

DISCOVERY ARBITRAL

Gonzalo Stampa

Madrid
2010

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOS.....	7
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO PRIMERO.....	17
I. DISCOVERY ARBITRAL, VERDAD LITIGIOSA Y PRUEBA	17
II. EL DISCOVERY ARBITRAL Y EL EQUILIBRIO ENTRE TRES VERDADES.....	23
1. PRUEBA PERSUASIVA Y VERDAD PROCESAL	24
2. PRUEBA COGNOSCITIVA Y VERDAD INSTRUMENTAL.....	26
3. PRUEBA FINALISTA Y VERDAD MATERIAL	28
III. DISCOVERY ARBITRAL, AUXILIO JUDICIAL Y SEDE	30
CAPÍTULO SEGUNDO	37
I. EL DISCOVERY COMO TÉCNICA PROBATORIA EN EL SISTEMA PROCESAL CIVIL BRITÁNICO	37
1. CONCEPTO Y FINALIDAD ORIGINAL: EL DEBER DE APORTACIÓN DOCUMENTAL INDISCRIMINADA	37
2. DE PERUVIAN GUANO A ASBESTOS: LA EVOLUCIÓN RESTRICTIVA HACIA EL DEBER DE INFORMACIÓN	39
3. LA REFORMA DE LORD WOOLF Y LA CONSAGRACIÓN DEL DISCLOSURE.....	41
II. EL DISCOVERY COMO TÉCNICA PROBATORIA EN EL SISTEMA PROCESAL CIVIL AMERICANO	44
1. CONCEPTO Y TIPOS.....	44
2. EL DEBATE ACERCA DE LA APLICABILIDAD DEL DISCOVERY EN APOYO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL.....	47
A. Alcance y contenido de la Sección 1782 del Título 28 del Código de Estados Unidos.....	47
B. La interpretación judicial de la Sección 1782 del Título 28 del Código de Estados Unidos.....	51
i. Primera etapa: el planteamiento de la cuestión (1994 a 1998).....	53
ii. Segunda etapa: hacia la doctrina <i>Intel</i> (1999 a 2004).....	56
iii. Tercera etapa: la consolidación de la jurisprudencia funcionalista (2006 a 2008).....	62
iv. Cuarta etapa: indefinición y retroceso (desde 2009).....	69
III. LA INFLUENCIA DE LA REGULACIÓN BRITÁNICA EN LA CONCEPCIÓN DEL DISCOVERY ARBITRAL	83
CAPÍTULO TERCERO	87
I. EL DISCOVERY ARBITRAL EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.....	89
II. LA UNIFICACIÓN DE ORGANISMOS MULTILATERALES	91
1. EL DISCOVERY ARBITRAL EN UNIDROIT	91
2. EL DISCOVERY ARBITRAL EN UNCITRAL	94
A. El Reglamento UNCITRAL.....	95

