

MARÍA JOSÉ MENÉNDEZ ARIAS
(COORDINADORA)

ANUARIO DE ARBITRAJE 2017

JESÚS ALMOGUERA	ELENA GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR
JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG	ANTONIO HIERRO HERNÁNDEZ-MORA
DAVID ARIAS	J. FÉLIX DE LUIS
JOSÉ ANTONIO CAÍNZOS FERNÁNDEZ	SILVIA MARTÍNEZ SASTRE
JAVIER DíEZ-HOCHLEITNER	MARÍA JOSÉ MENÉNDEZ ARIAS
MERCEDES FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ	FÉLIX J. MONTERO
ALBERTO FORTÚN COSTEA	MIGUEL MOSCARDÓ MORALES-VARA DE REY
JOSÉ LUIS GÓMARA	LUCAS OSORIO ITURMENDI
CARLOS GONZÁLEZ-BUENO	JESÚS REMÓN
CARLOS GONZÁLEZ PULIDO	MERCEDES ROMERO
JULIO GONZÁLEZ-SORIA	GONZALO STAMPA

INCLUYE LIBRO
ELECTRÓNICO
**THOMSON REUTERS
PROVIEW™**



CIVITAS



THOMSON REUTERS

CAPÍTULO 14

LA CONDUCTA DEL ABOGADO Y LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL*

FÉLIX J. MONTERO Y MERCEDES ROMERO

Socios de Pérez-Llorca

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Breve reseña sobre las diferencias existentes en materia probatoria entre los sistemas de «common law» y «civil law». 3. La conducta de los abogados en relación con la práctica de la prueba. 3.1. Las Directrices. 3.2. La prueba de testigos y peritos. 3.3. La exhibición documental. 3.4. Conductas indebidas por parte de los abogados en relación con la práctica de la prueba y sus consecuencias. 3.4.1. Medidas previstas en las Directrices frente a las conductas indebidas de los abogados. 3.4.2. Últimas decisiones arbitrales en casos ICC sobre consecuencias de los incumplimientos por las partes de sus obligaciones en materia de práctica de la prueba. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En arbitraje internacional, la fase probatoria se encuentra presidida por los principios de flexibilidad y autonomía de la voluntad, de forma que las partes y los árbitros disponen de la máxima libertad para determinar los diversos aspectos y reglas aplicables en materia de práctica de la prueba.

No obstante, dado que en arbitraje internacional habitualmente confluyen abogados, partes y árbitros de diferentes jurisdicciones y distintas tradiciones jurídicas, a menudo surgen cuestiones en cuanto a la conducta que deben seguir los abogados en relación con la práctica de la prueba —puesto que existen notables diferencias entre los sistemas de *common law* y *civil law*—, así como en cuanto a las normas deontológicas que deben resultar de aplicación.

* El contenido de este trabajo refleja exclusivamente el parecer de sus autores y no constituye opinión profesional ni asesoramiento jurídico alguno.

Fruto de la confluencia de los distintos modelos y tradiciones jurídicas, y con el objetivo de dar respuesta a los problemas existentes en materia probatoria en arbitraje internacional, surgen las Directrices de la *International Bar Association* («IBA») de 2013 sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional (las «Directrices») que proponen unos estándares de conducta dirigidos a los abogados representantes de las partes en el arbitraje internacional. Estas Directrices vienen a complementar y reforzar las Reglas de la IBA de 2010 sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (las «Reglas»), cuyo objetivo es proporcionar un procedimiento eficaz para la práctica de la prueba en arbitrajes internacionales entre partes provenientes de distintas tradiciones jurídicas.

Así pues, el principal objetivo de este artículo consiste en analizar las complicaciones que habitualmente se ocasionan en la fase probatoria del arbitraje internacional, ante la frecuente presencia de abogados y árbitros de diferentes jurisdicciones y sistemas jurídicos, así como ante las distintas normas de ética profesional que pueden resultar de aplicación. Asimismo, se analizarán las pautas recogidas en las Directrices sobre la conducta profesional que deben seguir los abogados cuando se enfrentan a la práctica de la prueba en el marco de un arbitraje internacional.

2. BREVE RESEÑA SOBRE LAS DIFERENCIAS EXISTENTES EN MATERIA PROBATORIA ENTRE LOS SISTEMAS DE «COMMON LAW» Y «CIVIL LAW»

Antes de adentrarnos en el análisis de las potenciales complicaciones que pueden surgir cuando abogados y árbitros provenientes de distintos sistemas jurídicos se aproximan a la práctica de la prueba en el marco de un arbitraje internacional, resulta interesante detenerse brevemente en los principales rasgos diferenciadores que caracterizan a los sistemas de *common law* y de *civil law*, para así poder comprender las implicaciones que estas diferencias tienen en la práctica de la prueba en arbitraje internacional.

En primer lugar, en los sistemas de *civil law* predomina el principio inquisitivo, caracterizado por una mayor presencia del Juez en la fase probatoria, quien adquiere un rol activo en la instrucción y obtención de las pruebas. Por su parte, en los sistemas de *common law* el principio acusatorio alcanza su máxima expresión. Así pues, las partes gozan de un amplio margen de actuación en la fase probatoria, relegando al Juez a un segundo plano, quien únicamente interviene para «*garantizar una confrontación correcta y*

*equitativa, pero manteniendo una actitud pasiva en cuanto al desarrollo sustancial de la misma y a su resultado finab*¹.

