

LA FACULTAD DEL TRIBUNAL ARBITRAL DE ACTUAR DE OFICIO EN LA PRODUCCIÓN DE LA PRUEBA ARBITRAL ¹

1. Introducción

Desde el momento que el arbitraje es un procedimiento en que las partes se someten de mutuo acuerdo, en base a la autonomía de la voluntad, éstas son libres para acordar bajo qué reglas quieren que su controversia sea juzgada. En ese sentido, las partes generalmente son muy cuidadosas en la elección de la sede del tribunal, puesto que la *lex arbitri* será la de dicho lugar, lo que afectará la forma de producir la prueba arbitral.

Igualmente importante son las reglas que van a ser aplicadas al procedimiento, independientemente del lugar sede del arbitraje. Atendido que existen muy buenas reglas ya conocidas y aceptadas internacionalmente, las partes suelen acordar su aplicación al procedimiento arbitral que constituye parte del *soft law* en el arbitraje comercial internacional. Esas reglas son, por ejemplo, el reglamento de UNCITRAL, las directrices de la IBA sobre la Práctica de la Prueba en Arbitraje Comercial Internacional (en adelante Reglas de la IBA). Tratándose de un arbitraje internacional institucional igualmente existen diversos reglamentos, tales como el de la ICC, el de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres

(en adelante LCIA), el de la ICDR, rama internacional de la American Arbitration Association, etc.

Al convenir las partes en un arbitraje ad-hoc la aplicación de ciertas directrices o reglas, o en un arbitraje institucional al quedar sometidas al reglamento de la respectiva institución, éstas se obligan a seguir sus normas, siendo algunas más amplias, otras más restringidas, algunas otorgando más poderes a los Tribunales otras no tanto. Lo que es común entre ellas es que todas establecen una u otra situación en que el tribunal tiene facultades para producir pruebas de oficio.

La actuación de oficio de los Tribunales Arbitrales en la producción de la prueba está íntimamente vinculada con su labor proactiva para hacer más eficiente el proceso arbitral y que las pruebas que se rindan sean sustanciales y pertinentes, ya sea conduciendo la etapa probatoria del modo que le parece más razonable, orientado a las partes a producir pruebas más direccionadas a aclarar sus dudas, pues de ese modo el Tribunal logrará que el procedimiento sea menos costoso y más eficiente.

* Este artículo ha sido preparado con la colaboración de la abogada Luciana Rosa Rodrigues.

² Abogado, Profesor de Derecho Universidad de los Andes, Santiago de Chile, Integrante de la Corte Suprema de Chile. Arbitro del International Center for Dispute Resolution (American Arbitration Association), Arbitro del Centro de Análisis y resolución de Conflictos de la PUC del Perú. Arbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago, Chile. Algunos artículos publicados: *La Autonomía de los Árbitros y la Intervención Judicial*, 2014. *The dispute boards in international construction projects*, 2011; *Los Principios de UNIDROIT como Ley de Fondo Aplicable en el Arbitraje Comercial Internacional*, 2011; *The Principle of Kompetenz-Kompetenz in International Commercial Arbitration*, 2007; y *Tópicos de la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional*, 2007.

De esta forma, siendo un deber del Tribunal conducir el arbitraje de manera expedita y menos costosa para las partes, debe ser una preocupación de los árbitros que no se rinda prueba inútil, debiendo ésta servir definitivamente para aclarar los hechos controvertidos sustanciales, por lo que el Tribunal debe guiar a las partes para que presenten las pruebas que el juzga importantes para resolver la controversia, excluyendo las que sean redundantes o innecesarias.

Por lo tanto, mirando hacia un procedimiento eficaz, que se enmarca dentro de las expectativas de las partes que se someten a un arbitraje, el tribunal debe actuar de oficio en muchas situaciones. Atendida la extrema importancia de ello, trataremos de dilucidar qué poderes de oficio tiene el Tribunal Arbitral en cuanto al manejo de las pruebas de testigos, documental y pericial a la luz de las directrices internacionalmente más aceptadas y de las normas que recogen los principales reglamentos arbitrales institucionales, buscando demostrar que si el Tribunal hace uso de las herramientas que le son conferidas para guiar la producción probatoria, el procedimiento arbitral será más eficiente y los gastos que involucra más controlados, todo ello en beneficio de desentrañar de mejor forma los hechos relevantes para resolver.

