

## MEDIDAS PROBATORIAS DE OFICIO EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

### 1. Introducción

Los tribunales arbitrales en las controversias comerciales internacionales están generalmente investidos por los reglamentos más utilizados de una amplia discreción en cuanto a la conducción del procedimiento, flexibilidad que les permite atender las individualidades propias de cada disputa y la adaptación de ese procedimiento a las circunstancias del caso.

Sin embargo, esta ausencia de reglas mandatorias para el tribunal y para las partes provoca naturalmente un vacío legal que suele llenarse con referencias a normas legales de procedimiento o a soft law y que en no pocas situaciones deriva en cuestionamientos de los litigantes a la actuación de los árbitros o derechamente a planteos de nulidad del laudo final.

Con todo, es precisamente esta flexibilidad la más celebrada virtud del arbitraje y el evidente uso circunscripto de ella por los tribunales explica el suceso de la solución privada de los conflictos en el ámbito comercial transnacional.

Uno de los más trascendentes aspectos de la actividad discrecional del tribunal arbitral en el procedimiento internacional, está dado por el ejercicio de la facultad de disponer la obtención de prueba por propia iniciativa.

En este artículo examino pues el fundamento legal y las consecuencias procesales y sustanciales de las medias probatorias adoptadas sua sponte por el tribunal arbitral.

### 2. Facultad del Tribunal Arbitral para ordenar pruebas sua sponte

La doctrina en esta materia está conteste en que los árbitros están inherentemente investidos del poder de ordenar espontáneamente a la partes la producción de prueba.

En la práctica, además, lo hacen constantemente.

En algunos reglamentos arbitrales, ese poder está explícitamente conferido. A modo de ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) (2012) habilita a los árbitros a ordenar a cualquiera de las partes la producción de prueba adicional (artículo 25 (5)): las reglas de London Court of International Arbitration, lo permite previa consulta con las partes (LCIA, 2014, artículo 22.1 v) El Centro Internacional de Resolución de Disputas (ICDR 2014, artículo 20.4) también autoriza a ordenar a las partes la presentación de ciertos documentos u otras pruebas, en tanto el Reglamento 2012 de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) agrega a dicha facultad expresamente la de disponer toda otra medida de prueba que consideren pertinente en adición a las ofrecidas por las partes (artículo 49.a).

En similares términos se expiden otros

<sup>1</sup> (\*) Árbitro, consultor y docente universitario. Abogado, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Master of Laws (LL.M), Cornell University, Nueva York, EUA. Profesor Titular del Seminario de Arbitraje Comercial Internacional en la Universidad del Salvador, Buenos Aires, Argentina. Publicaciones recientes: El error de derecho como exceso de jurisdicción. (Doctrina Judicial LA LEY Buenos Aires, Año XXVI, N°. 35, p. 2355), Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC) ([www.foresjusticia.org.ar/carat/Documento](http://www.foresjusticia.org.ar/carat/Documento)). - El Arbitraje en el proyecto de reforma legislativa (Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Volumen 72, N°. 1). - Terceros en el arbitraje. La situación del asegurador. (Doctrina Judicial LA LEY, Buenos Aires, Año XXVIII, N° 26, pag. 1) - Notas sobre la necesidad de una ley de arbitraje comercial. (Doctrina Judicial LA LEY, Suplemento de la Universidad del Salvador, 2013 N° 1, ) Notas sobre arbitraje y jurisprudencia (Revista Arbitraje PUCP, 2014)

reglamentos trascendentes como las SIAC Rules (2013) artículo 24.g; CIETAC Rules (2012) artículo 41.1; las Reglas Suizas de Arbitraje Internacional 2012, artículo 24.3; la Convención del CIADI cuyo artículo 43(a) habilita al tribunal a requerir a las partes la presentación de documentos “salvo acuerdo en contrario” etc.