En segundo lugar, otra de las diferencias fundamentales radica en la organización y desarrollo de la fase probatoria. Los sistemas de *civil law* se caracterizan por la práctica de la prueba en «unidad de acto»² bajo la presencia del Juez. Por el contrario, en el *common law* la prueba se divide en dos fases: (i) el *pre-trial*, previo al acto del juicio, y cuya función se dirige a la obtención por las partes de la máxima información posible sobre los hechos relevantes para la disputa, mediante la práctica del *discovery*, sin la intervención del Juez; y (ii) el *trial*, cuyo objetivo es la presentación de la prueba ante el Juez y, normalmente, ante un jurado, y la práctica de la misma a través del mecanismo del *direct y cross examination*³.

En tercer lugar, existen grandes diferencias en cuanto a los estándares de admisibilidad de la prueba. Así, en los sistemas de *civil law*, para que la prueba propuesta por las partes pueda ser admitida por el Juez, se exige que ésta sea: (i) pertinente; (ii) útil para esclarecer los hechos controvertidos; y (iii) no prohibida por la ley⁴. En cambio, en los sistemas de *common law* «no se exige un vínculo de relevancia tan claro en relación con los hechos alegados al entablarse el procedimiento (en los *pleadings* iniciales) porque éstos son meramente indicativos y no delimitan definitivamente el debate procesal»⁵. Así pues, es necesario esperar hasta la fase del *trial* para que el Juez decida efectivamente sobre la relevancia y admisibilidad de la prueba.

Todo lo anterior evidencia las considerables diferencias existentes entre los sistemas de *common law* y de *civil law* en materia de obtención, admisibilidad y práctica de prueba. En el marco del arbitraje internacional tales diferencias adquieren un mayor significado, toda vez que en el seno del mismo convergen partes y árbitros con diferentes concepciones sobre la práctica de la prueba, lo que da lugar a ciertas complicaciones que han sido puestas de manifiesto en numerosas ocasiones por la comunidad arbitral.

(1) HERRERA PETRUS, C., «Reflexiones sobre el discovery y otros aspectos probatorios del common law en el arbitraje internacional desde la perspectiva del jurista continental», *Diario La Ley*, núm. 8829, 2016, pg. 3.

(2) Artículo 290 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil («LEC»).

(3) TARUFFO, M., «El proceso civil de “civil law”: Aspectos fundamentales», *Revista Ius e Praxis*, núm. 1, 2006, pgs. 69-94.

(4) Artículo 283 LEC.

(5) HERRERA PETRUS, C., *op.cit.*, pg. 5.

3. LA CONDUCTA DE LOS ABOGADOS EN RELACIÓN CON LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA

Imaginemos un arbitraje internacional en el cual la parte demandante esté representada por un abogado español y la parte demandada por un abogado estadounidense, estando compuesto el Tribunal Arbitral por tres árbitros procedentes de Francia, Inglaterra y Colombia. En este escenario surgen varias preguntas: ¿qué normas de ética profesional rigen la conducta de los abogados que intervienen en el procedimiento arbitral?, ¿se rige la conducta de cada abogado por las normas nacionales propias de cada una de las jurisdicciones implicadas en el arbitraje?, y ¿qué reglas deben aplicar los árbitros provenientes de tradiciones jurídicas distintas en materia de práctica de la prueba?

Las cuestiones planteadas son complejas y dar respuesta a las mismas no resulta una tarea fácil. Así pues, la IBA, tras consultar a la comunidad arbitral, adoptó las Directrices que pretenden servir como mecanismo para dar respuesta a las incertidumbres existentes acerca de qué reglas rigen la representación de parte en arbitraje internacional.

3.1. LAS DIRECTRICES

En el año 2008 el Comité de Arbitraje de la IBA estableció un Grupo de Trabajo sobre la Práctica del Abogado en el Arbitraje Internacional. El objetivo del Grupo de Trabajo consistía en detectar problemas relativos a la conducta de los abogados y representantes de parte en el arbitraje internacional que se encuentran sujetos a diversas normas potencialmente contradictorias⁶.

A tales efectos, y con el objetivo de evaluar las percepciones de los profesionales sobre las conductas éticas en arbitraje internacional, en el año 2010 se llevó a cabo una encuesta. La encuesta englobaba un amplio abanico de materias entre las que se encontraban los conflictos de interés, el *third-party funding*, las comunicaciones con potenciales árbitros, la preparación de testigos y el *discovery*, entre otras. Tal y como se recoge en el Preámbulo de las Directrices, la encuesta reveló un alto grado de incertidumbre entre los encuestados con respecto a las normas que rigen la representación de parte en el arbitraje internacional.

