



Bulletin TAS CAS Bulletin

2022/01



TAS / CAS

TRIBUNAL ARBITRAL DU SPORT
COURT OF ARBITRATION FOR SPORT

Bulletin TAS
CAS Bulletin
Boletín del TAS
2022/1

Lausanne 2022

Table des matières/Table of Contents/Indice de Contenidos

Editorial.....	4
Articles et commentaires / Articles and Commentaries / Artículos y comentarios.....	6
La révision des sentences en droit suisse de l'arbitrage international et interne, arbitrage TAS et du sport	
Guido Carducci.....	7
The status of minors under the World Anti-Doping Code and the CAS jurisprudence	
Estelle de La Rochefoucauld	21
Nociones fundamentales de la prueba en el TAS	
Yago Vázquez Moraga.....	32
Jurisprudence majeure / Leading Cases / Casos importantes	49
CAS 2020/A/6941	
Youness Bengelloun v. FIFA & PFC CSKA-Sofia	
10 November 2021.....	50
CAS 2020/A/7030	
Rúben Tiago Rodrigues Ribeiro v. Sporting Clube De Portugal	
CAS 2020/A/7051	
Sporting Clube De Portugal v. Rúben Tiago Rodrigues Ribeiro & Al Ain FC & FIFA	
14 February 2022	56
CAS 2020/A/7265	
FK Ventspils v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA)	
10 November 2021.....	61
CAS 2020/A/7484	
Sporting Clube de Portugal - Futebol, SAD v. El Zamalek Sporting Club	
10 November 2021.....	66
CAS 2020/A/7590	
Hungarian Canoe Federation v. International Canoe Federation (ICF)	
CAS 2020/A/7591	
Russian Canoe Federation v. International Canoe Federation (ICF)	
23 December 2021	72
CAS 2021/A/7673	
Club Olimpia de Paraguay v. FC Dynamo Kyiv	
CAS 2021/A/7699	
FC Dynamo Kyiv v. Club Olimpia de Paraguay	
12 October 2021	76
CAS 2021/A/7720	
IBV Football Club v. Clube de Futebol Os Belenenses	
22 November 2021.....	85
TAS 2021/A/7824	
Mahamadou Traoré c. CS Constantine	
3 février 2022.....	90

CAS 2021/A/7851 Mohamed Naoufel Khacef v. Fédération Internationale de Football Association (FIFA) CAS 2021/A/7905 CD Tondela Futebol v. FIFA 11 February 2022	96
CAS 2021/A/8099 Málaga Club de Fútbol S.A.D v. Brighton & Hove Albion Football Club Limited 10 January 2022.....	102
Jugements du Tribunal fédéral / Judgements of the Federal Tribunal / Sentencias del Tribunal federal	109
4A_200/2021 21 July 2021 A. v. B & C.....	110
4A_324/2021 3 August 2021 A. v. N. & B.....	118
4A_438/2020 15 March 2021 A. FC v. B.....	122
4A_520/2021 4 mars 2022 A. c. Fédération Internationale de Football Association (FIFA)	126
4A_666/2020 17 mai 2021 A. Club c. Fédération Internationale de Football Association (FIFA), D., E. Club.....	136
Informations diverses / Miscellaneous / Información miscelánea.....	142
Publications récentes relatives au TAS/Recent publications related to CAS/Publicaciones recientes relacionadas con el CAS.....	143

Articles et commentaires
Articles and Commentaries
Artículos y comentarios



Nociones fundamentales de la prueba en el TAS.

Yago Vázquez Moraga*

- I. Propósito
 - II. Marco normativo
 - III. Principios básicos en materia de prueba
 - IV. Carga de la Prueba
 - V. Estándares de Prueba
 - VI. Conclusión
-

I. Propósito

La prueba es una parte trascendental de cualquier procedimiento arbitral, pues la inmensa mayoría de las veces determinará el resultado de la disputa. Así, la actividad probatoria que se lleva a cabo en todo arbitraje, ya venga promovida por los litigantes mediante la proposición y aportación de los distintos medios de prueba en los que apoyan sus pretensiones o, en su caso, aquella que resulte de la iniciativa probatoria de la propia Formación Arbitral, debe servir, si no para acreditar, cuanto menos para convencer suficientemente a los árbitros de la realidad o certeza de los hechos que sirven de fundamento las pretensiones ejercitadas y, por consiguiente, de la viabilidad de estas últimas.

Como cualquier otra actuación procesal, la actividad probatoria está sometida a unas normas, principios, tiempos, requisitos y garantías de los que va a depender su validez y eficacia, tanto dentro del propio

procedimiento arbitral como, en un momento posterior, *ad extra*, en caso de que el laudo arbitral que se dicte sea sometido al escrutinio de los tribunales estatales¹ a través de los distintos mecanismos dirigidos a la anulación del laudo con fundamento en alguna de las causas o motivos legalmente previstos. Debe tenerse presente que el derecho a la prueba forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva y es una exigencia del debido proceso (*due process*), formando parte en Suiza del derecho de las partes a ser oídas (*right to be heard* o *droit d'être entendues en procédure contradictoire*) y a la igualdad de trato (*equal treatment* o *l'égalité des parties*), quedando incluso ciertos aspectos² del derecho bajo la protección del orden público procesal suizo (*ordre public procédural*).

Teniendo en cuenta lo anterior, vamos a dejar apuntados los principales conceptos e ideas que, a juicio del autor, deben tenerse en cuenta para la correcta administración y práctica de la prueba en el TAS³.

* Abogado. Socio de Pintó Ruiz & Del Valle.

¹ E, igualmente, en caso de que se inste a un tribunal estatal la ejecución judicial del laudo a través, entre otras, de la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York de 1958.

² A pesar de que el contenido del orden público procesal suizo hace ciertamente difícil que pueda ser infringido. Así, por ejemplo, generalmente la infracción de las normas del procedimiento (las pactadas por las partes o, incluso, las disposiciones de la Ley de Derecho Internacional Privado de Suiza), la ausencia de motivación del laudo, las contradicciones internas del laudo, el manifiesto error en la valoración de la prueba o incluso la valoración arbitraria de la

prueba, no supondrán ninguna vulneración del orden público procesal suizo, a menos que ello haya producido un resultado que repela al sentimiento de justicia (*sentiment de justice*) o sea gravemente incompatible con los principios procesales generalmente reconocidos o con el sistema legal y los valores fundamentales del estado de derecho. En el resto de casos, tales eventuales infracciones carecerán de trascendencia y no justificarán una violación del orden público procesal suizo.

³ Una visión general y rigurosa de estas cuestiones ya la dieron RIGOZZI y QUINN en un trabajo de ineludible lectura: RIGOZZI, A. y QUINN, B.; *Evidentiary issues before CAS*, en BERNASCONI, M. (Ed.); *International Sports Law and Jurisprudence*

II. Marco normativo

El sometimiento de cualquier controversia al TAS por parte de los interesados conlleva su sumisión al *Código de arbitraje deportivo* del TAS⁴ (“el Código”) y la aceptación sin reservas de sus normas procedimentales. En consecuencia, sin perjuicio de las reglas de procedimiento que adicionalmente puedan establecer las partes⁵, el Código constituirá la norma procesal básica que regirá el arbitraje (incluyendo la actividad probatoria que se desarrolle en su seno), y que deberá complementarse con las eventuales reglas procedimentales que prevea el derecho aplicable al fondo de la controversia. Además, todo ello se deberá llevar a cabo dentro de los límites procesales fijados por la Ley de derecho internacional privado suiza (LDIP).

Efectivamente, la sumisión de una controversia al TAS necesariamente supone que las partes están dirimiendo su disputa en un tribunal arbitral con sede en Suiza, lo que ocurrirá en todo caso⁶, con independencia del lugar en el que se celebre la eventual

audiencia del procedimiento (art. R28 del Código). Dicha circunstancia crea un vínculo jurídico inquebrantable con el Ordenamiento Jurídico suizo⁷, dado que dicho derecho será la *lex arbitri* que, junto con el Código, regirá el procedimiento arbitral.

De este modo, a salvo de los pocos casos en los que las partes tengan su domicilio en Suiza⁸, los arbitrajes en el TAS quedarán sujetos a las disposiciones del Capítulo 12 de la LDIP, que establece las normas fundamentales de cualquier arbitraje internacional que se celebre en Suiza, incluyendo algunas previsiones esenciales en materia de prueba⁹. Particularmente, resultan relevantes los arts. 182, 183, 184, 185 LDIP, a los que a continuación haremos referencia, así como los arts. 190 y 190a LDIP que establecen algunas causas de anulación o revisión del laudo que pueden estar vinculadas a la práctica de la prueba.

