

LA VALORACION DE LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE

Por Jorge A. Rojas¹

Sumario

La valoración de la prueba en el arbitraje, pese a que puede sostenerse que no tiene estándares con carácter definido, pues en la mayoría de los casos se atribuye al tribunal arbitral la potestad de su evaluación, no obstante en las prácticas comerciales se tienen en cuenta algunas pautas que resultan clásicas dentro de los sistemas tradicionales en el mundo occidental como son el common law y el civil law, razón por la cual si bien se han señalado algunos de esos parámetros, se ha hecho especial referencia en esta tarea a nuestras pautas culturales y nuestra formación dentro del sistema continental, que si bien conceden al tribunal arbitral la facultad de acceder por vía de su libre convicción sobre la verdad construida en el proceso, ese método debe ser racional y controlable, circunstancias que asimilan el procedimiento a las reglas de la sana crítica.

Abstract

The evaluation of evidence in arbitration, despite it can be argued that it does not have definite standards of proof, since in most cases the arbitral tribunal is given the power to evaluate it, nevertheless in commercial practice some guidelines, that are classic within the traditional systems in the Western world, are taken into account, such as common law and civil law, for this reason, although some of these parameters have been pointed out, special reference has been made in this task to our cultural guidelines and our formation within the continental system, which, although they concede the arbitral tribunal the power to access by way of its inner conviction on the truth constructed in the process, this method must be rational and controllable, circumstances that assimilate the procedure to the rules of sound criticism.

¹ Profesor Titular Regular Ordinario de Derecho Procesal Civil y Comercial de la Universidad de Buenos Aires – Arbitro Permanente del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Buenos Aires.

Palabras clave

Valoración prueba – sistemas arbitrales – derecho blando – prueba – sana crítica

Key words

Assessment of evidence - arbitration systems – soft law – evidence – sound judicial discretion

1.- Introducción

No existen dudas que el arbitraje sea un sistema de resolución de conflictos que –a nivel internacional- se haya constituido en el más importante por resultar el más utilizado para dirimir controversias de ese carácter².

Sostiene Talero Rueda que el carácter privado y consensual que se pretende del proceso arbitral debe ser llevado hasta sus últimas consecuencias, de tal forma las partes pueden elegir las reglas de procedimiento que quieran, así como el derecho aplicable al contrato que las vincula del cual surge la controversia y, el carácter ilimitado de la autonomía privada implica la ausencia absoluta de asistencia y de control de legalidad sobre el pacto y el laudo arbitral por parte de las cortes del Estado sede del arbitraje³.

² Lorenzetti, Ricardo L.; Teoría de la Decisión Judicial, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 37. En idéntico sentido Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Luis Fernández De La Gandara, El arbitraje comercial internacional I, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1989, p. 38; quienes señalan que se trata de un incremento paralelo al incremento experimentado en todo el mundo por las transacciones comerciales entre empresas de distintos países. En la misma línea se han expedido Gaillard y Fernandez Arroyo al sostener que el arbitraje se ha convertido en un sistema de solución de controversias para una enorme cantidad de relaciones jurídicas internacionales, desde las más simples transacciones comerciales a las más complicadas relaciones entre inversores y Estados, constituyendo en ciertos contextos como la opción preferida (Gaillard, Emmanuel y Fernandez Arroyo, Diego P.; Cuestiones claves del arbitraje internacional – Introducción, Ed. Cedep, Universidad del Rosario, 2013, p. 1).

³ Talero Rueda, Santiago; Arbitraje comercial internacional, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, p. 17.

No obstante ello, es importante tener en cuenta que no existe un solo sistema de arbitraje, que si bien se lo puede identificar genéricamente como aquél por el que optan las partes para resolver un conflicto, confiriéndole jurisdicción a un tercero (sea un órgano individual o colegiado) a esos fines, la realidad hace que existan distintas variantes dentro del arbitraje, que conviene no pasar por alto, y que se vinculan muchas veces a la cultura de las naciones que diseñan sus sistemas de justicia de modo diverso⁴.

Estas circunstancias llevan a realizar algunas aclaraciones a los fines de abordar la temática de este trabajo, toda vez que de la misma forma que se señalan diversos sistemas arbitrales, es necesario advertir que no se puede sostener que todos los sistemas de valoración de la prueba en los sistemas arbitrales sean idénticos.

En los arbitrajes, al igual que en el proceso judicial, en relación con el tema aquí abordado, existen dos aspectos que resultan similares y que de algún modo se replican con carácter universal. En primer lugar, que siempre se trabajará con los hechos conforme los propongan las partes, los cuales serán objeto de corroboración durante la etapa probatoria del proceso arbitral.

Lo que se construye o se define en función de conceptos, valores o normas son enunciados relativos a hechos del mundo real o, en el caso de hechos particularmente complejos, versiones de segmentos de experiencia o de sectores de la realidad, que tienen alguna relevancia en el juicio, por lo que en el proceso el hecho es

⁴ En este sentido se manifestaba Cossio cuando enseñaba que el Derecho es cultura (Cossio, Carlos; *El Derecho en el Derecho Judicial*; Ed. Librería El Foro, p. 32). Y en idéntico sentido Chase, Oscar; *Derecho, Cultura y Ritual*; Ed. Marcial Pons, p. 23. Un ejemplo vinculado a este tipo de circunstancias, lo constituye la Ley colombiana de arbitraje (1563 del año 2012), en virtud de la cual señala su art. 60 que en el arbitraje de amigables componedores la decisión que se adopte no se asimila a un laudo, sino que producirá los efectos legales de la transacción, aspecto éste que hace difusa la distinción entre un arbitraje y una conciliación o una mediación. Otro podría estar representado por el llamado “arbitraje oferta” o “beisbol” que constituye un método por el cual cada parte presenta su mejor oferta al tribunal arbitral y queda a discreción del tribunal elegir aquella que más se aproxima a su propia evaluación. Esta técnica de solución de controversias es ampliamente utilizada en EE.UU. para la negociación de contratos de deportistas profesionales, de ahí la denominación de beisbol (Redfern, Alan, Hunter, Martin, con Blackaby, Nigel y Partasides, Constantine; *Teoría y Práctica del arbitraje comercial internacional*, Ed. La Ley, 4ta. Edición, pag. 107, pto. 1-84).

en realidad lo que se dice acerca de un hecho: es la enunciación de un hecho, no el objeto empírico que es enunciado⁵.

Y en segundo lugar, puede encontrarse otro denominador común, representado en este caso por ese tercer estadio que tiene la prueba (luego de su ofrecimiento y producción) que es su valoración, y se refleja en el convencimiento del árbitro o tribunal arbitral sobre cuál de las posiciones que se sostienen es la correcta o verdadera, lo que desde luego deberá encontrar fundamentación suficiente conforme al sistema del que se trate al construir el laudo.

El valor o la importancia que tiene este último aspecto, que desde luego hace al desarrollo del debido proceso legal, permite la obtención de un pronunciamiento dirimente que encontrará su apoyo en la motivación suficiente, a la luz de las probanzas rendidas en la causa a fin de resolver un determinado conflicto.

