



La prueba de oficio en el arbitraje

Evidence ex officio in arbitration

José Carlos Taboada Mier*
Renzo Mayor Mayor**

Resumen:

El presente artículo busca demostrar la tesis de que la prueba de oficio en el arbitraje resulta innecesaria y debería ser eliminada del mismo o ver reducida su aplicación a lo más mínimo posible. Para ello, el autor brinda una aproximación sobre el concepto de prueba de oficio y describe, a través de la normativa pertinente, su uso en el arbitraje. Finalmente, analiza la admisibilidad de la misma, señalando que debe optarse por una admisibilidad limitada para determinados supuestos, y que respete las garantías procesales de las partes.

Abstract:

This article seeks to demonstrate the thesis that ex officio evidence in arbitration is unnecessary and should be eliminated from it or its application reduced to the minimum possible. For this, the author provides an approximation of the concept of ex officio proof and describes, through the relevant regulations, its use in arbitration. Finally, it analyzes the admissibility of the same, stating that it must opt for a limited admissibility for certain cases, and that it respects the procedural guarantees of the parties.

Palabras clave:

Prueba de oficio – Arbitraje – Tribunal Arbitral – Fuente de prueba – Medios de prueba

Keywords:

Evidence ex officio – Arbitration – Arbitral Tribunal – Source of evidence – Means of proof

Sumario:

1. Introducción – 2. Breves notas para la identificación del concepto de prueba – 3. El concepto de prueba de oficio – 4. La admisibilidad de las pruebas de oficio: el concepto de verdad en el proceso – 5. El uso de la prueba de oficio en el arbitraje – 6. La admisibilidad de la prueba de oficio en el arbitraje – 7. Conclusión – 8. Bibliografía

* Secretario Arbitral en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Contacto: jctaboada@pucp.pe

** Asistente legal del estudio Linares Abogados. Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Contacto: renzo.mayor@pucp.pe

1. Introducción

La prueba de oficio ha permitido al juzgador de una controversia solicitar medios probatorios adicionales a los ofrecidos por las partes para poder llegar a tener convicción en una decisión que pueda satisfacer el conflicto de intereses. Este poder ha sido utilizado por el juzgador no solo en los procesos judiciales sino también arbitrales. No obstante su uso, a veces, supone una medida que contribuye a suplir defectos de las partes.

En el presente trabajo, buscaremos demostrar la tesis de que la prueba de oficio en el arbitraje resulta innecesaria y debería ser eliminada del mismo o ver reducida su aplicación a lo más mínimo posible. A fin de demostrar ello, iniciaremos con un breve concepto de la prueba de oficio. Luego, examinaremos las concepciones del proceso que permiten admitir o no la prueba de oficio. Finalmente, analizaremos el uso de la prueba de oficio en el arbitraje y la admisibilidad de la misma.

2. Breves notas para la identificación del concepto de prueba

Para poder analizar la problemática de la prueba de oficio aplicada al proceso arbitral, es necesario iniciar por lo que se entiende por prueba. Así, ¿qué es la prueba? Taruffo señala preliminarmente una noción general de prueba entendida como:

“elemento de confirmación de conclusiones referidas a aseveraciones sobre hechos o bien como premisa de inferencias dirigidas a fundamentar conclusiones consistentes en aseveraciones sobre hechos. Esto se corresponde, por un lado, con la noción lógica de prueba como elemento que fundamenta un juicio, pero, por otro lado, constituye también la racionalización de las ideas de la prueba que se tienen en muchos campos de la experiencia”¹.

En tal sentido, la prueba es un elemento que fundamenta un juicio o una premisa que sustenta conclusiones. En ese sentido, es posible observar que la prueba es tanto un objeto como una actividad, dependiendo de la función que cumpla. Sin embargo, el criterio que permita su distinción para el derecho respecto de otras áreas del conocimiento es aquello que debe ser materia de discusión. En relación con ello, el profesor Taruffo, nos señala lo siguiente:

“El elemento de distinción es, precisamente, el carácter jurídico de la prueba, que proviene esencialmente de dos factores: la presencia de una regulación jurídica de la prueba y el hecho de que sirve para usos típicamente jurídicos, en contextos jurídicos como el proceso. La prueba se puede, en realidad, definir como jurídica si concurre al menos una de estas condiciones (aunque habitualmente concurren ambas)”².