En cuanto al Código, las principales normas procesales están contenidas en los Arts. **R44.1** (momento procesal para la presentación de pruebas y designación de

of the CAS – 4th Conference CAS & SAV/FSA Lausanne 2012, Editions Weblaw, 2014). Igualmente, resulta muy relevante el trabajo de LA ROCHEFOUCAULD, E.; *The Taking of Evidence before the CAS*, en CAS Bulletin 2015/1, pp. 28 a 39.

⁴ Al momento de redactar este trabajo se tiene en cuenta la versión vigente del Código, que entró en vigor el día 1 de julio de 2021.

⁵ Que no podrán contravenir las disposiciones imperativas del Código ni de la LDIP.

⁶ Tal y como señala RIGOZZI (vid. *International Sports Arbitration : Why does Swiss Law Matter?*; en RIGOZZI/SPRUMONT/HAFNER (éd.), Citius, Altius, Fortius – Mélanges en l'honneur de Denis Oswald, Bâle (Helbing & Lichtenhahn) 2012, pp. 439-461), bajo el ordenamiento jurídico suizo no es posible excluir el derecho suizo como el derecho rector de un procedimiento arbitral con sede en Suiza, en favor de un derecho extranjero.

⁷ Para un análisis completo de esta cuestión puede acudir al trabajo de COCCIA, M.; *El derecho aplicable en procedimientos ante el TAS*, en PÉREZ TRIVIÑO, J.L., FERRER DE ROBLES, L., GARCÍA ALCARAZ, A., GARCÍA SILVERO, E. BERNASCONI M. (Coords.), *El arbitraje en el TAS. Funcionamiento, procedimiento y cuestiones prácticas más relevantes*, Aranzadi, 2021, pp. 113-137. Igualmente, resulta ineludible el trabajo de HAAS,

Applicable law in football-related disputes - The relationship between the CAS Code, the FIFA Statutes and the agreement of the parties on the application of national law; en CAS Bulletin 2015/2, pp. 7-17.

⁸ En cuyo caso, al tratarse de un arbitraje doméstico, se aplicará, entre otras disposiciones, el Código Procesal Civil suizo.

⁹ Aunque en la práctica no suele generar problemas, en este punto debe tenerse presente que la naturaleza procesal o sustantiva de las normas que regulan la actividad probatoria varía en función de cada jurisdicción y tradición jurídica (*civil law* vs. *common law*). Particularmente, las jurisdicciones del *common law* suelen considerar las normas de prueba como normas procesales, mientras que los países de la tradición del *civil law* las suelen considerar normas sustantivas. En consecuencia, en función del derecho aplicable al fondo de la disputa ex. Arts. R45 y R58 del Código, es posible que en ciertos casos las cuestiones de prueba a las que vamos a referirnos deban ser resueltas de acuerdo con la *lex causae*. Por ejemplo, en el caso de un arbitraje ordinario sometido a derecho suizo, el derecho de la parte a la exhibición de libros contables previsto en los arts. 415k y 541 del Código de Obligaciones suizo (de ser aplicables), resultará de dichos preceptos y no de las normas procedimentales del Código relativas a la exhibición documental (Arts. R44.3 y R57 del Código).

testigos y expertos), **R44.2** (práctica de la prueba durante la audiencia), **R44.3** (actuaciones de instrucción ordenadas por la Formación Arbitral), **R44.5** (incomparecencia de testigos) para el procedimiento ordinario, y, para el procedimiento de apelación, los Arts. **R51** (momento procesal para la presentación de pruebas y designación de testigos y expertos por el apelante), **R55** (momento procesal para la presentación de pruebas y designación de testigos y expertos por el apelado), **R56** (preclusión y presentación de pruebas en un momento ulterior), **R57** (solicitud del expediente de primera instancia, instrucciones sobre la práctica de la prueba por la Formación Arbitral, inadmisión de pruebas que estuvieran disponibles para las partes con anterioridad al dictado de la decisión apelada e incomparecencia de testigos), junto con los Arts. R44.2 y R44.3 que se aplican por remisión del Art. R57.

Como es de ver, el Código contiene una regulación mínima, limitándose a establecer los derechos y obligaciones básicos de las partes y las facultades probatorias y de administración de prueba de la Formación Arbitral, incluyendo, además, previsiones específicas para el procedimiento de apelación, dadas las peculiaridades de este último. En consecuencia, el resto de cuestiones no previstas en el Código deberán ser resueltas de conformidad con la LDIP y la interpretación y concreción que de la misma hace el TFS en su jurisprudencia.

Al respecto, en sus arts. 182 y 184, la LDIP establece unas reglas básicas que deben tenerse en cuenta para la correcta administración del arbitraje, particularmente (traducción libre del francés al español):

- Art. 182 LDIP:

- 1 *Las partes pueden regular el procedimiento arbitral directamente o por referencia a un reglamento de arbitraje; también pueden someterlo a la ley procesal de su elección.*
- 2 *Si las partes no han regulado el procedimiento, de ser necesario, éste lo determinará el tribunal arbitral, bien directamente o por referencia a una ley o a un reglamento de arbitraje.*
- 3 *Sea cual sea el procedimiento elegido, el tribunal arbitral deberá garantizar la igualdad de las partes y su derecho a ser oídas en un procedimiento contradictorio.*
- 4 *La parte que prosiga con el arbitraje sin hacer valer inmediatamente una violación de las reglas del procedimiento que haya constatado o que haya podido constatar aplicando la debida diligencia, no podrá invocar posteriormente dicha infracción.*

- Art. 184 LDIP:

- 1 *El tribunal arbitral administrará la prueba por sí mismo.*
- 2 *Si la asistencia de las autoridades judiciales estatales es necesaria para la obtención de pruebas, el tribunal arbitral, o una parte con su consentimiento, puede solicitar el auxilio del juez de la sede del tribunal arbitral.*
- 3 *El juez aplicará su propio derecho. A petición del interesado, podrá observar o tomar en consideración otras formas de procedimiento.*

Como resumen de lo anterior se puede concluir que, más allá de las previsiones específicas del Código en materia de prueba, el principio general es que, en los arbitrajes en el TAS, “a menos que las partes hayan pactado otra cosa¹⁰, el tribunal no está sujeto a ninguna regla específica en relación con la prueba” (TAS 2020/A/7374) ni, particularmente, a las reglas de prueba aplicables a los tribunales

¹⁰ O, también, cuando la normativa aplicable prevea alguna regla específica de prueba, como sería el caso paradigmático del régimen previsto por el Código Mundial Antidopaje de la AMA, que establece reglas específicas en materia de prueba, tales como (i) principios sobre la carga de la prueba, (ii) estándares de prueba aplicables, (iii) reglas de acceso a fuentes de prueba, (iv) tipos de prueba admisible, (v) presunciones probatorias, (vi) inferencias negativas

derivadas de la conducta de las partes, (vii) derechos procesales mínimos como el derecho de audiencia del investigado. Igual de ilustrativo resulta el caso del Código de Ética de FIFA, que en sus artículos 43 a 49 regula (i) los tipos de prueba admisible, (ii) los testigos anónimos, (iii) la prueba ilícita, (iv) la valoración de la prueba, (v) el estándar de prueba y (vi) la carga de la prueba.

estatales suizos¹¹ (i.a. CAS 2009/A/1879 o CAS 2018/A/5734).

En consecuencia, la Formación Arbitral no está sometida a ninguna regla de prueba (CAS 2008/A/1574) y “*determine por sí mism[a] y a su sola discreción si la prueba practicada es relevante y pertinente y pondera la prueba*”¹² (TAS 2020/A/7116), pudiendo para ello la Formación Arbitral fijar las reglas del procedimiento (182.2 LDIP) y administrar libremente la prueba (184.1 LDIP), con el único límite de garantizar la igualdad de las partes y el derecho de éstas a ser oídas en un procedimiento contradictorio, tal y como exige el art. 182.3 LDIP y como, por otra parte, impone el art. 29, números 1 y 2 de la Constitución Federal de la Confederación Suiza¹³, como una de las garantías procesales de rango constitucional. De este modo, “*Le pouvoir discrétionnaire de la Formation de combler toute lacune est – en l’absence de règles expresses dans les Articles 176 ss LDIP et le Code TAS – limité que par l’ordre public procédural et les droits procéduraux des parties. Selon la jurisprudence du Tribunal Fédéral l’ordre public procédural n’est violé que lorsque des principes fondamentaux et généralement reconnus ont été violés, ce qui conduit à une contradiction insupportable avec le sentiment de justice, de telle sorte que la décision apparaît*

incompatible avec les valeurs reconnues dans un Etat de droit” (CAS 2009/A/1879).

Asimismo, tal y como ha reconocido el TAS en su jurisprudencia (i.a. CAS 2011/A/2384 & CAS 2011/A/2386), en su actuación la Formación Arbitral deberá asegurar que se respetan las garantías previstas en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que, como han puesto de manifiesto importantes y conocidas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Claudia Pechstein | Adrian Mutu c. Suiza¹⁴), resulta indirectamente aplicable al arbitraje¹⁵ (al menos en lo que se refiere a materia civil)¹⁶.

