

Aspectos prácticos de la primera audiencia de organización del procedimiento arbitral

José Pedro Barnola, Jr. * Carol Jiménez López**

Principia No. 6–2022 pp. 29–46

Resumen: A veces la complejidad del caso puede extender los costos y tiempos del arbitraje, lo cual afecta su eficacia. Este trabajo resume los aspectos prácticos de la primera audiencia de organización del procedimiento arbitral como una oportunidad valiosa para que las partes lleguen a varios acuerdos importantes sobre la regulación del procedimiento arbitral y las pruebas y así, lograr un procedimiento eficaz.

Abstract: Sometimes the complexity of the case may extend costs and time of arbitration, which affects its effectiveness. This paper summarizes the practical aspects of the first case management conference of the arbitration procedure as a valuable opportunity for the parties to reach several important agreements on the regulation of the arbitral procedure and evidence and achieve an effective procedure.

Palabras Claves: Primera audiencia de organización | Procedimiento arbitral | Pruebas

Keywords: First case management conference | Arbitral procedure | Evidence

* Abogado *cum laude*, Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela, 1993). Especialista en Derecho Tributario *cum laude*, Universidad Central de Venezuela (1999). Examen General para el Egreso de la Licenciatura en Derecho, Centro Nacional de Evaluación para la Educación Superior (México, 2020). Revalidación de la Licenciatura en Derecho y Cédula Profesional, Secretaría de Educación Pública (México, 2021). Miembro de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario y la International Fiscal Association. Consultor y litigante. Cursante del PREAA.

** Abogada, Universidad Central de Venezuela (2019). Diplomada en Contrataciones Internacionales y Arbitraje, Universidad Metropolitana (Venezuela, 2020). Miembro de la Asociación Venezolana de Arbitraje (AVA). Consultora y litigante. Cursante del PREAA.

Sumario: I. Introducción, II. La junta preliminar, III. Los acuerdos de la junta preliminar, A. Aspectos operativos del funcionamiento del tribunal arbitral, B. Aspectos de procedimiento, C. Aspectos probatorios, IV. Conclusiones

I. Introducción

El objeto de este trabajo es resumir los aspectos prácticos de la primera audiencia de organización del procedimiento arbitral.

La terminología no es uniforme: Esa audiencia se denomina usualmente “primera audiencia de trámite”¹, “primera reunión de procedimiento”²,

“junta preliminar”³, “conferencia sobre conducción del procedimiento”⁴, “consulta procesal preliminar”⁵, o términos similares.

En inglés se usan las denominaciones “first case management conference”⁶, “pre-trial conference”⁷, “pre-hearing conference”⁸, “preliminary meeting”⁹, “pre-arbitration conference”¹⁰, “initial procedural conference”¹¹, “preparatory

¹ V. *Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela* (Gaceta Oficial No. 36.430 del 7.4.98), art. 25; Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (“CEDCA”), *Reglamento de Conciliación y Arbitraje (2020)*, art. 31; Ricardo Henríquez La Roche, “La Tramitación del Procedimiento Arbitral” (*El Arbitraje en Venezuela. Estudios con Motivo de los 15 años de la Ley de Arbitraje Comercial*, Centro Arbitral de la Cámara de Caracas, Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje y Capítulo Venezolano del Club Español del Arbitraje, Coordinadores Luis Alfredo Araque Benzo, Milagros Betancourt C., Diana C. Droulers y Carlos Lepervanche M., Caracas, 2013), p. 283; Henríquez La Roche, *El arbitraje comercial en Venezuela* (Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, 2000), p. 195 y James Otis-Rodner, “El Arbitraje Complejo” (*El Arbitraje en Venezuela...*, cit.), pp. 326-7.

² V. Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”), *Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (2016)* (Naciones Unidas, Nueva York, 2016), pp. 9-10.

³ V. Fernando González de Cossío, *Arbitraje* (5ª ed., Ed. Porrúa, Ciudad de México, 2018), p. 651.

⁴ V. Cámara de Comercio Internacional (“CCI”), *Reglamento de Arbitraje (vigente a partir del 1.1.21)*, en <https://www.iccpain.org/wp-content/uploads/2021/05/ICC-2021-arbitration-rules-Spanish-version.pdf>, consultado el 16.2.22, art. 24.

⁵ V. Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones (“CIADI”), *Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje (Reglas de Arbitraje)* (CIADI, Washington, D.C., abril 2006), Regla 20.

⁶ V. Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders* (London), en <https://www.ciarb.org/media/4198/guideline-6-managing-arbitrations-and-procedural-orders-2015.pdf>, consultado el 21.2.22, art. 2 y Nigel Blackaby y Constantine Partasides QC con Aland Redfern y Martin Hunter, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Student Version, Oxford University Press, 6ª ed., Oxford, 2015), p. 360.

⁷ V. Phillippe Fouchard, Emanuelle Gaillard y Berthold Goldman, *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (Ed. por Emmanuel Gaillard y John Savage, Kluwer Law International, The Hague, 1999), p. 665 y Michael F. Hoellering, *The Pre-arbitration Conference: Can the Big Case Be Expedited?* (New York Law Journal, August 12, 1972), p. 3, cit. en Fouchard et al, loc. cit.

⁸ V. Fouchard et al, loc. cit. y CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)* (Naciones Unidas, Nueva York, 2016), pp. 2-3.

⁹ V. Blackaby et al, loc. cit. y CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, loc. cit.

¹⁰ V. Fouchard et al, loc. cit. y Hoellering, loc. cit.

¹¹ V. Gary B. Born, *International Arbitration. Law and Practice* (Wolters Kluwer, The Netherlands, 2016), p. 169.

conference”¹², “pre-hearing review”¹³, “procedural conference”¹⁴, “preliminary procedural consultation”,¹⁵ o términos similares.

Usaremos el término “Junta Preliminar”, siguiendo a González de Cossío¹⁶, porque es el nombre más corto donde el sustantivo permite diferenciarla de las otras audiencias de manejo del procedimiento y de pruebas y el adjetivo indica el momento en que ocurre.

En efecto, la Junta Preliminar tiene lugar lo antes posible en el procedimiento arbitral, antes de la fase escrita. Su finalidad es organizar el procedimiento y las pruebas.

Las demás audiencias de manejo del procedimiento ocurren después de la Junta

Preliminar. La audiencia de preparación de la audiencia de pruebas, por su parte, también ocurre después de la Junta Preliminar y concretamente después de la fase escrita. Su finalidad es organizar la evacuación o desahogo de las pruebas.¹⁷

II. La junta preliminar

Las partes y los árbitros deben hacer sus mejores esfuerzos para conducir el arbitraje de una manera expedita y eficaz “en términos de costos (y tiempo), teniendo en cuenta la complejidad y el valor de la controversia” (paréntesis nuestro)¹⁸. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral normalmente está facultado para dirigir el procedimiento arbitral en el modo que considere apropiado y determinar la admisibilidad, pertinencia, materialidad y valor de las pruebas¹⁹,

¹² CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings* (2016), loc. cit.

