

LA PRUEBA EN EL PROCESO ARBITRAL

por

FREDERIC MUNNÉ CATARINA

*Abogado, Doctor en Derecho
fmunne@dretprivat.com*

RESUMEN: *En este trabajo abordamos la prueba en el proceso arbitral desde una doble perspectiva: su regulación legal y la integración de la misma atendida la naturaleza jurídica del arbitraje; todo ello centrándonos en la Ley 60/2003 de arbitraje, que como es sabido es de aplicación a todos los arbitrajes que tengan lugar dentro del territorio español tanto si se trata de un arbitraje interno como internacional (art. 1 LA).*

Palabras clave: *arbitraje, prueba, derecho a la prueba, medios de prueba, valoración de la prueba.*

ABSTRACT: *We are going to approach the evidence within the arbitration from a double perspective: its legal regulation and its integration in the legal nature of the arbitration; focusing on the Spanish Arbitration Act 60/2003, applicable to all arbitrations that have place in the Spanish territory whether it is an internal or international arbitration (Art. 1 LA).*

Keywords: *arbitration, proof, right to provide proof, pieces of evidences, assessment of evidence.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ARBITRAJE V/ JURISDICCIÓN ORDINARIA. II. LA CONCISA REGULACIÓN PROBATORIA DEL PROCESO ARBITRAL. 1. Derecho a la prueba. 2. Objeto de la prueba. 3. Fuentes y medios probatorios. 4. Procedimiento probatorio. 5. Valoración de la prueba. III. PAUTAS HERMENÉUTICAS: CAMBIO DE PARADIGMA. IV. CONCLUSIÓN.

En primer lugar, analizaremos el derecho probatorio en el arbitraje atendiendo a su regulación legal, y en especial la de carácter imperativo, que aunque mínima es relevante y constituye la base sobre la que se asienta, a modo de mínimo común denominador, la prueba en cualquier arbitraje, con independencia de si se trata de un arbitraje *ad hoc* o institucional y si es de derecho o de equidad.

Y, en segundo lugar, integraremos dicha regulación legal, teniendo en cuenta la doble vertiente de la naturaleza jurídica del arbitraje: como equivalente jurisdiccional por cuyo cauce se ejercita el derecho fundamental de defensa; y como institución jurídica basada en el principio de la autonomía de la voluntad, que preside tanto su origen (convenio de arbitraje) como el desarrollo del procedimiento arbitral, adquiriendo con ello una especial relevancia los pactos entre las partes en materia de prueba. Y en defecto de tales pactos atribuyéndose una fuerza extraordinaria, en materia probatoria, a las decisiones del árbitro, ya sea a iniciativa propia o a instancia de parte.

I. INTRODUCCIÓN: ARBITRAJE V/ JURISDICCIÓN ORDINARIA

Dado que es excesivamente habitual la confusión acerca de en qué medida deben aplicarse al proceso arbitral las leyes procesales, es preciso sentar de entrada que al procedimiento arbitral no le son de aplicación las normas de procedimiento que contempla la LEC, como tampoco lo son las del resto de normas procesales de la Jurisdicción ordinaria en cualquiera de sus órdenes jurisdiccionales.

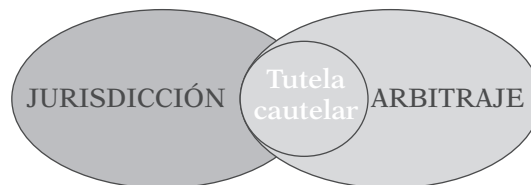
Y todo ello no es baladí. Baste con observar las contradicciones en que incurrían sendas resoluciones de la misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Así, la sentencia de 3 de noviembre de 2014¹, en su Fundamento Jurídico 4.º afirma que *«ciertamente, a falta de regulación expresa en el Reglamento aplicado al arbitraje... debieron aplicarse las normas comunes de la LEC»* dando por sentado que el carácter supletorio que el art. 4 LEC prevé respecto de *«los procesos penales, contencioso-administrativos, laborales y militares»*, se extiende también al proceso arbitral. Y en un sentido diametralmente opuesto, y más atinado, la sentencia de 11 de noviembre de 2014², en su fundamento Jurídico 2.º, expone que *«La Ley de Arbitraje deja a las partes y, en su defecto a los árbitros, la libertad para configurar las actuaciones procedimentales arbitrales... En los arbitrajes no son aplicables obligatoriamente las normas de procedimiento de la LEC»*.

Precisamente RAMOS MÉNDEZ sostiene que *«invocar argumentos extraídos de la LEC como soporte de un motivo de anulación del laudo es tirarse al vacío solo y de cabeza»*, en relación con un arbitraje en el que se propuso el interrogatorio de la propia parte y en el que el árbitro admitió dicha prueba pero, al amparo del art. 301 LEC, la admitió como testifical y no como interrogatorio de parte. En el proceso arbitral, que una persona declare como parte o como testigo es irrelevante a efectos de la práctica de la prueba; lo importante es aquello que declara, sin perder de vista las circunstancias personales del declarante a efectos de valoración de la prueba al dictar el laudo³.

En efecto, arbitraje y Jurisdicción ordinaria son dos alternativas excluyentes entre sí, en virtud del efecto negativo del convenio arbitral (arts. 7 y 11

1. Sección 1.ª, ponente: D. Francisco Javier Viera Morante (CENDOJ 28079310012014100075).
2. Sección 1.ª, ponente: Susana Polo García (CENDOJ 28079310012014100078).
3. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, «Comentario a la STSJ Madrid de 27/1/2012», en *Anuario de Justicia Alternativa*, 2012, núm. 12, pp. 12-34.

LA) y de la declinatoria invocada en tiempo y forma (art. 63 LEC), de tal modo que salvo en el excepcional supuesto de la tutela cautelar (arts. 11.3 LA y 722 LEC) no hay situaciones de concurrencia competencial entre ambos cauces procedimentales.



Y cada uno de dichos cauces procedimentales tiene sus propias normas de procedimiento. En esencia la Ley 60/2003 de Arbitraje y la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento civil, y ni la Ley de Arbitraje se aplica los procesos judiciales (salvo en sus remisiones expresas) ni la LEC se aplica al proceso arbitral (salvo en sus remisiones expresas). No obstante, es cierto que comparando ambas normas, la Ley de Arbitraje es tan «minimalista» que puede llevarnos a sucumbir a la errónea tentación de integrar ese minimalismo con el ritualismo procesal de la LEC.

El arbitraje es ciertamente un equivalente jurisdiccional, como ya dijera nuestro Tribunal Constitucional, pero lo es tan solo por los efectos de cosa juzgada que la Ley atribuye al laudo arbitral (art. 43 LA), y no por razón del procedimiento en sí mismo, ni en general en materia probatoria en particular. Nadie sostiene en Derecho, por ejemplo, que en atención a la cuantía litigiosa de un arbitraje, este deba seguir los cauces procedimentales del juicio ordinario o del juicio verbal, y por idénticas razones no puede sostenerse en Derecho que a un arbitraje deban aplicársele las normas de derecho probatorio que la LEC regula «para» el proceso judicial.

Y todo ello no es óbice para que en materia de prueba en el arbitraje sí haya un excepcional supuesto en el que debe aplicarse la LEC: la práctica de la prueba por parte de un Juez con motivo de la asistencia judicial que prevé el art. 32 LA, que incluso cuida de puntualizar de forma expresa que el Juez practicará la asistencia requerida para la práctica de pruebas «de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba».

En definitiva, para el árbitro la LEC no es de obligada aplicación, aunque nada le prohíbe tomarla como una mera referencia, de igual modo que pueda serlo el Derecho comparado o la Doctrina. Así, por ejemplo, si se solicita el interrogatorio de un colitigante en árbitro puede condicionar o no la admisión al hecho de que haya un conflicto de intereses entre los colitigantes, pero en caso de que lo condicione a ello, no debería justificar su inadmisión a lo que dispone el art. 301 LEC, porque estaría abonando en campo de las impugnaciones, sino que en su caso podría motivar la inadmisión en la falta de *utilidad* de tal interrogatorio si no concurre dicho conflicto de intereses (art. 25.2 LA), aunque, sea dicho de paso, no es aconsejable que el lápiz rojo del árbitro sea excesivamente «fino», puesto que existiendo también un derecho a la prueba en el arbitraje, la ausencia de una segunda instancia en el proceso arbitral impide que pueda entrar en juego

su mecanismo «corrector» en esa inexistente segunda instancia, abocándonos su vulneración, de forma directa, a una eventual nulidad del laudo actuado.