Es así como podemos ubicar a la prueba jurídica dentro de una regulación o contexto delimitado por las reglas jurídicas, y no por la metodología aplicada en otras ramas del conocimiento. Ello se explica en que existen normas (tanto reglas como principios) que delimitan tanto el contenido de la institución como el proceso. Una vez delimitado el concepto de prueba jurídica, Devis Echandía señala que su objeto son los hechos, entendiéndose por estos, en un sentido jurídico amplio, “como todo lo que puede ser percibido y que no es simple entidad abstracta o idea pura”³. Sin embargo, este objeto no debe ser entendido de manera abstracta, sino concreta, por lo que el mencionado autor lo delimita en función a cada proceso, señalando que “debe limitarse a aquellos hechos que directa o indirectamente, en forma principal o sólo accesoria, pueden tener alguna relación con la materia debatida o simplemente propuesta (lo último en el proceso voluntario) y siempre que la ley no prohíba su prueba”⁴.

Por otro lado, al tratar sobre la prueba jurídica, es muy común confundir la noción de objeto de prueba con las de fuente de prueba y medio de prueba. El profesor Devis Echandía, define a la fuente de prueba como:

“hechos representativos o simplemente expresivos de sí mismos, entendiendo por tales las cosas o los objetos, los acontecimientos físicos o naturales, las conductas y relaciones humanas y aun las personas físicas o naturales, de donde el juez puede deducir la prueba de otros hechos o de ellos mismos. Son los hechos que constituyen la fuente del conocimiento que el juez obtiene para los fines del proceso”⁵.

Asimismo, el desaparecido autor colombiano distingue a los medios de prueba como los “modos aceptados en cada ley procesal como vehículos de la prueba: por ejemplo, el testimonio, el documento, el indicio, la confesión, la inspección por el juez mismo, el dictamen de peritos”⁶.

1 Michele Taruffo. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid, Trotta, 2002, pp. 327-328.

2 Ídem, p. 342.

3 Hernando Devis Echandía. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Quinta Edición. Buenos Aires, Victor P. de Zavalía, 1981, p. 158.

4 Ídem, p. 165.

5 Ídem, p. 270-271.

6 Ídem, p. 271.

Una vez distinguido lo anterior, es necesario advertir que la prueba también puede ser concebida como una acción, lo cual implica una actividad. Para ello debemos precisar que la prueba en sentido coloquial puede ser releída en el lenguaje jurídico como derecho a probar, el cual radica en agregar al proceso, por las formas que la ley lo permita, motivos o razones que lleven al juzgador a una certeza o convencimiento de lo alegado⁷.

De acuerdo a Bustamante Alarcón, el derecho a probar puede ser definido como:

“aquel elemento esencial del derecho fundamental a un proceso justo, en virtud del cual todo sujeto de derecho que participa, o participará, como parte o tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tiene el derecho a producir la prueba necesaria para formar la convicción del juzgador acerca de la existencia o inexistencia de los hechos que son o serán objeto concreto de prueba (sea que se trate del objeto de prueba principal o de algún objeto de prueba incidental o secundario)”⁸.

Este derecho pertenece a todos los sujetos en general por ser un derecho fundamental, pero se ejercita de manera concreta dentro de un proceso⁹. Así, todo sujeto de derechos dentro de un proceso debe tener la posibilidad de usar los medios probatorios necesarios para poder convencer al juzgador de la existencia o inexistencia de un hecho.

A manera de síntesis, podemos concluir que los objetos de prueba son los hechos que son materia de debate en el proceso; las fuentes de prueba son los acontecimientos, sujetos u objetos que se encuentran o han sucedido en la realidad extraprocesal; y los medios de prueba son los vehículos permitidos por la ley a través de los cuales las fuentes de prueba son ingresadas al proceso. Por otro lado, el derecho a probar es el derecho fundamental de las partes para ofrecer los medios probatorios que considere necesarios para producir convicción en el juzgador.

3. El concepto de prueba de oficio

La prueba de oficio es una institución controversial. Todo sujeto de derechos dentro de un proceso tiene legitimidad para ofrecer los medios probatorios que considere apropiados para acreditar la existencia o inexistencia de un hecho¹⁰, pero ¿el juzgador también podría hacerlo? Si ello es así, esta facultad ¿sería amplia o estaría limitada?

