

Reglas de Praga: nuevas normas de *soft law* para procedimientos en el arbitraje internacional

Guillermo Argerich, Sol Argerich,
Francisco da Silva Esteves, Juan Jorge¹

Sumario: I. Las Reglas de Praga. II. Aplicación de normas de *soft law* a la producción de prueba en el arbitraje internacional. III. Análisis de las diferencias (y similitudes) entre las Reglas de Praga y las de la IBA. 1. Necesidad de contar con un tribunal arbitral proactivo. 2. Limitación a la producción de prueba documental. 3. Limitación del número de testigos. 4. Examen de testigos. IV. Innovaciones de las Reglas de Praga. 1. Principio *Iura Novit Curia* 2. Asistencia en la solución amistosa del conflicto. V. Conclusiones.

I. Las Reglas de Praga

El 1° de septiembre de 2018 se ha publicado un nuevo borrador de las “Reglas de Praga sobre la Conducción Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional”². La semilla de lo que se ha denominado el apartamiento de la “americanización”³ del arbitraje internacional fue sembrada por operadores del arbitraje internacional reunidos en abril de 2017 en la 4ta Conferencia de la Asociación Rusa de Arbitraje. Allí se concluyó con la imperiosa necesidad de contar con reglas alternativas a otras ya existentes en materia de prueba. Un año más tarde,

¹ -Guillermo Argerich, Profesor de Derecho Internacional Privado (UBA), consultor en Derecho Internacional.
-Sol Argerich, abogada, diploma de honor (UBA), LL.M. Tulane University, graduada con honores y premio a la excelencia académica.
-Francisco da Silva Esteves, estudiante de la Facultad de Derecho (UBA), miembro del equipo de la UBA ante la XI Competencia Internacional de Arbitraje, Ayudante alumno en las materias Derecho Internacional Privado y Arbitraje Comercial, Facultad de Derecho (UBA).
-Juan Jorge, estudiante de la Facultad de Derecho (UBA), miembro del equipo de la UBA ante la XI Competencia Internacional de Arbitraje – mención mejor orador, Ayudante alumno en las materias Derecho Comercial y en Arbitraje Comercial, Facultad de Derecho (UBA).

² Página oficial: *Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration (Prague Rules)*. Disponibles en <http://praguerules.com/>

³ Es un proceso de asimilación cultural referido a la influencia que la cultura de los Estados Unidos de América ejerce en otras culturas del mundo. Aclaremos que se hace un mal uso, que se ha generalizado mundialmente, del término América haciendo referencia sólo a los Estados Unidos de América.

el 8 de abril de 2018, se dio a conocer el primer borrador de las autodenominadas Reglas de Praga.

Al igual que las Reglas de la IBA sobre la Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional⁴, el borrador de las Reglas de Praga ofrece una serie de disposiciones sobre la producción de la prueba en el arbitraje internacional. Las nuevas Reglas de Praga parten de la premisa de la adopción de un enfoque de derecho civil en el desarrollo del procedimiento arbitral, en base al cual el tribunal arbitral goza de facultades inquisitoriales y de instrucción más amplias. Los redactores creen que las Reglas de Praga incrementarán la eficiencia del arbitraje internacional y permitirán reducir sus costos.

Las Reglas de Praga, a juicio de sus redactores -profesionales del arbitraje internacional y, en mayoría, con lazos cercanos al *civil law*-, son consideradas una posible alternativa a las Reglas de la IBA, que aplican al arbitraje un enfoque contradictorio y más propio de los sistemas de *common law*, otorgando a la autonomía de las partes una mayor injerencia en el marco del procedimiento.

La versión definitiva de las Reglas de Praga será adoptada el 14 de diciembre de 2018 en el Palacio Martinický, en la ciudad capital de la República Checa⁵. Previamente se llevará a cabo una conferencia que promete un temario muy convocante y, sobretodo, provocativo bajo los siguientes lemas:

- Negro sobre blanco: *common law vs. civil law*. Reglas de procedimiento en el arbitraje internacional.
- ¿El cielo es el único límite? *Discovery & e-discovery* en el arbitraje.

⁴ Página oficial de la *International Bar Association (IBA)*. Reglas disponibles en <https://www.ibanet.org/>

⁵ Para mayores detalles acerca del evento, acceder a: <http://praguerules.com/events/the-prague-rules-on-the-taking-of-evidence-is-it-an-alternative-to-the-iba-rules-prague/> y/o <http://gar.live/prague2018>

- Miénteme. Prueba testimonial vs. prueba documental: ¿puede mentir un papel?
- ¿Cuál es la mejor arma para llegar a la verdad? Expertos de partes vs. expertos de oficio.
- Resolviendo el enigma de la Esfinge. Límites al rol del tribunal arbitral en el manejo del proceso.
- ¿Sin lugar para los débiles? El principio *Iura Novit Curia* en el arbitraje internacional.

