

Discovery arbitral: un efecto de la mundialización en el Derecho arbitral

Gonzalo STAMPA*

Moscardó & Stampa. Madrid

Sumario: I. Diferentes aproximaciones al *discovery* arbitral. II. Principios informantes del *discovery* arbitral. III. Requisitos procedimentales para la concesión del *discovery* arbitral. 1. Sobre el momento y la instrumentación del *discovery* arbitral. 2. Sobre los comportamientos procedimentales de las partes: A) Supuestos de oposición frontal a la petición de *discovery* y sus eventuales consecuencias; B) Supuestos de colaboración parcial; C) Supuestos de colaboración total. 3. Sobre la conducta del árbitro ante la tramitación del incidente de *discovery* arbitral. 4. Sobre el contenido y la forma de las resoluciones adoptadas. IV. Conclusión.

I. Diferentes aproximaciones al *discovery* arbitral

1. “...No basta la sustancia, también se necesita la circunstancia...”¹. La progresiva utilización forense del *discovery* arbitral como un mecanismo probatorio autónomo² constituye un aspecto novedoso del procedimiento arbitral; ratifica su paulatina aceptación por las partes y por los colegios arbitrales como instrumento eficaz para la determinación sustantiva de la controversia planteada. Una utilización pendiente aún de determinar tanto sus fundamentos teóricos, como sus pautas de aplicación forense; ambos, elementos esenciales para proporcionar la seguridad jurídica en la que el procedimiento arbitral basa su aceptación como mecanismo de resolución de controversias y que, hasta el momento, han estado dispersos o han sido parcialmente abordados.

* Dr.Iur. (Universidad Complutense Madrid); LL.M. (University of London); Licenciado en Derecho (Universidad Complutense Madrid); Abogado; Socio fundador, Moscardó & Stampa. Madrid.

¹ B. Gracián, *El arte de la prudencia*, Madrid, Ed. Temas de Hoy, 1993, p. 8.

² S. Barona Villar (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Thomson-Civitas, 2005, p. 919; J.M. Chillón Medina y J.F. Merino Merchán, *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1991, pp. 886–889.

2. El arbitraje reconoce a las partes su facultad para estructurar conjuntamente el desarrollo de su procedimiento ante un tribunal arbitral en torno a tres trámites básicos³: (a) la etapa de alegaciones, donde las partes exponen sus respectivas posiciones litigiosas; (b) la etapa de prueba, donde los esfuerzos de las partes se concentran en (i) demostrar con su práctica la existencia y veracidad de los hechos litigiosos previamente alegados en favor de sus respectivas pretensiones y en (ii) refutar las alegaciones y fundamentos sostenidos de adverso; y (c) la etapa de conclusiones, donde las partes analizan los hechos alegados y los fundamentos de derecho invocados, relacionando ambos con el resultado de la prueba practicada durante el procedimiento arbitral y elevando así a definitivas sus pretensiones litigiosas iniciales. Concluido el desarrollo de estas tres fases, el tribunal arbitral debe tener ante sí suficientes elementos de convicción como para configurar su opinión decisoria: el laudo.

3. Dentro de la fase probatoria y basándose en su carácter esencialmente disponible, las partes están legitimadas para adoptar aquellos acuerdos –globales o puntuales– que estimen convenientes sobre el objeto, el alcance y los criterios de admisión y práctica de los medios probatorios de los que intenten servirse en sustento de sus respectivas pretensiones litigiosas.

³ S. Barona Villar (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid. Thomson-Civitas. 2005, pp. 917 y 918; S. Álvarez González, en *Comentarios a la Ley de Arbitraje: Ley 36/1988, de 5 de Diciembre* (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, dir.), Madrid, Tecnos, 1991, p. 335; L.A. Cucarella Galiana, *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje)*, Studia Albornotiana, vol. 87. Bolonia. Publicaciones del Real Colegio de España. 2004, p. 142; V. Guilarte Gutiérrez (dir.), *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Valladolid, Lex Nova, 2004, p. 446; A. Gullón Ballesteros, “Algunos problemas que suscita la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1989, p. 1044; F. Pantaleón Prieto, “Estudios de Legislación: Notas sobre la nueva Ley de arbitraje”, *La Ley: Revista Semanal de Legislación*, 1989, p. 49. Ley Inglesa de Arbitraje de 1996, Sección 1 (b): “...Las disposiciones de esta Parte se basan en los principios siguientes, y se interpretarán en consecuencia: [...] (b) las partes tendrán plena libertad para acordar el modo en que deben resolverse sus diferencias, sujeta a la observancia del interés público...”, en M. Hunter y T. Landau, *The English Arbitration Act 1996 – Texts and Notes*, La Haya, Kluwer, 1998, pp. 269–359. Cf. *Pantehniki S.a. Contractors & Engineers v. República de Albania* (Caso Ciadi No Arb/07/21). Laudo de 30 de julio de 2009, en <http://icsid.worldbank.org>: “...103. This case shows that competent lawyers on both sides of an investor–state dispute are able to represent their clients ably and efficiently without incurring vast expense. The Claimant seeks reimbursement of Eur 154,523; Albania’s corresponding claim is Eur 269,657. These amounts are but fractions of cost claims submitted in other Icsid cases. Yet the written and oral presentations were highly competent. Counsel are to be commended for setting such an example...”.

De ser así y siempre que el contenido de tales acuerdos sea lícito, los árbitros devienen obligados –con ciertos límites procedimentales básicos– a respetar el deseo de los contendientes, admitiendo la prueba así propuesta por éstos –a través de sus asesores– y limitándose entonces a ejecutar su práctica, de conformidad con el contenido de tales acuerdos. En su ausencia, las legislaciones y los reglamentos arbitrales vigentes reconocen además facultades básicas a los árbitros⁴ para la dirección de la práctica probatoria dentro del procedimiento arbitral. Concebidas como instrumentos legales de mínimos, estas facultades legitiman a los árbitros en tales supuestos para valorar la pertinencia de la prueba propuesta por los litigantes y para impulsar, eventualmente, su práctica.

Así, se pretende garantizar en todo momento el desarrollo eficaz del procedimiento arbitral, aunque teniendo siempre en cuenta la advertencia de Guasp, quien ya apuntaría certeramente que “...la prueba no deja de suscitar dificultades en un arbitraje...”⁵. Dificultades acaso provocadas por la concurrencia en este único supuesto de la doble perspectiva, característica de todo procedimiento arbitral: (i) la de las partes contendientes del arbitraje y (ii) la de los terceros, ajenos al procedimiento arbitral, pero no obstante afectados por la actividad probatoria practicada en el mismo. El *discovery* arbitral es una realidad forense, cuyo contenido –analizable desde ambas perspectivas complementarias– proporciona conclusiones cualitativas y procedimentales relevantes.

4. En línea con la argumentación expuesta, la aplicación práctica del *discovery* arbitral depende directamente de la voluntad de las partes contendientes; a ellas, se circunscriben sus efectos.

⁴ El desempeño adecuado de la función arbitral depende del reconocimiento de –al menos– tres de los cuatro poderes necesarios para desarrollar la función jurisdiccional encomendada por las partes firmantes del acuerdo arbitral: (i) el poder de decisión, por el que se reconoce a los árbitros la competencia para dictar laudos y otras resoluciones procedimentales, resolviendo el asunto libremente sometido a su decisión por las partes mediante la suscripción del acuerdo arbitral y ordenando adecuadamente el procedimiento; (ii) el poder de ejecución de tales resoluciones, limitado exclusivamente a las partes del arbitraje; y (iii) el poder de documentación, concebido como la capacidad de recopilar, solicitar y practicar las pruebas que un árbitro estime convenientes para resolver el fondo de la controversia planteada por las partes.

⁵ J. Guasp, *El arbitraje en el Derecho español (Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953)*, Barcelona, Bosch, 1956, p. 159. M. Pellompää & D. Caron, *The Uncitral Arbitration Rules as Interpreted and Applied*, Helsinki, Finnish Lawyer's Pub, 1994, p. 470.

Así se entiende, por un lado, que el poder de documentación articule la facultad reconocida a todo tribunal arbitral para requerir de las partes del arbitraje la aportación al procedimiento de pruebas documentales esenciales. La declaración de pertinencia o de impertinencia de esta solicitud por el árbitro dependerá, en gran medida, de la sistematización doctrinal adecuada de los principios inspiradores del funcionamiento del *discovery* arbitral, válidamente aceptados en la práctica.

Por otro lado, requerida una de las partes del procedimiento para poner elementos probatorios a disposición del tribunal arbitral o de la parte contraria solicitante de tal documentación, se impone la determinación de las consecuencias derivables de su inacción ante los requerimientos recibidos⁶. Actitud renuente que podría generar eventuales consecuencias en cuanto a la valoración final por el tribunal arbitral de la prueba requerida y no aportada⁷.

5. Desde la perspectiva del tribunal arbitral, supuestos como el que aquí se describe están afectados por el principio de relatividad contractual⁸, relacionado con la ausencia de *imperium* o poder de coer-

⁶ La doctrina de la carga dinámica de la prueba permite derivar presunciones de la conducta procedimental exhibida por las partes durante la contienda arbitral. Cf. art. 29.6º Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid; art. 30.6º Reglamento de Arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje y Equidad (AEADE) y art. 23.2º Reglamento de Arbitraje de la Corte Española de Arbitraje.

⁷ Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, art. 29.6º y otros. *African Holding Company of America, Inc. et Société Africaine de Construction au Congo S.a.r.l. v. La République Démocratique du Congo* (Caso Ciadi No Arb/05/21). Laudo parcial sobre jurisdicción, de 29 de julio de 2008, párrafos 26 a 31, en <http://icsid.worldbank.org/ICSID>.

⁸ Principio que circunscribe los límites subjetivos de la efectividad de los derechos y obligaciones derivados de los contratos a aquellas personas que intervinieran en su otorgamiento. En este sentido conviene destacar el contenido del Segundo Considerando de la STS 9 de febrero de 1981, en el cual este Alto Tribunal delimita que "...los términos claros, terminantes y expresos del citado art. 1257 del Código sustantivo, en su párr. 1.º, no deja lugar a dudas acerca del principio de relatividad contractual que en él se proclama, en cuanto a los límites subjetivos en relación con la efectividad de los derechos y obligaciones que nacen de todo contrato, de tal modo que el rango de ley que el art. 1091 de mencionado Cuerpo legal le atribuye se construye exclusivamente, según este precepto y el art. 1257 del mismo, a las partes contratantes o, en su defecto, a sus herederos, de tal suerte que, en general, no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento y, por ello, los derechos y obligaciones que han de ser declarados en todo pleito promovido para el cumplimiento de un contrato, sólo han de afectar a los litigantes conforme a las relaciones jurídicas contraídas entre ellos, y así lo tiene declarado constante jurisprudencia en sentencias de esta Sala, entre otras, de 12 de noviembre de 1960, 3 de junio 1967, 23 de diciembre de 1969, 25 de abril de 1975 y 15 de junio de 1978...". Un criterio jurisprudencial recogido posteriormente en el Fundamento Jurídico Tercero de la

ción del árbitro; una limitación característica de la institución arbitral, que constituye un obstáculo procedimental añadido para el desempeño eficaz de la función arbitral. La superación de sus efectos impone la articulación de aquellas medidas procedimentales necesarias para garantizar la eficacia de la función arbitral; especialmente, en aquellos supuestos –asimismo, frecuentes– en los que tales requerimientos de aportación o exhibición documental se dirijan a terceros ajenos al procedimiento arbitral.

6. Tales límites afectan desarrollo de la fase probatoria arbitral, en tanto que su eficacia dependerá de una exacta delimitación de las respectivas funciones de árbitros y de jueces de auxilio.

Su existencia obliga al legislador a deslindar simultáneamente tanto las competencias de árbitros y jueces en la atribución del control de la prueba propuesta en el arbitraje, como los mecanismos de cooperación disponibles entre ambas instituciones jurídicas para garantizar su eficaz funcionamiento⁹. Regulación que exige compaginar los principios de disponibilidad de la materia y de relatividad contractual del arbitraje, con el principio de intervención judicial mínima de todo juez ordinario que –a instancia de las partes o del tribunal arbitral– deba desempeñar funciones de apoyo al desarrollo del arbitraje en cualquiera de las diversas etapas en las que se estructura¹⁰.

Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo español, dictada en fecha 15 de marzo de 1994. Un criterio jurisprudencial ratificado –en idéntico sentido– por la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo español, de fecha 1 de junio de 1999; por la Sentencia de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 28 de junio de 2000; por la Sentencia de la Sección Decimocuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 21 de noviembre de 2001 y por la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Baleares, de fecha 16 de enero de 2001.

⁹ Delimitación sobre la base de cuyo desarrollo se viene consolidando una tendencia por virtud de la cual se concibe al juez como un apoyo indispensable para dotar el funcionamiento del arbitraje de la necesaria seguridad jurídica. Cf. J.C. Fernández Rozas, “Le rôle des juridictions étatiques devant l’arbitrage commercial international”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, t. 290, 2001, pp. 38–41; *id.*, “La colaboración entre jueces y árbitros como presupuesto de una cultura arbitral”, en J.C. Fernández Rozas, *La nueva Ley de Arbitraje*. Colección Estudios de Derecho Judicial, n° 102. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2006, pp. 96–104; *id.*, “Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia”, *Derecho Privado y Constitución*, n° 19, enero–diciembre 2005, pp. 55–91.

¹⁰ F. Mantilla–Serrano, *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid. Iustel. 2005, p. 29: La calidad de toda regulación arbitral se determina por la existencia de cinco elementos fundamentales en su articulado: (i) la definición de los requisitos sobre la validez y eficacia del acuerdo arbitral; (ii) el respeto al principio de la autonomía de la voluntad de las partes; (iii) la concesión de amplios poderes procedimentales a los árbitros

Una convivencia, por lo tanto, compleja, ya que su objeto consiste en suplir las carencias puntuales de las que pueda adolecer el ejercicio del poder de documentación del árbitro, sin invadir injustificadamente sus competencias exclusivas sobre la valoración de la pertinencia de la prueba propuesta en el procedimiento arbitral.