En el Reglamento CNUDMI modificado en 2010, se permite al Tribunal arbitral, como lo hacía en su versión anterior, exigir a las partes la presentación de documentos u otras pruebas<sup>2</sup>

Por su lado, las Regla de la International Bar Association (IBA) sobre Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional (2010) expresamente permiten al tribunal arbitral requerir a cualquiera de las partes la presentación de documentos.

En cuanto a leyes nacionales, la Ley Modelo CNUDMI no prevé la facultad de los árbitros para actuar ex officio en la investigación de los hechos o de la ley, aunque su artículo 24.3 implícitamente admite que el tribunal puede por sí mismo llevar a cabo esa investigación en tanto la evidencia obtenida sea comunicada a las partes<sup>3</sup>

La Ley Federal de Arbitraje de los Estados Unidos (Sección 7), la ley suiza de Derecho Internacional Privado (artículo 184) y el Código de Procedimiento Civil de Francia (artículo 1467) habilitan expresamente la actuación e iniciativa del tribunal arbitral en materia de prueba.

En resumen, se presenta incuestionable que en un arbitraje, el tribunal actuante tiene naturalmente facultades para instruir la causa con medidas de prueba de propia concepción, en aras de procurar la verdad material sobre los hechos o lograr un acabado conocimiento del derecho.

<sup>2</sup> Sobre los alcances de esta disposición reglamentaria véase Perales Viscasillas, Pilar en Nuevo Reglamento de Arbitraje CNUDMI 2010, Ed. Legis, 2011, página 278.

<sup>3</sup> Conf. Friedland, Paul, Fact Finding by International Arbitrators – The Issue of Sua Spote Calls for Evidence (ASA Conference materials, Feb 2015)

<sup>4</sup> Rivera, Julio César. Arbitraje Comercial Doméstico e Internacional, Ed. Lexis, 2010, página 462/3

<sup>5</sup> Sobre esta distinción véase Landolt, Phillip Arbitrators` Initiatives to Obtain Factual and Legal Evidence en Arbitration International , volumen 28 No. 2 pagina 173 y ss.

Incluso con respecto a aquellos reglamentos en los cuales se prevé únicamente la exigencia arbitral espontánea de documentos a las partes, la principal doctrina sostiene que la facultad instructoria del tribunal arbitral está implícita en la conducción general del procedimiento y que las medidas ex officio admitidas se refieren a toda clase de pruebas<sup>4</sup>.

### **3. Distinción entre prueba de hecho y prueba legal**

Desde una perspectiva internacional del arbitraje, considerando las filosofías jurídicas del derecho continental y del anglosajón (Common Law), la prueba que incumbe a las partes puede en algunos casos estar dirigida a acreditar no solo hechos relevantes sino la aplicabilidad de reglas de derecho.

De modo que debe entenderse que la facultad instructoria de los árbitros en punto a su propia iniciativa en materia de prueba se extiende implícitamente a la prueba del derecho.

En el mundo jurídico continental, el conocido principio iura novit curia incide sobre esta distinción aunque los efectos en el procedimiento no deberían diferir mayormente.

En este trabajo me refiero únicamente a la iniciativa “positiva”, es decir aquella en la que el tribunal manifiesta interés en la producción de prueba específica o adicional. Por oposición a la iniciativa “negativa” en la cual el tribunal decide la innecesaridad de cierta evidencia y oblitera su producción<sup>5</sup>.

La cuestión central aquí es como deben ejercer los árbitros su facultad discrecional para obtener prueba del derecho o de los hechos. En el sistema continental se adopta

una variada gama de recursos para obtener ambos tipos de prueba, en tanto se espera del tribunal judicial o arbitral el ejercicio activo de la iniciativa. En el sistema de Common Law las partes tienen virtualmente la exclusiva responsabilidad de presentar la evidencia sobre la que descansan sus postulaciones incluso en cuanto se refiere al derecho.