Por otro lado, en la práctica es cada vez más frecuente el recurso de las Formaciones Arbitrales y de las partes a los principios y criterios establecidos en el llamado *softlaw*, particularmente en las conocidas Reglas de la International Bar Association (IBA) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje

¹¹ “*La Formation n’est pas liée par les règles régissant l’admissibilité et le choix de la preuve applicables devant les cours étatiques du siège du tribunal arbitral*” (TAS 2009/A/1879).

¹² En línea con la posición de la doctrina suiza, conforme a la cual “*The arbitral tribunal’s assessment of evidence is governed by the arbitration rules applicable to the proceedings. The principle of free assessment of evidence applies (Art. 9(1) IBA Rules). Unless the parties have agreed otherwise, the arbitral tribunal is not bound by any rules of evidence. It determines for itself and in its own discretion whether the evidence taken is relevant and material it weighs the evidence*” (VEIT, M.; en ARROYO (Ed.), *Arbitration in Switzerland – The Practitioner’s Guide*, Volumen I, Kluwer Law International B.V., Holanda, 2ª Edición, 2018, pp. 181-182).

¹³ Conforme al cual:

“*1 Toute personne a droit, dans une procédure judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable.*

2 Les parties ont le droit d’être entendues.

[...]”

¹⁴ Al respecto puede acudirse a RIGOZZI, A.; *Sports Arbitration and the European Convention of Human*

Rights – Pechstein and beyond; en MULLER C. et al (ed.); *New developments in International Commercial Arbitration*, Bern, pp 77–130.

¹⁵ Un análisis detallado de la relación entre el arbitraje en el TAS y el art. 6 CEDH puede encontrarse en THOMASSEN, W.; *Arbitration and the European Convention on Human Rights, General principles*, CAS Bulletin 2015/2. E igual de esclarecedor resulta el trabajo de LA ROCHEFOUCAULD, E.; *The Fundamental Rights of the parties before the CAS*, CAS Bulletin 2021/1.

¹⁶ En relación con esta cuestión, resulta sumamente interesante el trabajo de FUMAGALLI, L.; *The right to be heard: what does it really mean? Information to heal the “due process paranoia”*, CAS Bulletin, Séminaire Budapest octubre 2019. En su artículo, el Prof. Fumagalli ofrece algunos consejos y soluciones para evitar la “paranoia” que, en ciertas circunstancias, sufren algunas Formaciones Arbitrales respecto del derecho de las partes a ser oídas, provocada por el miedo de los árbitros a la posibilidad de que su laudo sea anulado por el TFS o que un tribunal estatal deniegue su ejecución.

Internacional¹⁷, que parte de la doctrina¹⁸ recomienda utilizar como suplemento y guía para la correcta administración de la prueba, al proponer soluciones y procedimientos específicos para la práctica de la prueba. Sin duda alguna, pueden ser herramientas útiles para garantizar la correcta administración de la prueba, siempre y cuando se tenga claro que las mismas carecen de cualquier obligatoriedad y que las Formaciones Arbitrales pueden ejercer su facultad de administración del procedimiento y de la prueba con plena libertad, dentro de los límites establecidos por la LDIP.

III. Principios básicos en materia de prueba

Del anterior marco normativo, y teniendo en cuenta la jurisprudencia del TAS y del TFS, se pueden extraer los siguientes principios básicos aplicables a la administración, práctica y valoración de la prueba en el TAS:

- En la administración de la prueba, la Formación Arbitral se regirá por las disposiciones de prueba del Código y, además, por aquellas disposiciones específicas que (i) puedan haber pactado las partes del arbitraje (en el caso de un arbitraje ordinario) y (ii) establezca de forma específica la normativa aplicable al fondo de la disputa.
- Las cuestiones que no estén previstas en el Código, en las normas que eventualmente hayan pactado las partes o en la normativa aplicable, se regirán por lo que libremente disponga la Formación Arbitral, dentro de los límites establecidos por la LDIP. En consecuencia, aunque la Formación podrá acudir a las disposiciones y reglas probatorias

previstas en el derecho suizo, en modo alguno estará obligado a hacerlo o a resolver dichas cuestiones de acuerdo con dicho derecho, siendo libre de administrar la prueba como considere oportuno (182.2 y 184.1 LDIP), gozando de plena autonomía procesal¹⁹.

- El derecho a la prueba, que no es ilimitado y que debe ser ejercitado en tiempo y forma, es una manifestación y forma parte del derecho fundamental de las partes a ser oídas en un procedimiento contradictorio, debiendo garantizarse su derecho *“a expresarse sobre todos los hechos esenciales para el juicio, a representar su posición jurídica, a probar sus argumentos de hecho esenciales para la decisión con medios adecuados ofrecidos en tiempo y forma, a participar en las negociaciones y a inspeccionar los expedientes”* (4A_526/2011²⁰). Por ello, en cualquier caso, en la administración y práctica de la prueba la Formación Arbitral debe garantizar la igualdad de armas y de partes y el derecho de estas a ser oídas en un procedimiento contradictorio (182.3 LDIP), lo que debe incluir el derecho a presentar pruebas para refutar las evidencias contrarias.
- En caso de ser necesario, la Formación Arbitral o las propias partes con el consentimiento de la Formación, podrá requerir el auxilio de los tribunales suizos para la práctica de alguna prueba, lo que deberá hacerse de acuerdo con la normativa procesal suiza.
- La Formación Arbitral es competente para determinar si una prueba resulta o no admisible, lo que dependerá de su licitud, pertinencia (por guardar relación con el objeto de la disputa), utilidad (por parecer

¹⁷ IBA Rules on Taking of Evidence in International Arbitration (17 December 2020), accesible en <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>

¹⁸ Vid. RIGOZZI, A. y QUINN, B, op. cit., pág. 5.

¹⁹ Nos permitimos utilizar el concepto que refiere ARROYO en su comentario al art. 190 LDIP (*“procedural law autonomy”*), op. cit., pág. 299.

²⁰ En su versión original en alemán: *“De la jurisprudencia se desprende, en particular, el derecho de las partes a expresarse sobre todos los hechos esenciales para el juicio, a representar su posición jurídica, a probar sus argumentos de hecho esenciales para la decisión con medios adecuados ofrecidos en tiempo y forma, a participar en las negociaciones y a inspeccionar los expedientes (BGE 130 III 35 E. 5 p. 38; 127 III 576 E. 2c p. 578 s.; cada uno con referencias)”*.

adecuada para el esclarecimiento de los hechos o para acreditar lo que es objeto concreto de prueba) y posibilidad de su práctica (i.e. que la misma no exceda de la competencia del tribunal, por afectar a terceros ajenos al procedimiento arbitral, por ejemplo). En consecuencia, la Formación Arbitral puede inadmitir una prueba, rechazar la práctica de algún medio probatorio o denegar el acceso a una fuente de prueba que considere inútil o impertinente, lo que, claro está, exigirá una justificación razonada, a los efectos de confirmar que no se infringe el derecho a ser oído de la parte.

En base a ello, por ejemplo, la Formación Arbitral podrá rechazar la práctica de una prueba pericial, en caso de que en una valoración anticipada de la misma (*antizipierte Beweiswürdigung*) concluya que aquella no va a poder alterar el resultado de las pruebas ya practicadas y existentes (vid. 4P.115/2003 /ech²¹). No obstante, en caso de duda la Formación deberá adoptar la decisión que sea más favorable al ejercicio del derecho fundamental de la parte a ser oída, garantizando así un procedimiento justo y conforme con el *due process*.

Así, el TFS ha declarado (4A_178/2014²²), que “*el tribunal arbitral puede abstenerse de*

practicar la prueba si la prueba solicitada se refiere a un hecho que no es jurídicamente relevante, si la prueba ofrecida es evidentemente inadecuada o si el tribunal se ha formado su convicción sobre la base de la prueba ya practicada y puede suponer, en una valoración anticipada de la prueba, que su convicción no cambiaría con una nueva práctica de la prueba (véase a este respecto BGE 134 I 140 E. 5.3; 130 II 425 E. 2.1 p. 429; 124 I 208 E. 4a). La valoración anticipada de la prueba por parte de un tribunal arbitral internacional sólo puede ser revisada en un procedimiento de apelación desde la perspectiva limitada de la violación del orden público (sentencias 4A_600/2010 de 17 de marzo de 2011 E. 4.1; 4P.23/2006 de 27 de marzo de 2006 E. 3.1; 4P.114/2003 de 14 de julio de 2003 E. 2.2)”.