Defendemos, por tanto, que, en caso de duda, es preferible que un árbitro admita una prueba innecesaria que viceversa, tanto por motivos de economía procesal como, sobre todo, para garantizar una tutela efectiva sin dilaciones indebidas, puesto que, como veremos la denegación del derecho a la prueba si se trata de una prueba necesaria para resolver la controversia sometida a arbitraje conlleva lugar a una situación de indefensión que tan solo puede subsanarse mediante la anulación del laudo [art. 41.1.b) y d) LA].

II. LA CONCISA REGULACIÓN PROBATORIA DEL PROCESO ARBITRAL

Como pone de manifiesto MUÑOZ SABATÉ «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»⁴.

En efecto, la regulación del derecho probatorio en el arbitraje es concisa y se halla dispersa en diversos preceptos de la Ley [arts. 24.1, 25.2, 26.2, 28.2, 29.1, 30, 31.c), 32, 33 y 37.4 LA] e incluso excepcionalmente en otras normas de nuestro Ordenamiento jurídico, como es el caso del art. 9.2 de la Ley 5/2012 de Mediación de transposición del art. 7 de la Directiva 2008/52/CE que prevé que «ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligados a declarar en un proceso judicial o en un arbitraje, sobre la información derivada del procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso»⁵.

La actividad probatoria en el proceso arbitral guarda un cierto paralelismo con la que se desarrolla en sede judicial, en tanto constituye una actividad desarrollada por las partes con el objeto de convencer a los árbitros acerca de la veracidad de los hechos en los que se sustentan sus pretensiones, objeto de controversia. Controversia que es *conditio sine qua non* para que pueda iniciarse el proceso arbitral (art. 2.1 LA). No obstante, la actividad probatoria en el arbitraje ni tiene los límites del derecho probatorio de la LEC, como ya hemos apuntado, ni es una actividad exclusiva de las partes, puesto que los árbitros, siempre que no se haya pactado lo contrario, pueden acordar de oficio la práctica de cuantas pruebas estimen pertinentes y útiles para resolver la controversia (arts. 25.2 y 32.1 LA).

1. DERECHO A LA PRUEBA

Cabe preguntarse si la doctrina constitucional del derecho fundamental a la prueba, que enlaza con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.2 CE, es de aplicación al arbitraje. Compartimos la opinión de PICÓ I JUNOY en el sentido

4. MUÑOZ SABATÉ, Luis en *Diálogos con un escéptico en materia de arbitraje*, La Ley, Madrid, 2011, p. 109.
5. Este particular se aborda de forma más amplia, en especial respecto de los límites del derecho probatorio en relación a la confidencialidad de la mediación, en MUNNÉ CATARINA, Frederic, *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, La Ley, Madrid, 2013, pp. 59 y ss.

de que debe responderse afirmativamente a tal cuestión, «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»⁶. Y en sentido muy similar se han pronunciados nuestros Tribunales, con una consolidada doctrina jurisprudencial sobre el derecho a la prueba en el arbitraje.

En realidad la propia Ley de Arbitraje contiene una sutil referencia a la aplicabilidad al arbitraje de la doctrina constitucional del derecho fundamental a la prueba, cuando el art. 41.1.b) LA prevé como causa de anulación del laudo arbitral el «no haber podido, por cualquier razón, hacer valer sus derechos». Referencia al derecho de defensa que entronca con la tutela efectiva del art. 24 CE. Y a ello, aún cabe añadir que la necesidad de motivación de todo laudo arbitral, salvo los de conformidad o transaccionales (art. 37.4 LA), sin duda refuerza, desde el punto de vista de la necesidad de valoración de la prueba, ese derecho fundamental a la prueba en el arbitraje⁷.

Y en este sentido, como hemos tenido oportunidad de exponer con motivo de un comentario⁸ a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 16 de febrero de 2016⁹ (Sección 1.ª, Ponente: Jesús María Santos Vijande) a efectos de anulación del laudo arbitral conforme al art. 41.1.b) LA, la vulneración del derecho a utilizar los instrumentos de prueba pertinentes para la defensa de las propias pretensiones exige que el impugnante del laudo alegue y pruebe:

6. PICÓ JUNOY, Joan, «La prueba pericial en el arbitraje», en *Anuario de Justicia Alternativa*, 2005, núm. 6, p. 148.
7. Con anterioridad a la vigente Ley de Arbitraje, la jurisprudencia ya venía aplicando al proceso arbitral buena parte de los principios sobre el derecho a la prueba en el proceso civil, como expresión del derecho de defensa (MUNNÉ CATARINA, Frederic, *El arbitraje en la Ley 60/2003*, Ed. Experiencia, Barcelona 2004, p. 137).
8. MUNNÉ CATARINA, Frederic en «Alcance del derecho a la prueba en el proceso arbitral», *Diario La Ley*, 2016, núm. 8829, p. 7.
9. CENDOJ 28079310012016100021. En su Fundamento Jurídico 3.º pone de manifiesto, en relación al proceso arbitral, que «Este Tribunal ha reiterado que la vulneración el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto; en segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba finalmente no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial; en tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al recurrente; y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 136/2007, de 4 de junio, FJ 2). (...) Pues bien, a la luz de lo que antecede, y más allá de la argumentación reseñada por ONIX, lo que resulta evidente de toda evidencia es que los demandantes de anulación no argumentan mínimamente ni la relación entre los hechos que se quisieron probar y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas –se limitan a decir que eran pruebas clave, sin mayores precisiones–, ni, por otro lado, razonan, no ya de modo convincente, sino en absoluto por qué la resolución final del proceso a quo podía haber sido favorable a sus pretensiones de haberse aceptado y practicado las pruebas propuestas e inadmitidas y la propuesta e indebidamente practicada».

1.1. *La legalidad de la petición probatoria*: haber *solicitado* la práctica de una actividad probatoria respetando el Derecho probatorio. Debe tratarse de un medio de prueba solicitado conforme a las previsiones legales.

1.2. *Que se trate de una prueba no admitida o no practicada*: que se haya *rechazado* su práctica sin motivación o con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de un modo tardío, o que habiéndose admitido no se haya podido practicar por causas imputables al árbitro. De modo que una vez ya admitida la prueba es responsabilidad del árbitro que su práctica se lleve a cabo.

1.3. *Y que exista una efectiva indefensión*: que la actividad probatoria solicitada y no admitida o no practicada, hubiera podido tener una *influencia decisiva en la decisión* de la controversia, generando con ello esa efectiva indefensión.

No obstante, el primer requisito queda sumamente atenuado en el arbitraje, en primer lugar, porque en el proceso arbitral cabe la actividad probatoria de oficio (art. 25.2 LA) y no vemos razón para que la vulneración del derecho a la prueba en el arbitraje deba ceñirse a la prueba solicitada a instancia de parte, puesto que una vez admitida una prueba, incluso *acordada de oficio*, las partes tienen derecho a su efectiva práctica, siendo responsabilidad exclusiva del árbitro que la misma se lleve a cabo. Y en segundo lugar, por la escasa regulación del Derecho probatorio en el arbitraje y en su mayoría mediante normas de carácter dispositivo para las partes. De ahí que el requisito de la legalidad de la petición probatoria, como veremos, quede reducido a la mínima expresión en el proceso arbitral. A tales efectos deberá estarse a lo que acuerden las partes (o lo establecido en el Reglamento o restantes normas de la Institución arbitral que administre el arbitraje) y, en su defecto, a lo que decidan los árbitros como más *apropiado* en materia de prueba en atención a las circunstancias concretas del caso (art. 25.2 LA), de modo que la práctica de la prueba, en el arbitraje, no está sujeta tanto a criterios de legalidad, sino a principios generales y a criterios de oportunidad y convencionalidad, de libre apreciación por parte del árbitro.

Así que en realidad el requisito de la «legalidad de la petición probatoria» entra en confusión con el «derecho a la prueba» (inadmisión o falta de ejecución), porque la petición será «legal» en la medida que el árbitro estime lo solicitado necesario y pertinente (art. 25.2 LA), en relación al *thema probandi*, es decir, a partir del momento en que el árbitro se pronuncie sobre su admisión, siendo desde entonces el responsable de que su práctica se lleve a cabo.

Además, esa inadmisión de prueba o falta de práctica de la admitida sólo será relevante, a efectos de anulación del laudo, cuando cause «efectiva indefensión» a la parte que no haya podido hacer valer sus derechos en materia de prueba [art. 41.1.b) LA] si acredita la relación entre los hechos que se quiso probar y la prueba no admitida o no practicada, así como si razona de un modo convincente que el laudo pudo ser favorable a sus pretensiones de haberse admitido y practicado esa prueba «clave».

