

Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución  
de Controversias de la Universidad Monteávila

# PRINCIPIA

No. 10 - 2024



# Las inferencias adversas en el arbitraje internacional

Enrique J. Urdaneta Cordido-Freytes\*

Principia No. 10–2024 pp. 97-133

**Resumen:** El autor examina las inferencias adversas y su impacto en el arbitraje internacional. Analiza su origen y evolución, así como su marco normativo y las condiciones requeridas para su aplicación. Ofrece una perspectiva global sobre los efectos de estas inferencias, haciendo hincapié en su relación con la carga de la prueba. La investigación se complementa con un examen de cómo los tribunales han interpretado y aplicado este figura en la práctica arbitral. Finalmente, examina las repercusiones de las inferencias en la garantía del debido proceso.

**Abstract:** The author examines adverse inferences and their impact on international arbitration. He explores their origin, regulatory framework, and the conditions required for their implementation. In this article, he provides a comprehensive overview of the effects of adverse inferences, emphasizing their relationship with the burden of proof. The research is further complemented by an analysis of how arbitral tribunals have interpreted and applied this concept. Lastly, the article explains the implications of adverse inferences on due process.

**Palabras Claves:** Arbitraje | Inferencias adversas | Producción de documentos | Carga de la prueba

**Keywords:** Arbitration | Adverse inferences | Document production | Burden of proof

---

\* Abogado graduado de la Universidad Católica Andrés Bello con la mención summa cum laude. Posteriormente, obtuvo un Máster en Leyes. (LL.M) en la Universidad de Nueva York. El autor, además de ser abogado venezolano, es miembro de la Barra del Estado de Nueva York, donde ha ejercido el derecho por más de diez años en asuntos corporativos, derecho comercial internacional, arbitraje comercial y de inversiones. Actualmente es asociado senior en el departamento de arbitraje internacional de Curtis, Mallet-Prevost, Colt & Mosle, con sede en Nueva York. Este artículo refleja la opinión del autor y no necesariamente la de la firma donde trabaja o la de sus clientes.

**Sumario: I. Introducción, II. Antecedentes, III. Marco regulatorio, IV. Requisitos, A. Reglas de la IBA, 1. Requerimiento previo, 2. Garantía del derecho a la defensa, B. Test Sharpe, 1. Corroboración de la inferencia, 2. Custodia de la evidencia omitida, 3. Razonabilidad, consistencia y relación lógica, 4. Demostración *prima facie*, 5. Conocimiento real o presunto de las consecuencias de la omisión, V. Consecuencias, A. Consideraciones generales, B. Carga de la prueba, C. Prueba indirecta, VI. Jurisprudencia Arbitral, A. Rechazo a las inferencias adversas, 1. Bayindir v. Pakistán, 2. Glamis Gold v. Estados Unidos, 3. Glencore v. Colombia, 4. Sehil v. Turkmenistán, 5. MOL v. Croacia, B. Adopción de inferencias adversas, 1. Rumeli v. Kazajistán, 2. Metal-Tech v. Uzbekistán, 3. MPI v. Xerox, C. Falta de pronunciamiento sobre las inferencias adversas, 1. Fleming Duty Free v. Polonia, 2. Fynerdale v. República Checa, VII. Debido proceso, VIII. Conclusiones**

## I. Introducción

La producción y exhibición de documentos es una de las incidencias procesales que más impacta la duración y costos del arbitraje ya que las partes deben dedicar cuantiosos recursos en la recolección y presentación de la información solicitada<sup>1</sup>. Esta situación se agrava cuando el tribunal ordena la producción de determinados instrumentos probatorios pero una de las partes se niega a cumplir con dicha orden.

Los árbitros carecen de poder coercitivo para obligar a las partes a acatar sus decisiones, sin embargo, disponen de ciertas herramientas que pueden servir como elementos disuasorios frente a posibles

incumplimientos. Así, pueden tomar en consideración la conducta omisiva de las partes al momento de determinar la distribución de las costas del proceso, imponiendo eventualmente una carga mayor a la parte que ha descatado las directrices<sup>2</sup>. Igualmente, pueden amonestar formalmente a la parte que contraviene la orden del tribunal, dejando constancia de esta falta de cooperación en el expediente<sup>3</sup>. No obstante, quizás la consecuencia más significativa es la posibilidad de que el tribunal infiera que el medio de prueba omitido o no presentado es contrario a los intereses de la parte renuente.

Las inferencias adversas son herramientas probatorias que permiten a los ár-

---

<sup>1</sup> Al respecto, véase: Universidad Queen Mary y White & Case, “2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world” (2021), 13, <https://bit.ly/3Azqez7>.

<sup>2</sup> Peter Ashford, *The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: A Guide* (Cambridge University Press, 2013), 167.

<sup>3</sup> Algunos tribunales han impuesto sanciones económicas a las partes que incumplen con la obligación de presentar los documentos requeridos. Un ejemplo relevante es el caso *Superadio LP v. Winstar Radio Productions, LLC* donde la Corte Suprema de Massachusetts convalidó las multas aplicadas por el tribunal arbitral. Corte Suprema de Massachusetts, Worcester, sentencia de fecha 28 de marzo de 2006, caso *Superadio LP v. Winstar Radio Prods*; <https://bit.ly/3CLvRfl>.

bitros extraer una conclusión de la falta de producción de pruebas que están bajo el control de una de las partes<sup>4</sup>. Para ello el tribunal parte de la premisa que la parte a la que se le ordena presentar un documento específico cumpliría con dicha orden si las pruebas solicitadas fueran favorables a su posición. Al incumplir, el tribunal asume que la prueba es perjudicial para la posición de dicha parte<sup>5</sup>.

Estas inferencias pueden ser útiles para suplir lagunas probatorias, promover la transparencia en el arbitraje e incentivar al cumplimiento de las órdenes de producción de documentos y otros instrumentos probatorios. No obstante, su aplicación también plantea desafíos desde la perspectiva del debido proceso y la igualdad entre las partes. Por ello consideramos pertinente examinar su marco regulatorio y requisitos, el tratamiento de la jurisprudencia arbitral internacional sobre la materia y las consecuencias de su uso por parte de los árbitros.

## II. Antecedentes

Las inferencias adversas en el arbitraje internacional tienen su origen en el *common law*. En dicho sistema, a diferencia

del *civil law*, las partes tienen la obligación de producir todas las pruebas que tengan en su poder, incluso aquellas que puedan ser desfavorables para su caso. Además, pueden solicitar a la contraparte la exhibición de documentos específicos<sup>6</sup>. Cuando una parte incumple estas obligaciones o se niega a presentar las pruebas solicitadas, el juez puede extraer inferencias adversas y presumir que la evidencia omitida sería desfavorable para la parte que se negó a producirla.

El primer caso conocido de inferencias adversas lo encontramos en el derecho anglosajón en *Armory v. Delamirie* decidido por el *King's Bench* en 1722. Los hechos del caso guardan relación con una acción por apropiación indebida de bienes muebles en la que el demandado, luego de determinar el valor de una joya con piedras preciosas que había sido sometida a su avalúo, se negó a devolverla. El tribunal condenó al demandado e instruyó al jurado que, para determinar los daños y perjuicios, podía tomar como medida del daño el valor de las joyas de mejor calidad, salvo que el demandado produjera las piedras preciosas y demostrara que no eran de la mejor calidad. En esencia, ante la omisión del demandado de presentar la

<sup>4</sup> La doctrina utiliza indistintamente los términos inferencias adversas/negativas, presunciones adversas/negativas, adverse inferences, negative inferences; en el presente trabajo nos inclinamos por el uso del vocablo inferencias adversas, salvo en caso de citas textuales.

<sup>5</sup> Para un examen de la definición de inferencias adversas, consúltese: Alexander Sevan Bedrosyan, "Adverse Inferences in International Arbitration: Toothless or Terrifying?," *University of Pennsylvania Journal of International Law*, Vol. 38 (2016): 247-248.

<sup>6</sup> Enrique J. Urdaneta Cordido-Freytes, "La producción de documentos en el arbitraje internacional," *Anuario Venezolano de Arbitraje Nacional e Internacional*, No. 2 (2021), 279.

joya como prueba, el jurado podía inferir que estas podían ser de la más alta calidad posible<sup>7</sup>.

A lo largo de los años, la jurisprudencia y el parlamento anglosajón reafirmaron la facultad de los jueces de extraer inferencias adversas. En materia penal, por ejemplo, la *Criminal Justice and Public Order Act* de 1994 estableció la posibilidad de que un tribunal extraiga las inferencias que considere adecuadas cuando, durante un interrogatorio, el acusado omite mencionar hechos relevantes en los que posteriormente basará su defensa, siempre que haya sido previamente advertido de las posibles consecuencias de su omisión y que, dadas las circunstancias, fuera razonable esperar que hubiera mencionado dichos hechos<sup>8</sup>.

En materia civil, la Corte de Apelaciones del Reino Unido en el caso *Wisniewski v. Central Manchester Health Authority* ratificó la facultad del tribunal de extraer inferencias adversas ante la falta de presentación de una testigo clave. En este caso de negligencia médica, la Corte estableció tres criterios para evaluar la pertinencia de las inferencias adversas: (i) la relevancia del testimonio omitido, (ii) la existencia de pruebas que corrob-

oren la inferencia solicitada, aunque sean débiles, y (iii) la justificación de la ausencia del testigo. La Corte concluyó que las circunstancias justificaban una inferencia adversa a favor del demandante<sup>9</sup>. Este estándar ha sido ampliamente citado en sentencias posteriores, proporcionando un marco para que los tribunales evalúen cuándo son apropiadas las inferencias adversas<sup>10</sup>.

En el arbitraje internacional la potestad de los árbitros para extraer inferencias adversas es inherente al proceso de valoración de las pruebas presentadas. Esta doctrina no sólo ha sido influenciada por el *common law*, sino también por decisiones de tribunales internacionales, quienes desde principios del siglo XX han tenido que dilucidar aspectos de la producción de documentos y las consecuencias de omitir información relevante.

Así, por ejemplo, en 1926 la Comisión General de Reclamaciones (México-Estados Unidos) decidió el caso *Parker v. Estados Unidos Mexicanos*. El demandante solicitó daños y perjuicios por haber sido supuestamente detenido y maltratado por autoridades mexicanas. Lo significativo fue que México, país del cual se esperaba que tuviera pruebas que

---

<sup>7</sup> Sam Luttrell, “Ten Things to Consider When Seeking Adverse Inferences in International Arbitration,” en *40 Under 40: International Arbitration*, ed. Carlos González-Bueno (Dykinson, 2018), 283-284, citando la sentencia recaída en el caso *Armorie v. Delamirie* (1722), K.B., 93 Eng. Rep., 664.

<sup>8</sup> Criminal Justice and Public Order Act, 1994, §§ 34-37, <https://bit.ly/3X1poJF>.

<sup>9</sup> Corte de Apelaciones del Reino Unido (Cámara Civil), sentencia de fecha 1 de abril de 1998, caso *Wisniewski v. Central Manchester Health Authority* (1998), EWCA (Civ) 596, <https://bit.ly/4cmulRu>.

<sup>10</sup> Por ejemplo, véase: King’s Bench, sentencia de fecha 5 de julio de 2023, caso *Bekoe v. Mayor and Burgesses of the London Borough of Islington* (2023), EWHC 1668 (KB), ¶ 53, <https://bit.ly/3YALcgi>.

explicaran el motivo de la detención, omitió presentarlas. Ante ello, la Comisión concluyó que el órgano decisorio podía “tomar en cuenta” la ausencia de elementos probatorios de quien presumiblemente poseía información relevante sobre el tema<sup>11</sup>.

Esta decisión sentó las bases de la doctrina de las inferencias adversas en el ámbito arbitral, reflejando principios que más tarde se codificarían en instituciones arbitrales. Notablemente, el lenguaje utilizado en esta decisión de 1926 guarda semejanza con el que posteriormente se adoptaría en las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2006<sup>12</sup>.

En esta materia, el arbitraje internacional también se ha nutrido de la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ). Un ejemplo destacado es el caso del Canal de Corfú entre Reino Unido y Albania derivado del choque de dos buques de guerra británicos con minas en aguas territoriales albanesas.

El Reino Unido alegó que Albania estaba al tanto de la presencia de las minas. La Corte reconoció la dificultad de obtener pruebas directas debido al control terri-

torial exclusivo de Albania y permitió al Reino Unido recurrir a inferencias y pruebas circunstanciales<sup>13</sup>. Luego de examinar el acervo probatorio, la Corte concluyó que Albania conocía de la existencia de las minas y violó el derecho internacional al no advertir a los buques británicos sobre su presencia<sup>14</sup>.

Por su parte, Albania alegó que el Reino Unido violó su soberanía al enviar buques de guerra sin su autorización<sup>15</sup>. La Corte solicitó al Reino Unido producir ciertos documentos a los que hizo referencia el comandante de uno de los buques. Aunque el Reino Unido se negó a producirlos alegando secreto naval, la Corte no extrajo conclusiones adversas y, sobre la base de otras pruebas del expediente, concluyó que el Reino Unido no había violado la soberanía albanesa<sup>16</sup>. Este caso decidido a mediados del siglo XX es frecuentemente citado en la práctica arbitral al examinar las justificaciones para no producir documentos y las circunstancias que ameritan una inferencia<sup>17</sup>.

Por último, conviene resaltar la influencia de la jurisprudencia del Tribunal de

<sup>11</sup> Comisión General de Reclamaciones (México-Estados Unidos), decisión de fecha 31 de marzo de 1926, caso *William A Parker (U.S.A.) v. Estados Unidos Mexicanos*, ¶ 7, <https://bit.ly/4lJZHoi>.