Delimitemos el concepto: si la prueba es un concepto polisémico, teniendo varios significados de manera coloquial, cuando tratamos de prueba de oficio, no nos referimos a la actividad realizada por el juzgador para llegar a tener convicción (prueba como actividad), sino al elemento sobre el cual se sustentan las premisas de la conclusión (prueba como objeto). Por lo que podemos considerar a la prueba de oficio como un objeto.

Tampoco nos referimos a la prueba de oficio como el objeto de prueba, dado que son las partes las que se dirigen a probar la existencia o inexistencia de hechos durante el proceso. Menos aún podemos asimilar dicho concepto a las fuentes de prueba que son realidades extraprocesales.

¿Qué es la prueba de oficio? Entre las definiciones que pueden proponerse en la teoría, seguimos a Pérez-Prieto De Las Casas, quien la define como “aquel medio probatorio que el propio juzgador ofrece y admite para luego actuar y valorar en el proceso, dejando de lado la iniciativa de las partes quienes, en principio tienen la potestad de aportar medios probatorios al proceso”¹¹.

Asimismo, Alfaro ha definido a la prueba de oficio de la siguiente forma:

“Aquella facultad procesal en virtud de la cual un ordenamiento jurídico procesal reconoce al juzgador una determinada iniciativa para la actuación de medios probatorios, siempre y cuando las pruebas aportadas por las partes sean insuficientes para formarle convicción sobre la veracidad de los hechos alegados”¹².

7 Ídem, p. 34.

8 Reynaldo Bustamante Alarcón. *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima, Ara, 2001, p. 101.

9 Hernando Devis Echandía. *Óp. Cit.*, p. 261-262.

10 Ídem, p. 263.

11 Roberto Pérez-Prieto De Las Casas. “Por la ley no se llora, uno la reemplaza – Capítulo 4: La prueba de oficio”. Blog Motivación Aparente. *Enfoque Derecho*. Lima, 13 de febrero de 2015. Consulta: 05 de julio de 2017. En: <http://enfoquederecho.com/civil/por-la-ley-no-se-llora-uno-la-reemplaza-capitulo-4-la-prueba-de-oficio/>

12 Luis Alfaro Valverde. “La Iniciativa Probatoria del Juez, Racionalidad de la Prueba de Oficio”. Lima: Grijley. Lima 1° Edición. 2017. Pág. 71

De esta manera, podemos concebir a la prueba de oficio como un medio probatorio, es decir como un vehículo que ha sido aportado por el juzgador al proceso. Ello nos remite a las potestades del juzgador dentro de un proceso. Así, dependiendo del modelo político (o concepto de Estado), el rol de los jueces y su poder-deber será distinto.

Por un lado, en el Common Law, el Estado no es una institución independiente, sino que resulta de una combinación de la organización estatal, los ciudadanos y el derecho. Por otro lado, en el Civil Law, los jueces se consideran responsables de los fines del Estado, por lo que los poderes del juez se desprenden de la función pública¹³.

Es así, como el profesor Michele Taruffo ha clasificado los modelos de potestades probatorias del juez a razón de la amplitud de los mismos:

a. Poder Amplio. - Proviene del pensamiento soviético y lo que busca es llegar a como dé lugar a la verdad (Francia).

b. Poder Restringido. - Prevé que el juez disponga de algunos poderes de iniciativa instructora. Sin embargo, admite que esos poderes son más amplios (Italia y Alemania).

c. Sin Poder. - Ordenamientos en donde no está prevista la prueba de oficio, aunque existen mecanismos como el "control of the evidence" en Inglaterra, donde el juzgador puede requerir en base a los hechos planteados que se traigan las pruebas necesarias (Inglaterra)"¹⁴.

¿Qué modelo hemos adoptado en el Perú? La profesora Eugenia Ariano ha dado cuenta de la tendencia para ampliar las potestades del juez en América Latina a base de los siguientes argumentos: (i) el fin publicístico del proceso; (ii) efectiva igualdad del proceso.

En consecuencia, para que el juez cumpla su función social, no debe conformarse con una verdad formal, sino debe hallar LA VERDAD¹⁵. Por ende, tenemos un modelo por el cual las potestades del juez son amplias y no existe un control por medio de las partes dado nuestro sistema rígido de preclusiones¹⁶.

