

LAS PRUEBAS PERSONALES EN EL ARBITRAJE

Frederic Munné Catarina

Abogado. Doctor en Derecho.

Presidente del Tribunal Arbitral de Barcelona.

Presidente de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio.

fmunne@dretprivat.com

SUMARIO

- 1.- INTRODUCCIÓN
- 2.- LA PARQUEDAD DEL DERECHO PROBATORIO EN EL ARBITRAJE
- 3.- ESTANDAR DE PRUEBA EN EL ARBITRAJE.
- 4.- ASISTENCIA JUDICIAL EN RELACIÓN A LAS PRUEBAS PERSONALES
- 5.- AUDIENCIA DE PRUEBA E INTERROGATORIOS
- 6.- EL INTERROGATORIO DE LAS PARTES
- 7.- EL INTERROGATORIO DE TERCEROS, NO EXPERTOS O PERITOS
- 8.- BIBLIOGRAFÍA.

ABSTRACT

Personal evidence in arbitration, as any other evidence, is ruled by the parties' agreements, or subsidiarily by the arbitrators decision as most appropriate, regarding its relevance and necessity, organization, practice and assessment, with procedural flexibility, and without preclusive term neither other limit than the preference for orality if either party requests it, always respecting the framework of the hearing, equal treatment and opportunities, and contradiction principle, so that all parties can exercise their rights.

1.- INTRODUCCIÓN.

En el presente trabajo analizamos la regulación legal de la prueba en los arbitrajes, que salvo en el excepcional supuesto de la asistencia judicial que prevé el art. 33 de la Ley española 60/2003 de Arbitraje, en el que el Juez debe actuar “*de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba*” de la Ley de Enjuiciamiento civil 1/2000, los árbitros se rigen en materia de derecho probatorio por la ley arbitral aplicable, los convenios internacionales cuando se trate de un arbitraje internacional, el reglamento de la institución arbitral encargada de la administración del arbitraje si se trata de un arbitraje institucional y los pactos de las partes en materia probatoria incluyendo las recomendaciones de *soft law* a las que las partes se hayan remitido de forma expresa, o en su defecto a las pautas preestablecidas o acuerdos de los árbitros en esta materia, incluyendo también en su caso remisiones a directrices de *soft law*.

En este sentido, conviene recordar que las normas de derecho probatorio de la Jurisdicción ordinaria no son aplicables al procedimiento arbitral. No es oportuno

invocarlas ante los árbitros, salvo que se citen como mero referente para mejor ilustrar al árbitro acerca una posible solución a las cuestiones probatorias que se planteen en el curso de las actuaciones arbitrales, dada la concisa regulación probatoria de la Ley española de Arbitraje. Y aún es menos oportuno que los árbitros fundamenten sus órdenes procesales, en materia probatoria, en normas específicas de la Jurisdicción ordinaria¹, sin perjuicio de poder llegar a adoptar decisiones con soluciones similares, pero en aplicación de la normativa arbitral aplicable.

2.- LA PARQUEDAD DEL DERECHO PROBATORIO EN EL ARBITRAJE.

Nuestra ley de arbitraje incorpora escasos preceptos de derecho probatorio. Y como nos recuerda MUÑOZ SABATÉ² “*no hay apenas espacio en nuestra Ley de Arbitraje dedicado a la prueba, pues la libertad que otorga se ampara tácitamente en una tradición jurídica que le sirve de guía pero no de corsé*”. Esta parquedad del derecho probatorio en el arbitraje, es una constante en la tradición jurídica de nuestro entorno, que, como nuestra legislación, se acomoda a la Ley Modelo de Naciones Unidas, también y específicamente en cuanto al derecho probatorio. Y efectivamente, esa mínima regulación probatoria debe entenderse como una simple guía a seguir, salvo en sus escasas normas imperativas, porque son tan sólo unas pautas mínimas supeditadas a la flexibilidad procedimental propia del arbitraje, dejando su concreción a la autonomía de la voluntad o, en defecto de acuerdo entre las partes, a la decisión de los árbitros en atención al caso concreto, precisamente para adaptarse de un modo más eficiente a las necesidades específicas de cada conflicto.

Esta escasez de normas legales contrasta con la prolija regulación de algunos reglamentos de instituciones arbitrales e incluso con el *soft law* en materia de prueba. El arbitraje no sólo tiene su origen en la autonomía de la voluntad, sino que su desarrollo también dimana de la común voluntad de las partes, al configurar un procedimiento que se adapte a las específicas necesidades y circunstancias del caso, dando mayor relevancia a la probática que al derecho probatorio. Las reglas de prueba deben adaptarse a la concreta controversia, a los hechos objeto de prueba y a las fuentes de prueba, y no al revés, como sucede en la Jurisdicción ordinaria. Sin esa flexibilidad procedimental, y la consiguiente adaptabilidad al caso, se encorseta la libertad y la autonomía de la voluntad tan consustancial al arbitraje. No en vano el fundamento constitucional del arbitraje lo hallamos en la *libertad individual* que consagra el art. 9.2 CE y no en el art. 24 CE, referido al Poder judicial.

A pesar del paralelismo que suele haber en la actividad probatoria entre arbitraje y proceso judicial en la praxis, el mero hecho de que el arbitraje resuelva la controversia mediante una resolución con efectos de cosa juzgada (art. 43 LA) no justifica la mimética y literal aplicación al arbitraje de los principios y normas procesales de la jurisdicción ordinaria en nuestro Ordenamiento jurídico, como puede ser la doctrina

¹ RAMOS MENDEZ, F., en “*Comentarios a la STSJ de Madrid 27/1/2012*” del “Anuario de Justicia Alternativa, Bosch 2012, núm. 12, pp.12-34 pone de manifiesto que el hecho de que árbitro admita el interrogatorio de la propia parte pero al amparo del art. 301 LEC como testifical y no como interrogatorio de parte es absurdo y sería como “*tirarse al vacío solo y de cabeza*”.

² MUÑOZ SABATÉ, L. en “*Diálogos con un escéptico en materia de arbitraje*”, La Ley 2011, pág. 109.

constitucional sobre el derecho a la prueba o sobre la prueba ilícita, por poner tan sólo dos ejemplos³.

La regulación legal de la prueba en el arbitraje la hallamos dentro de los angostos contornos de la concisa regulación de las actuaciones arbitrales de nuestra Ley de Arbitraje, cuya Exposición de Motivos (VI) nos advierte de que: *“La fase probatoria del arbitraje está también presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros -siempre que se respeten el derecho de defensa y el principio de igualdad- y por la máxima flexibilidad. La ley establece únicamente normas sobre la prueba pericial, de singular importancia en el arbitraje contemporáneo, aplicables en defecto de voluntad de las partes. Estas normas están encaminadas a permitir tanto los dictámenes emitidos por peritos designados directamente por las partes como los emitidos por peritos designados, de oficio o a instancia de parte, por los árbitros, y a garantizar la debida contradicción respecto de la pericia”*.

Nótese que la función de la demanda y la contestación en el arbitraje es la de *“ilustrar a los árbitros sobre el objeto de la controversia”*, sin perjuicio de alegaciones ulteriores y sin que entren en juego las preclusiones propias del proceso judicial (art. 29 LA). Y ello conlleva que la determinación del objeto de la controversia, siempre dentro del ámbito de la materia arbitrable sometida a arbitraje en el convenio arbitral, se lleve a cabo de forma progresiva durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales. Lo que a su vez implica que el objeto de prueba pueda variar a lo largo del procedimiento. Y de ahí que, siempre con el límite de las situaciones de indefensión (art. 41.1.b LA), deberá poder solicitarse del árbitro la repetición de pruebas personales ya practicadas sobre nuevas cuestiones no preguntadas y sobre las alegaciones ulteriores admitidas durante el arbitraje. Por ello entendemos que debe poder solicitarse la reiteración de su práctica a lo largo del desarrollo de las actuaciones arbitrales, si no se hubiese pactado lo contrario, y siempre bajo el criterio de los árbitros, tanto en cuanto a su admisibilidad, pertinencia y utilidad, como de temporaneidad o procedencia por razón de la demora con que se haya solicitado. Además, al valorar su utilidad, en caso de reiteración, debe tenerse muy en cuenta la exhaustividad del primer interrogatorio sobre los hechos controvertidos y el motivo o cuestiones que se quieran abordar en el nuevo interrogatorio solicitado.