Esa circunstancia cumple con una finalidad esencial que hace a un derecho fundamental, pues resguarda el derecho de defensa en juicio como puntal esencial de la noción de debido proceso, no solo por el reconocimiento a quien le fuera acogida favorablemente la pretensión que ejerció, sino además porque brindará las razones suficientes para ello, a partir de la valoración de la prueba aportada al proceso, circunstancia que a su vez legitimará a la parte vencida para conocer también las razones por las cuales fue desestimada su posición.

El alcance de lo expuesto hasta aquí, marca la importancia que tiene la valoración de la prueba en un proceso arbitral, y tal como se desprende de la propia Ley Modelo de UNCITRAL (art. 31.2), salvo disposición de las partes en contrario, el laudo deberá tener motivación suficiente para convertirse así en un pronunciamiento

⁵ Taruffo, Michele; *La Prueba de los Hechos*, Ed. Trotta, p. 113. Falcón, Enrique M.; *Tratado de la Prueba*, Ed. Astrea, 2da. ed. act.; T. I, pags. 95 y 121. Ferrer Beltrán, Jordi; *La Valoración Racional de la Prueba*; Ed. Marcial Pons, p. 30. Devis Echandía, Hernando; *Compendio de la Prueba Judicial*, anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. I, p. 75 quien aclara que si bien algunos señalan que el objeto de la prueba son las afirmaciones de las partes y no los hechos, teóricamente las partes tratan de demostrar sus afirmaciones contenidas tanto en la demanda como en las excepciones, en el fondo esas afirmaciones recaen sobre la existencia o inexistencia de hechos y, en todo caso, desde el punto de vista del juzgador, que debe fijar el presupuesto de su decisión, el objeto de la prueba lo constituyen los hechos sobre los cuales recaen las afirmaciones o negaciones.

jurisdiccional válido⁶. Por lo tanto, se analizarán algunos de los aspectos centrales que hacen a los sistemas de valoración de la prueba en el arbitraje.

Conviene señalar, a los fines de destacar la importancia que tiene la motivación del laudo, que existen reglamentos que dejan librado a criterio del árbitro la motivación (o no) del laudo, por ejemplo la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial de la CNUDMI (art. 19.2). En otros queda librado a criterio de las partes este deber de motivación, como por ejemplo el art. 56 de la Ley peruana que dispone en su numeral 1: “todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto...”⁷.

2.- ¿Existen reglas de valoración en el arbitraje?

Corresponde señalar que al mismo tiempo que no existe un solo sistema arbitral, existen variables que corresponderá tener en cuenta, para la interpretación de la existencia de reglas que apunten a la valoración de los medios de prueba rendidos en un proceso arbitral.

Es sencillo inferir que son distintos sistemas los que provienen de las fuentes del derecho continental o civil law, de aquellos que se originan en el sistema del common law.

Es bien sabido que la prueba en los sistemas de derecho continental se ofrece en los escritos postulatorios, para luego ordenarse su producción y finalmente se

⁶ Estos aspectos son prácticamente replicados en la Ley española de Arbitraje 60/2003 en su art. 37.4

⁷ Esta particularidad se puede observar en distintos reglamentos de tribunales arbitrales, como por ejemplo en el Reglamento de la American Arbitration Association (art. 46); en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (art. 27.4); en el Reglamento de la London Court International Arbitration (art. 22.1); en el Reglamento de la International Centre for Dispute Resolution (ICDR – art. 22.7); en el Reglamento de la Singapore International Arbitration Centre (SIAC - art. 19.2); en el Reglamento de la Hong Kong International Arbitration (HKIAC – art. 22.2); en la Arbitration Act de 1996 inglesa (art. 34.1); en la Ley Española de Arbitraje 60/2003 (art. 25.2). Siendo de destacar en línea con ello que no contienen ningún tipo de disposiciones en esa materia por ejemplo la legislación suiza en materia de arbitraje que se encuentra en la tercera parte del Código Procesal Civil; tampoco contiene disposiciones relativas a la valoración de la prueba la ley brasileña de arbitraje 9.307 de 1996; ni tampoco el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

cerrará el debate con la valoración de los medios producidos que resulten relevantes y conducentes.

Por el contrario en los sistemas que siguen los lineamientos del common law, en general existe un período previo con el descubrimiento (discovery) de pruebas que llevan a un desarrollo diverso en el procedimiento, aunque finalmente en un proceso arbitral también se concluya también con una valoración de los medios de prueba.

En los procesos arbitrales, en general se dan estas características, según el ámbito en el que se desarrollen y el sistema aplicable, lo cual se verá reflejado en las normas que contienen los reglamentos de las distintas instituciones que ofrecen sus servicios de arbitraje, como el caso de la Cámara de Comercio Internacional, o la Corte de Londres, o la de Madrid, la diferencia –con los procesos judiciales- es que estos reglamentos tratan de componer sistemas neutros, las cuales en su mayoría siguen los lineamientos de la Ley Modelo de CNUDMI, que desde luego no resulta imperativa, sino que constituye lo que se ha denominado Soft Law para los arbitrajes internacionales, más allá de su recepción legislativa en muchos países del mundo, como hace relativamente poco tiempo lo ha hecho Argentina⁸, e incluso en los reglamentos de instituciones como las mencionadas.

Todo ello, desde luego sin perjuicio de que las partes opten por un arbitraje ad hoc en lugar de uno institucional, supuesto en el cual las partes decidirán las normas a las cuales ajustar el procedimiento probatorio, supuesto típico en el cual se suelen ajustar a las pautas que surgen de las reglas de la International Bar Association (IBA) en materia de prueba, variante a través de la cual también se delega en el tribunal la función de la admisibilidad, pertinencia y valoración de la prueba.

Y ¿cuáles serían las pautas a observar para la valoración de la prueba conforme la Ley Modelo? No existe una norma concreta que señale ese aspecto. Por el

⁸ Que adoptó sus lineamientos a través de la ley 27.449

contrario surgen directivas que deberán observar tanto las partes como el tribunal que intervenga.

Básicamente señala el art. 18 de la Ley Modelo que deberá respetarse la igualdad en el tratamiento de las partes, para que cada una de ellas tenga la oportunidad de hacer valer sus derechos, y continúa el art. 19 disponiendo que las partes tendrán la posibilidad de diseñar el procedimiento que estimen corresponder; y la segunda parte de esa norma señala textualmente que: “a falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y **el valor de las pruebas**”.

Con lo cual, como se puede inferir –y en general es receptado en la mayoría de las instituciones que brindan servicios de arbitraje- se deja librado a criterio del tribunal, salvo disposición en contra de las partes, la facultad que hace a la admisibilidad, pertinencia y valoración de la prueba, aspecto éste último fundamental a tener en cuenta toda vez que hace a la motivación de un laudo.

Es de destacar que la libertad que se le brinda a los tribunales arbitrales con relación a la prueba, es tan amplia que existen reglamentos en los que se deja librado a criterio, no ya de las partes sino del árbitro, el acto de motivar o no un laudo⁹.

