

USO DE LA PRUEBA DE OFICIO POR PARTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y SU RELACIÓN CON LA CARGA DE LA PRUEBA

1. Introducción

La exigencia para el reconocimiento de derechos en un proceso no puede ir desligado de la obligación que existe de demostrar que el derecho invocado tiene sustento en orden a los hechos que se reclaman deben ser protegidos, por ello es fundamental para las partes en proceso, y en particular en el procedimiento arbitral de aportar los medios que determinaran que el derecho invocado sea acogido por quienes tienen la obligación de pronunciarse acerca de lo que pretende quien exige el reconocimiento de sus derechos.

Sin embargo, parecería que esta actividad está únicamente separada para que sea ejercida por las partes que reclaman, cuando en realidad podemos afirmar que esta medalla, como toda medalla tiene dos caras, y la otra a la que nos referiremos es cuando la prueba no es producida e incorporada por la parte que conforma el procedimiento, sino por el tribunal arbitral que es el encargado de resolver la controversia. Nos estamos refiriendo a lo que se conoce como prueba de oficio.

Es preciso también mencionar que para los efectos de nuestro desarrollo hemos tomado como referentes legislativos la Ley de Arbitraje Peruana, como expresión del derecho nacional y referente legal en el arbitraje doméstico,

y como referente legal en la práctica del arbitraje internacional el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) del año 2010, al que recurriremos paralelamente para destacar la coincidencia o la divergencia que pueda existir.

El término “de oficio”, es conocido en el medio jurídico de los procesos o procedimientos como un indicativo referido a que la producción e incorporación es por propio impulso de la entidad que tiene a su cargo la administración del proceso. En esa línea es reconocido entonces que cuando la entidad encargada de la dirección de proceso, actúa de oficio, quiere decir que lo está haciendo por iniciativa propia, en el caso del procedimiento arbitral y en materia probatoria que es el asunto que nos ocupa, se entiende que esto se produce con prescindencia de la actuación que pueden tener las partes, pues es una decisión del árbitro o del tribunal arbitral para disponer la incorporación de una prueba en el procedimiento que está dirigiendo para su posterior resolución.

Dentro de este contexto es claro admitir que la disposición de pruebas de oficio por el tribunal arbitral o por el árbitro único, es una facultad que tienen o pueden tener los árbitros para disponer que se presente pruebas.

* Abogado, socio en Montezuma Abogados, profesor de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos y Derecho Procesal Civil en Universidad UESAN. Arbitro en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Corte de Arbitraje de Madrid de la Cámara de Comercio de Madrid, del Centro de Arbitraje de AMCHAM, y de la lista de árbitros de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE.

Así la Ley de Arbitraje², como el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) del año 2010³, reconocen esta facultad de los árbitros para solicitar se presenten documentos o pruebas que se estimen necesarias. Ahora bien resulta interesante establecer cuál es el alcance de esta facultad y para ello cual es el contexto dentro del cual la producción de estas pruebas se puede generar, teniendo en cuenta el principio de carga de la prueba. El propósito del presente trabajo es tratar de establecer cuáles pueden ser las consideraciones que se deben tener para la disposición de prueba de oficio y si esta afecta la obligación o carga que tienen las partes de probar los hechos que invocan.

2. La Prueba y el Objeto de la prueba.

Consideramos importante tener en cuenta que entendemos por prueba para los efectos del procedimiento arbitral, aunque esto no es exclusivo del procedimiento arbitral, sino que es un concepto de orden procesal en general. Así cuando aludimos a ella en términos generales señalamos que la prueba es la acción y el efecto de probar y probar es demostrar de algún modo la certeza de un hecho o la verdad de una afirmación. En sentido procesal, prueba es un método de averiguación y un método de comprobación, la prueba civil es normalmente, comprobación demostración, corroboración de la verdad o falsedad de las proposiciones formuladas en juicio.⁴ Es interesante considerar la afirmación que hace suya el doctor Martel Chang cuando cita al profesor Marcelo Sebastián Midón quien afirma:

“se averigua lo desconocido, se verifica lo conocido y previamente afirmado; y la prueba versa sobre afirmaciones de las partes, es decir sobre datos que estas poseen, que antes fueron indagados. La prueba no consiste, luego, en investigar, en buscar un dato ignorado; consiste en acreditar aquello que se conoce y, por lo tanto, se afirma corresponde a la realidad”. Bajo es marco de lo que es prueba y a lo que esta se refiere nos ayudará a sentar las bases para determinar los alcances del sentido que puede tener la prueba de oficio dentro del proceso arbitral.

