

La producción de documentos en el arbitraje internacional

Enrique José Urdaneta Cordido-Freytes*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 2, 2021. pp. 277-300

Resumen: El autor se refiere a la producción de documentos en el arbitraje internacional y los desafíos que esta figura plantea. Examina el origen y la evolución de este instituto, así como su definición, marco regulatorio y el tratamiento dado por la jurisprudencia arbitral internacional. Presenta una visión panorámica sobre su alcance en el arbitraje, sus requisitos, objeciones y el debate sobre el derecho aplicable a los documentos protegidos por privilegios. Por último, examina el riesgo de anulación de laudos por irregularidades en la producción documental.

Palabras Claves: Arbitraje, producción de documentos, privilegios.

Document production in international arbitration

Abstract: *The author examines the production of documents and its challenges in international arbitration. He explains its evolution, definition, regulations, and relevant international arbitral decisions on this matter. In his article, he provides an overview of the scope of document production, its requirements, objections, and the debate of the law applicable to privilege claims in international arbitration. Finally, he examines the risk of annulment of awards for serious flaws in the document production phase.*

Keywords: Arbitration, document production, privileges.

Recibido: 17/08/2021

Aprobado: 20/12/2021

* Abogado graduado de la Universidad Católica Andrés Bello (2013) con la mención *summa cum laude*. Máster en Leyes. (LL.M) en la Universidad de Nueva York (2014).

La producción de documentos en el arbitraje internacional

Enrique José Urdaneta Cordido-Freytes*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 2, 2021. pp. 277-300

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Antecedentes. 2. ¿Qué se entiende por producción documental? 3. Marco regulatorio. 4. Procedimiento. 5. Alcance de la producción de documentos. 5.1. Requisitos de la solicitud de producción de documentos. 5.1.1. Especificidad. 5.1.2. Relevancia y materialidad. 5.1.3. Poder, custodia y control. 5.2. Objeciones a la producción documental. 5.2.1 Privilegios. 5.2.1.1. Concepto. 5.2.1.2 Naturaleza y Derecho aplicable. 5. 2.1.3 Privilege log. 5.3. Decisión. 6. Nulidad del laudo por irregularidades en la producción documental. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

La producción o exhibición de documentos en el arbitraje internacional pone de manifiesto las diferencias entre la pluralidad de sistemas jurídicos que convergen en el arbitraje y la importancia de encontrar un equilibrio entre el *common law* y el *civil law*.

Como regla general, en el *common law* las partes tienen la obligación de producir todas las pruebas que tengan en su poder (incluyendo aquellas desfavorables) y pueden solicitarle a su contraparte la exhibición de documentos. En cambio, en el *civil law*, al menos en principio, las partes tienen la carga de la prueba de sus alegatos y no la obligación de producir pruebas que le sean perjudiciales, ni la facultad de exigirle a su adversario la presentación de documentos específicos.¹

En la práctica, la producción documental puede ser un instrumento importante para la resolución de la controversia sometida a arbitraje y, en definitiva, para la búsqueda de la verdad, pero también un mecanismo que repercute significativamente en la duración y en los costos del procedimiento arbitral.² En efecto, las partes invierten cuan-

* Abogado graduado de la Universidad Católica Andrés Bello (2013) con la mención *summa cum laude*. Máster en Leyes. (LL.M) en la Universidad de Nueva York (2014).

¹ La doctrina ilustra el tema con esta analogía: en el *civil law*, el abogado juega con las cartas que tiene en sus manos mientras que en el *common law* se le permite además tomar algunas cartas de su adversario. Véase: Pierre Tercier y Tetiana Bersheda, "Document Production in Arbitration: A Civil Law Viewpoint," en *Is Finding The Truth What Dispute Resolution Is About?*, eds. Marcus Wirth et al. (Association Suisse de l'Arbitrage, 2011), p. 81.

² En el reciente estudio "Adaptar el Arbitraje a un Mundo Cambiante" de la Universidad de Queen Mary, la mayoría de los encuestados resaltó las cargas que supone la producción documental. Universidad Queen Mary y White & Case, "2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world" (2021), p. 13, <https://bit.ly/3Azqez7>.

tiosas sumas de dinero litigando qué documentos deben producirse y por qué, cuáles instrumentos están protegidos por privilegios, cuáles son las reglas que rigen esta fase del procedimiento arbitral y cómo debe sancionarse a la parte que incumple con una orden de producción documental. Por ello, es importante entender cómo opera esta figura, cuál es su marco regulatorio y qué implicaciones tiene en el procedimiento arbitral.

1. Antecedentes

La producción de documentos en el arbitraje internacional tiene su origen en el *discovery* y el *disclosure* del *common law*. Estas instituciones tienen como objetivo determinar la veracidad de los hechos a que se refiere la controversia y evitar sorpresas procesales durante el juicio.³

Desde el siglo XIX, en el Reino Unido se instituyó el *discovery* como un deber de exhibición documental prácticamente ilimitado. Así, Lord Justice Brett del *Queen's Bench* en el caso *Compagnie Financiere du Pacifique v Peruvian Guano C* estableció el deber de producir todos los documentos relacionados con cualquier aspecto de la controversia, entendiendo que:

cualquier documento se relaciona con la materia del procedimiento, no sólo porque sea prueba de algún tema, sino también porque puede suponerse razonablemente que el documento en cuestión contiene información que pueda – más no deba– directa o indirectamente permitirle a la parte que lo solicite fundamentar su propio caso o perjudicar el de su adversario.⁴

La jurisprudencia fue restringiendo este estándar (conocido como *Peruvian Guano*) hasta que en 1998 se promulgaron las *Civil Procedure Rules*.⁵ Las Reglas limitaron el ámbito de la producción documental denominándola *disclosure* para diferenciarla de la antigua obligación amplia e indiscriminada denominada *discovery*.⁶

De acuerdo con las *Civil Procedure Rules* del Reino Unido, cada una de las partes debe proporcionarle a su contraparte, sin necesidad de que exista una solicitud, una lista de los documentos que posea: (a) en los que fundamente sus alegatos, y (b) aquellos que: (i) afecten adversamente su caso, (ii) afecten adversamente el caso de la contra-

³ Para un análisis detallado sobre los fundamentos de la producción de documentos en el *common law*, véase: Stephen Drymer y Valérie Gobeil, "Document Production in International Arbitration: Communicating Between Ships in the Night," en *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, ed. Albert Jan Van den Berg (ICCA & Kluwer Law International, 2015), pp. 207 – 212.

⁴ Donald Force, "From Peruvian Guano to Electronic Records: Canadian E-Discovery and Records Professionals," *Journal of the Association of Canadian Archivists* (Primavera 2010), p. 57, citando la sentencia recaída en el caso *Compagnie Financiere du Pacifique v. Peruvian Guano Co* (1882), 11 QBD 55, p. 63.

Observación: Esta cita, al igual que las otras de fragmentos en idiomas extranjeros que recojo en este trabajo, son traducidas por mí en forma libre.

⁵ The Civil Procedure Rules, 1998 (vigentes a partir del 26 de abril de 1999) (Reino Unido), <https://bit.ly/3Aw4Nir>.