Por todo cuanto antecede, entendemos que la vulneración del derecho a la prueba tiene un alcance más limitado en el proceso arbitral que en el judicial, puesto que el proceso arbitral tiene una regulación legal probatoria muy escueta. No obstante, el «derecho a la prueba» en sí mismo, precisamente por ese mismo

motivo, tiene un mayor alcance en el arbitraje que en la Jurisdicción ordinaria, dado que no se ciñe a la prueba solicitada por las partes sino que se extiende a la acordada de oficio, y no se halla coartado por unos ritos y una estricta legalidad de orden público procesal, en cuanto a unos concretos medios de prueba por los que debe hacerse valer los instrumentos probatorios, sino que alcanza cualquier instrumento con el que se pueda trasladar las fuentes de prueba, adoptando las medidas que en cada caso se estimen adecuadas por el árbitro siempre con el debido respeto al derecho de defensa¹⁰.


2. OBJETO DE LA PRUEBA

En el proceso arbitral, el objeto de la prueba se circunscribe a la controversia sometida a arbitraje (art. 2.1 LA) en materia de libre disposición (art. 2.1 LA), y el *thema decidendi* viene delimitado por los concretos términos planteados por las partes, y por ello mismo se ciñe a los concretos hechos alegados o que deben alegar las partes en sus escritos de alegaciones (art. 29.1 LA). El *thema probandi*, objeto de prueba en un concreto arbitraje, vendrá por tanto delimitado por los «hechos alegados» por las partes en su demanda y contestación.

Cuestión distinta es la de si vinculan al árbitro los hechos admitidos por ambas partes. Y aparentemente la respuesta debería ser afirmativa, en primer lugar, porque tan solo cabe acudir al arbitraje respecto de materias de libre disposición de las partes conforme a derecho¹¹, y, en segundo lugar, porque si los hechos son expresamente admitidos como ciertos, no son controvertidos, y sobre aquello que no existe controversia, no cabe arbitraje (art. 2.1 LA), ni puede, por ello, impetrarse la tutela arbitral¹². Ahora bien, en realidad sobre lo que no cabe tutela arbitral es sobre las pretensiones no controvertidas, es decir, sobre aquello a lo que llame la contraparte o sobre aquello en lo que no existe contradictorio, por ejemplo, al ser materia de jurisdicción voluntaria; pero ello no se refiere *stricto sensu* a los hechos, sino a las pretensiones.

Sobre la admisión de los hechos hallamos una sola referencia en la Ley, y concretamente en el art. 31.b) LA respecto de la admisión tácita de hechos, en el sentido de que si el demandado no contesta a la demanda o la presenta fuera de plazo («sin alegar causa suficiente a juicio de los árbitros») dicha omisión no se considerará una admisión de los hechos alegados por el demandante. Así la Ley

10. Situación similar a la que contempla el art. 299.3 LEC en sede judicial, que lo que allí es la excepción aquí, en el arbitraje, sería la norma, y viceversa.
11. En sede judicial la excepción que se contempla a la vinculación judicial respecto de la admisión de los hechos por las partes son precisamente las materias que no son de libre disposición de las mismas, como es el caso de los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, en los que, conforme al art. 752.2 LEC, «la conformidad de las partes sobre los hechos no vinculará al tribunal, ni podrá éste decidir la cuestión litigiosa basándose exclusivamente en dicha conformidad o en el silencio o respuestas evasivas sobre los hechos alegados por la parte contraria». En efecto, como vemos, incluso en sede judicial, el Juez no siempre queda vinculado por la admisión de los hechos, y en realidad cuando sí queda vinculado, si tal conformidad fuera contraria a una norma imperativa y constituyera fraude de ley, tampoco vincularía al Juez, porque esa conformidad no impide la aplicación de la norma que se intenta eludir (art. 6.1 CC).
12. Así, por ejemplo, no cabe arbitraje sobre cuestiones relativas a jurisdicción voluntaria, en las que no hay controversia. La tutela arbitral solo cabe si hay controversia (art. 2.1 LA).

tan silo se refiere a que, salvo  erdo en contrario, el silencio no equivale a una admisión tácita de los hechos, y por ello aún menos las respuestas evasivas. No obstante, ello no nos aclara las cuestiones inicialmente planteadas: ¿Qué sucede con la admisión expresa de los hechos alegados por el demandante?, y si esos hechos son admitidos ¿vinculan al árbitro?

Tengo para mí que los hechos admitidos no quedan *per se* excluidos del objeto de prueba en el proceso arbitral, es decir que no vinculan al árbitro, puesto que ninguna norma hallamos en la Ley que sancione tal vinculación. Cuestión distinta es la respuesta a la primera pregunta, puesto que los hechos admitidos, aunque puedan ser objeto de prueba sería una prueba inútil (art. 25.2 LA). Sin embargo, nótese que no se trata de una norma de derecho probatorio que vincule al juzgador, sino justo al contrario: de una *facultad* que *ex lege* se atribuye al árbitro, quien tiene el *poder* de decidir sobre su «pertinencia y utilidad» en el caso concreto y del modo que considere más apropiado¹³. Y ello no exime a las partes de su respectivo *onus* de plantear al árbitro, una vez abierto el período de prueba, sobre la exclusión en el caso concreto de la necesidad de extender la prueba a los hechos expresamente admitidos, aunque siendo una máxima de experiencia forense que, en general, la prueba de un hecho admitido será prueba inútil, entiendo que el árbitro cuando admita tales pruebas sobre hechos admitidos por ambas partes, debería motivar su «excepcional» necesidad, so pena de poder incurrir en responsabilidad por no cumplir fielmente su encargo, si con la práctica de tal prueba *manifiestamente inútil* causase un perjuicio evaluable económicamente a alguna de las partes (art. 21.1 LA).

Asimismo, la referencia a la potestad que tiene el árbitro, siempre salvo pacto en contrario, para «decidir sobre la admisibilidad, *pertinencia y utilidad* de las pruebas» (art. 25.2 LA) también pone en evidencia que los hechos que deben probarse son los hechos relacionados con el objeto del arbitraje o *thema decidendi*, porque para que sean pertinentes deben poderse relacionar con el objeto del arbitraje, aunque nótese que también en este aspecto el arbitraje se aleja del rigor preclusivo del proceso judicial civil cuando permite a las partes, siempre salvo pacto en contrario, que «*cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho*» (art. 29.2 LA). No obstante, esa falta de preclusión no es óbice para la necesidad de centrar durante el desarrollo del proceso arbitral el *thema decidendi*, que deriva, entre otras cosas, de la obligación del árbitro de dictar un laudo congruente con las pretensiones («*cuestiones*» dice la Ley de Arbitraje) sometidas a su decisión [arts. 39.1.c), 39.1.d) y 41.c) LA]. Es más, para que una prueba sea útil, precisamente debe ser *necesaria* a juicio de los árbitros para esclarecer los hechos *relacionados con el objeto* del arbitraje.

13. No parece compartir esta opinión CUCURELLA GALIANA, Luis Andrés, en *El procedimiento arbitral*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004, p. 169, que con base en lo dispuesto en el art. 25.2 LA con relación al 283.2 LEC sostiene que «no puede desligarse el concepto de utilidad del medio de prueba de la necesidad de que ese medio se dirija a probar un hecho controvertido», de lo que deduce que «no es posible proponer y admitir la práctica de pruebas en relación con los hechos» admitidos por ambas partes en el arbitraje, es decir que los hechos admitidos vinculan al árbitro.

A nuestro entender, la falta de vinculación del árbitro por los hechos admitidos por ambas partes, que postulamos, tan solo implica que no quedan *per se* excluidos del objeto de prueba, con el automatismo que rige en el proceso judicial civil, salvo en las excepciones allí expresamente contempladas (art. 752.2 LEC). Así, formando parte del objeto de prueba, será en todo caso potestad del árbitro decidir sobre su admisión, con base en su eventual y *excepcional* utilidad. No es, por tanto, un tema de exclusión del objeto de prueba, sino de su (in) admisión.


Ahora bien, ello tampoco implica que la admisión de un hecho un trato probático equivalente a su inadmisión, ni que la admisión expresa se equipare a la tácita, aunque todos los hechos oportuna y tempestivamente alegados por las partes formen parte del objeto de prueba. En efecto, precisamente si la falta de contestación «no equivale» a la admisión de los hechos [art. 31.1.b) LA] es porque su admisión debe tener consecuencias jurídicas distintas de su inadmisión. El propio art. 31 LA lo distingue («... *sin que esa omisión se considere...*») entre la admisión tácita y la expresa, por lo que la admisión expresa de hechos tiene en el proceso arbitral unas consecuencias jurídicas, que la Ley no concreta, aunque sí insinúa que son distintas, en cuanto a la necesidad de prueba, de los hechos no admitidos y de los hechos silenciados o no contestados, puesto que no cabe que se consideren unos y otros del mismo modo por mandato legal.