Es también acertado lo que considera el doctor Martel Chang⁵ cuando cita al profesor Montero Aroca quien señala que *“La actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hecho de las partes, confiándose a estas la determinación de los elementos (fuentes y medios de prueba) que deben utilizarse dentro de los previstos legalmente. Esta determinación es una carga, pero también es un derecho de las partes y además, de rango fundamental.”*⁶ En la afirmación del doctor Martel Chang, el citado profesor Montero Aroca define a *“la prueba como la actividad procesal que tiende a alcanzar la certeza en el juzgador respecto de los datos aportados por las partes certeza que en unos casos se derivará del convencimiento psicológico del mismo juez y en otros de las normas legales que fijaran los hechos.”*⁷ Para los efectos de nuestro desarrollo, nos hemos conceptualizado lo que es prueba, ahora bien corresponde señalar qué es lo que se prueba, es decir cuál es el objeto de la prueba.

2 Numeral 1 del Artículo 43 Decreto Legislativo 1071.

3 Perales Viscasillas, Pilar ; Torterola Ignacio, Directores. Nuevo Reglamento del Arbitraje de la CNUDMI 2010. Anotado y Comentado por materia y antecedentes legislativos 1era Edición Buenos Aires Legis Argentina 2011. Artículo 27 – Practica de Prueba.

4 Couture, Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. Buenos Aires. Depalma Ediciones. Pág. 215-216 (1985)

5 Martel Chang, Rolando Alfonzo. Pruebas de Oficio en el Proceso Civil. Instituto Pacifico- Actualidad Civil. Lima Perú. 2015: pag.43 a 45.

6 Martel Chang, Rolando Alfonzo. Op.Cit.

7 Martel Chang, Rolando Alfonzo. Op.Cit.

En esa línea tenemos que el objeto de la prueba son los hechos que contienen las pretensiones que las partes exponen ante el Tribunal, de las que pretenden un pronunciamiento a su favor, así por ejemplo la parte demandante solicitará el pronunciamiento respecto de la declaración de determinado derecho o la condena del demandado para el cumplimiento de determinada prestación y los hechos que sostienen esas afirmaciones serán por lo tanto el objeto de la prueba. Por su parte el demandado, rechazará la pretensión propuesta en su contra y solicitará que esta sea desestimada y es tal hecho, lo que pretenderá probar a su favor y por lo tanto ese será el objeto de la prueba.

Esto último, la negación de la pretensión, implica el aporte de una prueba que demuestre un hecho contrario al demandado, no puede entenderse por lo tanto como el ejercicio probatorio de un hecho negativo, lo cual no es admisible por la propia naturaleza de la proposición, ya que no se puede probar hechos negativos. Los hechos negativos, o mejor dicho la inexistencia del derecho del contrario, se demuestran con hechos positivos es decir, si afirmo no deber determinada suma de dinero debo demostrar que he pagado, es decir debo demostrar un hecho positivo.

En síntesis la prueba se ocupa de hechos y actos jurídicos que las partes afirman o niegan, y que han de ser verificados por ellas para fomentar la convicción del árbitro acerca de la razón que esgrime cada una de las posturas en conflicto. ⁸ Las afirmaciones expresadas calzan en el proceso arbitral, pues en la regla del artículo 39^o de la Ley de Arbitrajes⁹ cuya sumilla refiere Demanda y Contestación, establece “...

el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula y el demandado deberá establecer su posición respecto a lo planteado en la demanda”. Así también por ejemplo el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) del año 2010, en el artículo 20 sumillado: “*Escrito de demanda*”, dispone en el numeral 2 que el escrito de demanda deberá contener los siguientes datos: ... b) Una relación de hechos en los que se base la demanda; c) Los puntos que constituyan el motivo del litigio; d) La materia u objeto que se demanda; e) Los motivos jurídicos o argumentos que sustentan su demanda. Como podemos advertir de una u otra forma estos dos reglamentaciones arbitrales, como muestra hacen alusión al objeto de la prueba, en los términos comentados.