⁶ Para una síntesis de la evolución jurisprudencial del Reino Unido, véase: Paul Matthews y Hodge Malek, *Disclosure*, 5ta ed. (Sweet & Maxwell, 2020), pp. 5 – 20.

parte, y (iii) respalden el caso de la contraparte. Para ello, cada parte tiene el deber de efectuar "búsquedas razonables" de los documentos que menoscaben su caso y de los que respalden el caso de su contraparte.⁷

Por otra parte, en los Estados Unidos en 1938 se promulgaron las *Federal Rules of Civil Procedure* que codificaron la figura del *discovery* la cual se efectúa en la fase preliminar o preparatoria del juicio e incluye la producción documental y otros medios probatorios como, por ejemplo, interrogatorios escritos, declaraciones de testigos bajo juramento (*depositions*), inspecciones oculares, etc.⁸

De acuerdo con las *Federal Rules of Civil Procedure*, las partes deben celebrar una conferencia procesal a la brevedad posible para, entre otros aspectos, considerar la información que podría ser objeto de *discovery* y presentar sus propuestas y acuerdos para un plan de *discovery* con los términos y condiciones que regularán esta etapa.⁹

A diferencia de lo que ocurre en el arbitraje internacional, las partes, en principio, tienen la obligación de proporcionar a su contraparte un conjunto de documentos sin necesidad de que medie requerimiento expreso. Esta divulgación inicial obligatoria se conoce como *initial disclosure* e incluye, entre otros aspectos, copia de todos los documentos que estén en su poder y que sean relevantes para sus alegatos, identificación de las personas que puedan tener información relevante, desglose de los cálculos y soporte de los daños, entre otros.¹⁰ Además del *initial disclosure*, las partes tienen la facultad de requerir a su adversario la producción de documentos relevantes para los alegatos de cualquiera de las partes, aun cuando los mismos sean desfavorables para quien los produzca.¹¹

La producción de documentos en los Estados Unidos es sumamente extensa y onerosa. Ello se debe, en parte, a que en el sistema judicial estadounidense impera la fórmula del *notice pleading*, en virtud de la cual las demandas suelen ser considerablemente breves y precisas. Por ello, se prevén una serie de mecanismos que permiten la obtención de información que podrá ser utilizada durante el juicio.¹²

⁷ The Civil Procedure Rules, 1998 (Reino Unido), Reglas 31.6, 31.7, 31.12 y 31.19.

⁸ Barbara Babcock y Toni Massaro, eds., *U.S. Civil Procedure – An Introduction* (Wolters Kluwer, 2014), pp. 183-216. Las *Federal Rules of Civil Procedure* fueron promulgadas por el Congreso en 1938. A lo largo de los años han sido reformadas en numerosas ocasiones, siendo la última reforma la del año 2020. *Federal Rules of Civil Procedure, 2020* (Estados Unidos), <https://bit.ly/3lWug0m>.

⁹ *Federal Rules of Civil Procedure*, Regla 26(f).

¹⁰ *Federal Rules of Civil Procedure*, Regla 26(a)(1).

¹¹ *Federal Rules of Civil Procedure*, Regla 26(b).

¹² Huáscar Ezcurra y Eduardo Iñiguez "¿Escuchando mercaderes o escuchando abogados? La regla sobre producción de documentos en el arbitraje comercial," *Forseti. Revista de Derecho*, No. 10 (2019), pp. 59-60.

2. ¿Qué se entiende por producción documental?

El arbitraje internacional es un punto de encuentro de distintas tradiciones jurídicas. Es común que los representantes de una parte estén formados en el *civil law* y los de la otra en el *common law*. Las diferencias entre ambos sistemas son notables en materia probatoria. Por ejemplo, la producción de documentos en el *civil law* tiene como propósito probar los hechos controvertidos y, por tanto, debería limitarse a tal fin. Por el contrario, en el *common law* se postula una producción documental más amplia que permita la búsqueda de la verdad y no sólo la prueba del hecho controvertido.¹³ Ante ello, conviene que las partes y los árbitros manejen los fundamentos de ambos sistemas jurídicos.

En los procedimientos arbitrales, la práctica probatoria se realiza bajo el principio de la buena fe. Se entiende que las partes deberán producir las pruebas que sirvan de base a sus alegatos y que tienen derecho a conocer las que fundamenten las pretensiones de su contraparte.¹⁴ No obstante, puede haber desigualdad de acceso al material probatorio. Por ello, es frecuente que con posterioridad al intercambio de la primera ronda de escritos se abra una etapa procesal para solicitar la presentación de aquellos instrumentos que estén en posesión del adversario y que sean relevantes para el caso, aun cuando sean perjudiciales para la parte que los produzca.

La producción documental en el arbitraje internacional puede definirse como el mecanismo por medio del cual una de las partes del procedimiento, previa solicitud de su contraparte, se obliga a presentar documentos específicos o una categoría de documentos que tenga bajo su poder, control o custodia.¹⁵ Por lo general, estos documentos se presentan a la otra parte y no al tribunal arbitral, pero cada parte es libre de introducirlos en el expediente. Ahora bien, la producción documental no opera de pleno derecho, sino que requiere una resolución del tribunal arbitral que la acuerde.¹⁶

En esta materia, conviene adoptar un concepto amplio del vocablo documento que incluya aquellos producidos en formato electrónico. Por ello, nos inclinamos por la definición de las Reglas sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional de la *International Bar Association* según la cual documento es todo "escrito, comunicación, foto, diseño, programa o datos de cualquier tipo, ya consten en papel, soporte electrónico, audio, visual o en cualquier otro medio."¹⁷

¹³ Gonzalo Stampa, "Aplicación de los principios del discovery al procedimiento arbitral moderno," *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol 3, No. 3 (2010), pp. 705 – 708.

¹⁴ International Bar Association, "Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional" (IBA 2020), Preámbulo, <https://bit.ly/3s97cfM>.

¹⁵ Para un análisis de las definiciones de la producción documental en las distintas jurisdicciones, véase: Reto Marghitola, *Document Production in International Arbitration* (Kluwer Law International, 2015), pp. 5 – 16.

¹⁶ Al respecto, véase: Nathan O'Malley, *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide* (Informa Law, 2013), pp. 33-35.

¹⁷ Reglas IBA, Definiciones.

El alcance de la producción de documentos en el arbitraje internacional es mucho más limitado al del *discovery*. Tal como señaló un Tribunal de la Cámara Internacional de Comercio (CCI):

La producción de documentos... no tiene como objetivo ser un instrumento de *discovery* ... El *discovery* es empleado por las partes para solicitar documentos que pueden existir o no y que pueden ser relevantes o no, con la finalidad de formular alegatos. Por el contrario, el propósito de la producción de documentos es obtener documentos que sirvan de prueba a alegatos fácticos específicos que hayan sido previamente formulados por la parte... En el momento en que una parte presenta una solicitud de producción de documentos, debe saber, específicamente qué documento o categoría de documentos necesita.¹⁸

Por otra parte, la etapa de producción de documentos en el arbitraje internacional se abre, por lo general, después de la primera ronda de escritos (los cuales incluyen una descripción detallada de los fundamentos de hecho y de derecho de sus pretensiones), mientras que el *discovery* de los EE.UU. ocurre durante la fase preparatoria del juicio después de la presentación de la demanda bajo la fórmula del *notice pleading* (escrito sumario y lacónico). Además, el *discovery* incluye otros medios de prueba distintos a la producción documental como, por ejemplo, las *depositions*.¹⁹

Por último, la producción documental variará según el régimen jurídico aplicable y la tradición jurídica de las partes. No obstante, su finalidad es llenar un vacío probatorio que pueda existir con relación a un alegato previamente formulado y no elaborar todo el expediente fáctico del caso. Tal como señaló la Corte Comercial del Reino Unido "existe una importante diferencia entre solicitar documentos para probar un hecho determinado y solicitar documentos para ver si preparo una reclamación."²⁰

3. Marco regulatorio

La producción de documentos en el arbitraje internacional es materia de derecho adjetivo que se rige, en primer lugar, por los convenios de las partes.²¹ A falta de acuerdo, se entiende que la facultad de los árbitros para ordenar la producción documental forma parte de sus poderes implícitos en la conducción del procedimiento.²²

¹⁸ Virginia Hamilton, "Document Production in ICC Arbitration," *ICC Bulletin, Special Supplement: Document Production in International Arbitration* (ICC, 2006), p. 71, citando Orden Procesal emitida por un Tribunal CCI basado en Suiza.

¹⁹ Federal Rules of Civil Procedure, Reglas 26 – 34.

²⁰ Corte Comercial del Reino Unido, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2003, caso *BNP Paribas & Ors v. Deloitte & Touche LLP*, 6, <https://bit.ly/37xi5yE>.