A modo de respuesta a las incertidumbres existentes y a sus implicaciones para el mantenimiento de la justicia e integridad del arbitraje interna-

(6) Preámbulo de las Directrices, pg. 1.

cional, el 25 de mayo de 2013 la IBA publicó las Directrices, cuyo objetivo consiste en proponer ciertos estándares de conducta en aquellos casos en que los abogados de las partes intervinientes en un procedimiento arbitral se encuentran sujetos a normas y reglas nacionales potencialmente contradictorias⁷. Tal y como se pone de manifiesto en el Preámbulo de las Directrices, «*el rango de normas y reglas aplicables a la representación de parte en arbitraje internacional puede incluir aquéllas de la jurisdicción del país de origen del representante de parte, las de la jurisdicción de la sede arbitral y las del lugar en el que tienen lugar físicamente las audiencias*». Así pues, las Directrices nacen con el fin de adecuar las diferencias legales y culturales existentes entre los participantes en el procedimiento arbitral, dada la naturaleza compleja y multinacional de las controversias.

No obstante, la aplicación total o parcial de las Directrices depende de que las partes así lo acuerden en el convenio arbitral o en un momento posterior. Asimismo, el Tribunal Arbitral también puede aplicar las Directrices, o utilizarlas como elemento orientador, con el fin de «*asegurar la integridad y justicia de los procedimientos arbitrales*»⁸. Si bien antes de que el Tribunal Arbitral decida sobre la aplicación de las Directrices se requiere que dé a las partes la oportunidad de pronunciarse al respecto.

Las Directrices recogen y complementan los principios establecidos en las Reglas. Así pues, mientras que las Reglas proporcionan mecanismos para la presentación de las pruebas y para el desarrollo de las audiencias, las Directrices determinan la conducta que los abogados representantes de las partes deben adoptar en dos escenarios específicos: (i) en relación con la exhibición de documentos (Directrices 12-17); y (ii) en relación con la interacción con los testigos y peritos (Directrices 18-25).

Además de las Directrices, han existido numerosos intentos previos de codificar los estándares de conducta aplicables a los abogados, por parte de reconocidos profesionales de la comunidad arbitral. De este modo, en el año 2011 R. Doak Bishop y M. Stevens propusieron el «*International Code of Ethics for Lawyers Practicing Before International Arbitral Tribunals*»⁹ (el «**Código Bishop/Stevens**»), en el que también se recogen ciertos principios en relación con la práctica de la prueba por parte de los abogados en el seno de un arbitraje internacional.

(7) Preámbulo de las Directrices, pg.1.

(8) Directrices 1-3, pg. 5.

(9) DOAK BISHOP, R., y STEVENS, M., «Advocacy and Ethics in International Arbitration: The Compelling Need for a Code of Ethics in International Arbitration: Transparency, Integrity and Legitimacy», *ICCA Congress Series*, vol. 15, 2010, pg. 391 y ss.

Así pues, dada la especial incidencia que tienen las Directrices para el objeto del presente artículo, a continuación se realizará un análisis detallado de los principios recogidos en las mismas, centrándonos en las recomendaciones relativas a la práctica de la prueba testifical y pericial y a la exhibición documental.

3.2. LA PRUEBA DE TESTIGOS Y PERITOS

Como se ha apuntado, las Directrices contienen ciertas previsiones destinadas a orientar la práctica de la prueba testifical y pericial. Ello puesto que en este ámbito la conducta de los abogados también puede dar lugar a particulares complicaciones dependiendo de las reglas deontológicas y profesionales que resulten de aplicación. En efecto, en los sistemas de *civil law* se considera que los abogados no deben discutir o preparar los testimonios de los testigos que vayan a prestar declaración en un procedimiento judicial¹⁰, en contraposición a algunos sistemas de *common law* en los que se considera que los abogados deben trabajar intensamente con los testigos a los efectos de preparar sus testimonios.

De hecho, las diferencias son tan acusadas que, dentro del ámbito del *common law*, existen reglas bien distintas sobre la preparación de testigos y peritos dependiendo del país del que se trate. Así pues, se entiende que si un abogado inglés ensaya con un testigo la declaración que fuera a prestar en un procedimiento judicial estaría violando la regla rC9.4 de su Código Deontológico¹¹. Por el contrario, un abogado americano violaría su Código Deontológico¹² y, por tanto, incumpliría sus deberes profesionales, si no se reúne con el testigo para la preparación de su testimonio.

Las Directrices contienen diversas reglas que proporcionan a los abogados ciertas pautas generales de conducta sobre la conducción de la prueba testifical y pericial. Tal y como se afirma en las Directrices, estas reglas surgen del deseo de los abogados que intervienen en arbitrajes interna-

(10) En España reunirse con el testigo para cuestiones de comportamiento en sala, empleo del lenguaje verbal y no verbal, y sobre todo, para conocer lo que el testigo sabe es completamente lícito. Sin embargo, no se puede preparar al testigo para que declare lo que el abogado quiere que testifique porque tal y como dice el artículo 360 LEC: «*Las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio*». Por lo tanto, el testigo únicamente puede declarar sobre lo que tiene conocimiento y el abogado no podrá inducirle a declarar sobre otras cuestiones.

(11) Regla rC9.4 del Código de Conducta del *Bar Council* de Inglaterra y Gales (2014): «*you must not rehearse, practise with or coach a witness in respect of their evidence*».