Por otra parte, los árbitros, a diferencia de los jueces del orden jurisdiccional civil, ostentan iniciativa probatoria, siempre que no se haya pactado lo contrario, pudiendo incluso acordar de oficio la práctica de las pruebas que estimen pertinentes y útiles para resolver la controversia sometida a su conocimiento (arts. 25.2 y 32.1 LA). Facultad que incluye tanto a las pruebas documentales como a las personales, puesto que la Ley no

³ Que no proceda una aplicación literal y mimética de la doctrina constitucional del derecho a la prueba que enlaza con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 CE, no excluye que compartamos la opinión de PICO JUNOY (en *“La prueba pericial en el arbitraje”* en Anuario de Justicia Alternativa, Bosch 2005, núm. 6, pág. 148) al respecto *“en la medida que el derecho a la prueba se recoge como fundamental en nuestro texto constitucional (art. 24), por lo que no puede ser desconocido ni infringido en ningún ámbito jurisdiccional, ya sea judicial o arbitral. Dado que el arbitraje se configura como un equivalente jurisdiccional para la resolución de conflictos, las mismas garantías constitucionales que deben presidir el modo de resolverlos también deben estar presentes en el arbitraje”*, en el mismo sentido que se han pronunciados los Tribunales en una consolidada doctrina jurisprudencial. Si bien como hemos expuesto en *“La prueba en el proceso arbitral”* (MUNNÉ CATARINA, F., Revista Jurídica de Cataluña 2017, pág. 162) entendemos que el derecho a la prueba en el arbitraje tiene un alcance más limitado que en el proceso judicial, precisamente porque la regulación legal probatoria en el arbitraje es muy escueta.

distingue sobre este particular sino que se limita a decir que la potestad de los árbitros de dirección del procedimiento comprende tanto “*la de decidir sobre la admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas*”, como “*sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración*”, de modo que si la Ley no hace distinción en cuanto al tipo de pruebas que cabe aportar de oficio, debe admitirse esta facultad respecto de cualquier prueba.

En cuanto a la forma en que deban desarrollarse la práctica de las pruebas personales, la Exposición de Motivos de la Ley (VI) nos recuerda que aunque la flexibilidad en el desarrollo del procedimiento propia del arbitraje nos permite convenir un procedimiento arbitral predominantemente escrito, la regla general es “*la celebración de audiencias para la práctica de pruebas*”. Y con mayor motivo en las pruebas personales, ya se trate de personas jurídicas o físicas, puesto que la Ley tampoco distingue sobre este particular. No obstante, ello no excluye que en algún supuesto puedan llevarse a cabo por escrito, cuando lo solicite una parte de forma justificada y el árbitro lo estime apropiado. A este respecto deberá tenerse en cuenta que aunque el art. 30.1 LA dispone que la decisión sobre si practicar la prueba de forma oral o escrita concierne a los árbitros, salvo pacto en contrario⁴, el mismo precepto prevé que bastará con que cualquiera de las partes lo solicite para que los árbitros *deban* señalar y celebrar la audiencia solicitada, también a efectos de practicar prueba, puesto que prevé que “*los árbitros las señalarán*”, “*si cualquiera de las partes lo solicitara*”. Y ello con mayor motivo respecto de las pruebas personales puesto que como ha señalado de forma reiterada nuestra jurisprudencia, sobre las mismas, “*su esencia es ante todo y sobre todo el poder ser sometidas al examen de las partes. De otra manera no pasan de ser meras declaraciones de intenciones*”, llegándose a afirmar que en los arbitrajes las pruebas personales documentadas en acta notarial “*tienen escasísimo valor probatorio*”⁵, aunque ello le corresponderá valorarlo a los árbitros en el caso concreto.

3.- ESTANDAR DE PRUEBA EN EL ARBITRAJE.

No es habitual que se predispongan reglas de prueba tasada en el arbitraje, de forma que los estándares de prueba en cada arbitraje obedecen a la valoración probatoria efectuada según el libre criterio de los árbitros (art. 25.2 LA) a pesar de que las partes pueden pactar lo contrario directamente o a través de las previsiones que en su caso se establezcan en el reglamento aplicable (art 4.b LA). De hecho, los estándares de prueba suelen plantearse precisamente al laudar, con motivo de la valoración conjunta de la prueba sin reglas de prueba tasada que encorsetarían la potestad valorativa y de enjuiciamiento de los árbitros.

Como ha señalado J. FERRER BELTRÁN “*la prueba es libertad, pero no tanto*” y el arbitraje también es en sí mismo libertad y flexibilidad. Si en el *common law* existen distintos estándares en función del tipo de proceso, de modo que en el ámbito penal el conocido “*beyond a reasonable doubt*” (más allá de toda duda razonable) es un criterio

⁴ Pacto que, como es sabido, incluye cualquier previsión al respecto dentro del reglamento de la institución arbitral al que las partes hayan encomendado la administración del arbitraje (art. 4.1.b LA).

⁵ En este sentido, por ejemplo STSJ de Murcia, sec. 1ª, de 16/4/2014, nº 4/2014, rec. 19/2013.

mucho más exigente que el “*more probable tan not*” (más probable que su negación), “*preponderance of the evidence*” (preponderancia de la prueba) o “*clear and convincing evidence*” (prueba clara y convincente) más propias del ámbito civil y mercantil, de contenido esencialmente patrimonial. Pues bien, el umbral de exigencia de probabilidad de los hechos objeto de prueba, para formar la convicción de los árbitros a efectos de decidir la controversia sometida a arbitraje y a su conocimiento, debería estar más cerca de éste último, propio del ámbito civil, que el del ámbito penal, habida cuenta de la requerida disponibilidad material de las controversias arbitrables (art. 2.1 LA) normalmente de contenido meramente patrimonial, y porque en términos generales los derechos en liza en un conflicto de naturaleza disponible (arbitrable) son dignos de una tutela muy similar, sino idéntica entre sí, con lo que el estándar de la probabilidad de una prueba clara y convincente parece más adecuada que la exigencia de excluir toda duda razonable, que incrementaría de forma artificial el número de laudos desestimatorios, en la medida que la carga de la prueba corresponda a la parte que inicie el arbitraje. No obstante, en último término y salvo pacto en contrario, serán los árbitros quienes en cada caso concreto fijen el umbral de exigencia probatoria que a su libre criterio “consideren apropiado” (art. 25.2 LA).

En este sentido, cuando la STC, Sala Primera de 15 de febrero de 2021, nos recuerda que “*el art. 37.4 LA únicamente dispone que “el laudo será siempre motivado”, pero no impone expresamente que el árbitro deba decidir sobre todos los argumentos presentados por las partes o que deba indicar las pruebas en las que se ha basado para tomar su decisión sobre los hechos o motivar su preferencia de una prueba sobre otra*”, se refiere precisamente a que la prueba practicada en el arbitraje debe ser suficiente para formar el convencimiento del árbitro a fin de resolver el conflicto, porque en caso contrario (de ser insuficiente) el árbitro se vería abocado a resolver la litis aplicando el “*onus probandi*”. En definitiva, lo que debe ser suficiente en el arbitraje es la prueba practicada ante los árbitros para permitir el enjuiciamiento del caso, pero no el grado o extensión de la valoración de la prueba que se efectúe al enjuiciar la controversia. El alcance y extensión (suficiencia) de la valoración probatoria queda al libre criterio de los árbitros y sólo se predica que debe ser lógica, coherente y razonable.

En efecto, la referida STC añade que “*de la regulación legal tan sólo se sigue que el laudo ha de contener la expresión de los fundamentos que sustentan la decisión, pero no que la motivación deba ser convincente o suficiente, o que deba extenderse necesariamente a determinados extremos. No cabe deducir de la previsión legal la necesidad de que el árbitro analice en el laudo todas las pruebas y argumentos de las partes, sino tan sólo que consten las razones de la decisión, sin que tampoco se obligue a que tales razones deban ser correctas, según el criterio del juez que deba resolver su impugnación*”. En el laudo deben contenerse las razones que sustentan la decisión de los árbitros, los fundamentos, a modo de motivación, de la misma.

Así, como nos recuerda la mencionada STC “*la validez de un razonamiento es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión. Tan sólo depende de su coherencia formal y de que no puede ser tachado de irrazonable*”.

La motivación del laudo, y con ello la valoración de la prueba, no exige un razonamiento exhaustivo y pormenorizado de todo lo alegado ni de todo lo probado por las partes, sino tan sólo explicitar en él los criterios esenciales que fundamentan la

decisión final, es decir la “*ratio decidendi*”, de forma que no existe un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación del laudo, ni un derecho al acierto en la selección, interpretación y aplicación de las normas al caso. Los árbitros deben valorar la prueba y extraer sus propias conclusiones y deducir las consecuencias jurídicas (o en equidad) que se deriven de ello, en aras a resolver la controversia, expresando en el laudo las razones primordiales sin incurrir en contradicciones y sin quiebra de la lógica, la coherencia y la razonabilidad de sus razonamientos y por tanto en la valoración de la prueba.