Pero existe otro aspecto a tener en cuenta en la Ley Modelo que tiene un impacto importante en los procesos arbitrales, que surge del inciso primero del art. 28 y alude al derecho aplicable al caso, señalando concretamente que el tribunal deberá

⁹ En la Reglas de Arbitraje Comercial de la American Arbitration Association. Así se dispone: R-46. Form of Award: ... b) The arbitrator need not render a reasoned award unless the parties request such an award in writing prior to appointment of the arbitrator or unless the arbitrator determines that a reasoned award is appropriate (No es necesario que el árbitro dicte un laudo motivado, a menos que las partes lo soliciten por escrito antes del nombramiento del árbitro o a menos que el árbitro determine que es apropiado un laudo motivado). Como ya fuera señalado, este aspecto también así fue concebido en el art. 31.2 de la Ley Modelo de UNCITRAL que dispone: El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa...

observar aquel derecho elegido por las partes, con la salvedad que deberá entenderse por tal al derecho sustancial.

Y por vía de ejemplo, es de destacar que en el derecho argentino, existen normas en el Código Civil y Comercial de la Nación, que es un ordenamiento prácticamente nuevo pues su vigencia data del año 2015 y, por cierto no existen dudas que constituye derecho sustancial, que señala varios supuestos sobre la eficacia probatoria de determinados instrumentos, en tanto se reúnan las condiciones que allí se indican¹⁰, con lo cual el valor probatorio de algunos instrumentos ya viene puesto – como prueba legal- por el legislador.

3.- El impacto del Soft Law

Salvo el último ejemplo brindado respecto al derecho sustancial de Argentina, lo que se lleva expuesto, no solo con relación a la Ley Modelo de CNUDMI, sino además a distintos reglamentos de arbitrajes, dan cuenta de lo que se conoce como Soft Law, es decir aquellos cuerpos normativos que no tienen carácter imperativo pero que si conforman parte de la denominada “Lex Mercatoria” que de alguna manera tiene sobrada importancia en el arbitraje pues en las prácticas usuales las partes deciden ajustarse a ella¹¹.

¹⁰ El art. 296 dispone: Eficacia probatoria.- El instrumento público hace plena fe: a) En cuanto a que se ha realizado el acto, la fecha, el lugar y los hechos que el oficial público enuncia como cumplidos por él o ante él hasta que sea declarado falso en juicio civil o criminal. b) En cuanto al contenido de las declaraciones sobre convenciones, disposiciones, pago, reconocimientos y enunciaciones de hechos directamente relacionados con el objeto principal del acto instrumentado, hasta que se produzca prueba en contrario.

En idéntico sentido se dispone cuál es el valor probatorio de las actas en el art. 312; o bien el valor probatorio de los instrumentos particulares en el art. 319.

¹¹ Es muy común que las partes en los arbitrajes se ajusten a ese Soft Law (derecho blando), que en sus orígenes –como fue señalado- partió de los usos y costumbres mercantiles hasta que cobró envergadura cuando algunas instituciones comenzaron con la normativización de ese tipo de pautas, como por ejemplo las normas sobre ética o sobre prueba de la International Bar Association; las INCOTERMS que constituyen la abreviatura del inglés de términos comerciales internacionales, que son las que permiten el desarrollo de pautas universalmente aceptadas en el comercio para la compraventa de mercaderías cuando se trata de contratos internacionales, entre muchas otras, desde luego con la implicancia que todo ello

Esa Lex Mercatoria comenzó a gestarse cuando el comercio superaba los límites de los feudos y de las naciones, como regulación que superaba los derechos locales y tendía a la universalización dentro de su época, y ese derecho que no era más que el derecho consuetudinario, apoyado en usos y costumbres comerciales apareció con gran potencia para regular básicamente el comercio a distancia y todo aquello que se vinculaba a la navegación comercial¹².

Este aspecto en los sistemas arbitrales importa destacarlo toda vez que a través de ese derecho “suave”, que no tenía carácter obligatorio, salvo que las partes decidieran ajustarse a sus preceptos, se fue gestando en el ámbito del derecho internacional su especial reconocimiento¹³.

Por lo tanto, cobra una especial relevancia para dirimir los sistemas de valoración probatoria, tener en cuenta la incidencia que eventualmente pueda tener, por un lado, el derecho aplicable, y por otro aquellos principios, usos y costumbres que comercialmente han tenido favorable acogida por la comunidad de negocios, sirva como

tiene para la valoración de la prueba, sea porque contemplen aspectos en particular al efecto o bien que dejen librado a criterio del tribunal esa tarea.

¹² De Trazegnies Granda, Fernando; *Lex Mercatoria Rediviva: De la Edad Media a la Posmodernidad*; Revista Peruana de Arbitraje 3/2006, Ed. Jurídica Grijley, p. 19 y ss. Galgano, Francesco; *La Globalización en el Espejo del Derecho*; Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 41.

¹³ Sirva como ejemplo que el art. 38 de la Corte Internacional de Justicia dispone que: “La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 59.

Cabe aclarar que el art. 59 señala que las decisiones de la Corte producen efectos solamente entre las partes involucradas y con respecto al caso en concreto que se decide.

En línea con ello señala Taruffo que el derecho de la economía globalizada es Soft, flexible, variable, de origen en gran medida contractual, de todas formas no estatal, y se asemeja a una red horizontal que conecta varios puntos situados en cualquier parte del mundo (Taruffo, Michele; *Sobre las Fronteras – Escritos sobre la justicia civil*; Ed. Temis, p. 97.).

ejemplo en este sentido, que el Convenio CIADI, ha receptado este tipo de pautas a tener en cuenta para decidir¹⁴.

Ese derecho consuetudinario que se gestó a través del tiempo, precisamente por los propios comerciantes, por las normas contractuales a las que se ajustaban, por el desarrollo que han tenido los instrumentos de pago o de crédito que nacieron bajo ese influjo ya desde la baja Edad Media, como incluso por la jurisprudencia gestada desde los tribunales constituidos directamente por los gremios que operaban en el área comercial, se fue estructurando un derecho con un fuerte contenido técnico que proviene de ese mundo de los negocios, que lleva a un derecho espontáneo que se lo identificó bajo la denominación de *Lex Mercatoria* como una expresión de la *business community* o *societas mercantile*¹⁵.

Con lo cual resulta absolutamente aceptable, y más aún cuando es decisión de las partes así convenirlo, que la *Lex Mercatoria* sea interpretada como aquellas prácticas o usos transnacionales en materia comercial, que puede surgir de diversas fuentes, como las de hecho, que significan esas prácticas, o de derecho, como antecedentes jurisprudenciales de tribunales tanto arbitrales como estatales, o incluso doctrina.

¹⁴ Cabe destacar que dicha regulación es producto del Convenio de Washington del año 1965, que dio origen al Banco Mundial y dentro de dicho organismo al Tribunal de Arbitraje para el arreglo de conflictos de carácter internacional referidos fundamentalmente a los arbitrajes de inversión. De tal forma en el art. 42 del Convenio se señala que: (1) El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables. (2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley. (3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*.