7. De esta forma, el juez de auxilio adquiere una progresiva relevancia tanto en el desarrollo del procedimiento arbitral, como en la consolidación de cualquier sede que aspire a detentar una posición relevante en este complejo mercado jurídico.

La elección de la sede arbitral puede resultar del acuerdo de las partes contendientes o de la designación de las instituciones arbitrales al amparo de cuyo reglamento los litigantes pretendan desarrollar el procedimiento. Pero, con independencia del mecanismo elegido para tal determinación, partes e instituciones concernidas analizan la dotación real de medios ofrecidos por el ordenamiento jurídico identificado para proporcionar un eficaz y puntual auxilio judicial¹¹ al procedimiento arbitral, sin invadir innecesariamente competencias exclusivas de los árbitros en materia probatoria.

En aquellos supuestos en los que, además de la controversia, concurren conexiones internacionales, partes e instituciones arbitrales tienden a seleccionar aquellas sedes arbitrales radicadas en ordenamientos jurídicos conocedores de la esencia del arbitraje; tolerantes con la flexibilidad característica de sus procedimientos, derivada de su teórico diseño responsable por las partes contendientes¹²; capaces,

en el desarrollo de sus funciones; (iv) la delimitación precisa de la intervención judicial del arbitraje; y (v) la garantía de la intangibilidad del laudo arbitral.

¹¹ P. Sanders, *International Encyclopædia of Comparative Law*, Chapter 12: Arbitration, Martinus Nijhoff, 1996, p. 48.

¹² Tal flexibilidad está consagrada en aquellos ordenamientos jurídicos basados en sistemas de Derecho civil, dotados de una legislación arbitral moderna. Legislación bien inspirada para su elaboración en los principios de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de Uncitral, de 21 de junio de 1985 (modificada en 2006), bien resultante de la transposición directa de tales disposiciones a su legislación nacional. Su art. 20 revela así su influencia armonizadora en este concreto aspecto. En torno a este precepto se desarrolla en la actualidad una incipiente corriente doctrinal preocupada por delimitar la diferencia entre lugar físico –en cuanto que de ubicación o celebración– y lugar jurídico –sede– del arbitraje. Por el momento, la tendencia mayoritaria se inclina por establecer que este último –el lugar jurídico– determine tanto la aplicabilidad subsidiaria de la *lex arbitri* como –lo que es más importante a efectos del auxilio en materia probatoria– el fuero judicial. Cf. M. Olivencia Ruiz, “El lugar del arbitraje”, *Arbitraje*, vol. I, n° 2, 2005, pp. 335–361, esp. p. 342; *id.*, “Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral”, *Lima Arbitration*, n° 2, 2007, pp. 25–62; P. Perales Viscasillas, “Place of Arbitration (Article 16) and Language of Procee-

en definitiva, de proporcionar a los usuarios del arbitraje una excelsa calidad técnica, asentada en la eficacia de las decisiones judiciales adoptadas con motivo del adecuado desempeño de las funciones propias del auxilio judicial, entre las que se incluye el ejercicio del *discovery* arbitral. Un instrumento probatorio que nos proporciona, en consecuencia, un conjunto de conclusiones cualitativas, condicionadas por el resultado de las políticas legislativas nacionales que se adopten en el desarrollo del arbitraje en cada jurisdicción.

8. La prueba constituye el alma del proceso¹³. En toda controversia pautada –sea arbitral o judicial– concurren dos elementos esenciales y diferenciados: por un lado, un hecho principal discutido, que exige la demostración adecuada de su existencia o la refutación de su inexistencia; por otro lado, una actuación probatoria, instrumental para demostrar frente al tercero dirimente la veracidad o la falsedad del hecho principal. La prueba es el instrumento del que se sirven las partes para conseguir que, durante el desarrollo de esa controversia, un hecho supuestamente verdadero –fundamento de una pretensión litigiosa– devenga en elemento de convicción para el decisor acerca de la existencia o de la refutación de otro hecho discutido. La convicción del decisor –sea juez, sea árbitro– resultará de la maestría y de la responsabilidad exhibida hasta entonces por las partes contendientes en “...el arte de administrar las pruebas...”¹⁴. El Derecho consuetudinario anglosajón y el derecho civil coinciden en identificar el objetivo primordial de la práctica de la prueba por las partes contendientes en la averiguación y determinación de los hechos litigiosos discutidos; difieren, sin embargo, en su alcance.

9. El desarrollo del proceso civil continental pretende resolver eficazmente la disputa planteada por las partes ante el juez. Para tal fin, las partes centran sus esfuerzos procesales en imponer su versión frente a la contraria. La prueba deviene así en un vehículo de convic-

dings (Article 17) in the Uncitral Arbitration Rules: some Proposals for a Revision”, *Croatian Arb. Yearb.*, vol. 13, 2006, pp. 205–222.

¹³ Definición atribuida al Profesor Roger Perrot, pronunciada durante la celebración del VII Congreso Internacional de Derecho Procesal celebrado en Würzburg (Alemania) en septiembre de 1983, donde el derecho a la prueba fue uno de los tres asuntos tratados en sesión plenaria.

¹⁴ J. Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales*, Granada, Comares, 2001, p. 6. Si nos atenemos a la acepción contenida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la tramitación adecuada de un incidente de *discovery* arbitral constituye un arte, basado en el conocimiento y en la aplicación de un conjunto de preceptos y reglas. Arte exigible, por igual, a todos los intervinientes en el procedimiento arbitral.

ción del juzgador en el que prevalece su utilización relativista, como un instrumento de persuasión retórica; como una herramienta procesal dirigida por las partes a proporcionar al juzgador suficientes elementos de convicción para demostrar la veracidad y la existencia procesal de los hechos controvertidos, en detrimento de la averiguación de su veracidad material¹⁵. Predominio que provoca una señalada dicotomía entre verdad formal y verdad real; conceptos no siempre coincidentes, en tanto que la versión se impone sobre la verdad real, acabando en la determinación de una verdad jurídica, que, en ocasiones, se contrapone con la certeza propia del Derecho¹⁶.

10 El proceso civil anglosajón persigue la determinación exhaustiva de la veracidad de todos los hechos acontecidos en la disputa planteada; incluso, de aquéllos sustantivamente irrelevantes para discernir la controversia¹⁷.

Su concepción –influida por la epistemología material– concibe la verdad como el objetivo único y último de toda actividad decisoria. Una concepción empírica que exige a las partes demostrar ante el juez la veracidad material –no, jurídica– de los hechos litigiosos, asumiendo incluso el riesgo de que las circunstancias que finalmente se revelen como ciertas tras su práctica puedan perjudicar la posición procesal de la parte que las relate. Así, la estrategia forense en los procesos influenciados por esta concepción probatoria se concentra en la exposición sucinta o completa de los hechos litigiosos, conciliando en todo momento los principios de lealtad y buena fe proce-

¹⁵ M. Taruffo, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 28 ss.

¹⁶ L. Battistelli, *La mentira ante los tribunales: fragmentos y apuntes de psicología y psicopatología judicial. Extractos de dictámenes psiquiátricos*, Bogotá, Temis, 1984; M. Taruffo, "Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa", *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 26, 2006, pp. 250–271, esp. p. 263: "... si se parte de una concepción en la que no importa la calidad de la decisión que concluye el proceso, ya que los valores y las exigencias que se toman en consideración prescinden completamente de ella, puede obtenerse como conclusión que la determinación de la verdad de los hechos tiende a considerarse como una cuestión prescindible, como un objetivo imposible de alcanzar o incluso como una eventualidad desagradable y contraproducente...".

¹⁷ Basada en un conocimiento exhaustivo de los hechos discutidos; conocimiento que deberá articularse en igualdad de condiciones procesales para todas las partes litigantes, con la finalidad de que, precisado su contenido y siempre que las partes los sometan al Juez como litigiosos, sus abogados puedan entonces formular las conclusiones jurídicas pertinentes derivadas de su análisis, en sustento de sus respectivas pretensiones litigiosas. Conclusiones sobre cuyo fundamento se pronunciará el Juez en su sentencia.

sal¹⁸, como expresión de un derecho fundamental no escrito al debido proceso.

Es una verdad real, derivada de la aceptación por el juzgador como verdadero sólo de aquel presupuesto fáctico cuya existencia haya sido comprobada en un mundo independiente al proceso judicial. Es una verdad reconstructiva, en tanto que la realidad sólo se corresponde con la veracidad de la descripción y existencia de los hechos; no, con la versión de las partes proporcionada durante el proceso en sustento de sus respectivas posiciones litigiosas. Es una verdad material, ya que juzgador y partes conocen el riesgo de que la relación de hechos declarados como probados sea eventualmente falsa; una posibilidad que, por razones culturales, deben esforzarse por evitar durante el desarrollo del proceso.

Principios esenciales sujetos, no obstante, a una diferente regulación de su alcance en los dos ordenamientos jurídicos de derecho común más característicos: el Derecho inglés y el Derecho americano.

La regulación del Derecho inglés ha evolucionado hacia una concepción documental restrictiva del *discovery* (exhibición), actualmente denominada *disclosure* –revelación y puesta a disposición– tras la reforma procesal civil operada en ese ordenamiento jurídico en abril de 1999. Ha experimentado, por tanto, una evolución limitativa desde el inicial deber de exhibición y aportación indiscriminada por la partes de todos los documentos al proceso con independencia de su relevancia litigiosa (*discovery*), al actual deber de información, selección y aportación específica sólo de aquella documentación que resulte esencial para demostrar alguna o algunas de las cuestiones debatidas por las partes en el proceso (*disclosure*). Una evolución práctica, basada en la responsabilidad de las partes y centrada en la obtención de pruebas documentales –precisamente identificadas por las partes solicitantes– cuya concesión judicial solo será admisible, previa justificación razonada de la importancia del conocimiento de tales documentos litigiosos por el tribunal competente en relación con la sustancia del debate judicial en cuyo seno pretendan utilizarse.

¹⁸ Así se explica la evaluación constante de los medios de prueba propuestos característica del proceso civil anglosajón y dentro de éste, especialmente, del americano. El problema de la determinación de las pruebas ilícitas es una consecuencia directa de esta concepción objetiva de la prueba. Las partes tienen la obligación de conocer del juzgador los medios probatorios que pueden utilizarse y su uso completo o limitado. De hecho, los incidentes de prueba se dirigen a la prohibición de aquellas pruebas que impliquen la violación de una garantía esencial de una de las partes al debido proceso.

Por su parte, la práctica forense americana experimenta actualmente una interesante evolución jurisprudencial, cuyo contenido se manifiesta mediante la existencia de dos significadas carencias en la regulación de esta institución probatoria: (i) una notable amplitud del objeto de *discovery* –no aplicable por entero al arbitraje– y, derivado de esta amplitud, (ii) un arduo debate doctrinal¹⁹ y jurisprudencial²⁰ acerca de la procedencia del uso del *discovery* por tribunales americanos, en exclusivas funciones de apoyo a tribunales arbitrales internacionales o extranjeros. Carencias ambas motivadas por un debate cuyo trasfondo es la defensa del control de la tutela arbitral efectiva por los árbitros, como únicos competentes para examinar la legalidad y dictaminar acerca de la pertinencia o de la impertinencia de las pruebas propuestas por las partes para su práctica en el procedimiento arbitral²¹. La Sección 1782 del Título 28 del Código de Estados Uni-

¹⁹ J. Fellas, "Using Section 1782 in International Arbitration", *Mealey's International Arbitration Report*, vol. 22, n° 2, 2007, esp. p. 12.

²⁰ *In re Techstroyexport*, en 985 F. Supp. 402; *National Broadcasting Company Inc. v. TV Azteca S.A. de C.V.*, en 165 F. 3d 184 (2nd Cir. 1999); *In re The Application of the Republic of Kazakhstan v. Biederman International*, en 168 F. 3d 880 (5th Cir. 1999); *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, en 542 U.S. 241 (2004), 124 S.Ct. 2466 (2004); *In re Oxus Gold PLC*, Misc 06–82, 2007 U.S. Dist. Lexis 24061 (D.N.J. 2 April 2007); *In Re Roz Trading, Ltd.*, 469 F.Supp. 2d 1221 (N.D. Ga. 2006); *In re Hallmark Capital Corp.*, Civil No. 07–MC–39, 2007 WL 4917301 (D.Minn. Sept. 13, 2007); *In re Babcock Borsig Ag.*, 2008, Case No 08–MC–10128–DPW, WL 4748208 (D. Mass. Oct. 30, 2008); *Comisión Ejecutiva, Hidroeléctrica del Río Lempa v. Najapa Power Co.*, 2008 Us Dist. Lexis 90291 (D. Del. Oct. 14, 2008); *Comisión Ejecutiva, Hidroeléctrica del Río Lempa v. El Paso Corp.*, 2008 Us Dist. Lexis 94935 (S.d. Texas, Houston Div. Nov 20, 2008); *In re Application Of Operadora Db Mexico, S.a. de C.v.*, 2009 U.S. Dist. Lexis 68078 (M.D. Fla. May 28, 2009); *In re Norfolk S. Corp.*, Case No. 09–3092 (Usdc n.d. ill. June 15, 2009); *Application of Wining (HK) Shipping Co. Ltd.*, 2010 WL 1796579, en 10 (S.D. Fla. Apr. 30, 2010); *In re Application of Chevron*, 2010 WL 1801526, en 6 (S.D.N.Y. May 6, 2010).

