

Percepciones y realidades del procedimiento arbitral en la práctica latinoamericana

José Gregorio Torrealba R.*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 129-143

Resumen: En este trabajo se exploran algunos aspectos de la práctica arbitral en América Latina a través de una encuesta a profesionales del arbitraje. Se destaca que el procedimiento arbitral se caracteriza por su diseño esencialmente creado por las partes o el tribunal arbitral y el nivel de adopción en la región de algunas prácticas comunes en el arbitraje internacional. Se abordan los efectos de la manera restrictiva o amplia con la que se interpretan los requisitos de la solicitud de arbitraje y la contestación, como la inserción de memoriales de demanda y contestación y escritos de réplica y dúplica, la importancia del Acta de Misión, la regulación de las pruebas, las conferencias para la conducción del procedimiento y el estado actual de la práctica sobre la condena en costos.

Palabras clave: Procedimiento arbitral, prácticas, Latinoamérica.

Perceptions and realities of the arbitration procedure in Latin- American practice

Abstract: *This paper explores certain aspects of the practice of arbitration in Latin America through a survey of arbitration practitioners. It emphasizes that the arbitration procedure is characterized by its essentially party- or tribunal-created design and the level of adoption in the region of some common practices in international arbitration. The effects of the restrictive or expansive interpretation of the requirements for the request of arbitration and response are addressed, such as the inclusion of memorials of claim and defense, joinder and rejoinder, the importance of the Terms of Reference, the regulation of evidence, conferences for procedural management, and the current state of practice regarding cost awards.*

Keywords: *Arbitral proceedings, practices, Latin-America.*

Autor invitado.

* Profesor invitado de Derecho Internacional de Inversiones y Arbitraje en el curso de LLB (pregrado) de *Brunel University London* (2022) y profesor de postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello (2005-2018), Universidad Católica del Táchira (2005) y Universidad Central de Venezuela (2003). *Solicitor* de Inglaterra y Gales (2023), *PhD* (Candidato) y *LL.M.* (2004), *King's College London, University of London*; *Chevening Alumni* (2003); Especialista en Derecho Administrativo (2002), Universidad Católica Andrés Bello; Abogado (1997), Universidad Santa María. Miembro de la delegación de la Asociación Venezolana de Arbitraje ante la CNUDMI. Socio de JGTorrealba, Londres, Reino Unido. Email: jgtorrealba@jgtorrealba.com.

Percepciones y realidades del procedimiento arbitral en la práctica latinoamericana

José Gregorio Torrealba R.*

VENEZUELA

AVANI, Nro. 4, 2023. pp. 129-143

SUMARIO:

INTRODUCCIÓN. 1. Los requisitos de la solicitud de arbitraje y la contestación. 1.1. Los Memoriales de Demanda y Contestación (o Statements of Claim and Defense). 1.2. Los escritos de réplica y dúplica. 2. El acta de misión o de términos de referencia. 3. La regulación de las pruebas. 3.1. Herramientas para la eficiencia probatoria. 4. Las conferencias para la conducción del procedimiento. 5. La rigurosidad o flexibilidad de la práctica arbitral latinoamericana. 6. La condena en costos en la práctica arbitral latinoamericana. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Si el lector viene del mundo del litigio ante los tribunales ordinarios, estará acostumbrado a seguir un procedimiento detallado en una ley procesal que cubre todos los aspectos de cómo debe actuar el abogado ante el tribunal, las maneras de comunicarse con el juez, las oportunidades para presentar sus argumentos y pruebas, el procedimiento aplicable a cada incidencia, entre otros. Al leer las reglas de cualquier centro de arbitraje, lo primero que le llamará la atención es que ese detallado procedimiento no existe. Aparte de algunas indicaciones sobre actos o fases en particular, el procedimiento arbitral es diseñado, esencialmente, por las partes o por el tribunal arbitral.

En este trabajo vamos a comentar algunas percepciones y prácticas sobre el procedimiento arbitral en varias jurisdicciones de América Latina sobre la base de una encuesta que circulamos entre los miembros de la comunidad arbitral de la región para explorar las diferentes opciones que manejamos para la estructura del procedimiento arbitral, la sustanciación del procedimiento arbitral, la eficiencia con la que nos manejamos en casos complejos, la formalidad que exigen nuestros árbitros y la manera en que se distribuyen los costos del arbitraje, todas estas cuestiones que, por lo general, no tienen una regulación específica.