Por ello, entendemos que la falta de contestación, o admisión tácita, que sí regula la ley [art. 31.b) LA], no puede equipararse a su admisión expresa, porque tal equiparación nos llevaría al absurdo, de modo que ante un hecho admitido expresamente, el árbitro puede estimar la utilidad de admitir prueba sobre ese hecho, pero de un modo «excepcional»¹⁴. *A sensu contrario*, la admisión tácita de un hecho parece más bien equipararse a la negación del hecho, siendo en todo caso objeto de prueba.



En relación a los hechos notorios, nada menciona la Ley de Arbitraje, por lo que tampoco quedan *per se* excluidos del objeto de prueba, ni vinculan al árbitro, puesto que ninguna norma sanciona tal vinculación del árbitro. Y ello no obsta para que una vez más la cuestión deba plantearse en el terreno de la necesidad de la prueba de tales hechos, y no de su exclusión del objeto de prueba. Siendo la existencia y veracidad del hecho de carácter notorio o de general e indiscutible conocimiento, tan solo será precisa su prueba si tal notoriedad no fuera tan incontestable y común o universal *a juicio del árbitro*, por lo que una vez más entendemos que queda al libre criterio del árbitro estimar necesaria o no la prue-

14. La excepcionalidad con la que el árbitro podría admitir, como útil, la prueba sobre hechos admitidos por todas las partes, resulta del propio carácter excepcional con que podría resultar necesario (por útil) probar un hecho a pesar de haber sido admitido por todas las partes en litigio, puesto que no debe olvidarse que la convicción del árbitro sobre ese hecho (finalidad última de la prueba), habiendo sido admitido, ya deriva de esa propia admisión del hecho, sin necesidad de probarlo.

En realidad esta misma excepcionalidad nos llevaría a supuestos tales como la necesidad de probar un hecho a pesar de haber sido admitido por todas las partes por poder haber sido admitido en fraude de ley. Y ello, entendemos que también sucedería en el proceso judicial, por lo que el valor probático de los hechos admitidos en realidad es similar en el proceso judicial y en el arbitral, aunque difiera su tratamiento: como *exención de prueba* (por mandato legal –art. 281.3 LEC–) en el primero y como *no necesidad de prueba* (art. 25.2 LA) en el segundo.

ba del hecho notorio, sin que podamos predicar sin más su genérica exclusión del objeto de prueba en el proceso arbitral. Y por ello, una vez más, será aconsejable, en el momento de proponer la prueba, plantear la necesidad de probar tales hechos notorios en el caso concreto, siempre que ello fuera pertinente, por estar relacionado con el objeto de ese arbitraje, puesto que, en general, la prueba de un hecho notorio por su misma notoriedad pública resulta manifiestamente inútil, por innecesaria. Por ello, entiendo que el árbitro, también en este caso, debe motivar la «excepcional» necesidad de extender la prueba a tales hechos notorios, argumentando su discutible notoriedad, so pena de poder incurrir en responsabilidad  x art. 21.1 LA, si con ello causare cualquier perjuicio a alguna de las partes.

Por todo ello, entendemos que en el proceso arbitral son objeto de prueba todos los hechos alegados por las partes, incluidos los admitidos por las partes y los hechos notorios, sin perjuicio de su normal o habitual exclusión por parte del árbitro, en uso de su potestad de excluir de la prueba aquello que sea innecesario por no ser útil, aunque sea pertinente, por ser atinente a la controversia sometida a conocimiento del árbitro.

Respecto a la necesidad o no de probar el derecho (nacional o extranjero), debe tenerse en cuenta que en el arbitraje, salvo en el de equidad, «*los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes*», y que salvo indicación en contrario de las partes, se entenderá que son aplicables «*las normas jurídicas que los árbitros estimen apropiadas*» (art. 34 LA). Asimismo, salvo pacto en contrario, el arbitraje de derecho cuando se decide por un árbitro único, este «*deberá tener la condición de jurista*», y cuando sean tres o más los árbitros, «*al menos uno de ellos deberá tener tal condición de jurista*» (art. 15.1 LA). De ello se desprende que en el arbitraje de equidad no hay obligación alguna de probar el derecho, a excepción de las estipulaciones del contrato y la costumbre (art. 34.3 LA), puesto que el árbitro es libre al motivar su laudo en equidad y de hallar dicha equidad dentro o fuera de unas normas jurídicas, sean del país que fueren, siempre que objetivamente alcancen un resultado equitativo, aplicadas al caso concreto.  A lo que aún cabe añadir que entendemos que la facultad del árbitro  de practicar prueba de oficio puede alcanzar, puesto que la Ley no lo distingue, a posibles pesquisas sobre las normas o costumbres que sirvan de fundamento a su decisión.

En el arbitraje de derecho, cuando las partes hubiesen pactado la aplicación de normas jurídicas desconocidas por el árbitro, sean del país que sean¹⁵, entendemos que sí será necesario probar el contenido y la vigencia de las normas cuya aplicación se pretenda, y que siendo pactadas por las partes tendrán carácter vinculante para el árbitro (art. 34.1 LA) de un modo similar a lo que sucede con las estipulaciones del contrato en todo tipo de arbitraje (art. 34.3 LA). Por ello, salvo pacto entre las partes sobre las normas aplicables al fondo, al estar los

15. Nótese que la nacionalidad del árbitro (jurista o no) y el lugar de celebración del arbitraje no tienen por qué coincidir. Es más, es frecuente que en los arbitrajes internacionales se designe como presidente del colegio arbitral o como árbitro único a una persona nacional de un Estado distinto al de las partes como garantía de su neutralidad, como plus de garantía en el arbitraje internacional, más allá de la imparcialidad e independencia exigible a todo árbitro.

árbitros facultados para aplicar las normas que estimen «más apropiadas» (art. 34.2 LA) y tener la expresa facultad para acordar pruebas de oficio (art. 25.2 LA), no parece lógico sostener la obligación de las partes de tener que probar las normas que invoquen aunque no sean de obligada aplicación. Sería absurdo exigir prueba sobre todos los posibles Ordenamientos jurídicos que el árbitro pueda estimar cómo apropiada para el caso concreto. En su caso las partes son libres de invocar el Derecho que estimen más apropiado, *limitándose a ofrecer a los árbitros la posibilidad de acreditarlo, si ello fuera preciso*, y solo en tal caso, pudiendo y debiendo los árbitros exigir de oficio su prueba cuando estimen que dichas normas sean las más apropiadas pero desconozcan o no tengan plena seguridad sobre su contenido y/o su vigencia. Lo contrario, por absurdo, no es sostenible en Derecho. En esa averiguación de oficio, los árbitros son libres de llevar a cabo las diligencias o pesquisas que estimen precisas, así como de requerir a las partes para que aporten cuanto estimen necesario en orden a acreditar el contenido, vigencia e interpretación del derecho por ellas invocado.

En todo caso, la facultad de los árbitros de Derecho de poder aplicar, en defecto de pacto, las normas que estimen «más apropiadas» incluye, como no puede ser de otro modo, tanto al derecho español, como a cualquier otro Ordenamiento, y no por defecto de prueba del «derecho extranjero» sino en defecto de pacto. Y en caso de pacto, los árbitros *deberán* de resolver conforme a las normas jurídicas elegidas por las partes (art. 34.2 LA), sin que quepa aplicar el derecho patrio por defecto de *prueba* del pactado.

Sin perjuicio de lo anterior, respecto del derecho arbitral, el árbitro sí tiene la obligación de aplicarlo en todo arbitraje (de derecho o de equidad) y de ahí el tenor imperativo del art. 1.1 LA («... *se aplicará*...») tanto la Ley de Arbitraje 60/2003 como los tratados internacionales ratificados por España y las restantes leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje), por lo que respecto del derecho adjetivo arbitral, por el que se regula el proceso arbitral, y con él, el procedimiento probatorio en el arbitraje, sí obliga al árbitro con base, *mutatis mutandi*, al principio «*iura novit curia*», de modo que el derecho arbitral no debe probarse ni se aplica tan solo en cuanto sea rogado, sino que deberá aplicarse por todo árbitro (de derecho o de equidad), como juzgador, aunque no haya sido acertadamente citado o alegado por las partes, dado el referido tenor imperativo del art. 1.1 LA, aunque sean escasas las normas imperativas del derecho arbitral, porque debe integrarse con lo pactado por las partes, y debe ser congruente con lo acordado y *lo advertido* por el árbitro a las partes, en orden a la prueba¹⁶.