2) Uso de la prueba de oficio

El objetivo de presentar pruebas es asistir al tribunal en la determinación de los puntos controvertidos de hecho y los de opinión (a través de los dictámenes presentados por peritos o expertos).³ Los medios utilizados en la presentación de pruebas ante un Tribunal Arbitral sobre los hechos controvertidos resultan de la combinación de la autonomía de la voluntad de las partes y la discrecionalidad del Tribunal. Los principales medios de prueba se dividen en tres categorías:

1) Prueba testimonial, 2) Prueba documental, y 3) Pruebas periciales o testimonios de expertos. Estos medios probatorios pueden ser solicitados de oficio por los árbitros en algunas situaciones, las cuales pasamos a analizar.

2.1) Declaraciones de testigos

Generalmente, son las partes las que deciden cuales testigos les gustaría presentar para acreditar los hechos, eligiendo aquellos que les parece que pueden mejor explicar los hechos sustanciales al tribunal. Sin embargo, los tribunales arbitrales internacionales pueden desear escuchar personas que participaron en los hechos cuyas declaraciones no hubieren sido ofrecidas por las partes, pero que pueden ser de crucial interés para determinar algunas discrepancias planteadas.

Si las partes por cualquier razón no presentan un determinado testigo (porque no les conviene que declare o por cualquier otra dificultad para que esa persona esté disponible para declarar), y el tribunal cree que sea un testigo clave para explicar un determinado evento o documento material para dilucidar el caso, es apropiado que el Tribunal llame de oficio a declarar dicho testigo. De esta forma, el tribunal se asegurara que las evidencias que se presenten sean las adecuadas y pertinentes.

El Tribunal al decidir escuchar un testigo no presentado, podrá solicitar a las partes que empleen sus mejores esfuerzos para traer ese testigo (en el caso de que sea un empleado de la empresa o que sea alguien que guarde relación con las partes o con la empresa). Sin embargo, muchas veces algún testigo clave ya no forma parte de la empresa involucrada en la disputa o existe alguna animosidad entre las partes, en cuyo caso será el propio tribunal quien directamente solicitará la comparecencia de ese testigo .⁴

³ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional. 4 edición – Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 423.

Ahora bien, a estas alturas resulta conveniente determinar: ¿Cuál es la fuente de la facultad del Tribunal de solicitar de oficio las pruebas de testigos? Generalmente, ese poder es derivado de la autoridad general que tiene el Tribunal sobre el procedimiento. En la mayoría de los reglamentos arbitrales no existe un poder explícito para que los árbitros llamen testigos a declarar, pero si existe un poder más amplio, permitiendo al Tribunal que ordene las pruebas que estime convenientes.

En las leyes de arbitraje de algunos países como Perú, Alemania, Brasil y China, ⁵ el Tribunal está expresamente autorizado a solicitar de oficio las pruebas que entienda necesarias, de manera bien amplia. Así, por ejemplo, el artículo 22 de la Ley 9.307/96 (Ley de Arbitraje de Brasil), dice que “podrá el árbitro o Tribunal solicitar el testimonio de las partes, oír testigos y determinar la realización de pericias u otras pruebas que juzgue necesarias, por requerimiento de las partes o de oficio”.

En el caso de tribunales arbitrales con sede en Estados Unidos, el Tribunal además de poder solicitar la comparecencia de un testigo, puede también compeler su comparecencia por medio de emisión de citaciones. ⁶ Por su parte, sobre el particular, el reglamento UNCITRAL,⁷ en su artículo 27.3, establece que “en cualquier momento de las actuaciones el tribunal podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas”. Aunque no esté especificado lo que son “otras pruebas”, de acuerdo con el entendimiento de David Caron, ⁸ ello puede incluir también la prueba de testigos.

Tal raciocinio parece razonable, pues si el objetivo de la ley fuera restringir los casos en que el Tribunal pudiese actuar de oficio, no habría sido redactada en forma amplia, hablando de “otras pruebas”, sino que indicaría en forma taxativa cuales pruebas podría el Tribunal requerir de oficio.