¹³ Id.

¹⁴ V. CCI, *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration* (Report from the ICC Commission on Arbitration, ICC Publication, Paris, 2007, 843), p. 21.

¹⁵ V. la versión en inglés de las *Reglas de Arbitraje del CIADI*, cit. en la nota 5.

¹⁶ V. nota 3.

¹⁷ V. Blackaby et al, op. cit., p. 366, nota 38 [“It is necessary to distinguish between a preliminary meeting (or preliminary hearing) and a pre-hearing conference. A preliminary meeting takes place as early as possible in the proceedings, and certainly before the written stage. A pre-hearing conference takes place after the written stage, and has as its primary objective the organisation and order of proceedings at the evidentiary hearing.”]

¹⁸ V. CCI, *Reglamento de Arbitraje*, cit., art. 22(1) y *Effective Management of Arbitration. A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives* (Paris, 2017), p. 3.

¹⁹ V. CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional* (1985, con las enmiendas aprobadas en 2006, Nueva York, 2008) (“Ley Modelo”), art. 19; CCI, *Reglamento de Arbitraje*, art. 19; CNUDMI, *Reglas de Arbitraje* (Nueva York, 2014), en <https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/contractualtexts/arbitration>, art. 15(1) (“Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at any stage of the proceedings each party is given a full opportunity of presenting his case.”); *Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos* (Diario Oficial de la Federación del 28.3.18), art. 1435 (“Con sujeción a las disposiciones del presente título, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de justar el tribunal en sus actuaciones. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en el presente título, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado...”) No existe una norma similar en la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela, pero

siempre garantizando y respetando el derecho al debido proceso de las partes²⁰.

En México se ha cuestionado la facultad del tribunal arbitral de dirigir el procedimiento. Así, en un amparo en revisión, el accionante, que había sido el demandado en el juicio arbitral, alegó que el artículo 1435 del Código de Comercio de México²¹ es inconstitucional porque (i) omite consignar las formalidades esenciales del procedimiento relativas a la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas, los plazos y formas para ello y el periodo de alegatos; y (ii) faculta al tribunal arbitral para actuar de manera omnímoda en la fijación de las reglas atinentes y dirigir el arbitraje en el modo que estime apropiado²².

La Suprema Corte de Justicia de la Nación desechó esos argumentos y declaró que la facultad del tribunal arbitral de establecer las reglas del procedimiento no es inconstitucional ni omnímoda porque está acotada por las disposiciones del Título IV del Código de Comercio ya que, aun cuando no todas las normas procesales necesarias para desarrollar el procedimiento están previstas en dicho Título, cumplen con la observancia obligatoria de las formalidades esenciales del procedimiento para asegurar la protección del derecho a la defensa, toda vez que el demandado tiene la oportunidad de alegar su pretensión y de ofrecer y

podría considerarse que esa facultad está implícita en el acuerdo arbitral. V. también CNUDMI, *Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral* (2016), cit., p. 2; Martín Virgilio Bravo Peralta, *Manual de Derecho Arbitral* (Editorial Porrúa, México, 2015), p. 151 y Robert Pietrowski, "Evidence in International Arbitration" (*Arbitration International*, Vol. 22, No. 3, London Court of International Arbitration, 2006), p. 408.

²⁰ V. Born, op. cit., pp. 158-60, *Ley Modelo*, art. 18 y *Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos*, art. 1434 ("Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos"). No existe una norma similar en la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela, pero debería llegarse a la misma conclusión por la elemental aplicación del derecho al debido proceso, que es un Derecho Humano Fundamental [v. Alberto Blanco-Urbe Quintero, *Régimen Jurídico de las Pruebas en el Procedimiento Administrativo Tributario* (Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2021), pp. 17-23]. En ese sentido, v. José Pedro Barnola Quintero, "El respeto a la Igualdad de las Partes y al Derecho a la Defensa" (*EL Arbitraje en Venezuela...*, cit.), pp. 316-7 ("No olvidemos que el árbitro, como ente que ejerce la función jurisdiccional, al igual que el juez, es garante del acceso al arbitraje, de todas las manifestaciones del derecho de defensa y del principio de igualdad procesal, en todo el transcurso del procedimiento arbitral, hasta su conclusión con la publicación del Laudo o la de sus aclaratorias o ampliaciones").

²¹ Incluido en la reforma del Título IV (Del Arbitraje Comercial) de 1993, basada en la Ley Modelo (v. Diario Oficial de la Federación del 22.7.93).

²² V. Suprema Corte de Justicia de la Nación, sentencia del 30.6.04, amparo en revisión 759/2003, en https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/1/2003/2/2_59035_0.doc, consultado el 17.1.22 y José Luis Siqueiros, "Las facultades de los árbitros no son omnímodas, ni inconstitucionales" (*Pauta, Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.*, No. 47, Ciudad de México, abril 2005), en <https://www.iccmex.mx/uploads/galerias/f2e53cc1f233d072fada168fc09-d85f0ab14a18c.pdf>, consultado el 18.2.22, p. 4.

desahogar las pruebas en que basa dicha pretensión²³.

El arbitraje es un “animal del consentimiento”²⁴. Según el principio de la autonomía de la voluntad que rige el arbitraje, por tanto, las partes pueden acordar la forma como desean que se lleve a cabo el procedimiento²⁵. Varios de esos acuerdos se convienen normalmente en la Junta Preliminar, que la CNUDMI recomendó por primera vez en 1996²⁶.

En un arbitraje doméstico o internacional, una vez que el tribunal arbitral se ha constituido, es usual que las partes y el tribunal celebren la Junta Preliminar, previa convocatoria del tribunal. En la práctica, luego de revisar el expediente, el tribunal arbitral puede invitar a las partes a que presenten propuestas sobre el manejo del procedimiento²⁷. Cada vez con más frecuencia los tribunales arbitrales celebran la Junta Preliminar por conferencia telefónica o videoconferencia²⁸.

²³ V. Corte Suprema de Justicia de la Nación, sentencia del 30.6.04, amparo en revisión 759/2003, cit. y Cecilia Azar Manzur, Sofía Gómez Ruano y Elsa Ortega López, *Ley Mexicana de Arbitraje en Materia Comercial* (Editorial Themis, Ciudad de México, 2009), pp. 71-2.