Sin embargo, este poder instructorio del juez no debería ser absoluto. Tal como señala Comoglio, debe existir un respeto de las siguientes garantías:

"- En primer lugar, la garantía a ser oído, que exige que todos los sujetos procesales tengan las condiciones suficientes para intervenir en cada etapa del proceso, normalmente antes de la sentencia del juez, con el fin de influir sobre el contenido de la decisión y sobre el convencimiento del juez.

- La garantía de la defensa, porque todo sujeto, bien sea el acto o el contradictor, debe tener la efectiva posibilidad de hacer valer sus propias pretensiones, mediante el ejercicio de los poderes procesales que la ley le ha atribuido.

- La garantía de la efectiva contradicción, porque correlativamente el juez debe tener como fundamento de la propia decisión hechos o elementos probatorios sobre los cuales las partes hayan tenido la adecuada oportunidad de contradicción"¹⁷.

En ese sentido, toda regulación o aplicación de la potestad instructoria del juzgador para admitir las pruebas de oficio debe respetar estos derechos fundamentales. Sin embargo, la admisibilidad de las pruebas de oficio no solo se debe a un contexto histórico, sino también debe analizarse el concepto de verdad en el proceso para admitir las pruebas de oficio, lo que se realizará en las siguientes líneas.

4. La admisibilidad de las pruebas de oficio: el concepto de verdad en el proceso judicial

La decisión en un proceso dependerá de la corriente que sobre él se adopte. La misma influirá en el concepto de verdad a la que se debe arribar en un proceso. Para ello, el profesor Peyrano ha recopilado las principales corrientes¹⁸:

13 Hazard Geoffrey y Michele Taruffo. *La justicia civil en los Estados Unidos*. Navarra, Aranzadi, 2006, citado por RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 181.

14 Michele, Taruffo. *La prueba*. Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 165-170, parafraseado por Roberto Pérez-Prieto De las Casas. "Por la ley no se llora, uno la reemplaza – Capítulo 4: La prueba de oficio". Blog Motivación Aparente. *Enfoque Derecho*. Lima, 13 de febrero de 2015. Consulta: 05 de julio de 2017. En: <http://enfoquederecho.com/civil/por-la-ley-no-se-llora-uno-la-reemplaza-capitulo-4-la-prueba-de-oficio/>

15 Eugenia Ariano Deho. "Prueba de oficio y preclusión". *Academia virtual iberoamericana de derecho y altos estudios jurídicos*. pp. 3-4 [del pdf]

16 Eugenia Ariano Deho. "Prueba y preclusión. Reflexiones sobre la constitucionalidad del proceso civil peruano". *Ius et veritas*. Lima, número 23, 2001, p. 81.

17 Luigi Comoglio. *La garanzia costituzionale dell'azione dd il proceso civile*. Padua, Cedam, 1970, parafraseado por RAMÍREZ CARVAJAL, Diana María. *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 180.

18 Jorge W. Peyrano. "Acerca de los "ismos" en materia procesal civil". pp. 1-6.

- Populismo procesal: corriente procesal por la cual el protegido debe ser la parte débil en el ámbito en el cual se desarrolle. Así, se admite la prueba de oficio para proteger a la parte débil, como el deudor o el delincuente, para esta corriente.
- Garantismo procesal: El rol del juzgador debe ser proteger las garantías constitucionales, por lo que debe limitarse a que estas se respeten durante el proceso. Así, se proscribire toda intervención judicial para requerir una prueba de oficio.
- Activismo procesal: Para esta corriente, el juzgador tiene un rol activo dado que privilegia el proceso justo a ultranza. Esta corriente admitiría la prueba de oficio.
- Eficientismo procesal: Esta corriente procesal se preocupa porque el proceso, y sus instituciones, pueda lograr su finalidad, para lo cual privilegiará la mejora del sistema de justicia. En ese sentido, si sería admisible la prueba de oficio.
- Existencialismo procesal: El proceso debe concebirse en función a sus circunstancias, por lo que admite el ajuste de los mecanismos procesales para adaptarlo a las circunstancias reinantes. En consecuencia, es posible admitir la prueba de oficio pero solo si la situación lo ameritase.