²¹ Javier Izquierdo y Marta Robles, "La fase de producción documental en el arbitraje," *La Ley, Mediación y Arbitraje*, No 2 (2020), p. 11.

²² Así lo ha admitido pacíficamente la jurisprudencia arbitral internacional. Ver, por ejemplo, Orden Procesal emitida en el caso CCI No. 5542, citada en Dominique Hascher, ed., *Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration 1993-1996* (CCI, 1998), pp. 64-65.

La legislación nacional arbitral no suele regular de manera expresa esta facultad, sin embargo, algunos países como Singapur, Reino Unido, Estados Unidos y Bélgica sí lo hacen.²³ La *Federal Arbitration Act* de los Estados Unidos y la *Arbitration Act* del Reino Unido incluso permiten al tribunal ordenar que terceros al arbitraje produzcan determinados documentos.²⁴

Por otra parte, si bien la generalidad de los reglamentos de los centros de arbitraje facultan al tribunal para ordenar la producción de documentos, la mayoría no limita su extensión ni establece requisitos respecto de los documentos que deben producirse.²⁵ Quizás uno de los Reglamentos más detallados sobre la materia sea el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres ya que además de prever la facultad del tribunal, establece ciertos prerequisites (relevancia, control, entre otros) para que opere la producción de documentos.²⁶

Otro caso significativo es el del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) que no regula la producción documental. No obstante, la CCI ha emitido una serie de guías para la conducción eficiente de los arbitrajes donde se prevén recomendaciones sobre cómo llevar a cabo la producción documental.²⁷ En todo caso, corresponde al tribunal determinar la extensión de la producción documental y, dada la naturaleza consensual del arbitraje, la misma suele limitarse a las partes del arbitraje.

Por último, ante la ausencia de una regulación clara sobre el alcance de la producción de documentos, los tribunales y las partes suelen utilizar parámetros establecidos en el *soft law*. En este sentido, la *International Bar Association* (IBA) adoptó las Reglas sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (Reglas IBA) como un conjunto de lineamientos diseñados para orientar la actividad probatoria en el arbitraje, complementar el marco regulatorio aplicable y lograr un procedimiento eficiente y económico. La última versión de estas Reglas data del año 2020.²⁸

²³ International Arbitration Act, 1994 (reformada en 2002) (Singapur) <https://bit.ly/3iCMkuo>, artículo 13; Arbitration Act, 1996 (Reino Unido), § 34(2)(d), <https://bit.ly/3ANtpDB>; Federal Arbitration Act, 1925 (última reforma en 1990) (Estados Unidos) <https://bit.ly/3sgZzUU>, § 7; Code Judiciaire, 1967 (reformado en 2013) (Bélgica), <https://bit.ly/3iJHprP>. Véase también: Gary B. Born, *International Commercial Arbitration*, 2da ed. (Kluwer Law International, 2014), pp. 2498 – 2507.

²⁴ Federal Arbitration Act (Estados Unidos), § 7; Arbitration Act (Reino Unido), § 43.

²⁵ En el derecho venezolano, en materia de arbitraje no existe, a la fecha, una regulación especial de la producción de documentos en los Reglamentos del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA) y del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas (CACC). Tampoco la Ley de Arbitraje Comercial regula expresamente esta materia. Sin embargo, conviene señalar que la exhibición de documentos en el juicio ordinario se encuentra regulada en los artículos 436 y 437 del Código de Procedimiento Civil. El examen de estas disposiciones escapa del ámbito de este trabajo.

²⁶ London Court of International Arbitration, Reglamento de Arbitraje (2020), artículo 22(1)(iii)-(v), <https://bit.ly/3iUMfo3>.

²⁷ Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI, "Informe Control del Tiempo y de los Costos en el Arbitraje" (CCI, 2018), pp. 12-13, <https://bit.ly/3fR1Cda>; Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI, "Técnicas para gestionar la producción de documentos electrónicos cuando se permite o se requiere en arbitraje internacional" (CCI, 2011), <https://bit.ly/3AAesV7>.

²⁸ International Bar Association, "Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional" (IBA, 2020). Para un examen detallado de la evolución de las Reglas IBA, véase: Roman Khodykin, et al., *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (Oxford University Press, 2019), pp. 1 – 20.

En materia de producción de documentos, las Reglas IBA establecen el principio general según el cual cada parte deberá presentar los documentos que sirven de base a sus pretensiones.²⁹ Luego, prevén que cualquier parte podrá presentar una solicitud de exhibición de documentos dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral y, en caso de que no medie objeción, la otra parte deberá producir los documentos solicitados.³⁰ Asimismo, las Reglas establecen los requisitos que deben cumplirse, las objeciones a la producción de documentos, su resolución y, en su caso, las consecuencias de la falta de producción de documentos.³¹

Las Reglas IBA son un instrumento frecuentemente adoptado en arbitrajes comerciales y de inversiones. No obstante, un sector las critica por haber contribuido a la “americanización del arbitraje.”³² Por esta razón, en el año 2018 se promulgaron las Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga) producto del análisis efectuado por un Grupo de Trabajo de especialistas en arbitraje comercial, en su mayoría formados en el *civil law*.³³

Con respecto al tema que nos ocupa y, en contraposición a lo establecido en las Reglas IBA, las Reglas de Praga exhortan a las partes del procedimiento arbitral a “evitar cualquier método de exhibición documental, incluido el *discovery* electrónico.”³⁴ La etapa de producción documental sólo se abrirá si las partes convencen al tribunal acerca de su necesidad en cuyo caso las Reglas prevén los requisitos que deben contener los documentos a ser solicitados.

Como se puede apreciar, las Reglas IBA y las Reglas de Praga parten de premisas opuestas en materia de producción de documentos. Mientras que de acuerdo con las primeras el intercambio documental es la regla general, según las últimas es la excepción. Las partes y el tribunal arbitral son libres de adoptar el conjunto de reglas que consideren pertinentes, así como de adaptarlas a las circunstancias particulares del caso.

4. Procedimiento

No existe una regla absoluta sobre cuándo y cómo debe llevarse a cabo la producción de documentos ya que la flexibilidad del arbitraje permite a las partes y al tribunal acordar la oportunidad y procedimiento más idóneo según sus necesidades. Por lo general, el calendario y la instrumentación de la producción documental se establece en la primera orden procesal y se puede acordar que se efectúe en una o diversas etapas.³⁵

²⁹ Reglas IBA, Artículo 3.1.

³⁰ Reglas IBA, Artículo 3.2 – 3.4.

³¹ Véase: sección 5, *infra*.

³² Alexandre Khrapoutski, “Creeping Americanisation of international arbitration,” IV Russian Arbitration Association Annual Conference, Moscow, 20 de abril de 2017, <https://bit.ly/3fW0Trc>.

³³ Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga) (2018), <https://bit.ly/3iBfwC3>.

³⁴ Reglas de Praga, Artículo 4.2.

³⁵ O'Malley, *Rules...*, pp. 31-33.

Se recomienda que se abra una etapa especial luego del intercambio de la primera ronda de escritos, es decir, después que las partes presenten detalladamente sus alegatos y aquellos documentos en los que basan sus reclamaciones y defensas. De esta forma, las partes podrán conocer con precisión los alegatos y pruebas de su contraparte y examinar qué documentos necesitan solicitar.