²⁴ V. José P. Barnola Jr., “Principios de planificación de arbitraje de inversión en Latinoamérica” [Trabajo ganador del Concurso Rodger Farrell 2021, organizado por el CEDCA y el Comité de Arbitraje de la Cámara Venezolano Americana de Comercio (Venamcham) (Comité de Arbitraje de Venamcham, *Revista MARC, Boletín Especial*, Caracas, 2022)], en <https://www.venamcham.org/wp-content/uploads/2022/02/Boletin-Especial-MARC-Ganadores-PRF.doc.pdf>, p. 17 (“El arbitraje de inversión, al igual que el comercial, es un animal del consentimiento”). En el mismo sentido, v. *Convenio del CIADI*, en <https://icsid.worldbank.org/es/recursos/reglamento/convenio/panorama> y <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>, consultados el 16.2.22, art. 25; George A. Bermann, “The self-styled ‘autonomy’ of international arbitration”, *Arbitration International*, Vol. 36, Issue 2, The Netherlands (jun. 2020), p. 3 (“Arbitration after all is fundamentally a creature of contract”) y la doctrina citada en la nota 8; Fouchard et al, op. cit., p. 29 y Sonia Rodríguez Jiménez, *El Sistema Arbitral del CIADI* (Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2006), pp. 114-16 y 377-388.

²⁵ V. Born, op. cit., p. 156 y *Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, 7 de junio de 1959 (Convención de Nueva York)* (Diario Oficial de la Federación del 22.6.71), art. V(1)(d), según la cual se puede denegar la ejecución del laudo arbitral cuando la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento no se han ajustado al acuerdo celebrado por las partes o, en su defecto, que no se han ajustado a ley del país donde se ha efectuado el arbitraje. En el mismo sentido, v. *Ley Modelo*, art. 36(1)(a)(iv), *Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela*, art. 49(c) y *Código de Comercio de los Estados Unidos Mexicanos*, art. 1462(I)(d). Esa también normalmente es una de las causales de nulidad del laudo.

²⁶ V. CNUDMI, *Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (2016)*, cit, p. vii. V. también Swiss Arbitration Association, *Arbitration Toolbox*, en <https://toolbox-int.arbitration-ch.org/toolbox/home>, consultado el 16.2.22.

²⁷ V. CCI, *Effective Management of Arbitration. A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, cit., p. 13.

²⁸ V. Born, op. cit., p. 169. En una encuesta a abogados litigantes realizada por Baker McKenzie y KPMG en octubre de 2021, el 71% de los encuestados había participado en una audiencia virtual desde el comienzo de la pandemia del COVID 19 (v. Impact Lawyers, *La última encuesta de Baker McKenzie y KPMG: El futuro de las disputas ¿Están las audiencias virtuales aquí para quedarse?*, 15.1.22, en <https://theimpactlawyers.com/es/noticias/la-ultima-encuesta-de-baker-mckenzie-y-kpmg-el-futuro-de-las-disputas-estan-las-audiencias-virtuales-aqui-para-quedarse>, consultado el 28.2.22.)

La Junta Preliminar es el primer acto conjunto del procedimiento arbitral para las partes y árbitros y “supone el inicio de la fase de conocimiento y de la actividad probatoria”²⁹ que terminará con el laudo arbitral. Es una valiosa oportunidad para que las partes lleguen a varios acuerdos importantes sobre la regulación del procedimiento. Por eso, las partes deben seguir una actitud proactiva.

En Venezuela, la Junta Preliminar marca un hito en el procedimiento arbitral, ya que la parte que pretenda alegar la excepción de falta de jurisdicción del tribunal arbitral (normalmente el demandado), debe hacerlo dentro de los cinco días hábiles siguientes a la celebración de dicha Junta Preliminar³⁰.

En la Junta Preliminar debe leerse el acuerdo arbitral, las cuestiones sometidas a decisión arbitral y se expresarán las pretensiones de las partes, estimando razonablemente su cuantía³¹.

La preparación de la Junta Preliminar tiene un carácter estratégico, ya que los acuerdos de las partes en la Junta Preliminar se reflejarán normalmente en el

acta de misión³² o de términos de referencia³³ (“terms of reference”³⁴ en inglés), aunque los intercambios de los puntos de vista de las partes en la Junta Preliminar pueden o no resultar directamente en la preparación del acta de misión³⁵.

En todo caso, el correcto desarrollo del procedimiento y el control de costos y tiempos dependen en gran medida los acuerdos adoptados en la Junta Preliminar y, por vía de consecuencia, en el acta de misión. Las decisiones de la Junta Preliminar pueden modificarse durante el curso del procedimiento arbitral por el acuerdo de las partes o, a falta de acuerdo, por decisión del tribunal arbitral³⁶.

La Junta Preliminar también es una oportunidad para que el árbitro o los árbitros anticipen con las partes los potenciales riesgos y dificultades prácticas en la conducción del procedimiento (e.g., las interrupciones causadas por la pandemia del COVID 19 o situaciones similares), delimitar su alcance y proponer a las partes la adopción de las

²⁹ V. Henríquez La Roche, “La Tramitación del Procedimiento Arbitral”, cit., p. 283.

³⁰ V. *Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela*, art. 25 y Rodner, loc. cit.

³¹ V. *Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela*, art. 24.

³² V. Cámara de Caracas, *Reglamento General de (sic) Centro de Arbitraje (12.11.12)*, art. 62.

³³ V. CEDCA, *Reglamento de Conciliación y Arbitraje (2020)*, art. 62 y José Carlos Fernández Rozas, “Permanencia del Acta de Misión en la Práctica Arbitral” (Universidad de Chile, Facultad de Derecho, *Temas Actuales de Derecho Internacional Homenaje al Profesor Emérito Mario Ramírez Necochea*, Thomson Reuters, Santiago, 2016), pp. 445 y ss.

³⁴ V. Fouchard et al, loc. cit.

³⁵ V. Fouchard et al, loc. cit.

³⁶ V. CCI, *Effective Management of Arbitration. A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, cit., p. 13.

medidas necesarias para evitar o mitigar los efectos adversos.

Por lo expuesto, la Junta Preliminar es fundamental para garantizar la buena organización y eficacia del procedimiento arbitral³⁷.

III. Los acuerdos de la junta preliminar

En la medida en que no haya habido consentimiento previo de las partes o no haya regulación expresa en el reglamento del arbitraje institucional o la *lex arbitri*, los acuerdos de la Junta Preliminar pueden recaer sobre tres grandes categorías (i) la organización y funcionamiento del tribunal arbitral; (ii) el procedimiento arbitral; y (iii) los aspectos probatorios.