* Profesor invitado de Derecho Internacional de Inversiones y Arbitraje en el curso de LLB (pregrado) de *Brunel University London* (2022) y profesor de postgrado de la Universidad Católica Andrés Bello (2005-2018), Universidad Católica del Táchira (2005) y Universidad Central de Venezuela (2003). *Solicitor* de Inglaterra y Gales (2023), *PhD* (Candidato) y *LL.M.* (2004), *King's College London*, *University of London*; *Chevening Alumni* (2003); Especialista en Derecho Administrativo (2002), Universidad Católica Andrés Bello; Abogado (1997), Universidad Santa María. Miembro de la delegación de la Asociación Venezolana de Arbitraje ante la CNUDMI. Socio de JGTorrealba, Londres, Reino Unido. Email: jgtorrealba@jgtorrealba.com.

En dicha encuesta se recibieron 78 respuestas provenientes distribuidas de la siguiente forma: Argentina (4), Bolivia (1), Brasil (2), Chile (4), Colombia (4), Costa Rica (3), Ecuador (2), El Salvador (1), Guatemala (3), Honduras (7), México (3), Panamá (3), Paraguay (3), Perú (13) y Venezuela (25).

Claramente, las jurisdicciones que recibieron más respuestas permiten hacer una radiografía más nítida de su práctica arbitral, pero esto no implica que aquellas que recibieron menos respuestas puedan ser descartadas, considerando que debido a los canales por los que circuló la encuesta, todos los que participaron son practicantes activos del arbitraje en sus jurisdicciones y sus respuestas no deben ser descartadas por el hecho de no tener una confirmación o un contraste. Sin embargo, debe tenerse claro que se trata de la experiencia de cada uno y que, por supuesto, aun en una misma jurisdicción, las respuestas no son necesariamente uniformes.

No se pretende que el lector tome este trabajo como un estudio cumpla con la rigurosidad de metodológica de una investigación estadística, pero sin duda, la información resultante es un indicador de la experiencia de un numeroso grupo de quienes se dedican al arbitraje en América Latina.

1. Los requisitos de la solicitud de arbitraje y la contestación

Los requisitos con los que deba cumplir una solicitud de arbitraje se encuentran en las reglas de arbitraje que sean aplicables y que, usualmente requieren la identificación de las partes y sus datos de contacto, una exposición de los hechos o actos que fundamenten las pretensiones de la demandante, aspectos relativos al tribunal arbitral (como la designación de un árbitro u observaciones sobre el número de árbitros que deban constituir el tribunal) y del lugar, idioma y derecho aplicable. Los requisitos de la contestación son, por lo general, muy similares a los exigidos para la solicitud de arbitraje.

La interpretación de estos requisitos puede tener un enfoque amplio o restrictivo y esto desencadenará el procedimiento arbitral de formas distintas. Una interpretación que consideramos amplia es que dichos requisitos sean cumplidos de forma exhaustiva, incluyendo todo detalle de hecho y de derecho y toda la documentación fundamental que sustente las pretensiones de la demandante y las defensas de la demandada. La otra posición, restrictiva, es que esos requisitos se cumplen a manera de enunciado y de forma breve, sin exhaustividad, a modo de resumen en cuanto a lo que se refiere a la exposición de los hechos y el derecho aplicable.

El resultado global de la encuesta es que, en América Latina, un 55,7% reporta que la solicitud de arbitraje debe ser solo un resumen de la controversia, generalmente corto y sin mucho detalle. Los resultados por jurisdicción pueden ser muy distintos. Hay jurisdicciones en las que el 100% de los encuestados reportaron que la solicitud

de arbitraje debe ser solo un resumen de la controversia. Entre estos tenemos: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, El Salvador, México y Paraguay. Podemos incluir en este renglón aquellas jurisdicciones en los que esta práctica, si bien no es reflejada como absoluta, tiene una superior al 75% de las respuestas recibidas: Perú (92%) y Honduras (85%).

El 44,3% de las respuestas en el resultado global indican que la solicitud de arbitraje y la contestación son documentos que deben ser exhaustivos, contener todos los argumentos y todos los detalles de hecho y de derecho en los que se fundamenta la demanda. Entre los países en los que esta posición fue reflejada en el 100% de las respuestas, se encuentran: Ecuador y Guatemala. Los países en los que esta práctica no es absoluta, pero es una clara tendencia, son: Venezuela (84%) y Colombia (75%).