¹⁵ De Trazegnies Granda, Fernando; *op. cit.*, p. 34; Galgano, Francesco; *Ob. cit.*, p. 71; es de destacar en la obra de Galgano, la cita que formula a dos antecedentes jurisprudenciales coincidentes. Uno de ellos de la Casación francesa del 22 de octubre de 1991, y el otro de un tribunal italiano (Trib. Busto Arsizio), del 17 de octubre de 2003. En ellos se señala que la *Lex Mercatoria* está constituida por “reglas de derecho” verdaderas y propias, que las partes pueden válidamente elegir en lugar de cualquier derecho estatal, y las pueden elegir, en el arbitraje internacional los mismos árbitros, si las partes les cedieron a ellos la elección del derecho aplicable. Agregando el tribunal italiano que la *Lex Mercatoria* es un “ordenamiento consuetudinario autónomo respecto a los ordenamientos estatales” y que el arbitraje internacional es la sede idónea a juzgar los hechos que se ponen den contraste con la nueva *Lex Mercatoria*.

De tal forma es una práctica habitual que las partes decidan ajustarse a las Reglas de Praga¹⁶ para la práctica de su prueba, o bien a las Reglas de la International Bar Association (IBA), que como fuera adelantado no se aparta de los parámetros de la Ley Modelo.

El art. 9 de esas reglas IBA, que constituye un ordenamiento de uso tradicional, señala que el tribunal arbitral determinará la admisibilidad, relevancia, importancia y valor de las pruebas, con lo cual se advierte que dicho ordenamiento se encuentra en línea con lo normado por la Ley Modelo.

En idéntico sentido se le brinda la potestad al tribunal de excluir un medio de prueba, sea de oficio o a instancia de parte, cuando lo considere irrelevante para dilucidar el pleito, más allá de otra serie de razones que se brindan entre las cuales se destaca la última que señala: “consideraciones de economía procesal, proporcionalidad, justicia o igualdad entre las partes que el tribunal arbitral estime suficientemente relevantes”.

Estos fundamentos que se brindan apuntan al sostenimiento de los principios básicos del arbitraje que son la sencillez de los procedimientos, la economía procesal que persiguen y, el resguardo de los derechos de las partes, sobre todo con relación a la confidencialidad que pueda existir con relación a documentación sensible que se requiera para la causa.

No obstante ello, también surgen pautas de discernimiento que deberá observar el tribunal en tanto las partes hayan decidido adoptar las Reglas IBA para la práctica de sus pruebas. Ello surge de los numerales 9.5 y 9.6 de esas reglas, que disponen:

¹⁶ Su nombre completo es: Reglas sobre la tramitación eficiente de los procedimientos en el arbitraje internacional, conocidas como “Reglas de Praga”, y constituyen otra manifestación sobre lo que se ha denominado Soft Law.

El primero de ellos: “Si una parte no suministrare, sin explicación satisfactoria, un documento requerido en una solicitud de exhibición de documentos que ella no hubiera objetado en debido tiempo o no presentara un documento que el tribunal arbitral hubiera ordenado aportar, el tribunal arbitral podrá inferir que ese documento es contrario a los intereses de esa parte”.

Y el siguiente: “Si una parte no cumpliera, sin explicación satisfactoria, con poner a disposición cualquier otra prueba relevante (incluyendo testimonios) solicitada por una parte frente a la cual la parte requerida no hubiera objetado en debido tiempo o no cumpliera con poner a disposición cualquier prueba, incluyendo testimonios, que el tribunal arbitral haya ordenado practicar, el tribunal arbitral podrá considerar que esa prueba es contraria a los intereses de esa Parte”.

Estos aspectos, marcan una impronta muy peculiar de esas normas del denominado Soft Law, que no es otra que la presunción que imponen al tribunal, derivado de la conducta omisiva de alguna de las partes, circunstancia que da pie a analizar los distintos sistemas de valoración que resultan dables de observar por un tribunal.

4.- Los sistemas de valoración

Como fuera adelantado, en el arbitraje no existe un único sistema de valoración de la prueba, baste señalar como ejemplo la diversidad entre los sistemas del common law y los del civil law. Mientras en los primeros predomina en el ámbito civil el *preponderance of evidence* (preponderancia de las pruebas), o el *balance of probabilities o preponderance of evidence* (balance de probabilidades o preponderancia de la evidencia), en los países del civil law no existe un equivalente a esos estándares de prueba, y se utilizan reglas de valoración de la prueba, destacando entre ellas las reglas de la sana crítica, entendido como sistema de libre valoración motivado¹⁷.

¹⁷ Lluch, Xavier Abel; La dosis de prueba: entre el common law y el civil law; www.cerventesvirtual.com

La importancia de advertir estos aspectos básicos radica, en lo que se ha desarrollado hasta aquí, que no existen estándares de prueba determinados, sino que la regla que resulta habitual es dejar en manos del tribunal la tarea de admisión, pertinencia y valoración de la prueba, brindándosele para ello total libertad, como se desprende claramente de la Ley Modelo de UNCITRAL antes señalada, como igualmente de los usos y prácticas mercantiles representados por el impacto que genera el Soft Law.

Para mayor claridad, se señalará que por estándar de prueba debemos entender aquél grado de certeza que mínimamente permite afirmar que una hipótesis ha sido confirmada¹⁸, aspecto que como se ha visto hasta aquí se difumina en el ámbito del arbitraje por no existir una metodología de trabajo preconcebida, sino que por el contrario resulta un lugar común que ello quede en manos del tribunal, quien decidirá sobre la admisibilidad, pertinencia y valorará la prueba según mejor estime corresponder.

Por lo tanto, jugarán aquí aspectos que exceden un marco legal, sea este imperativo, o se trate de la observancia de las pautas que brinda el Soft Law, o aún sea un marco convencional, toda vez que la actividad de valoración es esencialmente subjetiva y por ende en ella intervienen valores, factores psicológicos, culturales, entre otros. Todo esto es perfectamente válido e inherente a la naturaleza humana de la actividad de juzgar; sin embargo, lo que si resulta imprescindible es que esta actividad de valoración respete determinadas reglas lógicas básicas, como es el caso de los principios que rigen un razonamiento formalmente válido, siendo imprescindible además que sea explicitado a través de la motivación en el laudo¹⁹.

¹⁸ Ferrer Beltrán sostiene que los estándares de prueba son reglas que determinan el nivel de suficiencia probatoria para que una hipótesis pueda considerarse probada o suficientemente corroborada a los efectos de una decisión sobre los hechos (Ferrer Beltrán, Jordi; Prueba sin convicción – Estándares de prueba y debido proceso; Ed. Marcial Pons, p. 109).

¹⁹ Arrarte Arisnabarreta, Ana María; La actividad probatoria en el arbitraje y la colaboración judicial en la generación de prueba; *Advocatus* nro. 26, sec. Doctrina, p. 203.

De lo expuesto se desprende que en todos los casos, más allá del sistema que se utilice para que una decisión se pueda reputar como válida, porque respeta los parámetros del debido proceso, resulta imprescindible su motivación, esto es, las razones por las cuales el tribunal estima que un medio de prueba resulta preponderante frente a otro, y haya permitido la subsunción de los hechos materia del proceso, en general expuestos con versiones contradictorias, lo que lleva a que el tribunal precise los medios de prueba en los que sustenta su decisión.

En materia arbitral, no existe la posibilidad de revisar lo decidido por el tribunal en punto a la valoración que hizo sobre los medios de prueba producidos en el proceso, porque esa resulta una tarea de su exclusiva incumbencia, por lo que no se admite la disconformidad con el método de valoración o con los resultados obtenidos para sustentar una eventual anulación del laudo²⁰.