<sup>12</sup> Véase: sección III, *infra*.

<sup>13</sup> Corte Internacional de Justicia, sentencia de fecha 9 de abril de 1949, caso *Canal de Corfú (Reino Unido v. Albania)*, 18, <https://bit.ly/4lCYSNL>.

<sup>14</sup> *Canal de Corfú*, 19, 23.

<sup>15</sup> *Canal de Corfú*, 11, 12.

<sup>16</sup> *Canal de Corfú*, 23.

<sup>17</sup> Véase, por ejemplo: *Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. República Islámica de Pakistán*, CIADI (Caso No. ARB/03/29), Laudo de fecha 27 de agosto de 2009, ¶ 141, <https://bit.ly/3YlOpQ>; *Rumeli Telekom A.S., Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. República de Kazajistán*, CIADI (Caso No. ARB/05/16), Laudo de fecha 29 de julio de 2008, ¶ 444, <https://bit.ly/3Sj1mjX>.

Reclamaciones Irán – Estados Unidos en la aplicación de inferencias adversas. Como se evidencia de los 40 volúmenes publicados, el Tribunal ha enfrentado numerosos desafíos probatorios, muchos derivados de la falta de documentación como consecuencia de la Revolución Iraní. El Tribunal, operando bajo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que -al igual que la mayoría de las reglas de arbitraje- no proporcionan directrices específicas sobre inferencias adversas, ha examinado diversas situaciones en las que estas podrían aplicarse<sup>18</sup>.

Luego de un análisis exhaustivo de esta jurisprudencia, el profesor Jeremy Sharpe formuló un conjunto de requisitos procesales y sustantivos para la aplicación de las inferencias adversas<sup>19</sup>. Este conjunto de criterios, conocido comúnmente como el “test de Sharpe” se ha convertido en un referente en el ámbito del arbitraje, como veremos en detalle más adelante.

### III. Marco regulatorio

La facultad de los árbitros para extraer inferencias adversas es ampliamente reconocida en la jurisprudencia arbitral internacional<sup>20</sup>. Antes de examinar las circunstancias y requisitos para su aplicación, conviene examinar su base legal.

En primer lugar, esta potestad emana principalmente del acuerdo entre las partes, lo cual refleja la naturaleza consensual del arbitraje como método de resolución de controversias. Cuando las partes explícitamente autorizan al tribunal a extraer tales inferencias, ya sea en el acuerdo de arbitraje o en los términos de referencia, se elimina toda ambigüedad sobre la capacidad del tribunal para deducir consecuencias negativas ante un incumplimiento injustificado en la producción de pruebas.

En segundo lugar, la mayoría de las legislaciones nacionales de arbitraje no regulan expresamente las inferencias adversas sino que prevén disposiciones genéricas que confieren amplios poderes a los árbitros en la conducción del

---

<sup>18</sup> Al respecto, véase: Ana Morales Ramos, “La deducción de inferencias negativas de la no producción de prueba. La práctica en Litigios y Arbitrajes Internacionales y, en particular, la experiencia del Irán U.S. Claims Tribunal,” *Spain Arbitration Review*, No. 28 (2017): 38-42.

<sup>19</sup> Jeremy Sharpe, “Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence,” *Arbitration International*, Vol. 22, No. 4 (2006): 551.

<sup>20</sup> *OPIC Karimun Corporation v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI (Caso No. ARB/10/14), Laudo de fecha 28 de mayo de 2013, ¶ 145, <https://bit.ly/4cnsXhq>; *Metal-Tech Ltd. v. República de Uzbekistán*, CIADI (Caso No. ARB/10/3), Laudo de fecha 4 de octubre de 2013, ¶ 245, <https://bit.ly/3YHDOjm>; Jeffrey Waincymer, *Procedure and Evidence in International Arbitration* (Kluwer Law International, 2012), 775.

procedimiento y en materia probatoria<sup>21</sup>. Estas disposiciones permiten implícitamente la extracción de inferencias adversas ya que confieren a los árbitros la discreción necesaria para evaluar la conducta de las partes y las pruebas presentadas. Por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional prevé la facultad del tribunal para determinar la admisibilidad, pertinencia y el valor de las pruebas<sup>22</sup>. Además, establece que si una parte no presenta pruebas documentales el tribunal podrá continuar el procedimiento y dictar el laudo basándose en las pruebas a su disposición<sup>23</sup>.

Entre las pocas legislaciones que abordan explícitamente las inferencias adversas, destaca la Ley de Arbitraje del Reino Unido. El artículo 41.7(c) de dicha ley establece que, ante un incumplimiento de una orden de producción de documentos, el tribunal arbitral “podrá extraer las consecuencias desfavorables que las circunstancias justifiquen”<sup>24</sup>. Ello queda a discreción de los árbitros. Además, el tribunal podrá condenar a la parte remisa a los costos incur-

ridos por la falta de producción de las pruebas requeridas o prohibirle que presente alegatos sobre temas relacionados con la evidencia que se le ordenó producir y no produjo<sup>25</sup>.

En materia judicial, el Código Procesal Civil y Comercial de Argentina permite que los jueces infieran consecuencias desfavorables contra la parte que, sin justificación razonable, omite presentar documentos esenciales para la solución de la controversia siempre que hayan sido previamente solicitados por el tribunal<sup>26</sup>. Ello, con el objeto de disuadir este tipo de comportamientos.

En tercer lugar, al igual que las leyes nacionales, la mayoría de los reglamentos de los centros de arbitraje no otorgan expresamente a los árbitros la facultad de extraer inferencias adversas. Algunos reglamentos, como los de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)<sup>27</sup>, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)<sup>28</sup>, la Corte de Londres de Arbitraje Internacional (LCIA por sus siglas en inglés)<sup>29</sup> y el del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong

<sup>21</sup> Para un examen de la regulación de las inferencias adversas en la legislación nacional, véase: Guilherme Rizzo Amaral, “Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for an Inference Chart,” *Journal of International Arbitration*, Vol. 35, No. 1 (2018): 3-4.

<sup>22</sup> Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (1985, reformada en 2006), artículo 19.2, <https://bit.ly/3yyPgDc>.

<sup>23</sup> Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 25(c).

<sup>24</sup> Arbitration Act (1996), § 41.7(b), <https://bit.ly/4dzN6lm>.

<sup>25</sup> Arbitration Act (1996), §§ 41.7(a) y 41.7(d).

<sup>26</sup> Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina (1968, reformado en 1981), artículos 387 y 388, <https://bit.ly/3X2q0yu>.

<sup>27</sup> Reglamento de Arbitraje de la CCI (2021), artículo 25.5, <https://bit.ly/4eIzSQ>.

<sup>28</sup> Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2021), artículo 27.3, <https://bit.ly/4cpYBLn>.

<sup>29</sup> Reglamento de Arbitraje de la LCIA (2020), artículo 22.1(v), <https://bit.ly/3M160G3>.

(HKIAC, por sus siglas en inglés)<sup>30</sup> establecen la potestad del tribunal arbitral de requerir a las partes aportar pruebas en cualquier instancia del procedimiento. Sin embargo, no regulan las consecuencias de un eventual incumplimiento.

En materia de arbitraje de inversiones, las Reglas de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) permiten al tribunal requerir pruebas adicionales e imponen a las partes la obligación de cooperar en su producción<sup>31</sup>. El artículo 34 de las Reglas de Arbitraje de 2006 establecía que, en caso de incumplimiento, el tribunal tomaría “nota formal” de esta situación y las razones aducidas<sup>32</sup>. Esta fórmula ambigua generó interpretaciones divergentes. La mayoría de la jurisprudencia arbitral reconoció que la disposición facultaba a los árbitros para extraer inferencias adversas<sup>33</sup>. No obstante, otros tribunales adoptaron enfoques más cautelosos. Así,

por ejemplo, el tribunal en el caso *Rompetrol v. Rumania* señaló que la fórmula utilizada en las Reglas de Arbitraje no implicaba necesariamente la extracción de inferencias adversas en caso de incumplimiento ya que si la Secretaría del CIADI hubiera tenido la intención de que así lo fuera, lo habría establecido de manera explícita en las Reglas de Arbitraje<sup>34</sup>.

Significativamente, esta expresión fue omitida en las nuevas Reglas de Arbitraje del CIADI vigentes desde julio de 2022, tras un proceso de reforma iniciado en 2016. A pesar de ello, se entiende que los tribunales arbitrales aún pueden extraer inferencias adversas basándose en sus poderes inherentes de ponderación y valoración de pruebas<sup>35</sup>.

La Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China (CIETAC por sus siglas en inglés), por su parte, dictó su nuevo Reglamento de Arbitraje de Inversiones. Este instru-

<sup>30</sup> Reglamento de Arbitraje de la HKIAC (2024), artículo 22.3, <https://bit.ly/3SKHMUz>.

<sup>31</sup> Reglas de Arbitraje del CIADI (2022), regla 36.3, <https://bit.ly/4dwaDE8>; Reglas de Arbitraje del CIADI (2006), regla 34.2, <https://bit.ly/3qWMa4A>.

<sup>32</sup> Reglas de Arbitraje del CIADI (2006), regla 34.3.

<sup>33</sup> *Muhammet Çap & Şehil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Şti. v. Turkmenistan*, CIADI (Caso No. ARB/12/6), Laudo de fecha 4 de mayo de 2021, ¶¶ 732-733, <https://bit.ly/4fCfLbn>; *Europe Cement Investment & Trade SA v. República de Turquía*, CIADI (Caso No. ARB(AF)/07/2), Laudo de fecha 13 de agosto de 2009, ¶ 152, <https://bit.ly/37xact2>; Michael Polkinghorne y Charles Rosenberg, “The Adverse Inference in ICSID Practice,” *ICSID Review*, Vol. 30, No. 3 (2015): 744.

<sup>34</sup> *Rompetrol Group NV v. Rumania*, CIADI (Caso No. ARB/06/3), Laudo de fecha 6 de mayo de 2013, ¶ 185 (“Finalmente, la fórmula utilizada (‘tomar nota formal de’) es antigua y se remonta a la Convención de La Haya de 1907, y no implica necesariamente consecuencias específicas en la extracción de inferencias adversas que la Regla de Arbitraje 34(3) podría haber establecido, pero no lo hizo.”), <https://bit.ly/3WWg5dl>; Jeffery Commission y Rahim Maloo, *Procedural Issues in International Investment Arbitration* (Oxford University Press, 2018), ¶ 7.20.

<sup>35</sup> La ausencia de esta disposición resulta particularmente llamativa ya que no se ofreció ninguna explicación para ello. Véase: Alexander Witt, “Don’t infer adverse inferences – the curious omission of adverse inferences from the 2022 ICSID Arbitration Rules,” (Efila Blog, 12 de abril de 2023), <https://bit.ly/4dFfncn>.

mento establece que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá aplicar total o parcialmente las Directrices sobre Pruebas de la CIETAC<sup>36</sup>. Aunque estas Directrices no son parte integral del Reglamento, ofrecen lineamientos para abordar la materia probatoria de manera eficiente. En el tema que nos ocupa, prevén que el tribunal podrá extraer inferencias adversas contra una parte que, sin razones justificadas, se niegue a presentar documentos previamente solicitados y ordenados por el tribunal arbitral<sup>37</sup>.

Finalmente, entre los reglamentos arbitrales que regulan expresamente la facultad de extraer inferencias adversas se encuentran el Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid<sup>38</sup>, el Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Resolución de Disputas (CIRD)<sup>39</sup> y el Reglamento de Arbitraje Comercial de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA)<sup>40</sup>. Estos instrumentos establecen, en líneas generales, que si una parte se rehúsa injustificadamente a presentar o dar acceso a un medio probatorio bajo su control, los

árbitros podrán extraer inferencias adversas o las conclusiones que estimen procedentes sobre los hechos objeto de prueba.

En cuarto lugar, ante la ausencia de normas explícitas sobre las inferencias adversas, las partes y tribunales arbitrales suelen recurrir a las directrices del *soft law*. En este contexto, las Reglas sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional de la *International Bar Association* (Reglas de la IBA)<sup>41</sup> y las Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga)<sup>42</sup> cobran especial relevancia. Estas reglas ofrecen parámetros para guiar la actividad probatoria, complementar las regulaciones existentes y promover procesos arbitrales más eficientes y económicos.

En el tema que nos ocupa, las Reglas de la IBA disponen que si una parte no presenta los documentos o pruebas relevantes solicitados por la otra parte sin una explicación justificada y sin haber objetado la solicitud de producción en el tiempo oportuno, o no presenta los in-

<sup>36</sup> Reglamento de Arbitraje de Inversiones de la CIETAC (2024), artículo 41.4, <https://bit.ly/3XIyQwg>.

<sup>37</sup> Directrices sobre Pruebas de la CIETAC (2015), artículo 23, <https://bit.ly/3M15wjm>.

<sup>38</sup> Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (2020), artículo 24.2(d), <https://bit.ly/3LYjqTs>.

<sup>39</sup> Reglamento de Arbitraje Internacional del CIRD (2021), artículo 24.9, <https://bit.ly/3yAb94Z>. El CIRD es la división internacional de la Asociación Americana de Arbitraje.

<sup>40</sup> Reglamento de Arbitraje Comercial de la AAA (2022), regla 24(d), <https://bit.ly/3LZdU2Z>.

<sup>41</sup> Reglas de la International Bar Association sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (2020), <https://bit.ly/3WAgLUQ>. Para un examen de la evolución de las Reglas de la IBA, véase: Roman Khodykin, et al., *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (Oxford University Press, 2019), 1–20.