²¹ *Bigge Crane & Rigging Co. v. Docutel Corp.*, en 371 F. Supp. 240 (E.D.N.Y. 1973); y *Thompson v. Zavin*, en 607 F.Supp. 780 (C.D. Cal. 1984. M. Illmer & B. Steinbrück, "U.S. Discovery and Foreign Private Arbitration: The Foreign's Lawyer Perspective", *J.Int'l Arb.*, vol. 25, 2008, p. 329; P.J. Martínez Fraga, *International Commercial Arbitration: United States Doctrinal Developments and American Style Discovery*, Pamplona, Thomson/Aranzadi Internacional, 2008; *id.*, *The American Influence on International Commercial Arbitration Doctrinal Developments and Discovery Methods*, New York, Cambridge University Press, 2009; *id.*, "Estudio de los efectos del Convenio de Nueva York y la doctrina de 'manifiesta indiferencia de la Ley' sobre el arbitraje internacional: análisis de dos paradigmas afirmativos y defensivos", en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VIII, 2008, pp. 55–95; L. Pereznieto Castro, "La institución del *discovery* en el arbitraje comercial en México", *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, vol. III, n° 4, 2003, pp. 6–9; *id.*, "La 'Americanización' del arbitraje comercial internacional", *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, vol. VII, n° 2, 2007, pp. 105–121.

dos²² amenaza este control exclusivo, en tanto que autoriza a las partes contendientes a asumir el control de la práctica del *discovery* arbitral. Una autorización que permite la eventual implicación de los juzgados ordinarios más allá de los límites derivados del principio de mínima intervención judicial; es decir, les capacita para exceder sin motivo sus limitadas funciones inherentes a su actuación auxiliadora del arbitraje.

Nos inclinamos así por el concepto inglés de *discovery*, en su moderna aceptación de *disclosure*, toda vez que tras su reforma de 1999 ha incorporado además los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y especificidad para su concesión. Unos criterios, como veremos, fácilmente identificados en las principales regulaciones específicas existentes sobre el funcionamiento del *discovery* arbitral²³, al articular el poder de documentación del árbitro.

11. Ambos sistemas –civil y anglosajón– coinciden en trasladar a las partes la responsabilidad de la correcta administración de las pruebas litigiosas. Responsabilidad consistente en la combinación de dos principios complementarios: por un lado, que cada parte calibre adecuadamente los medios de los que dispone para descubrir la fuente de la prueba, presentarla ante el árbitro y someter su contenido a la apreciación del dirimente; por otro lado, que la parte que se encuentre en una posición más favorable para acceder a la prueba identifica-

²² Los orígenes exclusivamente americanos de esta disposición se sitúan en 1843 [*McKenzie's Case*, 2 Parson's Sel. Equity Cas. 227 (Pa. Ct. Com. Fl, 1843)]. La finalidad de su promulgación carece de vinculación alguna con la firma del Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970, relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil por EE UU. Por el contrario, responde a la necesidad de proporcionar instrumentos a los contendientes para la utilización del *discovery* en procesos litigiosos con componentes extranjeros, sin referencias a principios como el de reciprocidad, bilateralidad o relaciones internacionales. Constituye un raro exponente del alcance y de los efectos de la extraterritorialidad de las normas procesales (Cf. E. Morgan, "Discovery", *European Journal of International Law*, 1999, n° 10, pp. 583–603, esp. pp. 583–588). La versión vigente de esta Sección fue aprobada en 1964. Su texto modificaría versiones anteriores, en las que se la asistencia judicial se limitaba a aquellas solicitudes provenientes de otros Juzgados estatales extranjeros. El simple cambio del sustantivo "juzgado" (*court*) por el sustantivo "tribunal" (*tribunal*) pretendía ampliar la aplicación de esta Sección a todo tipo de tribunales extranjeros. Esta modificación es el origen de la disputa doctrinal que actualmente analizamos. Para una versión detallada de la evolución legislativa, cf. J. Wessel, "A Tribunal by any other name: Us discovery in aid of non–Us arbitration", *Int'l Arb. L. Rev.*, 2005, p. 139, esp. pp. 141–143.

²³ K.–P. Berger, *International Economic of Arbitration*, Kluwer, 1993, p. 430 ss; R. Bernstein, J. Tackaberry & A. Marriott, *Handbook of Arbitration Practice*, Ed. Sweet & Maxwell, 1998, pp. 2–308; G. Born, *International Commercial Arbitration in the United States*, Kluwer, 1994, p. 837.

da como necesaria, facilite su práctica –con independencia de su condición procedimental– proporcionando al tribunal arbitral tales instrumentos de convicción, relevantes para la determinación del fondo del asunto.

12. Ambas tradiciones jurídicas manejan, por tanto, criterios formalmente distintos, aunque sustancialmente similares²⁴; similitud sustantiva que ha facilitado el acuerdo tácito de las partes contendientes para aprovechar y combinar con eficacia las ventajas de algunas herramientas jurídicas de Derecho comparado, tales como el *discovery*.

Desde una perspectiva probatoria, el estudio del *discovery* arbitral revela que su funcionamiento resulta de la abstracción de aquellos principios comunes de este mecanismo probatorio –característico del proceso civil anglosajón– por sus usuarios habituales –árbitros y abogados especialistas en materia arbitral– para su directa aplicación limitada en el procedimiento arbitral. Abstracción aún intuitiva; necesitada todavía de una enunciación doctrinal unitaria, sistematizada y completa de su funcionamiento para proporcionar a todos los intervinientes en el procedimiento arbitral la necesaria seguridad jurídica demandada por sus usuarios habituales.

El procedimiento arbitral constituye el escenario propicio para aprovechar las ventajas de este enriquecedor mestizaje jurídico entre ambos sistemas jurídicos. Su flexibilidad promueve la convergencia de profesionales con diferentes bagajes jurídicos. Bien sea como árbitros, bien sea como asesores de las partes contendientes, estos profesionales aplican prácticamente al procedimiento arbitral los fundamentos básicos de sus respectivas formaciones jurídicas adscritas bien al sistema de Derecho consuetudinario anglosajón, bien a la tradición jurídica romano–germánica del sistema de Derecho civil. En materia de *discovery* arbitral esta combinación implica que las partes

²⁴ M. Taruffo, *La prueba, artículos y conferencias*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2008, pp. 227–257; H. Trammer, “The Law of Foreign trade in the Legal Systems of the Countries of the Planned Economy”, en C. Schmitthoff, *The Sources of the Law of International Trade*. New York. Praeger. 1964, p. 42: “... las leyes que rigen el comercio exterior de los países de economía planificada no difieren en sus principios fundamentales de las que regulan tal materia en otros países como Austria o Alemania. De ahí que los especialistas en derecho mercantil internacional de todos los países hayan descubierto sin dificultad que hablan una lengua común...”; R. Turner, “Derecho procesal y culturas jurídicas”, *Revista Ius et Praxis*, 2007, n° 1, pp. 435–462, donde sostiene la prevalencia de los puntos coincidentes sobre las diferencias entre ambos sistemas, amparándose tanto en el origen histórico europeo común de los fundamentos del derecho procesal, como en la existencia de una paulatina armonización del pensamiento jurídico, incluyendo las formas procesales.

pacten habitualmente su utilización en el procedimiento arbitral, con la finalidad principal de contribuir a la búsqueda de la verdad material de la controversia planteada (de inspiración anglosajona), determinando los hechos litigiosos, las circunstancias y las pruebas específicas relevantes para la articulación de las respectivas posiciones litigiosas de las partes (de inspiración civil)²⁵.

13. Inclinación, conocimiento y poder conforman las tres condiciones requeridas para el éxito de toda actividad probatoria; incluida, la desarrollada a través del *discovery* arbitral. Un instrumento de conciliación en el que confluyen nítidamente estas condiciones, en tanto que se exige para su instrumentación

i) la inclinación del requerido para aportar al procedimiento arbitral aquellas pruebas documentales específicas en su poder e identificadas por el solicitante, en tanto que favorables a sus pretensiones litigiosas;

ii) la información del solicitante acerca de la existencia, identificación y ubicación de otras fuentes probatorias concretas, relevantes para dirimir la controversia, a las que –por motivos justificados e insalvables– tiene un acceso vedado o limitado, viéndose imposibilitado para su aportación en forma al procedimiento arbitral; y

iii) el poder de documentación del árbitro para –por sí o por medio de auxilio judicial– obtener del requerido la fuente de prueba identificada, incorporarla al procedimiento y sopesar su contenido, con la única finalidad de contribuir a la resolución fundada de la controversia planteada, respetando los derechos fundamentales que asisten a las partes enfrentadas²⁶.

²⁵ A. Redfern & M. Hunter, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4ª Ed. Buenos Aires, La Ley, 2007, p. 432: "...en los arbitrajes que se rigen por el sistema de *civil law*, tales solicitudes suelen ser más acotadas y menos frecuentes que en los arbitrajes que se rigen por sistema de *common law*...".

²⁶ M. Taruffo, *La prueba, artículos y conferencias*, Santiago de Chile, Editorial Metropolitana, 2008, pp. 103–112, donde define esta aproximación al resultado de la prueba como el criterio de probabilidad lógica inductiva o probabilidad prevalente, consistente en aplicar los principios lógicos a los enunciados lingüísticos fácticos formulados por las partes contendientes. Relacionando ambos factores y tamizando sus conclusiones con criterios de probabilidad, el juez está en condiciones de alcanzar –en su opinión– conclusiones sobre el fondo de la controversia planteada, basadas en premisas de prevalencia; es decir, sustentadas en la confirmación lógica de las hipótesis formuladas por las partes en relación con el contenido de los elementos de prueba de cuya práctica se haya dispuesto en el proceso.

II. Principios informantes del *discovery* arbitral

16. En teoría, la finalidad primordial del reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en un diseño responsable del procedimiento arbitral es obtener una combinación equilibrada entre la economía procedimental y el respeto a los derechos procedimentales fundamentales de las partes contendientes. Sin embargo, la práctica nos enseña que este deseo teórico no siempre encuentra el acomodo necesario. Sea por el desdén de los negociadores hacia las cláusulas de resolución de controversias en los contratos, sea por el diseño de estrategias procedimentales basadas en la simplicidad de los acuerdos arbitrales para garantizar su futura eficacia cuando se precise su aplicación, la práctica forense nos confirma la excepcionalidad de los supuestos en los que concurre el diseño responsable del procedimiento arbitral en las fases previas al surgimiento de la controversia. Ausencia agravada –por obvias razones– en los momentos álgidos de una disputa arbitral ya trabada –en donde el acuerdo transmuta en un deseo ilusorio– en los que, además, las partes deseen servirse del *discovery* arbitral, como mecanismo probatorio para acceder a documentación litigiosa relevante. Entonces observamos como la vaguedad deliberada en la definición del acuerdo arbitral facilita la flexibilidad del procedimiento arbitral; pero, paradójicamente, en detrimento de su deseable previsibilidad²⁷. Incita por tanto al desarrollo de una estrategia negociadora de las partes contendientes, dirigida –como anteriormente indicábamos– a identificar y encontrar refugio indirecto en aquellas sedes arbitrales familiarizadas con el arbitraje, en general, y con la práctica del *discovery* arbitral, en particular, bien por el reconocimiento del poder de documentación del árbitro, bien por la

²⁷ Cf. SAP Madrid, Sección Octava, 13 de julio de 2009, que analiza y resuelve una acción de anulación de un laudo parcial sobre jurisdicción –entre otras perspectivas– desde la redacción del acuerdo arbitral del que deriva el procedimiento arbitral en cuestión. Entre otros particulares que la Sentencia omite transcribir, su texto dispone expresamente que “...en caso de controversia, diferencia respecto de la interpretación de cualquiera de los artículos de este contrato, las partes procurarán resolverlo inmediatamente, tratando de llegar a una solución amistosa, en el plazo de quince días, transcurridos los cuales someterán la cuestión a un arbitraje de equidad...”. Redacción limitativa en cuya interpretación literal se basa el fallo estimatorio de la Sentencia, invitándonos a recapacitar acerca de la complejidad inmersa en la redacción de todo acuerdo arbitral y de la necesidad de medir las palabras que en la misma se contienen, de forma que prevalezca la simplicidad o, en la medida de lo posible, la utilización de cláusulas modelo, que minimicen a tiempo los riesgos inherentes a una redacción insuficiente, cercenadora involuntaria del deseado alcance del acuerdo arbitral.

articulación eficaz de la convivencia forzosa entre árbitros y jueces de apoyo.

15. La consecuencia directa de esta vaguedad es la posposición de este problema al procedimiento arbitral. El traspaso, en definitiva, de la responsabilidad diseñadora de las partes a la pericia y experiencia profesional del tribunal arbitral ante el que las partes contendientes – casi con seguridad– plantearán la solicitud de *discovery* arbitral durante el desarrollo del procedimiento o conducirán al tribunal arbitral para que se vea abocado a ejercer su poder de documentación bien directa, bien indirectamente.

Deviene así el *discovery* arbitral en una estratégica herramienta procedimental, cuya eficacia dependerá –en última instancia– de la capacidad del tribunal arbitral para combinar simultáneamente el respeto al derecho probatorio de las partes con el principio de eficacia procedimental del arbitraje. Una delicada labor que los árbitros concernidos deben abordar desde una perspectiva de doble paso.

En primer lugar y en su fase preliminar, asegurándose de que las partes contendientes conocen y entienden tanto el contenido como el funcionamiento y el alcance del *discovery* arbitral; extremo que no siempre concurre, amenazando la eficacia última de esta institución probatoria. De hecho, el Reglamento de Arbitrajes Internacionales de *Judicial Arbitration and Mediation Services* (JAMS) (en lo sucesivo, el Regl. JAMS) advierte de los perniciosos efectos derivables de una ampliación excesiva del objeto del *discovery* arbitral; una situación provocada por abogados carentes de suficiente experiencia forense en materia arbitral o por árbitros poco experimentados en la gestión y decisión de incidentes relacionados con el *discovery* arbitral. Sobre esta base, el Reglamento Jams –a través de sus indicaciones publicadas en septiembre de 2009– constituye uno de los escasos textos disponibles en esta materia dónde se recomienda al árbitro acceder a prácticas amplias de *discovery* arbitral sólo en aquellos supuestos en los que las partes así lo hayan convenido expresamente; de otro modo, sugiere la utilización de criterios restrictivos de su objeto.

En segundo lugar y en su fase de desarrollo, resolviendo el incidente planteado con solvencia, rapidez y pleno respeto a los derechos fundamentales de las partes en el arbitraje²⁸.

²⁸ B. Hannoitau, “Document Production in International Arbitration: A Tentative Definition of Best Practices”, en VV.AA., *Document Production in International Arbitration*.