Solo en pocas ocasiones la corte adoptara la iniciativa para suplir o complementar aquello que las partes han acercado como evidencia. Esta sustancial diferencia determina que en el arbitraje comercial internacional el alcance de la facultad del tribunal para producir prueba por iniciativa propia habrá de ser cotejada con prismas diversos. Sin embargo y como es el objeto del siguiente capítulo, en ambas filosofías jurídicas campea con respecto al arbitraje el principio de la autonomía de la voluntad y de la primacía de la iniciativa de las partes en el establecimiento de los hechos relevantes y del derecho aplicable.

#### **4. Límites a la iniciativa de los árbitros**

Así como no puede controvertirse que un tribunal arbitral adopte medidas para establecer claramente los hechos o el derecho, el ejercicio de este poder reconoce limitaciones propias de un procedimiento originado en la autonomía de la voluntad de las partes<sup>6</sup>.

Esta autonomía se entiende normalmente limitada a los requerimientos de las partes expresados en sus acuerdos de procedimiento o de otra naturaleza, sin embargo en el arbitraje internacional este concepto de autonomía es conceptualmente mucho más rico y conduce a sugerir que cada parte actúa con un mínimo de limitaciones establecidas fundamentalmente por el consecuente e idéntico derecho de la otra parte.

En general, la iniciativa de los árbitros en materia de captación de prueba – especialmente de prueba fáctica- debería en este concepto ser ejercida con gran cautela y excepcionalmente. Por lo general las partes de un arbitraje esperan ejercer su autonomía en todo lo razonablemente posible. Cualquier iniciativa del tribunal arbitral afectara la

autónoma de las partes, sin contar la adición de tiempo y costos y el desfavor de la parte perjudicada por la conducta proactiva del tribunal.

La iniciativa arbitral en materia de prueba inyecta a demás cierta incertidumbre en el proceso. El proceso arbitral, aun bajo la filosofía legal continental, transita el criterio adversario según el cual las partes deben presentar y sostener su caso bajo control recíproco sin que el tribunal arbitral interfiera en la sustancia ni procure compensar la incapacidad o inoperancia de una de las partes para establecer la base de sus alegaciones.

En el trazado de los confines de la difusa facultad arbitral de indagar sua sponte, es menester a mi juicio volver sobre la distinción entre prueba del derecho y prueba de los hechos.

La prueba del derecho efectuada por las partes no debería, por su imprecisión o impropiedad, conducir a los árbitros al dictado de un laudo completamente apartado del derecho que están llamados a aplicar. Esto es mucho más contrastante cuando se trata de un tribunal habitualmente compuesto por juristas que allende su formación nacional poseen una básica versación legal que les permite aproximarse a otro sistema jurídico con debida diligencia. Siempre evitando sorprender a las partes, los árbitros tienen con respecto al derecho aplicable una vasta discreción para establecer la norma o conjunto de normas necesarias para decidir la cuestión.

En cuanto a la prueba de los hechos, cabe distinguir dos categorías de casos.

En una primera categoría de casos, militan aquellos imbuidos de aspectos de orden público que no fueron explorados adecuadamente por las partes o incluso traídos a colación. Un ejemplo de este tipo de casos involucraría un contrato u otra transacción bajo el análisis arbitral que hubiera sido obtenida mediante corrupción u otro modo doloso.

<sup>6</sup> Véase W.W. Park, *Arbitration of International Business Disputes*, Oxford 2006 /2012 Cap. I-3

La otra categoría de casos, son aquellos en los cuales los árbitros pueden alterar la implícita distribución de la carga de la probatoria. Me refiero a ambos enseguida.

## 5. Cuestiones de orden público

En el caso CIADI Metal Tech v. Uzbekistan, el estado litigante informó al tribunal que el contrato invocado por la contraparte había sido obtenido mediante sobornos, detalle que fue confirmado durante una audiencia.