<sup>42</sup> Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga) (2018), <https://bit.ly/3iBfwC3>.

strumentos probatorios que el tribunal arbitral le haya ordenado producir, el tribunal podrá inferir que dichos instrumentos probatorios son contrarios a los intereses de esa parte<sup>43</sup>.

Por su parte, las Reglas de Praga establecen que si una parte incumple, sin razón justificada, la orden del tribunal arbitral, el órgano decisorio puede cuando lo considere apropiado extraer una inferencia adversa en relación con esa circunstancia específica<sup>44</sup>.

Como se observa, la facultad de extraer inferencias adversas bajo las Reglas de la IBA y las Reglas de Praga no se limita a incumplimientos en la producción de documentos, sino que abarca cualquier tipo de instrumento probatorio requerido, incluyendo declaraciones de testigos<sup>45</sup>. Esta amplitud busca incentivar la cooperación de las partes con el tribunal y fortalecer la integridad del proceso probatorio<sup>46</sup>.

Por último, es común que los tribunales arbitrales dicten órdenes procesales donde establezcan expresamente que los

árbitros están autorizados a extraer inferencias adversas como consecuencia de la falta de producción de documentos o pruebas requeridas<sup>47</sup>. Además, es frecuente que en sus órdenes procesales los tribunales adoptan expresamente los requerimientos establecidos por el *soft law*<sup>48</sup>.

#### IV. Requisitos

La normativa que faculta al tribunal arbitral para extraer inferencias adversas, sea de manera explícita o implícita, no suele especificar las circunstancias necesarias para su aplicación. Sin embargo, de la redacción de las Reglas de la IBA se deducen dos condiciones formales mínimas que deben satisfacerse. Adicionalmente, la jurisprudencia arbitral ha adoptado una serie de criterios procesales y sustantivos, formulados por el profesor Jeremy Sharpe, para determinar la procedencia de estas inferencias.

##### A. Reglas de la IBA

De acuerdo con las Reglas de la IBA, el tribunal arbitral puede inferir que determinados elementos probatorios son des-

---

<sup>43</sup> Reglas de la IBA, artículo 9.6 y 9.7.

<sup>44</sup> Reglas de Praga, artículo 10. Para un análisis de esta disposición, véase: Miroslav Dubovský y Pavlína Trchalíková, "Adverse Inferences Drawn In International Arbitration under The Prague Rules," *Revista Română de Arbitraj*, Vol. 13, No. 2 (2019): 30-35, <https://bit.ly/3M2VM8i>.

<sup>45</sup> Al respecto, véase la jurisprudencia examinada en la sección VI.B, *infra*.

<sup>46</sup> En Venezuela, las Reglas de la Asociación Venezolana de Arbitraje sobre Pruebas facultan al tribunal arbitral a extraer inferencias ante el incumplimiento injustificado de presentar pruebas. La parte que solicite tal inferencia debe fundamentar su petición y precisar la conclusión que se desprende de dicha omisión. Véase: Reglas AVA sobre Pruebas (2021), artículo 4.3 <https://bit.ly/3YAOY9s>.

<sup>47</sup> Así, por ejemplo: *Churchill Mining PLC y Planet Mining Pty Ltd v. República de Indonesia*, CIADI (Caso No. ARB/12/14), Orden Procesal No. 1 de fecha 6 de diciembre de 2012, ¶ 15.9, <https://bit.ly/3SHI-JwI>.

<sup>48</sup> *Dresser-Rand Group Inc. et al. v. Société Diana Capital et al.*, Corte de Apelación de París, Sentencia No. 15/06036 de fecha 28 de febrero de 2017, ¶ 19, <https://bit.ly/4fzgEllb>.

favorables para la parte que rehúsa presentarlos en dos escenarios: (i) cuando una parte solicita la exhibición de un documento o prueba específica, y la contraparte, sin objetar oportunamente, rehúsa producirlo y no presenta una justificación razonable para ello; y (ii) cuando el tribunal ordena la presentación de material probatorio y la parte incumple injustificadamente dicha orden<sup>49</sup>.

En ambos supuestos es imperativo que opere un requerimiento previo y que se le garantice a la parte requerida su derecho a la defensa. Pasamos a referirnos a cada uno de estos requisitos.

### 1. Requerimiento previo

Para que un tribunal arbitral pueda extraer una inferencia adversa es necesario que exista una solicitud previa de producir un determinado instrumento probatorio. Este requerimiento puede provenir de la contraparte o del tribunal arbitral. La mera omisión de aportar voluntariamente un elemento probatorio, sin que haya mediado una exigencia previa, resulta insuficiente para justificar tal inferencia<sup>50</sup>.

Si se trata de una solicitud de una parte, esta debe versar sobre documentos específicos, relevantes para el caso y sustanciales para su resolución<sup>51</sup>. Además, estos instrumentos deben estar en posesión o control de la parte a la que se le solicita la producción y no estar protegidos por privilegios o impedimentos legales<sup>52</sup>. En caso de que existan diferencias entre las partes, el tribunal decidirá acerca de la admisibilidad y disponibilidad de los documentos solicitados<sup>53</sup>.

En caso de que el tribunal estime que la solicitud cumple con los requisitos y que no son aplicables las causales de exclusión, ordenará la producción de los documentos. El tribunal puede, además, por iniciativa propia, requerir a las partes que produzcan determinados instrumentos probatorios. Por tanto, la orden del tribunal puede dictarse a solicitud de parte o de oficio<sup>54</sup>.

Con relación a este punto, existe un debate doctrinal sobre si es imprescindible el incumplimiento de una orden directa del tribunal<sup>55</sup>, o si basta con desatender una solicitud de producción de documentos de parte para extraer inferencias

---

<sup>49</sup> Reglas de la IBA, artículo 9.6 y 9.7.

<sup>50</sup> Reglas de la IBA, artículo 9.6 y 9.7. Al respecto, véase: Vera Van Houtte, "Adverse Inferences in International Arbitration," *ICC Dossier: Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues And Tendencies*, Vol. 6 (2009): 201.

<sup>51</sup> Reglas de la IBA, artículo 3.3(a), y (b).

<sup>52</sup> Reglas de la IBA, artículos 3.3(c) y 9.2.

<sup>53</sup> Reglas de la IBA, artículo 3.5-3.7.

<sup>54</sup> Reglas de la IBA, artículo 3.10.

<sup>55</sup> La autora Van Houtte sostiene que una parte no está obligada a producir pruebas a menos que el tribunal arbitral así lo ordene. En consecuencia, no procede la aplicación de inferencias adversas contra la parte que se abstiene de producir las pruebas solicitadas, salvo que exista una orden específica del tribunal en tal sentido y esta haya sido desatendida. Van Houtte, "Adverse Inferences," 202.

adversas<sup>56</sup>. Nuestra interpretación, basada en la redacción textual de las Reglas de la IBA, se inclina por la segunda opción. El artículo 9.6 establece:

Si una Parte no suministra, sin explicación satisfactoria, un Documento requerido en una Solicitud de Exhibición de Documentos que ella no hubiera objetado a su debido tiempo o no presenta 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<sup>57</sup>.

Esta formulación sugiere que la mera inobservancia de una solicitud de exhibición documental, sin necesidad de una orden expresa del tribunal, es suficiente para dar por cumplida esta exigencia y justificar una inferencia adversa. No obstante, esta condición por sí sola no basta. Deben concurrir otros requisitos, que analizaremos a continuación, para que el tribunal pueda legítimamente extraer tales inferencias.

## 2. Garantía del derecho a la defensa

Además de la solicitud previa, es imperativo que la parte requerida tenga la oportu-

dad de oponerse al pedido de exhibición probatoria<sup>58</sup>. Esta objeción puede fundamentarse en el incumplimiento de los requisitos básicos para la producción de documentos (especificidad, relevancia, custodia y control, etc.) o en la existencia de un obstáculo legal o físico que impida su producción (privilegios legales, secretos comerciales, excesiva onerosidad, pérdida o destrucción del material probatorio, economía procesal, falta de proporcionalidad, entre otros)<sup>59</sup>.

La no objeción por parte del requerido se interpreta como una aceptación tácita de la solicitud de producción probatoria. Por el contrario, una objeción válida impide que el tribunal pueda extraer inferencias adversas<sup>60</sup>.

Por otro lado, el solicitante tiene la posibilidad de explicar los motivos por los cuales no le es posible producir el documento o la prueba solicitada, salvaguar-

---

<sup>56</sup> Por su parte, los autores Greenberg y Lautenschlager señalan que según los artículos 9.6 y 9.7 de las Reglas de la IBA, en principio, podría proceder una inferencia adversa sin que medie una orden expresa del tribunal arbitral para la producción de pruebas. Esta situación podría ocurrir cuando una parte solita la producción de pruebas y su contraparte, habiendo recibido dicha solicitud, no presenta objeciones ni cumple voluntariamente con la producción solicitada. Simon Greenberg y Felix Lautenschlager, "Adverse Inferences in International Arbitral Practice," *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 22, No. 2 (2011): 48.

<sup>57</sup> Reglas de la IBA, artículo 9.6.

<sup>58</sup> Reglas de la IBA, artículo 9.2. Véase: Urdaneta, "La producción de documentos," 292-295.

<sup>59</sup> Reglas de la IBA, artículo 9.2-9.3.

<sup>60</sup> Nigel Blackaby, Constantine Partasides y Alan Redfern, *Redfern and Hunter on International Arbitration* (Oxford University Press, 2022), ¶ 6.117.

dando así su derecho a la defensa<sup>61</sup>. En la práctica arbitral, cuando una parte omite producir la evidencia solicitada y no presenta objeciones, el tribunal suele concederle un plazo adicional para aportar los medios probatorios requeridos o justificar su omisión, advirtiéndole sobre la posibilidad de que se extraigan inferencias adversas en caso de incumplimiento.

Por supuesto, si el tribunal considera razonable o válida la justificación proporcionada, se abstendrá de extraer inferencias negativas. El caso *Apotex v. Estados Unidos* ilustra esta situación. Durante el proceso arbitral, la parte demandante instó al tribunal a extraer una inferencia adversa contra la demandada, alegando una producción probatoria insuficiente. En su defensa, la demandada alegó que la legislación estadounidense prohibía a la US Food and Drug Administration (FDA) divulgar cierta información de terceros, restricción aplicable incluso a los propios abogados de la demandada. Tras evaluar esta justificación, el tribunal decidió no aplicar la inferencia adversa solicitada<sup>62</sup>.

### **B. Test Sharpe**

Luego de analizar la jurisprudencia del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados

Unidos, el profesor Sharpe identificó una serie de directrices para orientar el análisis del tribunal sobre las inferencias adversas. Estos criterios, conocidos como el “test Sharpe” son los siguientes: (i) corroboración de la inferencia, (ii) custodia de la evidencia omitida; (iii) razonabilidad, consistencia y relación lógica de la inferencia con el contenido de la prueba omitida; (iv) demostración *prima facie* de los alegatos; y (v) conocimiento real o presunto de las consecuencias de la omisión y de la necesidad de aportar evidencias que refuten la inferencia solicitada<sup>63</sup>. A continuación, examinaremos brevemente estos elementos, destacando su aplicación en la práctica arbitral.

#### **1. Corroboración de la inferencia**

El solicitante debe proporcionar todas las pruebas disponibles que corroboren la inferencia solicitada. Los árbitros no extraerán consecuencias negativas que conduzcan a un laudo contra una parte que no haya presentado pruebas si el propio solicitante tiene o puede tener acceso a elementos que respalden la inferencia solicitada, pero se rehúsa a presen-

---

<sup>61</sup> De acuerdo con los artículos 9.6 y 9.7 de las Reglas de la IBA, la aplicación de inferencias adversas requiere que la parte requerida no haya proporcionado una “explicación satisfactoria” por su falta de producción de documentos.

<sup>62</sup> *Apotex Holdings Inc y Apotex Inc v. Estados Unidos de América*, CIADI (Caso No. ARB(AF)/12/1), Laudo de fecha 25 de agosto de 2014, ¶¶ 8.72 (solicitud de inferencia), 3.205 (defensa), 8.72 (decisión del tribunal), <https://bit.ly/46HGuiG>.

<sup>63</sup> Sharpe, “Drawing Adverse,” 551.

tarlos<sup>64</sup>. Con ello se pretende evitar las llamadas “*fishing expeditions*”<sup>65</sup>.

Por ejemplo, en el caso *American Farm Products v. Irán*, el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos ordenó a la demandada producir los documentos de propiedad de una determinada empresa. La demandada alegó que no podía encontrar estos documentos y que además los mismos no estaban bajo su control. Ante ello, el demandante solicitó que el tribunal infiriera que Irán era propietario del 40% de la compañía en cuestión. El tribunal rechazó la inferencia ya que concluyó que el demandante no había proporcionado otras pruebas a las que pudo tener acceso para corroborar la inferencia solicitada<sup>66</sup>.

En otro caso, bajo los auspicios de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el tribunal arbitral se negó a extraer inferencias adversas de la falta de presentación de determinados libros de contabilidad, ya que quien solicitó la inferencia había rechazado previamente la

oferta de la otra parte para inspeccionar los documentos en cuestión<sup>67</sup>.

## 2. Custodia de la evidencia omitida

Las pruebas no aportadas deben estar en poder de la parte que no las presentó o ser accesibles a ella. Este requerimiento opera también como límite al alcance de la producción de documentos ya que es necesario que el solicitante demuestre que lo solicitado está o debería estar, bajo el poder, custodia o control de la otra parte<sup>68</sup>.

Al examinar si una prueba no presentada está bajo el poder, custodia o control de la parte requerida, los tribunales deben aplicar el criterio de razonabilidad. De lo contrario, pueden comprometer la validez del eventual laudo por violación al debido proceso y al principio de igualdad entre las partes.