A su turno, las Reglas de la IBA sobre Práctica de la Prueba en Arbitraje Comercial Internacional ⁹ establecen explícitamente que el Tribunal está autorizado a solicitar de oficio la declaración de un testigo. El artículo 8(5) determina que el “Tribunal podrá solicitar a cualquier persona que presente pruebas orales o escritas sobre cualquier asunto que el Tribunal considere relevante para el caso y sustancial para su resolución”, estableciendo que los testigos convocados e interrogados por el tribunal podrán también ser interrogados por las partes (art. 8.5).

Si bien el principio general es que: Los testigos de los hechos son responsabilidad de las partes y que las partes tienen que elegir los testigos que presentarán y las cuestiones sobre las que van a testificar, el texto de las Reglas de la IBA dispone que el tribunal arbitral podrá solicitar la comparecencia de un testigo particular, incluso si ninguna de las partes solicita la concurrencia de ese testigo (artículo 8.1).¹⁰

En términos generales, el tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier parte haga sus mejores esfuerzos para proporcionar la comparecencia de cualquier testigo, incluyendo uno cuyo testimonio aún no se ha ofrecido (artículo 4.10).

4 LEVINE, Judith. Can Arbitrators Choose Who to Call as Witnesses? (And what can be done if they don't show up?) In: Legitimacy: Myths, Realities, Challenges. ICCA Congress Series n.18. Miami: Aspen Publishers, 2014, p. 317.

5 Artículo 43 del Decreto Legislativo 1071/2008 de Perú. En el mismo sentido establece la Arbitration Law of the People's Republic of China, de septiembre de 1995, en el artículo 43 - “parties shall provide evidences in support of their own arguments. The arbitration tribunal may, as it considers necessary, collect evidences on its own. Disponible en: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=6598>. La Ley de Arbitraje de Alemania establece en el § 1042 (4) “the arbitral tribunal is empowered to determine the admissibility of taking evidence, take evidence and assess freely such evidence”. Disponible en: www.ibanet.org.

6 The Federal Arbitration Act, section 7. Disponible en: <https://www.aaau.org/media/5045/federal%20arbitration%20act.pdf>

7 Disponible en: <http://www.uncitral.org>

Sin embargo, las partes también tienen el derecho de oponerse a cualquier solicitud dirigida a ellas, por las razones establecidas en el artículo 9.2.¹¹

Adicionalmente al poder explícito para solicitar pruebas orales, las reglas de la IBA otorgan más poderes al tribunal. Al efecto, pueden los árbitros interrogar a un testigo en cualquier momento (art. 8.3.g), pudiendo también de oficio variar el orden de los testimonios orales en audiencia probatoria (art. 8.3.f). Para lograr la presencia de alguien que desea escuchar, el artículo 4.10 de dichas reglas determina también que:

En cualquier momento anterior a la terminación del arbitraje, el Tribunal Arbitral puede ordenar a cualquier Parte que facilite o emplee sus mejores esfuerzos para hacer posible la comparecencia de cualquier persona para declarar en la audiencia probatoria, incluso una cuyo testimonio aún no ha sido todavía ofrecido. La Parte a quien se dirija dicha solicitud podrá objetar con sustento en cualquiera de los motivos contemplados en el Artículo 9.2”.

Es tan amplia la facultad de actuar de oficio concedida a los árbitros por las Reglas de la IBA en cuanto a las declaraciones de testigos que, además de poder solicitar a las partes que emprendan esfuerzos para lograr la presencia de determinada persona que interesa al Tribunal, está establecido que este “tendrá en todo momento pleno control sobre la audiencia de probatoria”.

Estas reglas van aún más lejos ya que permiten al Tribunal que además de poder solicitar los testigos que desea escuchar, puede del mismo modo rechazar la declaración de un testigo presentado por las partes, determinando el artículo 8.2 que “el Tribunal Arbitral puede limitar o excluir cualquier pregunta, respuesta o comparecencia de testigos”.

Por lo tanto, los poderes del Tribunal establecidos por los artículos 4.10 y 8.5 ya reseñados pueden ser más bien utilizados cuando las partes tienen algún tipo de influencia o relación con el testigo que el tribunal desea oír. Sin embargo, cuando no existe relación o influencia sobre el testigo en cuestión, lo mejor es que el tribunal mismo gestione los medios para que este concurra a declarar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 8.5 de las Reglas de la IBA. Esa gestión puede ser hecha por el envío de un requerimiento escrito a la persona que se desea escuchar, o por métodos más formales como una citación del tribunal o un requerimiento por vía del Tribunal estatal.¹²

No obstante lo anterior, el tema es más delicado cuando se trata del poder de oficio que tiene el tribunal de limitar preguntas al igual que la comparecencia de un testigo solicitado por las partes.