Además, hay que tener en cuenta que, en el caso concreto de los procedimientos de apelación, aunque la prueba propuesta o aportada resulte útil o pertinente, la Formación Arbitral “*podrá inadmitir pruebas presentadas por las partes si las mismas estaban a su disposición o podían razonablemente haber sido descubiertas por tales partes con anterioridad a la emisión de la decisión apelada*” (Art. R57²³, párrafo 3, del Código²⁴). En la práctica, las Formaciones Arbitrales administran esta discrecionalidad con mucha prudencia²⁵, conscientes de que un ejercicio riguroso y extremo de la misma podría llevar a

²¹ En dicha sentencia (4P.115/2003 /ech), el TFS aclaró que el poder del árbitro de excluir prueba alcanza a la prueba pericial, razonando al respecto: “*Le juge saisi d'une demande d'annulation pour rejet d'une expertise devra donc rechercher si l'administration de ce moyen de preuve aurait pu conduire à une sentence différente, donc aborder des questions à la fois d'appréciation et de fond. Toutefois, comme, en vertu de l'art. 190 al. 2 let. e LDIP, le juge étatique ne peut contrôler l'appréciation des preuves, l'application du droit et la solution donnée au litige par le tribunal arbitral que sous l'angle restreint de l'ordre public, il ne pourra, le plus souvent, exercer qu'un contrôle très limité en ce qui concerne la violation du droit à la preuve, alors même que la loi en fait un motif de recours à part entière (dans le même sens, cf. le consid. 2b, non publié, de l'ATF 121 III 331). Au demeurant, le juge est en droit d'exclure la preuve offerte, sur la base d'une appréciation anticipée lui faisant apparaître soit qu'elle est vouée à l'échec faute de force probante suffisante, soit qu'elle est impropre à modifier le résultat des preuves déjà administrées (POUDRET, op. cit., p. 611). Ce principe, de portée générale (ATF 119 Ib 492 consid. 5b/bb et les arrêts cités), s'applique également dans*

le domaine de l'arbitrage - international ou concordataire - et singulièrement en matière d'expertise (arrêt 4P.23/1991, précité, consid. 5b in fine; consid. 8d, non publié, de l'ATF 102 Ia 493)”.

²² En el mismo sentido, véase las sentencias del TFS 4A_342/2015 o 4A_462/2019.

²³ Al respecto, véase el trabajo de DESPINA MAVROMATI, *The Panel's right to exclude evidence based on Article R57 para. 3 CAS Code: a limit to CAS' full power of review?*, en CAS Bulletin 1/2014.

²⁴ Como curiosidad, tal y como apunta MAVROMATI (ibid. pág. 52), esta previsión no se aplicará a los procedimientos en materia de dopaje que se sigan bajo el Código Mundial Antidopaje de la AMA (2021), al disponer su art. 13.1 que, en los procedimientos de apelación, cualquier parte puede aportar prueba que no haya sido aportada en primera instancia.

²⁵ Véase por ejemplo los laudos de los asuntos CAS 2017/A/5371 o CAS 2014/A/3486.

situaciones de indefensión y vulneraciones del derecho a ser oído. No hay que olvidar que el objeto de esta disposición es evitar amparar el ejercicio abusivo del derecho por parte de los litigantes, lo que podría producirse en casos en los que deliberadamente oculten una o varias pruebas en el procedimiento de primera instancia, al objeto de condicionar la posición de la contraparte para, en fase de recurso ante el TAS, perjudicar dicha posición aportando de forma sorpresiva y extemporánea prueba nueva y relevante, lo que puede generar una indefensión para la parte contraria.

- En determinadas circunstancias, la Formación Arbitral puede declarar admisible una prueba ilícita, que se haya obtenido con vulneración de derechos fundamentales.

En contra de lo que ocurre en otros ordenamientos, que disponen que la prueba ilícitamente obtenida y aquella que pueda derivar de la misma (*fruits of the poisonous tree* o doctrina del fruto del árbol envenenado) deben ser excluidas y no pueden tener efecto en el procedimiento, el ordenamiento jurídico suizo no establece ninguna prohibición expresa de alcance general que impida a la Formación Arbitral admitir una prueba que resulte útil y pertinente, a pesar de que la misma se haya obtenido por medios ilícitos y siempre que ello no atente contra el orden público suizo, lo que dependerá de las circunstancias del caso.

No obstante, bajo el derecho suizo no toda prueba ilícita resulta admisible, sino que su admisibilidad dependerá de las

circunstancias del caso y de la gravedad de la violación de derechos que se haya cometido para la obtención de dicha prueba. Para ello, de acuerdo con la jurisprudencia del TFS²⁶, la Formación Arbitral ponderará los intereses que haya en juego, particularmente (i) el derecho que se ha violentado para la obtención de la prueba y la gravedad de dicha violación y (ii) el interés que puede existir, dada las circunstancias o naturaleza del caso, en conocer o averiguar la verdad.

No son pocos los casos en los que Formaciones Arbitrales se han enfrentado a la tesitura de decidir si una prueba de origen ilícito debe ser admitida en un procedimiento en el TAS, lo que ha dado lugar a una afianzada jurisprudencia²⁷. Así, en el “caso Valverde”, la Formación recordó que *“The Swiss national legal order does not establish any general principle according to which illicit evidence is to be considered generally inadmissible in procedure before state civil courts. On the contrary, the Federal Tribunal, as set out in constant jurisprudence, is of the opinion that a decision regarding the admissibility or non-admissibility of illicit evidence must be the result of a balancing of various juridical interests. Matters considered pertinent, for example, are the nature of the violation, the interest in discerning the truth, the difficulty of adducing evidence for the concerned party, the conduct of the victim, the legitimate interests of the parties, and the possibility of acquiring the (same) evidence in a legitimate manner. The predominant Swiss doctrine follows this jurisprudence of the Federal Tribunal”*.

A modo de ejemplo, de acuerdo con lo anterior la jurisprudencia del TAS²⁸ ha admitido como prueba grabaciones

²⁶ Tal y como señala RUTZ, “*The Swiss lawmaker has codified the principles that (i) an unlawfully obtained evidence is not per se inadmissible and (ii) that in order to determine its admissibility, the court must weigh the interest in the protection of the right infringed by the unlawful act against the interest in ascertaining the truth. According to the Federal council’s commentary on the draft law, “a title obtained by threat or violence cannot be used, because personal integrity - especially in civil proceedings - is in principle more important than the interest in the truth”. On the other hand, a “simply” stolen document*

may be used if the interest in finding the truth so requires”.” (vid. RUTZ, F.; Admissibility of Unlawfully Obtained Evidence in International Arbitration in Switzerland (August 31, 2020). SAA (Swiss Arbitration Academy) CAS in arbitration essays series, pág. 22).

²⁷ Véase por ejemplo el laudo del asunto CAS 2011/A/2425, que desarrolla ampliamente esta cuestión.

²⁸ Véase por ejemplo el asunto CAS 2014/A/3625.

telefónicas que han sido denunciadas como ilícitas por la parte afectada.

- La Formación Arbitral administrará las pruebas como considere conveniente, decidiendo celebrar o no una audiencia para la práctica de la prueba (Arts. R44.2 y R57 del Código) y, en caso de llevarse a cabo la misma, pudiendo limitar, por ejemplo, la duración del examen de expertos o del interrogatorio de peritos, así como limitar el número de preguntas o las cuestiones sobre las que las partes pueden preguntarles, tal y como ha reconocido el TFS (4A_544/2014).
- Igualmente, si las circunstancias del caso lo requieren, la Formación Arbitral podrá adoptar las medidas procesales oportunas para garantizar los derechos e intereses de las partes o de terceros, por ejemplo, imponiendo medidas de confidencialidad respecto de algunos documentos o, también, admitiendo la declaración de testigos protegidos (que declararán de manera que se preserve su identidad física, ocultándolos tras una pantalla) o, incluso, testigos anónimos, que en ciertas circunstancias resultan admisibles bajo derecho suizo.

En relación con dicha prueba de testigos anónimos o protegidos, ello debe resultar admisible en ciertos casos dado que *“Preventing witness and whistleblower intimidation and harm of any kind and, in general, protecting witnesses whose testimony may be crucial to uncover systematic corruption cases like the Russian doping scheme, is essential to secure their cooperation to this end. Their help is essential to combat and uncover systemic corruption. For obvious reasons, the protection provided cannot be described as a benefit to the witness. To the contrary, by giving his testimony the witness is not taking any advantage of the situation; rather, he is facing an extremely difficult situation. Being a protected witness is not a privilege but a hard burden. Therefore, the Athlete’s claims in this regard are flatly rejected”* (CAS 2020/O/6759).