A. Aspectos operativos del funcionamiento del tribunal arbitral

La primera categoría se refiere al funcionamiento y operación del tribunal arbitral durante la fase de conocimiento

e instrucción. Así, la Junta Preliminar usualmente incluye:

1. La elección del presidente del tribunal arbitral en los casos de tribunales conformados por tres o más árbitros.

En algunos casos, el presidente es escogido por los árbitros ya designados por las partes. Usualmente, a falta de acuerdo entre las partes, deberá ser designado por el centro de arbitraje en caso de arbitraje institucional³⁸, o bien por una autoridad nominadora escogida por aquellas.

2. La conveniencia de la elección de un secretario del tribunal que colaborará con el tribunal arbitral en la sustanciación del procedimiento³⁹, la delimitación de sus funciones y facultades y la forma de cálculo y pago de sus honorarios.

Eso es muy importante para evitar la posterior anulación del laudo arbitral por interferencias o uso indebido del secretario⁴⁰. La mayoría de los centros de

³⁷ V. Christopher Newmark, “Controlling Time and Costs in Arbitration” (Laurence C. Newman y Richard D. Hill ed., *The Leading Arbitrators’ Guide to International Arbitration*, Juris Publishing, New York, 2008), pp. 81-96.

³⁸ V., e.g., CEDCA, *Reglamento de Conciliación y Arbitraje (2020)*, cit., art. 24(11) [“En caso de que hubiere tres (3) o más árbitros coincidentes en ambas listas, y no pudieren acordar las partes la designación del Tribunal Arbitral o del Presidente de éste, el Directorio del CEDCA hará la correspondiente designación, de los árbitros coincidentes.”]

³⁹ V. Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 6.

⁴⁰ V. Constantine Partasides, “The Fourth Arbitrator? The Role of Secretaries to Tribunals in International Arbitration”, [2002(18) *Journal of International Arbitration*], p. 147 y Chloe J Carswell y Lucy Wintington-Ingram, “Awards: Challenges Based on Misuse of Tribunal Secretaries” (*Global Arbitration Review*, 8.6.21), en <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-challenging-and-enforcing-arbitration-awards/2nd-edition/article/awards-challenges-based-misuse-of-tribunal-secretaries#footnote-065>, consultado el 19.2.22, passim, y los casos allí citados: *Compagnie Honeywell Bull S.A. v. Computación Bull de Venezuela C.A.*, Paris Court of Appeal (PCA), 21 June 1990, 1991(1) Rev. Arb. 96; *Sonatrach v. Statoil* (2014) EWHC 875 (Comm); *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia*, UNCITRAL, PCA

arbitraje internacional establecen que el tribunal arbitral solo puede designar un secretario previa consulta o acuerdo de las partes, el cual está sujeto a los mismos requisitos de imparcialidad e independencia que los árbitros⁴¹.

3. La forma de cálculo, facturación y pago de los honorarios del tribunal⁴².
4. La forma de comunicación de las partes con el tribunal y entre ellas⁴³, cómo las partes deben presentar sus comunicaciones escritas al tribunal, cuántas copias y cuál deberá ser el formato de citas e identificación y enumeración de los anexos⁴⁴.

Ese punto requiere considerar las expectativas y experiencia del tribunal y los abogados de las partes, especialmente cuando han sido formados en sistemas jurídicos diferentes⁴⁵. La tecnología ofrece muchas opciones, desde el fax⁴⁶ hasta el correo electrónico, la creación de un sitio seguro en la nube o la contratación de servicios de terceros (que involucra costos adicionales), lo cual apareja la necesidad de acordar o establecer medidas que garanticen la seguridad, privacidad y confidencialidad de las comunicaciones y el procedimiento arbitral⁴⁷ y la forma de demostrar la fecha de presentación de los escritos.

Los centros de arbitraje han adoptado reglas al respecto⁴⁸. Así, las partes po-

Case No. AA 227, Writ of Summons, 28 January 2015 (Yukos Set-Aside Petition); *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russia*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 226; *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Russia*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 228; *P. v. Q and Ors* (2017) EWHC 194 (Comm) y J Adlam and E Lauterpacht (editors), *Iran-US Claims Tribunal Reports* (Vol. 27, 1991), pp. 293-297.

⁴¹ V. Carswell y Winnington-Ingram, loc. cit.

⁴² V. Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 6.

⁴³ V. González de Cossío, loc. cit., CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 56-59 y Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 7.

⁴⁴ V. CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 67.

⁴⁵ Para las diferencias sobre el principio de confidencialidad entre los sistemas anglosajones y continental y las expectativas de los abogados de ambos sistemas, v., e.g., Diana Kuitkowski, "The Law Applicable to Privilege Claims in International Arbitration" (*Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2015, Vol. 32, Issue 1), pp. 66 y 70-74.

⁴⁶ V. CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2012)* (Naciones Unidas, Nueva York, 2012), p. 35. Aunque el fax pueda parecer obsoleto en tiempos modernos, es un medio de comunicación confiable que solo depende de una línea telefónica fija y es independiente de la conexión a Internet. Muchos bancos y otras instituciones financieras (incluso de países desarrollados) siguen usándolo para recibir instrucciones de sus clientes o como herramienta subsidiaria si fallan los medios más modernos.

⁴⁷ Id. y CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 56-59. La privacidad se refiere a que solamente las partes del procedimiento arbitral pueden asistir a las audiencias y participar en el procedimiento arbitral, mientras que la confidencialidad se refiere a una obligación de no hacer: la prohibición de revelar a terceros información relacionada con el arbitraje o guardar reserva sobre dicha información (v. Born, op. cit., p. 201).

⁴⁸ V., e.g., Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas, *Reglamento para el Manejo de Procedimientos a través de Medios Electrónicos (2020)*; CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 56-59 y Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., *Appendix I: Protocol for E-Disclosure in International Arbitration*, pp. 29-32.

drán enviar sus comunicaciones al tribunal arbitral en la tradicional forma impresa o por medios tecnológicos.

También debe establecerse si las partes deben usar en formatos especiales según las exigencias particulares de cada árbitro (e.g., en forma impresa, en unidades de memoria externa, discos ópticos, discos magnéticos, tabletas u otros formatos o una combinación de los anteriores)⁴⁹, la forma de establecer hipervínculos a los anexos citados (e.g., a otro archivo en formato PDF, JPG u otros formatos o directamente a la nube) o la presentación de documentos en formato PDF con hipervínculos.

5. La confidencialidad del procedimiento.

Aunque la confidencialidad es un principio inherente al arbitraje comercial, las partes pueden ampliarlo o restringirlo⁵⁰.

Por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)⁵¹, tiene cuatro normas precisas sobre divulgación de la existencia del arbitraje⁵², la confidencialidad de las pruebas producidas en el arbitraje⁵³, la divulgación del laudo⁵⁴ y la

⁴⁹ V. CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., p. 65-66.

