

INFERENCIA ADVERSA E INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN ARBITRAJE INTERNACIONAL

1º Seminario Internacional de Arbitraje

Universidad del País Vasco

San Sebastián, 26 octubre 2015

José-Miguel Júdece

A. INTRODUCCIÓN

1. Deseo saludar y felicitar la organización y agradecer a mi amigo D. Antonio Lorca por su tan amable invitación.
2. La cuestión que planteo y que motiva esta intervención es sencilla: **¿Qué hacer cuando el Tribunal decide pedir documentos en poder de una parte, sea por haber sido solicitado por la otra parte, sea por decisión autónoma del tribunal, y la parte no coopera**, evitando entregar los documentos sin motivación o con alguna motivación que no sea considerada convincente por el Tribunal?
3. **El Tribunal tiene entonces tres posibilidades:** (i) decidir que no pasa nada; (ii) hacer inferencias adversas contra la parte no cooperante; (iii) hacer operar la inversión de la carga de la prueba en relación a lo que esos documentos podrían, o no, probar.
4. **La primera hipótesis no es verdaderamente una solución**, a menos que el Tribunal considere que esos documentos no son tan relevantes y/o que otras pruebas permitan concluir (por un *“balance of probabilities”* o *“intime conviction”* del tribunal) que no eran necesarios para la conclusión del tribunal o que, aunque los documentos hubieran sido presentados, la conclusión del Tribunal no sería distinta.

5. **La segunda hipótesis es la más aplicada en arbitraje internacional**, desde luego porque las “Reglas IBA sobre práctica de pruebas en el arbitraje comercial internacional”, en su artículo 9, así lo determina, y esas Reglas, de una manera o de otra, son cada vez más utilizadas.
6. **La tercera hipótesis depende del derecho aplicable al fondo** (pues las reglas de la carga de la prueba son, al menos en los sistemas de “civil law”, derecho sustantivo). En Portugal el Código Civil en el artículo 344 (2) determina esa posibilidad, si esa parte no cooperante *“hubiera imposibilitado, con culpa, la prueba a la parte que tiene la carga”*.
7. **Esta comunicación va a tratar, por eso, de la inferencia adversa y de la inversión de la carga de la prueba.** Pero hay que hablar con claridad, esta cuestión y sus soluciones no son una consecuencia automática de la no cooperación, sino una **consecuencia de la convicción del tribunal arbitral de que**
 - (i) el documento existe,
 - (ii) está o debía estar en la posesión de la parte,
 - (iii) la otra parte no tiene como obtenerlo sin la cooperación de la que no coopera,
 - (iv) no hay motivos legales o deontológicos para no entregarlo, y
 - (v) hay motivos para anticipar que será necesario (o por lo menos relevante) para la prueba de su caso o para la contra-prueba del caso de la parte no cooperante.
8. **La inferencia adversa es una consecuencia de una suposición intelectual que las reglas de la experiencia demuestran tener algún significado: si una parte no coopera al no traer, al proceso, el documento, podemos hablar de una presunción de que dicho documento será, por lo menos, bastante inconveniente para su caso.**

B. LA INFERENCIA ADVERSA

9. El artículo 9 (4) de las Reglas de la IBA define que ***“si una parte se negase a suministrar, sin explicación satisfactoria un documento requerido, ... o se negase a suministrar un documento que el Tribunal Arbitral haya ordenado presentar, el Tribunal Arbitral podrá inferir que ese documento es contrario a los intereses de esa parte”***.

10. Algunas condiciones existen para que el Tribunal pueda determinar el suministro del documento con esa consecuencia caso no haya cooperación:

- a) Esa parte debe haber sido requerida por la otra parte y no haya objetado, o el Tribunal haya ordenado el suministro;
- b) La prueba que se quiera hacer con ese documento debe ser específica, relevante y material;
- c) La parte debe haber tenido la oportunidad de objetar a lo solicitado y explicar las razones (*“to provide a satisfactory explanation”*) para no poder entregar el documento en cuestión (no lo tiene, está sometido a reglas de *“privilege”* profesional u otras aplicables, etc).

11. Pero estas no son las únicas condiciones. Precedentes arbitrales conocidos añaden más algunas condiciones:

- a) El documento existe o debe existir (con un grado de certitud elevado);
- b) La parte no cooperante tiene responsabilidad de que no exista más o no pueda ser suministrado (con un grado menos fuerte de certitud, pues la carga de la prueba es de la parte que solicita, o sea, admitir que existía pero ya no existe o no está más en su disponibilidad);
- c) No hay motivos sólidos y fuertes para no presentarlo;
- d) Hay alguna seguridad sobre el contenido general del documento, pero no es necesario conocer su contenido concreto.

12. En todo caso, aunque todas estas condiciones estén reunidas, hay que añadir algunas condiciones más para la aplicación de la inferencia adversa:

- a) El documento rehusado en regla necesita de otros elementos de prueba que amplíen el significado de su no suministro/presentación;

o sea, la prueba, casi generalmente, no podrá ser hecha solamente con la inferencia adversa;

- b) La parte que puede beneficiar de la inferencia adversa debe – si no antes, en las alegaciones finales - definir con rigor el ámbito y contenido a considerar probado, lo que ni siempre es fácil, si el documento es complejo, técnico y puede no ser claro en sus conclusiones anticipadas.