En este punto, la jurisprudencia del TAS ha aclarado en múltiples ocasiones que la prueba de testigos anónimos no tiene por qué ser contraria al Art. 6 del CEDH y, en determinadas circunstancias, no vulnera el derecho a ser oído de las partes. Al respecto, debe tenerse en cuenta que, tal y como aclaró la Formación Arbitral del asunto CAS 2019/A/6388, *“the Swiss Federal Tribunal (SFT), in a decision dated 2 November 2006 (6S.59/2006, ATF 133 I 33, at § 4), confirmed that anonymous witness statements do not breach the right to a fair trial when such statements support the other evidence provided to the court. According to the Swiss Federal Court, if the applicable procedural code provides for the possibility to prove facts by witness statements, it would infringe the principle of the court’s power to assess the evidence if a party was prevented from relying on anonymous witness statements. In support of such conclusion, the SFT referred to the jurisprudence of the ECtHR and noted that the right to be heard and to a fair trial must be ensured through other means, namely by cross-examination through “audiovisual protection” and by an in-depth check of the identity and the reputation of the anonymous witness by the court. As a result, the CAS has also recognized that, when evidence is offered by means of anonymous witness statements, the right to be heard which is guaranteed by Article 6 of the ECHR and Article 29(2) of the Swiss Constitution is affected, but that a panel may still admit anonymous witnesses without violating such right to be heard if the circumstances so warrant and provided that certain strict conditions are met”*.

- Los medios probatorios que son admisibles ante el TAS no están limitados a los que expresamente se mencionan en el Código (i.e. documentos e interrogatorio de las partes, testigos y expertos), que no es un *numerus clausus*, sino que resulta admisible cualquier medio probatorio que la Formación Arbitral considere pertinente. De este modo, aunque el Código no lo prevea y ello no sea común, la parte podrá solicitar, por ejemplo, el reconocimiento de un lugar por parte de la Formación Arbitral o de

los expertos de las partes. Es por ello que, a lo largo de los años, las Formaciones Arbitrales han admitido medios de prueba que no están expresamente previstos en el Código, como, por ejemplo, la prueba del polígrafo (vid. CAS 2011/A/2384 & CAS 2011/A/2386). Lo relevante será que dicha prueba se considere fiable y pertinente por la Formación y que se permita a la otra parte tanto la valoración de su resultado como la práctica de otra prueba en sentido contrario.

- La Formación Arbitral está facultada para ordenar de oficio la práctica de prueba (aportación de documentos, interrogatorio de testigos o nombramiento de expertos, por ejemplo) si lo considera necesario para la resolución del caso, de acuerdo con los Arts. R44.2 y R44.3, aplicables también al de apelación por remisión del Art. R57 párrafo 3. Ello es congruente con las disposiciones de otros códigos y reglamentos de arbitraje internacional²⁹, que también facultan a los árbitros a adoptar medidas probatorias tendentes a la averiguación y el esclarecimiento de los hechos.
- Es importante tener siempre presente que, de considerar que alguna decisión de la Formación Arbitral relativa a la administración de la prueba infringe alguna regla procesal o vulnera sus derechos, la parte afectada deberá denunciar dicha infracción o vulneración de forma inmediata, tan pronto como

tenga conocimiento de ella, para no perjudicar sus derechos ante el TFS (Art. 182.4 LDIP).

- En lo que respecta a la valoración de la prueba practicada, a menos que la normativa aplicable al fondo de la disputa disponga algo distinto, rige el principio de libre valoración de la prueba (la *libre appréciation des preuves*) por parte de la Formación Arbitral³⁰, que coincide con el que se aplica en derecho suizo³¹. En consecuencia, la Formación determinará por sí misma, libremente, si la prueba practicada es relevante y pertinente, ponderará su valor y extraerá sus consecuencias, estando dicha operación sometida exclusivamente a las reglas de la lógica, la racionalidad, la experiencia y, en casos de una prueba técnica, la propia ciencia.

Lógicamente, dicha libertad en la valoración de la prueba alcanzará también a las pruebas técnicas, como los informes de expertos, ante las que “*CAS arbitrators are free to assess expert evidence and its weight and may take into account whether the expert is a tied or affiliated person or a truly independent witness when assessing the expert evidence in any particular case. It is established practice in international arbitration that Parties file their own expert testimony, which can be tested in cross-examination, and if their opinions diverge, the arbitrators are free to evaluate the competing merits of that diverging evidence*” (CAS 2018/A/5734).

²⁹ Así lo disponen, por ejemplo, el Reglamento de la Cámara Internacional de Comercio, los de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), las Reglas Suizas de Arbitraje Internacional, el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid o, también, las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional o el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje (CEA). E igual de relevante resulta al respecto lo previsto en el art. 25 del Reglamento ICC de Arbitraje, que establece que el tribunal arbitral debe proceder en el plazo más breve posible a “*establecer los hechos del caso por todos los medios*

apropiados”, lo que parece reconocer tal poder al tribunal arbitral.

³⁰ Aunque el Código guarda silencio al respecto, ello está expresamente reconocido en algunos reglamentos (por poner un ejemplo, por el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, que establece que los árbitros valorarán la prueba libremente, de acuerdo con las reglas de la sana crítica) y, significativamente, por las Reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, que así lo reconocen en su art. 9.

³¹ A tal efecto, el art. 157 del Código Procesal Civil suizo dispone que “*Le tribunal établit sa conviction par une libre appréciation des preuves administrées*”.

Además, en la valoración de la prueba la Formación Arbitral no estará vinculada por la valoración o la decisión que otra Formación haya hecho de esa misma prueba en otro procedimiento, no estando vinculada por ésta. Un buen ejemplo de ello lo encontramos, por ejemplo, en los distintos procedimientos por dopaje que se derivaron de los Informes McLaren y de la documentación que en dicha investigación se obtuvo del laboratorio AMA de Moscú (entre otros, las famosas “*Moscow Washout Schedules*”), en los que distintas Formaciones llegaron a conclusiones distintas en cuanto a la fiabilidad y validez probatoria de dicha documentación y su suficiencia para dar por acreditada una infracción de la normativa antidopaje en el respectivo procedimiento, lo que dependió del resto de evidencias y circunstancias concurrentes en cada caso. Tal y como recoge el laudo del asunto CAS 2020/O/6759:

“63. In this regard, the Sole Arbitrator remarks that the necessity of a case-by-case approach is clearly evidenced by the CAS jurisprudence in cases related to potential ADRV’s that might have been committed in the context of the Russian doping scheme. In particular, this can be perfectly observed if one compares the findings of the cases CAS 2017/A/5422 and CAS 2017/A/5379, where the same Panel reached different conclusions with regard to the ADRV asserted against two different Russian athletes in the context of the 2014 Olympic Winter Games in Sochi, which were primarily based on the same kind of evidence (i.e. the McLaren Reports, the Duchess List, Dr Rodchenkov’s testimony). While the Panel in CAS 2017/A/5422 found that the prosecuting authority had discharged its burden of establishing to its comfortable satisfaction that the Athlete had used a prohibited substance, the Panel in CAS 2017/A/5379 did not.

64. Therefore, the Sole Arbitrator is of the opinion that the mere presence of the Athlete’s name on the Moscow Washout Schedules is not

sufficient to establish to his comfortable satisfaction that the Athlete used Prohibited Substance”.

Precisamente, como ha explicado la jurisprudencia del TAS, dada la naturaleza de este tipo de asuntos (dopaje, match-fixing, ética y corrupción en general), donde las entidades investigadoras no cuentan con los poderes coercitivos de un estado, resulta especialmente trascendente para la Formación Arbitral valorar la prueba sin perder de vista dicha limitación, por cuanto *“in these types of cases, where the individuals involved follow a deliberate preestablished plan to conceal their actions, it is very difficult to obtain direct and conclusive evidence of the infringing conduct. Therefore, in cases of this kind, it is necessary to adopt a holistic approach in the fact-finding process and to refrain from assessing the evidence atomistically. In the Sole Arbitrator’s view, instead of assessing each piece of evidence individually or in isolation, it is necessary to evaluate the evidence in conjunction with the rest of items of evidence available and consider it altogether. This is because, as it occurs with complex criminal cases, the weight of a piece of evidence isolated from the rest of the evidentiary context may seem insufficient to establish a given fact, while the consideration of all the items of evidence in totality can be revealing”* (CAS 2020/O/6759).

Finalmente, es importante recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia del TFS, las incorrecciones o errores en la valoración de la prueba, incluso la arbitrariedad, no son en principio motivo para la anulación de un laudo. De acuerdo con dicha jurisprudencia, una valoración manifiestamente errónea de la prueba, que produzca un resultado notoriamente incorrecto o injusto, no es suficiente para justificar la anulación del laudo, a menos que dicho resultado sea verdaderamente incompatible con el orden público suizo (BGE 138 III 322) o suponga una denegación de justicia, lo que ocurrirá, por ejemplo, cuando la Formación Arbitral haya ignorado y desconsiderado alguna prueba relevante que pudiera influir en el

resultado de la disputa, que conllevaría una violación del derecho de la parte a ser oída (vid. 4A_240/2009).