(12) American Law Institute Restatement of the Law Governing Lawyers §116 (2000): «*A lawyer may interview a witness for the purpose of preparing the witness to testify*».

cionales de conseguir «estándares más transparentes y predecibles de conducta en las relaciones con los Testigos y Peritos a efectos de promover el principio de trato equitativo entre las Partes». Así, las prácticas divergentes en materia de prueba testifical y pericial pueden amenazar la integridad y justicia del procedimiento arbitral.

Entre los principios recogidos en las Directrices sobre la práctica de la prueba testifical y pericial, destacan los siguientes:

- (i) la posibilidad de que el abogado representante de la parte ayude a los testigos en la preparación de su declaración testimonial (incluyendo las declaraciones escritas) y a los peritos en la elaboración de su dictamen pericial (Directriz 20); y
- (ii) la posibilidad de que un representante de parte se reúna o interactúe con los testigos y peritos a efectos de discutir y preparar sus futuros testimonios (Directriz 24). A este respecto, en el Comentario a las Directrices 18-25 se precisa que la preparación de los testigos podrá incluir una revisión de los procedimientos a través de los cuales se llevará a cabo el testimonio, así como la preparación para el *direct examination* y para el *cross examination*.

Sin perjuicio de lo anterior, de conformidad con las Directrices, en la preparación de los testigos y peritos los representantes de las partes deben:

- (i) asegurar que las declaraciones testificales reflejen la propia versión de los testigos sobre los hechos, eventos y circunstancias relevantes (Directriz 21);
- (ii) asegurar que los dictámenes periciales reflejen el propio análisis y opinión del perito (Directriz 22); y
- (iii) no incitar a los testigos a presentar pruebas falsas (Directriz 23).

Lo anterior pone de manifiesto la clara orientación de las Directrices hacia los modelos estadounidenses de práctica de prueba testifical y pericial en los que, como se ha apuntado anteriormente, se contempla la exigencia de que los abogados interactúen con los testigos y peritos a los efectos de preparar sus declaraciones testimoniales y periciales, so pena de incurrir en un incumplimiento de sus deberes éticos y profesionales en caso de no hacerlo.

Por otra parte, el Código Bishop/Stevens también aborda esta cuestión en la Regla 25¹³, determinando que los abogados podrán comunicarse con

(13) Regla 25 del Código Bishop/Stevens: «*Lawyers may communicate with a witness about facts and documents within the knowledge of that witness and about the witness' potential testimony,*

un testigo sobre hechos o documentos que el testigo conozca y en relación con el potencial testimonio del testigo. No obstante, la referida regla dispone que los abogados no pueden, directa o indirectamente, tratar de influenciar a los testigos para que presten un testimonio que no es exacto o verdadero.

A este respecto, en la Regla 25 del Código Bishop/Stevens se hace constar que la práctica de la prueba de testigos y peritos es una de las cuestiones que más debate ha suscitado debido a las palmarias diferencias existentes entre los diversos sistemas o tradiciones jurídicas. Del mismo modo, en el comentario se hace expresa referencia al sistema americano, en el cual se espera e incluso se considera éticamente necesario que un abogado se reúna con un testigo para la preparación de su declaración, en contraposición a los sistemas civilistas, en los cuales los abogados tienden a considerar que la preparación de testigos disminuye la fiabilidad de la declaración testifical¹⁴.

En efecto, los autores del Código Bishop/Stevens entienden que la informalidad que rodea al procedimiento arbitral fomenta los acercamientos con los testigos, y que los principios de transparencia y eficiencia que caracterizan al arbitraje internacional deberían desalentar conductas engañosas o incrementos de tiempo y costes en la preparación de testigos.

3.3. LA EXHIBICIÓN DOCUMENTAL

De forma similar a las recomendaciones en materia de práctica de la prueba testifical y pericial, las Directrices contienen ciertas previsiones relativas a la manera de llevar a cabo la exhibición documental. En este sentido, y a diferencia de las Reglas cuyo objetivo es determinar el alcance y pertinencia de la exhibición documental (artículos 3 y 9), las Directrices se centran en la conducta que deben seguir los representantes de las partes en relación con la exhibición de documentos (Directrices 12-17). Es decir, las Directrices se dirigen a complementar y reforzar las disposiciones sobre exhibición documental previstas en las Reglas.

but lawyers may not directly or indirectly seek to influence witnesses to give testimony that is not accurate or true».

(14) De hecho, a los abogados alemanes en general se les prohíbe cualquier comunicación previa al juicio con los testigos. De cara a adaptarse a las tendencias en arbitraje internacional han readaptado sus normas éticas sobre preparación de testigos, y se les permite en este contexto el contacto entre abogados y testigos antes de las vistas.

Así pues, un abogado proveniente de un sistema de *civil law* se aproximará a la exhibición documental desde una perspectiva radicalmente diferente a la que tendría un abogado del sistema de *common law*, toda vez que este último asociará la exhibición documental con la práctica del *discovery* –procedimiento inexistente en los sistemas civilistas–. En este sentido, y a pesar de que no se discute que los árbitros están facultados para ordenar a las partes la exhibición de los documentos que consideren relevantes, es poco frecuente que la exhibición documental ordenada por el Tribunal Arbitral tenga el mismo alcance que la prevista en los sistemas de *common law*¹⁵.