1.1. Los Memoriales de Demanda y Contestación (o Statements of Claim and Defense)

La exigencia de memoriales de demanda y contestación viene estrechamente relacionada con la posición asumida sobre cómo dar cumplimiento a los requisitos de la solicitud de arbitraje y la contestación. Por esto, es comprensible que en aquellas jurisdicciones en las que la solicitud de arbitraje y la contestación asumen un criterio mínimo de cumplimiento de los requisitos exigidos en las reglas aplicables, exista la costumbre de presentar memoriales de demanda y de contestación luego de haberse constituido el tribunal arbitral.

Por lo general, al instalarse el tribunal arbitral, dependiendo de las reglas aplicables, la siguiente actuación será la de preparar el Acta de Misión o Términos de Referencia (Acta de Misión de aquí en adelante) o emitir la Orden Procesal No. 1. Con sus obvias diferencias, a los efectos de este comentario nos interesa que ambos instrumentos suelen contener el calendario procesal, que debería haber sido objeto de consulta con o acuerdo entre las partes.

Los memoriales cumplen con el objetivo de dar a las partes la posibilidad de expresar todos sus argumentos con el detalle y la exhaustividad necesarios cuando la solicitud de arbitraje y la contestación no han satisfecho esta posibilidad.

1.2. Los escritos de réplica y dúplica

La presentación de escritos de réplica y dúplica sobre la demanda y la contestación tienen la finalidad de abordar aquellos aspectos nuevos que hayan sido alegados, primero en la contestación, que se hará mediante la réplica por parte del demandante, y luego en la propia réplica, mediante el escrito de dúplica por la parte demandada. Dar derecho a réplica y dúplica después de la contestación es una clara tendencia en las respuestas recibidas sobre la práctica en Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica y México.

Pero esta práctica no es exclusiva de esta fase y, personalmente, la considero muy útil en toda fase que requiera una contestación, como procedimientos que se hayan bifurcado, y en la fase de conclusiones escritas, pues permite a las partes responder absolutamente todas las cuestiones que lo ameriten, sin ventajas tácticas, ni estratégicas.

No en pocas oportunidades nos encontramos en procedimientos arbitrales en los que la demandada, por ejemplo, objeta la jurisdicción del tribunal sin que se bifurque el procedimiento. Si este es el caso, la demandante tendrá hasta el acto final de conclusiones para exponer sus argumentos y, de no darse una oportunidad de réplica a la demandada para presentar una respuesta por escrito a los argumentos de la demandante, se puede ver en desventaja abriendo la posibilidad a un laudo viciado de nulidad e incluso, el tribunal puede dejar de recibir comentarios útiles que aclaren aspectos relevantes. El punto esencial es que las partes deben tener la posibilidad de responder todo argumento en un tiempo razonable que le permita preparar dicha respuesta.

2. El acta de misión o de términos de referencia

El Acta de Misión es un documento que sirve para delimitar la controversia, expresando los puntos sobre los que el tribunal arbitral debe decidir. También es un documento que permite resumir los argumentos de las partes y su sola preparación, en nuestra opinión, es una oportunidad para que los árbitros y las propias partes se familiaricen con los aspectos fundamentales de la demanda y de la contestación, al punto que no es extraño que el ejercicio sirva para alcanzar acuerdos totales o parciales.

En la encuesta quisimos explorar la percepción que tienen los practicantes de arbitraje en Latinoamérica sobre la importancia de este instrumento. Un contundente 89.9% considera que el Acta de Misión es un instrumento útil, mientras que el 8.9% condiciona su importancia a aspectos determinados, como el alcance jurisdiccional del tribunal arbitral, que puede verse reafirmado con el Acta de Misión, la participación de las partes con un enfoque colaborativo, la complejidad del caso y la efectividad del ejercicio de resumir los puntos litigiosos, que no debe convertirse en un ejercicio de copiar y pegar. La importancia del Acta de Misión es afirmada transversalmente con una proporción muy cercana al 100% en todas las jurisdicciones sobre las que se recibieron respuestas.

3. La regulación de las pruebas

Entre los aspectos más liberales del procedimiento arbitral está el probatorio. La estructura del lapso probatorio puede variar, desde un lapso único para la promoción y evacuación de pruebas a lapsos distintos para cada una de estas etapas. Pero el lapso probatorio unificado no implica una promoción de pruebas a cuentagotas, sino que las partes, luego de presentar su escrito para proponer sus pruebas, tienen la posibilidad de

promover pruebas adicionales que deriven de las pruebas de su contraparte. De nuevo, cada arbitraje es distinto.