II. Aplicación de normas de *soft law* a la producción de prueba en el arbitraje internacional

Es usual que en la práctica del arbitraje comercial se recurra a normas de *soft law* que coadyuven a la optimización del desarrollo del procedimiento arbitral. Su utilización es complementaria de las disposiciones legales y las reglas institucionales, *ad hoc* u otras que resulten aplicables. Veremos cómo se pueden adoptar y aplicar en forma concreta en la práctica.

Las Reglas de Praga, sin pretender sustituir a los reglamentos institucionales que puedan regir un procedimiento arbitral (tales como los de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, Corte Permanente de Arbitraje, *International Centre for Dispute Resolution*, *London Court of International Arbitration*, entre otros), sólo serán aplicables ante acuerdo de partes, o bien por iniciativa del tribunal arbitral previa consulta a las partes. A su vez, las Reglas llaman la atención al prever que el tribunal arbitral podría aplicar estas disposiciones aún si no hubiere consentimiento de las partes, conforme al artículo 1.2.

Las Reglas de la IBA, por su lado, permiten su adopción total o parcial previo acuerdo de las partes y el tribunal. A diferencia de las Reglas de Praga, no contemplan disposición alguna que faculte al tribunal arbitral para aplicar sus disposiciones sin acuerdo de partes. El mayor logro de las normas de *soft law* de la IBA, fue el de haberse convertido en un verdadero puente entre

distintos sistemas legales y sus respectivos procedimientos de producción de prueba, más aún cuando las partes provienen de culturas legales diferentes⁶.

En síntesis, las Reglas de Praga son presentadas como un ataque a las ineficiencias del enfoque adversarial, extraño a las culturas jurídicas de Europa continental, Latinoamérica, Asia y el Oriente Medio.

Debemos analizar, frente a la existencia de leyes internas de arbitraje y reglamentos de procedimiento arbitral que reflejan diferentes tradiciones jurídicas, ¿cuál sería el propósito de un *soft law*, acerca de la producción de prueba en el arbitraje internacional, que no funcionara como un acercamiento, entre tradiciones jurídicas diferentes? Para ello compararemos las diferencias (y similitudes) que se presentan entre las Reglas de Praga y las de la IBA.

III. Análisis de las diferencias (y similitudes) entre las Reglas de Praga y las de la IBA

La principal diferencia que subyace entre éstas es el sistema jurídico (y/o sus principios) que pretenden adoptar como guía. Así, si bien las Reglas de la IBA prometen desplegar estipulaciones comunes para cualquier arbitraje internacional, se advierte en ellas una aproximación más cercana al *common law* que al *civil law*. En este contexto, las Reglas de Praga consagran mayores facultades para los árbitros y en ciertos casos morigeran las actuaciones de las partes, adoptando así un esquema más parecido al inquisitorial, propio del *civil law*. Los principales factores que impiden reducir plazos y costos en el procedimiento arbitral son, en opinión del Grupo de Trabajo de las Reglas de Praga: la gran cantidad de documentos aportados, la existencia de abundantes testigos y peritos, y la formulación de repreguntas en prolongadas audiencias.

⁶ Amaral Rizzo, Guilherme, “Prague Rules v. IBA Rules and the Taking of Evidence in International Arbitration: Tilting at Windmills – Part I”, *Kluwer Arbitration*, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/05/>

Por ello, a efectos de reducir los tiempos y costos del arbitraje, las Reglas de Praga abordan cuatro temas centrales:

1. Necesidad de contar con un tribunal arbitral proactivo

El último borrador de las Reglas de Praga propone un tribunal más activo en la obtención de pruebas y en la constatación de los hechos, para así agilizar los procedimientos que éste dirige. Se estipula en varias partes de la reglamentación que el tribunal debe tomar un rol más activo en el procedimiento estableciendo hechos, tomando prueba y aplicando disposiciones legales (artículos 3.1, 5.6, 7, 9, 12).

En suma, las Reglas de Praga consagran disposiciones claras de cómo el tribunal debe actuar en forma proactiva; sin embargo, en definitiva ello no importa una clara distinción con respecto a las Reglas de la IBA, las cuales también lo contemplan (artículos 3.10, 4.10, 6.1, 6.6, 7 y 8.2).

2. Limitación a la producción de prueba documental

Que la gran cantidad de documentación aportada puede retrasar durante meses la resolución de una controversia es algo, en apariencia, obvio. Al respecto, tanto las Reglas de la IBA como las de Praga prevén mecanismos para limitar el retraso.