En este sentido, los tribunales arbitrales pueden inferir que una parte tiene o podría tener acceso a elementos probatorios específicos sobre la base de los hechos y circunstancias del caso, las

---

<sup>64</sup> Sharpe, “Drawing Adverse,” 554; Nathan O’Malley, *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide* (Informa Law, 2012), 217.

<sup>65</sup> Este término proviene de la analogía con un pescador que lanza su red al agua sin saber exactamente qué podrá pescar, si es que consigue hacerlo. El solicitante de la inferencia debe demostrar al tribunal que existen bases razonables para la misma. Por tanto, debe presentar elementos, aunque sean circunstanciales, que respalden su solicitud o explicar por qué no puede aportarlos.

<sup>66</sup> *American Farm Products International, Inc. v. Cyrus Consulting Engineers y la República Islámica de Irán*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Laudo No. 356-190-2 de fecha 5 de abril de 1988, ¶ 8, <https://bit.ly/4dGZ78Z>.

<sup>67</sup> Caso CCI No. 10166, Laudo Final, ¶ 12.28 parcialmente citado en Jeremy Sharpe, “Adverse Inferences,” en *Handbook of Evidence in International Commercial Arbitration: Key Concepts and Issues*, Franco Ferrari y Friedrich Rosenfeld eds. (Kluwer Law International, 2022), 377.

<sup>68</sup> Véase: Sharpe, “Adverse Inferences,” 378-379 y los laudos ahí citados. Véase también: Reglas de la IBA, artículo 3(c).

declaraciones previas de las partes o sus obligaciones legales y tributarias. Por ejemplo, el tribunal arbitral en un caso ante la CCI concluyó que la declaración de una parte sobre la inexistencia de ciertos documentos contradecía sus obligaciones bajo la *Foreign Corrupt Practices Act*. Esta ley le exigía a la parte mantener registros fidedignos de las operaciones de su empresa. En consecuencia, el tribunal extrajo una inferencia adversa a los intereses de dicha parte<sup>69</sup>.

Por su parte, el arbitraje *FREIF v. España*, ofrece importantes lineamientos sobre la importancia de la precisión y especificidad en las solicitudes de inferencias adversas. En dicho caso, el tribunal, previa solicitud de la demandante, ordenó a España producir los cálculos utilizados para establecer los incentivos en sus leyes sobre energía renovable. La demandada afirmó que al fijar los incentivos siempre contempló una tasa de retorno del 7%, sin embargo, omitió presentar los soportes por no haber podido localizarlos. En la audiencia, un testigo de la demandada se refirió a su participación en la elaboración de dichos cálculos. Ello llevó a la demandante a so-

licitar una inferencia adversa sugiriendo que España pretendía superar la tasa del 7% de retorno. El tribunal rechazó esta solicitud al considerar que la demandante no especificó qué documentos existían ni cómo España podría tendría acceso a ellos<sup>70</sup>.

Los tribunales deben evaluar si existe una justificación razonable para la falta de presentación de pruebas aun cuando las mismas estén o pudieron estar a disposición de la parte requerida<sup>71</sup>. Esto puede ocurrir, por ejemplo, en caso de destrucción de documentos por una causa extraña no imputable o debido a una política de retención de documentos establecida antes del inicio de la controversia. Ahora bien, si esta política fue recientemente adoptada o si el documento se destruyó después de surgida la controversia, es lógico suponer que el tribunal se muestre escéptico ante la justificación proporcionada<sup>72</sup>.

Por último, en la práctica arbitral internacional surge la cuestión de si se puede exigir a una parte la presentación de documentos en posesión de sus empresas subsidiarias o afiliadas, y en su caso, las

<sup>69</sup> Caso CCI No. 9333, Laudo Final, parcialmente citado en *ASA Bulletin*, Vol. 19, No. 4 (2001): 769.

<sup>70</sup> *FREIF Eurowind Holdings Ltd v. Reino de España*, Cámara de Comercio de Estocolmo (Caso No. 2017/060), Laudo de fecha 08 de marzo de 2017, ¶¶ 117-124 (solicitud de la inferencia), 125-128 (alegatos de España contra la inferencia), 563 (decisión del Tribunal), <https://bit.ly/3YGrmQK>.

<sup>71</sup> Sharpe, "Adverse Inferences," 378.

<sup>72</sup> Un árbitro formado en el sistema del *common law* podría además extraer conclusiones adversas de la destrucción de evidencias, aplicando la doctrina de la destrucción o alteración de material probatorio. Para aplicar esta doctrina, generalmente se consideran los siguientes elementos: (i) la destrucción o alteración de una prueba, (ii) la relevancia de esa prueba para el procedimiento, (iii) la intencionalidad de la destrucción, (iv) la temporalidad de la destrucción y su cercanía con los procedimientos y (v) la imputabilidad de la destrucción a la parte o sus agentes. Véase: Margaret Koesele y Tracey Turnbull eds., *Spoliation of Evidence* (American Bar Association, 2006), 58-63.

consecuencias de incumplir con dicha solicitud. La jurisprudencia ha interpretado extensivamente el término “control”, para abarcar no solo los archivos de la parte directamente involucrada, sino también los de su grupo corporativo y empresas asociadas<sup>73</sup>. Los tribunales suelen solicitar a las partes que produzcan estos documentos o, como mínimo, demuestren haber realizado sus mejores esfuerzos para obtenerlos. En casos donde se alega la inexistencia del documento o falta de control sobre el mismo, es habitual que los árbitros requieran un informe detallado de las gestiones realizadas, incluyendo las fuentes consultadas, so pena de inferir que el documento es desfavorable para los intereses de esa parte<sup>74</sup>.

### 3. Razonabilidad, consistencia y relación lógica

La inferencia debe ser razonable, consistente con los hechos documentados en el expediente y guardar una relación lógica con el contenido probable de la prueba no presentada<sup>75</sup>.

En primer lugar, la razonabilidad implica que la inferencia se derive de hechos y circunstancias generalmente conocidos mediante un razonamiento coherente y fundamentado. La inferencia no puede

basarse en meras conjeturas o en la intuición de los árbitros. Sólo debe inferirse la existencia de un hecho determinado si están presentes las circunstancias que normalmente acompañan a tal acto<sup>76</sup>. Por ejemplo, un tribunal puede examinar el retardo prolongado e injustificado de una parte en objetar una cantidad de dinero e inferir que si dicho monto hubiese sido incorrecto, probablemente la parte no habría tardado en cuestionarlo. Esta inferencia sería válida a menos que la parte impugnante proporcione una explicación convincente o presente pruebas que justifiquen su retardo.

En segundo lugar, la inferencia debe ser congruente y consistente con los hechos establecidos en el expediente. Esto implica que debe existir una correspondencia entre la consecuencia inferida y la información probada. La inferencia debe reforzar o complementar los hechos documentados en el expediente, pero no contradecirlos<sup>77</sup>.

La razonabilidad y la consistencia son dos aspectos distintos pero complementarios en la evaluación de inferencias adversas. La razonabilidad se refiere a la coherencia con hechos conocidos en términos generales, mientras que la congruencia con las pruebas examina cómo

---

<sup>73</sup> Por ejemplo, consúltese: *CME Czech Republic B.V. v. República Checa*, CNUDMI, Laudo de fecha 14 de marzo de 2003, ¶ 65, <https://bit.ly/3fU4XIG>.

<sup>74</sup> *Tidewater Inc et al., v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI (Caso No. ARB/10/5), Orden Procesal No. 1 de fecha 29 de marzo de 2011, 8-9, <https://bit.ly/3sbrsgN>.

<sup>75</sup> Sharpe, “Drawing Adverse,” 558.

<sup>76</sup> Rizzo Amaral, “Burden of Proof,” 9.

<sup>77</sup> Sharpe, “Drawing Adverse,” 560-651.

la inferencia se alinea específicamente con la evidencia concreta introducida en el expediente.

La importancia de la congruencia entre las inferencias solicitadas y los hechos documentados en el expediente se pone de manifiesto en la decisión recaída en el caso *Methanex v. Estados Unidos*. En este caso, Methanex acusó a California de implementar regulaciones sobre aditivos de gasolina para favorecer intereses locales en violación del entonces vigente Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Además, alegó que el Gobernador de California fue indebidamente influenciado por donaciones políticas efectuadas por productores de etanol. La demandante solicitó inferencias adversas contra Estados Unidos por no proporcionar documentos sobre la negociación del Tratado de Libre Comercio y omitir presentar declaraciones testimoniales de quienes tuvieran conocimiento sobre la materia. El tribunal efectuó un análisis exhaustivo de las pruebas y, si bien reconoció la dificultad de proporcionar evidencias directas de corrupción, concluyó que no existía un patrón que permitiera inferir corrupción. Por tanto, determinó que las inferencias solicitadas no eran consistentes

con los hechos que constaban en el expediente<sup>78</sup>.

Por último, debe existir una conexión lógica entre la inferencia y la prueba omitida. El tribunal debe abstenerse de extraer una inferencia adversa si no está convencido de que la prueba, de ser producida, corroboraría la conclusión que se pretende inferir<sup>79</sup>.

En consecuencia, es importante que quien solicite la inferencia indique claramente qué conclusión desea que se extraiga. Además, deben existir en el expediente elementos o indicios que permitan determinar el contenido general de la prueba omitida. Por ello, es importante que la solicitud de producción de documentos sea específica e identifique, en la medida de lo posible, los autores y el supuesto contenido de la evidencia requerida<sup>80</sup>.

La doctrina, al examinar este requisito, cita la decisión *INA Corporation v. República Islámica de Irán* del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos. En este caso, la demandada alegó que la demandante no tenía derecho a compensación por la expropiación de sus acciones en una compañía iraní ya que la empresa tenía un patrimonio neto negativo. Para respaldar su valuación, presentó un informe de auditoría que ha-

---

<sup>78</sup> *Methanex Corporation v. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo de fecha 3 de agosto de 2005, Parte II, Capítulo B, ¶ 22 (solicitud de producción documental), Parte II, Capítulo C, ¶ 23 (solicitud de inferencias adversas), Parte III, Capítulo B, ¶ 57 (decisión del tribunal sobre las inferencias), <https://bit.ly/4dGp8Fp>.

<sup>79</sup> Rizzo Amaral, "Burden of Proof," 9-10.

<sup>80</sup> Reglas de la IBA, artículo 3(a).

cía referencia a ciertas prácticas contables cuestionables. A la demandada se le ordenó producir los soportes del informe, pero se negó. Ante ello, el tribunal infirió que sin examinar estos documentos, no podía evaluar el informe de auditoría. Por tanto, concluyó que el informe carecía de valor probatorio. Esta fue, en criterio del tribunal, la conclusión lógica derivada de la relación entre la inferencia y la prueba omitida<sup>81</sup>.

#### 4. Demostración *prima facie*

La parte que solicita la inferencia adversa debe proporcionar prueba *prima facie* de las pretensiones o defensas alegadas. Se entiende por prueba *prima facie* aquella que, a simple vista, es suficiente para establecer un hecho, a menos que sea refutada o contradicha<sup>82</sup>. El profesor Sharpe sostiene que la evidencia para el estándar *prima facie* debe ser razonablemente coherente, completa y detallada, aunque no necesariamente concluyente o definitiva. Este estándar no se cumple si la prueba se contradice a sí misma o no concuerda con lo que afirma el solicitante<sup>83</sup>.

Por ejemplo, en el caso *Marvin Feldman v. Mexico*, el demandante –un revendedor de cigarrillos– alegó haber

recibido un trato discriminatorio por habersele negado ciertos reembolsos por exportaciones que, según él, sí se le habían otorgado a un número de revendedores mexicanos. México, optó por no presentar ninguna prueba que documentara que a las empresas locales también se les habían negado las devoluciones. Ante esta omisión y dados los elementos probatorios proporcionados por el demandante, el tribunal concluyó que el actor había proporcionado pruebas *prima facie* de sus alegatos e infirió discriminación por parte de la demandada<sup>84</sup>.

Por el contrario, en el caso *Serafín García Armas v. Venezuela*, el tribunal rechazó la solicitud de extraer inferencias adversas. Si bien la demandada no cumplió con la orden de producir los libros de contabilidad que, en criterio del solicitante, permitirían establecer los préstamos reclamados; el tribunal concluyó que el demandante no aportó pruebas que permitieran establecer, con un mínimo de probabilidad, una relación de débito y crédito entre las partes. Por tanto, determinó que el solicitante de la

---

<sup>81</sup> *INA Corporation v. República Islámica de Irán*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Laudo No. 184-161-1 de fecha 13 de agosto de 1985, ¶¶ 37 (omisión de la demandada a presentar los soportes del informe), 35-36 (decisión del tribunal sobre el valor probatorio del informe), <https://bit.ly/3WXSn0E>. Para un examen de esta decisión, véase: Sharpe, “Adverse Inferences,” 381-382.

<sup>82</sup> Para un examen de la evidencia *prima facie*, véase: O’Malley, *Rules of Evidence*, 211-214.

<sup>83</sup> Sharpe, “Adverse Inferences,” 382-383.

<sup>84</sup> *Marvin Feldman v. Estados Unidos Mexicanos*, CIADI (Caso No. ARB(AF)/99/1), Laudo de fecha 16 de diciembre de 2002, ¶¶ 177-178, <https://bit.ly/4fC173Z>.

inferencia no había acreditado *prima facie* sus pretensiones<sup>85</sup>.