3. Las obligaciones del Árbitro.

Es evidente que la participación del árbitro en el proceso se debe a la relación jurídica que se establece entre él y las partes. No vamos a referirnos a la intervención de un Centro de Arbitraje, pues la relación varía, sin embargo estimamos que cuando hablamos obligaciones en ambos casos podemos considerar que existen obligaciones esenciales de los árbitros frente a las partes, y una de ellas es precisamente la principal es la de dictar el laudo arbitral. ¹⁰

Pero claro esta que esta no es la única, es la principal, mas no es la única. El profesor Clay, señala que el árbitro es quien tiene el mayor número de obligaciones y siguiendo un orden lógico, es decir considerando el desarrollo del procedimiento arbitral, según refiere las agrupa en tres categorías o series. ¹¹

⁸ Gozaíni, Oswaldo Alfredo. Derecho Procesal Civil . Tomo I. Buenos Aire 1992. Ediar . Pág 533.

⁹ Art. 43

¹⁰ Clay, Thomas. El Árbitro. Colección Cátedra Bancolombia. Serie Arbitraje Internacional. Fernando Mantilla Serrano. Director. 1^a. Edición. Bogotá. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Bancolombia : Grupo Editorial Ibáñez . 2012. N^o2.

¹¹ Clay, Thomas Opus cit. Pág. 24 y 25.

La primera categoría que la denomina obligaciones de carácter permanente, pues perduran durante todo el procedimiento arbitral y en las que se destacan:

- 1) La obligación de trato equitativo de los litigantes;
- 2) La obligación de confidencialidad;
- 3) La obligación de independencia e imparcialidad.¹²

La segunda serie que se originan una vez que el procedimiento arbitral ha comenzado y que se pueden mencionar como : 1) La obligación de participar en el procedimiento arbitral esto es asistir, de estar disponible y de no ausentarse; 2) La obligación de controlar el procedimiento, que importa organizar el procedimiento, supervisar su desarrollo, ser diligente y verificar el respeto de las garantías de un procedimiento equitativo, y ; 3) La obligación de conducir el procedimiento , lo que implica que el árbitro no debe permitir que se desvanezca sus prerrogativas jurisdiccionales ni siquiera ante la voluntad conjunta de los litigantes.¹³

Finalmente respecto a la tercera serie de obligaciones, las que aparecen al final del procedimiento pues conciernen principalmente a la emisión del laudo arbitral están las obligaciones de: *“deliberar, redactar el laudo sin omitir, ni las menciones obligatorias, ni la firma (o la negativa a firmar); motivar en el arbitraje interno; decidir omnia petita y de tener en cuenta la futura ejecución del laudo”*.¹⁴ Como podemos observar de la mención que hace el profesor Clay, para nuestro caso en cuanto a la obligaciones que tiene que considerar el árbitro en cuanto a su intervención, respecto al tratamiento de la prueba, podemos destacar las referidas a la obligación de trato equitativo de los litigantes, a la de organizar el procedimiento, supervisar su desarrollo , ser diligente y verificar el respecto de las garantías de un procedimiento equitativo,

sin que el orden de la mención determine mayor importancia respecto de unas y otras, pues consideramos que este conjunto de obligaciones se interrelacionan constantemente en el ejercicio de la función arbitral.

Estos aspectos se ven reflejados por un lado en la normatividad contenida en los ordenamientos legales tal como la Ley de Arbitraje,¹⁵ que en el artículo 34° numeral 2° señala que el tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darles a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.

Así también en el artículo 43° numeral 1° que dispone que el tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios. Así como también en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI 2010, cuyo artículo 17°, numeral 1° señala literalmente: *“Con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igual y que en cada etapa del procedimiento se dé a cada una de las partes una oportunidad razonable para hacer valer sus derechos. En ejercicio de su discrecionalidad, el tribunal arbitral dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios y a llegar a una solución justa y eficaz del litigio entre las partes”*.

En la misma línea para los efectos de nuestro desarrollo , el artículo 27° bajo el título Práctica de Prueba, dispone literalmente en el numeral 3 que: En cualquier momento de las actuaciones , el tribunal arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine , que las partes presenten documentos u otras pruebas”.