8 CARON, David D; CAPLAN, Lee M.; PELLONPAA, Matti. *The Uncitral Arbitration Rules. A Commentary*. New York: Oxford University Press, 2006, p. 574.

9 Disponible en: www.ibanet.org

10 “Commentary on the New IBA Rules of Evidence in International Commercial Arbitration”, published in 2 B.L.I., pp. 16-36 (2000). Disponible en: www.ibanet.org.

11 Esta norma establece: El Tribunal Arbitral podrá excluir, a instancia de parte o de oficio, la prueba o la exhibición de cualquier Documento, declaración, testimonio oral o inspección por cualquiera de las siguientes razones: (a) Falta de relevancia suficiente o utilidad para la resolución del caso; (b) existencia de impedimento legal o privilegio bajo las normas jurídicas o éticas determinadas como aplicables por el Tribunal Arbitral; (c) onerosidad o carga excesiva para la práctica de las pruebas solicitadas; (d) pérdida o destrucción del Documento, siempre que se demuestre una razonable probabilidad de que ello haya ocurrido; (e) confidencialidad por razones comerciales o técnicas que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes; (f) razones de especial sensibilidad política o institucional que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes (incluyendo pruebas que hayan sido clasificadas como secretas por parte de un gobierno o de una institución pública internacional); o (g) consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las Partes que el Tribunal Arbitral estime suficientemente relevantes.

Estas situaciones pueden ocurrir cuando el Tribunal decide no escuchar cierto testigo por considerar que la prueba rendida es ya suficiente, o cuando entiende que dicho testimonio no es relevante, es redundante o involucra costos desproporcionados en relación al resultado que podría significar.

Si bien la ICC¹³ recomienda limitar la extensión y el alcance de las presentaciones escritas y pruebas testimoniales, escritas y orales (de testigos y expertos) para evitar repeticiones, para que eso no afecte el derecho a defensa y una eventual nulidad del laudo, el Tribunal debe ser especialmente cuidadoso en el uso de éstas facultades de modo que no se vea coartado el derecho esencial de cada parte a presentar su caso.

Por lo tanto, el Tribunal debe aplicar la regla de exclusión de testigos o limitación de preguntas con cautela. Es importante subrayar que a pesar de que las reglas de la IBA sobre la prueba reflejan una visión consensual de las mejores prácticas en arbitraje comercial internacional, ellas solamente serán obligatorias en el caso de que las partes así establezcan en las reglas de procedimiento que acuerden en el proceso arbitral.

Si bien el Tribunal arbitral tiene facultades para solicitar de oficio qué testigos concurren a declarar en audiencia de pruebas, una conducta recomendable y bien aceptada es que siempre se consulte las partes antes de requerir testimonios adicionales y en caso que sea posible, dejar que las partes emprendan la debida iniciativa. Así será posible reducir riesgos de una futura declaración de nulidad del laudo bajo el argumento de que el tribunal privó a las partes del derecho de adecuada defensa y presentación de las pruebas. Por otro lado, el mismo poder que tiene el Tribunal para solicitar la concurrencia de testigos de oficio, tiene para rechazarlos cuándo cree que su testimonio sea inútil.

Si fuere así, el Tribunal debe tener especial cuidado para no obstruir el derecho de las partes a presentar sus pruebas, razón por la cual es muy importante que los árbitros escuchen a las partes y expliquen a ellas los motivos por los cuales consideran que no es necesaria la declaración de determinada persona.

Por su parte, las reglas de la LCIA¹⁴ también permiten al tribunal rechazar testigos que cree que no son necesarios para la aclaración de los hechos, demostrando de manera clara que el tribunal puede permitir, limitar o rechazar las declaraciones escritas u orales de los testigos.