IV. Carga de la prueba

Otra cuestión trascendental de los arbitrajes en el TAS es establecer sobre qué parte pesa la llamada carga de la prueba, que puede tener una influencia decisiva en el resultado del pleito. Sintéticamente, puede decirse que la carga de la prueba es la regla que establece, en relación con alguno de los hechos controvertidos, sobre qué parte del arbitraje recae el “deber” o la carga de probar la realidad de dicho hecho y, correlativamente, qué parte debe asumir el riesgo y las consecuencias negativas derivadas de una insuficiencia probatoria sobre el mismo.

En realidad, la carga de la prueba no es una regla probatoria ni una verdadera “carga” procesal (pues su incumplimiento no conlleva ninguna consecuencia procesal inmediata), sino que constituye una regla de juicio o enjuiciamiento, cobrando virtualidad al momento de resolver la disputa, tras haber valorado la prueba. Es en ese momento cuando, para decidir la disputa, la Formación Arbitral determinará si las partes han probado suficientemente los hechos en que fundamentan sus pretensiones para, en caso contrario, ante la ausencia de una prueba suficiente, imponer a la parte que no ha cumplido con su carga probatoria las consecuencias derivadas de la insuficiencia de la prueba. Por el contrario, si el hecho ha sido probado en el procedimiento, resultará irrelevante para la Formación Arbitral quién tenía la carga de su prueba.

A diferencia de otros reglamentos arbitrales, el Código no establece ninguna regla relativa a la carga de la prueba. No obstante, puede afirmarse que, como ocurre generalmente en el arbitraje internacional, la práctica general del TAS es que corresponde al demandante probar los hechos que alega como

fundamento de su pretensión y, en contrapartida, al demandado probar los hechos que constituyen el fundamento de su excepción, debiendo soportar cada parte las consecuencias negativas que resulten de una falta de prueba. Esa es, precisamente, la regla que establece el conocido art. 8 del Código Civil Suizo (CCS), conforme al cual “*Chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu’elle allègue pour en déduire son droit*” y cuya aplicación es común en los arbitrajes TAS dada la relevancia que en los mismos tiene el derecho suizo.

No obstante, no son pocos los reglamentos y códigos de federaciones y asociaciones deportivas que establecen reglas específicas sobre la carga de la prueba, muchas veces en armonía con el citado art. 8 CCS. Así, por ejemplo, lo establece el art. 13.5 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal del Fútbol de FIFA, estableciendo que “*La carga de la prueba recae en la parte que sostenga un hecho*”. Por el contrario, dada la naturaleza del procedimiento, dicha regla es alterada en los procedimientos de naturaleza disciplinaria, para los que el art. 36.1 del Código Disciplinario de FIFA dispone que “*La carga de la prueba con respecto a las infracciones disciplinarias recae en los órganos judiciales de la FIFA*”, como igualmente impone el art. 49 del Código de Ética de FIFA para asuntos de esa naturaleza. Y lo mismo ocurre, por ejemplo, en la regulación del Código Mundial Antidopaje de la AMA, que establece diversas reglas sobre la carga de la prueba, en función de la naturaleza del hecho a probar (vid. arts. 2.10.2., 3.1, 3.2.2 ó 3.2.3, por ejemplo).

En base a todo ello, la Formación Arbitral deberá establecer la carga de la prueba que le corresponde a cada parte, circunstancia que deberá tener en cuenta al momento de decidir el caso. Al respecto, debe señalarse que la regla de la carga de la prueba está exenta de revisión por el TFS (4A_616/2016) y que la misma no forma parte del orden público procesal suizo³².

³² A modo de ejemplo, en su sentencia 4ª_462/2019, el TFS declaró: “*First of all, it should be recalled that the*

application of the rules on the burden of proof is exempted from examination by the Federal Tribunal when it is seized of an

Por otro lado, debe señalarse que la carga de la prueba no es una regla fija e inamovible, sino que, por la dinámica y circunstancias de la disputa y, en algunos casos, por preverlo la propia normativa aplicable, se puede ir trasladando de una parte a otra. Ello ocurrirá, por ejemplo, cuando opere alguna presunción prevista en la normativa aplicable³³, que eximirá de prueba a la parte que se beneficie de dicha presunción y trasladará la carga de la prueba a la parte contraria, que deberá llevar a cabo la actividad probatoria necesaria para desvirtuar la presunción.

Véase, por ejemplo lo resuelto por la Formación Arbitral en el caso CAS 98/222, que declara: *“it is a general rule of law that each party should bear the onus probandi with respect to all facts on which it relies in its conclusions, except where such burden has been shifted by a legal presumption, which is not the case in this discussion”*. Otro ejemplo lo encontramos en el asunto CAS 2017/A/5306, en el que, en un caso de responsabilidad objetiva por la conducta de los espectadores de un partido de fútbol, la Formación Arbitral resolvió que el demandado no había desvirtuado la presunción establecida por la normativa aplicable, de que los espectadores ubicados en el sector visitante del estadio pertenecen al equipo visitante (*“the Respondent relies upon Article 65.1.3 which it contends provides a rebuttable presumption that supporters occupying the away sector of a stadium are regarded as the visiting club supporters, unless proven to the contrary, and that the Appellant has provided no credible evidence to rebut that presumption”*).

appeal in civil matters concerning an international arbitration award, because such rules do not form part of substantive public policy within the meaning of Article 190(2)(e) PILA (judgment 4A_616/2016 of September 20, 2016 at 4.3.1). With all due respect to the Appellant, the same applies to disciplinary sports arbitration”.

³³ Como por ejemplo, la presunción de la existencia de una transferencia puente prevista en el art. 5bis del RETJ de FIFA, o la presunción de la inducción al incumplimiento contractual del art. 17.4 del RETJ de FIFA o, también, la presunción de resolución sin justa

Ello ocurre muy a menudo en materia de dopaje donde, por ejemplo, se aplica la presunción *iuris tantum* de que los laboratorios acreditados por la AMA realizan los análisis de acuerdo con el Estándar Internacional para Laboratorios aplicable (art. 3.2.2 Código Mundial Antidopaje de AMA). Dicha presunción puede ser desvirtuada por el atleta (vid CAS 2016/A/4828), demostrando que, efectivamente, no se ha respetado el citado estándar internacional, y que ello podría haber causado razonablemente su resultado analítico adverso. En tal caso, la carga de la prueba se trasladará a la organización antidopaje, que tendrá que demostrar que la desviación del estándar internacional no ha causado el resultado analítico adverso del atleta. Y lo mismo ocurre en otros casos, en los que resulten aplicables presunciones, como el resuelto en el asunto CAS 2015/A/3926, en la que la Formación advirtió: *“the statement in the UCL Delegate Report and Additional Report enjoy the regulatory assumption to be correct, thereby shifting the burden of proof on the Appellant”*.

Por otro lado, existen circunstancias que pueden justificar la dificultad o, incluso, imposibilidad para una parte de probar un hecho concreto. En tales supuestos, con fundamento en la justicia, equidad y buena fe, entrarán en juego otros principios probatorios, como el de disponibilidad y facilidad probatoria, el de proximidad de la prueba (*vicinanza della prova*), que minorarán el rigor de la carga de la prueba. Por ejemplo, en estos casos, aunque no se producirá un traslado real de la carga de la prueba a quien inicialmente no tenía el deber de probar³⁴, sí

causa por parte del club cuando la jugadora en cuestión esté embarazada (art. 18quater del RETJ).

³⁴ Tal y como se explica en el laudo del asunto CAS 2014/A/3615, *“such difficulties as may exist do not lead to a re-allocation of the risk if a specific fact cannot be established, but rather this risk will remain with the party who bears the burden of proof). If the person charged has provided an explanation for the source of the substance, and which, if unanswered would discharge the burden then it will be for the person charging if willing and able to do so, to seek to rebut the explanation: the evidential burden will have shifted, although the legal burden will remain where it was”*.

que justificarán un deber de colaboración de la otra parte en la prueba del hecho, de cuyo incumplimiento la Formación Arbitral podrá llevar a cabo inferencias negativas³⁵, que deberá ponderar libremente, en conjunto con el resto de elementos de prueba.

Tal situación se produjo, por ejemplo, en el asunto CAS 2013/A/3256, en el que la Formación advirtió: “*Swiss law knows a number of tools in order to ease the – sometimes difficult – burden put on a party to prove certain facts. These tools range from a duty of the other party to cooperate in the process of fact finding, to a shifting of the burden of proof or to a reduction of the applicable standard of proof. The latter is the case, if – from an objective standpoint – a party has no access to direct evidence (but only to circumstantial evidence) in order to prove a specific fact (SFT 132 III 715, E. 3.1; BK-ZPO/BRONNIMANN, 2012, Art. 157 no. 41; BSK-ZPO/GUYAN, 2nd ed. 2013, Art. 157 no. 11). In the case at hand, the Panel acknowledges that there is only circumstantial evidence available to UEFA to prove the facts it relies upon*”.