Por último, un sector de la doctrina, al examinar la naturaleza *prima facie* de la prueba, distingue entre inferencias “impropias” y “propias”. Las inferencias “impropias” se producen cuando la evidencia *prima facie* presentada es suficiente por sí sola para probar el hecho, en tanto no se aporten elementos probatorios que la rebatan. En contraste, las inferencias “propias” surgen cuando la prueba, aunque insuficiente para establecer el hecho por sí misma, proporciona una base que hace que el hecho alegado sea plausible<sup>86</sup>. En este último caso, quienes respaldan esta teoría, sostienen que el tribunal podrá alcanzar una conclusión razonada sobre la base de la inferencia adversa y la evidencia *prima facie* proporcionada, aunque esta última no sea suficiente para establecer el hecho<sup>87</sup>.

### 5. Conocimiento real o presunto de las consecuencias de la omisión

La parte contra la que se pretende aplicar una inferencia debe estar al tanto, o tener fundamentos razonables para estarlo, de la necesidad de aportar evidencias que refuten la inferencia solicitada.

El tribunal arbitral debe, en la medida de lo posible, advertir a la parte requerida sobre sus cargas probatorias y las consecuencias de incumplir una orden o una solicitud de producción de pruebas<sup>88</sup>.

Una decisión que ordena la producción de determinados documentos se considera, por sí misma, motivo suficiente para que la parte requerida comprenda que su inobservancia podría generar inferencias adversas, aun cuando no advierta expresamente las consecuencias del eventual incumplimiento<sup>89</sup>. Sin embargo, si la solicitud de producción o exhibición documental es rechazada, el solicitante no podrá posteriormente requerir una inferencia adversa por la falta de presentación de tales documentos.

Este principio se ilustra claramente en el caso *Transportes Ferreos de Venezuela, C.A. et al. v. CVG Ferrominera Orinoco*. En este procedimiento, el tribunal, habiendo rechazado previamente la solicitud de requerir a uno de los demandantes la producción de registros financieros sobre el mantenimiento y reparación de un buque, se negó a extraer inferencias adversas contra ese demandante. El razonamiento fue que, al no existir la obligación de producir estos documentos, la demandada carecía de

---

<sup>85</sup> *Serafín García Armas y Karina García Gruber v. República Bolivariana de Venezuela*, Corte Permanente de Arbitraje (Caso No. 2013-3), Laudo de fecha 26 de abril de 2019, ¶¶ 504-507, <https://bit.ly/3MOEPeF>.

<sup>86</sup> Al respecto, véase: Greenberg y Lautenschlager, “Adverse Inferences,” 45-47.

<sup>87</sup> Greenberg y Lautenschlager, “Adverse Inferences,” 46-47.

<sup>88</sup> Sharpe, “Drawing Adverse,” 568-569.

<sup>89</sup> O’Malley, *Rules of Evidence*, 220-221.

fundamento para solicitar tal inferencia<sup>90</sup>.

Ahora bien, la mera ausencia de una advertencia específica sobre las consecuencias de no producir una prueba relevante no constituye fundamento suficiente para que las partes impugnen la extracción de eventuales inferencias adversas. Así, como examinaremos posteriormente, lo dejó establecido la Corte de Apelaciones de París en el caso *Dresser-Rand Group* al rechazar una solicitud de anulación parcial de un laudo arbitral por supuestas irregularidades procesales en materia de inferencias adversas<sup>91</sup>.

En nuestro criterio, en aras de preservar la integridad del laudo y evitar ulteriores procedimientos de anulación, el tribunal arbitral debe ofrecer a las partes la oportunidad de justificar cualquier incumplimiento en la producción de instrumentos probatorios y advertirles de las posibles consecuencias de su inacción. Asimismo, al momento de extraer una inferencia adversa, es recomendable que el tribunal deje constancia detallada del proceso seguido. Esto incluye documentar la solicitud u orden de producción de documentos, el incumplimiento de la parte requerida y la advertencia previa sobre las consecuencias de dicho incumplimiento. Esta documentación minuciosa no sólo refuerza el fundamento de

la inferencia adversa, sino que también minimiza el riesgo de impugnaciones posteriores del laudo.

## V. Consecuencias

Una vez establecidas las condiciones que guían la discrecionalidad del tribunal para extraer una inferencia adversa, procedemos a analizar las consecuencias de tal decisión y especialmente su relación con la distribución de la carga de la prueba.

### A. Consideraciones generales

La decisión sobre si extraer o no inferencias adversas forma parte del proceso de valoración probatoria del tribunal arbitral y generalmente se reserva para el laudo o decisión final. Esta práctica permite a los árbitros examinar la totalidad del material probatorio antes de determinar el peso que se debe otorgar a la falta de presentación de evidencias específicas.

En este contexto, las inferencias adversas juegan un papel importante al subsanar lagunas probatorias y facilitar la comprobación, de manera circunstancial o indirecta, de los hechos alegados. Aunque por sí mismas no constituyen pruebas concluyentes, su impacto en el procedimiento arbitral no debe subestimarse. Las inferencias, además de complementar y fortalecer otras pruebas del

---

<sup>90</sup> *Transportes Ferreos de Venezuela C.A., Transferven Ltd. y Segmar Ltd v. CVG Ferrominera Orinoco*, Sociedad de Arbitraje Marítimo, Laudo de fecha 10 de enero de 2007 (consultado en original), 29 (solicitud de inferencia), 30-31 (decisión del tribunal sobre la inferencia).

<sup>91</sup> *Dresser-Rand Group Inc. et al. v. Société Diana Capital et al.*, Corte de Apelación de París, Sentencia No. 15/06036 de fecha 28 de febrero de 2017, <https://bit.ly/4fzgElb>. Véase: sección VII, *infra*.

expediente, pueden influir en el análisis del tribunal sobre el estándar probatorio requerido para establecer determinados hechos. Ello podría, eventualmente inclinar la balanza a favor de la parte que las solicita<sup>92</sup>.

La relevancia de la inferencia está estrechamente relacionada con la pertinencia de la información no producida. De ahí la importancia de que el solicitante establezca de manera inequívoca la consistencia de la inferencia con los hechos documentados en el expediente y su conexión lógica con el contenido probable de la prueba no presentada.

En este sentido, el caso *Europe Cement v. Turquía* es significativo. En la etapa jurisdiccional, se discutió si las demandantes habían adquirido participaciones en dos empresas turcas lo que, en criterio de los actores, constituía su inversión. Las demandantes afirmaron haber adquirido dicha participación y tener los libros de accionistas que así lo evidenciaba. El tribunal ordenó su producción, sin embargo, las demandantes incumplieron. Ante ello, el tribunal infirió que la falta de presentación se debía a una de dos razones: o bien las demandantes no tenían los libros en su

poder, o, de tenerlos, estos no habrían resistido una auditoría forense<sup>93</sup>.

Tras examinar el conjunto de pruebas, el tribunal concluyó que las demandantes no eran propietarias de las acciones en las empresas turcas y, por tanto, carecía de jurisdicción para decidir el caso. Si bien el tribunal enfatizó explícitamente que el expediente probatorio por sí mismo fundamentaba su decisión, resulta complejo determinar el grado de influencia que la inferencia adversa pudo haber ejercido en el laudo final<sup>94</sup>. Este caso ilustra la sutil pero potencialmente significativa interacción entre las inferencias adversas y el resto del material probatorio en la formación del criterio del tribunal arbitral.

### *B. Carga de la prueba*

La convergencia de diversas tradiciones jurídicas en el arbitraje internacional se pone de relieve en el ámbito de la carga de la prueba. Es común que se extrapolen nociones y conceptos propios del *common law* o del *civil law* a la materia probatoria lo que genera cierta confusión ya que los conceptos no siempre son directamente transferibles entre sistemas. Por ello conviene abordar de manera sumaria y clara el impacto de las

---

<sup>92</sup> Para una visión panorámica de los efectos de las inferencias adversas, puede consultarse: Menalco Solís, “Adverse inferences in investor–state arbitration,” *Arbitration International*, Vol. 44, No. 1 (2018): 87–91.

<sup>93</sup> *Europe Cement Investment & Trade SA v. República de Turquía*, CIADI (Caso No. ARB(AF)/07/2), Laudo de fecha 13 de agosto de 2009, ¶¶ 48 (solicitud de producción de documentos), 63, 99 (solicitud de inferencia adversa), 152 (decisión del tribunal sobre la inferencia), <https://bit.ly/37xact2>.

<sup>94</sup> *Europe Cement v. Turquía*, ¶ 164.

inferencias adversas en la carga probatoria y el estándar probatorio.

El punto de partida, se encuentra en la máxima “*onus probandi actori incumbit*”: cada parte tiene la carga de probar los hechos que alega. La insuficiencia probatoria conlleva el riesgo de que las reclamaciones o defensas sean desestimadas. Lógicamente, el riesgo inicial de no producir pruebas suficiente recae sobre el demandante, aunque el derecho aplicable puede contener presunciones o reglas específicas sobre la distribución de la carga de la prueba que afecten la manera como el tribunal determine quién asume dicho riesgo<sup>95</sup>.

Por su parte, el estándar probatorio permite determinar si las pruebas aportadas son suficientes para establecer los hechos en cuestión. Como hemos señalado, la parte que presenta una reclamación o defensa debe proporcionar las pruebas que respalden su afirmación. Una vez que aporte evidencias *prima facie*, es decir, pruebas que proporcionen al tribunal el nivel mínimo de certeza admisible para justificar que un

alegato es más probable que improbable, corresponderá a la otra parte rebatir dichas pruebas so pena de que el hecho se considere probado<sup>96</sup>.

En este sentido, una parte puede requerir que los árbitros extraigan inferencias adversas para complementar el vacío probatorio causado por el incumplimiento de su contraparte a presentar instrumentos que están en su poder. Ahora bien, en nuestro criterio la inferencia adversa no implica una inversión de la carga de la prueba para hacerla recaer sobre la parte contra quien se extrae la inferencia. A lo sumo, la inferencia flexibiliza el estándar probatorio, permitiendo a una parte cumplir con su carga probatoria mediante pruebas indirectas o circunstanciales. No obstante, las inferencias no eximen a esa parte de su carga de probar sus alegatos a través de otros medios tanto más cuanto quien solicita la inferencia debe proporcionar pruebas *prima*

---

<sup>95</sup> El derecho sustantivo añade una capa adicional de complejidad al análisis de la distribución de la carga de la prueba en el arbitraje internacional. En el Derecho venezolano, por ejemplo, la distribución de la carga de la prueba se encuentra regulada en los artículos 506 del Código de Procedimiento Civil y 1354 del Código Civil. Se admite, no sin discusiones, que para la determinación de la distribución del riesgo probatorio debe tomarse en cuenta además la disponibilidad y facilidad que puedan tener las partes para tener o aportar al proceso la prueba de los hechos debatidos. Respecto a la inversión de la carga de la prueba, esta puede producirse por la inasistencia del demandado al acto de contestación de la demanda (Código de Procedimiento Civil, art. 362) y también cuando el hecho alegado o excepcionado por alguna de las partes se encuentra amparado por una presunción *iuris tantum*. En tal caso, la parte que afirme el hecho no asumirá la carga probatoria sino que será la contraparte quien tenga la carga de aportar pruebas que desvirtúen el hecho amparado por la presunción.

<sup>96</sup> Para un examen detallado de la carga de la prueba y el estándar probatorio en el arbitraje internacional, puede consultarse: Gary Born, “On Burden and Standard of Proof,” en *Building International Investment Law: The First 50 Years of ICSID*, Meg Kinnear et al. eds. (Kluwer Law International, 2015), 43 – 54.

*facie* de sus pretensiones o defensas alegadas<sup>97</sup>.

En contraste con nuestra posición, un sector de la doctrina y algunas decisiones arbitrales han sugerido que extraer una inferencia adversa es similar a trasladar la carga de la prueba. Así, en palabras de un tribunal CCI:

La regla general en el arbitraje internacional, así como en cualquier procedimiento, es que cada parte tiene la carga de probar los hechos que fundamentan su caso. Es decir, la parte que afirma un hecho tiene la carga de su prueba. No obstante, cuando la parte que tiene la carga de la prueba presenta pruebas suficientes para presumir que lo alegado es cierto, la carga de la prueba puede trasladarse a la otra parte para refutar dicha evidencia<sup>98</sup>.

Ahora bien, como indicamos poco antes, la carga de probar los elementos de una pretensión o defensa recae sobre la parte que la afirma. Si el tribunal no queda convencido de la veracidad o respaldo probatorio de su afirmación, será la parte que la presentó y que, por tanto, tiene la carga de su prueba, quien asuma las consecuencias desfavorables de esta falta de convicción. Además, el incumplimiento

de una parte de una orden de producir documentos y la consiguiente extracción de una inferencia adversa en su contra, no necesariamente satisface la carga probatoria de la otra parte para establecer un hecho o alegato específico<sup>99</sup>.

Por estas razones, algunos tribunales arbitrales han concluido que la carga de la prueba nunca se transfiere a la parte que incumple con la orden de presentar determinadas pruebas<sup>100</sup>. Desde esta perspectiva, una vez que el solicitante proporciona pruebas *prima facie* de los hechos que alega, la contraparte podrá presentar sus propias evidencias que contradigan dichos hechos. Si no presenta pruebas, asume el riesgo de las consecuencias de ello y que el tribunal concluya que el solicitante satisfizo su carga de la prueba. Por el contrario, en caso de presentar elementos probatorios, el solicitante deberá aportar evidencias suplementarias, puesto que es él quien mantiene la carga de demostrar ese hecho.

---

<sup>97</sup> Al respecto, véase: *Apotex Holdings Inc y Apotex Inc v. Estados Unidos de América*, CIADI (Caso No. ARB(AF)/12/1), Laudo de fecha 25 de agosto de 2014, ¶ 8.72, <https://bit.ly/46HGUiG>.