Frente a esta grave insinuación, el tribunal arbitral dispuso la producción de pruebas adicionales que condujeron a la convicción de que el acuerdo fundante del reclamo de Metal Tech era en realidad un vehículo para pagos ilegales a funcionarios públicos.

El tribunal CIADI entendió que la facultad de actuar ex officio que le confiere el artículo 43 de la Convención puede ser ejercida con independencia de las alegaciones de las partes o de la etapa procesal del juicio.

En el caso Metal Tech, la cuestión de orden público emergió por la introducción de una de las partes y el tribunal se vio compelido a ahondar en el tema para que no cohonestara un delito conocido durante el pleito. El análisis no es tan lineal si la sospecha del tribunal arbitral es una mera conjetura sobre la cual no hay ni evidencia ni argumento. Como dicen Redfern y Hunter<sup>7</sup> no es deber del tribunal arbitral asumir un rol inquisitivo y procurar oficiosamente pruebas de corrupción cuando ésta no ha sido alegada. Con el mismo énfasis, Born<sup>8</sup> agrega que el tribunal no debe proceder como un fiscal privado o juez de instrucción buscando evidencia de delito y apartándose de su mandato original del árbitro.

Otra hipótesis de correcta actuación sua sponte tendría lugar cuando los árbitros advierten la futilidad del procedimiento, meramente tendiente a documentar un acuerdo espurio entre las partes. El tribunal

arbitral no debería prestarse a un fraude y quedar rehén de las partes con un propósito delictivo<sup>9</sup>.

Si bien se trata de casos excepcionales, el término fijo de la recta apreciación del tribunal está dado por su obligación, expresa o implícita en la ley o el reglamento aplicables, de dictar un laudo válido y ejecutable.

Indicios no investigados de un fraude podrían determinar la inejecutabilidad del laudo si en la etapa correspondiente una de las partes alega y prueba la violación del orden público del país en el que se pretende hacer valer la decisión, tal como lo permite expresamente la Convención de Nueva York de 1958.

Corolario de lo analizado aquí es que el delicado equilibrio entre ceñirse al mandato arbitral de resolver los puntos controvertidos y convalidar el eventual fraude urdido por una o varias de las partes de un arbitraje, comporta un fino ejercicio de prudencia y previsión, en el que se combinan incluso aspectos de costos y tiempos de compleja disquisición.

En cualquier caso, la decisión inquisitiva del tribunal debe ser adoptada con audiencia de las partes y si es posible, con su consentimiento.

## 6. La carga de la prueba y la prueba de oficio

Fuera del ámbito del orden o el interés públicos involucrados en el arbitraje comercial, se presentan a su vez dos tipos dentro de la categoría general de cuestiones meramente privadas.

La primera de ellas estaría dada por la curiosidad del tribunal sobre un hecho no explorado por las partes. En teoría, como dice Friedland<sup>10</sup>, esa curiosidad podría ser tomada por los litigantes como expresión neutra de los árbitros sobre su interés en un punto que no fue abordado por ellos o ha sido objeto de prueba insuficiente.

<sup>7</sup> Redfern, Alan y Hunter, Martin, *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (1999) Cap. 3, No. 28

<sup>8</sup> Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*, Ed. 2014, Volumen II, páginas 1887 y siguientes

<sup>9</sup> Redfern y Hunter, op.cit. pág. 338

<sup>10</sup> Op. cit. p. 4

Sin embargo y como agudamente señala el citado autor, nada es neutro en el arbitraje y si los árbitros enfocan su sponte en una cuestión novedosa, ésta será o terminará siendo a favor de una de las partes y para el detrimento de la otra. La carga de la prueba conlleva en definitiva las cargas implícitas de la alegación y de la persuasión y los árbitros estarían de algún modo sacrificando la dinámica probatoria que aceptaron respetar con el mandato arbitral si tomaran la iniciativa de introducir cuestiones y probar hechos que los interesados no quisieron o no pudieron argüir.