La finalidad última de esta aproximación de doble paso a realizar por el árbitro es valorar prudentemente las necesidades y expectativas de las partes en los incidentes de *discovery* arbitral. Equilibrio que, de momento y a falta del desarrollo de una regulación homogénea, sólo puede alcanzarse analizando las circunstancias concurrentes en cada asunto, en relación con otras pautas doctrinales relevantes facilitadas por el desarrollo progresivo del Derecho de los negocios internacionales.

16. De esta forma, el concepto del *discovery* arbitral como técnica probatoria autónoma se fundamenta en una combinación armónica de sus principios y finalidades básicos²⁹, resultante de la adecuada coordinación de fuentes normativas de diverso nivel y diferente origen. Coordinación en la que es destacable la labor unificadora de organismos multilaterales tales como la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en lo sucesivo, Uncitral), el Instituto Internacional de Roma para la unificación del derecho privado (Unidroit) o privados, como el *International Institute for Conflict Prevention and Resolution* (CPR), o el *Chartered Institute of Arbitrators* (CIARB).

En la mayoría de los reglamentos arbitrales vigentes³⁰ y en muchas de las legislaciones arbitrales comparadas³¹, el poder de documenta-

ICC International Court of Arbitration Bulletin –Special Supplement, París, International Chamber of Commerce Publications, 2006, p. 676.

²⁹ G. Kauffman-Köhler, & P. Bärtsch, "Discovery in International Arbitration: How Much is Too Much", *German Arbitration Journal*, 2004, n° 1, pp. 13 ss, esp. p. 14; R. Stürner, "Derecho procesal y culturas jurídicas", *Revista Ius et Praxis*, 2007, n° 1, pp. 435–462.

³⁰ Las pautas contenidas en los reglamentos arbitrales analizados pueden sistematizarse en torno a dos grandes grupos de regulaciones: (i) aquéllos reglamentos que confieren un poder de documentación discrecional de los árbitros, regulando expresamente en sus disposiciones el poder de documentación del árbitro como un poder cuyo uso discrecional está exclusivamente atribuido a los árbitros, con independencia de la existencia de una previa solicitud de las partes a tal efecto y (ii) aquéllos reglamentos que reconocen en el poder de documentación de los árbitros una facultad dependiente de la voluntad de las partes para su ejercicio por el árbitro, articulando su ejercicio sin embargo como una facultad de las partes compartida con los árbitros que exige la existencia de una previa solicitud de las partes en este sentido y sobre cuya procedencia deberán pronunciarse los árbitros, ateniéndose en su ejecución a las directrices marcadas por las partes solicitantes.

³¹ La regulación del alcance del ejercicio del *discovery* arbitral en las legislaciones de derecho comparado pueden clasificarse en torno a tres criterios reguladores: (i) aquellas que otorgan una competencia expresa al árbitro para el ejercicio de su poder de documentación; (ii) aquellas que confieren el ejercicio del poder de documentación al árbitro; y (iii) aquellas que reconocen en el poder de documentación una facultad del árbitro, ejercitable previo requerimiento a tal efecto de las partes contendientes

ción articula la facultad reconocida a todo tribunal arbitral para requerir de las partes del arbitraje la aportación al procedimiento de pruebas documentales esenciales. La declaración de pertinencia o de impertinencia de esta solicitud por el árbitro dependerá, en gran medida, de la sistematización doctrinal adecuada de los principios inspiradores del funcionamiento del *discovery* arbitral, válidamente aceptados en la práctica y derivados de la regulación contenida (i) en los tratados internacionales bilaterales o multilaterales, (ii) en la *International Bar Association* entre 1983 y 2010, (iii) en las disposiciones de la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional de Uncitral, de 21 de junio de 1985 –modificada en 2006– (en lo sucesivo, la Ley Modelo)³², (iv) en los principales reglamentos arbitrales que contemplan la utilización de este mecanismo probatorio, (v) en algunas de las principales regulaciones arbitrales de derecho comparado y (vi) en la difusión –cada vez más generalizada– de la jurisprudencia arbitral, bien en forma de laudos, bien como resoluciones derivadas de labores de auxilio judicial al arbitraje o de control del laudo arbitral. El resultado de este análisis conjunto es la identificación de los cinco principios sustantivos informantes del *discovery* arbitral: autonomía, disponibilidad, especificidad, supervisión y causalidad.

17. El principio de autonomía deriva de la propia naturaleza dispositiva del procedimiento arbitral. El *discovery* arbitral es una institución probatoria autónoma y característica del procedimiento arbitral. Constituye, por tanto, un medio de prueba autorizado por diversos ordenamientos jurídicos y reconocido por diversos reglamentos arbitrales con demostrada solvencia.

18. El principio de disponibilidad se refiere a la concepción y diseño del *discovery* arbitral. Ambos están primordialmente circunscritos a la voluntad de las partes en el arbitraje, aunque en algunos supuestos también al reconocimiento del poder de documentación de los árbitros. Como tal y salvo disposición legislativa expresa en contrario, las partes que así lo deseen pueden acordar y diseñar su utilización forense, de conformidad con las necesidades de la controversia que deseen determinar en vía arbitral.

19. El principio de especificidad articula el objeto del *discovery* arbitral. Una institución probatoria dirigida exclusivamente a la obten-

³² Aprobada durante el decimoctavo período de sesiones de trabajo de la Comisión de Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, celebrado en Viena entre los días 3 a 21 de junio de 1985 (Documento de las Naciones Unidas A/40/17).

ción de pruebas documentales específicas que ni estén en posesión del solicitante, ni puedan obtenerse de adverso si no es con la ayuda del tribunal arbitral o, en su defecto, con la obtención del auxilio judicial pertinente.

20. El principio de supervisión alcanza la procedencia y la legalidad del *discovery* arbitral. Una competencia exclusiva del árbitro, como expresión del respeto a la tutela arbitral efectiva y, dentro de ésta, al reconocimiento del derecho probatorio en el procedimiento arbitral. Aflora así la íntima relación existente entre el principio de supervisión y el poder de documentación del árbitro.

Una vez instada la solicitud de *discovery* arbitral, el árbitro debe examinar la legalidad y pertinencia de su contenido y de su alcance, autorizando la práctica de aquellas solicitudes admisibles en cuanto cumplan con estos requisitos sustantivos y se formulen de conformidad con los principios procedimentales que posteriormente se identificarán.

21. Análisis que permite, a su vez, formular el quinto y último principio sustantivo del *discovery* arbitral: el de causalidad, según el cual la parte solicitante debe acreditar ante el tribunal arbitral competente una adecuada relación entre el documento específico cuya exhibición solicite de una parte litigiosa y su importancia probatoria para demostrar una cuestión sustantiva concreta en el curso del procedimiento arbitral.

III. Requisitos procedimentales para la concesión del *discovery* arbitral

22. La privacidad del procedimiento arbitral es una de sus ventajas; también constituye uno de sus inconvenientes, al propiciar una notoria ausencia de publicación completa de resoluciones arbitrales. Obstáculo que, sin embargo, no ha sido óbice para identificar precedentes arbitrales, relacionados con la tramitación del *discovery* arbitral. Laudos y resoluciones –incluidos los derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones de Irán–EE UU (en lo sucesivo, el Tribunal Irán–Usa)³³– de cuyos contenidos se infieren pautas comunes

³³ J.R. Crook, "Applicable Law in International Arbitration: The Iran–US Claims Tribunal Experience", *Am. J. Int'l L.*, vol. 83, 1989, p. 278; D. Caron, "The Nature of the Iran–United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution", *Am. J. Int'l L.*, vol. 84, 1990, p. 104; y Mohebi, M., *The international law*

de comportamiento procedimental (1) sobre el momento y la instrumentación de la solicitud de *discovery* arbitral, (2) sobre los posibles comportamientos de las partes requeridas y (3) sobre el contenido y la forma de las resoluciones adoptadas por los tribunales arbitrales y sus implicaciones procesales. Pautas que serán analizadas a continuación.

1. Sobre el momento y la instrumentación del *discovery* arbitral

23. En cuanto al momento y la instrumentación de la solicitud de *discovery* arbitral es recomendable articular su formulación en el inicio de la etapa de alegaciones del arbitraje, con las excepciones que posteriormente indicaremos. En esta fase procedimental las partes litigantes exponen con detalle sus respectivos argumentos sustantivos, aportando al procedimiento arbitral todos aquellos documentos sobre los que pretendan sustentar sus respectivas posiciones. También deben descubrir en ese momento la fuente de prueba documental adicional y específica³⁴ que aún precisan obtener de adverso para determinar adecuadamente el *thema decidendi*³⁵.

Su aportación al procedimiento arbitral se interesará mediante una solicitud escrita de apertura del incidente dirigida al tribunal arbitral, con copia a las demás partes del arbitraje. En su cuerpo y sobre la base de la aplicación del principio de especificidad, resulta aconsejable que la parte instante identifique razonablemente al tribunal arbitral el documento o los documentos interesados³⁶, su eventual localización³⁷, el autor del documento afectado, su fecha y –en lo posible– una breve descripción de su contenido³⁸.

character of the Iran–United States Claims Tribunal, La Haya–Boston. Kluwer Law International, 1999.

³⁴ *Ina Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. Asunto 184–161–1. Laudo (13 de agosto de 1985), en 8 *Iran–U.S. Claims Tribunal Reports* 373.

³⁵ S. Barona Villar (coord.), *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Madrid, Thomson–Civitas, 2005, p. 1091; L.A. Cucarella Galiana, *El procedimiento arbitral (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje)*. Studia Albornotiana, vol. 87. Bolonia. Publicaciones del Real Colegio de España. 2004, p. 174.

³⁶ *Ina Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. Asunto 184–161–1. Laudo (13 de agosto de 1985), en 8 *Iran–U.S. Claims Tribunal Reports* 373.

³⁷ *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*. Asunto 597–A11–FT. Laudo Parcial (7 de abril de 2000), *World Trade and Arbitration Materials*, vol. 12, n° 3, 2000, p. 101.

³⁸ Art. 3 de las Reglas Iba de 1999 y de 2010. Cf. *Dresser Industries, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, et al.* Asuntos 68–103/104/107/108/109/110–3. Laudo Parcial por acuerdo de las partes (29 de agosto de 1983), en 3 *Iran–U.S. Claims Tribunal Reports* 212; *Mca Incorporated v. The Islamic Republic of Irán*. Asunto 768, Sección Segunda, Orden procedimental de fecha 6 de octubre de 1983; *Ina Corporation v.*

Asimismo y como expresión del principio de causalidad, resulta aconsejable motivar las causas por las cuales la parte solicitante estima que tales documentos son relevantes para demostrar la reclamación articulada y las causas por las cuales tales documentos deben ser requeridos a la parte contraria por el tribunal arbitral, al no poder obtenerse por otro medio³⁹.

El objeto de este proceder es proporcionar al árbitro elementos suficientes para establecer adecuadamente la relación entre la importancia de la documentación solicitada, la posición sustentada por la parte solicitante y los hechos que, conformando el asunto debatido, deben ser objeto de prueba.

24. Cuatro son los asuntos arbitrales que nos permiten ilustrar adecuadamente estas sugerencias: (a) el asunto 5542 y (b) los asuntos acumulados 10515/10523⁴⁰ (en lo sucesivo, el asunto *Nafimco*), tramitados ambos bajo los auspicios del Reglamento Cci⁴¹; (c) el asunto *Mondev International Ltd. v. United States of America*⁴² (en lo sucesivo, el asunto *Mondev*), tramitado al amparo del Reglamento del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo, el Reglamento del Mecanismo Complementario de Ciadi); y (d) el asunto (i) *Dr. Reinec-*

The Government of the Islamic Republic of Iran. Asunto 184–161–1. Laudo (13 de agosto de 1985), en 8 *Iran–U.S. Claims Tribunal Reports* 373; *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*. Asunto No. A15 (I:D & I:H), Ordenanza procedimental de 24 de mayo de 1994, en XX *Icca Yearbook of Commercial Arbitration* 401; *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*. Asunto 597–A11–FT. Laudo Parcial (7 de abril de 2000), en 2000 *World Trade and Arbitration Materials* 101; y *Railroad Development Corp. v. República de Guatemala* (Caso Ciadi No. Arb/07/23), Resolución sobre medidas cautelares de 15 de octubre de 2008, en <http://icsid.worldbank.org>.

³⁹ *PepsiCo, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, et al* Asunto 260–18–1. Laudo (13 de octubre de 1986), en 13 *Iran–U.S. Claims Tribunal Reports* 3; *Railroad Development Corp. v. República de Guatemala* (Caso Ciadi No. Arb/07/23), Resolución sobre medidas cautelares de 15 de octubre de 2008, en <http://icsid.worldbank.org>; y *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. The United Republic of Tanzania* (Caso Ciadi No. Arb/05/22), *Icsid Review–Foreign Investment Law Journal*, 2007, p. 155.

⁴⁰ Asuntos *Foster Wheeler Trading Co. AG v. National Company for Fishing and Marketing*. Cf. Sentencia de la *Cour d'Appel* de París, de 4 de abril 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 776; y Sentencia de la *Cour d'Appel* de París, de 22 de enero de 2004, *Rev. arb.*, 2004, p. 647.

⁴¹ Ordenanza procesal dictada el asunto Cci 5542/1987, publicada en extractos en D. Hascher, *Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration (1993–1996)*, Kluwer, 1997, p. 62.

⁴² *Mondev International Ltd. v. United States of America* (Caso Ciadi No. ARB(AF)/99/2). Laudo de 11 de octubre de 2002, 42 *International Legal Materials* 85 y en *Icsid Review–Foreign Investment Law Journal*, 2004, p. 192.

cius, (ii) *First Eagle SoGen Funds Inc. and (iii) Mr. Pierre Mathieu and the Société de Concours Hippique de La Châtre v. Banco de Pagos Internacionales*⁴³ (en lo sucesivo, el asunto *Reineccius*), tramitado ante el Tribunal del Banco de Pagos Internacionales (en lo sucesivo, el Tribunal Bpi).

25. En el asunto 5542 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cci, la controversia versaba sobre el cumplimiento de un contrato Fidic, sometido a la ley sustantiva y procesal etíope.