12 Clay, Thomas Opus cit. Pág. 24 y 25

13 Clay, Thomas. Opus cit.

14 Clay, Thomas. Opus cit.

15 Decreto Legislativo 1071.

Podemos concluir al respecto que estas obligaciones que han sido descritas por el profesor Clay contrastadas de modo lógico con los ordenamientos legales citados para los efectos del presente artículo constituyen un marco de acción que interactúa en la intervención del árbitro dentro del proceso que debe ser observado con mucho detenimiento, ya que el ejercicio de ciertas facultades están controladas por las obligaciones que se han mencionado.

4. La Carga de la prueba y la prueba de oficio.

4.1 La carga de la prueba.

El principio de la carga de prueba descansa en el criterio que explica que este es un gravamen que recae sobre las partes a quienes se les impone el deber de facilitar el material probatorio para que el juzgador, llamase juez o árbitro, pueda formar sus convicciones acerca de los hechos alegados y resolver acerca de la procedencia de las pretensiones propuestas. Este principio de carga de prueba como lo hemos dicho recae sobre quien propone las pretensiones, es decir sobre aquel que demanda, y también sobre aquel que niega o rechaza los términos de la demanda propuesta en su contra. La prueba generada será recibida por el Juez para su apreciación y se reconoce que ante la falta de ella, es decir ante el incumplimiento de este deber de probar, la pretensión será desestimada.

Este concepto procesal no es patrimonio exclusivo del proceso judicial sino también del procedimiento arbitral, así se puede inferir de la afirmación que señala al referirse a la presentación de pruebas, que otro aspecto de esta presentación de pruebas es la carga de la prueba, siendo práctica habitual de los tribunales arbitrales internacional solicitar a cada parte que pruebe los hechos en los que fundamenta su caso.¹⁶

Sin embargo esta línea de carga de la prueba no se agota en la regla de conducta señalada, ya que pueden presentarse situaciones que impiden de alguna manera el cumplimiento de este gravamen por parte de quien está obligado a hacerlo, esta imposibilidad puede ser de distinto orden, así por ejemplo puede ser que la prueba no esté al alcance de quien la debe presentar, o por razones materiales no pueda producirla, siendo de interés del árbitro su existencia para el cumplimiento de su deber de dictar un laudo.

Es preciso por lo tanto dar un vistazo a ciertos criterios relativos a la distribución de la carga de la prueba. Como se ha señalado la carga de la prueba se ha postulado como “la regla de confirmación que tiene quien invoca un derecho a su favor”, es decir el demandante debe probar su pretensión y el demandado sus defensas. Esta asignación de cargas aparentemente equitativas en la práctica aportaba una dureza rígida y extrema.¹⁷

Decimos aportaba porque como veremos más adelante el desarrollo del proceso y la consideración de elementos que nos conducen a que este cumpla su objetivo final, que es la restitución de un estado equilibrio de derechos, alienta la participación del juzgador, en nuestro caso del árbitro, a quien los reglamentos y dispositivos legales le dan cierto margen de acción.

En efecto ante este criterio rígido de la carga de la prueba, las partes otorgaban a la verificación una ejercitación interesada donde no había cooperación entre ellas ni solidaridad hacía el órgano que debía captar la certeza. Esto determinaba, como lo hemos señalado, la imposibilidad de probar hechos que no fueran aportados por ambas partes, o que siendo de una la otra quería demostrar y ante la falta de colaboración, era sumamente difícil alcanzar el objetivo.

Al respecto el profesor Gozáni cuando se refiere a las reglas generales sobre la distribución de la carga de la prueba, menciona una que considero destacable para los efectos que perseguimos, y es la titulada “La carga de la prueba el principio de solidaridad (o de efectiva colaboración)”.¹⁸ El citado profesor menciona a Mario Augusto Morello, quien señala al respecto: “*la dimensión social en que se inserta hoy el conjunto de las manifestaciones que aprehende el derecho, con referencia al proceso judicial (o arbitral) coloca en un nivel*

¹⁶ Alan Redfern, Martin Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides, Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional. 4ta Edición. 2006. Primera Edición en Español. Thomson Aranzadi. Numeral 6-67 Pág. 427.

¹⁷ Gozáni, Oswaldo Alfredo. Op.Cit. Pág 602.

protagónico no solo a la voluntad y al interés de las partes (que desde el ángulo de mira de la prueba “deben” aportar la que concierne a sus afirmaciones o, en caso contrario, soportar las consecuencias de la omisión o indebida atención de ese imperativo) pues ello no tendría otro destino que agotarse en una perspectiva al cabo egoísta. Porque deja navegando a la jurisdicción en un mar de dudas, o son arribar a la convicción o certeza moral imprescindibles cuando el actor (o bien el demandado) en el caso concreto del juzgamiento, pese a hallarse en las mejores condiciones de traducir su cooperación al resultado trascendente del servicio solo se escudó en la quiebra de la misma”.