Asimismo, debe considerarse también que estas corrientes procesales que orientan el rol del juzgador no están desligadas de la decisión justa con la cual debe finalizar el proceso. La justicia en la decisión, al margen de criterios morales propios de la filosofía del derecho, se puede satisfacer, de acuerdo con Michele Taruffo, si se cumplen los siguientes tres (03) criterios: "a) corrección de la escogencia y de la interpretación de la regla jurídica aplicable al caso; b) comprobación confiable de los hechos importantes del caso; c) empleo de un procedimiento válido y justo para llegar a la decisión"¹⁹.

La admisibilidad de la prueba de oficio compete a la aplicación del último de los criterios, es decir, del empleo de un procedimiento válido y justo. Para ello, de acuerdo a la corriente procesal que se adopte, podría admitirse el recurso a la prueba de oficio. Por lo que dependerá del intérprete y del ámbito procesal frente al cual nos encontremos que se admita la prueba de oficio.

En el ámbito del proceso judicial prima la búsqueda de la verdad jurídica objetiva. Esta se encamina a encontrar la verdad del caso concreto en virtud de circunstancias de hecho relevantes para la solución del caso, los cuales deben ser relevantes desde la óptica de lo jurídico, siendo la verdad obtenida a partir de datos verificables²⁰.

Si ello es así, los poderes de instrucción probatorios del juez deben ser admitidos. Asimismo, estos deben ser independientes de la voluntad o actividad que desarrollan las partes²¹. Sin embargo, como hemos señalado previamente, el ejercicio de estos poderes de instrucción debe respetar las garantías procesales a ser oídos, a la defensa y a la contradicción.

¿Lo expuesto se presenta también en el arbitraje? ¿La misma conclusión puede ser aplicada sin merecer alguna reflexión? Ello se desarrollará en las siguientes líneas.

5. El uso de la prueba de oficio en el arbitraje

La prueba de oficio en el arbitraje es un mecanismo que tiene el Tribunal Arbitral cuando posea dificultades de entender determinados hechos por lo que solicitará a las partes que le entreguen medios de prueba que ayuden a formar su convicción²². Es pertinente mencionar que en los principales reglamentos de arbitraje nacionales se aprecia que las partes pueden presentar pruebas durante todo el proceso hasta antes de cerrada la instrucción para laudar. El reglamento de la Cámara de Comercio de Lima señala lo siguiente:

"Cierre de la instrucción

Artículo 47º.-

*El Tribunal Arbitral declarará el cierre de la instrucción cuando considere que las partes han tenido la oportunidad suficiente para exponer su caso. **Después de esta fecha, no podrán presentar ningún escrito, alegación ni prueba, salvo requerimiento o autorización del Tribunal Arbitral.**" (El resaltado es nuestro)*

Asimismo, AmCham Perú ha regulado esta institución de la siguiente manera:

¹⁹ Michele Taruffo. "Ideas para una teoría de la decisión justa". En: Taruffo, Michele. *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Traducción de Beatriz Quintero. Bogotá, Temas, 2006, p. 203.

²⁰ Reynaldo Bustamante Alarcón. *Ób. Cit.*, p. 57.

²¹ *Ídem.*, p. 59-60.

²² Juan Eduardo Figueroa Valdés. "La facultad del tribunal arbitral de actuar de oficio en la producción de la prueba arbitral" En: Revista Arbitraje PUCP. Volumen 5. Año 2015. Lima, Perú Pág. 52.

"Artículo 34

Cierre de la actuación de pruebas

1 El tribunal arbitral declara el cierre de la actuación de pruebas cuando considere que las partes han tenido la oportunidad suficiente para exponer y probar su caso. **Después de esa fecha no puede presentarse ningún escrito, alegación ni prueba, salvo requerimiento o autorización del tribunal arbitral.**

2 No obstante ello, el tribunal arbitral puede citar a las partes a audiencia en cualquier momento previo a la emisión del laudo." (El resaltado es nuestro)

Por último, el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP ha señalado lo siguiente:

"Pruebas

Artículo 49°.- Los árbitros tienen la potestad exclusiva para determinar la admisibilidad, pertinencia, actuación y valor de las pruebas ofrecidas, pudiendo:

Solicitar a las partes cualquier prueba o información adicional que considere pertinente; así como disponer de oficio la actuación de medios probatorios adicionales a los ofrecidos por las partes.