El contratista instó el arbitraje contractualmente previsto frente al dueño de la obra, aduciendo, entre otros motivos, la terminación anticipada del contrato de obra y el impago de determinadas cantidades contractuales. El contratista solicitó del tribunal arbitral una ordenanza por la cual se permitiera la exhibición por el dueño de la obra demandado de toda su documentación contractual, así como de toda la correspondencia sostenida entre la entidad demandada y el banco. El motivo de esta solicitud estribaba en que una de las razones del impago del contrato habría radicado en las órdenes cursadas por el demandado al Banco para que se abstuviese de abonar importe alguno al demandante.

26. En el asunto *Nafimco*, su publicación –propiciada por la interposición de dos recursos judiciales por la parte demandada en el arbitraje– ha permitido establecer un mayor grado de detalle en los hechos que aquí nos conciernen. Al igual que en el supuesto anterior, estos asuntos derivaban de la ejecución de unos contratos llave en mano en Libia, para la construcción en este país norteafricano de unas fábricas conserveras.

Planteada la controversia, la demandante, Foster Wheeler Trading Co. Ag, albergaba dudas fundadas y razonables acerca de la verdadera naturaleza jurídica –privada o pública– de la sociedad demandada, National Company for Fishing and Marketing (Nafimco), así como sobre su verdadera existencia al tiempo de la interposición de las solicitudes de arbitraje. Con tal fundamento y durante su primer turno de alegaciones, la demandante solicitó del tribunal arbitral la rendición de una ordenanza procedimental, por medio de la cual se requiriese a la entidad demandada para que aportara al procedimiento arbitral documentación societaria específica que permitiese aclarar su natura-

⁴³ (i) *Dr. Reineccius*, (ii) *First Eagle SoGen Funds Inc. and (iii) Mr. Pierre Mathieu and the Société de Concours Hippique de La Châtre v. Banco de Pagos Internacionales*, *Int'l Arb. L. Rev.*, 2001, p. 102.

leza jurídica. Cumplía así con los principios de especificidad y causalidad exigidos. La solicitud de la entidad demandante se sustentaba en toda la documentación que ésta había podido obtener indirectamente sobre la demandada; prueba a cuyo amparo había demostrado su condición de sociedad de capital público, así como la existencia de un temor fundado sobre su eventual liquidación, afectante asimismo a la posesión de la documentación cuya exhibición requería de adverso. De igual manera, la entidad demandada solicitó del tribunal arbitral información financiera sobre la demandante durante la vigencia de los contratos en disputa⁴⁴.

27. En el asunto *Mondev*, el origen de su disputa derivó de la ejecución de un contrato para el desarrollo de un centro comercial y de un complejo hotelero en una zona del centro de Boston —entonces conocida como “*Zona de Combate*”— suscrito el 22 de diciembre de 1978 entre el Ayuntamiento de Boston, su Agencia de Desarrollo y Lafayette Place Associates, una filial de derecho americano de la empresa canadiense Mondev International Ltd. (en lo sucesivo, Mondev).

Alegando su supuesto incumplimiento, en 1992 Lafayette Place Associates demandó al Ayuntamiento de Boston y a su Agencia de Desarrollo. Un jurado estimó la demanda, considerando acreditada la mala fe del Ayuntamiento de Boston y de su Agencia de Desarrollo y condenándoles, en consecuencia, a indemnizar a Lafayette Place Associates con dieciséis millones de dólares americanos (Usd 16.000.000). Pese a este veredicto del jurado, la sentencia del juez de instancia competente rebajó la indemnización en seis millones cuatrocientos mil dólares americanos (Usd 6.400.000), estimando la inmunidad de la Agencia de Desarrollo de Boston.

En mayo de 1998 y dado que los hechos enjuiciados eran anteriores a la entrada en vigor del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (1994), el Tribunal Supremo de Massachusetts estimó la apelación del Ayuntamiento de Boston y de su Agencia de Desarrollo, rebajando la indemnización de la sentencia de primera instancia en nueve millones seiscientos mil dólares americanos (Usd 9.600.000) y privando a Mondev de percibir indemnización alguna, pese a su aparente victoria judicial.

Ante esta situación y al amparo del Art. 11116 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y del Reglamento del Mecanismo Complementario de Ciadi, Mondev interpuso una demanda contra los

⁴⁴ Cf. Sentencia de la *Cour d'Appel* de París, de 4 de abril 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 776.

Estados Unidos de América⁴⁵. Iniciada la tramitación del arbitraje y sobre la base del Artículo 41(2) del Reglamento del Mecanismo Complementario de Ciadi, el 15 de mayo de 2000, Mondev solicitó del tribunal arbitral que requiriese a los Estados Unidos de América la exhibición y aportación al procedimiento arbitral de determinados documentos⁴⁶ sobre arbitrajes relativos al Capítulo decimoprimer del Tratado de Libre Comercio de América del Norte; en particular, los aportados en el asunto *Loewen Group, Inc. & Raymond L. Loewen v. United States of America*⁴⁷. Un asunto derivado de la sentencia condenatoria dictada en un asunto mercantil entre el grupo empresarial canadiense Loewen Group, Inc. y el grupo americano O'Keeffe Group en relación con sus intereses económicos en el sector funerario del Estado de Mississippi⁴⁸.

⁴⁵ En opinión de Mondev, el Ayuntamiento de Boston, la Agencia de Desarrollo de Boston y el sistema judicial del Estado de Massachusetts habrían expropiado arbitrariamente y sin justa compensación los intereses de Mondev en la ejecución de este proyecto inmobiliario. Una actuación que, según su versión, vulneraría las obligaciones de los Estados Unidos de América contempladas en el Capítulo decimoprimer del Tratado de Libre Comercio de América del Norte; en particular, en sus arts. 1102, 1105 y 1110. Su pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios ascendía a un mínimo de cincuenta millones de dólares americanos (Usd 50.000.000), más intereses y costas.

⁴⁶ Cf. *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. The United Republic of Tanzania* (Caso Ciadi No Arb/05/22), *Icsid Review—Foreign Investment Law Journal*, 2007, p. 155; *Railroad Development Corp. v. República de Guatemala* (Caso Ciadi No. Arb/07/23), Resolución sobre medidas cautelares de 15 de octubre de 2008, en <http://icsid.worldbank.org>.

⁴⁷ *Loewen Group, Inc. & Raymond L. Loewen v. United States of America* (Caso Ciadi No. ARB(AF)/98/3). Laudo sobre jurisdicción de 5 de enero de 2001; laudo final de 26 de junio de 2003; aclaración del laudo final de 13 de septiembre de 2004 en Weiter, T. (ed.), *International Investment Law and Arbitration Leading Cases from Icsid, Nafta, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Londres, Cameron May, 2005, pp. 669–700.

⁴⁸ La reclamación judicial entre ambos litigantes tenía un importe total aproximado de siete millones quinientos mil dólares americanos (Usd 7.500.000). El jurado dictó un veredicto condenatorio contra *Loewen Group, Inc.* por un importe de quinientos millones de dólares americanos (Usd 500.000.000), incluyendo setenta y cinco millones de dólares americanos (Usd 75.000.000) por daños morales y cuatrocientos millones de dólares americanos (Usd 400.000.000) en concepto de daños punitivos. Esta decisión supuso un fuerte descenso de la cotización bursátil de *Loewen Group, Inc.*, situándola en una delicada situación financiera. *Loewen Group, Inc.* sostuvo el carácter discriminatorio y parcial del veredicto, basándose en la reiterada utilización —consentida, al parecer, por el tribunal de instancia— por *O'Keeffe Group* de argumentos nacionalistas y anticanadienses. Conducida que, unida a la exigencia legal del Estado de Mississippi de constituir una caución del 125% del veredicto condenatorio (i.e., seiscientos veinticinco millones de dólares americanos [Usd 625.000.000]) para interponer cualquier apelación en un plazo de siete días, indujo a *Loewen Group, Inc.* a alcanzar un acuerdo con *O'Keeffe Group* por un importe de ciento setenta y cinco millones de dólares americanos (Usd 175.000.000). Seguidamente y por los motivos expuestos, el 29 de julio de 1998 *Loewen Group, Inc.* demandó a los Estados Unidos de América ante el Ciadi, aduciendo la infracción de los Arts. 1102, 1105 y

28 En el asunto *Reineccius*, el Tribunal Bpi fue el encargado de determinar la compensación a abonar a ciertos accionistas individuales que habían sido privados de tal condición mediante la modificación de sus Estatutos y su exclusión del capital social del referido Banco. Aunque el Tribunal BPI consideró que tal modificación se ajustaba a Derecho, sin embargo, estimó la pretensión resarcitoria de los demandantes, consistente en percibir una compensación correspondiente al setenta por ciento (70%) del Valor Patrimonial Neto del Banco.

Con la finalidad de determinar la existencia de mala fe en la modificación estatutaria operada por el Banco, durante su tramitación el Tribunal Bpi denegó la petición de First Eagle SoGen Funds Inc. –uno de los co–demandantes– de aportación de los documentos relativos a la constitución del Tribunal BPI. En su argumentación denegatoria, el Tribunal BPI valoró tal petición como extemporánea, al haberse formulado una vez dictado un laudo parcial de fecha 22 de noviembre de 2002 y aduciendo que “...requerir documentación sobre la constitución del Tribunal en esta fase del arbitraje, una vez aceptada expresamente por las partes la jurisdicción y la independencia del Tribunal, es extemporáneo...”⁴⁹.

En este mismo asunto, se instrumenta una excepción a la regla general sobre el momento procedimental de presentación de una solicitud de apertura de incidente de *discovery* arbitral. El laudo final de 19 de septiembre de 2003 dictado en este asunto acredita que, con fecha 22 de noviembre de 2002, el Tribunal BPI rindió un laudo parcial⁵⁰, postergando para un posterior laudo la determinación (i) del valor patrimonial del Banco, (ii) de la cuantía debida a los demandantes y (iii) de la eventual condena en costas. Una vez notificado este laudo

1110 del Capítulo decimoprimer de la Sección A del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. *Loewen Group, Inc.* sostuvo la existencia de una denegación de justicia por trato discriminatorio del inversor extranjero y por la adopción de medidas judiciales equivalentes a una nacionalización o a una expropiación de la inversión sin una compensación justa. Aunque el laudo final de 26 de junio de 2003 desestimó íntegramente las pretensiones de *Loewen Group, Inc.*, esta decisión arbitral es una referencia doctrinal en materia de denegación de justicia.

⁴⁹ Apartado 5 del laudo final de 19 de septiembre de 2003: “...*Requesting documents relating to the formation of the Tribunal in this phase of the arbitration, after the Parties’ explicit acceptance of the jurisdiction and independence of the Tribunal, is untimely...*”.

⁵⁰ En el cual (i) declaraba conforme a derecho la modificación estatutaria del Banco de Pagos Internacionales realizada el 8 de enero de 2001, con el resultado de excluir a los demandantes como accionistas del Banco; (ii) declaraba la procedencia de la compensación solicitada por los demandantes; y (iii) desestimaba las demás pretensiones de las partes.

parcial, las partes acordaron un mecanismo para articular el *discovery* arbitral. Su objeto era permitir a ambas partes demostrar sus respectivas posiciones litigiosas sobre estos concretos aspectos, delimitados en el laudo parcial.

2. Sobre los comportamientos procedimentales de las partes

29. Los comportamientos procedimentales de las partes requeridas derivan del traslado de los escritos de solicitud por la parte instante.

Un traslado que compete al tribunal arbitral, formulado para preservar los derechos procedimentales fundamentales de las partes y, en especial, de la parte eventualmente requerida para tal aportación documental.

Dentro de las alegaciones se incluye la oposición a la petición exhibitoria realizada de adverso.

30. En este momento, los asuntos que seguidamente analizaremos permiten identificar en las partes litigantes tres patrones definidos de conducta procedimental: (A) supuestos de oposición frontal a la petición realizada, (B) supuestos de colaboración parcial y (C) supuestos de colaboración total.

A) Supuestos de oposición frontal a la petición de *discovery* y sus eventuales consecuencias

31. Dentro de los supuestos de oposición frontal a la petición de exhibición documental encontramos el asunto 5542 de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, cuyos hechos ya hemos descrito sucintamente con anterioridad.

En este asunto, el dueño de la obra requerido se opuso a colaborar en la petición de aportación documental instada por el contratista —y antes descrita— dada (i) la amplitud de la solicitud, que supondría aportar una ingente cantidad de documentación; (ii) la ausencia de prueba del nexo causal entre la relevancia de la prueba solicitada y el *thema decidendi*; y (iii) la ausencia de identificación específica y adecuada de la documentación que se pretendía obtener de adverso. Y ello, pese a que en su argumentación, el dueño de la obra admitió la posibilidad de que conforme al art. 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Etíope de 1965 se permitiese la eventual utilización del *discovery* en casos excepcionales, autorizando a los tribunales ordinarios a instar a la partes la aportación de tales documentos, si consideraban que los mismos eran esenciales para dirimir la cuestión litigiosa.

32. Las eventuales consecuencias procedimentales de esta inatención se contemplan en los Principios del Proceso Civil Transnacional de 2004 (en lo sucesivo, los Principios Unidroit/ALI)⁵¹ 18 y 21.3, en el art. 19 de las “Normas de la *International Bar Association* sobre la práctica de la prueba en arbitrajes comerciales internacionales” (en lo sucesivo, Reglas Iba de 1999) y de las “Reglas de la *International Bar Association* sobre la práctica de la prueba en arbitrajes internacionales” (en lo sucesivo, Reglas IBA de 2010) y en las decisiones del Tribunal Irán–Usa, en cuyos contenidos nos detendremos seguidamente⁵².

33. Referido a la regulación de privilegios e inmunidades en materia de prueba, el Principio 18 Unidroit/ALI permite su aplicación en aquellos supuestos en los que proceda; una cuestión reservada a la competencia del tribunal arbitral, el cual deberá decidir acerca de la aplicación de sanciones directas⁵³ o indirectas⁵⁴ en aquellos casos en los que la reticencia de la parte requerida no esté justificada por la concurrencia de alguna de las protecciones legales anteriormente indicadas (Cf. Principio 21.3 Unidroit/ALI). En la fundamentación del análisis, el tribunal arbitral deberá analizar los diferentes acercamientos a esta cuestión, dependiendo del sistema jurídico aplicable⁵⁵.