“ En estos supuestos, no parece suficiente ni valioso el sólo manejo de la “regla” conforme a la cual el actor tiene la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y el demandado los extintivos, impeditivos o modificativos que opone a aquellos”. “Ante este cuadro el Juez , de acuerdo a las particularidades del caso y a la conducta obrada por las partes, reparará en la quiebra del deber de cooperación , haciéndolo jugar contra el infractor al representar un módulo de utilización razonablemente adecuado para arribar a la acreditación de las afirmaciones controvertidas”. El rendimiento de las instituciones no puede seguir descansando en preceptos sin vida práctica y funcional, explica el profesor Gozaíni respecto de las afirmaciones de Morello.

4.2 La prueba de oficio.

Hemos señalado en el numeral anterior que la prueba debe ser aportada por las partes como obligación para demostrar sus afirmaciones, en el sentido que estas vayan dirigidas tratándose del demandante como del demandado.

Estas pruebas dirigidas, en nuestro caso al árbitro o tribunal arbitral, para confirmar el contenido y existencia en veracidad de las pretensiones propuestas de modo que se forme convicción y consecuentemente ser favorecidos con el fallo que reconoce el derecho pretendido. Sin embargo surgen distintas razones y circunstancias por las cuales resulta necesarias la actuación del árbitro en la producción de pruebas, con la finalidad de poder cumplir con su obligación última que es dictar un laudo resolviendo la controversia sometida a su consideración. Estas pruebas generadas a instancia del árbitro, son llamadas pruebas de oficio.

La prueba de oficio, según el discurrir lógico que tienen las partes en el proceso, puede entonces ser de distinto origen o motivo. Así por ejemplo tenemos prueba de oficio, la cual es dispuesta por el árbitro a pedido de una o de ambas partes. Por ejemplo, el caso de que existiendo posiciones técnicas divergentes las partes acuerdan solicitar al árbitro la designación de un perito que pueda explicar las posiciones técnicas de cada una de ellas. Este perito es designado por el árbitro a su entera discreción.

Advertimos que si bien el interés de las partes es demostrar la validez de su posición, a efectos de contar con un elemento que denote imparcialidad respecto a su posición, solicitan al árbitro la designación de un perito acorde con las condiciones y calificaciones que el mismo árbitro considere adecuadas para dilucidar la situación que se presenta. Del mismo modo se observa una variante con similar efecto, que se da cuando una de las partes, ya no ambas, solicita al árbitro la designación de un perito, para que confirme su posición técnica de modo que de manera imparcial se destaque la validez de sus afirmaciones a efectos de que sean admitidas por el árbitro al momento de resolver.

18 Gozaíni, Oswaldo Alfredo. Op. Cit. Pág. 607-608.

La situación descrita, como se puede advertir no presenta colisión con el gravamen que impone la carga de la prueba, ya que se trata de las mismas partes que en confirmación de su posición, con el propósito de consolidar la validez de su prueba agregan un elemento de imparcialidad que confirmaría su posición.

En este caso aparentemente estaríamos frente a una prueba de oficio, mas no se trata propiamente de una prueba de oficio, de acuerdo con lo expresado acerca de lo que entendemos como tal, sino estaremos frente a una nominación de oficio de un tercero experto imparcial como lo debe ser un perito designado por el tribunal o por el árbitro.

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.

4.2.1 Como entendemos a la prueba de oficio en el arbitraje

Como hemos señalado en el numeral 2º respecto a las obligaciones del árbitro, este tiene una serie de obligaciones que cumplir las cuales tienen correlato en la posibilidad de acción que le permite el ordenamiento nacional, Ley de Arbitraje, como en la regulación internacional soft law, referida por el Reglamento de Arbitraje CNUDMI. Por ello es que afirmamos que el árbitro tiene una facultad especial para la disposición y mandato de pruebas de oficio. Nos hemos referido a ello cuando el artículo 43º de la Ley de Arbitraje dispone que el tribunal arbitral, esto es también el árbitro único, tienen la facultad para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias.

