

Construyendo un estándar aplicable: La prueba para mejor resolver bajo el artículo 23 de la Ley de Arbitraje y Mediación

*David Toscano Andrade **

*Gabriela Ortega Abad ***

*Adriana Rodas Merino *** *****

Recibido/Received: 28/11/2022

Aceptado/Accepted: 04/12/2022

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El carácter excepcional del artículo 23 de la LAM y el momento procesal oportuno para incorporar pruebas en un proceso arbitral. 3. Construyendo un estándar aplicable: Requisitos de procedencia. 3.1. Primer Requisito: Existencia de hechos controvertidos oscuros o poco claros. 3.2. Segundo Requisito: Que la prueba que se pretende aportar al proceso le permita al tribunal arbitral esclarecer los hechos oscuros o poco claros. 3.3. Tercer Requisito: No fue posible producir la prueba en el momento procesal oportuno. 4. El artículo 23 de la LAM es el único aplicable en materia arbitral para la producción de prueba

* David Toscano es Socio Fundador de TADIR Dispute Resolution y actúa como profesor en la Universidad San Francisco de Quito (USFQ) y Universidad de las Américas; cuenta con un título de abogado por la USFQ; un título de Licenciado en Relaciones Internacionales por la USFQ; un Máster en Corporate Law (MCL) por la Universidad de Cambridge (Reino Unido) y un Máster en Derecho de Competencia por la Universidad King's College London (Reino Unido).

** Gabriela Ortega Abad es Asociada de TADIR Dispute Resolution. Cuenta con título de abogada por la Universidad del Azuay, así como con los títulos de Especialista Superior en Derecho Procesal y Magister en Derecho Procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.

*** Adriana Rodas Merino es Asociada de TADIR Dispute Resolution. Es profesora adjunta en la Universidad de las Américas (UDLA) y la Universidad San Francisco de Quito (USFQ), e Investigadora Asociada del Wharton School de la Universidad de Pensilvania. Cuenta con título de abogada y una subespecialización en Ciencias Políticas por la Universidad San Francisco de Quito.

**** Los autores reconocen la colaboración del Abogado Ricardo Montalvo Lara, quien ha participado en la construcción del estándar presentado en este artículo, como parte del equipo de TADIR Dispute Resolution.



adicional durante el proceso arbitral. **5.** Reglas y prácticas para la aplicación del artículo 23 de la LAM. **6.** La práctica internacional es consistente con el estándar aplicable propuesto para la aplicación del artículo 23 de la LAM. **7.** Poniendo a prueba el estándar propuesto: Caso No. 008-22 del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. **8.** Conclusiones.

RESUMEN: La prueba para mejor resolver contenida en el artículo 23 de la Ley de Arbitraje y Mediación (“LAM”) no es una norma que faculta a las partes a solicitar prueba adicional de manera libre e indiscriminada. Se trata de una potestad discrecional del tribunal arbitral y, si bien esta puede operar a petición de parte, su aplicación es excepcional y, por ende, restrictiva. Como consecuencia del carácter excepcional, la solicitud de prueba para mejor resolver debe cumplir con requisitos específicos, sin los cuales esta no puede operar. Por lo tanto, resulta indispensable la construcción de un estándar para la correcta aplicación de esta norma.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje, prueba para mejor resolver, momento procesal oportuno, discrecionalidad, excepcionalidad.

ABSTRACT: The production of additional evidence under Article 23 of the Arbitration and Mediation Law is not a rule that empowers the parties to request the production of evidence freely and under any circumstance. A correct understanding of this rule results in the conclusion that said article is exceptional and should, therefore, be interpreted and applied restrictively. Following its exceptional nature, the production of evidence under Article 23 of the LAM must meet specific requirements, without which the request must be rejected. Therefore, the construction of a standard for the correct application of this provision becomes necessary.

KEYWORDS: Arbitration, production of additional evidence, appropriate procedural moment, discretion, exceptionality.

1. INTRODUCCIÓN

La LAM es clara al establecer que, por regla general, las partes deben presentar pruebas y solicitar diligencias probatorias junto con

la demanda y contestación; y con la reconvencción y su contestación. Ahora bien, la LAM prevé una excepción: la prueba o diligencia para mejor resolver. El artículo 23 de este cuerpo legal establece: “Si antes de la expedición del laudo, el tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá ordenar que se practiquen señalando día y hora. El estado actual de la discusión respecto a este artículo es el de un virtual consenso respecto a que la potestad del tribunal arbitral contenida en dicho artículo es discrecional. Sin embargo, no existe claridad sobre las circunstancias específicas en las que dicho artículo podría dar paso a la introducción de medios probatorios durante el arbitraje, ni tampoco respecto a cuál es el estándar bajo el cual debe aplicarse la potestad discrecional del tribunal.

Por un lado, esto ha generado un abuso desmedido por los usuarios del arbitraje, quienes tienden a utilizar este artículo con el fin de suplir su inacción respecto a la producción (oportuna) de la prueba. Por otro lado, la falta de claridad también presenta problemas a nivel de tribunales arbitrales. En un extremo, hay tribunales que tienden a aceptar la producción de la prueba cuando esta no debería ser admitida bajo una interpretación adecuada y razonable de la norma. Esto no sólo que genera incentivos para que las partes continúen presentando solicitudes injustificadas bajo el artículo 23 de la LAM, sino que resulta en incidentes procesales que tienden a retardar el proceso. En el otro extremo, hay tribunales que tornan casi imposible la aplicación de dicho artículo, sin que exista mayor explicación sobre las razones por las que no procede una solicitud de producción de prueba. Además, en el medio de estos extremos, existen tribunales arbitrales que suplen la aplicación del artículo 23 de la LAM con otras normas procesales, como aquellas establecidas en el Código Orgánico General de Procesos (“COGEP”) relativas a la producción de “nueva prueba”, “prueba nueva” y prueba “para mejor resolver”.

El presente artículo pretende resolver estos problemas prácticos, al establecer un estándar aplicable respecto a la prueba para mejor resolver establecida en el artículo 23 de la LAM. Como se explica a continuación, la producción de prueba bajo dicho artículo debe ser analizada bajo un estándar propio, alto y restrictivo, pues la potestad

contenida en dicho artículo es de carácter excepcional. Así, para que proceda la prueba / diligencia para mejor proveer deben reunirse los siguientes requisitos: (i) deben existir hechos que se consideren oscuros o poco claros; (ii) la prueba que se pretende introducir al proceso debe permitir al tribunal arbitral tener mayor claridad respecto de tales hechos; (iii) en caso de que exista una solicitud por una de las partes para la producción de prueba, dicha parte deberá demostrar que no le ha sido posible incorporar la prueba o solicitar la diligencia en cuestión junto con la demanda, su contestación, la reconvencción o su respectiva contestación (“Memoriales Escritos”), según corresponda. Además, el artículo 23 de la LAM es la única norma aplicable en materia arbitral respecto a la posibilidad de incorporar prueba adicional durante el proceso arbitral. Así, no cabe la aplicación de las normas del COGEP relativas a la práctica de prueba adicional en materia arbitral.