En estos casos, los árbitros deberían sopesar si la cuestión cuya colación o prueba creen que falta afecta la rectitud técnica del laudo o su ejecutabilidad. No parece muy discutible que los árbitros tienen el deber de emitir un laudo tan técnicamente correcto como ejecutable y que ambas virtudes son parejamente trascendentes. Sin embargo, los árbitros tienen el deber también de ser justos en el procedimiento y ello queda comprometido si quienes deben juzgar suplen la impericia de los litigantes.

Hay muchas razones por las cuales una de las partes falla en la invocación o prueba de una circunstancia relevante. No advierto una justa razón por la cual el árbitro pueda investirse del carácter de litigante para hacer lo que éste no hizo, incluso por negligencia o ignorancia, si con ello no se afecta la validez o ejecutabilidad del laudo, a menos que compruebe la reticencia o mala fe de la parte contraria.

Finalmente, cabe anotar que la proactividad arbitral en el decurso probatorio no conduce necesariamente al descubrimiento de la verdad ni al correcto desenlace de la materia sub lite. Al contrario, la interferencia del tribunal en el balance probatorio puede provocar mayores desestabilizaciones que el árbitro debe reparar porque él mismo las causó sin tener siquiera la certeza de haber alcanzado la cima de la justicia.

Más aún, la sobreactuación impromptu del tribunal arbitral en beneficio de una de las partes o a pedido de ésta podría derivar en un

planteo nulificante por errónea conducción del procedimiento y vulneración del principio de trato igualitario a las partes.

## **7. La carga de la prueba del derecho y las diferencias culturales**

Los árbitros y abogados formados en el derecho continental asumen que el derecho es conocido por el tribunal y es provincia de éste. De modo que una cuestión puramente jurídica –asumiendo que las haya– en una contienda en el mundo del derecho civil, habrá de ser resuelta por los árbitros con prescindencia o con menor consideración de las alegaciones de las partes al respecto.

En un ámbito dominado por el common law, los árbitros adoptarán la posición más convincente que haya sido expuesta en el pleito por las partes.

La selección de una u otra forma de establecer la “verdad jurídica” de la materia litigiosa no debería resultar de la mera postura de los árbitros sino de una adecuada y prudente apreciación de las expectativas de las partes.

En el arbitraje internacional y aun considerando esas diferencias culturales, puede afirmarse sin mayor hesitación que la responsabilidad y la iniciativa para obtener evidencia fáctica o jurídica recae en los litigantes y no en los árbitros. Y ésta es, sin duda tampoco, la expectativa de quienes optan por el arbitraje en lugar de localizar el conflicto en un tribunal estatal.

Obsérvese que los códigos procesales civiles de los países del derecho continental confieren a los tribunales casi todo el poder en materia de prueba de los hechos, mientras que directamente obliteran la prueba del derecho por inoficiosa.

Ello no apareja, en sentido inverso, que los árbitros no puedan ahondar en cuestiones jurídicas con más profundidad que los litigantes mismos. Creo que deben hacerlo. Sin embargo, deben atender las expectativas de las partes dándoles la oportunidad de comentar sobre la novedad jurídica introducida por el tribunal y conjurar con

ello la frustración por la sorpresa y el trato injusto.

Ninguno de los principales reglamentos arbitrales aplicados usualmente en el arbitraje internacional adopta siquiera como *faute de mieux* una ley procesal vernácula. Los árbitros y litigantes prefieren referirse convencionalmente a *soft law*, incluso aquellos que provienen de la filosofía legal continental.

Ello propicia la conclusión de que en un orden jurídico arbitral internacional, la iniciativa de las partes en la alegación y prueba de los hechos y del derecho constituye la razón de ser del instituto y que los árbitros están obligados a atender esas expectativas en la medida que no se comprometa la validez o ejecutabilidad del laudo.