⁵⁰ V. CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 50-55.

⁵¹ V. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, vigente desde el 1.7. 21.

⁵² V. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, *Reglamento de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual*, art. 75 ("a) A menos que sea necesario en relación con un recurso judicial relativo al arbitraje o un procedimiento de ejecución de un laudo, una parte no podrá divulgar unilateralmente a terceros información alguna relativa a la existencia del arbitraje, salvo si se ve obligada por la ley o por una autoridad competente, y, en estos casos, i) sólo divulgará lo que se exija legalmente; y ii) sólo proporcionará al Tribunal y a la otra parte, si se divulga información durante el arbitraje, o a la otra parte únicamente si se divulga información una vez terminado el arbitraje, detalles de la divulgación y sus motivos. b) Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado a), una parte podrá divulgar a un tercero los nombres de las partes en el arbitraje y la reparación solicitada, a efectos de satisfacer cualquier obligación de buena fe y equidad contraída con un tercero.")

⁵³ Id., art. 76 ("a) Además de las medidas específicas que puedan tomarse en virtud del Artículo 54, se considerará como confidencial cualquier prueba documental o de otra índole presentada por una parte o un testigo en el arbitraje y, en la medida en que esa prueba contenga información que no sea del dominio público, ninguna parte cuyo acceso a esa información sea el resultado de su participación en el arbitraje utilizará o divulgará esa información a terceros bajo ningún concepto sin el consentimiento de las partes o por orden de un tribunal competente. b) A efectos del presente Artículo, no se considerará como un tercero el testigo designado por una de las partes. En la medida en que se autorice a un testigo el acceso a pruebas o a otra información obtenida en el arbitraje para preparar su testimonio, la parte que designe a ese testigo se responsabilizará de que el testigo mantenga el mismo grado de confidencialidad que se exige a esa parte.")

⁵⁴ Id., art. 77 ("Las partes respetarán la confidencialidad del laudo y éste sólo podrá ser divulgado a terceros en la medida en que i) las partes lo autoricen; o ii) caiga en el dominio público como resultado de un procedimiento ante un tribunal nacional u otra autoridad competente; o iii) deba ser divulgado para cumplir con un requisito legal impuesto a una parte o para establecer o proteger los derechos jurídicos de una parte frente a terceros.")

confidencialidad que deben mantener el Centro de Arbitraje y el árbitro⁵⁵.

6. El idioma en que se conducirá el arbitraje⁵⁶.

Normalmente el acuerdo arbitral o las reglas institucionales establecen el idioma del arbitraje. Es muy importante regular la forma de presentación de las traducciones de los documentos que estén en un idioma distinto y regular cómo las partes pueden ejercer el derecho de cuestionar las traducciones presentadas por la contraparte.

En algunos arbitrajes, especialmente donde se requiere la revisión de grandes volúmenes de documentos, se han usado traducciones automáticas (“machine

translations”)⁵⁷, que no siempre son precisas. Las diferencias en la fidelidad y exactitud de las traducciones pueden tener grandes repercusiones⁵⁸.

7. Si las audiencias requieren de traducción simultánea⁵⁹ y la contratación de los servicios de los intérpretes, podría alargar innecesariamente las audiencias y encarecer el procedimiento sin una ventaja comparativa directa.

8. En los arbitrajes ad-hoc, (i) la cuenta bancaria que se usará para el pago de los honorarios del tribunal arbitral y los gastos del procedimiento y (ii)

⁵⁵ Id., art. 78 (“a) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el Centro y el árbitro mantendrán el carácter confidencial del arbitraje, del laudo y, en la medida en que contenga información que no pertenezca al dominio público, de cualquier prueba documental o de otra índole divulgada durante el arbitraje, a menos que lo exija una acción judicial en relación con el laudo o que lo imponga la ley. b) Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado a), el Centro podrá incluir información relativa al arbitraje en toda estadística global que aparezca en publicaciones relativas a sus actividades, siempre que esa información no permita la identificación de las partes ni las circunstancias particulares de la controversia.”)

⁵⁶ V. González de Cossío, loc. cit., CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 20-26 y Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 5.

⁵⁷ V. Julie Anne Halter y Lori Steidl, “Leveraging machine translation technology for multi-lingual arbitrations” (*Arbitration World*, 36th Ed., July 2018) en <https://www.klgates.com/ePubs/Arb-World-36th-2018/index.html?page=28>, consultado el 19.2.22, pp. 28-30.

⁵⁸ El caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela es emblemático, porque fue una reciente decisión en materia de Derechos Humanos donde se discutió la errada traducción oficial de un tratado internacional (v. Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, decisión del 14.12.21, caso Allan R. Brewer-Carías vs. Venezuela). En ese caso, la Corte Interamericana de los Derechos Humanos había declarado inadmisibles las acciones. El texto en español del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo impedía la presentación de la acción ex novo ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ya que una defectuosa traducción de la norma establecía un supuesto de hecho diferente respecto de la norma en otros idiomas como el inglés y el francés. El Comité decidió que la versión en español era una traducción errada y que las versiones de los otros idiomas eran las correctas y debían prevalecer, admitió la acción y condenó a Venezuela. En ese sentido, v. Carlos M. Ayala Corao, “Allan Brewer Carías vs. Venezuela: Los caminos para llegar a la justicia internacional” [*Justicia!! Al fin, Justicia!!*, *Condena al Estado venezolano por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas por violación de las garantías judiciales al debido proceso, a ser juzgado por jueces independientes, a un recurso efectivo y a la presunción de inocencia de Allan R. Brewer-Carías* (Academia de Ciencias Políticas y Sociales y Editorial Jurídica Venezolana, Serie Estudios No. 137, Editores Allan R. Brewer-Carías y Carlos M. Ayala Corao, Caracas, 2022)], pp. 22-41.

⁵⁹ V. González de Cossío, loc. cit.

los servicios administrativos requeridos⁶⁰.

9. El depósito de los gastos⁶¹.

Éstos suelen incluir (i) los honorarios del tribunal arbitral; (ii) los gastos realizados por el tribunal arbitral, e.g., en concepto de (a) viajes y alojamiento; (b) apoyo administrativo (si no los sufragan directamente las partes); y (c) los peritos nombrados por el tribunal (incluidos sus honorarios, viajes y alojamiento) y demás asistencia que necesite el tribunal arbitral; y (iii) los honorarios y gastos del Centro de Arbitraje⁶².

B. Aspectos de procedimiento

La segunda categoría se refiere a los aspectos de procedimiento, que normalmente incluye:

1. Las adopción de las reglas procesales aplicables⁶³, especialmente relevante en el arbitraje ad-hoc, donde no hay un reglamento institu-

cional y el procedimiento se rige por lo que hayan convenido las partes⁶⁴.