2. EL CARÁCTER EXCEPCIONAL DEL ARTÍCULO 23 DE LA LAM Y EL MOMENTO PROCESAL OPORTUNO PARA INCORPORAR PRUEBAS EN UN PROCESO ARBITRAL

La LAM establece de manera específica que la prueba debe ser producida a través de actos procesales determinados. De conformidad con el artículo 10 de la LAM, el momento procesal oportuno para que el actor pueda incorporar prueba en el proceso arbitral es la presentación de la demanda¹. Así mismo, el demandado debe presentar las pruebas que le asistan junto con su contestación a la demanda según lo establecido en el artículo 11 de esta ley². De acuerdo con el artículo 12 de la LAM, en caso de presentarse una reconvencción, las pruebas deben ser incluidas junto con esta (o

1 Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 10. “[...] La demanda contendrá: [...] Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la demanda”.

2 Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 11. “Presentada la demanda, el director del centro de arbitraje, o si fuere el caso, el árbitro o árbitros independientes previa su posesión conforme lo establecido en el artículo 17, calificarán la demanda y mandarán a citar a la otra parte [...], concediéndole el término de diez días para que conteste con los mismos requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil para la contestación de la demanda. Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias, que justifiquen lo aducido en la contestación [...]”. *De conformidad con las Disposición Reformatoria Primera del Código s/n publicada en el Suplemento del Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015 dispone que: “En todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, sustitúyase en lo que diga: 1. “Código de Procedimiento Civil”; “Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” y “Ley de Casación”, por “Código Orgánico General de Procesos”;*

sic) y; por ende, la parte reconvenida deberá presentar la prueba con la respectiva contestación (a la reconvencción)³. Estas (o sic) son las circunstancias ordinarias en las que las partes se encuentran facultadas para presentar pruebas y solicitar las diligencias probatorias que estimen pertinentes. La regla general es, entonces, que la evidencia sea incorporada al proceso arbitral a través de los actos procesales específicamente determinados para tal efecto en la LAM *i.e.* junto con sus Memoriales Escritos.

El artículo 23 de la LAM contempla la posibilidad de introducir al proceso medios probatorios en circunstancias distintas a las contempladas en las normas citadas anteriormente, siendo una excepción a la regla general contenida en los artículos 10, 11 y 12 de la LAM. Al tratarse de una excepción, la aplicación del artículo 23 necesariamente es de carácter extraordinario. Por tanto, el estándar aplicable para la producción de prueba adicional durante el proceso arbitral es uno alto, y su ejercicio debe ser restrictivo.

Aquel entendimiento es compatible con el principio de preclusión procesal. La Corte Constitucional ha señalado que, de conformidad con este principio:

los procesos judiciales ordinarios están conformados por diversas etapas que se desarrollan en forma sucesiva, cada una de las cuales supone la clausura definitiva de la anterior, de manera que no es posible el regreso o la renovación de momentos procesales ya extinguidos y consumados⁴.

La Corte también ha enfatizado que la preclusión procesal es un:

fundamento de la garantía de la seguridad jurídica y tutela judicial efectiva, [...] que asegura que las fases que componen los procesos judiciales sean respetadas por los administradores de justicia a efectos de tutelar, que superada una fase, no se pueda volver a ella en una fase posterior⁵.

Consistente con el principio de preclusión, la excepcionalidad del artículo 23 de la LAM ha sido reconocida por la Corte Constitucional.

3 Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 12. “[...] A la reconvencción y su contestación se deberá adjuntar las pruebas y solicitar las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en éstas”.

4 Corte Constitucional. *Sentencia No. 115-15-SEP-CC*, Caso No. 980-12-EP, 08/04/2015

5 Corte Constitucional. *Sentencia No. 234-15-SEP-CC*, Caso No. 1897-12-EP, 22/07/2015.

Ello al determinar que los tribunales arbitrales no están obligados a practicar pruebas que sean solicitadas fuera del momento oportuno. La Corte Constitucional ha precisado lo siguiente:

El artículo 23 de la [...] [LAM] señala: ‘Si antes de la expedición del laudo, el tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá ordenar que se practiquen señalando día y hora’, **lo cual de ninguna manera constituye una norma imperativa; por tanto, el Tribunal Arbitral no estaba legalmente obligado a aceptar las pruebas que, con posterioridad a la demanda y contestación a ella, hayan sido solicitadas por las partes**⁶ (énfasis añadido).

Por lo tanto, la prueba para mejor resolver en los términos previstos en el artículo 23 de la LAM no debe entenderse como una nueva oportunidad para que las partes libremente aporten prueba adicional dentro del proceso. Esta norma no puede ser utilizada para suplir la inacción o negligencia de las partes respecto a la presentación de pruebas y a la solicitud de diligencias probatorias en el momento procesal oportuno. Si los tribunales permitiesen indiscriminadamente la producción de prueba adicional durante el proceso arbitral, la potestad del artículo 23 de la LAM no tendría el carácter de excepcional. Asimismo, si el artículo 23 de la LAM se interpretase de manera amplia o permisiva, la prueba para mejor resolver no solo atentaría contra el principio de preclusión, sino que, además, daría paso a una eventual desnaturalización de las fases del proceso arbitral.

La opinión de la Corte Constitucional citada anteriormente también confirma que la aplicación del artículo 23 de la LAM es de carácter discrecional. Por ello la Corte establece que dicho artículo “no constituye una norma imperativa” para el tribunal arbitral. Es decir, un tribunal no está obligado a ordenar la práctica de prueba adicional si no lo considera oportuno. Esto es consistente con la excepcionalidad de la potestad contenida en dicho artículo. Sin embargo, la discrecionalidad no es absoluta y el mismo artículo 23 de la LAM impone los límites para el ejercicio de la potestad del tribunal arbitral.

⁶ Corte Constitucional. *Sentencia No. 063-12-SEP-CC*, Caso No. 1443-10-EP, 27/03/2015.