B. <i>La Ley Modelo</i>	98
III. LA UNIFICACIÓN DE ORGANIZACIONES PRIVADAS	102
1. CPR Y SU PROTOCOLO SOBRE REVELACIÓN DE DOCUMENTOS EN ARBITRAJES COMERCIALES	102
2. CIARB Y SU PROTOCOLO SOBRE DISCOVERY ARBITRAL DE DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.....	105
IV. EL DISCOVERY ARBITRAL EN LAS REGLAS IBA	105
V. EL DISCOVERY ARBITRAL EN LOS PRINCIPALES REGLAMENTOS Y LEGISLACIONES ARBITRALES	114
1. REGLAMENTOS ARBITRALES	116
A. <i>Reglamentos que confieren un poder discrecional a los árbitros</i>	116
i. Reglamentos de origen multilateral	117
ii. Reglamentos por ubicación geográfica	123
(a) Reglamentos europeos.....	123
(b) Reglamentos africanos	126
(c) Reglamentos asiáticos	127
(d) Reglamentos norteamericanos.....	129
B. <i>Reglamentos que regulan el poder de documentación de los árbitros como una facultad dependiente de las partes para su ejercicio</i>	130
2. LEGISLACIONES ARBITRALES	134
A. <i>Legislaciones arbitrales que otorgan competencia expresa al árbitro para el ejercicio de su poder de documentación</i>	134
B. <i>Legislaciones arbitrales que confieren el ejercicio del poder de documentación al árbitro</i>	138
C. <i>Legislaciones arbitrales que articulan el poder de documentación como una facultad del árbitro, ejercitable previo requerimiento de las partes contendientes</i>	141
CAPÍTULO CUARTO	143
I. LOS PRINCIPIOS SUSTANTIVOS DEL DISCOVERY ARBITRAL Y SUS REQUISITOS PROCEDIMENTALES	143
II. EL TRIBUNAL DE RECLAMACIONES DE IRÁN-ESTADOS UNIDOS: LECCIONES APRENDIDAS SOBRE EL DISCOVERY ARBITRAL	148
1. ORIGEN DEL TRIBUNAL DE RECLAMACIONES IRÁN-ESTADOS UNIDOS	148
2. CONCLUSIONES SOBRE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL DISCOVERY ARBITRAL	150
A. <i>La conducta del árbitro ante la tramitación del incidente de discovery arbitral</i>	150
B. <i>La función decisoria del árbitro</i>	152
III. LOS REQUISITOS PROCEDIMENTALES PARA LA CONCESIÓN DEL DISCOVERY ARBITRAL	158
1. SOBRE EL MOMENTO Y LA INSTRUMENTACIÓN DEL DISCOVERY ARBITRAL	158
2. SOBRE LOS COMPORTAMIENTOS PROCEDIMENTALES DE LAS PARTES	164
A. <i>Supuestos de oposición frontal a la petición de discovery y sus eventuales consecuencias</i>	165
B. <i>Supuestos de colaboración parcial</i>	168
C. <i>Supuestos de colaboración total</i>	169
3. SOBRE EL CONTENIDO Y LA FORMA DE LAS RESOLUCIONES ADOPTADAS	169

CAPÍTULO QUINTO	175
I. EL <i>DISCOVERY</i> ARBITRAL Y LA RELEVANCIA DE UN ASISTENCIA JUDICIAL EFICAZ	175
II. LÍMITES CONSTITUCIONALES: EL <i>DISCOVERY</i> ARBITRAL COMO EXPRESIÓN DE LA TUTELA ARBITRAL EFECTIVA	185
III. LA REGULACIÓN DEL <i>DISCOVERY</i> ARBITRAL EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y EN LOS REGLAMENTOS COMUNITARIOS	194
IV. EL ENCAJE DEL <i>DISCOVERY</i> ARBITRAL EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL	204
1. PLANTEAMIENTO	204
2. PRINCIPIOS	207
3. MECANISMOS PROBATORIOS ANÁLOGOS AL DISCLOSURE	210
A. <i>Anticipación de la prueba</i>	211
B. <i>Aseguramiento de la prueba</i>	213
C. <i>Diligencias preliminares</i>	215
D. <i>La exhibición de documentos</i>	221
4. CONCLUSIÓN.....	223
CAPÍTULO SEXTO	225
I. LA EVOLUCIÓN DEL PODER DE DOCUMENTACIÓN DEL ÁRBITRO EN LA LEGISLACIÓN ARBITRAL ESPAÑOLA	225
II. LA CONSOLIDACIÓN DE LA ARMONIZACIÓN REGULATORIA DEL ARBITRAJE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	231
1. PLANTEAMIENTO	231
2. LA LEY DE 1953 O LA REGULACIÓN DE UNA FIGURA CON «... ESCASOS Y LÁNGUIDOS TRIUNFOS...».....	232
3. UN ACERCAMIENTO CONSTRUCTIVO A LA LEY DE 1988.....	235
A. <i>Los objetivos de su elaboración</i>	235
B. <i>Los limitados avances en materia procedimental: el disimulado control judicial de la prueba arbitral</i>	237
C. <i>La LEC y la caducidad de la Ley de 1988</i>	242
III. LA LEY DE ARBITRAJE	243
1. SOLUCIONES PARA UNA NECESIDAD.....	243
2. LOS PRINCIPIOS INFORMANTES DE LA LEY DE ARBITRAJE.....	247
IV. EL PODER DE DOCUMENTACIÓN DEL ÁRBITRO: MEJORAS DE LA LEY DE ARBITRAJE FRENTE A SUS PREDECESORAS	251
CONCLUSIONES	269
FUENTES	275
I. JURISPRUDENCIA NACIONAL	275
II. JURISPRUDENCIA COMPARADA	279