Así, esta situación puede darse en casos en los que para una parte resulte objetivamente muy difícil, si no imposible, evacuar su carga de la prueba y aportar evidencias sobre un hecho, encontrándose así en lo que la doctrina suiza denomina “estado de necesidad probatorio” (*Beweisnotstand*), lo que puede ocurrir, por ejemplo, porque la prueba necesaria esté bajo el control de la otra parte o, también, porque no pueda ser fácilmente probada a través de una prueba directa. Mientras que el primer supuesto justificaría la admisión de una solicitud de exhibición documental a la otra parte, el segundo podrá implicar un deber de cooperación de la otra parte en el esclarecimiento de los hechos. Al respecto tuvo ocasión de pronunciarse la Formación Arbitral en el “caso Contador”, en el que resolvió:

³⁵ Lo que también puede realizar en otros supuestos, por ejemplo cuando de la conducta procesal de la parte pueda hacerse tal inferencia (vid. CAS 2020/O/6579, en el que el Árbitro Único indicó “*By contrast, the Sole Arbitrator finds the Athlete’s attitude very telling. She simply denies the fact but does not offer any reasonable or plausible*

“102. The exceptions concern cases in which a party is faced with a serious difficulty in discharging its burden of proof (“état de nécessité en matière de preuve”, “Beweisnotstand”). A cause for the latter may be that the relevant information is in the hands or under the control of the contesting party and is not accessible to the party bearing the burden of proof (cf. ATF 117 Ib 197, 208 et seq.). Another reason may be that, by its very nature, the alleged fact cannot be proven by direct means. This is the case whenever a party needs to prove “negative facts”.

103. According to the Swiss Federal Tribunal in such cases of “Beweisnotstand” principles of procedural fairness demand that the contesting party must substantiate and explain in detail why it deems the facts submitted by the other party to be wrong (ATF 106 II 29, 31 E. 2; ATF 95 II 231, 234; ATF 81 II 50, 54 E. 3; FT 5P.1/2007 E. 3.1; KaKO-ZGB/MARRO, 2012, Art. 8 no. 14; CPC-HALDY, 2011, Art. 55 no. 6). The Swiss federal Tribunal has described in the following manner (ATF 119 II 305, 306 E. 1b) this obligation of the (contesting) party to cooperate in elucidating the facts of the case:

“Dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral a précisé que la règle de l’art. 8 CC s’applique en principe également lorsque la preuve porte sur des faits négatifs. Cette exigence est toutefois tempérée par les règles de la bonne foi qui obligent le défendeur à coopérer à la procédure probatoire, notamment en offrant la preuve du contraire (ATF 106 II 31 consid. 2 et les arrêts cités). L’obligation, faite à la partie adverse, de collaborer à l’administration de la preuve, même si elle découle du principe général de la bonne foi (art. 2 CC), est de nature procédurale et est donc exorbitante du droit fédéral – singulièrement de l’art. 8 CC –, car elle ne touche pas au fardeau de la preuve et n’implique nullement un renversement de celui-ci. C’est dans le cadre de l’appréciation des

explanation to the facts in dispute”) o, por ejemplo, cuando la propia normativa aplicable establezca que de una conducta pueda inferirse un hecho. Por ejemplo, una inferencia de este tipo está prevista en el art. 3.2.5 del Código Mundial Antidopaje de AMA.

preuves que le juge se prononcera sur le résultat de la collaboration de la partie adverse ou qu'il tirera les conséquences d'un refus de collaborer à l'administration de la preuve".

Precisamente, una situación patológica de este estado de necesidad probatorio será la prueba de un hecho negativo o la prueba de una causa unívoca de algo cuando existen varias posibles y probables, cuya exigencia supondría imponer a la parte una *probatio diabolica*. En estos casos, la Formación Arbitral deberá tener en cuenta las limitaciones probatorias de la parte derivadas de la imposibilidad lógica y racional de probar dicho hecho, lo que deberá ponderar y poner en conjunto con el resto del material probatorio.

Así, por ejemplo lo resolvió la Formación (de nuevo) en el “caso Contador”, advirtiéndolo: *“Adducing this particular element of evidence, obviously, is impossible for the Athlete and, if it is unfeasible, cannot be demanded by international organisations of Mr Contador or of other athletes. Otherwise, not only is the “onus probando” reversed but in many cases the proof becomes a “probatio diabolica”, due to having to prove the non-existence of alleged acts”*. En el mismo sentido, el laudo del asunto CAS 98/222 resolvió: *“As it is well known in other fields of law, the particular problem of proof in the field of causality lies in the possible parallel impact of several causes potentially leading to the same consequence. As soon as the science admits that more than one cause can lead to the same result, the legal issue arises who has to prove the exact cause of a given consequence. However, in the majority of cases in real life, it will be impossible for any of the parties to prove that the result has occurred exactly due a specific cause (“probatio diabolica”). To charge one of the parties with such a heavy burden would, in fact, amount to a presumption, rebuttable on its face but irrebuttable in the reality”*.

³⁶ VÁZQUEZ MORAGA, Y.; Estándares de prueba en el Tribunal Arbitral del Deporte, en "Derecho deportivo 2021", Directores: Enrique Ortega Burgos; Miguel María García Caba; coordinadores: Ramón Terol Gómez, Alberto Palomar Olmeda, Lucas Ferrer [et al.]. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2021. p. 725-745.

Asimismo, también podrá ocurrir lo contrario, que la carga de la prueba devenga irrelevante en relación con algún hecho que sea considerado notorio y que, como tal, no requiera ser probado. Así lo advirtió el Árbitro Único en el asunto TAS 2020/A/7214, señalando: *“En su contestación, al amparo de lo previsto en los Arts. R57 y R44.3 del Código de arbitraje deportivo, el Apelado solicitó que el Arbitro Único invitara tanto al propio TAS como a los órganos jurisdiccionales de FIFA a proporcionar un listado con las disputas contractuales en las que el Apelante esté involucrado como parte demandada. Con ello, el Apelado pretende probar el “hecho público y notorio que en los últimos años el Apelante se ha convertido en una “entidad incumplidora por naturaleza” al suscribir negocios jurídicos que difícilmente respeta”. Al respecto, el Arbitro Unico debe observar que, de ser cierto que ello es un hecho público y notorio, como afirma el Apelado, el mismo no precisaría de prueba, siendo la prueba propuesta inútil e impertinente”*.

V. Estándares de prueba

Como se ha dicho, la Formación Arbitral adopta su decisión de acuerdo con el libre convencimiento que haya alcanzado tras valorar la prueba practicada. En dicha operación es posible que, bien por establecerlo la normativa aplicable, bien por considerarlo oportuno los árbitros (lo que generalmente estará vinculado a la naturaleza y gravedad de la disputa), la Formación Arbitral exija que la prueba alcance un estándar de prueba específico para dar por acreditado un hecho. Dicho estándar se dirigirá a garantizar que los árbitros han alcanzado una probabilidad de certeza sobre los hechos que la comunidad jurídica considera suficiente para que la decisión pueda considerarse justa o correcta³⁶.

Cada federación o asociación es libre de establecer un estándar de prueba específico³⁷

³⁷ Muchos son los ejemplos al respecto. Así, por ejemplo, los arts. 48 del Código de Ética de FIFA y 35.3 del Código Disciplinario de FIFA (en ambos casos, el estándar es de *“comfortable satisfaction”*). Particularmente interesante resulta la regulación del Código Mundial Antidopaje de la AMA, que establece

(vid. CAS 2011/A/2490), en cuyo caso deberá ser aplicado por la Formación Arbitral. Asimismo, aun cuando la normativa aplicable no establezca ningún estándar de prueba específico, la Formación Arbitral podrá exigirlo, teniendo en cuenta las naturaleza y circunstancias del caso³⁸.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia del TAS, recordando que la Formación “*es soberan[a] para revisar los hechos y el Derecho, lo que incluye establecer el estándar de prueba que debe aplicar cuando la normativa aplicable no establezca ninguno específico, como es el caso. Así, la normativa de FIFA no establece ningún estándar de prueba que deba satisfacer el solicitante de la autorización en los procedimientos que se sustancien el amparo del art. 19 del RETJ. Por ello, ante la falta de previsión normativa, la ausencia de acuerdo entre las partes y silencio que guarda el Código del TAS en esta materia, el Arbitro Único es quien debe fijar dicho estándar probatorio, de acuerdo con lo previsto en los arts. 182 y 184.1 de la Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado (“LDIP”), que es la norma reguladora del presente procedimiento arbitral, por ser éste un arbitraje internacional con sede en Suiza. [...] De la interpretación conjunta y sistemática de dichos preceptos, resulta que, a menos que las partes hayan pactado otra cosa, el tribunal arbitral no está sujeto a ninguna regla específica en relación con la prueba, estando por tanto facultado para fijar el estándar de prueba o el grado de convencimiento que considere apropiado teniendo en cuenta la naturaleza del asunto*”. Y, por la misma razón, la Formación Arbitral no quedará vinculada por el estándar de prueba que haya establecido otra Formación en un caso anterior, pudiendo aplicar, con la debida motivación, un estándar de prueba distinto.

estándares de prueba distintos en función de quién tiene la carga de probar: si es la organización antidopaje, se exigirá el estándar de prueba de la “*comfortable satisfaction*”, mientras que si es el atleta, la prueba deberá superar un mero “*balance of probability*” (art. 3.1 del Código Mundial Antidopaje).