En ese sentido, el artículo 20.3 establece: “The Arbitral Tribunal may decide the time, manner and form in which these written materials shall be exchanged between the parties and presented to the Arbitral Tribunal; and it may allow, refuse or limit the written and oral testimony of witnesses (whether witnesses of fact or expert witnesses)”.

Lo mismo establece el reglamento de la ICDR¹⁵, determinando en su artículo 16.3 que “ejercitando su discreción, el tribunal podrá fijar el orden de la prueba, bifurcar procedimientos, excluir testimonio u otra prueba que sea redundante o irrelevante y ordenar a las partes que centren sus presentaciones en cuestiones cuya resolución permita decidir todo o parte del caso”. Siguiendo esta tendencia, el reglamento de la CAM Santiago¹⁶ permite que el Tribunal rechace declaraciones escritas de los testigos, determinando en su artículo 28 que “el tribunal podrá decidir respecto de la forma en que se interrogará a los testigos y si acepta o no de posiciones por escrito y firmadas”.

12 LEVINE, Judith. Can Arbitrators Choose Who to Call as Witnesses? (And what can be done if they don't show up?) In: *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*. ICCA Congress Series n.18. Miami: Aspen Publishers, 2014, p. 325.

13 Reglamento de Arbitraje de la CCI. Apéndice IV – Técnicas para la conducción del caso.

De la misma forma, la Ley de Arbitraje de Perú¹⁷, establece en su artículo 43 que el Tribunal tiene la facultad para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesario, señalando que “el tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso”.

Sin embargo, en este punto tales reglas han sido objeto de ciertas críticas por parte de la doctrina. Zuberbühler¹⁸, por ejemplo, entiende que “el poder inquisitivo es de largo alcance, y debe ser aplicado con cautela por el Tribunal”.

Pero también hay aquellos que creen que cuando el tribunal- después de consultar a las partes – decide no escuchar un determinado testigo por estar suficientemente informado sobre los hechos por medio de otras evidencias, está teniendo una conducta que puede ser una verdadera ayuda a las partes, lo que contribuye en ahorrar tiempo y costos.¹⁹

Por lo tanto, si bien conforme a estas reglas el Tribunal puede tener el poder decisorio sobre los testigos, este poder debe ser ejercitado de acuerdo con las circunstancias particulares de cada caso. Cuando el Tribunal quiere solicitar la concurrencia de un testigo no presentado, debe consultar a las partes antes de hacerlo; más cuidado aún debe tener el Tribunal al rechazar un testigo presentado por una de las partes para no afectar el derecho esencial del debido proceso a que las partes puedan presentar su caso.

Por consiguiente, lo que se recomienda, es que el Tribunal explique a las partes que en base a las evidencias presentadas y la prueba ya rendida, ya tiene claridad sobre los hechos, siendo inútil más pruebas sobre algo ya debidamente acreditado. Igualmente es conveniente que el Tribunal, aclarare a las partes que tal conducta sería irrazonable, puesto que solo aumentaría los costos y el tiempo del procedimiento sin ningún provecho.

2.2) Prueba documental

En un arbitraje internacional, las mejores pruebas que pueden presentarse en relación a una cuestión de hecho se encuentran en los documentos existentes, y que guardan estrecha relación con los acontecimientos que originaron la controversia. El motivo por el cual los Tribunales confían mucho en la prueba documental se debe al hecho de que su presentación es mucho simple y ágil.²⁰

Por esa razón, cuando al Tribunal le parece que por los hechos presentados debería existir algún documento no presentado por las partes, el utiliza de su facultad de solicitar de oficio, si así le permite el acuerdo entre las partes o las reglas por las cuales se rige el arbitraje.

La facultad del tribunal arbitral para ordenar la exhibición de documentos se define, en primera instancia, por la ley procesal del arbitraje (casi siempre, la ley de la sede arbitral). La mayoría de las legislaciones de arbitraje reconocen la autonomía de las partes para acordar la existencia, alcance y oportunidad de la exhibición de documentos.