2. La cantidad de rondas de memoriales que deben presentar las partes⁶⁵.

Lo común es un memorial de demanda, contestación al memorial de demanda, réplica y contraréplica. Lo mismo se aplica para la reconvencción o contrademanda. Las rondas adicionales de escritos permiten que las partes formulen sus posiciones de manera más extensa y respondan a los argumentos presentados. Sin embargo, cada una incrementa la duración y costos del arbitraje⁶⁶.

3. La sede del arbitraje y la posibilidad de celebrar audiencias en otros lugares⁶⁷.

En el arbitraje comercial normalmente el acuerdo arbitral establece la sede del arbitraje, pero no en todos los casos⁶⁸. La sede del arbitraje normalmente determina la *lex arbitri*, que tiene diversos

⁶⁰ V. González de Cossío, loc. cit. y CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 32-38.

⁶¹ V. González de Cossío, loc. cit. y CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 39-49.

⁶² V. CNUDMI, *Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (2016)*, cit., p. 17.

⁶³ V. González de Cossío, loc. cit., CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 14-16 y Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 5.

⁶⁴ V. *Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela*, art. 15 y Adolfo Hobaica Ramia, "El Arbitraje Independiente o Ad Hoc" (*El Arbitraje en Venezuela...*, cit.), pp. 262-3.

⁶⁵ V. CCI, *Effective Management of Arbitration. A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, cit., p. 13 y Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 8.

⁶⁶ V. CCI, *Effective Management of Arbitration. A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, cit., p. 13 y Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 33.

⁶⁷ V. CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 27-31 y Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 5.

⁶⁸ Id. Bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, e.g., el tribunal arbitral debe determinar la sede del arbitraje, según las circunstancias del caso, cuando las partes no hayan acordado previamente (art. 18).

efectos jurídicos, e.g., los requisitos para el nombramiento y recusación de los árbitros; las normas imperativas de procedimiento; la posibilidad de impugnación del laudo arbitral y las causales de impugnación; el órgano judicial que tiene competencia para asistir al tribunal arbitral; y el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral en otras jurisdicciones⁶⁹.

4. Los instrumentos de soft law sobre la ética de las partes y los árbitros (e.g., el Proyecto de Código de Conducta para Árbitros y Otras Personas que ejercen funciones de Adjudicación del CIADI y la CNUDMI⁷⁰, o el Código de Ética del CEDCA, que forma parte de su Reglamento de Arbitraje).
5. Identificar las cuestiones que puedan ser resueltas por acuerdo de las partes o sus expertos⁷¹.
6. Identificar las cuestiones a ser decididas únicamente sobre la base de documentos en lugar de declaraciones orales o argumentos legales en una audiencia⁷².
7. Aunque no hemos encontrado casos reportados, es teóricamente posible que las partes acuerden el procedi-

miento expedito en la Junta Preliminar⁷³.

8. Las restricciones o expansiones de los poderes del tribunal arbitral, incluyendo la posibilidad de reservar al presidente decidir individualmente asuntos de procedimiento y firmar las órdenes procesales por cuenta del tribunal⁷⁴ y las limitaciones del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares.
9. Confirmar si una de las partes pretende solicitar medidas cautelares y el procedimiento para presentación de los escritos relacionados con ese tema⁷⁵.
10. El calendario procesal, señalando las futuras actuaciones y sus fechas.

Éste servirá para indicar los plazos en que deberán notificarse las presentaciones por escrito, las declaraciones de testigos, los informes de peritos y las pruebas documentales, de manera que las partes puedan planear las ulteriores actuaciones del procedimiento arbitral.

En el calendario se incluyen las fechas provisionales de las audiencias tomando en consideración si la legislación o el reglamento de arbitraje aplicables establecen algún plazo legal u obligato-

⁶⁹ V. CNUDMI, *Notas de la CNUDMI sobre la organización de proceso arbitral (2016)*, cit., p. 13.

⁷⁰ V. <https://icsid.worldbank.org/es/noticias-y-eventos/comunicados/codigo-de-conducta>, consultado el 19.2.22.

⁷¹ V. CCI, *Reglamento de Arbitraje*, cit., *Apéndice IV (Técnicas para la conducción del caso)*, p. 68.

⁷² Id.

⁷³ V. Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 6.

⁷⁴ V. Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, id.

⁷⁵ V. Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 7.

rio sobre la duración del procedimiento arbitral⁷⁶.

11. La posibilidad de bifurcar el procedimiento⁷⁷, que puede cambiar la estrategia del caso, especialmente en los arbitrajes multipartes y los que están financiados por terceros.

Ello es relevante analizarlo desde el inicio ya que, por ejemplo, un solo arbitraje con multiplicidad de partes podría –aunque no siempre– resultar en un procedimiento más detallado y evitar la duplicidad y también evitar el riesgo de decisiones contradictorias en arbitrajes independientes⁷⁸.

12. Los poderes del tribunal arbitral para proponer temas de procedimiento y otros temas legales que no hayan planteado las partes⁷⁹.

En los casos *Canfor Corp.*, *Tembec* y *Terminal Forest Products Ltd.*, que fueron arbitrajes de inversión contra los EE.UU. bajo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, uno de los tribunales sugirió a las partes acumular los tres casos, aunque después los

EE.UU. presentaron solicitudes formales en cada uno de ellos⁸⁰.

13. En materia de arreglo de controversias, el tribunal arbitral podría: (i) alentar a las partes a considerar la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre la controversia, total o parcialmente, ya sea por medio de negociación o cualquier método amistoso de resolución de controversias; y (ii) cuando las partes y el tribunal arbitral lo hayan acordado, el tribunal arbitral puede tomar medidas para facilitar un acuerdo sobre la controversia, siempre que se hagan todos los esfuerzos para asegurar que todo laudo subsiguiente sea ejecutable⁸¹.

14. Cuáles son los hechos convenidos y controvertidos y cuáles son los puntos debatidos⁸².

Eso permitirá a las partes concentrar sus esfuerzos probatorios en demostrar los hechos controvertidos y al tribunal arbitral asegurarse que el laudo no incurra en *ultrapetita*, *infrapetita* o *citrapetita*.

⁷⁶ V. CNUDMI, *Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral (2016)*, cit., p. 10. E.g., la Ley de Arbitraje Comercial de Venezuela establece que, a falta de acuerdo de las partes, el proceso debe durar seis meses (art. 22).

⁷⁷ V. Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 8.

⁷⁸ V. CCI, *Effective Management of Arbitration. A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, cit., p. 25.

⁷⁹ V. Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 9.

⁸⁰ V. *Canfor Corp. vs. United States of America and Tembec et al vs. United States of America and Terminal Forest Products Ltd. vs. United States of America*, Order of the Consolidation Tribunal (7.9.05).