De la misma manera con cierta variación respecto al énfasis de la facultad conferida, el artículo 27º del Reglamento de Arbitraje CNUDMI dispone que en cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas.

La diferencia en ambos preceptos es a nuestro entender de técnica legislativa, y esto debido a quien va dirigida, ya que en el primer caso se trata de una norma de derecho interno y de carácter nacional, frente a una norma de carácter internacional aplicable a distintas costumbres jurídicas, en el segundo caso.

Se trata por lo tanto de una facultad, pero esta no es una facultad de ejercicio libérrimo, sino que hay una consideración adicional para el ejercicio de esta facultad. Esta es que se ejercite confiriendo trato igualitario a las partes, es decir con total equidad, de modo que no afecten sus derechos y puedan ejercerlos libremente en el proceso.¹⁹ El tribunal arbitral o el árbitro único deben tener siempre presente que su designación se debe a las partes y que su relación si bien independiente respecto a la decisión que deben tomar acerca de la forma como debe ser resuelta la controversia, contiene una obligación de trato igualitario de modo que ambas puedan actuar en el procedimiento defendiendo sus derechos con total libertad y ejercicio pleno de tal facultad. Consideramos también que al ser una facultad y dada la naturaleza contractual del arbitraje, las partes de común acuerdo pueden restringir o modular la indicada facultad, a lo cual el árbitro o tribunal deberá atenerse.

4.2.2 Criterios a tener en cuenta para dictar una prueba de oficio

Si bien este concepto no puede ir separado del anteriormente expuesto pues están ligados estrechamente, por efectos didácticos decidimos este tratamiento diferenciado.

Se debe tener en cuenta que el marco del procedimiento esta trazado por las pretensiones que las partes han ejercitado al tiempo de demandar o de contestar la demanda, y de ser el caso de reconvenir y la carga de probar corresponde a las partes, por lo que la prueba de oficio debe estar referida o relacionada directamente con los hechos materia de la controversia los cuales han sido planteados por las partes. En la medida que la interrogante que surge en el árbitro a partir del conocimiento del caso, esta debe estar por lo tanto relacionada con los hechos producidos y deben tender a aclarar o mejorar el conocimiento de esos hechos para tener la certeza respecto a existencia o inexistencia de ellos. Así por ejemplo una prueba de oficio no puede estar dirigida investigar un hecho no expuesto por las partes, cualquiera que este sea. Debe estar dirigido corroborar con mayor certeza lo que la parte ya ha expuesto. Como ejemplo de lo antes indicado, recuerdo el caso en el que se investigaba la presunta relación entre varias empresas quienes afirmaban su total independencia la una de la otra, pese que a que existían hechos que revelaban lo contrario. Como muestra de su independencia exhibían y expresaban que tenían domicilios distintos no obstante tener los mismos funcionarios de distinto nivel y en distinto nivel en cada una de las compañías.

El tribunal considero que era conveniente conocer cuál era el grado de vinculación, de modo que se pueda ver reflejada de una manera objetiva que sume, a efectos de aceptar la posición o desestimarla. Por ello considero el tribunal arbitral dar un vistazo al lugar donde se llevaba a cabo la gestión administrativa a fin de determinar si realmente estábamos frente a empresas independientes. Consideramos también que al ser una facultad y dada la naturaleza contractual del arbitraje, las partes de común acuerdo pueden restringir o modular la indicada facultad, a lo cual el árbitro o tribunal deberá atenerse.

4.2.2 Criterios a tener en cuenta para dictar una prueba de oficio.

Si bien este concepto no puede ir separado del anteriormente expuesto pues están ligados estrechamente, por efectos didácticos decidimos este tratamiento diferenciado.

Se debe tener en cuenta que el marco del procedimiento esta trazado por las pretensiones que las partes han ejercitado al tiempo de demandar o de contestar la demanda, y de ser el caso de reconvenir y la carga de probar corresponde a las partes, por lo que la prueba de oficio debe estar referida o relacionada directamente con los hechos materia de la controversia los cuales han sido planteados por las partes.

En la medida que la interrogante que surge en el árbitro a partir del conocimiento del caso, esta debe estar por lo tanto relacionada con los hechos producidos y deben tender a aclarar o mejorar el conocimiento de esos hechos para tener la certeza respecto a existencia o inexistencia de ellos. Así por ejemplo una prueba de oficio no puede estar dirigida investigar un hecho no expuesto por las partes, cualquiera que este sea. Debe estar dirigido corroborar con mayor certeza lo que la parte ya ha expuesto.