Prescindir motivadamente de los medios probatorios ofrecidos y no actuados, si se considera adecuadamente informado, pudiendo emitir el laudo basándose en las pruebas que disponga, según las circunstancias del caso

Excepcionalmente, prescindir motivadamente de los medios probatorios cuya actuación no haya podido ser ejecutada por las características de su ofrecimiento o por la naturaleza de la prueba, habiendo transcurrido un plazo razonable.

Finalizada la etapa probatoria no podrán presentarse medios probatorios adicionales, salvo los medios probatorios de oficio." (El resaltado es nuestro)

Ello se debe a que nos encontramos ante un mecanismo heterocompositivo de conflictos que se caracteriza por preferir la eficacia en desmedro de la formalidad, por lo que el proceso arbitral "puede adecuarse a las necesidades y expectativas de las partes"²³. Así, de las corrientes mencionadas previamente, aquella que mejor explica el rol de los árbitros dentro de un proceso es la corriente existencialista, pues permite su adecuación a las circunstancias.

Al respecto, Montezuma²⁴ nos ha señalado lo siguiente:

"La prueba de oficio tiene que ver más exactamente con la decisión del árbitro de solicitar la presentación de un documento o la producción de una prueba que conforme a su criterio, conocimiento del caso e interés para resolver en cumplimiento del encargo asumido, provee que se realice. Esta orden para su actuación puede ir dirigida a una de las partes o a ambas, puede ser dispuesta para ser practicada por el mismo árbitro o por un tercero según las circunstancias que se presenten en el procedimiento."

La prueba de oficio es un poder que tiene un Tribunal Arbitral para realizar acciones que vayan destinadas a la convicción en la decisión final del laudo arbitral por lo que podría, en principio, admitirse la prueba de oficio en el arbitraje si es que las circunstancias lo requieren. Sin embargo, dada la flexibilidad del proceso, ¿no serían las partes y el mismo Tribunal Arbitral aquellas que puedan determinar previamente el desarrollo del proceso? Si eso es así, entonces, el recurso a la prueba de oficio debería ser limitado por una razón estructural. Conforme lo señala Villamayor:

"Esta actividad, señalase, siempre deberá estar limitada por los hechos afirmados por las partes y que a su vez sean controvertidos y conducentes. Si no fueron objeto de invocación por éstas o si fueron admitidos por la contraria, quedan fuera de toda indagación oficiosa"²⁵.

La actuación de los árbitros tiene un margen de discrecionalidad; sin embargo, esta no puede ser desproporcionada ni afectar el derecho que las partes poseen.

Se debe recordar que existe una institución aplicable a todo proceso denominado carga de la prueba. Devis Echandía define esta institución como:

23 Fernando Cantuarias Salaverry. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima, UPC, 2007, p. 6.

24 Alberto J. Montezuma Chirinos. "Uso de la prueba de oficio por parte del tribunal arbitral y su relación con la carga de la prueba". En: Revista Arbitraje PUCP. Volumen 5. Año 2015. Lima, Perú Pág. 111.

25 Sergio A. Villamayor Alemán. "La prueba en el Arbitraje". En: Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Buenos Aires, Argentina. Pág. 56.

“una regla de juicio dirigida al juez, que le señala el modo de decidir en el fondo cuando falta la prueba de los hechos que fundamentan las pretensiones y excepciones en cada proceso; (...) Pero, simultánea e indirectamente, dicha regla determina qué hechos debe probar cada parte para no resultar perjudicada cuando el juez la aplique (...)”²⁶.

En ese sentido, como señalan Priori Posada y Pérez-Prieto De Las Casas, esta institución procesal permite que las partes puedan obtener una decisión basada en el fondo, “a pesar de la inexistencia de pruebas, pues establece una regla conforme a la cual se debe fallar en los casos en los que no exista convicción suficiente respecto a un hecho”²⁷.

Sin embargo, como señalan los mencionados autores, esta es una regla de juicio y, como tal, supone el último recurso en caso no existiese convicción en el juzgador²⁸. Esta es la diferencia con la prueba de oficio. Si bien esta no es la sede para distinguir entre carga de la prueba y la prueba de oficio, sí es preciso señalar que aquella teoría que no esté de acuerdo con la posibilidad de admitir el uso de los poderes instructivos probatorios del juzgador, la solución sería aplicar el efecto adverso de la carga de la prueba.