3. CONSTRUYENDO UN ESTÁNDAR APLICABLE: REQUISITOS DE PROCEDENCIA

Una vez que se ha determinado el carácter excepcional del artículo 23 de la LAM, resulta natural que su interpretación sea restrictiva. Así, el estándar a aplicar es alto y debe proceder únicamente cuando se cumplen los supuestos de hecho contemplados en el mismo artículo. Del texto de la norma se desprende que los requisitos que darían paso a una eventual producción extraordinaria de prueba durante el proceso arbitral son los siguientes:

- a. Que existan hechos controvertidos que se consideren oscuros o poco claros.
- b. Que la prueba que se pretende introducir al proceso permita al tribunal arbitral tener mayor claridad respecto a tales hechos.
- c. En caso de que exista una solicitud de una de las partes para la producción de prueba, dicha parte deberá demostrar que no le ha sido posible incorporar la prueba o solicitar la diligencia en cuestión, según corresponda, junto con la demanda; la contestación a la demanda; la reconvenición; o la contestación a la reconvenición.

A continuación se explicará cada uno de estos requisitos, no sin antes aclarar que el estándar que se presenta no debe ser entendido como contrario a los principios del arbitraje, sino que deberá ser armonizado con aquellos al momento de su aplicación. Aunque se trate de un estándar excepcional y, por ende, restrictivo, los tribunales arbitrales no deberán olvidar “la naturaleza comercial y flexible del arbitraje, así como sus principios usos y prácticas”, que deberán resultar en una aplicación razonable y adecuada del estándar aquí presentado⁷.

⁷ Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 10, números 1 y 2, RO S No. 524, 26/08/2021.

3.1. PRIMER REQUISITO: EXISTENCIA DE HECHOS CONTROVERTIDOS OSCUROS O POCO CLAROS

El primer requisito surge de la primera parte del texto del artículo 23 de la LAM, *i.e.* “el esclarecimiento de los hechos”. Este lenguaje no es casual y de él surgen al menos tres conclusiones.

Primero, el texto establece el supuesto de hecho que autorizaría, eventualmente, la producción de pruebas adicionales *i.e.* la necesidad de “esclarecer” hechos. Entonces, la solicitud de una de las partes, o la iniciativa propia del tribunal, deberá obedecer a dicho propósito y no otro. Queda excluida la posibilidad de perseguir objetivos distintos. Así, no es legítimo utilizar el artículo 23 para, por ejemplo, apoyar argumentos de derecho ya expuestos por las partes. Por ejemplo, una parte no podría solicitar la producción de pruebas con el fin de “probar” el “incumplimiento contractual”. En su lugar, la parte solicitante deberá identificar el hecho que está detrás de la alegación de incumplimiento (*e.g.* la falta de pago por parte del deudor, el pago por parte del acreedor, la entrega de la obra, la prestación del servicio, etc.) En otras palabras, se deberá identificar el hecho en particular, distinguiéndolo de categorías jurídicas relacionadas. Esto tiene sentido porque una solicitud de aplicación del artículo 23 de la LAM por una de las partes, no puede transformarse en una suerte de memorial sobre los méritos del caso. La aplicación de la parte solicitante deberá mantenerse ajena a los argumentos sobre el fondo del caso, enfocándose únicamente en justificar por qué un hecho merece ser “esclarecido” desde la perspectiva probatoria.

Segundo, el “esclarecimiento” como única motivación legítima para invocar la aplicación del artículo 23 de la LAM recae necesariamente en un tipo específico de hechos. Se trata de hechos oscuros o poco claros. Es común ver a las partes procesales aportar una cantidad significativa de documentos junto con sus memoriales escritos. En más de una ocasión, las partes adjuntan múltiples documentos destinados a probar un mismo hecho (que ya quedó probado con el primer anexo presentado en su memorial). En esos casos, los tribunales (y la contraparte) tienen que lidiar con documentos repetitivos –páginas, páginas, y más páginas– que contienen lo mismo. Además, no es raro ver a la misma parte utilizar

el artículo 23 de la LAM como herramienta para añadir más evidencia a la pila repetitiva de documentos. Cuando en consideración de la evidencia que ya existe en el proceso el hecho controvertido es claro, la producción de prueba adicional es inoficiosa. Así, un tribunal arbitral deberá rechazar una solicitud que busque incorporar más evidencia respecto a hechos que no requieren aclaración. Tampoco deberá solicitar de oficio prueba respecto a dichos hechos.

Por otro lado, si quien solicita la producción de prueba adicional es una de las partes, no basta con alegar la oscuridad o falta de claridad de un hecho para activar el artículo 23 de la LAM. Además, la parte solicitante deberá justificar las razones por las que el hecho en cuestión merece de aclaración. Ello, en consideración de las circunstancias específicas de cada caso y de la prueba que consta en el proceso arbitral. Si el tribunal concluye, bajo un análisis *prima facie*, que existen hechos cuya claridad no ha sido establecida por la prueba que ya consta en el proceso, entonces quedará autorizado para dar paso a la producción de prueba adicional de considerarlo oportuno, pues no deja de ser una potestad discrecional.

Además, consistente con el principio de preclusión y excepcionalidad del artículo 23 de la LAM, los hechos que pueden ser objeto de aclaración deben ser relevantes para la disputa y no otros. Ni las partes, ni el tribunal, estarían autorizados para utilizar dicho artículo como mecanismo para incorporar hechos que sean ajenos a los Memoriales Escritos. Si la aplicación de una de las partes sobrepasa dichos límites, entonces esta deberá ser de plano rechazada. Sin perjuicio de ello, existen casos en los que ciertos hechos, aunque son materia de la disputa, no cobran relevancia sino hasta más adelante en el proceso arbitral. Puede ocurrir que la relevancia de un hecho que había pasado desapercibido durante la fase de presentación de memoriales escritos cobre relevancia únicamente desde la declaración de un testigo clave para el caso. Es posible que el testigo, discutiendo los temas que son materia de la disputa, otorgue detalles sobre aspectos no conocidos hasta entonces u otorgue información adicional que no aparecía de plano en la prueba ya aportada al proceso hasta ese momento. Esas circunstancias excepcionales, dichos “*turn of events*”, podrían justificar la producción de prueba adicional.