III. LAUDOS	283
IV. BIBLIOGRAFÍA.....	285

CAPÍTULO PRIMERO

I. DISCOVERY ARBITRAL, VERDAD LITIGIOSA Y PRUEBA

13. *Qui factum adseverans onus subiit probationis* (La carga de la prueba incumbe al que afirma el hecho)⁸.

La prueba constituye el alma del proceso⁹. Articula la concurrencia de los dos elementos esenciales y diferenciados de toda controversia pautada: 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.

El derecho consuetudinario anglosajón y el derecho civil coinciden en identificar el objetivo primordial de la práctica de la prueba en la averiguación y determinación de los hechos litigiosos discutidos. Difieren, sin embargo, en su alcance.

⁸ Código de Justiniano, C. 4, 30, 10. Una máxima sobre cuya formulación se ha construido la doctrina de la carga de la prueba; una carga basada en el principio de que la parte que alegue un hecho debe probar su existencia, asumiendo su responsabilidad de decidir acerca de los instrumentos de los que pretenderá servirse durante el proceso para demostrar el fundamento de sus pretensiones. Carga recogida expresamente como principio informante del procedimiento arbitral en el Artículo 29.2 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid y en el Artículo 30.2 del Reglamento de Arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje y Equidad (AEADE). Cfr. Sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2003; de 3 de febrero de 2004; de 9 de mayo de 2007; de 12 de junio de 2007; de 20 de junio de 2007; y de 27 de junio de 2007.

⁹ 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. Sobre la base de este criterio nuclear y a salvo de eventuales particularidades, el arbitraje reconoce a las partes su facultad para estructurar conjuntamente el desarrollo de su procedimiento, en torno a tres trámites básicos:

- 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 tiene ante sí suficientes elementos de convicción para configurar su opinión decisoria: el laudo.

15. La prueba constituye, por tanto, el instrumento forense del que las partes disponen para conseguir que, durante el desarrollo de toda controversia pautada, 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...*»¹⁰.

¹⁰ BENTHAM, J., *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.

En la tramitación de todo incidente de *discovery* arbitral esta maestría exige de las partes que calibren con exactitud los medios de los que disponen para descubrir la fuente de la prueba, presentarla ante el árbitro y someter su contenido a la apreciación del dirimente. Afecta así –directa o indirectamente- las tres etapas procedimentales, en tanto que –como veremos- debe proponerse motivadamente por la parte interesada en la fase de alegaciones, debe declararse pertinente por el árbitro –practicándose por el árbitro o por las partes- en la fase de prueba y deben exponerse sus persuasivos resultados por la parte concernida al decisor en la fase de conclusiones.

La responsabilidad de las partes contendientes implica además facilitar su práctica, siempre que constituya un medio probatorio admitido. Responsabilidad especialmente relevante en aquellos supuestos en los que, con independencia de su condición procedimental, una parte se halle en mejores condiciones que la contraria para proporcionar al tribunal arbitral tales instrumentos de convicción¹¹.