La regulación de los medios de prueba en el arbitraje ha ido evolucionando, desde las regulaciones *ad-hoc* hasta la adopción de reglas de *soft law*, que las partes pueden incorporar a su procedimiento, como las Reglas de la *International Bar Association* sobre la Práctica de la de Prueba en el Arbitraje (Reglas IBA), las Reglas para la tramitación eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga), las Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje para la Actividad Probatoria en el Arbitraje (Reglas AVA). Tampoco es de extrañar que las partes apliquen la normativa procesal civil por analogía al procedimiento arbitral, lo que en nuestra opinión no es aconsejable por las claras diferencias entre uno y otro procedimiento.

En la práctica latinoamericana, conforme a las respuestas recibidas, las Reglas IBA tienen un rol preponderante en la región con un 44.3% de aplicación, frente a un 35.4% que reporta la aplicación analógica de la normativa procesal civil y un 16.5% que reporta la aplicación de reglas *ad-hoc*. Los países que reportan un 100% en la adopción de las Reglas IBA en su práctica arbitral, son: Costa Rica, México y Panamá, seguidos por Perú (76.9%) y Argentina (75%).

La aplicación analógica de la normativa procesal civil es una práctica adoptada plenamente en Bolivia, Colombia y Ecuador, mientras es una tendencia hacia esta práctica en Guatemala (67%) y Paraguay (67%), mientras que en Honduras parece ser la práctica más común con 50%.

Finalmente, la aplicación de reglas *ad-hoc* parecen ser la práctica más común en El Salvador, mientras que resulta muy frecuente en Brasil (50%). Los demás países Latinoamericanos reportan una práctica muy heterogénea en lo que a pruebas se refiere, con casos tan atomizados como Venezuela, donde la aplicación analógica de la normativa procesal civil reportó un 36%, las Reglas IBA, 28%, las Reglas *ad-hoc*, 24%, las Reglas AVA, 8% y las Reglas de Praga, 4%.

3.1. Herramientas para la eficiencia probatoria

La flexibilidad del procedimiento arbitral permite expandir las formas en las que pueden interactuar las partes y los árbitros. En el arbitraje internacional existen algunos instrumentos que facilitan esta interacción. Uno de ellos es la Tabla *Redfern*, que debe su nombre al prestigioso árbitro Alan Redfern.

Es muy común que las partes o sus representantes y los árbitros en un arbitraje internacional, tengan culturas legales distintas y esto hace que pruebas como la exhibición de documentos pueda ser fuente de conflicto dentro del procedimiento, pues la forma y la expectativa sobre cómo promover y evacuar esta prueba es distinta en las familias legales del Derecho Común y las de Derecho Civil. En el Derecho Común, el

discovery o *disclosure* obliga a ambas partes a revelar toda la documentación que tengan sobre el caso, mientras que, en la exhibición del Derecho Civil, la parte promovente se limitará a pedir la exhibición de un documento relevante para el caso, que sepa que existe y que está en poder de la otra parte.

En el arbitraje se han desarrollado instrumentos que pueden ayudar a hacer de esta prueba algo menos conflictivo entre las tradiciones legales presentes en el arbitraje, tales como la Tabla *Redfern* y la Tabla Armesto, ambas adaptadas a las Reglas de la IBA para la producción de la prueba en el arbitraje internacional (Reglas IBA).

Sobre la Tabla *Redfern* se formuló una de las preguntas de la encuesta y, a pesar de ser uno de los instrumentos más conocidos en el arbitraje internacional, un 72.6% reportó que no es utilizada en Latinoamérica. Al indagar sobre los resultados por jurisdicción, tenemos que hay jurisdicciones muy familiarizadas con este instrumento, como Brasil (100%), México (100%) y Argentina (75%). Chile (50%) reportó una familiaridad relativa con la Tabla *Redfern*, mientras que Guatemala (33,3%), Panamá (33,3%), Perú (30.7%), Colombia (25%) y Venezuela (15%) reportaron un uso bajo. Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras y Paraguay reportaron que no utilizan esta herramienta.

3.1.1. La Tabla Redfern

La Tabla *Redfern* es un instrumento sumamente útil, que se trabaja en conjunto entre las partes y el tribunal arbitral en casos en los que las partes soliciten la exhibición de documentos conforme a las Reglas IBA, aunque, por supuesto, puede ser modificado a la medida de las reglas que sean aplicables, pues la idea es hacer el procedimiento más eficiente.