En definitiva, la valoración de la prueba que tan sólo compete a los árbitros, debe ser lógica, en el sentido que ya tienen declarada reiterada jurisprudencia, es decir que su exposición en el laudo no pueda tacharse de arbitraria, absurda, ilógica o irracional, ni incurrir en “error patente”, so pena de nulidad del laudo arbitral (art. 41.1.f LA).

Por todo ello, tengo para mí que yerra la repetida sentencia del Tribunal Constitucional español cuando en sus últimos párrafos de su fundamentación jurídica parece dar a entender que la motivación del concreto laudo enjuiciado debe ser “suficiente y lógica” al señalar literalmente que “... *en definitiva, puede afirmarse con la lectura del laudo arbitral impugnado que en él se contiene una suficiente y lógica motivación ...*”, puesto que como se extrae de la propia sentencia del Tribunal Constitucional, no existe a nuestro entender tal estándar mínimo de motivación o de valoración probatoria en el arbitraje, sino que bastará con que exista tal motivación y que la misma sea lógica para cumplir con el requisito legal exigido por el art. 37.4 LA, que únicamente exige que “el laudo será siempre motivado”. Ni mucho, ni poco, ni suficiente, simplemente motivado. Y no lo estará si esa “motivación” es tan sólo aparente, porque carece de toda lógica o razonabilidad. Precisamente el Tribunal Constitucional estima el amparo solicitado porque como señalaba el Ministerio Fiscal el Tribunal Superior de Justicia que conoció de la acción de anulación del laudo “no dice que (la motivación del laudo) sea irracional o errónea, sino insuficiente, y ello porque el árbitro no ha ponderado toda la prueba practicada”, de modo que a juicio del Tribunal Constitucional lo que es imprescindible es que en el laudo se plasmen “*los fundamentos -no necesariamente jurídicos- que permiten conocer cuáles son las razones, incluso sucintamente expuestas, por las que el árbitro se ha inclinado por una de las posiciones opuestas de los litigantes*”, pero “*no existe un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de la motivación*”.

La prueba practicada, a instancia de parte o *ex officio arbitrii*, debe ser suficiente para formar la convicción arbitral sobre la *quaestio litis*, en cambio su valoración por los árbitros tan sólo debe ser, expresándose en el laudo los fundamentos o aspectos básicos que la sustentan. Ya para ser, simplemente, su expresión en el laudo no puede carecer de coherencia, lógica o razonabilidad.

4.- ASISTENCIA JUDICIAL EN RELACIÓN A LAS PRUEBAS PERSONALES.

La cooperación entre jueces estatales y árbitros debe estar presidida por el principio de intervención mínima del Poder Judicial en el arbitraje, en los términos expresamente previstos en el art. 7 LA, y más en atención al efecto negativo del convenio arbitral (art.

11.1 LA) que impide al Juez conocer sobre las cuestiones sometidas a arbitraje y con ello cualquier enjuiciamiento o valoración probatoria sobre el fondo.

Ello no obsta para que el art. 33 LA establezca que “*los árbitros o cualquiera de las partes con su aprobación podrán solicitar del tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas, de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba. Esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el tribunal competente o en la adopción por éste de las concretas medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros*” y que “*si así se le solicitare, el Tribunal practicará la prueba bajo su exclusiva dirección. En otro caso, el Tribunal se limitará a acordar las medidas pertinentes ...*”. Asistencia judicial que es competencia del Juez de Primera Instancia del lugar del arbitraje o del lugar donde deba de prestarse la asistencia judicial (art. 8.2 LA).

Compartimos la opinión de ORDOÑO ARTÉS⁶ en el sentido que la asistencia judicial en el arbitraje debe basarse en razones de *necesidad*, como fundamento de la misma, de modo que “*cuando los árbitros puedan practicar la prueba por sí mismos, se prescindirá de la asistencia. Es un presupuesto de necesidad, y no de conveniencia o de comodidad, el que debe concurrir para la práctica de la prueba mediante la asistencia judicial*”. A lo que añadimos que, a nuestro juicio, esa necesidad de la asistencia judicial vendrá dada normalmente por la ausencia de *imperium* del árbitro, en aquellas pruebas cuya ejecución requiera cierta *coercio*.

La asistencia puede consistir en practicar la prueba en presencia judicial o simplemente en adoptar las medidas precisas, entendemos que por parte del Juez o del Letrado de la Administración de Justicia según su respectiva atribución competencial en la Ley Rituaria, que permitan a los árbitros practicar la prueba de que se trate por sí mismos. Y la legitimación para promover dicha asistencia judicial recae tanto en los árbitros como en las partes litigantes, aunque el único que puede acordar solicitársela al Juzgado competente sea el árbitro⁷, a quien se reserva de forma imperativa la aprobación de la petición de parte o la acordada de oficio conforme al reglamento de la institución arbitral. Aprobación que, por lógica, debe quedar sometida a los mismos criterios sobre *pertinencia* y *utilidad* mencionados en el art. 25.2 LA que competen a los árbitros. Así, siendo a juicio de los árbitros la prueba útil o necesaria y pertinente, éstos podrán optar entre practicarla *per se* o bien acudir a la cooperación del Juez competente. En caso contrario, si los árbitros lo denegaran, a pesar de tratarse de una prueba manifiestamente pertinente y necesaria para resolver la controversia podría generarse a quien se le haya denegado una situación de indefensión susceptible de la acción de anulación, conforme al art. 41.1.b LA y de responsabilidad de los árbitros, y en su caso de la institución arbitral, por los daños y perjuicios causados por ello, con base al art. 21.1 LA, por lo

⁶ ORDOÑO ARTÉS, C. en “*La asistencia para la práctica de la prueba en la Ley de Arbitraje*” de “*Estudios sobre Arbitraje: los temas clave*”, Ley 2008, pág. 117.

⁷ El hecho de que la solicitud de la asistencia judicial pueda llevarse a cabo tanto por las partes como por el árbitro, implica que la regulación del art. 33 LA tan sólo es aplicable cuando el árbitro lo sea, es decir cuando habiendo sido designado hayan aceptado en los términos que prevé el art. 16 LA y con ello estén obligados a cumplir el encargo (art. 21.1 LA). Nótese que a falta de aceptación expresa ante quien lo designó se presume que no ha llegado a ser árbitro (art. 16 *in fine* LA). Por ello entendemos que antes de que el árbitro haya aceptado de formas expresa no cabe la asistencia judicial, por ejemplo, para diligencias preliminares o para el aseguramiento de pruebas. En un sentido similar CUCURELLA GALIANA, L. (*El procedimiento arbitral*” Cometa, 2004, pág. 174).

que dicha denegación debería estar suficientemente motivada y cuando se trate de inutilidad, su prescindibilidad no puede ser contradicha por el enjuiciamiento y la motivación del futuro laudo.

Cuando la actividad solicitada al órgano judicial competente sea la práctica de la prueba ante el mismo Juez, entendemos que éste deberá citar a las partes, en especial respecto de las pruebas personales, para poder efectuar los correspondientes interrogatorios (art. 289.1 LEC en relación al art. 138 LEC) pero no deberá citar al árbitro, puesto que en caso contrario estaríamos ante la otra opción: las medidas necesarias para que la prueba pueda practicarse *ante* los árbitros⁸, y en cuyo caso el Juez se limita a adoptar las medidas pertinentes. No obstante, en caso de practicarse el interrogatorio ante el Juez competente, entendemos que las pruebas personales no deben tan sólo documentarse por escrito mediante una acta (art. 146 LEC) sino que en aras de garantizar la intermediación de los árbitros y una más adecuada valoración de la prueba por parte de los mismos (art. 25.2 LA) deberá documentarse mediante sistemas de grabación y reproducción de la imagen y el sonido (art. 147 LEC) o bien mediante videoconferencia u otro sistema de comunicación bidireccional (art. 229.3 LOPJ).

Por último, cuando el objeto de la solicitud consista en que el Juez se limite a acordar las medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros, la Ley exige que se especifique por parte del árbitro cuales deben ser esas “*concretas medidas necesarias*”. Y aunque la Exposición de Motivos (VI) se limita a poner como ejemplos las medidas de aseguramiento o los requerimientos de exhibición de documentos, por dicho cauce cabría por ejemplo requerir judicialmente la comparecencia de la persona a interrogar a presencia del árbitro, en la fecha y lugar señalado a tal efecto (art. 26.2 LA).