34. La jurisprudencia al respecto elaborada por el Tribunal Irán–Usa tiene una acreditada utilidad práctica, motivada por el hecho de la reticencia inicial de sus componentes a aplicar sin más las pruebas

⁵¹ ALI/Unidroit, *Principles of Transnational Civil Procedure as Adopted and Promulgated by The American Law Institute At Washington, D.C., U.S.A. May 2004 and by Unidroit at Rome, Italy, April 2004*. Cambridge. Cambridge University Press. 2006. El Grupo de Trabajo encargado de su elaboración estuvo compuesto por los siguientes miembros: N. Andrews (Universidad de Cambridge, Reino Unido), A. Gidi (American Law Institute, Brasil, Secretario), A. R. Kemelmajer de Carlucci (Tribunal Supremo de Justicia de Mendoza, Argentina), F. Ferrand (Université Jean Moulin, Lyon, Francia), G. C. Hazard Jr. (Universidad de Pennsylvania, Facultad de Derecho, Estados Unidos, Coponente), M. Kawano (Universidad de Nagoya, Facultad de Derecho, Japón), P. Lalive (Lalive & Associés y Universidad de Ginebra, Suiza), R.T. Nhlapo, (Ministro del Gobierno Surafricano; Miembro Honorario del Consejo de Gobierno de Unidroit y Presidente del Grupo de Trabajo), R. Stürmer (Universidad de Freiburg, Alemania, Coponente), M. Taruffo (Universidad de Pavia, Italia) y A. Gidi (Brazil, American Law Institute).

⁵² J.K. Sharpe, “Drawing Adverse Inferences from the Non–production of Evidence”, *Arb. Intl*, vol. 22, 2006, p. 549.

⁵³ Multas, sanciones conminatorias por días, semanas o meses (también conocidas en su aceptación francesa como *astreintes*), desacato (contempt of court) o penas de prisión.

⁵⁴ Presunciones, sentencias en rebeldía o desestimación de pretensiones.

⁵⁵ Art. 19.4º Reglas IBA de 1999; arts. 9.3º y 9.4º Reglas IBA de 2010.

por presunciones⁵⁶. Por este motivo, el Tribunal Irán–Usa estableció el cumplimiento acreditado de determinados requisitos para su aplicación⁵⁷; en concreto, cinco: (i) los documentos solicitados y no aportados deben ser sustancialmente relevantes⁵⁸; (ii) el tribunal arbitral debe estar convencido de que los documentos requeridos están bajo la custodia, posesión o control de la parte renuente a su aportación al procedimiento arbitral⁵⁹; (iii) la demanda o la contestación relacionada con tales documentos requeridos debe parecer fundada, incluso en ausencia de aquéllos; (iv) la parte renuente a la aportación debe haber proporcionado al tribunal arbitral una explicación poco creíble; y (v) la parte requerida debe haber tenido un plazo razonablemente suficiente para el cumplimiento del requerimiento, sin haberlo atendido.

35. Requisitos de cuya aplicación práctica tenemos constancia en Suiza. En concreto, en la Sentencia dictada por el Tribunal Supremo en el Asunto 4A_2/2007⁶⁰, referido a una acción de anulación de un laudo parcial, dictado en una disputa sobre un contrato de agencia suscrito entre una entidad principal, de nacionalidad alemana, y un agente iraní.

Surgida la controversia, la entidad iraní reclamó a su principal alemán la aportación de las cuentas y demás información contable complementaria sobre el desarrollo del contrato de agencia en litigio en los territorios de Arabia Saudí, Emiratos Árabes Unidos, Omar, Bahrein, Qatar y Kuwait –desde el 1 de enero de 2002 hasta el 13 de di-

⁵⁶ Cf. Art. 28.3º Reg. Uncitral; art. 19.4º Reglas IBA de 1999; arts. 9.5º y 9.6º Reglas Iba de 2010. T.E. Carbonneau, “Darkness and Light in the Shadows of International Arbitral Adjudication”, en R.B. Lillich, *Fact-finding before international tribunals [Eleventh Sokol Colloquium]*. Transnational Pub., Inc., 1992.

⁵⁷ C.M. Brower & J.D. Bruesche, *The Iran–United States Claims Tribunal*, La Haya, 1998, p. 194.

⁵⁸ M. Pellompää & D. Caron, *The Uncitral Arbitration Rules as interpreted and applied*, Helsinki, Finnish Lawyer’s Pub., 1994, p. 485.

⁵⁹ Cf. *George Edwards v. The Government of the Islamic Republic of Iran, et al.* Asunto 451–251–2 Laudo (5 de diciembre de 1989), en 23 *Iran–U.S. Claims Tribunal Reports* 290; *H.A. Spalding, Inc. v. Ministry of Roads and Transport of the Islamic Republic of Iran, et al.* Asunto 212–437–3. Laudo (24 de febrero de 1986), en 10 *Iran–U.S. Claims Tribunal Reports* 22; *Ina Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran.* Asunto 184–161–1. Laudo (13 de agosto de 1985), en 8 *Iran–U.S. Claims Tribunal Reports* 373.

⁶⁰ Sentencia de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo Federal de la República Helvética 28 de marzo de 2007, *Asa Bulletin*, 2007, p. 610. M. Scherrer & D. Baizeau, “Swiss Rules of International Arbitration Awards”, en VV.AA., *The Swiss Rules of International Arbitration : Five Years of Experience. Conference of June 19, 2009*, Basel, Dr. Rainer Früegg, 2009, pp. 129–151, esp. pp. 140–142.

ciembre de 2004— y en Irán —desde el 1 de enero de 2002 al 6 de abril de 2006— con la finalidad de determinar el pago de las comisiones debidas al agente iraní y de conformidad con el procedimiento contractualmente estipulado a tal efecto.

Una vez instada la solicitud, el árbitro único competente ordenó a la entidad alemana demandada la presentación de la documentación específicamente requerida por el demandante iraní, con la finalidad de someterla a la auditoría por una entidad independiente para verificar su estado completo y su corrección técnica. Sin motivo justificado, la entidad alemana rehusó atender el requerimiento cursado por el árbitro, motivo por el cual en su laudo parcial concluyó en la existencia de una deliberada vulneración de su obligación de colaborar de buena fe en el desarrollo de la actividad probatoria (*Verletzung der Mitwirkung bei der Beweiserhebung*)⁶¹. El árbitro fundamentó sus presunciones negativas para la posición de la entidad alemana en el art. 19.4º Reglas IBA de 1999. El Tribunal Supremo Federal Suizo confirmó el laudo, aunque precisando que la vulneración de las Reglas IBA de 1999 no constituyen un motivo de anulación del laudo.

B) Supuestos de colaboración parcial

36. Dentro de los supuestos de colaboración parcial podemos reseñar el asunto *Reineccius*, en el que las partes intercambiaron la información requerida, aunque sin alcanzar un acuerdo sobre determinados documentos litigiosos⁶².

37. Asimismo, es destacable el asunto del Tribunal Irán–Usa *Frederica Lincoln Riahi v. The Government of the Islamic Republic of Iran*⁶³. Un asunto en el cual el tribunal arbitral accedió a requerir de

⁶¹ Cf. arts. 217.6º, 247 y 328 Ley 1/2000, de 17 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁶² En concreto, los relativos a (i) la solicitud de First Eagle SoGen Funds Inc. de documentación sobre la constitución del tribunal arbitral, denegada por el tribunal arbitral, al considerarla extemporánea después de la aceptación implícita de la jurisdicción del tribunal y de la independencia de sus miembros; (ii) la solicitud de First Eagle SoGen Funds Inc. de documentación relativa al cálculo del Valor Patrimonial Neto del Banco a 8 de enero de 2001, deferida por el tribunal arbitral hasta constatar si debía efectuar sus cálculos a esa fecha; (iii) la solicitud del Banco de Pagos Internacionales sobre los acuerdos alcanzados por First Eagle SoGen Funds Inc. para demandar al Banco de Pagos Internacionales, así como la correspondencia cruzada entre First Eagle SoGen Funds Inc. y sus accionistas o sus mandatarios sobre su exclusión como accionistas del Banco de Pagos Internacionales.

⁶³ Cf. *Frederica Lincoln Riahi v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Laudo Parcial (10 de junio de 1992); Laudo Parcial por acuerdo de las partes (24 de febrero de 2000), en 28 *Iran–U.S. Claims Tribunal Report* 176.

la Sra. Riahi la aportación al procedimiento arbitral de los diarios de su marido, citados parcialmente en las alegaciones y corroborados por los testimonios de varios testigos. El Gobierno demandado pudo finalmente acceder a su contenido completo, tras su voluntaria aportación al procedimiento arbitral por la Sra. Riahi.

C) Supuestos de colaboración total

38 Por último, dentro de los supuestos de colaboración total encontramos el asunto *Mondev*, en el cual los Estados Unidos de América accedieron a la exhibición y aportación al procedimiento arbitral de determinados documentos relativos al arbitraje *Loewen Group, Inc. & Raymond L. Loewen v. United States of America*⁶⁴.

3. Sobre la conducta del árbitro ante la tramitación del incidente de discovery arbitral

39. La experiencia del árbitro y su formación jurídica en materia arbitral constituyen los ingredientes esenciales para afrontar adecuadamente un incidente probatorio de discovery en el procedimiento arbitral. Su finalidad básica debe ser resolver las controversias planteadas por las partes, evitando generar otras adicionales que puedan condicionar negativamente tanto el desarrollo del procedimiento arbitral, como la eventual eficacia del laudo que se dicte. El cumplimiento eficaz de este objetivo depende del adecuado seguimiento por el árbitro de tres premisas técnicas: (i) la consulta del acuerdo arbitral; (ii) la convocatoria de reuniones con las partes litigantes; y (iii) la explicación del funcionamiento y del alcance del *discovery* arbitral. Recomendaciones recogidas en las publicaciones de Jams⁶⁵ y de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cci⁶⁶ y en las Reglas Iba de

⁶⁴ *Loewen Group, Inc. & Raymond L. Loewen v. United States of America* (Caso Ciadi No. ARB(AF)/98/3) Laudo sobre jurisdicción de 5 de enero de 2001; laudo final de 26 de junio de 2003; aclaración del laudo final de 13 de septiembre de 2004, en T. Weiter (ed.), *International Investment Law and Arbitration Leading Cases from Icsid, Nafta, Bilateral Treaties and Customary International Law*, Londres, Cameron May, 2005, pp. 669–700.

⁶⁵ Regl. JAMS.

⁶⁶ VV.AA., *Técnicas para controlar el tiempo y los costos en el arbitraje*. París, International Chamber of Commerce Publications (843). 2007. Elaborado por renombrados especialistas en la materia y como se indica en su introducción, este texto contiene propuestas prácticas indicativas para partes, abogados y árbitros dirigidas a optimizar los costes temporales y financieros del procedimiento arbitral; centradas en mejorar su eficacia como mecanismo de solución de controversias, aplicando criterios de eficiencia basados en la adopción de las siguientes tres recomendaciones: (i) la limitación del número de solicitudes a aquellas que, además de pertinentes, sean determinantes para la solución de

2010⁶⁷, demostrando la influencia de la jurisprudencia del Tribunal Irán–Usa en su elaboración.

40. El acuerdo arbitral es la fuente básica de la voluntad procedimental de las partes. En este sentido y con la finalidad de respetar el principio de autonomía de la voluntad que les asiste, el árbitro debe comprobar la existencia de alguna de estas cinco posibilidades y descartar en su caso las que procedan: (i) si existe un sometimiento de las partes a una legislación arbitral concreta; (ii) si las partes se han sometido a un reglamento institucional concreto; (iii) si las partes han acordado expresamente un procedimiento incidental específico en supuestos de *discovery* arbitral; (iv) si las partes han excluido la aplicación del *discovery* arbitral; o (v) si las partes no han dispuesto nada al respecto.

41. Comprobado el contenido del acuerdo arbitral y la autorización –expresa o tácita– contenida en el mismo como expresión del principio de disponibilidad resulta entonces recomendable la convocatoria por el árbitro de una audiencia con las partes, con la finalidad de establecer un calendario procedimental adecuado⁶⁸ para distinguir aquellos documentos relevantes para sustentar las respectivas de las partes en controversia de aquéllos otros eventualmente irrelevantes a efectos probatorios. En definitiva: ejecutar el principio de causalidad.

42. De continuar con la tramitación del incidente dentro de los confines determinados por las partes con el tribunal arbitral en la referida audiencia, la práctica forense recomienda –al menos– el establecimiento de un calendario de actuaciones para la aportación documental requerida, así como las eventuales consecuencias procedimentales de la inactividad de alguna de las partes⁶⁹. De otra forma, el árbi-

la controversia; (ii) el establecimiento de plazos razonables de presentación; y (iii) la utilización del denominado Calendario Redfern –desarrollado por Alan Redfern– consistente en una tabla de cuatro columnas referidas a la identificación de los documentos o categoría de documentos solicitados, a los motivos justificativos –incluida su importancia– de cada solicitud, a las objeciones de la parte requerida y a la decisión finalmente adoptada por el colegio arbitral competente.

⁶⁷ Art. 18 Reglas IBA de 2010.

⁶⁸ H.M. Holtzmann, “Balancing the Need for Certainty and Flexibility in International Arbitral Procedures”, en R.B. Lillich & C.N. Brower, *International Arbitration in the 21st Century: Towards “Judicialization” and Uniformity?* [Twelfth Sokol Colloquium], Transnational Pub, Inc., 1994.

⁶⁹ *Comisión Ejecutiva, Hidroeléctrica del Río Lempa v. El Paso Corp.*, 2008 Us Dist. Lexis 94935 (S.d. Texas, Houston Div. Nov 20, 2008); *Comisión Ejecutiva, Hidroeléctrica del Río Lempa v. Najapa Power Co.*, 2008 Us Dist. Lexis 90291 (D. Del. Oct. 14, 2008).

tro afronta el riesgo de cuestionar la eficacia real y última del incidente de *discovery* arbitral y del laudo, tal y como se deduce del asunto *Avco Corp. v. Iran Aircraft Industries et al.*⁷⁰ (en lo sucesivo, el asunto *Avco*).