Además, el tribunal podrá apreciar mejor las pretensiones de las partes y estará en capacidad de examinar si las solicitudes cumplen con los requisitos pertinentes como, por ejemplo, si el documento solicitado es relevante para la resolución del caso. Esto fomenta la eficiencia y celeridad del arbitraje ya que, de lo contrario, el juzgador podría verse en la necesidad de posponer su decisión. Por ejemplo, en el caso *Adel A. Hamadi Al Tamini v. Omán* inicialmente se permitió una producción documental anticipada, sin embargo, el Tribunal al no tener los elementos necesarios para decidir una discrepancia sobre la materia, se limitó a señalar:

La dificultad estriba en que al Tribunal se le solicita decidir sobre la producción documental en la cual la relevancia y pertinencia para la determinación del caso son un factor fundamental, sin embargo, la fase escrita del caso no se encuentra aún en una etapa donde el Tribunal pueda decidir con autoridad si lo solicitado es relevante para el tema de jurisdicción y admisibilidad... Por tanto, a pesar de que la solicitud de producción documental fue autorizada, el Tribunal se abstiene de resolver estas cuestiones específicas.³⁶

Por otra parte, es importante que se fije un calendario con plazos adecuados y razonables para el intercambio de documentos. Es usual que el mismo incluya la presentación simultánea de las solicitudes, un período para la producción de documentos o, en su defecto, para presentar las objeciones y la posibilidad de que el solicitante presente una réplica a las objeciones formuladas.³⁷ En caso de diferencias, las partes suelen tratar de resolverlas de mutuo acuerdo e involucran únicamente al tribunal arbitral para que decida las controversias que no puedan resolver de buena fe.

Para facilitar la revisión de las solicitudes de documentos, se recomienda que se utilice el *Redfern Schedule* que consiste en una tabla en la cual las partes incluyen en forma columnar, a lo largo de la etapa, (i) la identificación del documento o categoría de documento solicitado, (ii) las razones que justifican la solicitud, (iii) las objeciones, si las hubiere, (iv) las réplicas a las objeciones, y (v) un espacio en blanco para la decisión del tribunal sobre cada una de las solicitudes.³⁸

³⁶ *Adel A. Hamadi Al Tamini v. Sultanato de Omán*, CIADI (Caso No. ARB/11/33), Orden Procesal No 4 de fecha 5 de febrero de 2013, 13, <https://bit.ly/3AEfSOx>.

³⁷ Uno de los cambios más significativos de la nueva versión de las Reglas IBA fue prever la posibilidad de que las partes respondan a las objeciones de sus solicitudes de producción documental. Reglas IBA, Artículo 3.5.

³⁸ Khodykin et al., *A Guide ...*, Anexo 5 Formato de *Redfern Schedule*.

Por último, puede ocurrir que una de las partes en atención a un nuevo alegato, hallazgo o testimonio de su contraparte, solicite una producción documental suplementaria luego de finalizada la etapa ordinaria destinada a tal fin. En este caso, los tribunales suelen solicitar la opinión de la otra parte y, de acoger la solicitud, tratarán de limitar la producción de documentos para no obstaculizar la eficiencia y celeridad procesal.³⁹

5. Alcance de la producción de documentos

Uno de los grandes retos de los árbitros es encontrar un justo equilibrio entre el derecho probatorio de las partes y la celeridad del procedimiento arbitral. Ante esta delicada labor y la ausencia de criterios en la mayoría de las legislaciones sobre arbitraje aplicables, los árbitros acuden a los parámetros del *soft law* para establecer el alcance y los límites de la producción documental.

En líneas generales, la producción documental se limita a documentos específicos, relevantes para el caso y sustanciales para su resolución, que se encuentren bajo el poder, custodia o control de la parte requerida y no del solicitante, y que no estén protegidos por privilegios o impedimentos legales.⁴⁰ En esta sección, examinaremos los requisitos de la solicitud de producción de documentos, las principales objeciones que pueden formularse a la solicitud y su resolución, teniendo en cuenta las Reglas IBA, las Reglas de Praga y la práctica arbitral.

5.1. Requisitos de la solicitud de producción de documentos

Los requisitos de la solicitud de producción documental se pueden subsumir en tres grandes categorías: (i) especificidad o identificación adecuada, (ii) relevancia e importancia, y (iii) poder, custodia y control. A continuación, pasamos a examinar cada uno de estos requisitos.

5.1.1. Especificidad

Las solicitudes de producción documental deben incluir una identificación razonable del documento que se requiere. En este sentido, las Reglas IBA exigen que la solicitud contenga “una descripción de cada documento cuya exhibición se solicite que sea suficiente para identificarlo.”⁴¹ Las Reglas de Praga, por su parte, sólo permiten la solicitud de producción de documentos concretos.⁴²

³⁹ Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* (Kluwer Law International, 2012), pp. 822 – 824.

⁴⁰ Marghitola, *Document...*, §§ 5.01-5.02.

⁴¹ Reglas IBA, Artículo 3.3(a)(i).

⁴² Reglas de Praga, Artículo 4.5.

Si bien no existe una regla general sobre el grado de especificidad, se entiende que una solicitud es específica cuando contiene la identificación de los presuntos autores y destinatarios del documento, fechas o períodos durante los cuales se elaboró y supuesto contenido del mismo.⁴³

El propósito de este requisito es que las partes soliciten lo realmente necesario para probar sus alegatos y evitar las llamadas *fishing expeditions* ya que para poder presentar una solicitud específica es necesario conocer con suficiente claridad las pretensiones de las partes.⁴⁴ Asimismo, se busca facilitar la búsqueda de los documentos y reducir los costos de quien debe producirlos.

Además de la posibilidad de demandar la producción de documentos específicos, se discute si el solicitante puede requerir categorías de documentos. Por ejemplo, en una controversia que verse sobre la terminación unilateral de un contrato de empresa conjunta (*joint venture*), la otra parte puede saber cuándo se dio la notificación de terminación y suponer que la junta directiva analizó ciertos documentos antes de adoptar su decisión. Por tanto, es posible que el solicitante pueda identificar razonablemente la materia a la que se refieren los documentos y el período en que se elaboraron sin tener la fecha exacta o conocer su autor.

Las Reglas de Praga rechazan esta posibilidad, limitando exclusivamente la producción a instrumentos concretos y específicos.⁴⁵ Por el contrario, las Reglas IBA permiten que se soliciten categorías de documentos siempre que se presente una descripción suficientemente detallada que incluya la materia sobre la que versen los documentos solicitados.⁴⁶ Tal como sostuvo el tribunal arbitral en el caso *International Thunderbird v. México*:

De acuerdo con el artículo 3.3(a) de las Reglas IBA, las categorías de documentos a ser producidos deben ser "concretas y específicas", lo que en criterio del tribunal significa que las solicitudes de producción de documentos deben limitar razonablemente el período en que se elaboraron los documentos y su contenido teniendo presente las reclamaciones y defensas presentadas en el caso.⁴⁷

Los tribunales arbitrales suelen rechazar solicitudes de documentos vagas o indeterminadas que incluyan períodos amplísimos y que no impongan límites de tiempo y materia. Por ejemplo, en el caso *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v. Tanzania*, una parte solicitó la producción de "todos los documentos" relacionados con la decisión de cons-

⁴³ Gabrielle Kaufmann-Kohler y Philippe Bärtsch, "Discovery in international arbitration: How much is too much?" *German Arbitration Journal*, Vol 2, No 1 (2004), p. 18.

⁴⁴ International Bar Association, Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules... (2021), p. 11.

⁴⁵ Reglas de Praga, Artículo 4.5; Born, *International...*, pp. 2536 – 2537.

⁴⁶ Reglas IBA, Artículo 3.3(a)(ii).