Entendemos que no cabría, mediante la asistencia judicial, promover la prueba anticipada de los arts. 293 y ss. LEC, porque la Ley de Arbitraje no lo contempla de forma expresa (art. 7 LA) y porque el art. 33.1 LA exige que la asistencia judicial sea aprobada por los árbitros *antes* de solicitársela al Juez competente, como nos recuerda TÁVARA ZARIQUIEY⁹, y ello exige que el árbitro ya esté nombrado y haya aceptado, en cuyo caso ya no estaríamos ante una prueba anticipada o previa al inicio del proceso arbitral, sino ante un diseño específico del procedimiento arbitral en el marco de la flexibilidad que le es propia y que permite tanto empezar por las alegaciones como por la práctica de una o varias pruebas de modo “anticipado”. Por ello entendemos que las medidas de aseguramiento de prueba pueden llevarse a cabo de forma extraprocesal o bien, cuando ello proceda en atención al tipo de medida de aseguramiento que se vaya a solicitar, podría canalizarse como medida cautelar innominada ex art. 722 LEC siempre que concurren los requisitos del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*. Asimismo en los arbitrajes institucionales que tengan regulada la figura del árbitro de emergencia entendemos que, salvo pacto en contra, el mismo puede conocer de las medidas precisas para asegurar no sólo el resultado del futuro laudo sino la preservación del objeto del litigio, y con ello la prueba de los hechos controvertidos.

⁸ En sentido contrario ORDOÑO ARTÉS, *loc cit.*, pág. 128.

⁹ TAVARA ZARIQUIEY, J.A., “*La prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba para el arbitraje comercial*” publicado en www.economistjurist.es en fecha 8/2/2019.

5.- AUDIENCIA DE PRUEBA E INTERROGATORIOS.

Como hemos señalado, en términos muy similares al art. 24.1 de la Ley Modelo UNCITRAL, el art. 30.1 LA prevé que la decisión sobre la eventual celebración de audiencias de prueba, y por tanto sobre la práctica de la prueba en forma oral o escrita, concierne a los árbitros, salvo pacto en contrario. No obstante, si las partes o el reglamento arbitral aplicable no dispusieran lo contrario, bastará con que una parte lo solicite para que deba señalarse y celebrarse la audiencia solicitada y practicar en ella las pruebas personales admitidas y las acordadas de oficio.

De esta forma la opción entre oralidad o escritura se subordina en todo caso a la voluntad de las partes. En primer lugar debe estarse a lo acordado por las partes o lo dispuesto en el reglamento arbitral, cuyas normas se equiparan al pacto entre las partes; y en segundo lugar, de forma subsidiaria, deberá atenderse a la petición de cualquiera de las partes de celebrar audiencia, bastando a tal efecto que una sola de las partes solicite dicha oralidad para que necesariamente se celebre la audiencia y se practiquen en ella las pruebas personales admitidas o acordadas por los árbitros.

Así, en defecto de pacto, la oralidad adquiere la relevancia que menciona la Ley en su Exposición de Motivos (V), cuando nos recuerda que aunque cabe pactar un procedimiento arbitral predominantemente escrito e incluso que prescinda del señalamiento de audiencias, *“la regla general es la celebración de audiencias para la práctica de la prueba”*. Y ello con mayor motivo respecto en el examen de las pruebas personales. La oralidad, inmediata y presencial o incluso en menor medida a distancia, garantiza la inmediación del árbitro y la concentración en el examen de personas, lo que a su vez facilita una mejor formación de la convicción del árbitro¹⁰.

Nada obsta que las partes puedan pactar que todas o algunas pruebas personales, con independencia de que se trate de personas físicas o jurídicas, ya sean personas públicas o privadas, pueda documentarse por escrito. Y ello tanto respecto de las preguntas de las partes y los árbitros como de las respuestas de la persona interrogada, aunque es obvio que en la medida que la persona sea fuente de prueba de hechos vividos de forma directa o en primera persona, la oralidad permitirá efectuar un interrogatorio en el que tanto las partes como los árbitros podrán centrar mejor los hechos relevantes mediante las nuevas preguntas que puedan surgir de las respuestas precedentes, focalizando así mejor los hechos objeto de prueba y resultando con ello los interrogatorios mucho más dinámicos y eficientes en cuanto al fin de todo arbitraje, cual es la resolución de la controversia conforme a lo alegado y lo *probado*.

Cuando se opte por llevar a cabo por escrito la prueba personal admitida, entendemos que el principio contradictorio (art. 24 LA) exige que se confiera primero traslado de las preguntas escritas al resto de partes, comparecidas o no, para que puedan ejercer su

¹⁰ En el mismo sentido RODRIGUEZ MERINO, A. en *“Forma de las actuaciones arbitrales”* dentro de la obra colectiva *“Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje”* dirigida por GUILARTE GUTIERREZ, V., Lex Nova, 2004, pág. 519, sostiene que *“La oralidad garantiza la inmediación y la concentración, es decir; por un lado la presencia de los árbitros en la aportación de los hechos, lo que favorecería su mayor convencimiento, sobre todo al analizar el material probatorio no preconstituido documentalmente (inmediación en la apreciación de la prueba), y por otro la posibilidad de que el procedimiento se agilizase al desarrollarse en una o varias sesiones de forma concentrada”*.

derecho a formular “repreguntas”, remitiéndolas luego de forma conjunta (preguntas y repreguntas) a la persona interrogada. Todo ello sin perjuicio de las preguntas adicionales que en su caso puedan añadir los árbitros. Del mismo modo, todas las respuestas y las preguntas admitidas deben ser oportunamente trasladadas a las partes (art. 30.3 LA) antes de la emisión del laudo (art. 24.1 LA).

Por otra parte, y aunque nuestra Ley tan sólo se refiera de forma expresa al interrogatorio de los peritos (art. 32.2 LA) que no son objeto de análisis en el presente trabajo, parece obvio que también en las audiencias que se celebren para ejecutar las pruebas personales deben poder intervenir para interrogar a la persona de que se trate, tanto los árbitros como las partes, por sí o asistidas de sus representantes¹¹ (art. 30.2 LA). A cuyos efectos, el art. 30.2 LA dispone que las partes deberán ser citadas a todas las audiencias con suficiente antelación. Concepto indeterminado que, en aras del derecho de defensa, debe ponderarse en función de las circunstancias del caso, según cual sea el objeto de la audiencia, el volumen de las pruebas a practicar en la misma, y sobre todo la sede en que se vaya a llevar a cabo dicha audiencia y su distancia respecto del lugar en el que radiquen los domicilios de las partes y los de sus representantes. Parece obvio que en la citación necesariamente deberá indicarse además del concreto lugar, hora y día señalado para su celebración, el específico objeto u objetos de la misma, para que las partes puedan hacer valer sus derechos en ella. Entendemos que, en defecto de pacto, las audiencias deben celebrarse a puerta cerrada, tan sólo a presencia de árbitros y partes además de los representantes de las mismas, con base en la confidencialidad que prevé el art. 24.2 LA.

Precisamente en cuanto al lugar en el que se lleve a efecto la práctica de las pruebas personales, el art. 26 LA, que reproduce los términos del art. 20.2 de la Ley Modelo UNICITRAL, prevé que salvo pacto en contrario de las partes la decisión sobre el lugar del arbitraje incumbe a los árbitros (que deberán de atender para ello a las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes, lo que exige la debida motivación si se apartan de tales criterios). Y en particular, y sin perjuicio de lo anterior, “*para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar (...) personas*”, los árbitros pueden, previa consulta a las partes y salvo acuerdo en contrario de éstas, reunirse y celebrar la correspondiente audiencia de prueba, en cualquier lugar que estimen apropiado.

Respecto del idioma, y en defecto de acuerdo entre las partes, o previsión en el reglamento arbitral aplicable, el idioma o idiomas establecidos para el arbitraje se utilizarán en las audiencias (art. 28.1 LA). No obstante, en esta cuestión, nuestra legislación no sigue a la Ley Modelo UNICITRAL, de modo que si una parte alega desconocimiento del idioma del arbitraje tiene derecho a “*audiencia, contradicción y defensa en la lengua que utilice*”, por lo que no sólo las propias partes al ser interrogadas, sino incluso sus representantes, pueden utilizar en las audiencias otro idioma distinto al del arbitraje, aunque entendemos que en tal caso deberán de correr a su cargo el coste de traducción puesto que en caso contrario se vaciaría por completo de contenido el derecho a fijar libremente y de mutuo acuerdo el idioma del arbitraje. Todo ello sin perjuicio del pronunciamiento del laudo sobre las costas en tanto que gasto originado en el procedimiento arbitral (art. 37.6 LA).