43. En el asunto *Avco*, las partes fueron convocadas a una audiencia preparatoria con el tribunal arbitral; audiencia a la que no compareció ni la entidad iraní demandada, ni el árbitro de nacionalidad iraní designado por *Iran Aircraft Industries*. Ausencias que, sin embargo, no impidieron la celebración de la audiencia convocada. Durante su curso la entidad demandante solicitó del tribunal arbitral las indicaciones oportunas acerca de la prueba que –en ejecución del principio de supervisión– admitiría para determinar la cuantía adeudada por la entidad demandada; una prueba que concernía a los cientos de facturas pendientes de abono objeto de reclamación por vía arbitral.

Avco y el tribunal arbitral convinieron en la articulación de dos posibles vías probatorias: (i) bien que *Avco* aportase al procedimiento arbitral copia de todas y cada una de las facturas debidas por la demandada iraní, (ii) bien que la demandante aportase un dictamen pericial que adverase la existencia, corrección y cuantía de las facturas en cuestión. Comoquiera que el presidente del tribunal arbitral se mostró reacio a recibir toneladas de papel correspondientes a las facturas debidas, *Avco* y el tribunal arbitral acordaron finalmente que la segunda opción fuese aceptada por su razonabilidad.

Tras tres años de tramitación, el tribunal arbitral –con un nuevo presidente– rechazó sin embargo la reclamación de *Avco*, aduciendo la imposibilidad de sustituir el valor probatorio de las facturas por un informe pericial, aunque el mismo estuviese realizado conforme a las directrices previamente cursadas por el tribunal arbitral. Una decisión apoyada por el árbitro de nacionalidad iraní –que no había acudido a la audiencia preliminar– y adoptada pese a la ausencia de cuestionamiento alguno por la entidad demanda de la validez del dictamen pericial aportado por *Avco* durante el procedimiento arbitral.

44. Cuando analizamos la jurisprudencia del Tribunal Irán–Usa sobre la función decisoria del árbitro, las resoluciones consultadas reconocen –con carácter general– encontrarse ante el ejercicio de una

⁷⁰ *Avco Corporation v. Iran Aircraft Industries, et al.*, Laudo Parcial No. 377–261–3 (18 de Julio de 1988), en *Iran–U.S. Claims Tribunal Report* 200.

facultad discrecional⁷¹. La jurisprudencia arbitral del Tribunal Irán–Usa permite, además, deducir dos conclusiones adicionales.

45. La primera conclusión –de carácter general– afecta al principio de supervisión, en tanto que tales decisiones se decantan por la aplicación del art. 24.3º Regl. Uncitral de 15 de diciembre de 1976 (en lo sucesivo, el Reglamento Uncitral). Así, autorizan sólo aquellas peticiones dirigidas a la obtención de pruebas documentales, excluyendo –en consecuencia– declaraciones escritas o *affidavits* y otro tipo de prueba⁷². Aplicación práctica cuyo reflejo podemos identificarlo en la tendencia restrictiva hacia el *disclosure*, experimentada en la reforma procesal británica de 1999.

46. La segunda conclusión se refiere a la ejecución del principio de especificidad, en relación con toda solicitud *ex parte* de la exhibición de una prueba documental en posesión de la parte contraria. Una postura jurisprudencial limitativa del uso indiscriminado del *discovery* –expediciones de pesca o partidas de caza documental– vigente en la práctica arbitral actual, justificada por la generalizada aplicación del principio de causalidad. Sobre esta base, la adopción de la solicitud de *discovery* dependerá de que el tribunal arbitral determine la disponibilidad de la documentación cuya aportación al procedimiento arbitral se solicita por la parte instante, analizando la concurrencia en la solicitud de, al menos, los siguientes tres factores relevantes: (i) su identificación, (ii) su relevancia para la determinación de la controversia y (iii) su disponibilidad y las circunstancias que eventualmente impidan su obtención a la parte solicitante. Analicemos su contenido individualmente.

47. En cuanto a la identificación del documento cuya obtención y aportación se interese, las partes solicitantes deben precisar razona-

⁷¹ *Ina Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. Asunto 184–161–1. Laudo (13 de agosto de 1985), en 8 *Iran–U.S. Claims Tribunal Reports* 373; *Frederica Lincoln Riahi v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Laudo Parcial (10 de junio de 1992); Laudo Parcial por acuerdo de las partes (24 de febrero de 2000), en 28 *Iran–U.S. Claims Tribunal Report* 176; *PepsiCo, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, et al.* Asunto 260–18–1. Laudo (13 de octubre de 1986), en 13 *Iran–U.S. Claims Tribunal Reports* 3.

⁷² *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*, Asunto No. A15 (I:D & I:H, Ordenanza procedimental de 24 de mayo de 1994, en XX *ICCA Yearbook of Commercial Arbitration* 401.

blemente al tribunal arbitral el documento interesado⁷³, su eventual localización⁷⁴ y su contenido⁷⁵. Incluso, cabe la posibilidad de que tal solicitud se extienda a aquellos documentos litigiosos relevantes, citados –incluso, parcialmente– en las alegaciones formuladas por una de las partes⁷⁶ o contenidos en los documentos presentados en sustento de las mismas⁷⁷.

El asunto *Mca Incorporated v. The Islamic Republic of Irán* (en lo sucesivo, el asunto *Mca*)⁷⁸ es relevante, como ejemplo de los resultados procedimentalmente negativos, deducibles de una solicitud demasiado genérica. En su decisión,

“...el Tribunal aprecia que en fecha 15 de septiembre de 1983, el Demandante ha solicitado por escrito, entre otros, la exhibición de determinada documentación por el Demandado, así como una ampliación del plazo para continuar con su búsqueda de materiales, así como para ampliar y clarificar su demanda, de conformidad con lo indicado mediante ordenanza de fecha 19 de julio de 1983. Ausente cualquier indicación del Demandante sobre cuáles son los documentos específicos que desea obtener, y ausente, asimismo cualquier información al Tribunal sobre que gestiones han sido realizadas por el Demandante para obtener estos materiales necesarios, el Tribunal, en este momento, no puede acceder a la emisión de la ordenanza solicitada por el Demandante...”⁷⁹.

⁷³ *Ina Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. Asunto 184–161–1. Laudo (13 de agosto de 1985), en 8 *Iran–U.S. Claims Tribunal Reports* 373.

⁷⁴ *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*. Asunto 597–A11–FT. Laudo Parcial (7 de abril de 2000), en (2000) (Vol. 12, No. 3) *World Trade and Arbitration Materials* 101.

⁷⁵ *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*. Asunto No. A15 (I:D & I:H), Ordenanza procedimental de 24 de mayo de 1994, en XX *Icca Yearbook of Commercial Arbitration* 401; *Dresser Industries, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, et al.* Asuntos 68–103/104/107/108/109/110–3. Laudo Parcial por acuerdo de las partes (29 de agosto de 1983), en 3 *Iran–U.S. Claims Tribunal Reports* 212.

⁷⁶ *Frederica Lincoln Riahi v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. Laudo Parcial (10 de junio de 1992); Laudo Parcial por acuerdo de las partes (24 de febrero de 2000), en 28 *Iran–U.S. Claims Tribunal Report* 176.

⁷⁷ *Seaco, Inc. v. The Islamic Republic of Iran, et al.* Asunto 422–260–2. Laudo Parcial por acuerdo de las partes (1 de junio de 1989), en 22 *Iran–U.S. Claims Tribunal Report* 370.

⁷⁸ *Mca Incorporated v. The Islamic Republic of Iran*. Asunto 768, Sección Segunda, Orden procedimental de fecha 6 de octubre de 1983, en Pellompää, M. & Caron, D., *The Uncitral Arbitration Rules as interpreted and applied*. Helsinki. Finnish Lawyer's Pub. 1994, p. 497. *Railroad Development Corp. v. República de Guatemala* (Caso Ciadi No. Arb/07/23), Resolución sobre medidas cautelares de 15 de octubre de 2008, en <http://icsid.worldbank.org>.

⁷⁹ Traducción privada al español. *Mca Incorporated v. The Islamic Republic of Iran*. Asunto 768, Sección Segunda, Orden procedimental de fecha 6 de octubre de 1983, en M. Pellompää & D. Caron, *The Uncitral Arbitration Rules as Interpreted and Applied*. Helsinki, Finnish Lawyer's Pub, 1994, p. 497.

48. En cuanto a la relevancia del documento solicitado para la determinación de la controversia, la práctica forense revela la preferencia de los tribunales arbitrales concernidos por ampliar el alcance del principio de causalidad, en detrimento de la exigencia de que la parte solicitante fundamente su solicitud en cuestiones sustantivas que deben ser objeto de análisis en el laudo final. Dos son los asuntos determinantes en este sentido: (i) el asunto *Ina Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran* (en lo sucesivo, el asunto *Ina*)⁸⁰; y (ii) el asunto *PepsiCo, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, et al.* (en lo sucesivo, el asunto *Pepsico*)⁸¹.

49. En el asunto *Ina*, el Gobierno iraní negaba el derecho de Ina a percibir indemnización alguna por la expropiación de sus acciones en el capital social de una sociedad aseguradora iraní, debido a su supuesto valor neto contable negativo.

En sustento de sus pretensiones el Gobierno iraní presentó un informe de auditoría, preparado con posterioridad a la expropiación; un informe plagado de anotaciones a pie de página, carentes sin embargo de explicación alguna acerca del supuesto sistema de valoración utilizado por la demandante y que, una vez corregido, provocaría el valor neto contable negativo de la aseguradora. Tras varias alegaciones, Ina consiguió una ordenanza del tribunal arbitral requiriendo al Gobierno iraní la aportación de todos los documentos de trabajo en los que se sustentaría la metodología y las conclusiones contenidas en el informe de auditoría litigioso. Aportación a la que el Gobierno iraní se negó, alegando su voluminosidad excesiva.

Insatisfecho con esta explicación y convencido de la necesidad de aportar tales documentos de trabajo como única manera de valorar adecuadamente el fundamento del informe de auditoría, el tribunal arbitral omitió cualquier fundamentación del laudo en su contenido, estimando la reclamación planteada por Ina.

50. En el asunto *Pepsico*, el tribunal arbitral se enfrentó a la petición de *discovery* arbitral que —a diferencia del asunto precedente— carecía de valor probatorio para la determinación del fondo de la controversia analizada. El tribunal arbitral tenía suficientes elementos de

⁸⁰ *Ina Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*. Asunto 184–161–1. Laudo (13 de agosto de 1985), en 8 *Iran–U.S. Claims Tribunal Reports* 373.

⁸¹ *PepsiCo, Inc. v. The Government of the Islamic Republic of Iran, et al.* Asunto 260–18–1. Laudo (13 de octubre de 1986), en 13 *Iran–U.S. Claims Tribunal Reports* 3.

convicción a su presencia para estimar la reclamación formulada por esta multinacional de la bebida gaseosa.

En este arbitraje, Pepsico reclamaba la devolución de préstamos efectuados a diez sociedades participadas, por un importe total de seis millones quinientos mil dólares americanos (Usd 6.500.000,00). Tales sociedades tenían derechos exclusivos para el embotellamiento, venta y distribución de pepsi-cola en Irán. Pepsico había iniciado acciones legales en Estados Unidos contra la familia iraní que, en teoría, era propietaria de tales sociedades, en ejecución de las garantías de los empréstitos; acciones que abandonó voluntariamente al conocer los escasos bienes de esta familia en la jurisdicción americana. A continuación, Pepsico interpuso las correspondientes demandas de arbitraje contra las sociedades y contra el Gobierno iraní, dada su supuesta expropiación.

La defensa de los demandados se basó en la necesidad de la aportación de los balances sociales de Pepsico para demostrar que la entidad demandante ya había percibido las indemnizaciones reclamadas en vía arbitral mediante la ejecución de las garantías de los préstamos. Sin embargo y pese a la corrección formal de la petición, el tribunal arbitral desestimó su procedencia atendiendo a la aplicación ponderada de criterios de coste financiero, tiempo o carácter invasivo de la solicitud.

51. En cuanto a la disponibilidad y las circunstancias que eventualmente impidan su obtención a la parte solicitante, la jurisprudencia arbitral del Tribunal Irán–Usa nos permite obtener dos conclusiones sobre la aplicación de los principios de disponibilidad y de supervisión.

La primera conclusión es la diligencia procedimental de la parte instante. De esta forma, un tribunal arbitral solo admitirá las solicitudes de *discovery* arbitral formuladas por aquellas partes que, aun habiendo demostrado una razonable diligencia en la protección de sus derechos durante el procedimiento arbitral, se hayan visto impedidas al acceso a la documentación cuya obtención se pretenda a través del tribunal arbitral⁸². Amparándose en este razonamiento, el Tribunal Irán–Usa ha denegado aquellas solicitudes ex parte de exhibición genérica de documentos o en las que el solicitante no hubiese acrédi-

⁸² *Fluor Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran, et al.* Asunto ITM 62–333–1. Laudo (7 de agosto de 1986), en 11 *Iran–U.S. Claims Tribunal Reports* 296; *Joan Ward Malekzadeh, et al. v. The Islamic Republic of Iran.* Asunto 543–356–1. Laudo Parcial (21 de enero de 1993), en 29 *Iran–U.S. Claims Tribunal Reports* 3.

tado adecuadamente el agotamiento previo de todos los medios disponibles para su obtención⁸³. El asunto *Vera-Jo Miller Aryeh, et al. v. The Islamic Republic of Iran*⁸⁴ sustenta esta conclusión. En su decisión el tribunal arbitral entendió que

“...en fecha 15 de noviembre de 1991, el Demandante ha interpuesto una ‘Solicitud de exhibición de documentos’. En fecha 21 de febrero de 1992, el Demandado evacuó sus alegaciones sobre esta solicitud. Considerando estas últimas alegaciones y basándonos en que de lo actuado no se infiere que los concretos esfuerzos –de existir alguno– del Demandante para obtener esta documentación por otras vías, el Tribunal estima inadmisibles la petición del Demandante...»⁸⁵.