En consecuencia, a los fines de concentrar la tarea en aspectos que hacen a la formación de los abogados en la órbita del derecho continental, y sin perjuicio de que se han señalado aspectos que tienen que ver con otras pautas de valoración de las pruebas como los estándares que existen en el common law para el proceso civil, como asimismo la disponibilidad que se le brinda a los árbitros para valorar la prueba según surge de la Ley Modelo y de los reglamentos de instituciones arbitrales que siguen sus lineamientos, como asimismo surge del derecho positivo de algunos países, es importante tener registro de la influencia que ejercen las pautas culturales que hacen a la formación de las personas para evaluar esos medios de prueba.

Y en general en países hispanoparlantes existe un sistema prácticamente aceptado de manera uniforme, como el de la sana crítica, como método que permite la racionalidad en el análisis de los medios de prueba rendidos en un proceso, por lo que señalaremos algunos de los aspectos que permitan su identificación y conceptualización.

²⁰ *Ibíd*em; op. cit., p. 216. En idéntico sentido se ha pronunciado la ponente Polo García, Susana; quien señaló que la valoración de la prueba es una actividad subjetiva y personal del árbitro y, por tanto, no revisable; sentencia STSJ M 7700/2015, nro. de recurso 87/2014; nro. de resolución 50/2015. Procedimiento de nulidad de laudo arbitral (www.leyprocesal.com).

5.- El rol de la sana crítica como método predominante en el sistema continental

Conforme esas pautas culturales a las que se ha hecho referencia, que se siguen en los sistemas del civil law, podría constituir caer en un lugar común clasificar los sistemas de valoración de la prueba entre las pruebas legales o libres, o de libre convicción, como señala Couture cuando alude a la doctrina tradicional europea²¹.

Señala Couture que las pruebas legales son aquellas en las cuales la ley señala por anticipado al juez el grado de eficacia que debe atribuir a determinado medio probatorio (también denominada prueba tasada). Al efecto refiere que la vieja legislación española anterior a la codificación ofrece el más variado panorama de pruebas legales, así en el Fuero Viejo de Castilla variaba el número de testigos según el litigio versara sobre muebles o inmuebles. Otro ejemplo resulta del Fuero Real de España en el cual por vía de principio estaba excluido, el testimonio de la mujer²².

Luego distingue Couture dentro de lo que antes señalaba como libre convicción, una tercera categoría que es la sana crítica, que importa que el juzgador no sea libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Para él, como para la mayoría de la doctrina, a la sana crítica se la interpreta como la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento, por eso las interpreta como reglas del correcto entendimiento humano, en donde interfieren las reglas de la lógica y de la experiencia del juzgador²³.

En general, cuando se alude a las reglas de la sana crítica, aparece difuminada su conceptualización, aunque es común sostener que en la valoración de la prueba el juez debe observar esas reglas, a la luz de los principios de la lógica, la ciencia

²¹ Couture, Eduardo J.; Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ed. Depalma 3ra. ed., p. 268.

²² *Ibidem*, p. 269.

²³ *Ibidem*, p. 270 y ss.

y las máximas de experiencia, lo cual es una identificación tan somera como imprecisa, y que atiende más a los aspectos subjetivos de cada integrante de un tribunal –como fuera señalado- que a una concepción concreta o definida de esas reglas.

Sin embargo, Falcón²⁴ hizo un estudio histórico del sintagma “sana crítica”, que lo llevó a determinar que el origen del término en el campo jurídico se encuentra en el Reglamento del Consejo Real de España (arts. 147 a 148) del año 1846. Y destaca que el término sana crítica fue expuesto por vez primera por D´Alembert, en el Discurso Preliminar de la Enciclopedia Francesa, refiriéndose al nacimiento de las ciencias posteriores a la escolástica, y dice que antes de Descartes “las leyes de la sana crítica eran generalmente ignoradas”.

Esta obra de 1751 fue el origen del término español, pues el Diccionario de la Academia Española solo incorpora la voz “sana crítica”, como una variante de la 5ta. acepción de “sana” definiéndola como “libre de error o de vicio” en la 12da. edición de 1889²⁵. Señala Falcón –citando a Bentham que desarrolló la evolución que se produjo a partir de esta concepción, que a medida que los conocimientos psicológicos fueron desarrollándose, se han abandonado aquellos medios singulares y extravagantes a los que se tenía que recurrir para la investigación de las verdades legales, como las ordalías, los combates judiciales, los juramentos expurgatorios, las torturas, los lógicos han reemplazado a los exorcistas y a los verdugos.

Concluye que la sana crítica puede ser conceptualizada como un conjunto de preceptos o reglas para juzgar la verdad de las cosas (o los hechos en el campo jurídico), libre de error o de vicio. Pese a ello, reconoce Falcón –con cita de Sentis Melendo- que “nadie nos ha podido decir: ni las leyes, ni la jurisprudencia, ni la

²⁴ Falcón, Enrique M.; Ob. cit., 2da. ed.; Ed. Astrea, T. I, p. 658 y ss.

²⁵ Coincide con lo expuesto por Falcón, Barrios González, Boris; Teoría de la sana crítica – Interpretación, valoración y argumentación de la prueba, Ed. Ubijus, México, 2017, pags. 32 y ss.

doctrina qué es la sana crítica o cuáles son esas reglas”, aunque destaca que en los países no hispanoamericanos prácticamente se desconoce el término²⁶.

Como fuera expuesto, la formación de los abogados, que en la gran mayoría de los casos integran un tribunal arbitral, más allá que se admita su integración con otro tipo de especialistas, hace que sus pautas culturales no puedan quedar de lado, y esa formación lleva a los que estamos formados en la órbita del derecho continental, a reconocer la importancia de las reglas de la sana crítica como parámetro o estándar al tiempo de valorar la prueba.

Por lo tanto, luego de su investigación histórica sobre el origen del término sana crítica Falcón se pregunta ¿dónde están esas reglas? Y su respuesta es que debemos encontrarlas en las ciencias, en la técnica, como derivado necesario de la ciencia en su aplicación, en las reglas de la experiencia, en la lógica, tanto como marco de las actividades científicas, técnicas o experimentales como por la vía argumental en la exposición de un laudo, elementos todos sometidos al marco de una determinada normativa jurídica, cuyas reglas integran también la sana crítica²⁷, dándole así un valor epistémico al procedimiento que propone.

Para tomar algunos ejemplos, que influyen en la cultura y los hábitos naturales de las personas, como los abogados formados en el derecho continental, obsérvese que la Ley de Enjuiciamiento Civil española, dispone en su art. 34 inc. 2 que en el arbitraje internacional los árbitros decidirán conforme a las reglas elegidas por las partes, pero de tratarse de un arbitraje doméstico o incluso de uno internacional sujeto a la legislación española con árbitros españoles siendo un arbitraje de derecho, en donde

²⁶ En idéntica línea se ha expedido Barrios Gonzalez, Boris, ob. cit., p. 31.