14 London Court of International Arbitration Rules. Disponible en: <http://www.lcia.org>

15 Disponible en: www.icdr.org

16 Disponible en: http://www.camsantiago.com/files/reglamento_arbitraje_nacional-2012.pdf

17 Decreto Legislativo 1071/2008.

18 ZUBERBUHLER, Tobias, HOFMANN, Dieter, OETIKER, Christian, ROHNER, Thomas. IBA Rules of Evidence – Commentary on the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Schulthess/SELP, 2012, P. 87

19 LANDOLT, Phillip. Arbitrators’ Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence. The Journal of the London Court of International Arbitration: Volume 28, Number 2, 2012, p. 178. Disponible en: http://www.landoltandkoch.com/wp-content/uploads/2012/06/Landolt_ArbitratorsInitiatives_AI1.pdf

20 REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. Ob. Cit., p. 429.

21 BORN, Gary B. In: Disclosure and Evidence-Taking in International Arbitration. International Arbitration: Law and Practice (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2012) pp. 177 – 193.

Sin embargo, cuando las partes no están de acuerdo sobre su alcance, la mayoría de los reglamentos de arbitraje reconoce el poder inherente de los tribunales arbitrales para ordenarlo, incluyendo el poder de determinar su alcance y procedimientos. ²¹

Es así como muchas legislaciones domesticas determinan de modo amplio algunas conductas de oficio que el tribunal puede adoptar, incluyendo por ejemplo Perú, Brasil, Alemania y China. Sin embargo, legislaciones como la Ley 19.971 de Chile, nada dicen sobre el poder de Tribunal de actuar de oficio cuando se trata de la solicitud de pruebas.

Por su parte, en el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, se establece en su artículo 27.3 que: *“En cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas”*.

La idea implícita en estas normas es la neutralidad, de modo que el procedimiento no coincida con un enfoque inquisitorial ni acusatorio, y que pueda ser adaptado a las circunstancias del caso, pudiendo ser utilizado en las practicas tanto del civil law como del common law . ²²

Sobre el particular, las Reglas de la IBA sobre la Practica de la Prueba también permiten que el tribunal arbitral ordene la exhibición de documentos sustanciales para la resolución del caso, estableciendo reglas más directas en cuanto al poder conferido al Tribunal. Es así como su artículo 3.10 determina que *“en cualquier momento antes de la conclusión del arbitraje, el tribunal podrá pedir a cualquiera de las partes que exhiba documentos”*.

Estas directrices también señalan que el Tribunal puede emitir órdenes destinadas a establecer los términos de confidencialidad de los documentos solicitados (art. 3.13), estando también permitido que programe la presentación de documentos separadamente por cada tema o fase, si así lo estimare conveniente.

Resulta importante subrayar que los artículos 9.5 y 9.6 de las reglas de la IBA permiten al Tribunal inferir que un documento es contrario a los intereses de una de las partes cuando, sin explicación satisfactoria, ésta no presenta cualquier prueba relevante que fuese solicitada por la otra parte o por el Tribunal Arbitral. Por lo tanto, cuando la parte no cumple con una determinación de suministrar un documento al Tribunal, le otorga la facultad al tribunal de colegir que ese documento es contrario a los intereses de esta parte, lo que pudiera tener influencia en la decisión final.

Por su parte, la ICC ²³ sugiere como ejemplos de técnicas para la conducción del caso, que pueden ser usadas por el Tribunal arbitral y las partes a fin de controlar el tiempo y los costos, que el Tribunal solicite a las partes que junto con sus escritos, produzcan los documentos en los cuales se basan. De la misma forma, el reglamento de la ICC confirma su sugerencia en el artículo 25.5 al establecer que *“en todo momento durante el proceso arbitral, el tribunal arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales”*.

Tratándose del reglamento arbitral de la ICDR, queda facultado al Tribunal para solicitar documentos que considere necesarios o apropiados a cualquier momento (art. 19.3). De modo bien amplio, también es lo determinado por la Ley de Arbitraje del Perú, en su artículo 43.

²² VISCASILLAS, Pilar Perales. Comentario al Artículo 27. En Nuevo reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010 Anotado y Comentado. 1ª edición. Buenos Aires: Legis Argentina, 2011, p. 271.

²³ Artículo 4 (d) (1) del Reglamento de Arbitraje de la CCI apéndice III – Costos del Arbitraje y Honorarios.

²⁴ REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine. Ob. Cit., p. 441.

