

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 CUARTO

I. LOS PRINCIPIOS SUSTANTIVOS DEL *DISCOVERY* ARBITRAL Y SUS REQUISITOS PROCEDIMENTALES

184. 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 previsibilidad²⁵¹. Incita por

²⁵¹ Cfr. Sentencia de la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Madrid de 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. Según la Sentencia, 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. La habitual ubicación de las cláusulas arbitrales en los contratos –entre sus últimas disposiciones- es el resultado

tanto al desarrollo de una estrategia negociadora de las partes contendientes, dirigida 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 articulación eficaz de la convivencia forzosa entre árbitros y jueces de apoyo.

185. 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

de una curiosa mezcla entre recelo, hartazgo y desidia de los negociadores. Recelo hacia la cláusula arbitral, derivado del cerval e infundado miedo de los intervinientes al fracaso comercial, como si de una suerte de invocación al desastre se tratara. Hartazgo, porque es una cuestión que –siguiendo intuitivamente los principios de la ambigüedad constructiva– suele abordarse por las partes al final de intensas reuniones negociadoras; es decir, justo en el momento en el que el cansancio de los profesionales involucrados comienza a hacer mella en sus respectivos estados de ánimo. Desidia, porque los financieros encargados de negociar tales contratos centran sus objetivos en la consecución de otros aspectos más crematísticos que los meramente jurídicos.

La conjunción de estos tres factores apuntados implica que la redacción de estas cláusulas se deje al albur de asesores jurídicos, en ocasiones con una experiencia arbitral manifiestamente mejorable. Falta de interés que, unida a la natural querencia a la exhibición de los redactores de tales cláusulas, genera que las mismas apenas recojan al voluntad verdadera de la partes –ya entonces inmersas en burbujas celebrantes del éxito– o, de recogerla, fallen sin embargo en la referencia arbitral institucional. En el primer supuesto, nos encontramos ante cláusulas arbitrales válidas, pero sustancialmente inútiles, como la recogida en la Sentencia. En el segundo supuesto nos encontraremos ante las cláusulas que Eisemann definió acertadamente como patológicas, asimismo ineficaces.

Sirviéndose de una brillante interpretación literal de los términos de la cláusula arbitral, la Sentencia delimita acertadamente la jurisdicción del Colegio Arbitral a un campo mucho más estrecho del pretendido por sus integrantes y por la parte promotora del arbitraje: la de la estricta interpretación de las Cláusulas que instrumentan el Contrato. Así, la Sentencia nos invita 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.

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 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 arbitraje²⁵².

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 específicamente las circunstancias concurrentes en cada asunto, en relación con otras pautas doctrinales facilitadas por el desarrollo progresivo del Derecho de los Negocios Internacionales al que aludíamos en el Capítulo precedente. Una labor, por tanto, artesanal.

²⁵² HANNOITAU, B., «Document Production in International Arbitration: A Tentative Definition of Best Practices», en VV.AA., *Document Production in International Arbitration. ICC International Court of Arbitration Bulletin – 2006 Special Supplement*. Paris. International Chamber of Commerce Publications (676). 2006.

186. Sobre la base de las reflexiones que anteceden, la práctica arbitral forense permite identificar y enunciar los cinco principios sustantivos informantes del *discovery* arbitral: autonomía, disponibilidad, especificidad, supervisión y causalidad.

187. El principio de autonomía deriva de la propia naturaleza dispositiva del procedimiento arbitral. El *discovery* arbitral es una institución probatoria autónoma, característica del procedimiento arbitral. Constituye, por tanto, un medio de prueba autorizado por diversos ordenamientos jurídicos y reconocido por diferentes reglamentos arbitrales con demostrada solvencia. La naturaleza dispositiva del procedimiento arbitral fundamenta el principio de autonomía del *discovery* arbitral. Con la finalidad atenerse a la voluntad responsable de las partes, en toda solicitud el árbitro debe comprobar la concurrencia de alguna de estas cinco posibilidades, descartando –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.

188. El principio de disponibilidad afecta la flexibilidad de la concepción y del diseño de la tramitación del incidente de *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, siempre que nos encontremos ante materias probatorias no imperativas, el principio de disponibilidad autoriza a las partes a concebir y diseñar la tramitación del incidente de *discovery* arbitral, de forma responsable y adaptada a las necesidades de la controversia a determinar en vía arbitral.

189. El principio de especificidad articula el objeto del *discovery* arbitral. Una institución probatoria dirigida exclusivamente a la obtención 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 pertinente²⁵³. El árbitro debe comprobar la concurrencia en la solicitud de, al menos, los siguientes tres factores relevantes sobre la documentación pretendida: (i) su identificación, precisando razonablemente el documento interesado, su eventual localización y su contenido; (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

190. 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, en exclusiva, la legalidad y pertinencia de su contenido y de su alcance dentro de los límites del procedimiento arbitral y de la licitud y pertinencia de la prueba, 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.

191. 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 demostrar 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.

192. Como seguidamente analizaremos, estos principios sustantivos resultan tanto de la experiencia práctica articulada por el Tribunal de Reclamaciones de Irán-Estados Unidos, como del contenido de diversos laudos y resoluciones judiciales existentes sobre la materia. Ambos grupos de

²⁵³ *ADF Group Inc. v. United States of America* (Caso CIADI No. ARB (AF) 00/1). Tercera Ordenanza Procedimental de 4 de octubre de 2001, en <http://icsid.worldbank.org>, apartado 7.

documentos serán sistematizados a continuación, identificando asimismo los específicos requisitos procedimentales exigidos en la práctica para la correcta articulación de este tipo de incidentes probatorios.