Según lo dispuesto en las Reglas de la IBA -artículo 3.3.a.ii- las partes pueden solicitar que se aporte un determinado documento o bien una “*concreta y específica categoría de documentos requeridos*”. En virtud de ello, las partes usualmente intercambian solicitudes de categorías de documentos descritas en forma amplia, ya que no se está en condiciones de indicar el documento exacto que están buscando. A partir de allí, se ha tornado común que las partes soliciten la exhibición de todos los correos electrónicos que coincidan con una serie de criterios de búsqueda específicos; en ciertas oportunidades, ello deriva en miles de correos. Sin embargo, el tribunal arbitral puede reaccionar frente a ello, ya que las Reglas de la IBA -artículo 9.2- le

conceden el derecho a denegar las solicitudes amplias de aportes de documentación si carecieran de relevancia suficiente con respecto al caso, o bien utilidad para su resolución, o si el aporte de las pruebas solicitadas supone una carga excesiva.

En las Reglas de Praga -artículo 4- el aporte de documentación está sujeto a limitaciones aún mayores. La solución propuesta por el Grupo de Trabajo consiste en atribuir al Tribunal Arbitral la facultad de impedir el aporte masivo de documentación, incluida la exhibición de documentos en formato electrónico. En la experiencia de los redactores de Praga, los tribunales - particularmente los de Europa continental- hacen bastante uso de ese derecho de denegar. Así, de acuerdo a estas Reglas, las partes podrán solicitar al Tribunal Arbitral que ordene a la otra parte que aporte únicamente los documentos específicos que resulten relevantes y útiles para la resolución del caso, que no pertenezcan al dominio público y que obviamente se encuentren en poder de la otra parte.

La diferencia entre ambas Reglas respecto al planteamiento adoptado en relación a la aportación de documentación parece relevante desde el punto de vista práctico, especialmente porque la solicitud de un documento es utilizada con frecuencia por las partes para asumir su carga de la prueba o refutar potenciales alegaciones falsas de la parte contraria. De conformidad con las Reglas de Praga, esta posibilidad quedaría considerablemente limitada, puesto que la parte solicitante normalmente no puede identificar específicamente documentos que no obran en su poder.

3. Limitación del número de testigos

Tanto las Reglas de Praga -artículos 5.2 y 5.3- como las Reglas de la IBA -artículo 9.2- permiten al tribunal arbitral excluir el testimonio de los testigos por su propia moción por no ser relevantes para el caso, o por considerar que no ayudarían al tribunal a resolver los temas comprometidos en la disputa.

Aun así, mientras que las Reglas de Praga establecen que el tribunal decidirá qué testigos serán llamados a audiencia (artículo 5.2), en el ámbito de las Reglas de la IBA -artículo 8-, el número de testigos que deben comparecer queda más bien al arbitrio de las partes, pudiendo el tribunal requerir la comparecencia de otros testigos.

4. Examen de testigos

En ambos cuerpos normativos, es el Tribunal Arbitral el que tiene la última palabra con respecto a la declaración de testigos. Tanto las Reglas de Praga -artículo 5.6-, como las Reglas de la IBA -artículo 8.2-, le permiten al Tribunal Arbitral la limitación del número de preguntas que se pueden formular a los testigos, así como la extracción de conclusiones desfavorables. También admiten la designación de peritos por las partes y por el Tribunal, si bien las Reglas de la IBA aparentan ser mucho más detalladas en este sentido.

Según el Grupo de Trabajo de las Reglas de Praga, no sólo el número de testigos es un punto crítico, sino también el método de examinar a los testigos. El artículo 5.5 de tales Reglas plantea una controvertida diferencia, a saber: si se presenta la declaración por escrito de un testigo después de haber oído a las Partes, el Tribunal Arbitral podría optar por no llamar a declarar al testigo en cuestión, conservando la facultad de dar valor probatorio a la declaración por escrito, si lo estima oportuno. En la práctica esto simplemente implicaría que el Tribunal Arbitral podría ampararse en la declaración por escrito de un testigo, sin brindar a la otra parte la oportunidad de escucharlo.

En lo que hace al interrogatorio, si bien el Grupo de Trabajo de las Reglas de Praga critica el *cross-examination* tal como se encuentra en las Reglas de la IBA, no ha propuesto diferencias sustanciales al respecto. Incluso, ambos instrumentos han remarcado que la en la audiencia, el examen del testigo se llevará a cabo bajo la dirección y el control del Tribunal Arbitral (artículo 8.2 en las Reglas de la IBA y 5.7 en las Reglas de Praga).

IV. Innovaciones de las Reglas de Praga

Las Reglas de Praga incluyen dos cuestiones que podrían resultar extrañas para aquellos profesionales inmersos en el *common law*, las cuales analizaremos a continuación.