El primer requisito para la aplicación del artículo 23 de la LAM es, entonces, la existencia de hechos oscuros o poco claros. La prueba para mejor resolver no puede tener otro fin que el de esclarecer aquellos hechos, por lo que el artículo 23 de la LAM no puede convertirse en un mecanismo para replicar los argumentos de derecho esgrimidos por las partes. Además, la necesidad de esclarecer esos hechos deberá justificarse en razón de las circunstancias del caso y la prueba existente en el expediente. El artículo 23 de la LAM se refiere a hechos controvertidos, que son materia de la disputa. Así, no se admite la introducción de hechos nuevos (y por lo tanto prueba respecto a esos hechos) que sean ajenos a los Memoriales Escritos de las partes. Excepcionalmente, podría surgir la necesidad de esclarecer hechos que han cobrado relevancia o han aparecido más adelante en el proceso (*e.g.* cuando un testigo declara sobre cuestiones que no aparecían de manera manifiesta hasta entonces). Verificado el primer requisito, el tribunal deberá analizar si la prueba que se pretende aportar al proceso le permitirá cumplir con el objetivo de esclarecer los hechos oscuros o poco claros.

3.2. SEGUNDO REQUISITO: QUE LA PRUEBA QUE SE PRETENDE APORTAR AL PROCESO LE PERMITA AL TRIBUNAL ARBITRAL ESCLARECER LOS HECHOS OSCUROS O POCO CLAROS

Este requisito guarda plena correlación con la excepcionalidad del artículo 23 de la LAM. El tribunal arbitral no debería dar paso a pruebas inoficiosas que no sean susceptibles de aclarar los hechos oscuros o poco claros.

Bajo este requisito, el análisis que debe hacer el tribunal es uno de admisibilidad, es decir, aquel que realiza el juzgador respecto de si el medio probatorio cumple los requisitos establecidos por la norma procesal aplicable para ser admitido a juicio (en este caso, el artículo 23 de la LAM). De esta forma, en la admisibilidad se analiza el medio probatorio y no el contenido de la prueba como tal, para excluir a todos los medios probatorios que no cumplan con los requisitos.

De manera específica, el análisis de admisibilidad que debe hacerse a la luz del artículo 23 de la LAM se refiere a la aptitud del medio probatorio para esclarecer los hechos controvertidos. No se

trata de prejuzgar el fondo de la controversia, sino de evaluar si dicha prueba tiene la aptitud necesaria para cumplir con el objetivo del artículo 23 de la LAM *i.e.* esclarecer el hecho. El análisis que deberá hacer el tribunal arbitral respecto del artículo 23 de la LAM es, entonces, uno *prima facie* respecto de si el medio probatorio cumple (o no) con dicha finalidad.

3.3. TERCER REQUISITO: NO FUE POSIBLE PRODUCIR LA PRUEBA EN EL MOMENTO PROCESAL OPORTUNO

El tercer requisito es exclusivo de una petición de parte para la producción de prueba bajo el artículo 23 de la LAM. Esto, porque corresponde a las partes procesales incorporar la prueba con los Memoriales Escritos. Así, cuando una parte pretende que se produzcan pruebas adicionales durante el arbitraje, esta tendrá la carga de probar que no le fue posible incorporar la prueba al respectivo Memorial Escrito (*i.e.* en el momento procesal oportuno ordinario). De otro modo, la prueba para mejor resolver no sería excepcional y sería contraria al principio de preclusión.⁸ En los casos que el tribunal actúe de oficio bajo el artículo 23 de la LAM, este deberá verificar que se cumplan los dos requisitos mencionados anteriormente.

En relación con la oportunidad, si bien hemos indicado que el momento procesal oportuno es junto con la presentación del Memorial Escrito, no es ajeno a la realidad que ciertos hechos relacionados con la controversia aparezcan o se tornen relevantes más adelante en el arbitraje. En ese supuesto, la prueba no fue presentada con el Memorial porque, para entonces, no se trataba de un hecho relevante, siendo que la relevancia resultó luego de la práctica de las diligencias probatorias (*e.g.* declaración de un testigo). También podrá ocurrir que cierta prueba no estaba a disposición de las partes, o estas no tenían acceso a ella, al momento de elaborar su Memorial. Si ese es el caso, la prueba que aparece con posterioridad podría eventualmente ser objeto del artículo 23 de la LAM, siempre que la razón por la cual no fue adjuntada al Memorial Escrito no sea

⁸ El Tribunal Arbitral no produce ninguno de los actos procesales que les corresponde exclusivamente a las partes (*i.e.* demanda, contestación, reconvencción, contestación a la reconvencción).

imputable a la inacción o negligencia de la parte solicitante. Como se explica más adelante, este entendimiento es consistente con la práctica del arbitraje internacional.

En cualquier caso, es obligación de quien solita la incorporación de la prueba demostrar las razones que justifiquen hacerlo en un momento posterior a la ronda de Memoriales Escritos, incluso aunque tales razones se relacionen con la necesidad de demostrar hechos que se tornaron relevantes luego de la práctica de diligencias probatorias.

4. EL ARTÍCULO 23 DE LA LAM ES EL ÚNICO APLICABLE EN MATERIA ARBITRAL PARA LA PRODUCCIÓN DE PRUEBA ADICIONAL DURANTE EL PROCESO ARBITRAL

El artículo 37 de la LAM permite la aplicación del COGEP de manera supletoria “en todo lo que no esté previsto” en la Ley de Arbitraje y Mediación. Aunque el COGEP puede, eventualmente, ser aplicado dentro de un proceso arbitral, su aplicación es secundaria y procede únicamente cuando no exista norma (sea legal o contractual) que regule una situación jurídica particular. El Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (“Reglamento LAM”) fue publicado en agosto de 2021 y reconoció este postulado, al establecer en el artículo 10, lo siguiente:

1. Las partes podrán pactar y determinar libremente las reglas procesales a las que se sujetará el tribunal arbitral en sus actuaciones, sea directamente o por referencia a un reglamento arbitral. A falta de acuerdo o en ausencia de una disposición aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso pudiendo para esto recurrir a los principios y prácticas de uso común en materia arbitral.

2. Supletoriamente, cuando no contravenga los principios del arbitraje y si el tribunal estimare oportuno, se podrán aplicar las disposiciones contenidas en el Código Orgánico General de Procesos⁹.

⁹ Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 10, números 1 y 2, RO S No. 524, 26/08/2021.

Del texto citado se desprende que, además de lo dispuesto en la LAM, el proceso arbitral se regirá por las normas que las partes hayan pactado. Estas pueden ser normas independientes que hayan sido acordadas por las partes. También puede tratarse de un reglamento arbitral. Además, en ausencia de normas o reglas específicas, el tribunal arbitral tiene la potestad de conducir el arbitraje de la forma que considere apropiado, en consideración de los principios y prácticas de uso común en arbitraje. Esto es consistente con el artículo 17 de la LAM que reconoce la potestad de dirigir la “sustanciación del arbitraje”. De lo anterior se desprende que el tribunal arbitral no está obligado a aplicar el COGEP, y su aplicación –aunque supletoria– es enteramente potestativa. De ahí que el numeral 10(2) del Reglamento LAM reconozca que el COGEP podrá aplicarse “si el tribunal [lo] estimare oportuno”.