Un típico formato de la tabla incluiría el siguiente encabezado:

Nro.	Documento o Categoría de Documento	Relevancia y Pertinencia para la parte promovente		Objeciones de la parte requerida	Contestación de la parte promovente	Decisión del Tribunal
		Referencia a Escritos	Comentarios			

Cada parte y el tribunal arbitral deben completar las columnas que le corresponden. Al identificar el documento, o la categoría de documento cuya exhibición se requiere, es necesario ser lo más preciso posible, de forma que la parte requerida pueda identificar claramente lo se le está solicitando. En la columna sobre "Referencia a Escritos", la parte promovente debe indicar con toda precisión la relación que tiene el documento o categoría de documentos cuya exhibición se solicita con los argumentos expuestos por las partes en sus escritos (idealmente los párrafos de los escritos deberían estar numerados). En la columna sobre comentarios, debe indicarse cuál es el objeto de la prueba y cualquier otro comentario sobre su pertinencia.

La parte requerida debe formular sus objeciones en la columna correspondiente, limitándose a las razones expresadas en el instrumento que hayan escogido las partes para regular el aspecto probatorio del procedimiento. La parte promovente podrá poner sus argumentos en defensa de la admisión de la exhibición solicitada en la columna siguiente y, finalmente, el tribunal incluirá su decisión en la última columna de la tabla.

3.1.2. La Tabla Armesto

La Tabla Armesto¹, inspirada en la Tabla Redfern, también es un instrumento que se trabaja en conjunto entre las partes y el tribunal arbitral. Su uso tiene como base una Orden Procesal² acordada entre las partes y el tribunal (lo que requeriría al menos una conferencia para la conducción del procedimiento), que define los criterios que tomará en cuenta el tribunal para su decisión sobre la exhibición.

El formato de la Tabla Armesto es vertical y cada solicitud de exhibición ocupará una página. Adaptada a las Reglas IBA, los tres requisitos para la exhibición que prevé dicha norma se identifica como R1 Descripción de los documentos solicitados³, R2 Relevancia o materialidad⁴, y R3 No está en posesión de la parte solicitante⁵, mientras que los siguientes seis renglones, corresponden a las objeciones (O1 a O6) que pueden formularse:⁶

¹ «The Armesto Schedule: A Step Further to a More Efficient Document Production», Kluwer Arbitration Blog, 4 de abril de 2020, <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/04/the-armesto-schedule-a-step-further-to-a-more-efficient-document-production/>. (Visitado el 20 de diciembre de 2023)

² El modelo de la Orden Procesal se encuentra en: <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/wp-content/uploads/sites/48/2020/04/Procedural-Order-Model.pdf> (visitado el 20 de diciembre de 2023)

³ International Bar Association, «Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional» (2020), <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=3c8cad88-8bac-43c4-85ad-149fbd8a3cdc>. (Visitado el 22 de diciembre de 2023). Ver. Art. 3.3(a)(i) y (ii)

⁴ International Bar Association. Ver Art. 3.3 (b) y 9.2(a)

⁵ International Bar Association. Ver Art. 3.3 (c) (i) y (ii)

⁶ International Bar Association. Ver Art. 3.5

Solicitud de Documento No. 1		
R1: Descripción de los documentos solicitados (máx. 200 palabras)		
<u>Parte solicitante</u>	<u>Destinatario requerido</u>	<u>Tribunal</u>
<u>Plazo de emisión</u>		
R2: Relevancia y materialidad (máx. 250 palabras)		
<u>Parte solicitante</u>	<u>Destinatario requerido</u>	<u>Tribunal</u>
<u>Referencia en Memorial (párrs.)</u>		
R3: No está en posesión de la parte solicitante (máx. 100 palabras)		
<u>Parte solicitante</u>	<u>Destinatario requerido</u>	<u>Tribunal</u>
O1: privilegio legal o de transacción (máx. 250 palabras)		
<u>Destinatario requerido</u>	<u>Parte solicitante</u>	<u>Tribunal</u>
O2: La producción es excesivamente onerosa (máx. 200 palabras)		
<u>Destinatario requerido</u>	<u>Parte solicitante</u>	<u>Tribunal</u>
O3: Pérdida, destrucción o inexistencia (máx. 100 palabras)		
<u>Destinatario requerido</u>	<u>Parte solicitante</u>	<u>Tribunal</u>
O4: Confidencialidad técnica o comercial (máx. 200 palabras)		
<u>Destinatario requerido</u>	<u>Parte solicitante</u>	<u>Tribunal</u>
O5: Sensibilidad política o institucional especial (máx. 250 palabras)		
<u>Parte requerida</u>	<u>Parte solicitante</u>	<u>Tribunal</u>
O6: La producción afecta a la equidad o a la igualdad del procedimiento (máx. 100 palabras)		
<u>Destinatario requerido</u>	<u>Parte solicitante</u>	<u>Tribunal</u>
Decisión del Tribunal		