Lo anterior demuestra que, en el marco de un arbitraje internacional, es común que los abogados de las partes apliquen sus respectivos estándares nacionales de conducta profesional al procedimiento de exhibición documental. Si bien, ello puede dar lugar a ciertas complicaciones en el acceso a la información o a las pruebas, pudiendo «amenazar la integridad y justicia del procedimiento arbitral»¹⁶.

En este sentido, las propuestas recogidas en las Directrices 12 a 17 sugieren a los representantes de las partes que, ante una exhibición documental:

- (i) informen al cliente acerca de la necesidad de preservar documentos, en la medida de lo razonablemente posible, que pudieran ser potencialmente relevantes para el arbitraje (Directriz 12);
- (ii) expliquen a la parte a la que representan la necesidad de exhibir, así como las posibles consecuencias en caso de no hacerlo, cualquier documento que las partes se hayan comprometido a exhibir, o les haya sido ordenado exhibir (Directriz 14);
- (iii) aconsejen y ayuden a la parte a la que representan a efectos de asegurar que: (a) se ha hecho una búsqueda razonable de los documentos que la parte se ha comprometido a exhibir, o se le ha ordenado exhibir; y (b) que todos los documentos solicitados, y no sujetos a secreto profesional, sean exhibidos (Directriz 14).

Asimismo, las Directrices aconsejan a los representantes de las partes que: (i) no presenten u objeten solicitudes de exhibición documental sin fundamento alguno, cuyo único objetivo sea hostigar o dilatar innecesariamente el procedimiento (Directriz 13); y (ii) no eliminen u oculten, o aconsejen a una parte en este sentido, documentos que hayan sido soli-

(15) «Extracts from ICC Case Materials on the Taking of Evidence with References to the IBA Rules», *ICC Dispute Resolution Bulletin*, Issue 1, 2016, pg. 129.

(16) Directrices 12-17, pg. 11.

citados por la otra parte o que la parte a la que él o ella representa se ha comprometido exhibir, o se le haya ordenado exhibir (Directriz 16).

Por otra parte, a diferencia de las Reglas cuyo artículo 3 exige que los documentos cuya exhibición se requiere sean relevantes para el caso y sustanciales para su resolución, la Directriz 12 únicamente se refiere a documentos que pudieran ser «*potencialmente relevantes para el arbitraje*». Tal y como se afirma en las Directrices, el motivo de esa diferencia radica en que cuando un abogado informa a su cliente sobre la necesidad de preservar los documentos, es habitual que, en ese estadio del procedimiento, el abogado todavía no se encuentre en una posición adecuada para evaluar si los documentos podrían ser relevantes para la resolución del caso, por lo que debe aplicarse el estándar de «*posible relevancia*» para preservar y obtener los documentos.

Continuando en la línea de lo expuesto, el Código Bishop/Stevens también contiene una disposición relativa a la relación entre la conducta del abogado y la exhibición documental. Así pues, en la Regla 26¹⁷ se establece que los abogados no deben ocultar, o aconsejar al cliente que oculte, documentos cuya producción ha sido ordenada por el Tribunal Arbitral. Asimismo, la citada regla determina que los abogados tienen el deber de actuar con honestidad frente al Tribunal Arbitral, a la contraparte y al abogado de la parte contraria, respecto de los documentos cuya producción ha sido solicitada por la contraparte o cuya producción ha sido ordenada por el Tribunal Arbitral.

En la Regla 26 del Código Bishop/Stevens¹⁸ se constata que el *discovery* y el intercambio de información son, como la preparación de testigo, dos áreas en las que existen grandes diferencias entre sistemas de *civil law* y *common law*. Así, se afirma que el *discovery* es mucho menos común en la práctica de los países europeos y a menudo es vista como una suerte de «*fishing*

(17) Regla 26 del Código Bishop/Stevens: «*Lawyers may not conceal, or advise a client to conceal, documents that are ordered to be produced by the arbitral tribunal. Lawyers have a duty to the arbitral tribunal to be honest with it and the opposing party and counsel with respect to documents that are requested by the opposing party or ordered to be produced by the arbitral tribunals.*

(18) Regla 26 del Código Bishop/Stevens: «*Discovery and the exchange of information is, like witness preparation, another area of major difference between civil law and common law countries. Discovery is far less common in European practice and often viewed as a "fishing expedition" wasteful of both time and money. This Rule takes no position on the scope of discovery or document exchanges. Nor does it address the grounds on which a party may refuse to produce a document requested by the arbitral tribunal or an opposing party. But it does require that a party make an honest refusal to produce a document that can be judged on its merits, and not conceal or attempt to conceal documents in an effort to mislead the tribunal and/or the opposing party as to their existence or relevance.*

expedition» que conlleva una pérdida de tiempo y dinero. La Regla 26 no se pronuncia sobre el alcance del *discovery* o del intercambio de documentos, ni tampoco aborda los motivos por los cuales una parte podría oponerse a la producción de un documento solicitado por el Tribunal Arbitral o por la contraparte. Dicha regla requiere que la parte que se oponga a la producción de un documento lo haga de forma honesta, y que no oculte o trate de ocultar documentos en un intento de engañar al Tribunal Arbitral y/o a la contraparte sobre la existencia o relevancia de tales documentos.