⁸¹ V. CCI, *Reglamento de Arbitraje, Apéndice IV*, cit., p. 69.

⁸² V. González de Cossío, loc. cit., CCI, *Effective Management of Arbitration. A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, cit., p. 13 y Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 8.

15. Si bien es un tema sustantivo, la Junta Preliminar también es una oportunidad para que las partes acuerden el derecho aplicable al fondo de la controversia (si no lo habían convenido).

C. Aspectos probatorios

Finalmente, la tercera categoría se refiere los aspectos probatorios:

1. La mecánica del funcionamiento de las pruebas en el arbitraje⁸³ y las reglas probatorias aplicables.

Las normas de “soft law” más usadas en el arbitraje comercial internacional son las Reglas de la International Bar Association (“IBA”) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional⁸⁴. La IBA

tiene un texto modelo para establecer las reglas de prueba en el acuerdo arbitral⁸⁵.

Sin embargo, la práctica más común en la redacción acuerdos arbitrales comerciales es omitir ese texto. En nuestra opinión, esa práctica es quizás la menos prudente, porque las partes habrían perdido la oportunidad de establecer, ab initio y antes de una controversia, las reglas de prueba⁸⁶.

Probablemente la práctica se explica porque la redacción del acuerdo arbitral usualmente está a cargo de abogados consultores o transaccionales y no a cargo de abogados litigantes, que tienen enfoques distintos de los problemas legales⁸⁷. Además, muchas veces la redacción del acuerdo arbitral se deja

⁸³ V. González de Cossío, loc. cit. y Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 9.

⁸⁴ V. International Bar Association, *IBA Rules on the Taking on Evidence in International Arbitration (Adopted by a Resolution of the IBA Council, 17.12.20)*, en <https://www.ibanet.org/Media-Handler?id=def0807b-9fec-43cf-b624-f2cb2af7cf7b>, consultado el 16.2.22, p. 6.

⁸⁵ Id. [“Si las partes desean adoptar las Reglas de la IBA sobre Pruebas en la redacción de un convenio arbitral, se recomienda que incorporen el siguiente texto al convenio, seleccionando una de las alternativas aquí proporcionadas: ‘(Además de las reglas institucionales, ad hoc u otras reglas elegidas por las partes.) las partes acuerdan que el arbitraje se desarrollará conforme a las Reglas de la IBA sobre Prueba que se encuentran vigentes a la fecha de (este acuerdo/el inicio del arbitraje).”]

⁸⁶ V. Stefan H. Krieger y Richard K. Neumann, Jr., *Essential Lawyering Skills* (5th ed., Wolters Kluwer, New York, 2015), p. 28 (“A prudent lawyer foresees risk, makes sure that mistakes do not happen and, to the extent possible, keeps clients out of trouble”) y Ramón Alvíns, “Pruebas en el Arbitraje” (*El Arbitraje en Venezuela...*, cit.), pp. 301-303.

⁸⁷ V. Patrick G. Jones, *The midnight clause: from darkness to daylight* (Henning Mediation & Arbitration Service, Inc. and Friend, Hudak & Harris, LLP, Atlanta, Georgia, 2015), en https://www.henningmediation.com/n/PGJ/cle_seminar.pdf, consultado el 16.2.22, pp. 1-2. Cfr. Krieger y Neumann, Jr., op. cit., p.32 [“The practice of law is divided in two parts. On is the resolution of disputes, often through litigation. The other is transactional: advising and representing clients in situations where there is no dispute (...) Some lawyers do only dispute work. Some do only transactional work. And some do both. (...) Dispute lawyers and transactional lawyers approach legal problems differently and in some respects see the world differently. Most fundamentally, dispute lawyers fight to protect clients who are already in conflict with somebody else.”] y Barnola jr., op. cit., p. 3 [“Normalmente, los profesionales que diseñan estructuras de inversión extranjera en Latinoamérica son abogados consultores especialistas en derecho corporativo y/o fiscal (y/o, como el caso de México, contadores fiscales) que no siempre prestan atención al arbitraje de inversión. Este trabajo propone la tesis que una asesoría prudente para gerenciar el riesgo país debe considerar el arbitraje de inversión e integrar los enfoques del abogado litigante y el abogado consultor desde el inicio del proceso de toma de decisiones de inversión.”]

para el último momento y sin la debida atención y por eso se le refiere como la cláusula de la medianoche (“midnight clause”)⁸⁸.

2. Las expectativas de las partes con respecto a la sustanciación de las pruebas.

Así, los abogados formados en sistemas anglosajones pueden tener la expectativa de usar el “discovery”, institución propia de esos sistemas que es ajena a los sistemas continentales, según la cual las partes están obligadas a suministrar todos los documentos y otras pruebas relevantes del caso, incluso si son adversos a sus posiciones⁸⁹.

El discovery normalmente no se usa en el arbitraje internacional por considerarse inapropiado y costoso⁹⁰. Como regla general, las partes de un arbitraje internacional no están obligada a producir documentos y otras pruebas adversos a sus intereses, a menos que la otra parte lo solicite y/o lo ordene el tribunal arbitral⁹¹. Las Reglas de la IBA citadas no incluyen el discovery, pero establecen un punto medio entre el sistema anglosajón y el sistema continental⁹².

3. En relación con los documentos⁹³:

(a) Determinar si las partes deben producir junto con sus escritos los documentos en los que se basen⁹⁴;

⁸⁸ V. Jones, loc. cit. [“This refers to the dispute resolution clause, and in particular the arbitration clause, because all too often it is addressed at the end of the contract negotiations (and many times after midnight) as more or less an ‘afterthought,’ with very little consideration given to the consequences. A typical scenario would be where a litigator receives a call or e-mail at the 11th-hour from one of the corporate associates working on the deal, who asks the litigator to send him or her a ‘standard’ or ‘boilerplate’ arbitration clause. Unfortunately, there is no such thing.”]

⁸⁹ V. American Bar Association, *How Courts Work* (21.9.21), en https://www.americanbar.org/groups/public_education/resources/law_related_education_network/how_courts_work/discovery/, consultado el 19.2.22 e IBA Task Force for the Revision of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration/Consolidated Amendments (January 2021), *Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, en <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4F797338-693E-47C7-A92A-1509790ECC9D>, consultado el 20.2.22, p. 8; Pietrowski, op. cit., p. 392 y Claudia T. Salomon y Sandra Friedrich, “Obtaining and Submitting Evidence in International Arbitration in the United States” (*The American Review of International Arbitration*, Columbia Law School, Center for International Commercial and Investment Arbitration, 2013/Vol. 24 No. 4), pp. 550-1.