La Tabla Armesto debe ser utilizada en conjunto con dos declaraciones juradas para balancear el choque cultural que implica la exhibición de documentos en los distintos sistemas legales. Una declaración jurada la otorga la parte a quién se le requiere la exhibición (no a su abogado), declarando que: (i) ha realizado una búsqueda razonable de los documentos, (ii) que ningún documento de los requeridos por la parte promoviente de la exhibición ha sido destruido u ocultado, (iii) que todos los documentos sobre los que pese un privilegio que haya sido invocado, reúnen los requisitos establecidos en la Orden Procesal, y (iv) que ha exhibido todos los documentos.

La segunda declaración jurada es otorgada por el abogado de la parte requerida, en la que jura: (i) haber explicado a su representado la obligación de no destruir ningún documento, y (ii) haber aconsejado a su representado realizar una búsqueda razonable para exhibir todos los documentos que se le hayan requerido (excepto aquellos protegidos por algún tipo de privilegio o confidencialidad).

Otra de las características de la Tabla Armesto es que la Orden Procesal que le sirve de base le permite determinar los costos en los que incurra cada parte por la evacuación de la prueba de exhibición tomando en consideración la razonabilidad de la prueba y de las objeciones, así como la voluntad de las partes para exhibir los documentos que se le hayan requerido y el éxito de cada parte, esto como un incentivo a cooperar y a evitar que la prueba sea promovida sin fundamento.

4. Las conferencias para la conducción del procedimiento

Otra de las ventajas que otorga la flexibilidad del procedimiento arbitral, pero que además brinda mayor seguridad a la estabilidad del laudo arbitral, es la posibilidad de que el tribunal arbitral y las partes puedan llegar a acuerdos sobre múltiples aspectos del procedimiento, lo que generalmente se hace en conferencias para la conducción del procedimiento. Una reunión de este tipo puede ahorrar mucho tiempo, recursos y poner en evidencia la actitud de las partes en el procedimiento.

Estas conferencias pueden convocarse para la preparación del Acta de Misión o las órdenes procesales en conjunto entre las partes y el tribunal arbitral luego de que se haya intercambiado una primera ronda de borradores entre las partes, para discutir el calendario del procedimiento, la forma de conducir audiencias e, incluso, para que el tribunal escuche y decida sobre la relevancia, pertinencia y conducencia de las pruebas promovidas por las partes y la forma de evacuarlas, la necesidad de exhibir documentos, entre otros.

Esto permite que el tribunal explique a las partes cómo será conducido cada aspecto del procedimiento y evitar cualquier sorpresa que luego pueda exponer algún vicio de nulidad o a una objeción contra la ejecución del laudo⁷. La agenda típica de una primera conferencia de conducción del procedimiento arbitral podría incluir:

- i. Confirmar la asistencia e identidad de los representantes legales y de las partes que asistan a la conferencia e informados con antelación al tribunal,
- ii. Confirmar si la conferencia será o no grabada,

⁷ Neil Kaplan y Chiann Bao, So, *Now You are an Arbitrator: The Arbitrator's Toolkit* (Kluwer Law International, 2022), 96.

- iii. Una lista enunciativa de aspectos procesales a ser discutidos: Idioma, si el procedimiento será oral, escrito o mixto, calendario procesal preliminar, forma de presentar las conclusiones de las partes y secuencia de escritos, aspectos relacionados con las zonas horarias, asistencia personal, virtual o híbrida, protocolo aplicable a las audiencias virtuales, cualquier otro que surja en la conferencia.⁸

Mucha de esta información será incluida en el Acta de Misión o la Orden Procesal 1, según corresponda.

Aun cuando pareciera que la utilidad de este tipo de conferencias es clara y así lo reconocieron 88.6% de los encuestados, parece que los árbitros latinoamericanos están divididos casi a la mitad, con un 52.5% de los encuestados respondiendo que los árbitros convocan estas conferencias con poca frecuencia o nunca.

En cuanto a las jurisdicciones en particular, México fue el único en reportar una tendencia clara a la convocatoria de estas conferencias con mucha frecuencia (66.6%), Argentina reportó una frecuencia de moderada a mucha (75%) y Bolivia y Paraguay reportaron una frecuencia moderada (100%). Entre los países en los que se reportó un resultado dividido entre poca y moderada a la frecuencia de convocatoria de estas conferencias, tenemos a Brasil (100%), Colombia (75%), Ecuador (100%), Perú (76.9%) y Venezuela (62.5%), mientras que Chile (75%), El Salvador (100%), Panamá (100%) reportaron poca frecuencia y Honduras (71.4%) reportó una tendencia a que nunca sean convocadas.