Por último, en cuanto a la costumbre¹⁷, el propio art. 34.3 LA nos dice que «*en todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y*

16. Como veremos, la prueba en el arbitraje es una *actividad altamente participativa*. Tanto el árbitro como las partes están llamadas a una amplia dosis de imaginación. El árbitro al admitir, ordenar y ejecutar la prueba, pudiendo efectuar los requerimientos (advertencias) a las partes que tenga por conveniente y desprendiendo de ello indicios endoprocesales, y las partes al proponer prueba, pudiendo solicitar aquellos requerimientos (o advertencias) a la contraparte.
17. En el arbitraje, en asuntos mercantiles, tiene una especial relevancia y aplicación la *lex mercatoria*.

tendrán en cuenta los usos aplicables», por lo que entendemos que la costumbre y el uso cuya aplicación se pretenda por las partes, al tener obligación el árbitro de tenerlas en cuenta, tanto en derecho como en equidad («*en todo caso*»), aunque no tengan el carácter vinculante de las estipulaciones del contrato, sí deberán ser probadas por las partes en cuanto a su contenido y vigencia¹⁸, precisamente porque la Ley obliga al árbitro a tenerlas en cuenta. A ello aún cabe añadir que, conforme al art. 1.3 CC, la costumbre solo regirá como fuente del Derecho, siempre que «*resulte probada*» y que «los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre». Norma sustantiva que entendemos aplicable tanto al proceso judicial como al arbitraje, ya sea de derecho o de equidad.

3. FUENTES Y MEDIOS PROBATORIOS

Como pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la Ley 60/2003, «*la fase probatoria del arbitraje está también presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros –siempre que 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*».

En realidad la ley se limita a mencionar algunas fuentes de prueba, pero sin ninguna vocación de exhaustividad, ni de *numerus clausus*. Lo que en el proceso judicial es la norma (medios de prueba reglados) y su excepción (art. 299.3 LEC), en el arbitraje se invierte por completo. Tan solo hay un medio de prueba (el pericial) que es objeto de una concisa regulación, adecuada a la flexibilidad procedimental propia del arbitraje.

La Ley parte de la premisa de que cualquier fuente de prueba a partir de la cual pueda obtenerse certeza sobre hechos relevantes, pertinentes y útiles para resolver la controversia sometida a conocimiento del árbitro, puede ser admitida como prueba, sin necesidad de *etiquetar* de qué concreto «medio» se trata, puesto que no existe ni un catálogo de medios de prueba ni una expresa regulación de los medios de prueba posibles. Tan solo respecto la prueba pericial se prevé una escueta regulación específica, no exenta del carácter dispositivo que caracteriza toda la «*fase probatoria*» como nos recuerda la Exposición de Motivos de nuestro texto legal.

En efecto, la Ley no contiene una enumeración de los distintos medios de prueba aunque sí menciona algunas fuentes de prueba en distintos y dispersos preceptos. Así, los arts. 26.2, 28.2, 29.1 y 30.3 LA se refieren a los documentos; los arts. 26.2, 28.2 y 30.2 LA a los testigos, y el mismo art. 26.2 LA a la inspección ocular del árbitro («*examinar o reconocer objetos, documentos o personas*» dice la Ley). Sin embargo, ello no alcanza a su regulación y además concluye mencionando con una genérica referencia a «... otros instrumentos probatorios...» (art. 30.3 LA) o a «... otras pruebas...» (art. 29.1 LA). Ni regula los medios de prueba, ni los limita.

18. En sentido similar, CUCURELLA GALIANA, Luis Andrés, ob. cit., p. 170.

Y aunque las partes (art. 25.2 LA) o las instituciones arbitrales [art. 4.b) LA] pueden regular los medios de prueba, en la praxis arbitral no es ni habitual ni aconsejable que lo hagan y establezcan una suerte de «catálogo», más o menos exhaustivo, de medios de prueba admisibles. Como tampoco lo es que reglamenten en exceso la prueba, a modo de rígido (por garantista) Derecho probatorio que coarte la flexibilidad y adaptabilidad propia del procedimiento arbitral. En el arbitraje se confía más en el razonable criterio del árbitro al estimar como apropiada una fuente de prueba (art. 25.2 LA), el modo y tiempo de su aportación (art. 29.2 en relación al art. 25.2 LA) e incluso su práctica de oficio (art. 25.2 LA) que en unas reglas o pautas preestablecidas, cuya *legalidad* deba seguirse de un modo rituario, tras una expresa petición de parte.

En realidad, la prueba pericial es la única prueba que ha merecido una regulación específica en nuestra ley de arbitraje¹⁹. En efecto, los arts. 26.2, 28.2, 30.3 LA y sobre todo su art. 32²⁰, sí contemplan una cierta regulación de dicho medio de prueba en los términos que veremos acto seguido, por la trascendencia que la misma parece alcanzar a tener en los arbitrajes como puntualiza la Exposición de Motivos (VI) de la Ley en los términos antes indicados. Regulación que, como nos recuerda la misma Exposición de Motivos, siempre es subsidiaria de la voluntad de las partes y que está encaminada 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*».

En efecto la Ley prevé dos tipos de pericias: la que pueden aportar las partes libremente (art. 32.3 LA) y la que pueden ser acordada por el árbitro –a instancia de parte o incluso de oficio– una vez iniciado el proceso arbitral (art. 32.1 LA).

Acerca de la necesidad de la prueba pericial, la Ley se refiere a dicha necesidad para «*dictaminar sobre materias concretas*» (art. 32.1 LA) y obviamente necesarias para el árbitro y relativas a la controversia sometida a su conocimiento (art. 25.2 LA). Por ello entendemos que con base en la máxima «*ubi lex non distinguet nec nos distinguere debemus*», en el proceso arbitral debe admitirse la necesidad de pericia en todo caso, cuando sea preciso aportar al árbitro *cualquier conocimiento* o máxima de experiencia de la que el árbitro carezca, incluso jurídica²¹ para valorar hechos o circunstancias relevantes de la controversia o para adquirir certeza sobre ellos, puesto que su necesidad se ciñe en el arbitraje a su pertinencia y utilidad (art. 25.2 LA). Pertinencia y utilidad que a su vez constituye una potestad de libre apreciación por parte del árbitro, aunque dicha potestad entendemos que debe ejercerse en todo caso dentro de las reglas de la lógica del razonamiento humano (art. 37.4 LA) y, por tanto, que bastará con que

19. Para PICÓ JUNOY (*loc. cit.*, p. 147) esta regulación específica de la pericia es además insuficiente, aunque no precisa los motivos de dicha postulada insuficiencia.

20. Esta regulación trae causa directa del art. 26.2 de la Ley Modelo UNCITRAL.

21. No parece compartir este parecer PICÓ JUNOY para quien la necesidad de la prueba pericial «*surge cuando es preciso aportar al árbitro los conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos*», aunque acto seguido se refiere a «*los conocimientos genéricos del árbitro*» (*loc. cit.*, p. 149).

los árbitros precisen un dictamen sobre cualquier «*materia concreta*» relacionada con el objeto de la controversia, para que la pericia sea admisible.

En cuanto a la iniciativa probatoria, el árbitro, salvo pacto en contrario de las partes, puede acordar la pericia de oficio (art. 25.2 LA) en cuyo caso puede nombrar directamente a peritos de su confianza (art. 32.1 LA). También puede acordarla a iniciativa de las partes, pudiendo nombrar a los peritos las propias partes de mutuo acuerdo (art. 25.1 LA) o el árbitro a instancia de parte (art. 32.1 LA). Y, por último, las partes son libres de poder «*aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados*» por una parte (art. 32.3 LA).

La prueba pericial puede proponerse, anunciarse o aportarse con los escritos de alegaciones (art. 29.1 *in fine* LA) o proponerse o aportarse en cualquier momento posterior previo al límite que las propias partes [o en su caso el Reglamento de la institución arbitral –art. 4.b) LA–] o el árbitro fijen para la solicitud o proposición de pruebas y, en defecto de haber fijado tal límite temporal, normalmente aconsejable a *limine litis*²², hasta que los árbitros lo estimen «apropiado» (art. 25.2 LA).

Sin perjuicio de la asistencia judicial que el árbitro (que no el perito) puede solicitar para la práctica de la prueba o de la adopción de las medidas necesarias para que la pericia pueda llevarse a cabo (art. 33 LA), que no es frecuente en la praxis arbitral respecto de la prueba pericial²³, los árbitros pueden «*requerir a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente, le presente para su inspección todos los documentos u objetos pertinentes o le proporcione acceso a ellos*» (art. 32.1 LA), donde lo relevante de tales posibles requerimientos es la eventual advertencia de los efectos que el árbitro, por iniciativa propia o a instancia de parte, atribuya a la falta de tal colaboración de las partes con el perito.