¹¹ Nótese al respecto que el art. 37.6 LA se refiere, parece que de forma indistinta, a “*los defensores o representantes de las partes*”.

En todo caso, el art. 28.1 in fine LA establece de forma expresa que “*los testigos, peritos y terceras personas que intervengan en el procedimiento arbitral, tanto en actuaciones orales como escritas, podrán utilizar su lengua propia. En las actuaciones orales se podrá habilitar como intérprete a cualquier persona conocedora de la lengua empleada, previo juramento o promesa de aquella*”, con lo que se garantiza el derecho de los terceros a utilizar su idioma, aunque sea distinto de la del arbitraje y en el mismo sentido antes apuntado entendemos que el coste del interprete, si éste fuese preciso, debería correr a cargo de la parte proponente, sin perjuicio de las costas.

Por último, respecto de la necesidad de dejar constancia del desarrollo de las audiencias, nada dice el texto legal, aunque tengo para mí que es sumamente conveniente documentarlas, al ser la única forma de acreditar en anulación del laudo (alegue y *pruebe* exige el art. 41 LA) que durante el desarrollo de una audiencia alguna de las partes no haya podido hacer valer sus derechos (art. 41.1 b LA). Constancia de su desarrollo que puede consistir tanto en un acta suscrita por el árbitro y las partes, ya sea literal o sucinta que se limite a reflejar lo celebrado y las eventuales incidencias, o bien sea su grabación íntegra mediante “*cualquier soporte accesible para su ulterior consulta*” (empleando la terminología de los arts. 9.3 y 37.3 LA para el convenio arbitral y el laudo respectivamente aunque en ambos casos la Ley sí exige de un modo expreso su forma escrita o documentada en dicho soporte digital). Acta o grabación que en todo caso debe de ponerse a disposición de las partes, en tanto que “*instrumentos probatorios en los que los árbitros pueden fundar su decisión*” (art. 30.3 LA). No obstante, dado que, a diferencia de la Ley Modelo UNCITRAL que se refiere de modo expreso al obligado traslado a las partes “*de todas las declaraciones*”, nuestro texto legal no lo exige expresamente, entendemos que la parte a quien interese documentarla debe solicitarlo al instar la celebración de esa audiencia o en su defecto tras recibir la citación para la misma, tanto a efectos de la eventual responsabilidad en que puedan incurrir los árbitros, en caso de vulnerar los derechos de una parte como para poderlo acreditar en anulación del laudo.

6.- EL INTERROGATORIO DE LAS PARTES.

En el arbitraje no se distingue, como en el proceso judicial, entre el interrogatorio de parte y el de los terceros, como categoría que condicione su régimen jurídico. No obstante, en la práctica ambos supuestos presentan ciertas diferencias sustanciales lo que condiciona su valor probatorio, y que a nuestro entender justifica que los abordarlos de forma separada, a riesgo, consciente, de incurrir en algunas reiteraciones.

En cuanto al interrogatorio de las partes, y a falta de acuerdo entre las partes o de aceptación de un reglamento arbitral, corresponde a los árbitros decidir lo que estimen “*apropiado*” a las circunstancias del caso sobre la proposición, admisión, práctica y valor de los interrogatorios de las partes (art. 25.2 LA de tenor similar el art. 19.2 de la Ley Modelo UNCITRAL).

La iniciativa probatoria corresponde tanto las partes como el árbitro *ex officium*, y ambos pueden interesar el interrogatorio de cualquiera de las partes, pudiendo solicitarlo

incluso respecto de la propia parte¹², ya sea un colitigante o el mismo proponente (art. 25.2 LA).

En cuanto al momento en que cabe solicitar oír a las partes, entendemos que puede proponerse en cualquier momento del procedimiento, aunque tanto la lógica como el texto legal parecen indicar que, en defecto de otra previsión reglamentaria o pacto, el momento procesal oportuno para su proposición formal sea *tras* formularse las alegaciones de las partes (demanda, contestación, reconvencción o contestación a ésta última). Así parece indicarlo el carácter dispositivo y el tiempo verbal futuro empleado en el texto de la norma para prever que las partes “*podrán (...) hacer referencia a (...) las pruebas que vayan a proponer*” en dichos escritos, a diferencia de lo que sucede con la alegación de los hechos fundamentales de ambas partes en los mismos escritos, respecto de los que es mismo precepto establece en tiempo presente que “*deberá alegar los hechos en que se funda ...*”. Entendemos que ello autoriza a las partes a hacerlo con posterioridad a la presentación de sus alegaciones (art. 29.1 LA), por lo que no compartimos la opinión de CUCARRELA GALIANA¹³ en el sentido que a pesar de que el art. 29.1 LA permite la aportación tardía de fuentes de prueba, “*exige que por lo menos en la demanda, en la contestación, en la reconvencción o en la contestación a la misma, las partes desvelen las fuentes de prueba de que disponen y que pretenden utilizar en el arbitraje (...) con independencia de que la fuente de prueba se aporte posteriormente*” en aras de permitir a las partes hacer valer sus derechos. Y no la compartimos tanto por el carácter dispositivo de la norma (“las partes, al formular sus alegaciones, *podrán ...*” dice el art. 29 LA) como porque la propia Exposición de motivos (VI) del texto legal nos recuerda que en el procedimiento arbitral “no entran en juego las reglas propias de los procesos arbitrales” entre otras cuestiones en cuanto a “preclusión” y sobre todo porque el hecho de que las partes desvelen sus fuentes de prueba tras efectuar sus alegaciones, y no junto con las mismas, entendemos que en modo alguno impide a las restantes partes poder hacer valer sus derechos, siempre que se respete la igualdad de armas y la contradicción entre las partes, y se permita a todas las partes por igual tanto proponer como añadir nueva proposición de pruebas en idéntico plazo y condiciones.

Asimismo, la ausencia de preclusión en la alegación de los hechos (art. 29.2 LA) conlleva que, salvo pacto en contrario, tanto las partes como los árbitros pueden interesar que se oiga a cualquiera de las partes en más de una ocasión, durante el curso de las actuaciones arbitrales y hasta su conclusión con el laudo definitivo (art. 38.1 LA), a no ser que los árbitros consideren improcedente el momento en que se haga “*por razón de la demora con que se hubiere hecho*” (art. 29.2 LA) impidiéndose con ello a las partes hacer valer sus derechos (art. 41.1.b en relación los arts. 24.1 y 30.2 LA).

Sobre la forma de proponer y practicar los interrogatorios de las partes, el art. 30.1 LA prevé que, en defecto de acuerdo, corresponde los árbitros decidir sobre la oralidad o escritura de las actuaciones arbitrales, atendiendo al procedimiento libremente acordado

¹² Como señala RAMOS MENDEZ, F. (*loc cit*, pág. 140) “... *el interrogatorio del propio cliente siempre es posible, respetando la contradicción*” porque “*lo importante es la declaración, sin perder de vista las condiciones personales del declarante, que sirven para valorar su deposición*”.

¹³ CUCURELLA GALIANA, L, “*El procedimiento arbitral*” Cometa, 2004, pág. 172.

por las partes, conforme a lo previsto en el reglamento arbitral aplicable (art. 25.1 LA) y al conjunto del procedimiento fijado por el propio árbitro (art. 25.2 LA) y del que forma parte. De modo que cuando no haya una previsión expresa, los árbitros deben ajustar su decisión a la lógica que contempla la Exposición de Motivos (VI) de la Ley acerca de que “*la regla es la celebración de audiencias para la práctica de pruebas*”, además de la lógica de la oralidad que requiere el examen de personas, de modo presencial o mediante videoconferencia u otro sistema telemático similar, acorde al contexto del resto de las actuaciones arbitrales. Es decir que la proposición del interrogatorio puede acordarse indistintamente de forma oral o escrita en coherencia al contexto de las restantes actuaciones arbitrales, si bien la práctica de los interrogatorios debe ajustarse a una lógica preferentemente oral. Todo ello, y en todo caso, con el debido respeto a los principios de audiencia, contradicción e igualdad que impiden practicar ningún interrogatorio inaudita parte o a puerta cerrada (arts. 24.1, 30.2 y 30.3 LA) ni hacer distinción, sin justa causa, entre las partes.