Entre los más destacados reglamentos institucionales, el de la LCIA es el más explícito sobre el tema. Su artículo 22 trata de los “poderes adicionales”, estableciendo que el árbitro tiene varios poderes de oficio, pero que debe ejercer esos poderes solo después de haber permitido a las partes que expresen su punto de vista. Al efecto, dicha norma establece: “El tribunal puede ordenar de oficio a cualquiera de las partes que exhiba al Tribunal o a la otra parte documentos en su posesión, custodia o poder que el tribunal entiende ser relevante”. Por lo tanto, si el Tribunal manifiesta a las partes su interés por un determinado documento y explica las razones por las cuales puede ser útil para la acreditación de los hechos, podrá solicitarlo de oficio a las partes.

Lo que los reglamentos citados tienen en común es precisamente el hecho de que los poderes de oficio que tiene el tribunal para solicitar los documentos que estime convenientes deben ser ejercidos, previa consulta a las partes. Si no se logra un acuerdo entre las partes, los árbitros estarán obligados a decidir si la exhibición es apropiada y, en caso afirmativo, cuál será su ámbito de aplicación y cuándo y cómo se debe proceder.

Los tribunales generalmente lo hacen después de escuchar a las partes, explicando las razones por las cuales la exhibición de documentos es necesaria y como las partes prefieren que sea estructurada. En la práctica, la decisión del Tribunal Arbitral será por medio de una resolución procesal, estableciendo su alcance, la forma de practicarla y los tiempos.

2.3) Prueba pericial o testimonio de expertos

El tercer medio de pruebas que puede utilizarse en un arbitraje es la prueba pericial o testimonio de expertos. En cuestiones de hecho, es posible que el Tribunal entienda la controversia solamente por medio de los documentos y testigos presentados.

Sin embargo, muchas veces como es habitual por ejemplo, en arbitrajes de construcción, es posible que haya otro tipo de cuestiones técnicas a determinar, como si hubo un error en el diseño o si hubo un defecto en la construcción. Para eso, el Tribunal va a necesitar la opinión de expertos, a menos que integrantes del tribunal cuenten con conocimiento para hacerlo.

En situaciones en que el Tribunal no tiene la pericia necesaria, puede actuar de dos formas: designar sus propios expertos o las partes pueden presentar sus peritos o testimonio de expertos. Lo que generalmente ocurre es que los informes de los peritos de las partes presentan alguna contradicción. En ese caso, el Tribunal los evaluará, una vez que hayan sido corroborados a través de contra-interrogatorios u otro medio y, quedando dudas, designara de oficio sus propios expertos . 24

La facultad del Tribunal de designar peritos suele estar contemplada en el acuerdo de arbitraje, sea de forma expresa o mediante la incorporación de un reglamento de arbitraje institucional. Así, por ejemplo la Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Chile (Ley 19.971), en su artículo 26.1.b, autoriza el tribunal a: “solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos”. Bajo dicha legislación, si una de las partes o el Tribunal lo solicita, el perito debe participar de una audiencia para que pueda contestar a preguntas, pudiendo también presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos. Así será posible lograr una mayor transparencia, pues las partes pueden llevar un perito de su confianza con el objeto de aclarar los puntos del informe que les parecen inadecuados o erróneos.

El reglamento UNCITRAL es bien riguroso y detallado en cuanto al tema. Primeramente, establece que para nombrar peritos independientes, el Tribunal debe previamente consultar a las partes.

Las partes tienen tiempo para manifestarse en caso de que no estén de acuerdo, como establece el artículo 29.2:

En principio, y antes de aceptar su nombramiento, el perito presentará al tribunal arbitral y a las partes una descripción de sus cualificaciones y una declaración de imparcialidad e independencia. En el plazo que dicte el tribunal arbitral, las partes informarán al tribunal arbitral de toda objeción que pudieran tener respecto de las cualificaciones, la imparcialidad o la independencia del perito. El tribunal arbitral decidirá sin demora si acepta esas objeciones. Tras el nombramiento de un perito, una parte podrá formular objeciones sobre las cualificaciones, la imparcialidad o la independencia del perito únicamente cuando dicha parte base sus objeciones en hechos de los que se haya percatado después del nombramiento del perito. El tribunal arbitral decidirá sin demora las medidas que quepa eventualmente adoptar.