<sup>98</sup> Laudo CCI dictado por un árbitro único, citado en: Greenberg y Lautenschlager, “Adverse Inferences,” 51.

<sup>99</sup> En este sentido, véase: Solis, “Adverse inferences,” 88-90 y la jurisprudencia ahí citada.

<sup>100</sup> *Rompetrol Group NV v. Rumania*, CIADI (Caso No. ARB/06/3), Laudo de fecha 6 de mayo de 2013, ¶ 178 (“El Tribunal no comparte aquellos alegatos que pretendan demostrar que la carga de la prueba puede, bajo ciertas circunstancias, trasladarse de la parte que originalmente la tenía a la otra parte, y luego quizás en determinadas circunstancias revertir de nuevo a la parte original. En criterio del Tribunal, estos argumentos confunden dos cuestiones distintas: por un lado, a quién corresponde la carga probatoria de una alegación particular y, por otro, si dicha alegación ha sido efectivamente acreditada mediante los medios de prueba aportados”), <https://bit.ly/3WWg5dl>.

### C. *Prueba indirecta*

Las inferencias adversas se consideran pruebas indirectas o circunstanciales<sup>101</sup>. La evidencia directa ofrece una constatación inmediata de los hechos, en cambio las pruebas indirectas requieren un proceso deductivo adicional. Por ejemplo, una prueba directa es el testigo que declara haber visto a un niño comiendo un helado en la heladería. Por el contrario, si el testigo afirma haber observado al niño saliendo de la heladería con los labios y las manos sucias de helado, sosteniendo una servilleta usada, estamos ante una prueba indirecta que requiere un razonamiento lógico para inferir que el niño se comió un helado.

La naturaleza indirecta de las inferencias adversas implica que su peso probatorio es menor que el de las evidencias directas. Cuando el tribunal observa que una parte no presenta cierta información que está en su poder y que le fue requerida, presume que esta omisión se debe a que su contenido podría perjudicar su posición en el caso<sup>102</sup>.

Ahora bien, la inferencia de que un instrumento probatorio no presentado es contrario a los intereses de una parte no significa necesariamente que el mismo prueba las afirmaciones de hecho de quien solicita la inferencia. El caso *INA Corporation v. Iran* ejemplifica esta dis-

tinción. Como se señaló, el tribunal ordenó a la demandada presentar los documentos que respaldaban un informe de auditoría. Ante la negativa de la demandada, el tribunal concluyó que el informe carecía de valor probatorio pero se abstuvo de inferir detalles sobre el patrimonio neto de la compañía<sup>103</sup>.

Asimismo, las inferencias adversas no son por sí mismas suficientes para determinar el resultado de un caso. Su impacto depende de la existencia de otras pruebas y de su relación con ellas. Por lo cual, el resto de las evidencias presentadas pueden perfectamente contener elementos suficientes para contrarrestar o mitigar los efectos de una inferencia adversa.

El caso *OPIC Karimun Corp. v. Venezuela* demuestra lo anterior. En este arbitraje se discutió si el artículo 22 de la ley de protección de inversiones de Venezuela contenía el consentimiento de Venezuela a la jurisdicción del CIADI. La demandante respaldó su posición con las declaraciones de un testigo que supuestamente había participado en la redacción de la ley y que señaló la existencia de un expediente administrativo que no fue producido por Venezuela. Aunque el tribunal contempló la posibilidad de inferir que el contenido de dicho expediente no favorecía la postura

<sup>101</sup> Dubovský y Trchalíková, “Adverse Inferences,” 34-35.

<sup>102</sup> Sobre la naturaleza indirecta de las inferencias adversas, véase: Van Houtte, “Adverse Inferences,” 198-199.

<sup>103</sup> *INA Corporation v. República Islámica de Irán*, Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, Laudo No. 184-161-1 de fecha 13 de agosto de 1985, ¶ 37, <https://bit.ly/3WXS0E>.

de Venezuela, subrayó que tales inferencias resultaban insuficientes para concluir que el país había consentido a la jurisdicción del CIADI. El tribunal hizo hincapié en que una conclusión de tal trascendencia requeriría evidencia directa y, en el caso concreto, determinó que no se habían aportado pruebas suficientes para demostrar dicho consentimiento por parte de Venezuela<sup>104</sup>.

Finalmente, aunque las inferencias adversas no tienen el mismo peso probatorio que la evidencia directa, son un recurso valioso para evitar que los litigantes se vean perjudicados por la negativa injustificada de sus adversarios a presentar pruebas que están exclusivamente en su posesión. Esta negativa puede abarcar documentos, testimonios de personas con conocimiento relevante sobre los hechos en disputa y otros tipos de pruebas<sup>105</sup>. Al permitir que el tribunal presuma que la evidencia no presentada sería desfavorable para quien la retiene, se pretende desalentar el incumplimiento de las órdenes de producción de pruebas y equilibrar las desventajas en el acceso a las pruebas en el proceso arbitral. Constituyen, en fin, elementos disuasivos para evitar que las partes omitan hechos esenciales a la causa o contrarios a la verdad.

## VI. Jurisprudencia arbitral

La extracción explícita de inferencias adversas en el arbitraje internacional es poco frecuente, sin embargo, consideramos pertinente examinar los casos excepcionales donde se ha considerado esta posibilidad ya que ilustran las circunstancias y criterios que influyen en la decisión de los árbitros<sup>106</sup>. Para ello abordaremos tres enfoques arbitrales: el rechazo, la aceptación y la falta de pronunciamiento sobre las inferencias adversas.

### A. *Rechazo a las inferencias adversas*

Un número significativo de decisiones arbitrales rehúsa extraer inferencias adversas. Algunos tribunales consideran las inferencias poco razonables, inconsistentes con los hechos, o insuficientes para refutar otras pruebas. En otros casos, las pruebas disponibles contradicen directamente la inferencia solicitada. También se observan instancias donde los tribunales aceptan las justificaciones de las partes, rechazan invertir la carga probatoria, o consideran que la mera ausencia de un testigo no justifica conclusiones desfavorables. A continuación, haremos referencia a algunos casos que ilustran estas posiciones.

---

<sup>104</sup> *OPIC Karimun Corporation v. República Bolivariana de Venezuela*, CIADI (Caso No. ARB/10/14), Laudo de fecha 28 de mayo de 2013, ¶¶ 144 (falta de producción de documentos) 145 (extracción de inferencia adversa), 146 (conclusión sobre la insuficiencia de las inferencias), <https://bit.ly/4cnsXhq>.

<sup>105</sup> Véase el análisis de la jurisprudencia en la sección VI.B, *infra*.

<sup>106</sup> Este análisis se centrará en los casos donde la inferencia está directamente vinculada a la presentación de pruebas, omitiendo aquellos ya discutidos en este artículo.

## 1. Bayındır v. Pakistán

Los hechos del caso guardan relación con una empresa turca que fue contratada para la construcción de una autopista en Pakistán, sin embargo, la obra estuvo plagada de desacuerdos entre las partes. La situación llegó a su punto crítico cuando la autoridad nacional de carreteras rescindió el contrato y el ejército tomó el control del proyecto. La demandante inició un arbitraje bajo el Tratado Bilateral de Inversión entre Pakistán y Turquía alegando que Pakistán violó el trato justo y equitativo, el principio de nación más favorecida y la obligación de pagar una compensación justa en caso de expropiación<sup>107</sup>.

La demandante denunció una supuesta conspiración del gobierno del General Musharraf para expulsar a todos los inversionistas turcos. En su criterio, la decisión de terminar su contrato fue adoptada por el propio General en una reunión del proyecto cuyo acta Pakistán no aportó al expediente. Ante ello y citando la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el caso del *Canal de Corfú*, solicitó al tribunal inferir que la recisión contractual y su ulterior expulsión fue una decisión personal del General Musharraf por razones políticas<sup>108</sup>.

El tribunal rechazó la solicitud, señalando que las pruebas disponibles demostraban que la participación del General Musharraf en el proyecto había sido limitada. Además, amonestó a la demandante por citar de manera incompleta la decisión del Canal de Corfú. En palabras del tribunal: “[E]n su referencia al caso del Canal de Corfú, la demandante ha omitido mencionar que la [CIJ] sostuvo expresamente que ‘la prueba puede extraerse de inferencias de hechos, siempre que estas no dejen lugar a dudas razonables’”<sup>109</sup>. Por último, señaló que no era procedente extraer inferencias ya que el expediente probatorio ponía en duda el grado de implicación del General Musharraf en la exclusión de la demandante<sup>110</sup>.

## 2. Glamis Gold v. Estados Unidos

La demandante, una empresa minera canadiense, solicitó permisos a las autoridades estatales de California para desarrollar un proyecto en la Reserva del Desierto de California, Estados Unidos. No obstante, la obtención de dichas autorizaciones se vio obstaculizada por la implementación de nuevas regulaciones y procesos exhaustivos de evaluación de impacto ambiental y cultural. Ante este impedimento, la empresa inició un pro-

---

<sup>107</sup> *Bayındır Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. República Islámica de Pakistán*, CIADI (Caso No. ARB/03/29), Laudo de fecha 27 de agosto de 2009, ¶¶ 36-38 (recisión contractual y toma forzosa de la obra), 47, 96-97 (pretensiones), <https://bit.ly/3YItOpQ>.

<sup>108</sup> *Bayındır v. Pakistán*, ¶ 141.

<sup>109</sup> *Bayındır v. Pakistán*, ¶ 142.

<sup>110</sup> *Bayındır v. Pakistán*, ¶¶ 141-143, 238-239.

cedimiento arbitral, alegando que Estados Unidos había violado las protecciones a los inversionistas extranjeros establecidas en el Tratado de Libre Comercio de Norteamérica<sup>111</sup>.

En la etapa de exhibición documental, la demandante solicitó documentos que detallaran las comunicaciones entre el gobierno federal y el gobernador de California sobre la adopción de regulaciones a operaciones mineras en sitios cercanos a las tribus indígenas. En su criterio, estos documentos probarían que las medidas tomadas por California que obstaculizaron la obtención de los permisos tenían un propósito oculto: hacer que el proyecto de Glamis Gold fuera económicamente inviable, evitando así el pago de una indemnización por expropiación<sup>112</sup>.

Estados Unidos presentó los documentos solicitados pero omitió ciertos fragmentos lo que, a juicio de la demandante, equivalía a la falta de presentación de los mismos. Por tanto, la parte actora solicitó al tribunal inferir que la información omitida era contraria a los intereses de la demandada. El tribunal desestimó la solicitud ya que consideró que los documentos, incluso sin dichas omisiones, no

tenían el peso necesario para contrarrestar el expediente probatorio del caso<sup>113</sup>.

### 3. **Glencore v. Colombia**

Glencore, una empresa suiza, adquirió una compañía colombiana que era parte en un contrato para la exploración y explotación de carbón con la agencia estatal minera colombiana. Después de varias renegociaciones y disputas, las partes firmaron una enmienda que, con el paso del tiempo, desencadenó el inicio de procedimientos administrativos sancionatorios y multas fiscales a los inversionistas<sup>114</sup>.

Glencore y su empresa incoaron un arbitraje contra Colombia bajo el Tratado Bilateral de Inversión entre Suiza y Colombia alegando, entre otras pretensiones, violaciones el trato justo y equitativo. Por su parte, la demandada sostuvo que las demandantes ocultaron y tergiversaron información durante la renegociación del contrato. Además, Colombia acusó a las demandantes de actuar en connivencia con funcionarios públicos e incurrir en prácticas corruptas, sugiriendo una manipulación deliberada para obtener ventajas en la negociación. Como soporte, presentó pruebas de un pago significativo a un funcionario del Gobierno. Colombia alegó que, ante la

---

<sup>111</sup> *Glamis Gold, Ltd. v. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo de fecha 8 de junio de 2009, ¶¶ 31-33, 88, 175-182, 184-186, <https://bit.ly/3fR2WNa>.

<sup>112</sup> *Glamis Gold v. Estados Unidos*, ¶ 252.

<sup>113</sup> *Glamis Gold v. Estados Unidos*, ¶¶ 707 (solicitud de inferencia), 822 (decisión del tribunal).

<sup>114</sup> *Glencore Internacional A.G. y C.I. Prodeco S.A. v. República de Colombia*, CIADI (Caso No. ARB/16/6), Laudo de fecha 27 de agosto de 2019, ¶¶ 145 (contrato original), 157-159 (adquisición por parte de Glencore), 321 (firma de enmienda), 398, 410 (procedimientos administrativos), <https://bit.ly/46EDfSp>.

falta de explicaciones creíbles por parte de las demandantes, el tribunal debía inferir que el pago tuvo como propósito el soborno de funcionarios públicos<sup>115</sup>.

El tribunal rechazó la inferencia adversa propuesta por Colombia, al considerar que las evidencias disponibles no respaldaban la acusación de corrupción. En particular, se demostró que las demandantes efectuaron los pagos a cuentas bancarias colombianas a nombre de los propios funcionarios gubernamentales, lo cual sugería cierta transparencia en las transacciones. Además, el tribunal consideró significativo que ni el fiscal ni los tribunales colombianos hubieran iniciado una investigación sobre la supuesta corrupción. Ello motivó al tribunal a desestimar la solicitud de inferencias adversas<sup>116</sup>.

#### 4. *Schil v. Turkmenistán*

La empresa turca Schil İnşaat y su dueño Muhammet Çap incoaron un arbitraje contra Turkmenistán solicitando daños y perjuicios por la expropiación ilegal de su inversión en numerosos proyectos de infraestructura en Turkmenistán y por la violación al Tratado Bilateral de Inversión entre Turquía y Turkmenistán. La demandada, por su parte, sostuvo que

se trataba de disputas contractuales cuya resolución correspondía a los tribunales nacionales y que sus acciones respondían a incumplimientos de los demandantes<sup>117</sup>.