3.4. CONDUCTAS INDEBIDAS DE LOS ABOGADOS EN RELACIÓN CON LA PRÁCTICA DE LA PRUEBA Y SUS CONSECUENCIAS

3.4.1. Medidas previstas en las Directrices frente a las conductas indebidas de los abogados

A pesar de que, como se ha expuesto, las Directrices constituyen meros principios de «*soft law*» que únicamente resultan de aplicación en la medida en que las partes así lo acuerden, se prevén ciertas sanciones para aquellos casos en los que los abogados incurran en conductas indebidas que supongan violaciones de las previsiones contenidas en las Directrices. De este modo, en la Directriz 26 se prevé que, ante una conducta indebida, el Tribunal Arbitral pueda:

- (i) amonestar al representante de parte¹⁹;
- (ii) formar presunciones contrarias («*adverse inferences*») a los intereses de la parte cuyo representante legal ha incurrido en la conducta indebida;
- (iii) asignar mayores costas del procedimiento arbitral a la parte cuyo representante haya incurrido en la conducta indebida; y
- (iv) tomar cualquier otra medida que sea necesaria a los efectos de preservar la justicia e integridad del procedimiento.

El propósito de estas medidas no es otro que preservar la justicia e integridad del procedimiento arbitral. De este modo, tal y como se hace constar en las Directrices, «*el Tribunal Arbitral debe buscar aplicar la medida, o combinación de medidas, más apropiadas, tomando en consideración la naturaleza y gravedad de la Conducta Indebida, la buena fe del Representante de Parte y de la Parte a la que representa, el impacto de la medida en los derechos de las Partes y la necesidad de preservar la integridad, efectividad y justicia del arbitraje, así como*

(19) Entendido como la facultad del árbitro o tribunal arbitral de recriminar de forma verbal o escrita a un abogado y requerir que cese en la conducta.

la *ejecutabilidad del laudo*²⁰. Es decir, el objetivo último de estas medidas es que el procedimiento arbitral se desarrolle de manera justa y adecuada.

No obstante, las medidas previstas en las Directrices para sancionar las conductas indebidas de los abogados no suponen ninguna novedad. Así, en el artículo 9 de las Reglas ya se prevé la posibilidad de que el Tribunal Arbitral pueda: (i) adoptar las medidas necesarias para permitir la presentación de la prueba (artículo 9.4 de las Reglas); (ii) inferir que el documento o prueba no presentado es contrario a los intereses de la parte que se opone a su presentación (artículos 9.5 y 9.6 de las Reglas); y (iii) tomar en cuenta el incumplimiento de la parte en la presentación de la prueba a los efectos de distribuir las costas del arbitraje (artículo 9.7 de las Reglas).

Por tanto, es evidente que las medidas previstas en las Directrices para sancionar las conductas indebidas de los abogados no suponen ninguna novedad o innovación, sino que simplemente vienen a complementar y reforzar las disposiciones contenidas en las Reglas a este respecto.

3.4.2. Últimas decisiones arbitrales en casos ICC sobre consecuencias de los incumplimientos por las partes de sus obligaciones en materia de práctica de la prueba

Son numerosas las ocasiones en las que, en el seno de un arbitraje internacional, las partes acuerdan la aplicación de las Reglas para llevar a cabo la práctica de la prueba. Así, dada la relevancia que estas Reglas tienen para la comunidad arbitral y su frecuente aplicación en los procedimientos arbitrales, en el «*ICC Dispute Resolution Bulletin*» (el «*Boletín ICC*») del año 2016²¹ se recogen una serie de extractos de casos ICC en los que se hace expresa mención a la aplicación de las Reglas, así como a las consecuencias derivadas del incumplimiento por las partes de sus obligaciones en materia probatoria.

A continuación realizaremos un breve análisis de las medidas más frecuentemente adoptadas por los Tribunales Arbitrales en los casos de incumplimiento por las partes de sus obligaciones, con respecto a la práctica de la prueba.

A. *Imposición de las costas del arbitraje*

De forma habitual los Tribunales Arbitrales se han pronunciado en el sentido de determinar que la conducta de las partes en relación con la

(20) Directrices 26-27, pg. 16.

(21) «Extracts from ICC Case Materials on the Taking of Evidence with References to the IBA Rules», *ICC Dispute Resolution Bulletin*, Issue 1, 2016, pgs. 127-176.

práctica de las pruebas puede tener su impacto en la imposición de las costas del arbitraje.

Así pues, en una Orden Procesal emitida por un Tribunal Arbitral en octubre de 2013²² se hizo constar que, en aplicación de las Reglas y apartándose del sistema del *discovery/disclosure* estadounidense, el Tribunal Arbitral inadmitiría las solicitudes de exhibición documental que no fueran relevantes o específicas. Asimismo, el Tribunal Arbitral puso en conocimiento de las partes que, en caso de no respetar los principios contenidos en las Reglas, podrían serles impuestas las costas del procedimiento arbitral.