En concordancia con el artículo 37 de la LAM y el artículo 10 del Reglamento LAM, la aplicación del COGEP procedería, entre otras circunstancias, cuando no exista una norma establecida en la LAM. Este no es el caso de la producción de prueba durante el proceso arbitral. Como se ha mencionado arriba, los artículos 10, 11 y 12 de la LAM establecen la regla general en cuanto a la producción de la prueba (*i.e.* Memoriales Escritos) y el artículo 23 de la LAM contempla la excepción a dicha regla, otorgando la posibilidad de producir evidencia con posterioridad (de oficio o a petición de parte). Al existir regulación específica sobre la producción de la prueba, no procede la aplicación de norma alguna del COGEP que esté relacionada con esta materia.

Así, no es procedente que un tribunal arbitral acepte la aplicación de los artículos 151 (conocido como “nueva prueba”), 166 (conocido como “prueba nueva”), ni 168 del COGEP (conocido como “prueba para mejor resolver”). Más allá de los títulos o la terminología con la que se conoce comúnmente a estas disposiciones, las tres atienden a una misma situación jurídica *i.e.* la posibilidad de incorporar prueba en momentos distintos a los llamados “actos de proposición” (demanda, contestación, reconvencción y contestación a la reconvencción). El artículo 23 de la LAM puede ser aplicable a varias hipótesis, incluyendo las hipótesis atendidas por los tres artículos del COGEP. Por ende, aquellos no pueden ser utilizados “supletoriamente” en materia arbitral.

Como se ha explicado, el artículo 23 de la LAM autoriza al tribunal a ordenar la producción de prueba cuando sea necesario “esclarecer” hechos. Esto puede ocurrir inmediatamente con posterioridad a la presentación de la contestación a la demanda (hipótesis recogida en el artículo 151 del COGEP); en cualquier momento hasta antes de la expedición del laudo (hipótesis que incluye lo dispuesto en el artículo 166 del COGEP al referirse a “la audiencia de juicio”); y por iniciativa propia del tribunal para esclarecer hechos controvertidos (artículo 168 del COGEP). Al cubrir, pero sin estar limitado a, todas estas hipótesis, el artículo 23 de la LAM es la única norma que regula la posibilidad de incorporar prueba adicional dentro del proceso arbitral y a los tribunales no les está autorizado recurrir a las disposiciones citadas del COGEP. Ello, además, porque el estándar aplicable bajo cada uno de esos artículos es distinto y no es necesariamente compatible con el artículo 23 de la LAM.

Por ejemplo, el artículo 168 del COGEP está limitado a la iniciativa propia del juez, limitación que no existe bajo el artículo 23 de la LAM. Por otro lado, el artículo 151 y 166 están limitados únicamente a petición de parte, limitación que tampoco existe bajo el artículo 23 de la LAM. El artículo 151 del COGEP además autoriza al actor a incorporar pruebas al expediente junto con su escrito de “nueva prueba”. Aquellas pruebas quedan incorporadas automáticamente al expediente del caso (sin perjuicio de que su admisibilidad sea discutida más adelante). Como se explica más adelante, bajo el artículo 23 de la LAM, a la parte aplicante no le está autorizado presentar la prueba junto con su aplicación de producción de prueba adicional. Como consecuencia, ninguna prueba ingresa al expediente sino solamente después de la autorización expresa del tribunal arbitral (quien no habrá tenido acceso a la documentación previamente). Para autorizar su incorporación al proceso, el tribunal arbitral deberá resolver si es que se cumplen los requisitos del estándar aplicable. Finalmente, el artículo 166 del COGEP no requiere que se cumpla el primer requisito del estándar aplicable al artículo 23 de la LAM (*i.e.* necesidad de esclarecer hechos oscuros o poco claros). Por lo expuesto, las normas descritas no son aplicables al proceso arbitral al tener –cada una de ellas– un estándar distinto a aquel establecido en el artículo 23 de la LAM.

En el caso del artículo 151 del COGEP, que permite la presentación de “nueva prueba” hasta diez días después de presentada la contestación, es la dirección de la institución arbitral quien está llamada a impedir que la conducta generalizada de las partes de presentar “escritos de nueva prueba” se consolide dentro de la práctica arbitral. El estado actual de las cosas es que los directores de los centros incorporen dentro del expediente este tipo de escritos (junto con las pruebas que se pretenden producir) y corran traslado de su contenido a los tribunales arbitrales (que aún no se conforman) para que estos resuelvan sobre ello en el futuro (cuando se conformen semanas o meses después). Como se explica a continuación, no es deseable que un tribunal arbitral reciba las pruebas que se pretenden incorporar pues, para el momento que el tribunal debe decidir sobre su incorporación al expediente, este ya habría recibido, leído, y analizado la “nueva prueba”, contaminando así su criterio de manera anticipada. Esta práctica, que se ha vuelto habitual, es un atentado contra el artículo 23 de la LAM, así como de los artículos 10, 11 y 12 de dicha Ley.

No es aceptable que los tribunales arbitrales permitan la presentación de escritos o pruebas bajo las disposiciones del COGEP. La aplicación de estas disposiciones contraviene y desnaturaliza el artículo 23 de la LAM, que es el único que puede ser aplicado. Lo contrario resulta en una suerte de “*bypass*”, en que las partes pueden circunvalar el estándar alto y restrictivo del artículo 23 de la LAM, y su naturaleza discrecional y potestativa del tribunal arbitral, para conseguir el mismo objetivo *i.e.* incorporar prueba adicional al proceso arbitral. Aquello no debe ser permitido.

5. REGLAS Y PRÁCTICAS PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 23 DE LA LAM

Partiendo de la excepcionalidad del artículo 23 de la LAM, es necesario realizar ciertas precisiones respecto a la conducta que debería observarse ante una solicitud de prueba para mejor resolver. A continuación, se presenta una secuencia de pasos y actuaciones procedimentales que, a nuestro criterio, deben seguir las partes a efectos de cumplir con el estándar del artículo 23 de la LAM:

- a. La parte interesada debe presentar una solicitud al tribunal arbitral para que autorice la incorporación de prueba para mejor resolver, justificando los requisitos que exige el artículo 23 de la LAM.
- b. La parte interesada debe abstenerse de adjuntar o presentar los documentos que son objeto de la solicitud.
- c. Solo si el tribunal lo autoriza, la parte interesada incorporará la prueba para mejor resolver en los términos que se disponga en la orden procesal.