1. Principio *Iura Novit Curia*

Esta máxima del *civil law* presupone un Tribunal proactivo, de momento que detenta la facultad de investigar, de oficio, fundamentos de derecho. Así, las Reglas de Praga -artículo 7- señalan que después de haber escuchado a las Partes, el Tribunal Arbitral puede aplicar disposiciones legales que no sean alegadas por las Partes si lo considera necesario, incluyendo, entre otras, normas de orden público. En tales casos, el Tribunal Arbitral deberá recabar la opinión de las Partes sobre las disposiciones legales que pretende aplicar. El Tribunal Arbitral también está facultado a fundar su laudo en base a lo sostenido por las autoridades jurídicas, incluso si no son presentadas por las Partes, siempre que se refieran a las disposiciones legales alegadas por las Partes o aplicadas por el Tribunal Arbitral.

2. Asistencia en la solución amistosa del conflicto

El Tribunal Arbitral podría ayudar a las partes para alcanzar una solución amistosa, a menos que estas lo objeten (artículo 9). Ello, siempre y cuando esté permitido por la *lex arbitri* y, obviamente, exista consentimiento previo dado por las partes. La figura del Tribunal como amigable componedor proviene del *civil law*, donde los árbitros tienen una tendencia mayor a ofrecer a las partes negociar para llegar así a un acuerdo. Esta visión del papel de los árbitros difiere de la existente en países que adoptan el sistema de derecho anglosajón, donde se considera que la conciliación sobrepasa el poder otorgado a los árbitros.⁷

⁷ Kaufmann-Kohler, Gabrielle y Bonnin, Victor, "Arbitrators as conciliators: A statistical Study of the Relation between an Arbitrator's Role and Legal Background", en 18(2) ICC Bulletin, 2008 y en ICC DLR, <http://www.iccdrl.com> (2008)

V. Conclusiones

Podemos concluir que, más allá de que los redactores de las Reglas de Praga afirmen que éstas brindan un enfoque diferente en relación a la producción y obtención de prueba (en comparación a las Reglas de la IBA), tanto unas como otras no exhiben grandes diferencias entre sí. Si bien las Reglas de Praga suponen una interesante y potencialmente útil ampliación de las Reglas de la IBA en vigor, se las debe considerar como un cuerpo jurídico complementario a dichas Reglas, más que como una alternativa a las mismas. En esencia, la diferencia que subyace en las Reglas de Praga radica en su horizonte teñido por el *civil law*.

A modo de colofón compartimos los siguientes interrogantes:

¿Un tribunal ‘inquisitivo’ acelerará los procedimientos?

¿Las Reglas de Praga se adoptarán con éxito en las jurisdicciones del *civil law*?

¿Los árbitros se adaptarán a este nuevo régimen?

¿Las Reglas de Praga obtendrán mejores resultados en general?

¿Las Reglas de Praga prevalecerán en la práctica?

Para encontrar respuestas acerca de su impacto en la reducción de tiempo y costos en el procedimiento arbitral, debemos aguardar a su lanzamiento y posterior utilización en la práctica del arbitraje comercial internacional. Los aspectos más controversiales, desde el punto de vista de los operadores del derecho en el ámbito de *common law*, son la introducción del principio *Iura Novit Curia* y el de la asistencia en la solución amistosa del conflicto.

Las Reglas de Praga y las Reglas de la IBA son ejemplo del *soft law* aplicable a la práctica del arbitraje comercial internacional. Para alcanzar el éxito, el *soft law* necesita crear puentes, no destruirlos. Su desafío consiste en los efectos que se producen en el trabajo mutuo, en su

utilización en red; cuanto más los operadores del derecho se basen en el *soft law*, más poder adquiere como fuente del derecho.

Quizá, como respuesta al provocativo temario de la próxima conferencia de Praga de diciembre de 2018, podamos decir que las Reglas de Praga no deben operar bajo la sombra de una aparente guerra entre el *common law* y el *civil law* en busca de dominar el paisaje del arbitraje internacional, sino que deben convertirse en una alternativa válida que permita esclarecerlo.

Hay mucho para trabajar y ganar mutuamente en el esfuerzo conjunto: tanto desde el punto de vista del ejercicio del arbitraje, como desde el punto de vista académico a través de diferentes culturas y ambientes jurídicos, hacia un fin común que es continuar el crecimiento del arbitraje internacional -en este caso a través de la reducción de tiempos y costos- como jurisdicción natural del mundo de los negocios internacionales.

Quedamos atentos a su evolución, a la constatación del grado de popularidad que alcancen las Reglas de Praga entre los civilistas, coadyuvando a un mayor desarrollo y fortalecimiento del arbitraje internacional en la República Argentina.