²⁷ Prácticamente en concordancia con esa conceptualización, sostiene Barrios Gonzalez que la sana crítica puede ser entendida como el sistema, técnica y arte de juzgar atendiendo a la bondad y verdad de los hechos, sin vicios ni error, mediante la lógica, la experiencia la equidad y las ciencias y artes afines y auxiliares y la moral, para alcanzar y establecer, con expresión argumentativa, la certeza sobre la prueba que se produjo en el proceso (Ob. cit., p. 34).

el tribunal debe estar integrado por abogados²⁸, no se puede presumir que se dejará de lado la sana crítica para valorar la prueba libremente, sino que será una libertad que debe estar motivada, lo que acerca la situación a las reglas de la sana crítica.

La propia Ley de Enjuiciamiento Civil contempla esas reglas para la prueba de testigos (art. 316 inc. 2), para la prueba documental (art. 326), para la prueba pericial (art. 348). Igualmente la Ley Española de arbitraje en su art. 25 brinda total libertad a los árbitros para expedirse sobre la admisibilidad, pertinencia y valoración de la prueba, y el art. 34 en su numeral 2 señala que si las partes no indican las normas jurídicas que consideren para su caso, ellos podrán aplicar las que estimen más convenientes, por lo que resulta evidente que su formación, y sus pautas culturales, lo acercarán a resolver a través de un procedimiento racional y lógico que se ajuste a las reglas de la sana crítica.

Lo mismo sucede con un arbitraje que deba desarrollarse en Argentina y se deba aplicar la ley argentina, más allá que el Código Civil y Comercial, como fuera señalado, contempla el valor probatorio de algunos medios de prueba, el art. 386 del Código Procesal Nacional señala que para la apreciación de la prueba, salvo disposición legal en contrario (esto es tener en cuenta la prueba legal o tasada), los jueces formarán su convicción conforme las reglas de la sana crítica. En línea con ello, señala el art. 176 del Código Procesal de Colombia que las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica.

Por lo tanto, toda vez que, en líneas generales, en los países recipiendarios del derecho continental –en su mayoría- se siguen esos lineamientos, más

²⁸ Es de destacar que la Ley española de arbitraje se modificó en este aspecto requiriéndose que en los arbitrajes de derecho, los integrantes del tribunal deben ostentar la condición de juristas, a fin de afianzar así el principio de seguridad jurídica. El día 21 de mayo se publicó en el BOE la Ley 11/2011, del 20 de mayo, que reforma da Ley 60/2003, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado, siendo su entrada en vigor a los veinte días de su publicación y pudiendo consultarse su texto en el siguiente enlace: <http://www.boe.es/boe/dias/2011/05/21/pdfs/BOE-A-2011-8847.pdf>.

allá de la libertad que se le brinda a los árbitros para decidir la forma que mejor estimen corresponder para valorar la prueba, la pregunta que cabe es ¿cuáles serían esas reglas?

Falcón, ha desarrollado una especie de recorrido, que permite la identificación de determinadas pautas a tener en cuenta para que se pueda concluir en un procedimiento de valoración lógico, racional y sobre todo controlable por las partes²⁹.

El primer aspecto que corresponde tener en cuenta, e indica que podría considerarse como la primera regla, pues cuando hablamos de la versión de los hechos dados por las partes, que deben ser acreditados en autos, es precisamente que esos hechos estén alegados por las partes y resulten conducentes para decidir el litigio, porque se trata de hechos fundantes de una determinada pretensión, por lo cual se podría construir señalando que está representada por los hechos alegados por las partes que resulten conducentes para decidir el litigio.

La segunda regla también vinculada a los hechos, apunta a la controversia sobre ellos, pues si la primera regla señala que se deberán tener en cuenta aquellos hechos alegados por las partes que sean fundantes de su pretensión, esos hechos a su vez deberán estar controvertidos, pues están exentos de prueba aquellos reconocidos por ambas partes, entre otras variantes de hechos exentos de prueba (como los imposibles, los evidentes, o los notorios, entre otros).

La tercera regla apunta a observar si existe prueba legal o tasada, pues es probable que el árbitro, conforme el derecho elegido por las partes para la resolución del conflicto, se vea compelido a respetar la eficacia probatoria de determinados hechos puesta de antemano por el legislador.

La cuarta regla apunta al análisis de los medios probatorios desde un punto de vista estático, ya que algunos medios de prueba tienden a ser más fiables que otros y además pueden resultar más certeros, por lo que esa fiabilidad permitirá un

²⁹ Falcón, Enrique M. ; Ob. cit., pags. 671 y ss.

ordenamiento de esos medios de prueba, pues de ellos se desprenderá el conocimiento que aportan esas probanzas.

La quinta regla por oposición a la anterior requiere de un análisis dinámico de los medios de prueba, pues esa apreciación permitirá la extracción de un conocimiento mucho más afinado sobre lo que arrojó la prueba del proceso. Es evidente que en el proceso habrá una historia que es contada de dos maneras distintas, por lo que este análisis dinámico permitirá confrontar los hechos acreditados con las versiones que sobre ellos brindaron las partes. Por lo tanto, del contraste de cada hecho de la historia con los medios de prueba que se disponga, permitirá determinar tanto la certeza sobre lo sucedido como asimismo aquello que si bien forma parte de alguna de las historias no fue probado. Así esta quinta regla permitirá advertir en la faz dinámica la búsqueda de los medios idóneos correspondientes a cada hecho.

La sexta regla impone no atenerse a un análisis particularizado y atómico de los hechos porque esto puede llevar a confusión. Toda historia corresponde a un conjunto de hechos coordinados, según una secuencia narrativa, por lo cual a la luz de la teoría general de los sistemas, el todo es distinto a cada una de las partes que lo componen, por lo que ciertas evaluaciones provisionales pueden quedar modificadas al ser examinada la prueba en conjunto con todos los elementos de juicio. En este punto Falcón señala que esta regla podría expresarse así: los medios de prueba se examinan en su conjunto y se los coordina con los hechos para obtener una solución única³⁰.

La séptima regla que correspondería tener en cuenta serían las presunciones que a modo de amalgama permitan ligar cada uno de los acontecimientos dispersos en una narración final completa. Estas presunciones hominis pueden ser complementarias de los medios probatorios, o bien constituir por sí mismas escalones

³⁰ En idéntico sentido se expide Ferrer Beltrán quien señala que: “debe advertirse que, si bien una decisión sobre los hechos no puede realizarse sin esa valoración conjunta, ésta no puede ser utilizada para evitar la valoración concreta de cada una de las pruebas aportadas. Es más, solo después de valoradas individualmente las pruebas, podrá hacerse con rigor una valoración conjunta de las mismas (Ferrer Beltrán, Jordi; La valoración... cit., p. 56).

de convicción, pues se articulan sobre el modo normal de suceder las cosas, aspecto que guarda relación con aquel estándar de prueba del common law que apunta al balance de probabilidades.

Como octava regla señala Falcón a la duda y la carga de la prueba, pues puede acontecer que no obstante todos los actos cumplidos, no se pueda resolver la causa porque los medios de prueba resultan insuficientes, o porque no permiten llegar a una conclusión útil, o incluso porque llegado el momento de decidir se tengan dudas respecto de cuál relato de las partes se ajusta a la realidad con mayor certeza. Aquí viene a jugar la carga de la prueba, constituyéndose en una regla técnica para el árbitro o el juez, pues se deberá desestimar la posición de aquella de las partes que tenía a su cargo probar determinados extremos y no lo hizo³¹.