Hasta este momento hemos podido apreciar que el recurso a la prueba de oficio en el arbitraje debería ser limitado debido a la flexibilidad del arbitraje, pudiendo recurrir al uso de la institución de la carga de la prueba en caso no se llegue a formar convicción sobre los hechos.

¿Pero ello no supone una potestad que tienen los juzgadores para llegar a la convicción sobre un determinado hecho? Si ello es así, ¿no debería atenderse al tipo de proceso frente al cual se encuentra? Entonces, la respuesta a esta interrogante debe partir por analizar la admisibilidad de esta institución de acuerdo al tipo de proceso en primer lugar, y, dado que el arbitraje adopta una corriente existencialista, debería analizar el caso concreto, en segundo lugar. Ello lo desarrollaremos en el siguiente apartado.

6. La admisibilidad de la prueba de oficio en el arbitraje

La teoría bajo la cual se puede explicar la naturaleza jurídica del arbitraje es la teoría mixta o híbrida. La cual, de acuerdo a Cantuarias y Repetto:

“Por un lado, reconoce la autonomía de la voluntad de las partes como esencial. Mientras que, por el otro lado, se debe tomar en cuenta que sin reconocimiento del Estado, el arbitraje sería de poca utilidad.

El arbitraje es pues para esta teoría un acuerdo de voluntades (un contrato) que tiene efectos jurisdiccionales”²⁹.

Debe entenderse que el arbitraje y el proceso judicial tienen sus diferencias y particularidades. Por ello, los derechos fundamentales del debido proceso en un litigio judicial no pueden ser aplicados de manera irreflexiva al proceso arbitral.

La potestad instructiva probatoria de quien decide una controversia debe ser analizada en función al proceso frente al cual nos encontramos. Así, debe considerarse que la posibilidad de una potestad amplia como fue la que se concibió para los procesos judiciales se debió a dos argumentos centrales: (i) el fin publicístico del proceso; y (ii) la socialización del proceso.

¿En el arbitraje se cumplen ambos fines? Respecto al fin publicístico del proceso, no hay ninguna duda que existe un interés general de la sociedad en que se resuelvan los conflictos y así se alcance la paz social y justicia. Sin embargo, en el arbitraje se tratan intereses particulares que versan sobre materias disponibles, por lo que no existe ningún interés general en la forma como este se desarrolle, sino en su ejecución.

Respecto a la socialización del proceso, se parte de la premisa que existen situaciones donde las partes se encuentran en desigualdad, por lo que el juzgador debe ejercer sus poderes de instrucción para poder equilibrar dicha situación. Ello es ajeno al arbitraje, respecto al cual se parte de la premisa de que los acuerdos se realizan entre personas que se encuentran en igual situación material, debido a que las materias sobre las cuales versan los procesos arbitrales son disponibles.

Por estas razones, no existe un fundamento sólido para aceptar un poder instructivo probatorio amplio que admita las pruebas de oficio. En todo caso, el único modelo adecuado para el arbitraje sería aquel sin poder, por el cual los árbitros no tendrían ningún poder para admitir pruebas de oficio.

26 Hernando Devis Echandía. Ob. Cit., p. 425.

27 Giovanni Priori Posada y Roberto Pérez-Prieto De las Casas. “La carga de la prueba en el proceso laboral”. *Ius et veritas*. Lima, número 45, 2012, p. 336.

28 Ídem, p. 337.

29 Fernando Cantuarias Salaverry y José Luis Repetto. “La naturaleza jurídica del Arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino”. *Forseti*. Lima, número 1, 2014, p. 104.

Por otro lado, dado que el proceso arbitral adopta una corriente existencialista, el rol del juzgador debe ser adaptar el proceso de acuerdo a las circunstancias. Estas mismas pueden ser fijadas por las partes en el inicio y modificadas por el árbitro o tribunal arbitral de manera posterior, pero siempre de acuerdo a las circunstancias y nunca para suplir el lugar de las partes. Más aún si la prueba de oficio no es un derecho fundamental de las partes, sino que depende del proceso frente al cual nos encontramos.

Resta por resolver la siguiente pregunta, ¿y el derecho de las partes de obtener una decisión justa? Los criterios expuestos por el profesor Taruffo previamente no exigen la existencia de pruebas de oficio, dado que la realización de un proceso justo atiende a la corriente procesal que se concibe en el caso particular y no de manera general para todo proceso.