La segunda conclusión es que un tribunal arbitral sólo requerirá a la parte concernida la eventual aportación de aquellos documentos que realmente existan o cuya existencia sea razonablemente probable (*v.gr.*, documentación societaria depositada en sociedades participadas)⁸⁶.

4. Sobre el contenido y la forma de las resoluciones adoptadas

52. En cuanto al contenido y la forma de las resoluciones adoptadas por los tribunales arbitrales y sus implicaciones procesales, tan sólo indicar que las mismas se adoptan por el tribunal arbitral sobre la base de las alegaciones formuladas por las partes. Solo entonces el tribunal arbitral tiene ante sí suficientes elementos de convicción como para decidir acerca de la procedencia del *discovery* arbitral solicitado; en la mayoría de los casos, mediante ordenanzas procedimentales, con las excepciones y dificultades que asimismo analizaremos sobre la base del asunto 5542 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, del asunto *Nafimco*, del asunto *Reineccius*, del asunto *Mondev*, del asunto *Resorts Condomi-*

⁸³ Baker, S. A. & Mark D.D., *The Uncitral arbitration rules in practice: the experience of the Iran-United States Claims Tribunal*. Deventer, the Netherlands; Boston, MA. Kluwer Law and Taxation Publishers. 1992, p. 113.

⁸⁴ *Vera-Jo Miller Aryeh, et al. v. The Islamic Republic of Iran*. Asuntos 581-842/843/844-1. Ordenanza de 6 de marzo de 1992. Laudo (22 de mayo de 1997), en 33 *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports* 272.

⁸⁵ *Vera-Jo Miller Aryeh, et al. v. The Islamic Republic of Iran*. Asuntos 581-842/843/844-1. Ordenanza de 6 de marzo de 1992. Laudo (22 de mayo de 1997), en 33 *Iran-U.S. Claims Tribunal Reports* 272.

⁸⁶ *The Islamic Republic of Iran v. The United States of America*. Asunto No. A15 (I:D & I:H), Ordenanza procedimental de 24 de mayo de 1994, en XX *ICCA, Yearb. Comm. Arb'n*, p. 401. G.A. Lehner, “The Discovery Process in International Arbitration”, en 16 (2001) *Mealey's International Report* 39.

*niums International Inc. v. Bolwell and another*⁸⁷ (en lo sucesivo, el asunto *Resorts Internacional*) y del asunto *Publicis Commun v. True North Commun, Inc*⁸⁸ (en lo sucesivo, el asunto *Publicis*).

53. En el asunto 5542 de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cci, el tribunal arbitral dictó una ordenanza procedimental fundada en el art. 114.1º de los Reglamentos de 1975 y de 1988⁸⁹, en relación con lo dispuesto en el art. 249 de la Ley de Enjuiciamiento Civil Etíope de 1965 y en el hecho objetivo de que el tribunal arbitral sólo tiene poder frente a las partes en controversia; no, frente a terceros, en línea con el principio de relatividad contractual que –como hemos expuesto– informa el arbitraje.

Sobre estas bases, el tribunal arbitral entendió que la solicitud del demandante debía “...restringirse decidiendo que los documentos intercambiados entre la demandada y el ingeniero sobre la ejecución de la cláusula 63.1 de las condiciones del contrato son aquellos relativos o referidos al certificado mencionado por la demandada en su carta de fecha..., ya que este es el único certificado relevante para eventualmente determinar los motivos de la expulsión del contratista por el dueño de la obra...”. El tribunal arbitral entendió implícitamente la ausencia de cumplimiento de los principios de especificidad y de causalidad en la solicitud así cursada por el demandante. Ausencia que motivó la estimación parcial de la pretensión probatoria articulada por el demandante.

54. En el asunto *Nafimco*, mediante ordenanza procedimental de fecha 3 de noviembre de 2000 el tribunal arbitral accedió parcialmente a la solicitud de *discovery* arbitral formulada por las partes, obligando a National Company for Fishing and Marketing (Nafimco) a aportar documentos societarios y registrales sobre su constitución.

El tribunal arbitral denegó la exhibición de los demás documentos cuya aportación solicitaron respectivamente las partes, alegando tanto la ausencia de un vínculo suficientemente demostrado entre su contenido y el substrato de la controversia, como la aportación al procedimiento arbitral de documentación suficiente durante la fase de alegaciones. Es decir, por la ausencia de una demostración suficiente

⁸⁷ *Resorts Condominiums International Inc. v. Bolwell and another* (1993), en 118 *Arbitration Law Review* 665.

⁸⁸ *Publicis Commun v. True North Commun, Inc.*, en 206 F.3d 725 (7th Cir. III 2000).

⁸⁹ “...El árbitro procederá a la mayor brevedad posible a establecer los hechos litigiosos por todos los medios posibles...”.

de la existencia del principio de causalidad por la parte solicitante y por entender satisfecha la tutela arbitral efectiva de las partes, sin precisar la adopción de actuaciones invasivas adicionales como las del *discovery* arbitral.

55. En el asunto *Mondev*, las partes plantearon diversas divergencias acerca de la cantidad y calidad de los documentos aportados. Ante esta tesitura y tras haber escuchado las respectivas posiciones de las partes, mediante ordenanza procedimental de fecha 25 de septiembre de 2000, el tribunal arbitral estimó que el demandado había cumplido ampliamente con la exhibición y aportación de documentos requerida por la demandante, motivo por el cual denegó la petición ampliatoria de exhibición de documentos de ésta. Así, el tribunal arbitral hizo un uso adecuado del principio de supervisión y de su poder de documentación.

56. Principio y poder igualmente aplicado en el asunto *Reineccius*, donde el Tribunal BPI accedió –mediante ordenanza procedimental de 9 de marzo de 2003– a la petición del Banco de Pagos Internacionales, ordenando a First Eagle SoGen Funds Inc. a exhibir y aportar (i) toda la documentación no confidencial relativa a la decisión de First Eagle SoGen Funds Inc. de demandar al Banco de Pagos Internacionales en Estados Unidos de América y a la tramitación del referido proceso, distinta de la ya aportada al proceso americano por First Eagle SoGen Funds Inc.; (ii) todos los documentos fechados entre el 11 de septiembre de 2000 y el 31 de agosto de 2001 en los que se contuvieran comunicaciones entre First Eagle SoGen Funds Inc. y cualquier accionista del Banco de Pagos Internacionales (a) sobre la transacción por virtud de la cual el Banco de Pagos Internacionales había renunciado a sus acciones en posesión de terceros distintos a los Bancos Centrales y (b) sobre el pleito First Eagle SoGen Funds Inc. en Estados Unidos; (iii) todas las comunicaciones intercambiadas entre First Eagle SoGen Funds Inc. y sus accionistas sobre la transacción de renuncia y sobre el pleito First Eagle SoGen Funds Inc. en Estados Unidos; y (iv) todas las comunicaciones de First Eagle SoGen Funds Inc. con funcionarios no judiciales de los Estados Unidos intercambiadas con la finalidad de paralizar la transacción de renuncia. De esta forma, el Tribunal Bpi consideraba suficientemente acreditada la concurrencia del principio de causalidad en la solicitud de *discovery* arbitral así cursada.

57. Como apuntábamos al inicio de esta última cuestión procedimental, la ejecución de este tipo de decisiones arbitrales ha planteado eventuales problemas prácticos, derivados de su instrumentación; por lo general y como hemos expuesto, mediante ordenanza procedimental⁹⁰. Dos asuntos adicionales a los ya analizados con detalle ilustran el anverso y el reverso de estas dificultades: el asunto *Resorts Internacional* y el asunto *Publicis*.

58. El asunto *Resorts Internacional* se refiere a un litigio comercial entre una entidad americana demandante y una empresa australiana demandada, en relación con la ejecución de un contrato de licencia. La cláusula arbitral contemplaba arbitraje con sede en Estados Unidos, a celebrar bajo los auspicios del Reglamento de la Asociación Americana de Arbitraje. El demandante obtuvo "...una ordenanza cautelar arbitral y laudo..." de aplicación durante la pendencia del arbitraje. Sobre esta base, la demandante americana instó su reconocimiento y ejecución en Australia contra la entidad australiana demandada, al amparo de la aplicación del Convenio de Nueva York. Pretensión que fue denegada por el Tribunal australiano competente, argumentando que "...estas ordenanzas son provisionales y de naturaleza procedimental y de ninguna manera pretenden solventar definitivamente la controversia...".

59. El asunto *Publicis* deriva de un arbitraje con sede en Inglaterra, relativo a la terminación de acuerdo de colaboración entre dos empresas publicitarias: True North, radicada en Chicago, y Publicis, constituida en París. El arbitraje se celebró bajo los auspicios de la London Court of International Arbitration, con aplicación del Reglamento de Arbitraje de Uncitral, como *lex arbitrii*.

Uno de los asuntos centrales de la controversia radicaba en dilucidar si Publicis devenía obligada a entregar determinada documentación contable y fiscal a True North, ya que ésta necesitaba aportarla a las autoridades fiscales americanas. El tribunal arbitral dictó una ordenanza procedimental ordenando a Publicis la exhibición de una categoría específica de documentos fiscales del acuerdo de colaboración. La ordenanza, firmada por el presidente del tribunal arbitral, indicaba expresamente la necesidad de que Publicis exhibiese tales documentos requeridos por True North, con carácter previo a la reso-

⁹⁰ Cf. Sentencia de la *Cour d'Appel* de París, de 4 de abril 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 776, en donde la Sala realiza una correcta distinción entre ordenanzas procesales y laudos y resoluciones arbitrales susceptibles de anulación.

lución de las demás cuestiones sometidas igualmente a arbitraje. Se planteaba, por tanto, la ejecutabilidad de este tipo de ordenanzas procedimentales sobre la base del Convenio de Nueva York. True North inició los trámites de reconocimiento y ejecución de esta ordenanza procedimental⁹¹ ante los tribunales americanos competentes. El Tribunal de Apelaciones del Séptimo Circuito americano estimó la pretensión de True North con el argumento de que, pese a que este tipo de ordenanzas no son susceptibles de reconocimiento al amparo del Convenio de Nueva York, la que le ocupaba constituía una excepción dada su finalidad sustantiva, con independencia de su denominación formal.

IV. Conclusión

60. Los límites básicos de toda actividad probatoria son (i) la obtención lícita de la prueba y (ii) su práctica conforme al deber de colaboración con los órganos encargados de administrar justicia, entre los que se encuentran los tribunales arbitrales.

61. La articulación técnica del *discovery* arbitral se fundamenta en cinco principios sustantivos: autonomía, disponibilidad, especificidad, supervisión y causalidad. Su admisibilidad –competencia exclusiva del árbitro– viene determinada por la aplicación positiva de los criterios de pertinencia, utilidad y licitud en su práctica.

62. El objeto del *discovery* arbitral está limitado a la aportación al procedimiento arbitral de aquellos documentos específicos, identificados por las partes como relevantes para determinar el fondo de la controversia, poseídos por una de las partes contendientes y de imposible acceso para la parte solicitante.

Como instrumento de convicción exige que su instrumentación se base en el cumplimiento de tres condiciones esenciales: (i) la inclinación del requerido para exhibir aquellas pruebas documentales, favorables a las pretensiones de adverso; (ii) la información del solicitante acerca de la existencia, identificación y ubicación de otras fuentes probatorias relevantes para dirimir la controversia y a las que tiene un

⁹¹ En este sentido y sobre la flexibilidad formal de una decisión cf. *Braspetro Oil Services Company (Brasoil) v. The Management and Implementation Authority of the Great Man-Made River Project*. Sentencia de la *Cour d'Appel* de París de 1 de julio de 1999 [1999/8 *Mealey's International Arbitration Report* G-1] y Sentencia de la *Cour d'Appel* de París, de 4 de abril 2002, *Rev. arb.*, 2002, p. 776.

acceso vedado o limitado; y (iii) el poder de documentación del árbitro para –por sí o por medio de auxilio judicial– obtener tal fuente de prueba, incorporarla al procedimiento y sopesar su contenido, con la única finalidad de contribuir a la resolución fundada de la controversia planteada.

63. Su tramitación en el procedimiento arbitral se atiene a determinadas pautas procedimentales para partes, abogados y jueces de apoyo, recomendables para alcanzar una armonía procedimental en su presentación ante el árbitro responsable de la tramitación de un incidente probatorio de esta naturaleza. En concreto: colaboración, proximidad y disponibilidad.

La armonía, por tanto, define su articulación técnica. Una armonía presente en la conducta procedimental de las partes litigantes, formulando sus peticiones de *discovery* arbitral desde estrictos parámetros forenses, diseñados para obtener del contrario o de terceros sólo aquella documentación precisa para fundamentar el sustrato de sus legítimas pretensiones en el arbitraje. Una armonía igualmente destacable en la actuación decisoria de todo árbitro, quien, además de ejercer su poder de documentación, deberá en todo caso atenerse a la voluntad de las partes y a los límites legislativos o reglamentarios derivados de la aplicación de tal voluntad. Una armonía asimismo deseable en la actuación judicial de asistencia, donde sus protagonistas deben asumir un papel esencial para contribuir a la necesaria eficacia del procedimiento arbitral y, por tanto, a la aceptación de la institución arbitral como un mecanismo legítimo de solución de controversias.

64. Conjuntamente consideradas, las reflexiones precedentes debieran permitirnos sellar en definitiva –como apuntara Guasp– “...la brecha por donde la institución arbitral no consiga imponerse en la práctica, como un substitutivo eficaz de todo el proceso, porque en el proceso lento, caro y complicado, llegan, sin embargo, momentos en que resplandece la autoridad del Estado; y en el arbitraje, que puede ser rápido, económico y sencillo puede llegar un momento en que aparezca claramente que en él no hay más que el entrecruce de voluntades particulares que no pueden trascender fuera de la órbita meramente individual en que, por esencia, está encuadrado...”⁹².

⁹² J. Guasp, *El arbitraje en el Derecho español (Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953)*, Barcelona, Bosch, 1956, p. 164.