También incumbe a los árbitros, en defecto de pacto o previsión reglamentaria, decidir sobre la necesidad de citar a las partes de forma directa, a través de sus representantes; o indirecta mediante citación expresa de los árbitros o de la institución arbitral que administre el arbitraje; o incluso mediante la asistencia judicial antes analizada. Lo que sí exige el texto legal, en aras a permitir que las partes puedan hacer valer sus derechos, es que se las debe citar con “*suficiente antelación*” (art. 30.2 LA). Concepto jurídico indeterminado que, como hemos apuntado, entendemos que deberá interpretarse poniéndolo en relación con las concretas circunstancias de cada caso y en especial con la proximidad o lejanía entre la sede del arbitraje y los domicilios de las partes y de sus representantes llamados a preparar su defensa y a asistir a esa audiencia.

Los criterios para decidir sobre la admisión del interrogatorio de las partes, dando por sentada en todo caso su pertinencia, porque resulta obvia la vinculación de las partes con los hechos alegados por ellas mismas, se concentran esencialmente en su utilidad (art. 25.2 LA) para acreditar los hechos controvertidos, que siendo objeto de prueba son relevantes para resolver la concreta controversia sometida a los árbitros (art. 2.1 LA). En este sentido, como ya hemos tenido ocasión de señalar¹⁴, entendemos que en el proceso arbitral son objeto de prueba todos los hechos alegados por las partes, incluidos los admitidos por las mismas y los hechos notorios, sin perjuicio de su normal y habitual exclusión por parte del árbitro, pero no *ex lege* sino en uso de su potestad de excluir de la prueba aquello que estime innecesario por resultar inútil en el caso concreto (art. 25.2 LA). Del mismo modo entendemos que en todo arbitraje es preciso probar las estipulaciones del contrato litigioso y en su caso de la costumbre (art. 34.3 LA), y que además en el arbitraje de derecho debe probarse la existencia de pacto entre las partes en cuanto a las normas jurídicas aplicables, pero no el derecho en sí mismo por más que pudiera considerarse como derecho “extranjero”, por ejemplo en un arbitraje doméstico, puesto que en defecto de pacto los árbitros aplicarían las normas que estimen “más apropiadas” (art. 34.2 LA) sin que estén llamados a aplicar un determinado “derecho patrio”. Y todo ello no obsta la potestad del árbitro de practicar prueba de oficio (art. 25.2 LA) también sobre el contenido, vigencia e interpretación de las normas jurídicas que estime apropiadas, pudiendo utilizar en su caso el

¹⁴ MUNNÉ CATARINA, F., *loc cit*, págs. 166 y ss.

interrogatorio de las partes en orden a esclarecer o concretar las normas jurídicas por ellas elegidas.

En orden a la admisión de la prueba, entendemos que admitida la prueba, o acordada de oficio, las partes adquieren el derecho a su práctica conforme a lo decidido por el árbitro así como a su posterior valoración, siendo desde entonces responsabilidad del árbitro que las partes puedan hacer valer sus derechos (art 24 en relación al art. 21.1 LA).

Sobre el orden y la forma de preguntar, que en todo caso debe de esta presidida por los principios de igualdad y contradicción (art. 24.1 LA), nada dispone la Ley, por lo que se trata de un interrogatorio libre bajo la exclusiva dirección de los árbitros y bajo su control sobre la pertinencia y utilidad de las preguntas (art. 25.2 LA), como corresponde a un procedimiento eminentemente dispositivo como el arbitral. En este sentido, en la primera orden procesal sobre admisión y ordenación de la prueba, o la audiencia que se celebre a tal fin, es aconsejable que el árbitro explicita, si no lo han acordado las partes o lo concreta el reglamento arbitral, los principales criterios que vaya a seguir para practicar los interrogatorios admitidos, en cuanto al orden en ser interrogadas las distintas personas, en orden en que intervengan para interrogar las partes, la forma de interrogar, los límites de tiempo, etc. para permitir a las partes preparar y adecuar sus defensas a tales criterios con conocimiento previo de los mismos. En cualquier cas, en defecto de pacto o previsión reglamentaria, corresponderá a los árbitros concretar, en el momento que estimen oportuno, el orden en el que vayan a practicarse las pruebas y, por ello el orden de los interrogatorios, tanto respecto del orden en el que sean llamadas las distintas personas para deponer sus respectivas declaraciones como el orden en que intervengan cada una de las partes para interrogarlas¹⁵, del mismo modo que los árbitros pueden reunir a varias de estas personas para carearlas entre sí¹⁶, cuando lo estime oportuno en orden a contrastar las afirmaciones antagónicas que hayan podido sostenerse sobre hechos relevantes para resolver la controversia.

Nada prevé la Ley sobre el modo de responder al interrogatorio por las partes, siendo el propio árbitro, en defecto de pacto, quien establezca las pautas a seguir en cuanto al grado de certeza, concreción, precisión o claridad que les exija en sus respuestas, así como sobre la extensión de las mismas, y sobre el posible uso de notas o borradores o incluso sobre la posibilidad de consultar con su representante al responder, siempre, eso sí, que se sigan idénticas pautas y criterios para todas las partes, permitiendo con ello idéntica oportunidad de hacer valer sus derechos. Tampoco se contempla en la Ley una obligación genérica de las partes de responder a todas las preguntas, ni de hacerlo sin respuestas evasivas. El art. 31 b LA prevé respecto de los hechos alegados que si el demandado no contesta en plazo ello no puede considerarse como una admisión de los hechos alegados por el demandante y el art. 31.c LA que “*si una de las partes no comparece a una audiencia ... los árbitros podrán continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas de que dispongan*”, por lo que la incomparecencia, la falta de respuesta o la respuesta con evasivas no puede conllevar

¹⁵ Como nos recuerda la Exposición de Motivos de la Ley (VI), “*en el arbitraje no se reproducen necesariamente siempre las posiciones procesales activa y pasiva de un proceso judicial; o no en los mismos términos*”.

¹⁶ En este sentido, MUÑOZ SABATÉ, L. *ob. cit.*, pág. 106, quien a tal efecto aconseja señalar los interrogatorios de todas las partes para un mismo día.

sin más la admisión tácita de los hechos sobre los que pregunte o se pretendía preguntar. Para ello entendemos que es preciso que lo hayan acordado las partes o el reglamento arbitral o bien los propios árbitros hayan previsto y advertido *previamente*, de tales consecuencias, de modo similar a lo que acontece con lo dispuesto en el art. 9.6 de las Reglas de la IBA sobre práctica de la prueba en el arbitraje internacional¹⁷, que como es sabido constituyen una mera guía de *soft law*. No existe en consecuencia un deber legal genérico de deponer todo el interrogatorio, ni de omitir las respuestas evasivas, aunque los árbitros pueden, previa advertencia de los efectos que, en orden al valor de la prueba, deducirán de dichas conductas, atribuir consecuencias probatorias a las mismas como señala CREMADES SANZ-PASTOR¹⁸ en el sentido de que “*el árbitro, cuya actuación descansa exclusivamente en la autonomía de la voluntad, ni puede ni debe utilizar medidas coercitivas. Sin embargo, sus decisiones tienen una fuerza extraordinaria en materia probatoria, tal y como se refleja en la presunción establecida en el art. 10 de las reglas IBA*”.

El texto legal tampoco prevé ninguna carga procesal u obligación genérica para las partes de comparecer por sí mismas para rendir la prueba de interrogatorio, aunque entendemos que ello puede deducirse, por lógica, del propio convenio arbitral, puesto que si las partes han pactado *someterse* al procedimiento dirigido por el árbitro (art. 25.2 LA), con ello deben cumplir sus órdenes procesales y comparecer cuando sean llamadas por los árbitros a tal efecto, siempre que quede constancia en las actuaciones arbitrales de la remisión y recepción de la citación en el domicilio de la persona a citar, o en su defecto en su último domicilio o residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario (art. 5 a LA). No obstante ello lo sitúa en el plano dispositivo de la necesidad de la preexistencia de un convenio arbitral suscrito entre las partes de sumisión y reconocimiento de la competencia del árbitro, de lo que cabe decidir en el su defecto carecería de todo efecto su incomparecencia en orden a la valoración de la prueba, aunque los árbitros le hubieran advertido de ello.

También guarda silencio, la Ley, acerca de la posibilidad de reiterar el interrogatorio de las partes una vez practicado, por lo que salvo pacto en contrario, y en atención a la no entran en juego en el arbitraje las reglas de la preclusión del ámbito judicial, entendemos que sí debería de admitirse dicha posibilidad de volver a interrogar a la parte, respetando la contradicción, aunque siempre bajo el criterio del árbitro en cuanto a su utilidad respecto del objeto de prueba, para resolver los hechos relevantes.