5. La rigurosidad o flexibilidad de la práctica arbitral latinoamericana

La flexibilidad del arbitraje solo tiene como límites el respeto a las garantías procesales para el ejercicio al derecho a la defensa, porque en el arbitraje, lo más importante, es poder conocer la verdad de los hechos para resolver el fondo del asunto. Así que, no será extraño que un procedimiento arbitral pueda tener alguna característica que no hayamos visto antes, porque cada arbitraje es distinto, aunque tengan líneas comunes. Esta flexibilidad es, en buen grado, lo que nos motivó a preparar la encuesta que comentamos, pues es la razón por la que la estructura del procedimiento arbitral puede cambiar de un caso a otro.

La encuesta arrojó un resultado global en el que el 67.1% de los encuestados reporta que, en Latinoamérica, en términos generales, el procedimiento arbitral se maneja con flexibilidad, pero respetando las garantías procesales de las partes. El resultado por cada jurisdicción es claro en cuanto a que los países que tienen una tendencia clara

⁸ Kaplan y Bao, 163-64.

hacia la flexibilidad son: Bolivia (100%), Brasil (100%), Costa Rica (100%), Ecuador (100%), México (100%), Argentina (75%), Honduras (71.4%), Perú (69.2%), Venezuela (68%) y Panamá (66.6%).

Por su parte, los países que reportaron una marcada tendencia hacia una formalidad muy parecida al procedimiento ante los tribunales ordinarios, tenemos a: El Salvador (100%), Chile (75%), Guatemala (66.6%) y Paraguay (66.6%).

6. La condena en costos en la práctica arbitral latinoamericana

Este aspecto del arbitraje es uno de los más importantes y en los que el arbitraje se distingue más del litigio ante los tribunales ordinarios. En la mayoría de los reglamentos de las instituciones de arbitraje se encontrarán disposiciones que otorgan al tribunal arbitral el poder para decidir a cuál de las partes corresponde pagar las costas o en qué proporción se reparten entre ellas, siempre en torno a la razonabilidad de los gastos en los que haya incurrido cada una.

En general, ninguna de las partes debe asumir que, por el hecho de resultar victoriosa en el arbitraje, podrá recuperar total o parcialmente sus costos. Muchos factores pueden tener un impacto en la decisión del tribunal arbitral: Intentos de la parte perdedora para llegar a un acuerdo para solucionar la disputa antes del laudo, incluyendo la posibilidad de que haya presentado una oferta – sobre todo si es superior a lo condeñado en el laudo – que haya sido rechazada por la otra parte, la conducta de las partes durante el procedimiento, incluyendo la ejecución de tácticas de guerrilla, la utilización de expresiones irrespetuosas hacia la otra parte o sus representantes, escritos con una extensión innecesaria, no colaborar con el tribunal en el cumplimiento de su misión, presentar pruebas incompletas, omitir información de forma deliberada, entre otras conductas, pues la lista parece ser interminable.

Los expertos latinoamericanos reportan que en un 65.8% de los casos, la tendencia de los árbitros es analizar los montos invertidos por las partes y su razonabilidad, así como la conducta de las partes en el procedimiento, frente a un 19% que aplica por analogía la norma procesal civil y un 15.2% que aplica la máxima “el que pierde, paga”.

Los resultados por jurisdicción arrojan que la razonabilidad de los montos invertidos y la conducta de las partes durante el procedimiento son los criterios principales en Argentina (100%), Bolivia (100%), El Salvador (100%), México (100%), Perú (92.3%), Venezuela (68%) Panamá (66.6%), Paraguay (66.6%) y Honduras (57.1%).

La aplicación análoga de la norma procesal civil parece ser la práctica más común en Chile (100%), mientras que Colombia, Costa Rica, Ecuador y Guatemala, no reportaron una tendencia clara.

CONCLUSIONES

La cultura arbitral de cada jurisdicción latinoamericana juega un rol fundamental en el arbitraje internacional en la región, tal y como sucede en cualquier otra región. Pero la idea de que el arbitraje internacional tenga procedimientos relativamente homogéneos está detrás de las normas de *soft law* que se vienen elaborando por organizaciones dedicadas a la promoción del arbitraje como medio de solución de controversias.