13. Autores como Jeremy Sharpe y Vera Van Houtte hablan de un **deber del Tribunal prestar atención al “*common understanding of commercial practice*” y a conceptos de “*reasonableness*” y “*consistency with external facts*”**. Hay también que tomar en cuenta el riesgo de que más de una inferencia poder retirarse de la no producción por el documento poder tener diferentes interpretaciones. Y, por supuesto, **las reglas del *due process* (como sean la igualdad de armas, el principio del contradictorio y la prohibición del efecto sorpresa) siguen siendo aplicables.**

14. Por estas razones es muy conveniente que **el Tribunal informe** – en el acta de misión o cuando la cuestión se plantea debido a solicitudes de las partes – **que la rehúsa en cooperar podrá ser interpretada por el Tribunal como motivando una inferencia adversa.**

15. Y por los mismos motivos, **muchas veces los tribunales arbitrales deciden no utilizar la posibilidad de determinar inferencias adversas, pero en la práctica ellas estarán presentes** en el análisis del “*balance of probabilities*” pues contribuirá para lo que los franceses llaman “*l’intime conviction du juge*”.

16. En conclusión, en cuanto a la inferencia adversa, los abogados deben dedicar siempre mucha atención a esta cuestión:

- a) Si quieren solicitar documentos en el poder de la otra parte deben preparar con mucho rigor sus pedidos, no solamente para que el Tribunal venga a admitirlos, pero también para que la probabilidad

de inferencia adversa pueda motivar la otra parte a entregarlos y/o a que el Tribunal haga operar la inferencia adversa;

- b) Para quien representa la parte a quien se solicita hay que, además de motivar con mucha calidad las razones de no entregar dicho documento, hacer la comparación entre los riesgos de entregarlo y los riesgos de que se produzca una inferencia adversa o, por lo menos, provocar una predisposición más negativa del Tribunal; y las precauciones deben ser todavía más fuertes si – como muchas veces ocurre – la otra parte sabe de la existencia del documento, tiene conocimiento de su contenido en gran medida y puede traer un testigo para hablar de ese asunto o documento.

17. En todo caso, los autores dicen que **la rehúsa no produce una inversión de la carga de la prueba sino una violación del “burden of production”**. Pero puede ser más que eso, sobre todo si la otra parte tiene condiciones para probar su caso con otros documentos y testigos, aplicándose la regla de que si hay prueba *prima facie* fuerte de su caso, una presunción puede aplicarse.

18. Pero la situación puede ser más compleja si el derecho aplicable al caso contiene una regla de inversión de la carga de la prueba, como ocurre con el derecho portugués.

C. LA INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

19. Hemos visto el contenido del artículo 344 (2) de nuestro Código Civil. Esta solución parece ser mucho más perjudicial contra la parte no cooperante. **No se trata de una cuestión de “burden of production” (procedural) sino de “burden of proof” (sustantiva).**

20. **La carga de la prueba existe para que el juez pueda siempre decidir el caso, incluso cuando la prueba del caso o la contraprueba no haya sido hecha.** Por lo que se puede concluir que estamos ante una regla para la decisión del litigio, más que una sencilla regla de prueba, lo que significa

que cuando la ley portuguesa es aplicable esta regla es obligatoria para las partes y para el Tribunal.

21. La idea de inversión surge de la preocupación de no permitir que funcione sin limitaciones una regla formal. Pero también aquí hay condiciones: será necesaria demostrar que:

- (i) el documento será relevante para la posición de la otra parte,
- (ii) la imposibilidad es efectiva (o sea que no hay otras formas de probar el hecho),
- (iii) la parte no cooperante tiene culpa (que puede ser solamente negligente, pero con alguna gravedad) y la otra no tiene culpa de no haber obtenido ese documento,
- (iv) la otra parte tiene que ser notificada expresamente con la clarificación de que la rehusa puede determinar la inversión de la carga de la prueba, y
- (v) la inversión debe ser utilizada con mucha precaución para evitar riesgos de arbitrariedad.

22. O sea, las condiciones son más rigurosas que para la simple inferencia adversa, no siendo suficiente la falta de cooperación. Pero esta situación negativa – aunque no sea suficiente para determinar la inversión de la carga de la prueba o mismo que la imposibilidad tenga origen en una parte que para esos hechos no tenga la carga de la prueba – puede llegar a las mismas consecuencias, pues el juez (o el árbitro si la ley portuguesa fuera aplicable al procedimiento) tiene el derecho/deber de (artículo 417, 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil portuguesa sobre el “*deber de cooperación para la descubierta de la verdad*”) “**analizar libremente el valor de la rehusa [de cooperación] para finalidad probatoria**”.

D. CONCLUSIONES

23. La carga de la prueba en arbitraje internacional depende de la ley aplicable al fondo, por supuesto.

24. Pero hay que estar atento a una regla práctica, que Redfern y Hunter en su seminal manual refieren: ***“the practice of nearly all international tribunals is to require each party to prove the facts upon which he relies in support of its case”***.

25. O sea la inversión de la carga de la prueba y la inferencia adversa no existen para hechos en que la prueba es de la parte no cooperante; pero esta regla práctica demuestra que pueden ser aplicables esas soluciones caso la parte que solicita necesitara dicho documento.

26. Las especificidades del arbitraje internacional hacen de estas reglas de inferencia adversa y de la inversión de la carga de la prueba, un riesgo o una oportunidad para las partes.

27. Hay que estar muy preparados para eso.

Muchas gracias