⁴⁷ *International Thunderbird Gaming Corporation v. Estados Unidos Mexicanos*, NAFTA/CNUDMI, Orden Procesal No. 2 de fecha 31 de julio de 2002, p. 3 (consultada en original).

tituir una compañía, incluyendo las razones que motivaron tal constitución. En criterio del tribunal, esta solicitud fue formulada en términos tan amplios que no satisfacían el requisito de especificidad.⁴⁸

Por el contrario, en el caso *CME Zech Republic v. República Checa*, una parte solicitó categorías de documentos claramente identificados con el asunto, autor y fechas o con los números de archivo. El tribunal arbitral consideró que esta solicitud cumplía con el parámetro de especificidad, por lo que la acogió favorablemente.⁴⁹

Por último, en materia de documentos electrónicos, se entiende que la solicitud debe identificar los archivos y fuentes que deben revisarse, las fechas de los documentos, sus autores (de ser el caso) e incluir términos específicos de búsqueda que ayuden a localizar los documentos solicitados.⁵⁰

5.1.2. Relevancia e importancia

Se requiere, además, de acuerdo con las Reglas de Praga, que el documento sea "determinante para la resolución del caso"⁵¹ o según las Reglas IBA que sea "relevante para el caso y sustancial para su resolución".⁵²

Las Reglas IBA distinguen entre relevancia para el caso y la materialidad para su determinación. Esta diferenciación recoge la influencia de las distintas tradiciones jurídicas. Como se señaló, en el *common law* el *discovery* se efectúa en la etapa preparatoria del juicio, las partes todavía no han presentado detalladamente su caso y no saben si el documento será determinante para la resolución del mismo. Por ello, se exige un estándar más laxo: basta que el documento sea útil para la preparación del juicio, aun cuando no lo sea para su resolución. Por el contrario, la materialidad para la resolución del caso es un requisito más estricto que proviene del *civil law* donde una vez trabada la litis, el juez examinará si el documento en cuestión es importante para la prueba del *thema decidendum*.⁵³

Desde el punto de vista práctico, la relevancia del documento queda comprendida dentro de la materialidad, es decir, todo documento determinante para la resolución del caso será necesariamente relevante. Ahora, no todo instrumento relevante es determinante para decidir el caso. Así, en el caso *Glamis Gold v. Estados Unidos de America*,

⁴⁸ *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. República Unida de Tanzania*, CIADI (Caso No. ARB/05/22), Orden Procesal No. 2 de fecha 24 de mayo de 2006, p. 30, <https://bit.ly/3xFxh10>.

⁴⁹ *CME Zech Republic B.V. v. República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial de fecha 13 de septiembre de 2001, 52-53, <https://bit.ly/37DJP4N>.

⁵⁰ IBA, "Commentary ...", pp. 10-11; Comisión de Arbitraje y ADR de la CCI, "Técnicas...", 5.9.

⁵¹ Reglas de Praga, Artículo 4.5(a).

⁵² Reglas IBA, Artículo 3.3(b).

⁵³ Para una visión panorámica de ambos requisitos, véase: Marghitola, *Document...*, § 5.06(C).

el Tribunal declaró sin lugar una solicitud de producción de documentos ya que, si bien reconoció que podía ser relevante para fundamentar el alegato de la demandada, no consideró que fuese material para la resolución del caso.⁵⁴

La doctrina afirma que un documento será relevante y pertinente si el mismo es necesario para el análisis de los aspectos fácticos de la controversia a partir del cual se derivarán consecuencias jurídicas. No basta que esté relacionado de manera circunstancial con alguno de los aspectos de la disputa.⁵⁵ El documento debe servir de base a las reclamaciones o defensas de una parte y ser útil en el examen fáctico que el tribunal efectúe del expediente. Por ello, es necesario que la parte relacione sus alegatos con los documentos solicitados.

Como se dijo, la producción de documentos suele ocurrir luego del primer intercambio de escritos. En esta etapa es muy difícil para el tribunal examinar conclusivamente la materialidad de un documento. Por tanto, los tribunales solo examinan *prima facie* si el documento es relevante y material para la determinación del caso.⁵⁶ Por supuesto, el hecho de que el tribunal arbitral concluya en esta etapa que un documento es pertinente no lo obliga a adoptar una determinada decisión en su laudo final.

Por último, un sector de la doctrina afirma que para cumplir con el requisito de la materialidad debe demostrarse que el documento solicitado es necesario para satisfacer la carga de la prueba.⁵⁷ Sin embargo, consideramos que el criterio debe ser la utilidad *prima facie* del documento para el examen fáctico de la controversia ya que el hecho de que una parte tenga o no la carga de la prueba no determina *per se* que el documento sea relevante para la resolución del caso.

5.1.3. Poder, custodia y control

Tanto las Reglas IBA como las Reglas de Praga son contestes en cuanto a que lo solicitado debe estar bajo la posesión, custodia o control de la parte requerida y no del solicitante.⁵⁸ Ahora bien, este principio requiere ciertas precisiones.

Como regla general, si una parte tiene acceso a los documentos no se le permitirá solicitar su producción. Así, en el caso *ADF Group Inc. v. Estados Unidos de América* el tribunal arbitral señaló: "cuando los documentos solicitados son del dominio público y

⁵⁴ *Glamis Gold, Ltd. v. Estados Unidos de América*, NAFTA/CNUDMI, Laudo de fecha 8 de junio de 2009, 208(e), <https://bit.ly/3fR2WNa>.

⁵⁵ Hilmar Raeschke-Kessler, "The Production of Documents in International Arbitration..." *Arbitration International* Vol. 18, No. 4 (2002), p. 427.

⁵⁶ Hamilton, "Document Production ...", p. 69.

⁵⁷ Peter Ashford, *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: A Guide* (Cambridge University Press, 2013), p. 71.

⁵⁸ Reglas de Praga, Artículo 4.5(c); Reglas IBA, Artículo 3.3(c).

están disponibles para ambas partes en las mismas condiciones, el tribunal estima que no es necesario requerirle a la otra parte que los produzca para que sean revisados por el solicitante.⁵⁹

Excepcionalmente, aun cuando el solicitante pueda tener acceso a los documentos, puede requerir su producción cuando demuestre que le es irrazonablemente gravoso obtenerlos.⁶⁰ La onerosidad alegada deberá ser examinada bajo las circunstancias de cada caso, teniendo en cuenta los costos de la producción documental para cada una de las partes y el valor probatorio que se atribuye a los documentos.

En segundo lugar, el solicitante debe explicar por qué considera que los documentos solicitados están en poder o bajo la custodia o control de la otra parte. Ahora bien, ¿qué ocurre en el caso de empresas afiliadas o subsidiarias de alguna de las partes? Podría pensarse que el custodio del documento está fuera del alcance de la jurisdicción del tribunal y que, por tanto, no se debe ordenar la producción de dichos documentos. No obstante, en estos casos, la jurisprudencia ha interpretado extensivamente el término "control", no limitándolo exclusivamente a los archivos de la parte del arbitraje sino también a aquellos de su grupo corporativo y empresas afiliadas.⁶¹

En este sentido, se le suele requerir a las partes producir documentos o, al menos, desarrollar sus mejores esfuerzos para obtener aquellos que se encuentren en poder de empresas del mismo grupo corporativo o de personas con las cuales tenga una relación significativamente relevante. Por ejemplo, en el caso *CME Czech Republic B.V. v. República Checa* el tribunal arbitral señaló:

Los documentos de los asesores de la Demandante deberán ser producidos en la medida en que estos documentos estén en poder de la Demandante y/o sus empresas afiliadas o hayan sido enviados a la Demandante por los asesores en el curso ordinario del negocio.⁶²

Por último, si la parte a la que se le solicita el documento alega la inexistencia del documento o que el mismo no se encuentra en su poder o bajo su control, los tribunales arbitrales ordinariamente requieren que se presente un informe de los esfuerzos realizados para ubicar los documentos indicando las fuentes consultadas.⁶³ En caso de no hacerlo, el tribunal podrá inferir que el documento es contrario a los intereses de esa parte.⁶⁴

⁵⁹ *ADF Group Inc. v. Estados Unidos de América*, CIADI (Caso No. ARB(AF)/00/1), Laudo de fecha 9 de enero de 2003, p. 210, <https://bit.ly/2VLVRpQ>.

⁶⁰ Reglas IBA, Artículo 3.3(c)(i).

⁶¹ Por ejemplo, véase: *William Ralph Clayton et al v. Canadá*, NAFTA/CNUDMI, Orden Procesal No 8 de fecha 25 de noviembre de 2009, p. 3, <https://bit.ly/3yRIDYo>.

⁶² *CME Czech Republic B.V. v. República Checa*, CNUDMI, Laudo de fecha 14 de marzo de 2003, ¶ 65, <https://bit.ly/3fU4XIG>.

⁶³ *Tidewater Inc et al. v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI (Caso No ARB/10/5), Orden Procesal No. 1 de fecha 29 de marzo de 2011, pp. 8-9, <https://bit.ly/3sbrsgN>.