Estos pasos y actuaciones son presentados debido a la necesidad de asegurar que la decisión del tribunal arbitral sobre la solicitud no se vea interferida por sesgos cognitivos que podrían generarse si, paralelamente a la lectura de la solicitud, el tribunal tendría acceso al medio probatorio que se pretende incorporar. Esto ocurriría, por ejemplo, si se solicita incorporar un documento que contiene una comunicación entre las partes sobre un asunto que es objeto de la *litis* y, al mismo tiempo, se adjunta tal documento a la solicitud. Al momento de pronunciarse sobre dicha prueba, el tribunal ya habrá tenido un acercamiento directo al documento que se pretende introducir. Así, incluso si es que la solicitud de la parte interesada fuese rechazada, el tribunal ya habría visto un documento que posiblemente tiene la capacidad de afectar el juicio del tribunal al momento de resolver sobre el fondo de la controversia (“Contaminación Cruzada”).

Esto será evitado si es que la parte interesada se abstiene de adjuntar los documentos cuya producción se solicita. El tribunal tendrá acceso a ellos únicamente después de haber decidido si es que los requisitos del artículo 23 de la LAM han sido cumplidos, reduciendo así el riesgo de Contaminación Cruzada. En el caso de que alguna parte intente incorporar prueba a través del (mal) uso del artículo 151 del COGEP, la dirección de los centros de arbitraje es la llamada a evitar que la fuente de Contaminación Cruzada llegue al tribunal arbitral. Bastará con la emisión de una orden procesal negando la incorporación de los escritos de “nueva prueba” y sus anexos, recordando a las partes que cualquier solicitud de prueba adicional a la ya presentada en los memoriales escritos de las partes, deberá hacerse una vez conformado el tribunal arbitral bajo el artículo 23 de la LAM.

Los pasos presentados no solo ayudarán a la mejor conducción del proceso arbitral, sino que además son consistentes con las mejores prácticas del arbitraje. Finalmente, las reglas aquí presentadas podrán ser incorporadas por los tribunales arbitrales dentro de las respectivas actas de audiencia de sustanciación (al ser el primer acto procesal emitido por el tribunal, una vez que ha resuelto sobre su competencia) o, alternativamente, después de la audiencia de sustanciación en la forma de una orden procesal que contenga las reglas bajo las cuales se conducirá el arbitraje.

6. LA PRÁCTICA INTERNACIONAL ES CONSISTENTE CON EL ESTÁNDAR PROPUESTO PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 23 DE LA LAM

El estándar al que se ha hecho referencia en este ensayo es concordante con la práctica arbitral internacional. En general, la incorporación de prueba adicional dentro del arbitraje es considerada como excepcional. Esto es confirmado por las Reglas IBA sobre Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional (“Reglas IBA”) y por las prácticas de tribunales internacionales. Las Reglas IBA fueron revisadas en 2020; se incluyeron cambios relativos a ciberseguridad y protección de datos, audiencias remotas, exclusión de ciertas pruebas obtenidas de manera ilícita, y ciertas reglas relativas a la exhibición de documentos¹⁰.

Las Reglas IBA son un conjunto de reglas creadas por el Comité de Arbitraje de la *International Bar Association* que “busca proporcionar un procedimiento eficiente, económico y equitativo para la práctica de prueba en arbitrajes internacionales, particularmente en aquellos que surgen entre Partes de distintas tradiciones jurídicas”¹¹. Precisamente, estas normas fueron diseñadas con el objetivo de complementar las disposiciones legales y las reglas que se apliquen al desarrollo del arbitraje internacional¹².

10 Para propósitos de este artículo, se citará el texto en español de las Reglas IBA 2010, dado que no ha sido modificado por la revisión de 2020.

11 International Bar Association, Reglas de la International Bar Association sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional, *Preámbulo*, (2010) párr 1.

12 Ídem.

El uso y la aplicación de estas normas ha sido reconocido dentro de la comunidad arbitral internacional como lineamientos que promueven la eficiencia en el desarrollo del procedimiento arbitral y han obtenido amplia aceptación¹³. Esto ha generado que su aplicación sea recurrente en el foro arbitral. Respecto de la oportunidad para la presentación de prueba, las Reglas IBA contienen dos reglas de trascendencia que responden a la práctica generalizada en arbitrajes internacionales.

La primera regla consiste en que la evidencia debe ser presentada dentro del término que disponga el tribunal arbitral¹⁴. Normalmente, esto ocurre durante el intercambio de memoriales escritos por las partes; para lo cual, los tribunales fijan un calendario procesal con las fechas en las que dichos memoriales deben ser presentados. La evidencia se presenta como anexos. Adicionalmente, los calendarios procesales típicamente establecen una fase de exhibición de documentos (“*discovery*” o “*document production*”) en la que una parte puede solicitar a la otra la exhibición de ciertos documentos, que deberán ser exhibidos si así lo determina el tribunal arbitral.

La segunda regla es de naturaleza excepcional, y consiste en la determinación de las circunstancias en las que sería permisible la presentación de evidencia (documental) adicional (que no haya sido presentada bajo la primera regla). Al respecto, las Reglas IBA determinan que podrán incorporarse pruebas adicionales al proceso arbitral siempre que se justifique su relevancia para el caso y sean sustanciales para la resolución:

11. Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, las Partes podrán presentar ante este (o poner sic) y ante las demás Partes,

13 International Bar Association, Reglas de la International Bar Association sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional, *Prólogo*, (2010) párr. 3.

14 International Bar Association, Reglas de la International Bar Association sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional, 2010, Artículo 3(1). “Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cada Parte presentará a éste y a las demás Partes todos los Documentos que estén a su disposición y sobre los que base sus pretensiones, incluyendo Documentos públicos y de dominio público, exceptuando cualesquiera Documentos que ya han sido presentados por otro Parte”; International Bar Association, Reglas de la International Bar Association sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional, 2010, Artículo 4(1). “Dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cada Parte identificará los testigos en cuyo testimonio pretende basarse así como el objeto de dichos testimonios”; International Bar Association, Reglas de la International Bar Association sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional, 2010, Artículo 5(1) (contiene una regla similar para la práctica de informes periciales).

cualesquiera *Documentos adicionales* en los cuales pretendan basarse o que consideren que han *devenido relevantes para el caso y sustanciales para su resolución* como consecuencia de cuestiones puestas de manifiesto en los Documentos, Declaraciones Testimoniales o Dictámenes Periciales presentados o exhibidos, o en otros elementos aportados por las Partes¹⁵.