Respecto de la contradicción de la prueba pericial, los árbitros deberán poner a disposición de las partes los dictámenes periciales en los que puedan fundar su decisión (art. 30.3 LA) por lo que hay que facilitar a ambas partes que puedan tener conocimiento de su íntegro contenido, para someterlo a contradicción. Además, salvo pacto en contrario, y tras la presentación del dictamen por parte del perito, los árbitros pueden acordar, de oficio o a instancia de parte, la celebración de una audiencia a la que el perito deberá asistir en todo caso y «*en la que los árbitros y las partes por sí o asistidos de peritos, podrán interrogarle*²⁴» (art. 32.2

22. Es aconsejable que al inicio del procedimiento arbitral se fije un calendario de actuaciones y en él se señale un plazo máximo para proponer prueba y un plazo máximo para practicarla, sin perjuicio de la facultad del árbitro de acordar prueba de oficio. Luego, una vez abierto el periodo de prueba, se puede ajustar ese calendario inicial en cuanto a la ordenación y ejecución de la prueba admitida. De lo contrario, y salvo que la materia litigiosa lo justifique, se podría entrar en una *espiral infinita* de proposición de nuevos medios de prueba a la vista de los propuestos de adverso, impropia de la buena fe que debería presidir todo arbitraje.
23. Téngase en cuenta que el árbitro siempre puede acordar de oficio su práctica, puede nombrar a perito de su confianza y puede requerir a las partes que colaboren con el perito, advirtiéndoles de las consecuencias o efectos perjudiciales que estime oportunos, y proporcionados al caso concreto, en caso de falta de colaboración de las partes con cualquiera de los peritos.
24. Entendemos, con PICÓ JUNOY (*loc. cit.*, p. 164), que el interrogatorio al perito debe ser lo más amplio posible, porque la ley no establece nada al respecto.

LA). Interrogatorio que entendemos puede realizarse por cualquier *representante* de la parte, incluso otro perito²⁵ de su confianza.

En orden a la contradicción de la pericia, la ley se refiere a que «*basta que una parte lo solicite*» para que la audiencia deba acordarse y el perito deba asistir; del mismo modo que basta que «los árbitros lo consideren conveniente» para que el perito deba participar en la audiencia para someter a contradicción el resultado de la prueba pericial. Como pone de manifiesto PICÓ JUNOY, de no permitirse este contradictorio, e incluso de renunciarse *ex ante* al mismo, podría incurrirse en una situación de indefensión²⁶, con vulneración tanto del art. 24.1 LA como de los arts. 30.3 y 32.2 LA, susceptible de causar la nulidad del laudo [art. 41.1.b) y 41.1.d) LA].

4. PROCEDIMIENTO PROBATORIO

El procedimiento probatorio puede pactarse por las partes y, en su defecto, cualquier decisión sobre el mismo será adoptada por los árbitros (art. 25.2 LA), sin que la ley regule un procedimiento probatorio específico²⁷, salvo la breve y dispersa regulación mencionada en cuanto a la prueba pericial.

No se prevé en la ley una preclusión en cuanto a la aportación o introducción de los diferentes instrumentos probatorios²⁸. La iniciativa probatoria de las partes no está sometida a plazo legal alguno, de modo que las partes pueden proponer o anunciar o aportar pruebas con los escritos de alegaciones (art. 29.1 *in fine* LA) o proponerlas o aportarlas en cualquier momento posterior; con el único límite que las propias partes o el árbitro fijen para la solicitud o proposición de pruebas y, en defecto de haber fijado tal límite temporal, hasta que los árbitros lo estimen «apropiado» (art. 25.2 LA). Asimismo la iniciativa probatoria puede ser del árbitro *ex officio* y no está sujeta a plazo alguno (art. 25.2 LA), por lo que puede acordar de oficio llevar a cabo prueba durante todo el proceso arbitral, en

25. Conforme al art. 30.2 LA, las partes pueden intervenir directamente o por medio de sus representantes, que no necesariamente deben ser letrados, puesto que en el proceso arbitral la postulación es voluntaria. Así las partes pueden acudir asistidas de peritos (art. 32.2 LA) e incluso representadas por peritos, porque los «representantes» a los que se refiere el art. 30.2 LA puede ser cualquier persona con poderes de representación suficientes.
26. PICÓ JUNOY, Joan (*loc. cit.*, p. 161), para quien sería discutible la admisibilidad de un pacto entre las partes en el que se obligasen a no contradecir el contenido del dictamen pericial, dado el carácter indisponible del derecho fundamental a la prueba. Distinto sería que una de las partes voluntariamente deje pasar el trámite procedimental ofrecido por el árbitro, por su mera voluntad.
27. Como acertadamente señala MUÑOZ SABATÉ (ob. cit., p. 109) «*la libertad que otorga (la Ley de Arbitraje) se ampara tácitamente en una tradición jurídica que le sirve de guía pero no de corsé*».
28. No opina lo mismo CUCURELLA GALIANA (ob. cit., p. 172) cuando afirma que el art. 29.1 LA debe leerse en el sentido de que «*en el escrito de demanda y contestación (...) deben constar con claridad las fuentes de prueba de que disponen y que pretenden utilizar cada una de las partes, con independencia de que la fuente de prueba se aporte posteriormente*». Sin embargo, entendemos que el tenor literal del art. 29.1 («*podrán*») parece suficientemente claro como para poder sostener lo contrario, y dado que la ausencia de preclusión es igual para todas las partes, sin que haya tampoco preclusión respecto de la propia demanda y la contestación, «*a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiese hecho*», difícilmente podrá ello afectar al derecho de defensa, en los términos señalados por dicho autor.

cualquier momento hasta que emita su laudo, e incluso entendemos que podrá hacerlo tras el laudo, con motivo de su eventual complemento (art. 39 LA).

Tras la proposición de prueba, los árbitros deben pronunciarse sobre su admisión²⁹, con base en su pertinencia y utilidad (art. 25.2 LA) y deben acordar lo procedente para su ejecución o práctica (art. 25.2 LA), aunque en la praxis arbitral es habitual que los acuerdos relativos a la ordenación y ejecución de la prueba se hagan de mutuo acuerdo con las partes, con el fin de optimizar su resultado en cuanto a la forma más operativa de requerir a las partes, aportar o citar a los testigos, designar a peritos, etc., atendiendo a las agendas de los letrados de las partes y a la conveniencia de reunirse en el lugar más apropiado para su práctica (art. 26.2 LA) o de ofrecer la posibilidad de emplear la videoconferencia u otros medios telemáticos, siempre que se adopten por parte del árbitro las debidas garantías respecto de la identidad de todos los intervinientes. En este sentido, conviene recordar que a partir del momento en que el árbitro se pronuncia sobre la admisión de una prueba, admitiéndola, o desde que la acuerda de oficio, las partes adquieren el derecho a su práctica y a su posterior valoración, siendo desde entonces responsabilidad del árbitro que la práctica y valoración se lleven a cabo.

La práctica de la prueba, y todas las actuaciones arbitrales en general, deben estar presididas por los principios de igualdad, audiencia y contradicción (art. 24.1 LA) y por ello con plena garantía del derecho de defensa (art. 24 CE). A partir de ahí, la ley se limita a regular ciertos aspectos puntuales en la práctica de algunas fuentes de prueba y lo hace de forma imperativa tan solo respecto de concretas situaciones de indefensión, aunque la indefensión como hemos dicho ya venga regulada, en términos generales, en el art. 24.1 LA, por lo que en realidad se trata de una aplicación del mismo art. 24.1 LA a situaciones concretas tales como:

Los testigos, peritos y quienes intervengan en el procedimiento *podrán* utilizar su idioma (art. 28.1 LA).

Las partes *serán* citadas a todas las audiencias con antelación y *podrán* intervenir en ellas (art. 30.2 LA).

De todas las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos se *dará* traslado a la otra parte (art. 30.3 LA).

Se *pondrá* a disposición de las partes los documentos, dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en que los árbitros puedan fundar su decisión (art. 30.3 LA).

29. No compartimos la opinión de CUCURELLA GALIANA (ob. cit., p. 173) para quien «*el árbitro debe denegar la práctica del medio de prueba en los casos de impertinencia, inutilidad e improcedencia*», puesto que se trata de una potestad. Tiene el deber de pronunciarse sobre su admisión y una vez admitida la obligación de practicarla y valorarla, pero no tiene el *deber* de ser infalible en su decisión admitiendo o denegando la prueba propuesta. Es más, en caso de duda, y dada la inexistencia de una segunda instancia donde poder rectificar la inadmisión de pruebas, entendemos que es preferible admitir la prueba, sin perjuicio de su posterior valoración. Si admite prueba impertinente, al no ser relativa al objeto del arbitraje difícilmente podrá fundar el laudo en ella, y si admite prueba innecesaria, en la valoración de la prueba aflorará su carácter inútil para adquirir certeza sobre los hechos controvertidos.