⁶⁴ Véase: sección 5.3, *infra*.

5.2. Objeciones a la producción documental

Además de la posibilidad de concluir que la solicitud no cumplió con los requisitos indicados en la sección anterior, existen diversas razones por las cuales el tribunal puede excluir la producción de documentos.

En este sentido, las Reglas IBA incluyen los siguientes supuestos: (i) privilegios (se examinan separadamente), (ii) secretos comerciales (información sensible desde el punto de vista comercial, conocida únicamente por un número limitado de personas y protegida para evitar que la competencia tenga acceso a la misma), (iii) sensibilidad gubernamental (información que contiene secretos de Estado por razones de seguridad, defensa, etc.), (iv) excesiva onerosidad (carga que excede los límites comercialmente razonables), (v) pérdida o destrucción del instrumento (siempre que se demuestre con “razonable probabilidad”, e.g. instrumento destruido por una política de retención de documentos), y (vi) razones de justicia, igualdad, economía procesal y proporcionalidad (analizando las circunstancias específicas de cada caso para buscar un equilibrio entre los beneficios de la producción del documento y sus costos, retrasos y cargas).⁶⁵

Estas causales deben ser examinadas cuidadosamente, tomando en cuenta las expectativas razonables de las partes, el debido proceso y el principio de igualdad ya que, de lo contrario, se podría comprometer la validez y ejecutoriedad del laudo arbitral.

Dado que los privilegios se invocan con frecuencia en la práctica arbitral, merecen un examen separado.

5.2.1 Privilegios

5.2.1.1. Concepto

Existen diferencias importantes en lo tocante a la naturaleza, extensión y efectos de los privilegios en el *common law* y el *civil law*. Sin embargo, la mayoría de los países reconoce la posibilidad de excluir determinados elementos probatorios privilegiados para salvaguardar el orden público y las buenas costumbres.

En líneas generales, los privilegios son derechos reconocidos a las partes que les permiten retener y excluir determinadas pruebas documentales y testimoniales en un procedimiento legal, aun cuando las mismas sean relevantes y pertinentes para la controversia.⁶⁶

⁶⁵ Reglas IBA, Artículo 9.2. Asimismo, la reforma de 2020 de las Reglas IBA, incluyó en el artículo 9.3 la posibilidad de excluir de oficio o a solicitud de parte pruebas obtenidas ilegalmente.

⁶⁶ Para una comparación de la definición de privilegios en el *civil law* y el *common law*, véase: Richard Mosk y Tom Ginsburg, “Evidentiary Privileges in International Arbitration,” *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, No. 2 (2001), pp. 346-349.

Los principales privilegios objeto de debate en el arbitraje internacional son los privilegios profesionales en materia legal (*attorney client privilege*) (eximen la producción de comunicaciones entre abogados y clientes con el propósito de obtener asesoramiento legal) y los privilegios de negociación (*settlement privilege*) (impiden utilizar en el arbitraje manifestaciones y ofertas realizadas durante el curso de una negociación para solucionar la controversia).⁶⁷ No obstante, existen otros como los privilegios contra la autoincriminación, privilegios familiares (comunicaciones entre esposos y derechos a la intimidad), privilegios profesionales que protegen las relaciones médico – paciente, periodista – fuente de información, sacerdote – penitente, etc.

5.2.1.2. Naturaleza y Derecho aplicable

Las leyes nacionales, instrumentos internacionales y reglamentos arbitrales conceden amplia discrecionalidad a los árbitros en materia de privilegios, pero poca orientación sobre cómo determinar la regulación aplicable a su naturaleza y alcance.⁶⁸

No existe consenso sobre la naturaleza de los privilegios. La generalidad de los países del *civil law* consideran que los mismos son de naturaleza procesal ya que forman parte del régimen probatorio, están previstos generalmente en los códigos de procedimiento y, por lo general, entran dentro de la discrecionalidad de los árbitros en la conducción del arbitraje. Por el contrario, en la mayoría de los países del *common law* se considera que los privilegios son de naturaleza sustantiva por consideraciones de orden público.⁶⁹

La naturaleza de los privilegios influye en la legislación aplicable. Si se entiende que son de naturaleza procesal, el tribunal arbitral podría aplicar los criterios de la *lex arbitri*. Esto iría en contra de las expectativas legítimas de las partes si, por ejemplo, la comunicación privilegiada se efectuó en un lugar diferente al de la sede del arbitraje. En cambio, de considerarse que los privilegios tienen carácter sustantivo, el tribunal podría aplicar los factores de conexión establecidos en el derecho aplicable al fondo de la controversia. Lo anterior podría generar situaciones de desigualdad resultantes de la aplicación de leyes con diversos estándares para cada una de las partes y que el mismo tipo de comunicación esté excluido de producción por un ordenamiento, pero no por el otro.⁷⁰

⁶⁷ Para un análisis del *attorney client privilege* y el *settlement privilege*, véase: Maribel Rodríguez, "Los Privilegios Probatorios en Arbitraje Internacional," *Revista del Club Español del Arbitraje*, No. 15 (2012), pp. 81-86.

⁶⁸ Un examen de la regulación de los privilegios en los reglamentos arbitrales y convenciones internacionales puede encontrarse en: Henri Álvarez, "Evidentiary Privileges in International Arbitration," en *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, ed. Albert Jan van den Berg (Kluwer Law International, 2007), pp. 676-682.

⁶⁹ Diana Kuitkowski, "The Law Applicable to Privilege Claims in International Arbitration," *Journal of International Arbitration*, Vol 32 (2015), pp. 82-86.

⁷⁰ Al respecto véase: Álvarez, "Evidentiary ...", pp. 683-684.

En nuestro criterio, los privilegios tienen una naturaleza *sui generis* con elementos procesales y sustantivos. Al momento de analizar la legislación aplicable, el tribunal debe examinar si existe un acuerdo específico entre las partes y, en ausencia de ello, cualquier decisión que se adopte debe tomar en cuenta las expectativas legítimas de las partes y de sus asesores, el trato justo y equitativo entre ellas, la posibilidad de una renuncia a la protección del privilegio y la necesidad de proteger la confidencialidad de ciertas manifestaciones.⁷¹

Como alternativa frente a este problema, se ha planteado el método del “centro de gravedad” que consiste en aplicar la legislación del lugar del vínculo más cercano con el documento en cuestión. Para ello, los tribunales considerarán el lugar donde se creó o transmitió el documento, el domicilio de las partes, el domicilio de los abogados, entre otros factores.⁷² Por ejemplo, en materia de *attorney client privilege* se reconoce que la regulación del lugar donde se encuentra inscrito el abogado para su ejercicio profesional es el “centro de gravedad” de la comunicación. A este enfoque se le critica la diversidad de leyes aplicables, el tiempo y dificultad del análisis y la posibilidad de resultados desiguales para las partes.

Por otra parte, se ha propuesto aplicar la legislación de los privilegios “más favorable” o la “menos favorable.” Según estos criterios, el tribunal deberá evaluar las leyes aplicables a los privilegios y adoptar la regulación que ofrezca mayores o menores garantías, respetando la igualdad entre las partes.⁷³ Ahora, de adoptarse la legislación “menos favorable” podrían afectarse los derechos de quien ordinariamente tuviese una protección mayor. Por el contrario, de aplicarse la ley “más favorable” se evitarían eventuales alegatos de irregularidades procesales ya que es poco probable que una parte cuestione un procedimiento arbitral que le otorgó una protección mayor que la que inicialmente tenía.

5.2.1.3. *Privilege log*

Como se señaló, las partes suelen tratar de resolver sus diferencias sin necesidad de involucrar al tribunal. Así, pueden acordar producir extractos de documentos omitiendo las secciones privilegiadas o condicionar la producción documental a un acuerdo de confidencialidad.

En caso de que una parte se resista a producir la totalidad de un documento, conviene utilizar un *privilege log*. Este instrumento es una tabla en donde la parte que alega el privilegio provee en forma columnar: (i) la identificación del documento, (ii) fecha, (iii)

⁷¹ Reglas IBA, Artículo 9.4.