³⁸ Para ello, la Formación Arbitral no estará vinculada por el estándar de prueba del derecho suizo (una “prueba estricta” - *striker Beweis* - que permita una “plena convicción” - *vollen Überzeugung* - o, en determinados casos, si ello no resulta posible o

En la actualidad, es común que los procedimientos en el TAS se resuelvan aplicando estándares de prueba específicos, lo que ha permitido un notable desarrollo de la jurisprudencia en esta materia. Del análisis de la jurisprudencia del TAS y la normativa deportiva, se observa que estos son los principales estándares de prueba aplicables³⁹:

a. Balance de probabilidades | *Balance of probabilities* o Preponderancia de la prueba | *Preponderance of the evidence*

Se trata del estándar de prueba menos exigente de todos, correspondiéndose con la regla del “más probable que no” (*more likely than not*), alcanzándose el umbral de suficiencia probatoria cuando se demuestra que es más probable que un hecho haya ocurrido que lo contrario (i.e. que no haya ocurrido). Dicho umbral “*means, in percentage terms, that it is satisfied that there is a 51% chance of it having occurred. The Player thus only needs to show that one specific way of ingestion is marginally more likely than not to have occurred*” (CAS 2018/A/5583).

b. Prueba clara y convincente | *Clear and convincing evidence*

Este estándar de prueba es utilizado en algunos casos por el TAS (vid. CAS 2009/A/1810 & 1811, CAS 2005/A/889) y exige un grado de suficiencia probatoria intermedio entre el civil ordinario (de la prueba preponderante) y el criminal (de más allá de toda duda razonable). En la práctica ello se traduce en la regla de “mucho más probable que no” (*much more likely than not*), de modo que la

desproporcionado, el estándar de la “probabilidad preponderante” - *vraisemblance prépondérante* -).

³⁹ Para un estudio en detalle del uso de estándares de prueba en el TAS vale la pena acudir al trabajo de FERRERO, J. y DE LACALLE, I.; Análisis de los estándares de prueba, en PÉREZ TRIVIÑO, JL., FERRER DE ROBLES, L., GARCÍA ALCARAZ, A., GARCÍA SILVERO, E. BERNASCONI M. (Coords.), El arbitraje en el TAS. Funcionamiento, procedimiento y cuestiones prácticas más relevantes, Aranzadi, 2021, pp. 343-371.

probabilidad de que el hecho objeto de prueba haya ocurrido debe ser alta y convincente (*clear, convincing and satisfactory*).

c. Convicción personal | *Personal conviction*

Aunque en ocasiones se haya calificado la “convicción personal” como un estándar de prueba, en realidad es más correcto considerarla de regla de valoración de la prueba. En todo caso, de acuerdo con la jurisprudencia del TFS, la plena convicción no exige una certeza absoluta, aunque requiere que el órgano decisorio esté “objetivamente convencido”, lo que implica que no tenga serias dudas sobre el hecho objeto de prueba o que éstas sean leves (ATF 130 III 321). Este era el “estándar de prueba” que hasta fechas recientes tenía, por ejemplo, el Código Disciplinario de FIFA, que establecía (art. 51 del Código de Ética de FIFA de 2012).

Tal y como puso de relieve la Formación Arbitral del caso CAS 2017/A/5003, dado que en realidad se trata más bien de una regla de valoración de prueba⁴⁰, en su aplicación las Formaciones Arbitrales suelen exigir en su lugar el estándar de la satisfacción confortable (*comfortable satisfaction*).

d. Satisfacción confortable / *Comfortable satisfaction*

Es posiblemente el estándar de prueba más utilizado en el TAS. Se trata de un estándar intermedio entre el criminal (más allá de toda duda razonable) y el civil ordinario (el mero balance de probabilidades). La jurisprudencia del TAS evidencia que, la mayoría de las veces, cuando la normativa específica no fija un estándar de prueba específico las

Formaciones Arbitrales suelen acudir a este estándar de prueba.

Tal y como indica el laudo del caso TAS 2020/A/7116, “*este estándar de prueba exige una dosis de prueba mayor que el de la preponderancia de la prueba o el simple balance de probabilidades, pero menor que una convicción más allá de toda duda razonable, que requiere prácticamente de una certeza completa*”. De este modo, “*aun cuando el grado de convicción que se debe alcanzar es muy elevado, siendo un estándar de prueba riguroso, permite al mismo tiempo adecuarlo a las circunstancias y particularidades de cada caso concreto, en práctica correspondencia, teniendo en cuenta “la seriedad de la alegación [o acusación] que se realiza” (“the seriousness of allegation which is made”; cfr. CAS OG 96/003-004 o CAS 2009/A/1920, entre muchos otros). Precisamente por ello, la jurisprudencia del TAS ha calificado este estándar de prueba como una suerte de “escala móvil” que se adapta a las circunstancias y la naturaleza del caso, de modo que contra más grave son los hechos en cuestión y sus consecuencias, mayor certeza o convicción probatoria se debe proporcionar para que el tribunal arbitral pueda considerarse como “confortablemente satisfecho”*” (TAS 2020/A/7116).

e. Más allá de toda duda razonable | *Beyond any reasonable doubt*

Se trata del estándar de prueba propio del proceso penal que, además, suele equipararse con el que emplean los tribunales suizos en la mayoría de los procedimientos civiles (i.a. CAS 2013/A/3256 y CAS 2018/A/5734), lo cual no es siempre correcto. Como es sabido, este estándar impide dar por probado un hecho sobre el que existe una duda razonable, esto es, cuando el conjunto de la prueba no haga

⁴⁰ “The Panel notes that, although Article 51 FCE (2012 edition) is entitled “Standard of proof”, this is a provision that seems to have less to do with the notion of standard of proof (as usually understood by arbitral tribunals, including CAS panels) than with the consistent approach of Swiss jurisprudence to adjudication, under which the judging body must not look for the objective truth but for the subjective truth, i.e. whether or not the

judging body is personally convinced of a certain fact. The problematic characterization of “personal conviction” as an effective standard of proof, and the relative lacuna in FIFA rules, has led several CAS panels dealing with disciplinary cases involving FIFA officials to apply the flexible standard of proof of “comfortable satisfaction” (CAS 2017/A/5003).

racionalmente posible excluir una hipótesis alternativa sobre dicho hecho, lo cual se aproxima a una certeza absoluta.

Este estándar de prueba es difícilmente aplicable al arbitraje deportivo, tal y como ha reconocido la jurisprudencia del TAS (i.a. CAS 98/208 y CAS 2017/A/5426), especialmente cuando el TFS ha declarado en varias ocasiones que este estándar de prueba no resulta idóneo ni proporcional para resolver disputas o asuntos de naturaleza jurídico-deportiva. Así, en su sentencia 5P. 83/1999, el TFS reconoció que, en este tipo de disputas, *“la carga de la prueba y la valoración de la prueba, [son] problemas que no pueden resolverse, en materia de derecho privado, a la luz de conceptos propios del derecho penal”*.

las decisiones y medidas oportunas para garantizar su derecho a ser oídas y a la igualdad de trato o de armas de todas las partes, adoptando, en caso de duda, la decisión que sea más favorable para los derechos fundamentales de los litigantes.

VI. Conclusión

Las Formaciones Arbitrales del TAS gozan de amplísimos poderes en lo que respecta a la administración y práctica de la prueba, así como en su valoración, estando sometidas exclusivamente a las disposiciones del Código, los límites de la LDIP y el orden público procesal suizo. Ello da mucha flexibilidad y dinamismo al procedimiento y permite a los árbitros tener un gran dominio de la prueba, pudiendo incluso adoptar diligencias probatorias de oficio, para la correcta averiguación de los hechos.

Al mismo tiempo, la dilatada y consolidada jurisprudencia dictada por el TAS hasta la fecha en materia de prueba pone en valor que, a pesar de sus amplios poderes y facultades en materia de prueba, las Formaciones Arbitrales guardan generalmente un gran respeto por los derechos procesales de las partes, adoptando