## **8. Prueba en cuestiones de jurisdicción y arbitrabilidad**

Se insinúa obvio que los árbitros deben tomar la iniciativa de obtener prueba jurídica con relación a su propia competencia, si ellos mismos o una de las partes la cuestionan.

El tribunal arbitral, como es sabido, no posee la exclusiva jurisdicción para determinar su propia jurisdicción. Si bien por el principio *kompetenz-kompetenz* se confiere al tribunal arbitral la decisión primigenia sobre la cuestión, ésta puede ser ulteriormente revisada por los jueces del estado, generalmente por aquellos con asiento en la sede del arbitraje o por aquellos que deciden sobre la validez del laudo.

La anulación o no ejecutabilidad de la decisión arbitral por falta de jurisdicción o de arbitrabilidad de la materia bajo la ley aplicable, crea en los árbitros una concreta obligación de establecer el marco jurídico atinente a su propia jurisdicción.

Se discute en doctrina si los árbitros pueden o deben encarar ese análisis por propia iniciativa o por el contrario han de atenerse a las alegaciones de una o de ambas partes al respecto<sup>11</sup> tal como parece resultar del Art. 16(1) de la ley modelo CNUDMI que establece

<sup>11</sup> Vid. Landolt, P. Op.cit. pp. 194/5

que las partes consienten la jurisdicción arbitral si no objetan temporáneamente.

En este aspecto, creo que ante la posibilidad de que el laudo sea inejecutable o nulo por falta de jurisdicción de los árbitros, éstos deben procurar por los medios probatorios necesarios y con audiencia de las partes, establecer la cuestión más allá de toda duda. Por lo general, las normas nacionales que establecen marcos jurisdiccionales en razón de la materia o de las personas son indisponibles o de orden público, de modo que la continuación del arbitraje sabiendo que el laudo no podrá ser ejecutado en una jurisdicción relevante podría incluso discernir la responsabilidad personal de los árbitros.

## **9. Colofón**

9.1. Como regla general y siguiendo la doctrina predominante citada en este trabajo, parece sensato esperar de los tribunales arbitrales que entienden en contiendas comerciales internacionales un temperamento mínimamente propenso a adoptar espontáneamente medidas de prueba de hechos no invocados por las partes.

9.2. Los hechos invocados pero probados en forma insuficiente o defectuosa no deberían tampoco prohijar medidas *ex officio*, a menos que el tribunal comprobara que el déficit tiene causa en la conducta reticente de la parte contra la cual se invoca el hecho y que bajo otras circunstancias podría determinar legítimamente una inferencia negativa.

9.3. Los árbitros tienen la facultad, especialmente conferida en los principales reglamentos arbitrales, para decidir sobre el derecho aplicable. Esta facultad debe ser ejercida con prudencia cualquiera sea la filosofía jurídica predominante. Los árbitros deben permitir a las partes presentar sus postulados jurídicos, producir pruebas para demostrar aspectos relevantes y controvertir oportunamente

9.4. Si el tribunal contempla la posibilidad de decidir la controversia con la aplicación

o referencia de normas, precedentes o principios no invocados por las partes, éstas deben ser oídas previamente.

9.5. El tribunal o el árbitro están llamados a constatar o a desechar mediante prueba de oficio cualquier alegación verosímil de la existencia de delito o violación de leyes aplicables indisponibles en algún elemento de la relación jurídica subyacente al pleito, en la inteligencia de que el laudo podría ser de otro modo insusceptible de ejecución.

9.6. Del mismo modo, el tribunal arbitral debe asegurarse por medios razonables, incluyendo prueba de oficio, de que el proceso arbitral no está siendo utilizado como instrumento o vehículo de fraude si tiene razones para sospechar de tal circunstancia.

9.7. El tribunal arbitral tiene implícita la facultad y eventualmente la obligación de tomar la iniciativa probatoria cuando su jurisdicción no esté claramente determinada en contra de leyes relevantes indisponibles, aun en ausencia de planteos de los litigantes.