Esta norma determina que las partes no pueden aportar libremente documentación adicional al proceso. Aquello está reservado únicamente para los casos en que la prueba solicitada “ha devenido relevante”. Es decir que, por razones propias del proceso arbitral, como la declaración de un testigo, han surgido hechos que han cobrado relevancia. Aun así, la prueba que se pretende introducir debe ser “relevante para el caso” y “sustancial para su resolución”. Esto ratifica que se trata de una facultad extraordinaria, que debe ser justificada y puesta a consideración del tribunal arbitral. Es decir, las Reglas IBA no facultan la presentación indiscriminada de documentos adicionales, sino que la petición de su inclusión debe cumplir con los requisitos mencionados.

Lo recogido en las Reglas IBA corresponde a la práctica arbitral internacional. Varios tribunales arbitrales han resuelto que la incorporación de prueba fuera del término previsto no es, en principio, oportuna. Sin embargo, podrán ser incorporadas pruebas adicionales si es que se reúnen algunos requisitos. En el caso *Rand Investments c. Serbia*, por ejemplo, el tribunal reconoció que deben existir circunstancias excepcionales, basadas en una solicitud razonada, para que una prueba sea admitida después de que las partes hayan presentado sus memoriales escritos:

No se permitirá a ninguna de las partes presentar documentos adicionales [...] después de la presentación de su último escrito respectivo, a menos que el Tribunal determine que existen circunstancias excepcionales sobre la base de una solicitud escrita razonada seguida de observaciones de la otra parte. [...] Por lo tanto, deben existir circunstancias excepcionales para que se admitan nuevas pruebas en esta fase del procedimiento¹⁶.

15 International Bar Association, Reglas de la International Bar Association sobre la Práctica de Prueba en Arbitraje Internacional (2010), Artículo 3(11).

16 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Rand Investments Ltd., William Archibald Rand, Kathleen Elizabeth Rand, Allison Ruth Rand, Robert Harry Leander Rand and*

De igual manera, en el caso *Renco c. Perú*, se reconoció que los tribunales usualmente requieren circunstancias excepcionales para admitir prueba nueva, en un momento posterior al último escrito de prueba presentado por las partes:

Después de la presentación de su último escrito antes de la audiencia, una Parte no puede presentar nuevas pruebas. Sin embargo, si el Tribunal determina que existen circunstancias excepcionales, podrá admitir nuevas pruebas o permitir que un testigo o perito presente una declaración testimonial o un informe pericial adicional antes de la audiencia. Si el Tribunal admite nuevas pruebas o la declaración de un testigo o informe pericial adicional en el expediente, se asegurará de que la otra Parte tenga suficiente oportunidad de hacer sus observaciones [...] ¹⁷.

Adicionalmente, se observa de las órdenes procesales que los tribunales arbitrales mantienen el criterio de que la documentación que se solicita incorporar no debe ser presentada junto con la solicitud, sino que deberá incorporarse luego de que –y solo si– el tribunal arbitral autoriza su incorporación en el proceso. En el caso *Bacilio Amorrortu c. Perú* el Tribunal Arbitral dispuso como parte de las reglas aplicables al arbitraje, la siguiente:

Si el Tribunal autoriza a una Parte a presentar nuevas pruebas en el curso de la audiencia, debe otorgar a la otra Parte la oportunidad de presentar nuevas pruebas para refutarlas. Al presentar una solicitud de permiso para presentar nueva evidencia, una Parte no podrá adjuntar a dicha solicitud la nueva evidencia que la Parte busca admitir. La Parte sólo (o poner sic) podrá presentar la prueba al Tribunal una vez que conceda permiso para la admisión de la prueba o si el Tribunal lo ordena de otro modo ¹⁸.

Asimismo, en el caso *Pawlowski c. República Checa*, el Tribunal Arbitral dispuso que:

Sembi Investment Limited c. Republic of Serbia, ICSID Case No. ARB/18/, Orden Procesal No. 9. 12/03/2021.

¹⁷ Corte Permanente de Arbitraje, *The Renco Group, Inc. c. The Republic of Peru (II)*, Caso PCA No. 2019-46, Orden Procesal No. 1. 3/02/2020.

¹⁸ Corte Permanente de Arbitraje, *Bacilio Amorrortu c. Perú (I)*, Caso PCA No. 2020-11, Orden Procesal No. 1. párr. 29/06/2020.

17. 4. Ninguna de las partes podrá presentar documentos adicionales o de respuesta fuera del Calendario Procesal, a menos que el Tribunal determine que existen circunstancias excepcionales con base en una solicitud motivada por escrito seguida de observaciones de la otra parte.

17.4.1. Si una parte solicita permiso para presentar documentos adicionales o de respuesta, esa parte no podrá anexar a su solicitud los documentos que pretende presentar.

17.4.2. Si el Tribunal acepta tal solicitud de presentación de un documento adicional o de respuesta, el Tribunal se asegurará de que la otra parte tenga la oportunidad suficiente para hacer sus observaciones con respecto a dicho documento¹⁹.

El estándar desarrollado en este ensayo es concordante con el criterio que mantiene la jurisprudencia arbitral internacional respecto de la incorporación de prueba adicional. Si bien los criterios jurisprudenciales citados no son vinculantes, son relevantes como una guía de las mejores prácticas arbitrales. En Ecuador, los usos y prácticas arbitrales son reconocidos como parte de los principios de interpretación de las normas que regulan el arbitraje. El artículo 1(3) del Reglamento LAM establece lo siguiente: “En la interpretación y aplicación de las normas de la Ley de Arbitraje y Mediación y de este Reglamento, se tomará en cuenta la naturaleza negocial y flexible del arbitraje, **así como sus principios, usos y costumbres**” (énfasis añadido).

Además, el Reglamento LAM reconoce que los principios, usos y prácticas arbitrales pueden ser aplicados de manera supletoria a cuestiones no reguladas por la LAM. El artículo 3(4) del Reglamento LAM establece lo siguiente:

4. Asimismo, las cuestiones que no estén expresamente previstas en la Ley de Arbitraje y Mediación, serán resueltas por el tribunal arbitral tomando en cuenta la naturaleza negocial y flexible del arbitraje, **así como sus principios, usos y prácticas**²⁰ (énfasis añadido).

19 Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones *Pawlowski AG and Project Sever s.r.o c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/17/11, Orden Procesal No. 1, párr. 17.4. 03/05/2017.

20 Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 1, numerales 3 y 4, RO S No. 524, 26/08/2021.