Durante el procedimiento arbitral, los demandantes señalaron que no tenían documentación suficiente para sustentar sus pretensiones debido a la confiscación de sus oficinas por las autoridades de Turkmenistán. Por ello, solicitaron la producción de documentos y la inversión de la carga probatoria sobre hechos relacionados con supuestos incumplimientos contractuales. Turkmenistán se opuso a la solicitud, alegando que todo inversionista prudente debe conservar copias de sus registros comerciales fuera del país anfitrión. Además, señaló que las propias solicitudes de los demandantes revelaban que habían tenido acceso previo a los documentos que solicitaban producir. El tribunal estuvo de acuerdo con los argumentos de la demandada y desestimó la solicitud de inversión de la carga de la prueba<sup>118</sup>.

Por otro lado, Turkmenistán solicitó a los demandantes a producir una copia del acuerdo de financiamiento por terceros que habían celebrado para conocer

---

<sup>115</sup> *Glencore et al. v. Colombia*, ¶¶ 547 (resumen de las pretensiones), 199 (alegato de corrupción), 563 (prueba de pagos), 133 y 566 (solicitud de inferencia).

<sup>116</sup> *Glencore et al. v. Colombia*, ¶¶ 734 (pago a cuentas bancarias), 738 (ausencia de investigación), 735-736 (decisión).

<sup>117</sup> *Muhammet Çap & Schil İnşaat Endüstri ve Ticaret Ltd. Sti. v. Turkmenistán*, CIADI, (Caso No. ARB/12/6), Laudo de fecha 4 de mayo de 2021, ¶¶ 375-383 (pretensiones), 384-395 (defensas), <https://bit.ly/4fCfLbn>.

<sup>118</sup> *Schil et al. v. Turkmenistán*, ¶¶ 514-518 (solicitud inversión carga probatoria), 520-524 (defensas de Turkmenistán), 729-731 (decisión del tribunal).

su alcance y determinar quién tenía el control de la reclamación. Los demandantes no produjeron el acuerdo y Turkmenistán solicitó al tribunal inferir que el financista era quien controlaba efectivamente la reclamación. El tribunal desestimó esta petición, señalando que Turkmenistán no había aportado pruebas que demostrara o siquiera sugiriera que los demandantes hubieran cedido su reclamación<sup>119</sup>.

### 5. MOL v. Croacia

MOL, una empresa energética húngara, adquirió una participación significativa en INA, la petrolera estatal croata. Luego de que Croacia revocara las licencias de INA y acusara a MOL de sobornar al ex Primer Ministro Ivo Sanader, MOL inició un arbitraje CIADI contra Croacia alegando violaciones al Tratado sobre la Carta de la Energía<sup>120</sup>. Por su parte, Croacia incoó un arbitraje conforme a las Reglas de la CNUDMI sobre la base del acuerdo de accionistas. El Estado argumentó que ciertas modificaciones al acuerdo entre INA y MOL eran nulas de pleno derecho por haber sido obtenidas mediante prácticas corruptas<sup>121</sup>.

En el curso del procedimiento CIADI, ambas partes alegaron que su contraparte podría haber presentado testigos y, al no hacerlo, solicitaron inferencias adversas. El tribunal manifestó su disposición a extraer inferencias siempre y cuando estas fueran convincentes y permitieran complementar lagunas probatorias de otro modo insalvables<sup>122</sup>. Sin embargo, el tribunal puntualizó que la mera ausencia de una declaración testimonial no justificaba inferir “cuál habría sido su contenido ni el impacto que hubiera tenido la declaración en el acervo probatorio”<sup>123</sup>. En consecuencia, el tribunal se abstuvo de extraer inferencias ante la ausencia de testigos.

Por otro lado, la demandante sostuvo que la decisión de revocar las licencias de INA ocurrió en paralelo al deterioro de las relaciones entre MOL y Croacia. Por tanto, solicitó al tribunal inferir que la revocatoria fue una represalia estatal y no una decisión basada en fundamentos legítimos. El tribunal desestimó esta solicitud al considerar que la mera coincidencia temporal era insuficiente para sustentar tal inferencia. Ello, en criterio del tribunal, era una base muy débil para extraer conclusiones negativas que

<sup>119</sup> *Sehil et al. v. Turkmenistán*, ¶¶ 683-685 (solicitud de producción e inferencia), 691 (decisión del tribunal).

<sup>120</sup> *MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc v. República de Croacia*, CIADI (Caso No. ARB/13/32), Laudo de fecha 5 de julio de 2022, ¶¶ 352, 361, 365, 370, <https://bit.ly/3MmnbIX>.

<sup>121</sup> *República de Croacia v. MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc*, CNUDMI (Caso No. 2014-15), Laudo de fecha 23 de diciembre de 2016, ¶¶ 13, 81-83, <https://bit.ly/46KfpeE>.

<sup>122</sup> *MOL Hungarian Oil and Gas Company Plc v. República de Croacia*, CIADI, Laudo de fecha 5 de julio de 2022, ¶¶ 515 (solicitud de inferencias), 508 (disposición del tribunal a extraer inferencias).

<sup>123</sup> *MOL v. Croacia*, ¶ 516.

sirvieran de base a reclamaciones millonarias<sup>124</sup>.

### *B. Adopción de inferencias adversas*

Tal como hemos señalado, los tribunales arbitrales son cautelosos al momento de aplicar inferencias adversas en sus laudos, siendo escasos los precedentes en esta materia. A continuación, examinaremos tres casos donde se extraen expresamente inferencias adversas. Este análisis complementa el de los arbitrajes *Europe Cement v. Turquía y OPIC v. Venezuela*, cuyas implicaciones ya han sido abordadas en secciones anteriores del presente trabajo.

#### **1. Rumeli v. Kazajistán**

La controversia surgió cuando Kazajistán rescindió un contrato de inversión para una red de telefonía móvil operada por una empresa kazaja, en la cual las demandantes —empresas turcas— tenían una participación accionaria mayoritaria. Los inversionistas iniciaron un arbitraje alegando que la rescisión del contrato, las decisiones judiciales relacionadas y la adquisición forzosa de sus acciones constituían una expropiación indirecta y violaban el principio de trato justo y equitativo establecido en el Tratado Bilateral de Inversión entre Ka-

zajistán y Turquía. Además, acusaron a su socio local de conspirar con diversos organismos kazajos. Por su parte, Kazajistán alegó que las demandantes no presentaron pruebas *prima facie* de sus pretensiones ni vincularon sus acusaciones de corrupción con los hechos específicos del caso<sup>125</sup>.

En la audiencia, la demandada, en contravención a una orden del tribunal, omitió presentar la declaración de dos testigos clave que podrían haber aclarado el rol de la empresa kazaja en la rescisión del contrato de inversión. Las demandantes solicitaron inferencias adversas basadas en esta negativa y en presuntas declaraciones falsas de otros testigos<sup>126</sup>.

El tribunal examinó la solicitud en el contexto de la prueba indirecta. Primero, evaluó la conducta procesal de las partes y la posibilidad de inferir consecuencias adversas de la actuación de la demandada. Segundo, ponderó la dificultad de obtener pruebas directas sobre la presunta colusión lo que se exacerbó por la falta de cooperación de la demandada<sup>127</sup>. Tras este análisis y el examen del expediente probatorio, el órgano decisorio concluyó que el proceso judicial que resultó en la expropiación de las acciones de las demandantes fue re-

<sup>124</sup> *MOL v. Croacia*, ¶¶ 665 (solicitud de inferencia), 668 (decisión del tribunal).

<sup>125</sup> *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. República de Kazajistán*, CIADI (Caso No. ARB/05/16), Laudo de fecha 29 de julio de 2008, ¶¶ 120, 588, 688 (pretensiones), 355-358 (alegato de corrupción), 301-304 (alegato de falta de pruebas *prima facie*), <https://bit.ly/3SJ1mjX>.

<sup>126</sup> *Rumeli et al. v. Kazajistán*, ¶¶ 337-441.

<sup>127</sup> *Rumeli et al. v. Kazajistán*, ¶ 444.

sultado de una confabulación indebida entre el Estado y la empresa kazaja. Finalmente, el tribunal condenó a Kazajistán por violar el trato justo y equitativo y expropiar la inversión de las demandantes<sup>128</sup>.

Kazajistán solicitó la nulidad del laudo, argumentando que la conclusión sobre la confabulación carecía de fundamento. El comité de anulación desestimó la solicitud, considerando que la valoración de las pruebas del tribunal no constituía un quebrantamiento grave de una norma de procedimiento. Además, señaló que, en todo caso, la cuestión de la colusión no fue determinante para el resultado del caso<sup>129</sup>.

## 2. Metal-Tech v. Uzbekistán

Metal-Tech, una empresa israelí, constituyó un *joint venture* con entidades estatales uzbekas para operar una planta química en Uzbekistán. En virtud del acuerdo, Metal-Tech aportaría tecnología y conocimientos, mientras las empresas uzbekas proporcionarían instalaciones y materias primas. Posteriormente, el gobierno uzbeko revocó los derechos exclusivos del *joint venture* para adquirir materias primas, lo que llevó a la terminación anticipada de los

contratos y la liquidación de la empresa<sup>130</sup>.

La demandante inició un arbitraje alegando que las acciones de la demandada violaban la ley uzbeka y el Tratado Bilateral de Inversión entre Israel y Uzbekistán. La demandada objetó la jurisdicción del tribunal, argumentando que la inversión de Metal-Tech se obtuvo mediante corrupción en violación de la legislación uzbeka<sup>131</sup>.

En el transcurso de la audiencia sobre los méritos, un testigo de Metal-Tech reveló que la empresa había efectuado pagos significativos a “consultores” uzbekos, entre los que se encontraban un alto funcionario de la oficina presidencial y el hermano de un ex Primer Ministro. Ante esta declaración, el tribunal solicitó a Metal-Tech acreditar la legitimidad de los servicios prestados por dichos consultores. No obstante, la empresa no aportó prueba documental ni declaraciones testimoniales, alegando que ciertos testigos se negaban a declarar por temor a represalias<sup>132</sup>.

El tribunal rechazó la justificación de la demandante ya que los testigos no residían en Uzbekistán. Además, consideró que la escasa documentación aportada corroboraba la ilicitud de los pagos

<sup>128</sup> *Rumeli et al. v. Kazajistán*, ¶¶ 446, 615-616, 707-08.

<sup>129</sup> *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. v. República de Kazajistán*, CIADI (Caso No. ARB/05/16), Decisión del Comité Ad Hoc de Anulación de fecha 25 de marzo de 2010, ¶¶ 100, 104, 106, <https://bit.ly/3WYrNVh>.

<sup>130</sup> *Metal-Tech Ltd. v. República de Uzbekistán*, CIADI (Caso No. ARB/10/3), Laudo de fecha 4 de octubre de 2013, ¶¶ 32-42, <https://bit.ly/3YHDOjm>.

<sup>131</sup> *Metal-Tech v. Uzbekistán*, ¶¶ 107 (pretensiones), 110 (defensas).

<sup>132</sup> *Metal-Tech v. Uzbekistán*, ¶¶ 246-258 y 264.

y, por ello, infirió que la demandante había realizado pagos ilícitos a funcionarios públicos<sup>133</sup>. Finalmente, declaró su falta de jurisdicción al determinar que la inversión se había obtenido mediante corrupción<sup>134</sup>.

### 3. MPI v. Xerox

Xerox Canada y MPI Technologies celebraron una serie de contratos para el desarrollo y uso de un determinado *software* de impresión. Estos acuerdos otorgaban a Xerox el derecho de utilizar los programas creados por MPI a cambio del pago de regalías por cada impresora vendida.

El conflicto surgió cuando MPI exigió regalías por las actualizaciones en los equipos vendidos, lo cual fue rechazado por Xerox<sup>135</sup>.

MPI inició un arbitraje reclamando el pago de regalías y acusando a Xerox de violar sus derechos de propiedad intelectual al crear un *software* supuestamente derivado del suyo. Xerox negó las acusaciones pero, durante la audiencia, no presentó como testigos a varios de sus empleados que habían participado en el desarrollo del *software* de MPI con Xerox y en el programa de Xerox. Esta omisión privó al tribunal de testimonios

cruciales sobre la presunta infracción y, por ello, infirió que los testimonios omitidos habrían perjudicado a la demandada<sup>136</sup>. Finalmente, el tribunal falló a favor de MPI, condenando a Xerox al pago de una indemnización por el uso no autorizado de información confidencial en la creación de su programa y a pagar las regalías pendientes<sup>137</sup>.

Xerox interpuso una acción de nulidad contra el laudo arbitral. El tribunal canadiense que decidió el recurso, sin embargo, determinó que la inferencia negativa extraída por el tribunal arbitral era adecuada. Fundamentó su decisión en que la demandada no había presentado como testigos a empleados que estaban a su disposición y que poseían conocimiento directo de los hechos controvertidos. Esta omisión, según el tribunal, justificó la inferencia<sup>138</sup>.

### C. Falta de pronunciamiento sobre las inferencias adversas

Algunos tribunales eluden sutilmente las inferencias adversas propuestas por las partes y optan por fundamentar sus laudos en otros elementos probatorios o consideraciones jurídicas que resultan suficientes para dirimir la disputa sin recurrir a dichas inferencias. Examina-

<sup>133</sup> *Metal-Tech v. Uzbekistán*, ¶¶ 264-266.

<sup>134</sup> *Metal-Tech v. Uzbekistán*, ¶¶ 372-375.