Del mismo modo, en un Laudo emitido por un Tribunal Arbitral en noviembre de 2013²³ se accedió a las pretensiones del demandante relativas a la imposición de costas al demandado, toda vez que el Tribunal Arbitral entendió que el demandado había actuado de mala fe al haberse retrasado y haber incumplido su obligación de exhibir ciertos documentos, por lo que había sido en gran parte responsable de los costes ocasionados en el procedimiento arbitral.

Por último, interesa apuntar que en el Laudo final del caso ICC n.º 16695²⁴, en el que el demandado se negó a presentar determinados documentos y en el que se produjo la incomparecencia de dos de los testigos del demandado en la audiencia, el árbitro concluyó que debían imponerse las costas del arbitraje al demandado por su falta de colaboración en la práctica de las pruebas propuestas.

B. *Inferencias negativas*

Por otra parte, en numerosas ocasiones los Tribunales Arbitrales han acordado establecer inferencias negativas —o *adverse inferences*—, ante los incumplimientos de las partes de sus obligaciones de exhibición documental.

Así pues, en el Laudo final del caso ICC n.º 15583²⁵, el árbitro único se pronunció sobre la negativa del demandado de respetar la orden de exhibir ciertos documentos, a petición del demandante. En este sentido, el

(22) «Extracts from ICC Case Materials on the Taking of Evidence with References to the IBA Rules», *ICC Dispute Resolution Bulletin*, Issue 1, 2016, pg. 132.

(23) «Extracts from ICC Case Materials on the Taking of Evidence with References to the IBA Rules», *ICC Dispute Resolution Bulletin*, Issue 1, 2016, pg. 132.

(24) «Extracts from ICC Case Materials on the Taking of Evidence with References to the IBA Rules», *ICC Dispute Resolution Bulletin*, Issue 1, 2016, pg. 125.

(25) «Extracts from ICC Case Materials on the Taking of Evidence with References to the IBA Rules», *ICC Dispute Resolution Bulletin*, Issue 1, 2016, pg. 139

árbitro entendió que el hecho de que el demandado no exhibiera ciertos documentos conllevaba que los Tribunales Arbitrales pudieran establecer inferencias negativas. A tales efectos, el árbitro señaló que las inferencias negativas simplemente significan que, a la hora de valorar la relevancia de la documentación aportada y de decidir sobre la asignación de la carga de la prueba en aquellos casos en los que la documentación o información clave se encuentra bajo el control exclusivo de la parte que se niega a exhibir tal documentación, los Tribunales Arbitrales deberán tener en cuenta la resistencia de la parte a exhibir la documentación requerida.

Por el contrario, en el Laudo final del caso ICC n.º 16090²⁶, en el que se dilucidaron cuestiones relacionadas con prácticas de soborno y corrupción, el árbitro único decidió que, dada la especial sensibilidad que revisten estos temas, los Tribunales Arbitrales debían tener especial cuidado a la hora de establecer inferencias negativas, no accediendo a su establecimiento en este caso.

De forma similar al caso anterior, en el Laudo final del caso ICC n.º 16391²⁷, en el que el demandante se opuso a la exhibición de cierta documentación relacionada con las operaciones comerciales llevadas a cabo entre las partes, el árbitro único señaló que no se justificaba establecer inferencias negativas ya que, en las prácticas empresariales locales, los detalles de las transacciones comerciales se encuentran menos documentadas que en otros ámbitos.

Por último, interesa apuntar que, en relación con las inferencias negativas en la práctica del arbitraje internacional, ciertos autores han entendido que *«lejos de limitarse a una leve sanción del incumplimiento de una orden del tribunal arbitral, una presunción desfavorable puede resultar ser un elemento de prueba de gran valor que suple el vacío de aquellos hechos que no hubiesen podido ser demostrados de otro modo»*²⁸. No obstante, dado que el establecimiento de tales presunciones o inferencias negativas puede tener cierto impacto en las garantías procesales de los procedimientos, los Tribunales Arbitrales son normalmente reacios al establecimiento de las mismas.

(26) «Extracts from ICC Case Materials on the Taking of Evidence with References to the IBA Rules», *ICC Dispute Resolution Bulletin*, Issue 1, 2016, pg. 147

(27) «Extracts from ICC Case Materials on the Taking of Evidence with References to the IBA Rules», *ICC Dispute Resolution Bulletin*, Issue 1, 2016, pg. 150

(28) GREENBERG, S., y LAUTENSCHLAGER, F., «Adverse Inferences in International Arbitral Practice», *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, núm. 2, 2011, pg. 43.

4. CONCLUSIONES

Llegados a este punto cabe preguntarse si las Directrices vienen a poner solución a los problemas relativos a la conducta profesional del abogado que se enfrenta a la práctica de la prueba en el marco de un arbitraje internacional. En nuestra opinión la respuesta es que no lo hacen de forma completa, si bien es un avance.