Si durante la práctica de las pruebas una de las partes no comparece a una audiencia o compareciendo no presenta pruebas, esa inactividad no afecta al curso del procedimiento, sino que «los árbitros podrán continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas de que dispongan» [art. 31.c) LA] además de las que, en su caso, estimen oportuno acordar de oficio (art. 24.2 LA), por lo que es evidente que la inactividad de una parte no afecta al derecho a la prueba admitida, y mucho menos será causa de indefensión, sino que será objeto de su oportuna valoración por el árbitro, con base en la prueba practicada y los indicios endoprocesales derivados precisamente de la conducta de las partes en materia probatoria.

En definitiva, salvo en los excepcionales supuestos en que se solicite por el árbitro asistencia judicial para la práctica de la prueba³⁰, o para la adopción de las medidas necesarias para que la prueba pueda llevarse a cabo³¹ (art. 33 LA), que el Juez deberá de practicar conforme a la LEC, la prueba se practicará ante el árbitro, quien deberá preservar su confidencialidad (art. 24.2 LA), y dirigirá y ordenará lo que considere *apropiado* para su práctica (art. 25.2 LA), siempre con escrupuloso respeto a los indicados principios de igualdad, audiencia y contradicción (art. 24.1 LA).

5. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El art. 25.2 LA contempla la potestad de los árbitros para decidir sobre la valoración de la prueba dejando libertad a los árbitros para que, en defecto de acuerdo de las partes por ello también en defecto de norma al respecto en el reglamento de la institución arbitral que lo administre [art. 4.b) LA], deja libertad a los árbitros para valorar la prueba practicada. El único límite de dicha valoración viene indirectamente señalado en el art. 37.4 LA, puesto que la valoración deberá explicitarse en el laudo, dado el deber de motivación de todo laudo, sea de derecho o de equidad, salvo en los laudos transaccionales (art. 37.4 LA)³². Y dicha motivación no puede basarse en el absurdo ni en razonamientos arbitrarios, sino que debe seguir la lógica del razonamiento humano, como han expuesto de forma reiterada nuestros Tribunales, puesto que lo contrario vulne-

30. El hecho de que la asistencia judicial tan solo pueda acordarse por el árbitro (o por las partes con su aprobación –art. 33.1 LA–) conlleva que antes de la aceptación del árbitro no puede practicarse de forma anticipada prueba o medidas de aseguramiento de la misma, salvo que se recurra a ello por el cauce indirecto de las medidas cautelares (arts. 23 LA y 722 LEC).

31. Como sostiene CUCURELLA GALIANA (ob. cit., p. 175) la asistencia judicial halla su fundamento en la carencia de poder coercitivo por parte de los árbitros, de modo que el auxilio judicial puede consistir, por ejemplo, en que el tribunal requiera a un tercero para la exhibición de un documento que el árbitro estima trascendental, de igual modo que puede solicitarse para lograr certificaciones o testimonios que obren en poder de entidades oficiales. También pueden solicitarse a la Jurisdicción la adopción de medidas de aseguramiento de las fuentes de prueba, como, por ejemplo, la adopción de medidas útiles para evitar que por la conducta humana o acontecimientos naturales se puedan alterar o destruir las fuentes de prueba, siendo imposible practicar la prueba o siéndolo carezca de sentido practicarla.

32. Parece lógico que si el laudo se limita a reproducir «los términos convenidos por las partes» (art. 37.4 LA) mediante «un acuerdo que ponga fin a la controversia» (art. 36 LA) no sea preciso motivarlo, más allá de reflejar lo acordado por las partes y de homologar su adecuación al orden público [art. 41.1.f) LA y art. 1255 CC].

raría el «orden público procesal» [art. 41.f) LA] al ser contrario a los derechos fundamentales a la prueba y de defensa³³ (art. 24.1 CE).

Al valorarse la prueba por parte del árbitro, entendemos que debe atenderse a las reglas de la sana crítica o de la lógica (proximidad con los hechos, solidez argumental, incoherencias, verificación de los razonamientos lógicos, contradictorio, rectificaciones y contradicciones, detalle expositivo, razón de ciencia, credibilidad, apreciación conjunta de la prueba, ausencia de arbitrariedad, etc.), en la medida en que en la valoración de la prueba debe seguirse la lógica del razonamiento humano. Asimismo entendemos que el árbitro en el momento de dictar el fallo, deberá aplicar las reglas de *onus probandi* en caso de insuficiencia probatoria, puesto que se hallan a caballo entre el derecho procesal y el derecho sustantivo imperativo y porque enlazan con la obligación de resolver y la consecuente prohibición del *non liquet*, que obliga tanto al Juez estatal como al árbitro y tanto al árbitro de derecho como al de equidad³⁴.

En cuanto al alcance del deber del árbitro de valorar la prueba practicada, y por ello si debe valorar toda la prueba realizada o tan solo aquella que en definitiva estima relevante para resolver la controversia, nos decantamos por esta segunda opción y con ello compartimos la opinión de PICÓ JUNOY³⁵ acerca de que «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»; opinión que además se sustenta en la STS de 12 de junio de 2000 que a su vez cita la STC de 13 de junio de 1986, en el sentido de que no basta con calificar un hecho como demostrado, sino que es preciso «la explicación de las causas determinantes de dicha decisión».

33. El derecho a la prueba implica el derecho a la valoración de la prueba practicada. En este sentido, la SAP de Barcelona (Sección 14.ª) de 30 de abril de 2002, entre muchas otras, ya puso de manifiesto que «el árbitro tras admitir la prueba, no la ha valorado. Dicha falta de valoración debe equipararse, en cuanto a sus efectos, a la falta de práctica de una prueba admitida». La Sala considera, en dicha sentencia, que ello vulnera el derecho a la prueba y el principio de igualdad de armas procesales entre las partes.

34. MUNNÉ CATARINA, Frederic, en «Reglas aplicables a la valoración de la prueba por el árbitro», *Diario La Ley*, núm. 3718/2015, p. 12, donde ponemos de manifiesto que «nada dice la Ley 60/2003 de Arbitraje en orden al *onus probandi*, si bien en la medida que las reglas de carga de la prueba están llamadas a ser aplicadas tan sólo en caso de insuficiencia probatoria, su carácter residual enlaza de modo directo con la prohibición del *non liquet* que entendemos obliga tanto al Juez como al árbitro (art. 1 CC), puesto que su vulneración causa una evidente infracción de la tutela efectiva en la medida que el árbitro, como el Juez, está llamado a resolver la litis, con independencia de si tras valorar la prueba subsisten dudas acerca de los hechos probados. Y es que «en todo caso», «los árbitros deberán decidir la controversia» (art. 37 LA). Nótese además que la mayoría de las reglas de carga de la prueba las hallamos dispersas en el Derecho sustantivo, y en su mayoría con una formulación de *ius cogens*, por lo que como normas imperativas de carácter sustantivo son de obligada aplicación por todo árbitro. Su falta de aplicación llevaría al árbitro bien al *non liquet*, bien a resolver de forma arbitraria o sin el debido fundamento por insuficiencia probatoria. Y aún, a mayor abundamiento, la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) concebido a sensu contrario como una regla general de carga de la prueba, constituye un derecho fundamental cuya vulneración daría lugar a una violación del orden público en el sentido del art. 41.1.f) LA, pudiendo incluso resultar contraria al derecho de defensa (art. 41.1.b) LA). Y por todo ello, entendemos que las reglas de carga de la prueba sí son de obligada aplicación por todo árbitro, tanto en derecho como en equidad».

35. PICÓ JUNOY, Joan, *loc. cit.*, p. 166.

Por otro lado, la mera declaración de un hecho como probado por el árbitro alcanza a su eficacia de cosa juzgada (art. 43 LA) en el sentido apuntado por MUÑOZ SABATÉ³⁶ de que si el árbitro considera en el laudo como ciertos o no ciertos determinados hechos merced a la prueba practicada, «esta declaración debe ser inamovible en un proceso ulterior» (arbitral o judicial). La explicitación en el laudo de los motivos que llevan a la convicción de que tal hecho histórico debe declararse como probado es en esencia la valoración que el árbitro hace de la prueba, e integra la motivación del laudo y con él el derecho a la prueba, puesto que este derecho no se agota con la práctica de la prueba admitida sino que se extiende al derecho a su valoración.