La novena y última regla, para el caso que las partes no hayan dispuesto algo en contrario en el arbitraje, debe permitir la exposición razonada de todo el procedimiento desarrollado. Esto es la exposición de cada uno de los pasos a través de un razonamiento lógico, que permite justificar la certeza a la que ha accedido respecto a los hechos en que se sustenta una determinada relación jurídica, aspecto que le permitirá aquí también analizar la conducta de las partes que puede corroborar el acceso a la verdad que se reconstruyó en el proceso.

De tal forma en esta última regla se expondrá el desarrollo de la investigación realizada y las conclusiones a las que se llegó sobre el conflicto, narrando todo ello de modo que el relato demuestre la certeza que se adquirió a través de un procedimiento racional y controlable, que está libre de error o de vicio y permite la motivación necesaria del laudo con sentido epistémico.

³¹ Coincide con Falcón, Hernando Devis Echandía, quien sostiene que debe entenderse que es una regla para el juzgador o regla de juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión (Devis Echandía, Hernando; Ob. cit., T. I, p. 196. En línea con ello el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI señala en su art. 27.1, que lo destacan Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides que es una práctica habitual de los tribunales arbitrales solicitar a cada parte que pruebe los hechos en los que fundamenta su caso, con excepción de las afirmaciones obvias o notorias o que no requieran ser probadas (Ob. cit., p. 427).

La lógica –señala Falcón- es la que preside todo el sistema de las reglas de la sana crítica, como un marco generador al cual corresponde proponerle, por un lado, las reglas de correspondencia adecuadas con la realidad; y por otro, como articulación genérica en el desenvolvimiento de los juicios (tal sucede, específicamente en las presunciones). También se encuentra la lógica en un área más acotada a nuestros intereses en la argumentación³².

No obstante ello, alguna línea de la doctrina interpreta que un análisis de esta índole sería como “pretender procesalizar la labor probatoria de los árbitros”, pues discurre por los cauces de la motivación racional, el sentido común o la sana crítica, y se considera que ello entronca con un orden constitucional y, por ende, orden público en su vertiente procesal, razón por la cual se sostiene que una interpretación de esa índole equipara las causales de impugnación de sentencias con las del laudo y, por esa vía, se desnaturalizaría el arbitraje, so pretexto de sostener que el laudo es absurdo o ilógico³³.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta, para un análisis de esta índole, que en un arbitraje –tanto doméstico como internacional- es necesario que se observe el derecho elegido por las partes para resolver el caso, y su impacto en el caso, como igualmente la tarea de los árbitros que consiste en evaluar la prueba rendida en una causa, que –como fuera señalado- es esencialmente subjetiva, para lo cual tendrá una influencia fundamental, la formación de los árbitros y sus pautas culturales.

De ello no puede inferirse ni una concepción “procesalista” para analizar la prueba, y aún si existiera, tampoco constituye una derivación lógica la interpretación que se hace con respecto a las causales de nulidad de un laudo, que como fuera expresado, lejos está de constituir una causal la valoración que se haya hecho sobre la prueba rendida en el proceso arbitral.

³² Ibidem, p. 688

³³ Loza, Juan Manuel; La motivación de la prueba en el arbitraje local: énfasis en arbitrajes de construcción y la aplicación del art. 1332 del Código Civil; Forseti, Revista de Derecho, volumen 8, nro. 12, Lima 2020, p. 20-43.

Conviene distinguir a esta altura, que el procedimiento descripto no debe llevar a confusión cuando los árbitros deban resolver como amigables componedores, o conforme a equidad, o según su conciencia, o ex aquo et bono, o según su leal saber y entender, o a verdad sabida y buena fe guardada³⁴, frases todas que indican que no debe actuar como un árbitro de derecho, sino equitativamente, circunstancia que no lleva a la total desestimación de la normativa que esté involucrada, sino que más allá de que la puede aplicar, también la puede dejar de lado para arribar a una decisión más justa y apropiada para resolver el conflicto, que en general la doctrina reconoce como una morigeración de la normativa y que Barrios de Angelis denominó “la dulcificación de la ley”, a fin de evitar la dureza de su aplicación, cuando las circunstancias así lo exijan³⁵.

Ello en razón de que esa valoración que debe realizar el árbitro en la distinción que hace Ferrer Beltrán, sea el arbitraje derecho o de equidad, requiere que se distingan, por un lado el conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; y por otro, por la valoración concreta de esos elementos; para luego finalmente adoptar la decisión propiamente dicha³⁶.

Es decir que constituye un paso previo para adoptar la decisión que se estime corresponder para resolver el conflicto, la valoración previa de la prueba sobre cuya base luego se construirá la decisión final, y en su caso, si el tribunal debe actuar como amigable componedor, podrá adoptar alguna de las posturas como las señaladas a fin de arribar a un pronunciamiento más justo según las circunstancias del caso.

6.- A modo de conclusiones

³⁴ Señala Barrios de Angelis, que bajo esas distintas denominaciones a través de las cuales se trata de identificar a la equidad desde el viejo Derecho Romano, pasando por el Derecho Francés, Inglés y Español, se le da sentido semejante a todas esas frases, como las que se señalan (Barrios de Angelis, Dante; El Juicio Arbitral; Ed. Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo, R.O.U., 1956, p. 44.

³⁵ Barrios de Angelis, Dante; Ibidem, p. 45.

³⁶ Ferrer Beltrán, Jordi; Ob. cit., Ed. Marcial Pons, p. 41.

El arbitraje se caracteriza por su dinamismo, el cual se ve reflejado –entre otros aspectos- por la adaptación que hacen las instituciones especializadas al brindar ese servicio, que por ejemplo se refleja en los ajustes que periódicamente reciben sus reglamentos orgánicos.

No obstante, los afluentes que coadyuvan a la valoración de la prueba en un proceso arbitral pueden proceder de distinto tipo de fuentes, unas podrán ser legales, otras convencionales, pero siempre dependerá de la opción que las partes hayan ejercido, aunque lo cierto es que la remisión a sistemas del Soft Law, que en materia de arbitrajes internacionales cobra una preponderancia fundamental, son los lineamientos marcados por la Ley Modelo los que le dan una impronta muy particular a la valoración de las pruebas.

Esto hace que la remisión a la subjetividad resulte ineludible, como tarea a desplegar por los árbitros a esos fines, toda vez que las pautas culturales que conforman el criterio de un árbitro, resulta un eslabón muy importante a tener en cuenta, de ahí la importancia de la elección del tribunal al tiempo de la conformación de la cláusula compromisoria.

Lo expuesto lleva a la necesidad de sostener que frente a esta realidad de las prácticas, en una primera aproximación, se pueda sostener que no existen estándares de prueba predeterminados en el arbitraje, toda vez que en general se deja librado a criterio del tribunal esa valoración.

Es aquí donde juegan esos factores –que si bien podrían considerarse como extralegales- tienen una influencia directa en estos aspectos. El principal es la formación de los árbitros. Ello obedece a que toda tarea de evaluación, como se ha señalado, siempre es una tarea subjetiva, de ahí que la búsqueda de parámetros que brinden transparencia, persiga como fin la seguridad jurídica que debe emerger de todo proceso, lo cual hace que se mantenga con todo vigor el viejo adagio que señala que “el arbitraje vale por lo que valen sus árbitros”.