Como ejemplo de lo antes indicado, recuerdo el caso en el que se investigaba la presunta relación entre varias empresas quienes afirmaban su total independencia la una de la otra, pese que a que existían hechos que revelaban lo contrario.

Como muestra de su independencia exhibían y expresaban que tenían domicilios distintos no obstante tener los mismos funcionarios de distinto nivel y en distinto nivel en cada una de las compañías.

El tribunal considero que era conveniente conocer cuál era el grado de vinculación, de modo que se pueda ver reflejada de una manera objetiva que sume, a efectos

19 Tal como lo señala el Profesor Thomas Clay, al mencionar la obligación de trato equitativo de los litigantes, como obligación permanente del árbitro.

de aceptar la posición o desestimarla. Pero ello considero el tribunal arbitral dar un vistazo al lugar donde se llevaba a cabo la gestión administrativa a fin de determinar si realmente estábamos frente a empresas independientes.

Por ello decidió encomendar a un tercero, el secretario del procedimiento, que busque telefónicamente a los representantes en los teléfonos que tenían. El resultado arrojó un indicativo significativo ya que pese a tener distintos números telefónicos todos estaban instalados en un mismo local, todos eran contestados por la misma persona y en ninguna de las oportunidades que se contactó con la telefonista, esta supo dar razón acerca de los distintos representantes que tenía la empresa a la cual se estaba llamando. Si bien esta prueba no fue determinante, como lo hemos indicado, sumo a las otras pruebas documentarias que explicaban la vinculación entre todos los funcionarios de todas las empresas.

La prueba no pudo ser desvirtuada, y la parte afectada actuó en su contra en clara acción cuyo propósito era desprestigiarla para quitarle cualquier efecto posible.

La prueba había sido de oficio y su validez era evidente pues estaba sostenida en los hechos expuestos por las partes en el curso del proceso. Hemos señalado que la obligación principal del árbitro es resolver la controversia, para ello dictar el laudo poniendo fin al procedimiento, en ese orden de cosas la prueba de oficio debe estar dirigida a formar parte de las consideraciones que dan lugar a la mayor certeza que tiene el árbitro al tiempo de dictarlo, por ello de su particular importancia y de la necesidad de la existencia de la facultad del árbitro para proceder y disponer su actuación.

4.2.3 La prueba de oficio no colisiona ni contraviene el principio de carga de la prueba. A modo de conclusión.

La necesidad que debe tener el árbitro de

estar convencido del derecho de la parte que lo pretende por la prueba que lo sustenta, frente a la incertidumbre aun no revocada que se mantiene en el caso respecto a las pruebas que las partes han aportado, es preciso que se levante la duda y se expresen los hechos de modo completo, y por ello la razón de ser de la prueba de oficio. Sea porque una parte se niega a producir la prueba, o produciéndola su efecto no es total, y la obligación del árbitro de dictar un laudo con arreglo a los hechos probados obliga a tomar una determinación de hacer que esa prueba se produzca de modo que tenga una comprensión lo más cercana a la realidad de los hechos, para fallar a favor de quien pretende en la demanda o niega los hechos pretendidos.

La prueba de oficio no colisiona ni contraviene el principio de carga de la prueba, pues esta sustentada en la regla general de distribución de la carga de la prueba y el principio de solidaridad o efectiva colaboración. No se puede dejar de lado que tiene también fundamento en la facultad otorgada al tribunal o el árbitro de ordenarla, pues así está reconocida en los ordenamientos que hemos señalado en el presente artículo como referencias legislativas. Siendo además que esta facultad debe ser ejercida con arreglo a un trato equitativo a las partes y en el ejercicio del derecho de defensa oportuno dentro del procedimiento arbitral.

La prueba de oficio tiene por tanto el carácter de complemento de las pruebas producidas, entendiéndose esto como la cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta,²⁰ de esta forma el conocimiento imperfecto alcanzado hasta antes de la producción e incorporación de ella al procedimiento queda redondeado dando de esta forma a las partes la seguridad que el convencimiento alcanzado por el tribunal arbitral o el árbitro está plenamente sustentado en la actividad probatoria realizada durante el procedimiento.

20 Diccionario la Real Academia Española – DRAE. Definición de complemento.