En ese sentido, la corriente estructuralista podría admitir pruebas de oficio, pero de manera mucho más limitada y solo en determinados supuestos de acuerdo a las circunstancias. Ello quiere decir que si las partes han alegado hechos, pero los medios probatorios son insuficientes, entonces debería optarse por lo siguiente: (i) aplicar las reglas de la carga de la prueba; o (ii) solo en casos extremos, generalmente en situaciones tan técnicas que los árbitros no puedan decidir sobre determinado medio probatorio podría optarse por el uso de las pruebas de oficio, pero para discutir sobre aquel hecho que es materia de controversia, nunca para aportar un nuevo medio probatorio distinto de las partes.

Por estas razones, consideramos que la regla general en el arbitraje es el uso de la carga de la prueba ante la insuficiencia de medios probatorios. Sin embargo, en caso exista controversia que ningún medio probatorio pueda resolver causando confusión en el tribunal, las circunstancias pueden admitir el uso de la prueba de oficio en el arbitraje, la cual deberá respetar las garantías procesales de las partes, entre ellas, la notificación y la contradicción.

7. Conclusión

Al finalizar la presente investigación, podemos llegar a la conclusión que la prueba de oficio surge por la publicización y la socialización del proceso, en el ámbito judicial. Ello se encuentra conforme con las corrientes que inspiran el proceso que admiten la prueba de oficio.

Sin embargo, en el arbitraje no se presentan las condiciones que ameritaron la existencia de las pruebas de oficio en el proceso judicial. Por lo que el fundamento de la misma dentro de un proceso arbitral es la corriente que lo inspira, esto es el existencialismo. Como consecuencia de ello, la prueba de oficio en el arbitraje es innecesaria salvo determinados supuestos esencialmente técnicos referidos a hechos materia de controversia y que las partes hayan tenido la oportunidad de manifestarse previamente. Asimismo, su presencia debe respetar las garantías procesales de las partes.

Por lo que el uso de la prueba de oficio jamás debe servir para sustituir la iniciativa probatoria de alguna de las partes, ni para corregir los defectos que estas hayan tenido en el proceso ya sea para ofrecerlas o para actuarlas.

8. Bibliografía

Ariano Deho, Eugenia. "Prueba de oficio y preclusión". *Academia virtual iberoamericana de derecho y altos estudios jurídicos*. [del pdf].

_____. 2001. "Prueba y preclusión. Reflexiones sobre la constitucionalidad del proceso civil peruano". *Ius et veritas*. Lima, número 23.

Bustamante Alarcón, Reynaldo. *El derecho a probar como elemento esencial de un proceso justo*. Lima, Ara, 2001.

Cantuarias Salaverry, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima, UPC, 2007.

Cantuarias Salaverry, Fernando y José Luis Repetto. "La naturaleza jurídica del Arbitraje según el Tribunal Constitucional peruano: riesgos en el camino". *Forseti*. Lima, número 1, 2014.

Devis Echandía, Hernando. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Tomo I. Quinta Edición. Buenos Aires, Victor P. de Zavala, 1981.

Pérez-Prieto de Las Casas, Roberto. "Por la ley no se llora, uno la reemplaza – Capítulo 4: La prueba de oficio". Blog Motivación Aparente. *Enfoque Derecho*. Lima, 13 de febrero de 2015. Consulta: 05 de julio de 2017. En: <http://enfoquederecho.com/civil/por-la-ley-no-se-llora-uno-la-reemplaza-capitulo-4-la-prueba-de-oficio/>

Priori Posada, Giovanni y Roberto Pérez-Prieto De las Casas. "La carga de la prueba en el proceso laboral". *Ius et veritas*. Lima, número 45, 2012.

Peyrano, Jorge W. "Acerca de los "ismos" en materia procesal civil". [del pdf]

Ramírez Carvajal, Diana María. *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.

Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. "Prueba". Consulta: 03 de julio de 2017. En: <http://dle.rae.es/?id=UVZCH0c>

Taruffo, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid, Trotta, 2002.

_____. 2006. Taruffo, Michele. "Ideas para una teoría de la decisión justa". En: Taruffo, Michele. *Sobre las fronteras. Escritos sobre la justicia civil*. Traducción de Beatriz Quintero. Bogotá, Temas.