Esa libertad que se le da a los árbitros para decidir, no puede interpretarse como una discrecionalidad absoluta, ya que para el caso de que las partes no hayan decidido nada en contrario, esa libertad apunta a una libre convicción de los árbitros pero debidamente motivada, de lo cual se desprende el tratamiento particular que hemos realizado con respecto a las reglas de la sana crítica, con cita de Falcón, que se ha encargado de hacer una interesante propuesta, para desmenuzar y concretar esas reglas y mostrar así un procedimiento de actuación absolutamente racional, apoyado en las reglas de la lógica, y teniendo en cuenta un aspecto esencial en el arbitraje que en general se traduce en las máximas de experiencia del juzgador.

Esto es, la posibilidad de que las partes, al elegir a los árbitros, se sientan en la seguridad que pueden contar con personas de suficiente experiencia para resolver su conflicto, y además con la integridad que les puede brindar su trayectoria en la materia.

Este aspecto es importante tenerlo en cuenta, porque se reitera que el árbitro no está imbuido de una absoluta discrecionalidad al tiempo de decidir cuando actúa como amigable componedor, pues las facetas en que se debe distinguir la función que desempeña un árbitro de equidad, están representadas por un lado, en la consideración del conjunto de elementos de juicio sobre cuya base se adoptará la decisión; y por otro, por la valoración concreta de esos elementos; y finalmente por la adopción de la decisión propiamente dicha³⁷.

Y aquí aparece otro aspecto importante a tener en cuenta como otra de las conclusiones preliminares que pueden extraerse –como fuera señalado por la dinámica de esta materia- que radica en la importancia del derecho y la sede de un arbitraje.

En general las partes cuando pactan su cláusula compromisoria no siempre contemplan estos aspectos en forma precisa, por lo cual suele suceder, que por vías de hecho, se conforma la sede. En cuanto al derecho, salvo que se lo precise

³⁷ Ferrer Beltrán, Jordi; La valoración... cit., Ed. Marcial Pons, p. 41.

específicamente en la cláusula compromisoria, suele suceder lo mismo, por lo cual se delega en el tribunal esa función.

Por lo tanto, a los fines de extraer una conclusión con respecto a estos aspectos, es importante tener en cuenta que a través de la sede vamos a marcarle la nacionalidad al arbitraje³⁸, lo que implicará el sometimiento a una determinada legislación del país donde se asiente esa sede, circunstancia que cobra importancia a los fines de una eventual revisión del laudo, razón por la cual conviene tener en cuenta que resulta prácticamente imposible, salvo que excepcionalmente se haya incurrido en una manifiesta arbitrariedad al valorar la prueba, que se pretenda una impugnación, apuntando a un análisis en el ámbito judicial sobre la prueba rendida en la causa, toda vez que como ha quedado señalado, esa tarea es de exclusiva incumbencia del tribunal arbitral.

Por lo tanto, desde el punto de vista de las circunstancias a ponderar para la valoración de la prueba en el arbitraje, más allá de las particularidades que puedan decidir las partes con relación al derecho, la sede, o la forma en que va a actuar el tribunal designado, se puede sostener que por vía de principio, no existen parámetros definidos de antemano para la valoración de los medios de prueba en el arbitraje, aunque por vía de excepción, en los hechos de la práctica arbitral, las referencias que se han señalado, apuntan a la demostración de cuáles son algunos parámetros o pautas que se observan en la realidad.

BIBLIOGRAFIA

³⁸ El art. 16.3 de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, señala claramente como concepto de sede, que no se trata de un lugar físico predeterminado, sino de un concepto jurídico, por lo cual “el Tribunal Arbitral podrá celebrar cualquier audiencia en cualquier lugar geográfico conveniente en consulta con las partes y celebrar sus deliberaciones en cualquier lugar geográfico de su elección; y si dicho(s) lugar(es) no fuera(n) la sede del arbitraje, el arbitraje será considerado, a todos los efectos, como un arbitraje llevado a cabo en la sede del arbitraje y cualquier orden o laudo se dictará en dicha sede”.

- Arrarte Arisnabarreta, Ana María; La actividad probatoria en el arbitraje y la colaboración judicial en la generación de prueba, Advocatus, 2012.
- Barrios de Angelis, Dante; El Juicio Arbitral; Ed. Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Montevideo, R.O. Uruguay, 1956.
- Barrios Gonzalez, Boris; Teoría de la Sana Crítica – Interpretación, valoración y argumentación de la prueba; Ed. Ubijus, Mexico, 2017.
- Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Fernandez De La Gandara, Luis; El arbitraje comercial internacional, Ed. Tecnos, Madrid, España, 1989.
- Cossio, Carlos; El Derecho en el Derecho Judicial; Ed. Librería El Foro, Buenos Aires, Argentina, 2002.
- Couture, Eduardo J.; Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 3ra. ed., 1990.
- Chase, Oscar; Derecho, Cultura y Ritual; Ed. Marcial Pons, Madrid, España, 2011.
- De Trazegnies Granda, Fernando; Lex Mercatoria rediviva: De la Edad Media a la Posmodernidad; Revista Peruana de Arbitraje 3/2006, Ed. Jurídica Grijley.
- Devis Echandía, Hernando; Compendio de la prueba judicial, anotado y concordado por Adolfo Alvarado Velloso, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2000.
- Falcón, Enrique M.; Tratado de la Prueba, Ed. Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2da. ed. actualizada, 2009.
- Ferrer Beltrán, Jordi; a) La Valoración Racional de la Prueba; Ed. Marcial Pons, Madrid, España, 2007; b) Prueba sin convicción – Estándares de prueba y debido proceso; Ed. Marcial Pons, Madrid, España, 2021.
- Gaillard, Emmanuel...
- Galgano, Francesco; La Globalización en el Espejo del Derecho; Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina.
- Lorenzetti, Ricardo L.; Teoría de la Decisión Judicial, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 2006.

- Loza, Juan Manuel; La motivación de la prueba en el arbitraje local: énfasis en arbitrajes de construcción y la aplicación del art. 1332 del Código Civil; Forseti, Revista de Derecho, volumen 8, Lima, Perú, 2020.
- Lluch, Xavier Abel; La dosis de prueba: entre el common law y el civil law; www.cervantesvirtual.com .
- Redfern, Alan; Hunter, Martin; Blackaby, Nigel y Partasides, Constantine; Teoría y Práctica del arbitraje comercial internacional, Ed. La Ley, Buenos Aires, Argentina.
- Reglamentos de Tribunales Arbitrales: American Arbitration Association; CNUDMI; London Court International Arbitration; ICDR; Singapore International Arbitration Center – SIAC; Hong Kong International Arbitration; Cámara de Comercio Internacional.
- Reglas de la International Bar Association en materia de prueba de 2010; Reglas de Praga de 2018.
- Talero Rueda, Santiago; Arbitraje comercial internacional, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 2008.
- Taruffo, Michele; La Prueba de los hechos; Ed. Trotta, Madrid, España, 2002.