⁹⁰ V. IBA Task Force for the Revision of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration/Consolidated Amendments (January 2021), loc. cit. y Nathan D. O’Malley, *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide* (Informa Law from Routledge, London and New York, 2012), pp. 37-40.

⁹¹ V. Pietrowski, op. cit., pp. 392-3 y Paul S. Reichler, “Problems of Evidence Before International Tribunals” (*International Arbitration. Contemporary Issues and Innovations*, Ed. John Norton Moore, Martinus Hijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2013), pp. 47-8.

⁹² V. IBA Task Force for the Revision of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration/Consolidated Amendments (January 2021), loc. cit.

⁹³ V. en general CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 73-85.

⁹⁴ V. CCI, *Reglamento de Arbitraje, Apéndice IV*, cit., p. 68 y *Effective Management of Arbitration. A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, cit., p. 13.

- (b) Determinar el uso de las herramientas y técnicas electrónicas de revisión de documentos⁹⁵;
- (c) Evitar las solicitudes de exhibición o producción de documentos cuando sea apropiado para controlar el tiempo y los costos⁹⁶, limitándolas a los documentos o categorías de documentos que sean pertinentes y determinantes para resolver el caso⁹⁷;
- (d) Establecer plazos razonables para la exhibición o producción de documentos⁹⁸ y las limitaciones temporales para ello⁹⁹;
- (e) Establecer una tabla para resolver cuestiones relacionadas con la exhibición o producción de documentos¹⁰⁰. La técnica más usada es la Tabla Redfern¹⁰¹;
- (f) La posible aplicación del principio de retención de documentos (“legal hold” o “litigation hold”). Bajo el derecho norteamericano, ese principio prohíbe que una parte destruya documentos que pudiesen razonablemente estar involucrados en un eventual litigio¹⁰². En los sistemas continentales, usualmente, no existe esa prohibición, ya que la obligación general de conservación de documentos está regida por un plazo específico o el lapso de prescripción¹⁰³;
- (g) Si la declaración de las partes sobre el origen, recepción y exactitud de las fotocopias de documentos deben presumirse correctas¹⁰⁴;
- (h) Si las partes están dispuestas a presentar conjuntamente un solo set de pruebas documentales¹⁰⁵; y
- (i) Si los documentos voluminosos y complicados deben presentarse a

⁹⁵ V. CCI, Comisión de Arbitraje y ADR, *Informe: Gestión de la Producción de Documentos Electrónicos* (Paris, 2016), pp. 9-16.

⁹⁶ Id.

⁹⁷ Id.

⁹⁸ Id.

⁹⁹ V. CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 73-75.

¹⁰⁰ Id.

¹⁰¹ V. Peter Harris, “Reinventing the Redfern” (*Journal of International Arbitration*, Volume 33, Issue 4, 2016), pp. 353-364.

¹⁰² V. *Lubulake v. UBS Warburg LLC*, 220 FRD 212, 216-18 (SDNY 2003) en <https://www.finnegan.com/en/insights/articles/litigation-holds.html>, consultado el 19.2.22 (“Once a party reasonably anticipates litigation, it must suspend its routine document retention/destruction policy and put in place a ‘litigation hold’ to ensure preservation of relevant documents”).

¹⁰³ V. e.g., el art. 44 del Código de Comercio de Venezuela (Gaceta Oficial No. 475 Ext. del 21 de diciembre de 1955), según el cual los comerciantes deben conservar los libros de contabilidad mercantil y sus comprobantes durante 10 años, a partir del último asiento de cada libro. Ese, además, es el lapso de prescripción de las obligaciones mercantiles (art. 132).

¹⁰⁴ CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., p. 80-81.

¹⁰⁵ Id., p. 82-85.

través de resúmenes, cuadros, tablas, extractos o muestras¹⁰⁶.

4. Cuáles son las medidas que deben tomarse si las partes deben presentar pruebas distintas de documentos¹⁰⁷ y si es necesaria una inspección¹⁰⁸.
5. La extensión y el alcance de las presentaciones escritas y testimoniales escritas y orales para evitar repeticiones y mantener el enfoque en las cuestiones claves¹⁰⁹.
6. El uso de las tecnologías de la información que permitan comunicaciones en línea entre las partes y el tribunal arbitral para la audiencia de pruebas u otras audiencias en las que la asistencia en persona no sea esencial o no sea posible¹¹⁰, cuáles serán los mecanismos de control y contradicción de las pruebas en caso de audiencias virtuales o mixtas y la regulación de las actuaciones de los abogados, testigos, expertos y otros terceros y los métodos y costos involucrados en el uso de cámaras y otros medios tecnológicos requeridos para la audiencia virtual o mixta.

7. La forma de las audiencias de preparación de la audiencia de pruebas¹¹¹.

Aunque la tendencia es a no sobrerregular esas audiencias y sus modalidades, es necesario establecer si se celebrará o no la audiencia que prepare la audiencia de pruebas propiamente y cómo se hará.

IV. Conclusiones

Un arbitraje rentable y eficaz será aquel en el cual el tiempo y los costos dedicados a resolver la disputa sean apropiados a la luz de lo que está en juego¹¹².

La Junta Preliminar es el primer acto conjunto del procedimiento arbitral de las partes y los árbitros, y constituye una oportunidad estratégica para que las partes acuerden aspectos importantes sobre la organización y funcionamiento del tribunal arbitral, el procedimiento arbitral y los temas probatorios.

Por ello, las partes deben asumir una actitud proactiva en la preparación y celebración de la Junta Preliminar, para así promover que la ulterior discusión sea sobre el fondo de la controversia y no sobre las reglas de discusión –una de las deficiencias habituales de la jurisdicción ordinaria– y, de esa forma, asegurar la

¹⁰⁶ Id.

¹⁰⁷ Id., pp. 86-107.

¹⁰⁸ Id., pp. 108-113.

¹⁰⁹ V. CCI, *Reglamento de Arbitraje, Apéndice IV*, cit., p. 69.

¹¹⁰ Id. y CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 56-59.

¹¹¹ V. CCI, *Reglamento de Arbitraje, Apéndice IV*, loc. cit.; CCI, *Effective Management of Arbitration. A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, cit., p. 13; CNUDMI, *Notes on Organizing Arbitral Proceedings (2016)*, cit., pp. 33-4 y González de Cossío, loc. cit.

¹¹² V. CCI, *Effective Management of Arbitration. A guide for In-House Counsel and Other Party Representatives*, cit., p. 13 y Chartered Institute of Arbitrators, *Managing Arbitrations and Procedural Orders*, cit., p. 14.

Aspectos prácticos de la primera audiencia de organización del procedimiento arbitral

eficacia del procedimiento arbitral que culmine en un laudo ejecutable.