16. Baste así, por el momento, con apuntar la existencia de una diferenciación esencial entre las tres concepciones vigentes de la prueba: (i) la constructivista o persuasiva; (ii) la instrumental o finalista; y (iii) la cognoscitiva o empírica. Ahondar en la completa comprensión de los motivos de la singular contraposición de cada una de estas concepciones y tratar de transponer sus conclusiones a la esfera judicial –y, dentro de ésta, al procedimiento arbitral- es una reflexión previa; esencial para la completa comprensión de la materia que aquí nos ocupa: el *discovery* arbitral. Una reflexión sociológica que para el Profesor Guasp constituye «...indudablemente, el punto de partida de cualquier investigación sobre un fenómeno jurídico, como el arbitraje...», en tanto que emana «...de las

¹¹ La doctrina de la carga dinámica de la prueba permite derivar presunciones de la conducta procedimental exhibida por las partes durante la contienda arbitral. Cfr. Artículo 29.6 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid; Artículo 30.6 del Reglamento de Arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje y Equidad (AEADE); Artículo 23.2 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Española de Arbitraje y Artículos 3.5 y 9.3; y Artículos 3.5 y 9.3 de las Reglas IBA de 2010.

*estructuras sociales sobre las que, después, el derecho monta sus peculiares artificios...»*¹².

17. Aunque pueda parecerlo, no nos encontramos ante un debate novedoso en sus términos generales; sí, por el contrario, escasamente analizado con rigor y profundidad, salvo investigaciones aisladas como la desarrollada por el sociólogo alemán Max Weber, como las reflexiones sobre materia probatoria –abocetadas por Jeremias Bentham¹³- o como los estudios sobre la prueba, elaborados por el Profesor Taruffo¹⁴.

18. Sirviéndose de una metodología precisa, Weber diseccionó los fundamentos de la cultura jurídica que comparten los operadores del Derecho. Certera separación a partir de la cual valoró la racionalidad de los medios de prueba disponibles, relacionándola con la conducta de las partes utilizada para facilitar el descubrimiento de la verdad a través de tales instrumentos. Conducta que, coordinada con los profundos cimientos religiosos de las diferentes culturas jurídicas analizadas, le permitieron aplicar su idea de racionalidad a esta materia; racionalidad concebida como la utilización de recursos empíricos para la obtención de conocimientos objetivos y verdaderos¹⁵.

19. Weber concibe la Justicia como un elemento racionalizable. Racionalización en la que impera la aplicación criterios específicos y peculiares de la civilización occidental, tamizados por el ángulo de aproximación utilizado para tal fin. Así, una misma cuestión podrá calificarse

¹² GUASP, J., *El arbitraje en el derecho español (Su nueva regulación conforme a la Ley de 22 de diciembre de 1953)*. Barcelona. Bosch. 1956, p. 14.

¹³ BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales*. Granada. Comares. 2001, Capítulo XIII, pp. 55-56.

¹⁴ TARUFFO, M., *La prueba de los hechos*. Madrid. Trotta. 2002; TARUFFO, M., «Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa», en 2006 (26) *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho* 250-271; TARUFFO, M., *La prueba*. Madrid. Marcial Pons. 2008; TARUFFO, M., *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago de Chile. Editorial Metropolitana. 2008; TARUFFO, M., *Consideraciones sobre la prueba judicial*. Madrid. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. 2009.

¹⁵ WEBER, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo: Volumen I*. 1ª Ed. Tlhuapan. Puebla. Premia editora de libros, S. A. 1979, pp. 1-206; WEBER, M., *Economía y sociedad*. 2ª Ed. México. Fondo de Cultura Económica Premia. 1964.

simultáneamente como racional o irracional, dependiendo de la metodología de aproximación utilizada para alcanzar esta conclusión. Para Weber, el racionalismo occidental moderno es el elemento diferenciador esencial de este proceso, defendiendo –en sustento de su razonamiento- la directa influencia del concepto de obligación moral y su diferente articulación en las religiones como el catalizador principal de la formación de la conducta¹⁶. Un razonamiento criticado, acaso chocante en el nihilismo que actualmente nos invade; pero, al fin y al cabo, profundo, fundamentado y digno, en consecuencia, de consideración en la materia que nos ocupa.