Y por último, en cuanto a la necesidad de hacer una valoración conjunta de la prueba, dado que nada indica la Ley al respecto, entendemos que los árbitros son libres de efectuar la valoración, de acuerdo con el raciocinio humano, en la forma que estimen más «apropiado» (art. 25.2 LA). Y en este sentido, conviene no olvidar que los árbitros pueden resolver la controversia «en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios» (art. 37.1 LA), por lo que entendemos que *a fortiori* podrán valorar la prueba de forma parcial o de conjunta como estimen necesario en el caso concreto, obviamente siempre que el resultado de dicha valoración (conjunta o parcial) no conlleve una motivación probatoria «incoherente, irracional, arbitraria, absurda, ostensible y notoriamente errónea, contraria al raciocinio humano o tenga omisiones manifiestas»³⁷.

III. PAUTAS HERMENÉUTICAS: CAMBIO DE PARADIGMA

Como colofón, es preciso recordar que la regulación de la prueba en el proceso arbitral debe de partir, en primer lugar, de que la LEC no es de aplicación obligada al proceso arbitral, sino perjuicio de que pueda ser una posible referencia o pauta hermenéutica, como no pueda ser el derecho comparado o la Doctrina científica, para integrar la concisa regulación del derecho probatorio en la Ley de Arbitraje. Y en este sentido, comparto la opinión de MUÑOZ SABATÉ³⁸ de que si además de esa mínima regulación probatoria de la Ley de Arbitraje, «hay que buscar algún otro punto de apoyo lo aconsejable es acudir a las Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Prácticas de Prueba en el Arbitraje Internacional», antes que acudir miméticamente a las normas propias del proceso judicial.

En efecto, cualquier aproximación a la prueba en el proceso arbitral exige un cambio de paradigma respecto del proceso judicial, con su amplia regulación de derecho probatorio (en la LEC). Cambio de paradigma que debe partir de dos factores esenciales.

En primer lugar, el debido respeto los principios de contradicción, audiencia e igualdad, de modo que cualquier vulneración de los mismos, e incluso cualquier renuncia *ex ante* de las partes a estos, es susceptible de generar una situación de indefensión y con ello la nulidad del laudo arbitral [art. 41.b) y 41.d) LA] en la

36. MUÑOZ SABATÉ, Luis, ob. cit., p. 110.

37. PICÓ I JUNOY, Joan, loc. cit., p. 167.

38. MUÑOZ SABATÉ, Luis, ob. cit., p. 109, se refiere a su versión de 29 de mayo de 2010.

medida que tal situación no sea generada por la propia parte que lo denuncie y que ello afecte a la decisión o resolución de la controversia. Así, cualquier integración del conciso derecho probatorio de la Ley de Arbitraje debe ser respetuosa con el derecho fundamental de defensa y en particular con el derecho a la prueba, en los términos expuestos *ut supra*.

Y, en segundo lugar, prácticamente por encima de la propia Ley de Arbitraje, hay que atender a las amplias potestades del árbitro en materia probatoria (art. 25.2 LA) y al principio de la autonomía de la voluntad [art. 41.d) LA], en la medida que en la Ley son muy escasas las normas imperativas, que constituyen la excepción a esa genérica supremacía de la autonomía de la voluntad. Excepción que en esencia son los tres principios procesales antes mencionados (de contradicción, audiencia e igualdad). Y es que lo que acuerden las partes o se establezca en el reglamento arbitral [art. 4.b) LA] se aplica de forma preferente a las previsiones legales que, en su mayoría, tan solo son normas dispositivas y *supletorias* de la autonomía de la voluntad. Y en este contexto es en el que cabe situar la afirmación de la Exposición de Motivos de la Ley acerca de que «*la fase probatoria del arbitraje está también presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros*». Y en defecto de acuerdo entre las partes (o previsión reglamentaria) emergen las amplias potestades de los árbitros en materia probatoria.

Y es que, en efecto, las decisiones del árbitro tienen una gran fuerza probatoria, puesto que por iniciativa propia o a *petición de parte* puede atribuir a la conducta endoprocesal de cualquiera de las partes consecuencias jurídicas de gran relevancia, atendida su total libertad en orden a la ulterior valoración de la prueba, como estimen «apropiado» (art. 25.2 LA).

En el proceso arbitral, lo relevante no es tanto el nombre que se atribuya al medio de prueba, para clasificar los instrumentos utilizados para llevar al proceso las fuentes de prueba, sino la fuente en sí misma, dado que la propia ley admite cualesquiera «*otros instrumentos probatorios en que los árbitros puedan fundar su decisión*», que sean fuente de su convicción. Y lo importante no es tanto el procedimiento probatorio, escasamente regulado en el proceso arbitral salvo para la pericia, sino lo acordado por las partes y, en su defecto, el modo en que se solicite la prueba por las partes, en la medida en que ello puede influir en las decisiones que adopte el árbitro, dentro de su amplio margen de potestad probatoria y de la gran fuerza que adquieren sus decisiones en materia probatoria.

Y en este sentido CREMADES SANZ-PASTOR³⁹ señala que «*la gran diferencia entre la postura de un juez estatal y de un árbitro radica en que el primero puede imponer por la fuerza las medidas que, dentro de la legalidad, considere oportunas para el desarrollo del procedimiento. 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 de la IBA, que dispone que el tribunal puede considerar una prueba como contraria a los intereses de la parte que no la presente en tiempo y forma*».

39. CREMADES SANZ-PASTOR, Bernardo en «Facultades del árbitro internacional en materia de prueba», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1998, núm. 363, p. 2.

Y es que, en efecto, las reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre práctica de la prueba en el arbitraje internacional, a las que pueden someterse las partes en todo o en parte o que puede utilizar un árbitro como guía en todo o en parte, prevén en su art. 9.5 (versión vigente aprobada el 29 de mayo de 2010) que si una parte no suministrare, sin explicación satisfactoria, un documento requerido, el árbitro podrá inferir que **ese** documento es contrario a los intereses de esa parte. Y en un sentido similar, en su art. 9.6 se prevé que si una parte no cumple, 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 cumple con poner a disposición cualquier prueba, incluyendo testigos, que el árbitro hubiera ordenado practicar, podrá considerar **esa** prueba es contraria a los intereses de esa parte.

Precisamente por todo ello, MUÑOZ SABATÉ⁴⁰ nos llama la atención acerca de que el desarrollo de lo previsto en dichos preceptos permite establecer indicios endoprocesales **que** según en qué casos pueden ser importantes para afinar la prueba. A lo que aun puede añadirse que ello nos indica ese cambio de paradigma que aquí sostenemos en el sentido de que en el arbitraje tan o más importante es la regulación legal de la prueba, y en especial los *principios* que la delimitan, cuanto la extraordinaria fuerza que pueden tener las decisiones del árbitro **en** materia probatoria, ya sea por iniciativa propia o a instancia de la parte, y ya sea mediando un pacto o no a tal efecto. Ahora, eso sí, entendemos que salvo pacto expreso de las partes (cosa poco frecuente) o previsión expresa en el reglamento (cosa también poco frecuente), será preciso que antes de atribuir a cualquier conducta de una parte dichos *indicios endoprocesales*, el árbitro advierta de ello a las partes en el momento de realizar la prueba, y de ahí que sea conveniente que, dentro de ese cambio de paradigma, al planificar la actividad probatoria se atienda y prospeccione la eventual necesidad de requerimientos previos, como es el caso de la *ficta confessio*, que tan sólo juzgamos podrá aplicarse en el exclusivo caso de que, salvo pacto *ad hoc* de las partes (o previsión reglamentaria) se advierta al admitir la prueba o al iniciar la práctica de la misma, ya sea por iniciativa propia o a petición de parte, de las concretas consecuencias de no comparecer **de** comparecer y eludir las respuestas, o de no colaborar en su interrogatorio, etc.

IV. CONCLUSIÓN

En materia probatoria en el arbitraje, por la no **pro**activa aplicación de la LEC y por su mínima regulación en la Ley de Arbitraje, van surgiendo múltiples interrogantes como ¿en qué orden deben practicarse las pruebas? ¿Qué fuerza tiene un documento público? ¿Y las presunciones? ¿Puede pedirse la incomunicación de los colitigantes? ¿Vincula la facilidad probatoria? ¿Ante la inactividad absoluta de una parte cabe acordar prueba de oficio? ¿Qué valor tienen los documentos? ¿Qué valor tiene la *contra se declaratio*? ¿Qué valor tiene la prueba obtenida de forma ilícita?

40. MUÑOZ SABATÉ, Luis, ob. cit., p. 109.



Para responder esas y otras cuestiones en materia probatoria, en lugar de fijar la mirada en la solución dada por la LEC para el proceso judicial, debemos fijarnos en los principios fundamentales de la Ley de Arbitraje y en las facultades probatorias del árbitro, junto con la especial relevancia de la autonomía de la voluntad, sin olvidar las específicas características propias del arbitraje, tales como la flexibilidad procedimental, la celeridad en la resolución del conflicto, la ausencia de *coercio* o la resolución en una única instancia.