A pesar de que, como se ha analizado, las Directrices pueden resultar una herramienta útil para afrontar la fase probatoria en un arbitraje internacional en el que se dan cita abogados y árbitros provenientes de sistemas jurídicos dispares, las Directrices siguen sin dar respuesta a las cuestiones fundamentales a las que se enfrentan los profesionales del arbitraje. Así pues, las Directrices no abordan la cuestión de qué normas de ética profesional deben aplicarse a la conducta de los abogados, por lo que las dudas continúan y la solución dependerá de cómo las partes y los tribunales arbitrales decidan aplicar las Directrices. Tampoco parece posible que las Directrices puedan establecer reglas sobre el estatuto personal del abogado en la medida en que se trata de un régimen perteneciente al Derecho público de los Estados y sujeto a régimen disciplinario.

Lo que sí es cierto es que parece que las recomendaciones relativas a la exhibición documental y a la prueba de testigos y peritos se inspiran en los sistemas de *common law*. Ello puesto que, tal y como se ha expuesto, en materia de exhibición documental se contempla un mecanismo cercano al *discovery* —al recomendar la preservación de documentos potencialmente relevantes para el arbitraje— y, en relación con la prueba de testigos y peritos se permite que los abogados ayuden en la preparación de las declaraciones testificales y dictámenes periciales.

Ciertamente, parece que un sistema similar al *discovery* estadounidense se va siguiendo cada vez más en relación con la prueba documental de manera especial en determinados sectores. A modo de ejemplo, resulta interesante hacer referencia a la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 *relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea* (la «Directiva de Daños»), en la que se propone un mecanismo de exhibición de pruebas semejante al recogido en las Reglas, si bien el régimen de exhibición regulado en la Directiva de Daños presenta diferencias respecto del modelo estadounidense. En este sentido, en virtud de lo previsto en el artículo 5 de la Directiva de Daños, los órganos judiciales

intervendrán activamente en el desarrollo de estos mecanismos de exhibición documental.

Asimismo, resulta interesante apuntar que la transposición de la Directiva de Daños tendrá un gran impacto en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que se prevé la introducción de una regulación totalmente novedosa en materia de diligencias preliminares y exhibición documental. En este sentido, son numerosos los autores²⁹ que consideran que los mecanismos de obtención y exhibición de documentos y pruebas previstas en nuestra actual Ley de Enjuiciamiento Civil son insuficientes en comparación con el régimen previsto en la Directiva de Daños. Así pues, en la propuesta para la transposición de la Directiva de Daños se han contemplado una serie de medidas de acceso a fuentes de prueba en procedimientos arbitrales y litigios extranjeros muy innovadoras que guardan semejanza con el mecanismo del *discovery*.

Por último, es necesario resaltar que de forma correlativa a la tendencia de exigir la exhibición de documentos, la regulación europea también toma en consideración el respeto a otros valores a la hora de reconocer el acceso a determinadas informaciones, como es, por ejemplo, la protección de los secretos comerciales.

Así la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016 *relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas*, regula, entre otras cuestiones:

- (i) La preservación de la confidencialidad de los secretos comerciales durante el proceso judicial (art.9.1); y
- (ii) Las medidas para preservar la confidencialidad que podrán adoptar las autoridades judiciales competentes, previa solicitud debidamente motivada de una de las partes (art.9.2), que son:
 - a. restringir a un número limitado de personas el acceso a cualquier documento que contenga secretos comerciales o supuestos secretos comerciales presentado por las partes o por terceros, en su totalidad o en parte;
 - b. restringir a un número limitado de personas el acceso a las vistas, cuando en las mismas puedan revelarse secretos comerciales

(29) HITCHINGS, P., MALO, M. Á. y LORAS, L., «La transposition de la directive 2014/104/UE relative aux actions en dommages et intérêts pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles», *Revue des Droits de la Concurrence*, núm. 2, 2015, pg. 25.

o supuestos secretos comerciales, y a las grabaciones o transcripciones de esas vistas; y

- c. poner a disposición de toda persona que no esté incluida entre el limitado número de personas al que se hace referencia en las letras a) y b) una versión no confidencial de la resolución judicial que se dicte, de la que se hayan eliminado o en la que se hayan ocultado los pasajes que contengan secretos comerciales.

5. BIBLIOGRAFÍA

- DOAK BISHOP, R., y STEVENS, M., «Advocacy and Ethics in International Arbitration: The Compelling Need for a Code of Ethics in International Arbitration: Transparency, Integrity and Legitimacy», *ICCA Congress Series*, núm. 15, 2010.
- GREENBERG, S., y LAUTENSCHLAGER, F., «Adverse Inferences in International Arbitral Practice», *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, núm. 2, 2011.
- HERRERA PETRUS, C., «Reflexiones sobre el discovery y otros aspectos probatorios del common law en el arbitraje internacional desde la perspectiva del jurista continental», *Diario La Ley*, núm. 8829, 2016.
- HITCHINGS, P., MALO, M.Á., y LORAS, L., «La transposition de la directive 2014/104/UE relative aux actions en dommages et intérêts pour violation du droit des pretiques anticoncurrentialles», *Revue des Droits de la Concurrence*, núm. 2, 2015.
- ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION, «Extracts from ICC Case Materials on the Taking of Evidence with References to the IBA Rules», *ICC Dispute Resolution Bulletin*, núm. 1, 2016.
- TARUFFO, M., «El proceso civil de "civil law": Aspectos fundamentales», *Revista Ius e Praxis*, núm. 1, 2006.