20. Dejando al margen cuestiones teológicas –cuya profundidad escapa al objeto de esta Monografía- Weber nos proporciona la clave para la comprensión del fundamento de los sistemas probatorios que aquí analizaremos. Nos sitúa en el centro del conflicto entre verdad formal y verdad real; entre verdad y prueba. Nos enfrenta a un debate permanentemente abierto en la esfera científica y, también, en la práctica jurídica. Un debate centrado en determinar si la verdad es un fin para la resolución del proceso o un instrumento para el esclarecimiento del origen de la controversia; determinación de la que depende, a su vez, la delimitación de las obligaciones que de una u otra concepción se derivan para las partes contendientes en su planteamiento y para el órgano decisorio, en el fundamento de la convicción en la que basa su decisión.

21. En definitiva, tanto el proceso judicial como el procedimiento arbitral se enfrentan a la solución de la dicotomía entre verdad formal y verdad real. Una dicotomía superada –al menos, en el arbitraje- mediante el desarrollo progresivo del Derecho de los Negocios Internacionales, asumiendo la validez

¹⁶ WEBER, M., *Economía y sociedad*. 2ª Ed. México. Fondo de Cultura Económica Premiá. 1964, p. 30 y ss. Para Weber el contenido más honroso del propio comportamiento moral consistía en la conciencia del deber en el desempeño de la labor profesional. En su opinión, su secuela más directa era el concepto ético-religioso de *profesión*; especialmente, en su acepción vigente en los credos protestantes, en tanto que referidos al cumplimiento terreno de los deberes que a cada quien obliga la posición que tiene en la vida como único vehículo para satisfacer a Dios. Frente a esta concepción protestante, la ética católica –basada en las normas evangélicas de *præcepta* y *concilia*- se limitaría a superar la moralidad terrena con el ascetismo monacal y con una «*ética de la intención*», amparada por el característico sacramento de la confesión para compensar su escasa suficiencia.

del *discovery* arbitral –como instrumento probatorio eficaz, a disposición de las partes- y consintiendo su uso limitado en el procedimiento arbitral.

La flexibilidad del procedimiento arbitral 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 enseñanzas, basadas en formaciones jurídicas adscritas al sistema de derecho consuetudinario anglosajón o a la tradición jurídica romano-germánica del sistema de derecho civil.

Como ya hemos apuntado, ambas tradiciones jurídicas manejan criterios formalmente distintos, aunque sustancialmente similares¹⁷; 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, pretendiendo mejorar su práctica e identificando –aunque haya sido de forma intuitiva- unos principios informantes –comunes a ambos sistemas jurídicos- a partir de los cuales se está desarrollando conceptualmente esta técnica probatoria arbitral autónoma¹⁸. El procedimiento arbitral constituye, por tanto, el escenario propicio para facilitar la adaptación de los fundamentos que inspiran esta institución probatoria documental de origen anglosajón a los principios informantes del procedimiento arbitral; para aprovechar, en definitiva, las ventajas de este enriquecedor mestizaje jurídico entre ambos sistemas jurídicos. Mestizaje en donde, en nuestra opinión, radica la belleza y la atracción de la institución arbitral.

¹⁷ TARUFFO, M., *La prueba, artículos y conferencias*. Santiago de Chile. Editorial Metropolitana. 2008, pp. 227-257; TRAMMER, H., «The Law of Foreign trade in the Legal Systems of the Countries of the Planned Economy» en SCHMITTHOFF, C., *The Sources of the Law of International Trade*. New York. Praeger. 1964, p.42.

¹⁸ Para una visión completa sobre la doctrina del *trunc commun* RUBINNO-SAMMARTANO, M., «The Channel Tunnel and the Tronc Commun Doctrine», en (1993) *Journal of International Arbitration*, 59-65; *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd.* [1992] 2 All E.R. 609; (1993) XXVIII *Yearbook of Commercial Arbitration* 446-456; GALLIARD, E. & SAUVAGE J., *Fouchard, Galliard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Dordrech. Kluwer Law International. 1999, §1457.

Stampa

abogados

Más información en:

info@stampaabogados.com