Así, en el Ecuador, los usos y prácticas arbitrales, podrán ser aplicadas por los tribunales arbitrales para la interpretación de la LAM (como es el caso del artículo 23) y/o, de manera supletoria, cuando se trate de cuestiones que no estén expresamente previstas en la LAM.

7. PONIENDO A PRUEBA EL ESTÁNDAR PROPUESTO: CASO No. 008-22 DEL CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE QUITO

El estándar desarrollado en este escrito ha sido puesto a prueba dentro de un proceso arbitral local, en derecho, sustanciado ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito. Por motivos de reserva y confidencialidad no se revelarán los datos específicos del proceso arbitral. No obstante, y con fines académicos, se hará referencia únicamente a las actuaciones procesales relevantes, que se resumen a continuación.

Invocando el artículo 23 de la LAM, la demandante solicitó la incorporación de prueba adicional en un momento posterior a la presentación de la demanda y contestación. La razón principal presentada en dicho escrito fue la existencia de hechos nuevos que, según la parte solicitante, habrían sido expuestos en la contestación a la demanda.

La demandada solicitó que se declare improcedente la solicitud de prueba para mejor proveer, argumentando que no se cumplía con el estándar presentado en este ensayo (no se habrían verificado los tres requisitos propuestos bajo el estándar aplicable propuesto). Respecto del tercer requisito, la demandada argumentó que la documentación que pretendía incorporarse en el proceso ya existía al momento de presentar la demanda y la demandante bien pudo haberla presentado. Por lo tanto, la solicitud debía rechazarse, ya que el artículo 23 de la LAM no podía suplir la inacción o negligencia de la demandante, quien debió anexar toda la prueba que considerase necesaria junto con su demanda.

El Tribunal Arbitral decidió rechazar la solicitud de prueba para mejor resolver, bajo el siguiente razonamiento:

Con relación a la solicitud de la parte actora de que se introduzca nueva prueba al proceso, que se plantea bajo la figura de prueba para mejor proveer al amparo del artículo 23 de la Ley de Arbitraje y Mediación, una vez que ha sido escuchada la contraparte, este Tribunal resuelve desecharla, pues **la peticionaria no ha logrado justificar que no tenía acceso al medio probatorio solicitado al momento del inicio del proceso arbitral y que, por ende, estaba impedida de anunciarlo como prueba a su favor junto con su memorial de demanda.** El Tribunal Arbitral deja constancia de que **la excepcionalidad de la prueba para mejor proveer se justifica por el aspecto de temporalidad referido, pero además reitera que es única y exclusiva competencia de los árbitros el disponer la actuación de este mecanismo extraordinario.** En consecuencia, se resuelve rechazar la práctica de la diligencia para mejor resolver que se trata en la sección IV.3. del Acta de Audiencia de Sustanciación²¹ (énfasis añadido).

La parte actora solicitó la revocatoria de dicha orden procesal, no obstante, el Tribunal decidió mantener su criterio y resolvió:

b) Por otra parte, no se justifica la revocatoria solicitada por la parte actora, en atención a que **la prueba que se califica como “nueva” no cumple con un criterio de temporalidad o imposibilidad de acompañarla con el memorial de demanda, consustanciales a este tipo de peticiones.**

c) Cabe recordar a las partes que, en todo caso, el tribunal arbitral puede ordenar la práctica de las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de los hechos, sea de oficio o a petición de parte, según lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

En consecuencia, se rechazan por improcedentes los pedidos de revocatoria parcial de la orden procesal de 30 de agosto de 2022. Por lo tanto, las partes deberán estar a lo dispuesto en la orden procesal antedicha²². (énfasis añadido)

Aunque el Tribunal Arbitral no se pronunció respecto a los dos primeros requisitos del estándar propuesto (necesidad de esclarecer hechos oscuros y aptitud de la prueba de lograr dicho objetivo), sí

21 Cámara de Comercio de Quito, *Caso No. 008-22*, Orden Procesal. sf.

22 Ídem.

aceptó de manera expresa el tercer requisito (criterio de temporalidad y la necesidad de que el peticionario justifique las razones por las que no pudo tener acceso a la prueba de manera previa). El Tribunal estuvo además de acuerdo con el carácter excepcional del artículo 23 de la LAM y con la premisa de que la regla general en materia de prueba está contenida en los artículos 10, 11 y 12 de dicha ley.

8. CONCLUSIONES

El artículo 23 de LAM es de aplicación excepcional y restrictiva. Tales características generan consecuencias específicas en la conducta de las partes y del tribunal arbitral, al momento de solicitar prueba para mejor resolver. Las consecuencias que genera en la conducta de las partes se traducen en la carga de demostrar el cumplimiento de los requisitos sin los cuales la solicitud de prueba será improcedente, tales requisitos han sido ampliamente desarrollados en este ensayo y son: i) la existencia hechos controvertidos que se consideren oscuros o poco claros; ii) que la prueba que se pretende introducir al proceso permita al tribunal arbitral tener mayor claridad respecto a tales hechos; iii) la justificación de las razones por las que no se adjuntó dicha prueba con el memorial escrito.

De igual manera, la excepcionalidad influye también en la conducta del tribunal arbitral, en la medida en que tendrá que motivar su decisión partiendo del análisis respecto del cumplimiento de tales requisitos (dos primeros requisitos del estándar) cuando se trate de una práctica de oficio.

El estándar desarrollado en este ensayo es concordante también con los usos y prácticas del arbitraje internacional. Las Reglas IBA contemplan la posibilidad de incorporar prueba adicional de manera excepcional, y siempre con la autorización del tribunal arbitral. Por su parte, en la práctica arbitral internacional, los tribunales han aplicado el criterio de excepcionalidad al momento de resolver sobre la solicitud de prueba adicional presentada por las partes. Esta práctica ratifica el estándar que ha sido desarrollado en el presente ensayo. Los elementos más importantes que se desprenden de la jurisprudencia arbitral internacional son los relacionados

con la necesidad de que la prueba adicional sea “relevante para el caso” y “sustancial para su resolución”. Además, la práctica de prueba adicional debe evitar la Contaminación Cruzada, por lo que la parte solicitante no está autorizada a adjuntar la prueba que pretende incorporar al proceso arbitral con la solicitud. Por último, el artículo 23 de la LAM excluye la aplicación de las normas del COGEP, ello debido a que no estamos frente a un supuesto que habilite la aplicación supletoria de este último. El artículo 23 es el único que permite la incorporación de “prueba adicional” dentro de los procesos arbitrales locales, por lo que sería desacertada cualquier remisión al COGEP que sobre este asunto se realice.