⁷² Born, *International...*, pp. 2558-2560.

⁷³ Kuitkowski, “The Law ...”, pp. 95-98.

autor, (iv) persona que recibió la comunicación, (v) breve resumen del documento, (vi) privilegio y (vii) razones que justifican la exclusión total del documento.⁷⁴

De esta forma se presentan los alegatos de manera ordenada y sintetizada, sin necesidad de múltiples escritos. En caso que el solicitante considere que un documento identificado en el *privilege log* o un extracto omitido no es privilegiado, podrá solicitarle al tribunal que determine si el mismo debe ser producido.

5.3. Decisión

De persistir las diferencias entre las partes, el tribunal deberá decidir acerca de la admisibilidad y disponibilidad de los documentos solicitados. En este sentido, si el tribunal estima que la solicitud cumple con los requisitos y que no son aplicables las causales de exclusión, ordenará la producción de los documentos. Por lo general, basta que se presenten fotocopias físicas o electrónicas, sin embargo, podrá requerirse el original para su cotejo.⁷⁵

Ahora bien, en caso de que la objeción sólo pueda decidirse mediante la revisión del documento, las Reglas IBA recomiendan que se designe un experto independiente que, sujeto a un acuerdo de confidencialidad, revise el documento e informe al tribunal acerca de su decisión.⁷⁶ Si la objeción es rechazada, el Tribunal ordenará la producción del documento. En caso contrario, el tribunal desestimaré la solicitud sin que el experto pueda revelar el contenido del documento.

Al ordenar la producción de un documento, los tribunales pueden fijar condiciones para proteger información confidencial. Así, por ejemplo, en el caso *Gabriel Resources Ltd. y Gabriel Resources (Jersey) Ltd. v. Rumania*, el tribunal emitió una orden de protección estableciendo a quién podía divulgarse la información confidencial, qué uso se le podía dar a dicha información, y cómo debían producirse los extractos de los documentos.⁷⁷

Asimismo, es común que se restrinja el uso de documentos fuera del ámbito del arbitraje, que las partes firmen acuerdos de confidencialidad, que se omita información sensible que no pueda ser divulgada o que los documentos sólo puedan ser examinados por los abogados y no por las partes (*attorneys-eyes only*).⁷⁸

⁷⁴ Khodykin et al., *A Guide ...*, pp. 468-469.

⁷⁵ Reglas de Praga, Artículo 4.7; Reglas IBA, Artículo 3.12.

⁷⁶ Reglas IBA, Artículo 3.8.

⁷⁷ *Gabriel Resources Ltd. y Gabriel Resources (Jersey) Ltd v. República de Rumania*, CIADI (Caso No. ARB/15/31), Orden Procesal No. 3 de fecha 14 de noviembre de 2016, <https://bit.ly/37zM359>.

⁷⁸ Reglas IBA, Artículo 3.13; Regla de Praga 4.8.

Ahora bien, puede ocurrir que el tribunal ordene la producción de determinados documentos pero que una parte no cumpla, sin justa causa, con la orden. Ante esta situación, el tribunal tiene distintas opciones.

En primer lugar, las Reglas IBA prevén la facultad del tribunal de inferir que el documento omitido es contrario a los intereses de la parte remisa. Para ello, es común que se aplique el test diseñado por Jeremy Sharpe a partir de la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Reclamaciones Irán – Estados Unidos, según el cual se requiere que: (i) el solicitante proporcione pruebas que corroboren la inferencia solicitada, (ii) la parte que no produjo el documento haya debido tener acceso al mismo, (iii) la inferencia sea razonable, consistente *prima facie* con otras pruebas del expediente y relacionada con el documento no producido, y (iv) la parte que no produjo el documento esté al tanto de la posibilidad de que se extraigan inferencias adversas.⁷⁹

Así, en el caso *Europe Cement v. Turquía* en la etapa jurisdiccional se discutió si la demandante había adquirido una participación accionaria en las compañías turcas afectadas por medidas gubernamentales. Las demandantes afirmaron que tenían los libros de accionistas, pero nunca los presentaron aun cuando el tribunal ordenó su producción. El tribunal, después de analizar las otras pruebas presentadas por Turquía, estableció una inferencia adversa a partir de la conducta de las demandantes y concluyó que no tenían una participación en las referidas compañías. Esta fue una de las razones por las cuales el caso fue desestimado por falta de jurisdicción.⁸⁰

En segundo lugar, el tribunal puede tomar en consideración la renuencia de la parte al determinar las costas del arbitraje.⁸¹ Se sugiere también que el tribunal, en uso de sus facultades para la conducción del procedimiento, imponga sanciones monetarias a la parte renuente. Este proceder ha sido convalidado por algunas decisiones. Por ejemplo, en el caso *Superadio LP v. Winstar Radio Prods, LLC* la Corte Suprema de Massachusetts concluyó que las multas impuestas a la parte renuente a producir documentos en el arbitraje subyacente fueron conforme a derecho.⁸²

En tercer lugar, si bien el tribunal arbitral no tiene poderes coercitivos, algunas legislaciones como la *English Arbitration Act* y la *Federal Arbitration Act* de los EE.UU. permiten que los árbitros soliciten asistencia judicial para la ejecución de una orden de producción de documentos. No obstante, es poco común que se acuda a los tribunales de justicia por razones de eficiencia y celeridad procesal.⁸³

⁷⁹ Jeremy Sharpe, "Drawing Adverse Inferences from the Non-Production of Evidence," *Arbitration International*, Vol. 22, No. 4 (LCIA, 2006), p. 551.

⁸⁰ *Europe Cement Investment and Trade S.A. v. República de Turquía*, CIADI (Caso No. ARB(AF)/07/2), Laudo de fecha 13 de agosto de 2009, 164, 169, <https://bit.ly/37xact2>.

⁸¹ Ashford, *The IBA ...*, p. 167.

⁸² Corte Suprema de Massachusetts, Worcester, sentencia de fecha 28 de marzo de 2006, caso *Superadio LP v. Winstar Radio Prods*, <https://bit.ly/3CLvRfl>.

⁸³ Federal Arbitration Act, (Estados Unidos), § 7; Arbitration Act (Reino Unido), § 43.

Por último, si el tribunal arbitral considera que la renuencia a la producción documental es promovida por los abogados podrá amonestarlos por conducta indebida bajo las Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional.⁸⁴

6. Nulidad del Laudo por Irregularidades en la Producción Documental

Las órdenes de producción documental o su desestimación suelen ser examinadas al considerar las opciones para hacer frente a un laudo adverso. En ese análisis debe tenerse presente lo excepcional que resulta la nulidad de un laudo (en especial por vicios en la producción documental) y el hecho de que las decisiones de exhibición documental se adoptan dentro del marco de la discrecionalidad de los tribunales arbitrales. Por estas razones, se han desestimado numerosas solicitudes de anulación.⁸⁵

Ahora bien, la discreción que tienen los tribunales no es ilimitada, sino que está sujeta al respeto del debido proceso. Así, en el caso *Azurix* a pesar de que el comité de anulación CIADI desestimó la solicitud de anulación por las circunstancias particulares del caso, reconoció que el rechazo de una solicitud de producción de documentos “en ciertas circunstancias puede constituir la violación del derecho de la parte solicitante a ser oída.”⁸⁶

En estas situaciones, no basta probar que el tribunal rechazó determinadas solicitudes, sino que es necesario que se establezca que se violó el debido proceso, incluyendo el derecho a presentar pruebas. En este sentido, se afirma que si al solicitante le faltan los documentos necesarios para establecer los hechos relevantes sobre los cuales tiene la carga de la prueba y dichos documentos están bajo el control de su adversario, se podría sostener que el rechazo de su solicitud de producción documental menoscaba su derecho a ser oído y, por tanto, podría viciar el procedimiento arbitral.⁸⁷

Por otra parte, se podría plantear la nulidad del laudo si el tribunal contraviene el procedimiento acordado por las partes. El caso más emblemático es la decisión de la Corte Superior Regional de Frankfurt del 17 de febrero de 2011. Los hechos del caso guardan relación con una transacción fallida de *M&A* en la que el comprador inició un arbitraje contra el vendedor por haber supuestamente manipulado sus deudas internas lo que impidió materializar la adquisición de la compañía. Si bien, ambas partes acordaron producir todos los documentos en que se basaron sus expertos financieros, la demandante dejó de producir más de mil documentos. La demandada solicitó al tribunal que

⁸⁴ IBA, “Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional” (IBA, 2013), Directrices 26-27.