<sup>135</sup> Corte Superior de Ontario, sentencia de fecha 30 de noviembre de 2006, caso *Xerox Canada Ltd. y Xerox Corporation v. MPI Technologies, Inc. y MPI Tech S.A.*, ¶¶ 12-16, <https://bit.ly/4cldPBk>.

<sup>136</sup> *Xerox et al. v. MPI et al.*, ¶¶ 19-20 (pretensiones) y 116 (cita a la § 204 del Laudo CCI objeto del procedimiento de nulidad).

<sup>137</sup> *Xerox et al. v. MPI et al.*, ¶ 2.

<sup>138</sup> *Xerox et al. v. MPI et al.*, ¶ 144.

remos dos casos que ejemplifican esta situación.

### 1. **Flemingo Duty Free v. Polonia**

La demandante, una empresa india, adquirió acciones en una compañía polaca que operaba tiendas en el Aeropuerto de Varsovia mediante contratos de arrendamiento con la empresa estatal aeroportuaria. Tras la resolución de estos acuerdos por presuntos incumplimientos, la demandante inició un arbitraje contra Polonia, alegando que las acciones de la empresa estatal eran atribuibles al Estado polaco. En criterio de la demandante, estas acciones constituían una expropiación indirecta de su inversión y violaban el principio de trato justo y equitativo establecido en el Tratado Bilateral de Inversión entre India y Polonia<sup>139</sup>.

Durante el procedimiento arbitral, la demandante solicitó la exhibición de documentos de la empresa aeroportuaria. Polonia se negó a presentar los documentos, aduciendo restricciones legales que exigían el consentimiento de la entidad aeroportuaria, la cual, a su vez, rehusó autorizar su divulgación. El tribunal desestimó esta justificación y ordenó la producción documental<sup>140</sup>. Ante la nega-

tiva de Polonia, la demandante solicitó al tribunal inferir que los documentos omitidos debilitarían la posición polaca sobre la independencia de la empresa aeroportuaria. Polonia, en cambio, argumentó que las inferencias adversas solo deberían aplicarse en casos de ocultamiento deliberado e injustificado de pruebas<sup>141</sup>.

El tribunal analizó la documentación disponible y concluyó que las acciones de la empresa aeroportuaria eran atribuibles al Estado polaco. Si bien se abstuvo de aplicar inferencias adversas y de examinar su estándar legal, señaló que la reiterada negativa de la demandada a acatar las órdenes de exhibición documental habría justificado su aplicación<sup>142</sup>.

### 2. **Fynerdale v. República Checa**

Fynerdale, una empresa holandesa, inició un arbitraje contra la República Checa basado en el Tratado Bilateral de Inversión entre ambos países, debido a un conflicto surgido por préstamos de Fynerdale a empresas checas y maltesas para el comercio de semillas. La demandante acusó al gobierno checo de negligencia al investigar su querrela contra socios locales, lo que le ocasionó cuantiosas pérdidas económicas<sup>143</sup>. Por su

---

<sup>139</sup> *Flemingo Duty Free Shop Private Ltd. v. República de Polonia*, CNUDMI, Laudo de fecha 12 de agosto de 2016, ¶¶ 6, 351, 562, <https://bit.ly/3AvsMTZ>.

<sup>140</sup> *Flemingo v. Polonia*, ¶¶ 18-19.

<sup>141</sup> *Flemingo v. Polonia*, ¶¶ 401-404 (solicitud de inferencia), 412 (defensa de Polonia).

<sup>142</sup> *Flemingo v. Polonia*, ¶ 448.

<sup>143</sup> *Fynerdale Holdings BV v. República Checa*, CPA (Caso No. 2018-18), Laudo de fecha 29 de abril de 2021, ¶¶ 5-10, <https://bit.ly/3YBqOeY>.

parte, la República Checa rechazó las acusaciones, alegando que la supuesta "inversión" de Fynerdale era en realidad un intento de blanqueo de capitales<sup>144</sup>.

Durante la exhibición de documentos, Fynerdale incumplió la mayoría de las solicitudes de producción, especialmente las relacionadas con la presunta ilegalidad de sus inversiones. Ante la falta de pruebas sobre el origen de los fondos, la República Checa pidió al tribunal que extrajera inferencias adversas, específicamente que concluyera que los préstamos que constituían la supuesta inversión provenían de actividades delictivas<sup>145</sup>.

El tribunal arbitral falló a favor de la República Checa sin recurrir a inferencias adversas. El tribunal concluyó que Fynerdale no cumplió con su carga de probar la licitud de los fondos. Por ello, desestimó el caso por falta de jurisdicción, sin necesidad de considerar los argumentos adicionales de la República Checa<sup>146</sup>.

En conclusión, la práctica arbitral revela una tendencia predominante de los tribunales a abstenerse de extraer inferencias adversas. Esta reticencia se fundamenta principalmente en la falta de razonabilidad de las inferencias solicitadas, su inconsistencia con el acervo probatorio, su insuficiencia para contrarrestar otras evidencias, o la aceptación de

las justificaciones ofrecidas por las partes para explicar la omisión de ciertas pruebas. No obstante, existen casos en los que los tribunales consideran que se cumplen las condiciones necesarias para extraer inferencias adversas basadas en la falta de presentación de documentos o testigos con conocimiento directo de los hechos controvertidos. Por último, otros tribunales adoptan un enfoque más sutil, evitando abordar directamente las inferencias propuestas y prefiriendo basar sus decisiones en otros elementos probatorios que consideran suficientes para resolver la controversia.

## VII. Debido proceso

Al abordar la cuestión de la inferencia adversa, el tribunal arbitral debe respetar el debido proceso y salvaguardar el derecho a la defensa de las partes. Ello implica que ambas partes deben tener la oportunidad de ser escuchadas, presentar sus argumentos y evidencias, y refutar los alegatos en su contra en igualdad de condiciones.

La aplicación de inferencias adversas requiere un equilibrio cuidadoso entre la búsqueda de la verdad y la protección del debido proceso y el derecho a la defensa. Para lograrlo, el tribunal debe otorgar a la parte requerida un plazo adecuado para presentar los instrumentos probatorios solicitados, permitir la impugnación u objeción a las solicitudes y facil-

---

<sup>144</sup> *Fynerdale v. República Checa*, ¶ 410.

<sup>145</sup> *Fynerdale v. República Checa*, ¶¶ 408-412.

<sup>146</sup> *Fynerdale v. República Checa*, ¶¶ 572-574.

itar que las partes justifiquen la imposibilidad de proporcionar los elementos requeridos ya sea por destrucción accidental, confidencialidad, o impedimentos físicos y legales. Esto no solo fortalece la integridad del proceso arbitral, sino que también garantiza que la aplicación de inferencias adversas, en caso de ser ello necesario, sea el resultado de un procedimiento equitativo que respete plenamente los derechos de todas las partes involucradas<sup>147</sup>.

Asimismo, consideramos que el tribunal arbitral debería advertir sobre las posibles consecuencias de no presentar las pruebas requeridas. Esta práctica fomenta la transparencia del proceso, evita sorpresas indeseadas y permite a las partes tomar decisiones informadas sobre su estrategia probatoria. No obstante, es importante señalar que la Corte de Apelaciones de París, al resolver el recurso de nulidad contra el laudo Dresser, adoptó una posición contraria, concluyendo que tal advertencia previa no es necesaria.

El procedimiento arbitral contra Dresser se inició a raíz de una disputa sobre el precio de venta de unas acciones. Durante la fase de exhibición documental, la demandada no presentó los informes de diligencia debida previos a la com-

praventa, los cuales habían sido solicitados por la demandante. El tribunal arbitral, tras valorar la omisión de la demandada, aplicó una inferencia adversa en virtud de las Reglas de la IBA y concluyó que el contenido de los informes habría sido perjudicial para la posición de la demandada. En base a esta y otras consideraciones, el tribunal emitió un laudo condenando a la demandada<sup>148</sup>.

Frente a esta decisión, la demandada interpuso una acción de anulación alegando que el tribunal se extralimitó en sus funciones al aplicar las Reglas de la IBA sin haber consultado previamente a las partes. Igualmente, sostuvo que el tribunal violó el debido proceso al extraer la inferencia adversa ya que nunca ordenó explícitamente la presentación de los informes ni solicitó la opinión de las partes sobre esta materia<sup>149</sup>.

La Corte de Apelaciones de París declaró sin lugar la solicitud de nulidad del laudo. En su decisión, determinó que las partes habían consentido implícitamente a la aplicación de las Reglas de la IBA, las cuales fueron mencionadas en la orden procesal número 1<sup>150</sup>. En cuanto a la supuesta violación del debido proceso, la Corte concluyó que el tribunal no estaba obligado a invitar a las partes a comentar sobre si el tribunal podía extraer una in-

<sup>147</sup> Para un examen de las implicaciones del debido proceso en el contexto de las inferencias adversas a la luz de la jurisprudencia judicial, véase: Greenberg y Lautenschlager, "Adverse Inferences," 54.

<sup>148</sup> *Dresser-Rand Group Inc. et al. v. Société Diana Capital et al.*, Corte de Apelación de París, Sentencia No. 15/06036 de fecha 28 de febrero de 2017, ¶¶ 5-7, <https://bit.ly/4fzgElb>.

<sup>149</sup> *Dresser et al. v. Société Diana Capital et al.*, ¶¶ 11 y 12.

<sup>150</sup> *Dresser et al. v. Société Diana Capital et al.*, ¶ 19-23.

ferencia adversa ya que este mecanismo estaba previsto en las Reglas de la IBA<sup>151</sup>. Además, determinó que no era necesaria una orden del tribunal para la producción del documento, ni una advertencia sobre las posibles consecuencias adversas de la omisión ya que la solicitud de documentos fue “clara y precisa” y la demandada, teniendo la oportunidad de objetar, decidió no hacerlo<sup>152</sup>.

En nuestro criterio, para salvaguardar la integridad del procedimiento arbitral, consideramos que los tribunales deben adoptar un enfoque riguroso en la aplicación de las inferencias adversas. Así, es importante documentar de manera exhaustiva todas las etapas del proceso: la solicitud de exhibición de pruebas, la respuesta o falta de ella por parte del requerido, las advertencias sobre las potenciales consecuencias y la fundamentación jurídica para la aplicación de la inferencia. Esta práctica fortalece la base legal de la inferencia y reduce el riesgo de una eventual impugnación del laudo arbitral.

Por último, es fundamental que las partes dispongan de la oportunidad de refutar cualquier inferencia adversa que pudiera derivarse de la no presentación de pruebas. Esto implica permitirles aportar pruebas alternativas o exponer argumentos que puedan contrarrestar las potenciales conclusiones desfavora-

bles, garantizando así su derecho a una defensa efectiva<sup>153</sup>.

## VIII. Conclusiones

Las inferencias adversas son mecanismos que permiten a los árbitros deducir conclusiones negativas cuando una parte no presenta pruebas bajo su control que le han sido previamente solicitadas. Se asume que la evidencia no presentada perjudica la posición de dicha parte, ya que de ser favorable, la habría aportado.

La facultad de los árbitros para extraer inferencias es ampliamente reconocida en la jurisprudencia arbitral internacional y forma parte del proceso de valoración probatoria del tribunal arbitral. Las inferencias funcionan como pruebas circunstanciales, complementando vacíos probatorios y permitiendo la verificación indirecta de los hechos alegados.

La aplicación de una inferencia adversa requiere que exista una solicitud previa de la prueba omitida, que esta esté bajo el control de la parte renuente o sea razonablemente accesible para ella, y que se le garantice su derecho de defensa. Adicionalmente, quien solicita la inferencia debe aportar evidencias que la respalden y establecer un caso *prima facie*. La inferencia debe ser razonable, coherente con los hechos probados y la parte contra quien se pretende aplicar debe

<sup>151</sup> *Dresser et al. v. Société Diana Capital et al.*, ¶ 29.

<sup>152</sup> *Dresser et al. v. Société Diana Capital et al.*, ¶ 30.

<sup>153</sup> Al respecto, véase: Van Houtte, “Adverse Inferences,” 208-209.

tener conocimiento real o presunto sobre las consecuencias de su omisión.

La escasez de precedentes sobre inferencias adversas refleja la cautela de los árbitros en esta materia. Al extraer una inferencia se debe garantizar el debido proceso y el derecho a la defensa. Esto requiere que las partes tengan igualdad de oportunidades para presentar argumentos, pruebas y rebatir los alegatos en su contra.



El Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias (CIERC) de la Universidad Monteávila, nace de la iniciativa de reconocidos profesores y profesionales venezolanos y extranjeros vinculados a la Universidad Monteávila, la Universidad Católica Andrés Bello y el Instituto de Estudios Superiores de Administración (IESA), con el fin de fomentar la utilización de los Medios Alternativos de Resolución de Controversias como vía efectiva para reducir la conflictividad que caracteriza nuestras relaciones comerciales, familiares y personales e incluso, contribuir activamente a solucionar la crisis de justicia e institucionalidad que enmarca nuestro sistema judicial.

El CIERC presenta así diversas herramientas de investigación y formación académica y profesional, orientadas, ante todo, al desarrollo de una metodología efectiva de gerencia y control de riesgos y conflictos, y a fomentar y promover los medios alternativos al litigio judicial para la resolución de controversias, no sólo invitando a las partes a utilizarlos, sino particularmente promoviendo y participando activamente en la formación de árbitros, mediadores y negociadores.

Como parte de las herramientas de investigación y formación académica que promueve el CIERC, nace la necesidad de realizar una publicación que conjugue diferentes artículos de opinión, académicos y de información acerca del desarrollo de los diferentes mecanismos alternativos de resolución, para seguir fomentando el estudio y el desarrollo intelectual en esta área.