctica arbitral internacional son frecuentes los casos en los que no existe una única consecuencia jurídica prevista al supuesto de hecho concreto. En otros casos, la propia ley aplicable puede llevarnos a resultados aparentemente contradictorios. Por eso, abogados y árbitros frecuentemente recurren, de forma complementaria a la norma aplicable, a principios universalmente aceptados – aunque no expresamente mencionados en el ordenamiento jurídico del caso– como soporte adicional de sus pretensiones. En realidad, el arbitraje requiere de una gran versatilidad de sus participantes y capacidad de adaptación a culturas jurídicas diversas, pudiendo recurrir a fórmulas que respondan a una concepción globalizada del razonamiento jurídico. Así, la insuficiencia del Derecho nacional, en ocasiones, para responder y adaptarse a la especificidad de algunas transacciones internacionales, ha dado lugar al llamado Derecho transnacional, incluyendo la *lex mercatoria*, el denominado *soft law* y la doctrina internacional.³⁷ Se trata de un conjunto de normas o textos jurídicos de carácter no vinculante, que en realidad ejercen una importante influencia, aunque no decisiva, en el arbitraje internacional.

³⁷ J.C. Fernández Rozas, *Ius Mercatorum: Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, Consejo Superior del Notariado, 2003.

VII. Conclusiones

La función primordial del árbitro es dictar un laudo vinculante respecto de aquellas controversias que las partes le han sometido. Su función incluye llevar a cabo el procedimiento de la forma más eficaz y eficiente posible, de conformidad con el acuerdo entre las partes, las disposiciones del reglamento arbitral aplicable o, discrecionalmente, dentro de las facultades y límites establecidos por las normas imperativas de la sede.

El árbitro ofrecerá siempre la oportunidad de acoger las pretensiones de las partes de la forma más rápida y efectiva, sin trámites procesales innecesarios. La elaboración del laudo constituye la esencia del ejercicio de la función arbitral. El árbitro no es ni un mediador ni un conciliador. Su función primordial, eminentemente jurisdiccional, radica en la emisión de un laudo vinculante y con fuerza de cosa juzgada, basado en premisas de argumentación jurídica, solo impugnables en muy excepcionales supuestos.

El arbitraje constituye un medio privado de resolución de controversias distinto del proceso judicial, y que requiere de una técnica específica tanto por parte del abogado como del árbitro. Dentro de un amplio margen de libertad y flexibilidad, las partes y los árbitros pueden diseñar el procedimiento conforme a la naturaleza del litigio. Esta libertad y flexibilidad del arbitraje es lo que quizás constituye uno de sus máximos atractivos. Además, la neutralidad que este tipo de procedimientos ofrece, hacen del arbitraje el mecanismo idóneo para la resolución de controversias de naturaleza internacional.

Esta libertad se ha visto acompañada de la progresiva deriva hacia una creciente globalización y estandarización de los procedimientos. La tradicional distinción entre el abogado de tradición jurídica anglosajona y el de la tradición romana continental europea, es ya un hecho superado, al menos en cuanto al arbitraje se refiere, por cuanto el futuro se orienta en la dirección de una formación jurídica globalizada, como consecuencia de la exigencia de los propios procedimientos arbitrales, lo que ha hecho del arbitraje un vínculo de aproximación creciente entre las diversas tradiciones jurídicas.

En este contexto, el abogado versado en arbitrajes internacionales, recurrirá a la libre argumentación jurídica, en ese marco globalizado del que hablamos, como instrumento de canalización de sus argumentaciones jurídicas, en un contexto de Derecho eminentemente internacional que exige amplios conocimientos legales, en distintos

ordenamientos jurídicos y países diversos, y por supuesto flexibilidad intelectual y prudencia; tacto y respeto en el marco de la polémica suscitada. Consecuentemente, el ejercicio de la función arbitral es ajeno a las formalidades y esquemas rígidos típicos del proceso judicial continental. Por tanto, el arbitraje está más cercano a la filosofía jurídica del mundo anglosajón que a los rígidos principios legales continentales.

Esta concepción globalizada del arbitraje sigue siendo una de sus características más importantes e innovadoras, superando en mucho a la estricta aplicación normativa de los procedimientos judiciales ordinarios del territorio continental. Al amparo de esta flexibilidad normativa, el tribunal arbitral puede seguir la línea jurídica argumental de legislaciones, decisiones o principios ajenos a la ley formalmente aplicable, si lo considera pertinente, salvaguardando las disposiciones de la ley nacional o internacional aplicable. Todo ello constituye una capacidad “revolucionaria” en el ámbito jurisdiccional, que convierte al arbitraje en un instrumento de singular valor en la resolución de controversias.

RESUMEN: El arbitraje requiere de una técnica específica de argumentación jurídica, por parte del abogado y del árbitro. El objetivo de todo abogado incluye la comunicación persuasiva de las pretensiones al tribunal arbitral, lo que requiere de alegaciones que adopten un razonamiento lógico, así como de una estructura adaptada al objetivo de las pretensiones. Otras funciones primordiales del abogado incluyen la exposición oral del caso y el interrogatorio de expertos y testigos. Desde el punto de vista del árbitro, su función primordial es dictar un laudo que resuelva definitivamente las controversias que las partes le han sometido. El árbitro debe además permitir que el procedimiento se lleve a cabo de forma eficaz y eficiente, de conformidad con el acuerdo entre las partes, el reglamento arbitral aplicable o, discrecionalmente, dentro de las facultades y límites fijados por las normas imperativas de la sede. Pero la libertad y flexibilidad del procedimiento hacen del arbitraje un mecanismo de resolución de controversias mucho menos predecible que el proceso judicial, lo que requiere de una adecuada especialización por parte del abogado y del árbitro.

PALABRAS CLAVE: ARBITRAJE – ABOGACÍA – ARGUMENTACIÓN – LÓGICA – PROCEDIMIENTO.

ABSTRACT: Arbitration requires specific advocacy skills from counsel and the arbitrator. The essence of advocacy is the persuasive communication of a party's case to the arbitrator. This is partly achieved through effective, logical and well-structured pleadings and attached exhibits. Also, the oral presentation of the case and the interrogation of witnesses and experts are among the main roles of an advocate. From an arbitrator's point of view, his or her role is to resolve disputes that the parties have agreed to submit to arbitration, rendering a final and binding award; and to conduct the proceedings in an efficient and effective manner, in accordance with the parties' agreement, the provi-

sions of the arbitration rules or discretionally, within the limits of the applicable mandatory laws. This flexibility makes of arbitration a less predictable dispute resolution mechanism, in comparison with ordinary law courts and requires a thorough specialization from counsel and arbitrator.

KEYWORDS: *ARBITRATION – ADVOCACY – REASONING – LOGIC – PROCEEDINGS.*