⁸⁵ Ver, por ejemplo, Corte de Apelaciones de EE.UU. para el Segundo Circuito, sentencia de fecha 23 de enero de 1939, caso *Hyman et. al v. Pottberg Ex’rs et al*, <https://bit.ly/3izvXyK>; Corte Federal de EE.UU. para el Distrito Sur de Nueva York, sentencia de fecha 19 de noviembre de 1979, caso *Eddie SS. Co. LTD v. Czarnikow – Rionda Co*, <https://bit.ly/3CDGvF4>.

⁸⁶ *Azurix Corp. v. República Argentina*, CIADI (Caso No. ARB/01/1), Decisión sobre la solicitud de anulación de fecha 1 de septiembre de 2009, ¶ 219, <https://bit.ly/3jJ1AFy>.

⁸⁷ Kaufmann-Kohler y Bärtsch, “Discovery...”, p. 17.

ordenase la producción faltante, pero la solicitud fue desestimada sobre la base de la discrecionalidad del tribunal. Luego de que el tribunal condenó a la demandada por daños y perjuicios, ésta solicitó la nulidad del laudo. La Corte Superior de Frankfurt anuló el laudo por considerar que el tribunal arbitral había violado el acuerdo establecido por las partes para la producción de documentos.⁸⁸

CONCLUSIONES

La producción de documentos en el arbitraje internacional permite un acceso equitativo a los materiales probatorios, sin embargo, impacta significativamente en la duración y costos del arbitraje. De allí que los tribunales arbitrales limiten su alcance a documentos específicos, pertinentes para la resolución del caso, que se encuentren bajo el poder o control de la parte requerida y no del solicitante, y que no estén protegidos por privilegios o impedimentos legales.

Los privilegios son derechos reconocidos a las partes que les permiten excluir la producción de determinados documentos, aun cuando sean relevantes y pertinentes para la controversia. No existe consenso sobre la regulación aplicable a la extensión de los privilegios dada la divergencia de criterios en los distintos sistemas jurídicos. Por ello, es fundamental que en su análisis los árbitros tengan en cuenta las expectativas legítimas de las partes, el tratamiento justo y equitativo entre ellas, y la necesidad de proteger la confidencialidad de ciertos documentos.

En caso de desacato injustificado a una orden de producción documental, la jurisprudencia arbitral se orienta por extraer inferencias negativas de dicha conducta, considerar la renuencia en la determinación de las costas, o imponer amonestaciones y sanciones económicas a la parte renuente.

La nulidad de un laudo por irregularidades en la producción documental es excepcional. No obstante, pueden presentarse situaciones que la justifiquen por violación al debido proceso o al procedimiento acordado por las partes.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, Henri. "Evidentiary Privileges in International Arbitration." En *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, editado por Albert Jan van den Berg. Kluwer Law International, 2007.
- Ashford, Peter. *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: A Guide*. Cambridge University Press, 2013.

⁸⁸ Corte Superior Regional de Frankfurt, sentencia de fecha 17 de febrero de 2011, 26 Sch 13/10, citada en Marghitola, *Document...*, § 5.10.12

- Babcock, Barbara, y Toni Massaro, eds. *U.S. Civil Procedure – An Introduction*. Wolters Kluwer, 2014.
- Born, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2da ed. Kluwer Law International, 2014.
- Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional, "Informe Control del Tiempo y de los Costos en el Arbitraje." 2018. Disponible en: <https://bit.ly/3fR1Cda>.
- _____, "Técnicas para gestionar la producción de documentos electrónicos cuando se permite o se requiere en arbitraje internacional." 2011. Disponible en: <https://bit.ly/3AAesV7>.
- Drymer, Stephen, y Valérie Gobeil. "Document Production in International Arbitration: Communicating Between Ships in the Night." En *Legitimacy: Myths, Realities, Challenges*, editado por Albert Jan Van den Berg. ICCA & Kluwer Law International, 2015.
- Ezcurra, Huáscar, y Eduardo Iñiguez. "¿Escuchando mercaderes o escuchando abogados? La regla sobre producción de documentos en el arbitraje comercial." *Forseti. Revista de Derecho*, No. 10 (2019).
- Force, Donald. "From Peruvian Guano to Electronic Records: Canadian E-Discovery and Records Professionals." *Journal of the Association of Canadian Archivists* (Primavera 2010).
- Hamilton, Virginia. "Document Production in ICC Arbitration." *ICC Bulletin, Special Supplement: Document Production in International Arbitration* (2006).
- Hascher, Dominique, ed., *Collection of Procedural Decisions in ICC Arbitration 1993-1996*. CCI, 1998.
- International Bar Association, "Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional." 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3s97cfM>.
- _____, "Directrices de la IBA sobre Representación de Parte en el Arbitraje Internacional." 2013. Disponible en: <https://bit.ly/2Xb0D0S>.
- Izquierdo, Javier, y Marta Robles. "La fase de producción documental en el arbitraje." *La Ley. Mediación y Arbitraje*, No 2 (2020).
- Kaufmann-Kohler, Gabrielle, y Philippe Bärtsch. "Discovery in international arbitration: How much is too much?." *German Arbitration Journal*, Vol 2, No 1 (2004).
- Khodykin, Roman, y Carol Mulcahy. *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. Oxford University Press, 2019.
- Khrapoutski, Alexandre. *Creeping Americanisation of international arbitration*. IV Russian Arbitration Association Annual Conference. 20 de abril de 2017. Disponible en: <https://bit.ly/3fW0Trc>.
- Kuitkowski, Diana. "The Law Applicable to Privilege Claims in International Arbitration." *Journal of International Arbitration*, Vol 32 (2015).
- London Court of International Arbitration, Reglamento de Arbitraje. Vigente a partir del 1 de octubre de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3lUMfo3>.
- Marghitola, Reto. *Document Production in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2015.
- Matthews, Paul, y Hodge Malek. *Disclosure*. 5ta ed. Sweet & Maxwell, 2020.
- Mosk, Richard, y Tom Ginsburg. "Evidentiary Privileges in International Arbitration." *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, No. 2 (2001).
- O'Malley, Nathan. *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide*. Informa Law, 2013.
- Raeschke-Kessler, Hilmar. "The Production of Documents in International Arbitration -A Commentary on Article 3 of the New IBA Rules of Evidence." *Arbitration International* Vol. 18, No. 4 (2002).
- "Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional." 2018. Disponible en: <https://bit.ly/3iBfwC3>.

- Rodríguez, Maribel. "Los Privilegios Probatorios en Arbitraje Internacional." *Revista del Club Español del Arbitraje*, No. 15 (2012).
- Sharpe, Jeremy. "Drawing Adverse Inferences from the Non-Production of Evidence." *Arbitration International*, Vol. 22, No. 4 (2006).
- Stampa, Gonzalo. "Aplicación de los principios del discovery al procedimiento arbitral moderno." *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, Vol 3, No. 3 (2010).
- Tercier, Pierre, y Tetiana Bersheda. "Document Production in Arbitration: A Civil Law Viewpoint." En *Is Finding The Truth What Dispute Resolution Is About?*, editado por Marcus Wirth, Christina Rouvinez y Joachim Knoll. Association Suisse de l'Arbitrage, 2011.
- Universidad Queen Mary y White & Case, "2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world. 2021." Disponible en: <https://bit.ly/3Azqez7>.
- Waincymer, Jeffrey. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Kluwer Law International, 2012.