El análisis de las respuestas de la encuesta revela diversas percepciones y prácticas relacionadas con los aspectos procedimiento arbitral en América Latina. A continuación, se presentan algunas conclusiones clave:

- i. La interpretación de los requisitos de la solicitud de arbitraje y la contestación puede incidir en la estructura del procedimiento. A excepción de aquellas instituciones cuyas reglas de arbitraje hacen referencia a los requisitos exigidos por la norma procesal civil para el libelo de la demanda, existe una divergencia en la interpretación de los requisitos de la solicitud de arbitraje y la contestación. Alrededor del 55.7% sostiene que deben ser resúmenes cortos, mientras que el 44.3% aboga por documentos exhaustivos.

La presentación de memoriales de demanda y contestación es común, especialmente después de la constitución del tribunal arbitral, permitiendo una expresión detallada de los argumentos. Puede decirse que existe una correlación entre las jurisdicciones que requieren una solicitud de arbitraje resumida, sin ser exhaustiva, y la exigencia de los memoriales de demanda y contestación, lo que es totalmente lógico pues las partes deben tener la oportunidad de exponer su caso de forma suficiente.

- ii. Acta de Misión o Términos de Referencia: El 89.9% considera que el Acta de Misión es una herramienta útil para delimitar la controversia y resumir los argumentos de las partes. Sin lugar a duda, se trata de un instrumento valorado por los practicantes del arbitraje en la región.
- iii. Regulación de Pruebas: Las Reglas IBA son ampliamente adoptadas en la regulación de pruebas, con un 44.3% de aplicación regional, seguidas por la aplicación analógica de la normativa procesal civil (35.4%). Esto es un resultado que refleja un progreso interesante en cuanto a la naturaleza misma del arbitraje, pues es parte de la discusión en la comunidad arbitral la aplicación analógica de la normativa procesal civil a los procedimientos arbitrales, particularmente en la fase probatoria. Que las Reglas IBA hayan alcanzado un nivel tan alto de uso en la región, habla muy bien del arbitraje latinoamericano. Sin embargo, todavía queda trabajo por hacer para convencer a todos los actores de que el arbitraje, aun teniendo naturaleza jurisdiccional, no es un procedimiento judicial.

- iv. Herramientas para la Eficiencia Probatoria: Instrumentos colaborativos como la Tabla *Redfern* o la Tabla Armesto son conocidos, pero su utilización varía. El 72.6% indica que la Tabla *Redfern* no se utiliza comúnmente en Latinoamérica. Es recomendable que abogados y árbitros se familiaricen con estos instrumentos pues han probado ser eficientes en cuanto al tiempo invertido en la prueba de exhibición de documentos y, por lo tanto, en materia de costos.
- v. Conferencias para la Conducción del Procedimiento: Aunque la mayoría reconoce la utilidad de estas conferencias, aproximadamente el 52.5% señala que los árbitros las convocan con poca frecuencia o nunca. Este tipo de conferencia, como hemos mencionado antes, son de suma utilidad para hacer del arbitraje un procedimiento eficiente, pero, además, al asegurar la participación de las partes, contribuyen a que el laudo tenga una estabilidad superior.
- vi. Rigurosidad o Flexibilidad de la Práctica Arbitral: El 67.1% sostiene que, en Latinoamérica, el procedimiento arbitral se maneja con flexibilidad, respetando las garantías procesales de las partes. Esto es, probablemente, uno de los aspectos más importantes en el arbitraje y resulta palpable que ha alcanzado un nivel bastante elevado, aunque queda trabajo por hacer. La flexibilidad del procedimiento arbitral es, probablemente, una de sus grandes virtudes.
- vii. Condena en Costos: En la determinación de costas, el 65.8% de los árbitros considera la razonabilidad de los montos invertidos y la conducta de las partes durante el procedimiento, lo que evidencia una clara inclinación hacia las mejores prácticas del arbitraje internacional.

Estas conclusiones proporcionan una visión integral de los aspectos de la práctica arbitral en América Latina que fueron objeto de la encuesta, y reflejan la complejidad y la riqueza de la práctica arbitral en la región.

BIBLIOGRAFÍA

- International Bar Association. Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020). <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=3c8cad88-8bac-43c4-85ad-149fbd8a3cdc>.
- Kaplan, Neil, y Chiann Bao. *So, Now You are an Arbitrator: The Arbitrator's Toolkit*. Kluwer Law International, 2022.
- Kluwer Arbitration Blog. «The Armesto Schedule: A Step Further to a More Efficient Document Production», 4 de abril de 2020. <https://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/04/04/the-armesto-schedule-a-step-further-to-a-more-efficient-document-production/>.