Si bien el Tribunal tiene amplios poderes de nombramiento de peritos, siendo el mismo quien decide en caso de alguna objeción, las partes tienen el derecho de manifestarse en contra cuando les parece que el profesional nombrado por el árbitro no es imparcial o independiente. En lo tocante a la documentación que el perito necesite, para evacuar su encargo el Tribunal podrá de oficio solicitar a las partes que lo dispongan, decidiendo aun cuando exista cualquier diferencia entre una parte y el perito acerca de la pertinencia de la documentación o información requerida, conforme artículo 29.3.

Las Reglas de la IBA, así como la Ley UNCITRAL, determinan que el Tribunal debe siempre consultar a las partes antes de nombrar los expertos independientes y que las partes pueden objetar la independencia y/o imparcialidad del profesional elegido por el Tribunal.

Con todo, resulta interesante tener presente la regla de la IBA, de su artículo 6.3, que dice que “la autoridad del Perito designado por el Tribunal Arbitral para solicitar acceso a la información será la misma que la del Tribunal Arbitral”.

Por consiguiente, el perito tiene poderes tanto para solicitar los documentos que necesite como para informar al Tribunal sobre “cualquier falta de cumplimiento por una Parte de la correspondiente petición o decisión del Tribunal Arbitral y describirá sus efectos sobre la valoración del asunto sobre el que debe dictaminar”. Sobre el particular resulta útil también tener presente la facultad del Tribunal establecida en el artículo 9.4 de las Reglas de la IBA, que establece que si una parte se niega a suministrar, sin explicación satisfactoria un documento que el Tribunal ha ordenado presentar, éste podrá inferir que tal documento es contrario a los intereses de esa parte. Por su parte, sobre el particular, el artículo 25.4 del Reglamento de la ICC sigue las mismas directrices del reglamento UNCITRAL y de la IBA, permitiendo que el Tribunal nombre uno o varios peritos, previa consulta a las partes. De forma distinta se prevee en el reglamento de la ICDR (artículo 22) y el reglamento de la LCIA (artículo 21), pues nada dicen sobre la necesidad de que el Tribunal consulte previamente a las partes antes de nombrar sus expertos.

El hecho de que el Tribunal no consulte a las partes previamente tiene sus ventajas y desventajas: La ventaja es que cuando el Tribunal no consulta a las partes, evita retrasos en conceder a ellas tiempo para que objeten. Sin embargo, tiene la desventaja de que, posteriormente, las partes objeten el informe pericial por no estar de acuerdo con el profesional designado. En ese sentido, tal como explican Alan Redfern y Martín Hunter, la elección de uno o más expertos y la formulación de las tareas que se le asignan son cuestiones sobre las que el Tribunal Arbitral puede querer consultar a las partes o no.

Por último, al respecto, el Reglamento de Arbitraje de la CAM Santiago, en su artículo 25, de la misma forma que el

posibilita al Tribunal nombrar peritos de oficio, sin tampoco hacer referencia a la previa consulta a las partes.

3) Conclusiones

De acuerdo con los principales reglamentos arbitrales, a pesar que las partes tienen libertad para establecer las reglas a que están dispuestas a someterse en un arbitraje, es muy difícil que puedan evitar que el Tribunal tenga facultades de oficio en cuanto a la producción probatoria. Por lo tanto, siempre que el Tribunal tuviere dificultad en entender determinados hechos, va a solicitar a las partes más medios de pruebas que le ayuden a formar su convicción. Para evitar actuaciones de manera arbitraria, es siempre mejor que el Tribunal consulte a las partes antes de actuar de oficio, tanto en la solicitud de pruebas, como en el rechazo a éstas.

En el primer caso, generalmente, el tribunal no tendrá mayores problemas; en el segundo sí, pues es poco probable que el Tribunal impida que una parte presente pruebas que pueden ayudar a determinar la verdad de los hechos controvertidos, ya que se afectaría el derecho esencial de la parte a presentar su caso.

Es por ello que a pesar que el Tribunal entienda que una prueba no es necesaria, debe consultar a las partes e intentar que ellas mismas entiendan y opten por no producir dicha prueba.

Por último no se puede olvidar que, muchas veces, en la conducción de la prueba arbitral, al decretar pruebas de oficio, el Tribunal busca mantener el procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de la prueba, dentro de su rol proactivo para un mejor desempeño en términos de tiempo y costos.

25 REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY. Ob Cit., p. 442.