Por último, respecto a la valoración del interrogatorio de las partes, salvo pacto en contrario, la potestad de los árbitros para dirigir el procedimiento “*del modo que consideren más apropiado*” incluye su potestad para decidir sobre la valoración de la prueba practicada (art. 25.2 LA), por lo que los árbitros son libres de valorar el resultado de los interrogatorios, incluyendo las admisiones de hechos, siempre que con ello se respete lo pactado por las partes o lo previsto en el reglamento arbitral, y siempre que

¹⁷ Según el citado art. 9.6, si un parte no cumpliera, sin explicación satisfactoria, con poner a disposición cualquier otra prueba relevante (incluyendo testigos) solicitada por una parte sin que la requerida hubiera objetado en debido tiempo o no cumpliera con poner a disposición cualquier prueba, incluyendo testigos, que el árbitro hubiera ordenado practicar, podrá considerar que esa prueba es contraria a los intereses de esa parte.

¹⁸ CREMADES SANZ-PASTOR, B. En “*Facultades del árbitro internacional en materia de prueba*” Actualidad Jurídica Aranzadi, 1998, núm. 363, pág. 2.

dicha valoración, en todo aquello que se haya utilizado por parte del árbitro para formar su convicción sobre los hechos controvertidos, se refleje explícitamente en la motivación del laudo (art. 37.4 LA), dando las razones por las que califique a un determinado hecho como demostrado con base en el resultado del interrogatorio de las partes. Y ello sin quiebra de la lógica y la razón, puesto que, en su fundamentación, el laudo no puede basarse en el absurdo ni en razonamientos manifiestamente arbitrarios, irracionales o carentes de toda lógica conforme al razonamiento humano, porque en tal caso el laudo sería contrario al orden público (art. 41.1.f LA) como han sostenido de forma reiterada y uniforme nuestros Tribunales. No obstante, cuando todo o parte del interrogatorio de una parte devenga irrelevante, a pesar de que los árbitros lo hayan admitido en su momento por entender que podía tener utilidad, no será preciso que el árbitro lo valore en su laudo, incluyéndolo en su motivación, puesto que como señala PICÓ JUNOY¹⁹ “*la valoración debe incidir sobre toda la prueba que haya utilizado el árbitro para formar su convicción sobre los hechos controvertidos, pues el resto de la prueba podrá entenderse que también ha sido valorada por el árbitro pero lo ha sido negativamente*”.

En la medida que la valoración de los interrogatorios no puede quebrar las normas la lógica y la razón, al valorarlos, los árbitros deben tomar en consideración factores tales como la certeza, convicción, solidez y credibilidad de las respuestas, el detalle expositivo, las rectificaciones, las contradicciones, la razón de ciencia, la proximidad a los hechos y las incoherencias, entre otros factores.

7.- EL INTERROGATORIO DE TERCEROS, NO EXPERTOS O PERITOS.

Del mismo modo que sucedía respecto del interrogatorio de las partes, corresponde a los árbitros decidir lo que estimen “*apropiado*” a las circunstancias del caso sobre la proposición, admisión, práctica y valor del interrogatorio de terceros (art. 25.2 LA del tenor similar el art. 19.2 de la Ley Modelo UNCITRAL), en defecto de acuerdo o de previsión en un reglamento arbitral.

Aunque formalmente también para el interrogatorio de terceros, la iniciativa probatoria corresponde tanto a las partes como a los árbitros *ex officium* porque ambos pueden interesar el interrogatorio de cualquier persona, quien puede tener acceso a esa fuente de prueba son más bien las partes, puesto que sólo ellas conocen *a priori* qué personas podrían haber intervenido en los hechos controvertidos relevantes. No en vano, se trata de interrogar a quienes puedan ayudar a los árbitros a formarse convicción (utilidad) sobre esos hechos controvertidos (pertinencia) por su relación o intervención directa en los mismos. Y los árbitros, por su deber de independencia e imparcialidad, no deben tener un conocimiento e intervención previa en tales hechos, lo que no obsta para que tras, lo alegado por las partes puedan adquirir conocimiento de esas fuentes de prueba personales. En cualquier caso, entendemos que, salvo pacto en contrario, el interrogatorio de terceros podrá interesarse en cualquier momento del procedimiento arbitral, hasta su conclusión con el laudo definitivo (art. 38.1 LA) salvo que los árbitros lo estimen improcedente por razón de la demora con que se plantee por cualquiera de

¹⁹ PICÓ JUNOY, J., *loc cit.*, pág. 166.

las partes (art. 29.2 LA), del mismo modo que, salvo pacto en contrario, cabrá solicitar nuevos interrogatorios a la vista de los ya practicados y del resto de la prueba admitida.

Y en términos también similares a lo expuesto para el interrogatorio de las partes, la forma de proponer los interrogatorios de testigos puede ser indistintamente oral o escrita, y con mayor o menor concentración, según sea el contexto de las restantes actuaciones arbitrales, mientras que la práctica de dichos interrogatorios debería de ajustarse por parte del árbitro a la lógica preferentemente oral antes indicada que menciona la Exposición de Motivos (VI) de la Ley. Es más, respecto de los terceros, el propio texto legal prevé de forma expresa la posibilidad de que los testigos puedan intervenir tanto de forma oral como escrita (art. 28.1 in fine LA), lo que en todo caso debe llevarse a cabo con la debida audiencia y contradicción de las partes, y por ello en presencia de todas ellas, sin que pueda practicarse ningún interrogatorio en presencia de una sola parte o sin presencia de todas ellas (arts. 24.1, 30.2 y 30.3 LA).

Respecto de la citación de los testigos, y en defecto de pacto o aceptación de un reglamento arbitral, corresponde a los árbitros, dentro de su potestad de dirección del procedimiento, decidir lo que estimen más apropiado sobre la forma en que se les deba citar para que comparezcan ante él, ya sea a través de la parte proponente, mediante citación directa en los domicilios que la misma facilite o incluso a través de la asistencia judicial en los términos antes mencionados. Testigos a quienes el art. 28.1 LA les garantiza su derecho a poder declarar ante el árbitro en su lengua propia, sin perjuicio de *“habilitar como interprete a cualquier persona conocedora de la lengua empleada, previo juramento o promesa de aquella”*, lo que entendemos que deberá ir a costa de la parte proponente sin perjuicio de lo resuelto en cuanto a las costas del arbitraje.

Los criterios de admisión de los testigos propuestos por las partes pasan por su pertinencia y utilidad (art. 25.2 LA), es decir su vinculación directa y conocimiento de los hechos controvertidos (pertinencia) así como la posibilidad de que puedan aportar conocimiento y convicción a los árbitros sobre la certeza de aquellos que sean objeto de prueba (utilidad). Y en este sentido, entendemos que la potestad de los árbitros de dirigir el procedimiento arbitral (art. 25.2 LA) debe de comprender, salvo pacto en contrario o disposición al efecto en el reglamento arbitral aplicable, la de decidir lo que estime más apropiado al caso acerca de si limitar el número de testigos en relación a un mismo hecho, limitar los tiempos de cada declaración o cuestiones similares, aunque siendo el arbitraje un procedimiento normalmente de instancia única y no siendo la acción de anulación una segunda instancia sino un mero juicio rescindente por vicios *in procedendo* (art. 41.1 LA) es aconsejable que los árbitros no mantengan criterios restrictivos en materia de prueba so pena de poder vulnerar la interdicción de permitir a las partes que durante las actuaciones arbitrales no hayan podido hacer valer sus derechos (art. 41.1.b LA) incluido esencialmente su derecho de defensa, como se recoge en la Exposición de Motivos (VI) del texto legal.

En cuanto a la forma de interrogar nada dispone la Ley, por lo que, a falta de distinción específica, entendemos que también se trata de un interrogatorio libre, como corresponde a un procedimiento dispositivo como el arbitral. Interrogatorio que debe de desarrollarse bajo la dirección del árbitro, bajo su control sobre la pertinencia y utilidad de las preguntas (art. 25.2 LA) y conforme a los principios de audiencia, igualdad y contradicción (art. 24.1 LA), de modo que en defecto de pacto corresponde a los

árbitros precisar lo que estimen más apropiado en relación al orden en que se practiquen las pruebas en su conjunto, y el orden en que sean llamados los testigos a declarar y en el que intervengan las partes para interrogar, así como acordar lo oportuno sobre eventuales interrogatorios cruzados entre testigos o entre estos y las partes. Asimismo, corresponderá a los árbitros, en defecto de pacto entre las partes o previsión en el reglamento aplicable, establecer si las preguntas deben formularse de forma secuencial por turnos prestablecidos entre las partes o a modo de interrogatorio cruzado o *cross examination*. Y en cuanto a las respuestas, en defecto de pacto, debe entenderse que se trata de un interrogatorio libre, que seguirá el orden que señalen los árbitros, así como su libre criterio en orden a que las personas interrogadas puedan consultar notas o borradores y sobre el grado de claridad, concreción y precisión que el mismo estime adecuado exigir.

Sobre la obligación genérica de los testigos de comparecer ante el árbitro para ser interrogados e incluso sobre su obligación de decir verdad nada dice el texto legal. En cuanto a la obligación de comparecer, y dada la carencia de *imperium* de los árbitros, a nivel coercitivo entendemos que cuando se trate de testigos relevantes cabrá optar entre requerir la asistencia judicial para que el testigo declare en presencia judicial o requerirla para que el Juez competente adopte las medidas concretas interesadas por el árbitro para que el testigo comparezca ante él y poder practicar así la prueba ante sí. Asimismo, cuando se trate de terceros sometidos a una relación jerárquica o de dependencia con las partes, ante su incomparecencia también se les podrá advertir que se podrá considerar como un indicio de la falta de colaboración en la averiguación de los hechos, a efectos de la valoración conjunta de la prueba e incluso a efectos de las costas del arbitraje. Por otra parte, cuando el interrogatorio se practique ante los árbitros, compartimos la opinión de JIMENEZ-BLANCO²⁰ acerca de que como el delito de falso testimonio prestado en el marco de un procedimiento arbitral no es punible, tal y como se halla regulado en el art. 458.1 CP, el deber de veracidad de los testigos en el arbitraje “*es en la práctica un compromiso moral cuya aplicación o incumplimiento descansará principalmente sobre la conducta ética de los individuos involucrados*”. Obligación moral con relevancia en la valoración probatoria.

Precisamente en orden a la valoración de los interrogatorios de terceros, una vez más salvo pacto en contrario, la potestad de los árbitros para dirigir el procedimiento “*del modo que consideren más apropiado*” incluye la de decidir sobre la valoración de la prueba practicada (art. 25.2 LA), por lo que los árbitros son libres de valorar el resultado de los interrogatorios de terceros, y siempre que dicha valoración, en lo que haya utilizado el árbitro para formar su convicción sobre los hechos controvertidos, se refleje explícitamente en la motivación del laudo (art. 37.4 LA), dando las razones por las que califique a un determinado hecho como acreditado con base en el resultado del interrogatorio de un tercero, sin quiebra de las normas de la lógica y la razón, y sin

²⁰ JIMENEZ-BLANCO, G. “*La audiencia de prueba*” en “*La prueba en el procedimiento arbitral*” coordinada por FELIX DE LUIS, J. y NUNO ALBURQUERQUE, Aranzadi, 2017, pág. 132.

En contra ANDINO LÓPEZ, J.A. (en “*Una conducta impune: el falso testimonio en el procedimiento arbitral*”, Diario La Ley, Núm. 9.170/2018, pág. 14. para quien la solución pasa por la reforma del Código Penal que incluya la expresión “*causa judicial y arbitral*” en el art. 458 CP y entre tanto, por practicar la prueba del interrogatorio a través de la asistencia judicial para que pueda considerarse que el testimonio ha sido prestado “*en causa judicial*”, si bien el propio autor reconoce que en tal caso persistiría la duda de “*si se ha prestado en verdadera causa judicial*”).

necesidad de valorar todos y cada uno de los testimonios sino tan sólo aquellos que haya utilizado el árbitro para formar su convicción sobre los hechos controvertidos, pues el resto podrán entenderse valorados negativamente.

En este sentido, también en orden a la valoración de los testigos, los árbitros deben ajustar la motivación del laudo a las reglas de la lógica del razonamiento humano al valorarlos, tomando en consideración factores como la proximidad a los hechos, razón de ciencia, certeza, convicción, solidez y credibilidad de las respuestas, el detalle expositivo, las rectificaciones, las contradicciones y las incoherencias, entre otros factores. Dado que el árbitro está llamado a valorar, entre otros aspectos, la veracidad o certeza de los testigos deberá de admitir preguntas al respecto y valorar las respuestas y las observaciones que sobre las mismas puedan hacer las partes, a pesar de que salvo pacto en contrario no es necesario que los árbitros interroguen a los testigos sobre “las generales de la Ley” ni que los exhorten a decir verdad ni les advierta de las consecuencias legales de no hacerlo.

Y si como decimos una de esas reglas del razonamiento humano es la credibilidad de las respuestas, el compromiso moral de decir verdad de los testigos adquiere relevancia probatoria. Y tengo para mí que lo mismo sucede en el interrogatorio de las partes. En el caso de los testigos, en defecto de tipificación penal del delito de falso testimonio en causa arbitral, el principio de legalidad y tipicidad penal nos obliga a contextualizar esta fuente de prueba como falaz, en el sentido de no poder presumir su veracidad de un modo acrítico, de modo que cuando los árbitros atribuyan escasa o nula certeza o credibilidad a un testigo no lo tomará en consideración y dictará su laudo con fundamento en las restantes pruebas de que dispongan. En cambio si el laudo se sustenta sobre la base de un falso testimonio, aunque ello no conlleve *de lege data* sanción penal en nuestro Ordenamiento, entendemos que sí puede comportar tanto responsabilidad civil por los daños y perjuicios que se deriven de ello (art. 1902 CC) incluyendo el propio error inducido a los árbitros; y sobre todo la anulación del laudo si se alega y prueba ese falso testimonio en sede de anulación²¹, con base en la quiebra de las normas de la lógica y la razón en la motivación que sustenta ese laudo (art. 41.1 b LA).

²¹ Lo contrario nos lleva al absurdo que con acierto denuncia ANDINO LOPEZ (*loc cit*, pág. 4) de que si un laudo se dicta con fundamento tan sólo en un testimonio que resulta ser falso, no cabe rescindirlo, ni siquiera en revisión (art. 43 LA que nos remite al art. 510 LEC), porque “*si no es posible obtener sentencia penal por falso testimonio prestado en el marco de un procedimiento arbitral, entonces nunca se podría interesar la revisión de un laudo firme por haberse basado el mismo en prueba testifical falsa por unas sentencia penal*”. Y es que, en efecto, de *lege data*, nuestro Ordenamiento jurídico tan sólo contempla la revisión en el concreto supuesto del falso testimonio para el prestado en *causa* judicial y no en el de un procedimiento arbitral, a diferencia de lo que sucede con los restantes motivos de revisión del laudo arbitral del art. 510 LEC. El delito de falso testimonio, tal y como se configura en nuestro vigente Código Penal, se sitúa en el contexto de los delitos contra la Administración de Justicia (Título XX), de la que es obvio que no forma parte el arbitraje.

8.- BIBLIOGRAFÍA.

- RAMOS MENDEZ, F., “Comentarios a la STSJ de Madrid 27/1/2012” del “Anuario de Justicia Alternativa, Bosch 2012.
- MUÑOZ SABATÉ, L. “Diálogos con un escéptico en materia de arbitraje”, La Ley 2011.
- MUNNÉ CATARINA, F. “La prueba en el proceso arbitral”, Revista Jurídica de Cataluña 2017.
- PICO JUNOY, J “*La prueba pericial en el arbitraje*”, Anuario de Justicia Alternativa, Bosch 2005.
- ORDOÑO ARTÉS, C. “*La asistencia para la práctica de la prueba en la Ley de Arbitraje*”. Estudios sobre Arbitraje: los temas clave, La Ley 2008.
- CUCURELLA GALIANA, L. “*El procedimiento arbitral*”. Cometa 2004.
- TAVARA ZARIQUIEY, J.A. “La prueba anticipada y el aseguramiento de la prueba para el arbitraje comercial”, www.economistjurist.es.
- RODRIGUEZ MERINO, A. en “Forma de las actuaciones arbitrales”. Obra colectiva “Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje” dirigidos por GUILARTE GUTIERREZ, V., Lex Nova, 2004.
- CREMADES SANZ-PASTOR, B. En “Facultades del árbitro internacional en materia de prueba” Actualidad Jurídica Aranzadi, 1998.
- JIMENEZ-BLANCO, G. “La audiencia de prueba” en “La prueba en el procedimiento arbitral”. Coordinado por FELIX DE LUIS, J. y NUNO ALBURQUERQUE, Aranzadi, 2017.
- ANDINO LÓPEZ, J.A., “Una conducta impune: el falso testimonio en el procedimiento arbitral”, Diario La Ley, Núm. 9.170/2018.