

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Procesal

TITULO:

**LA INICIATIVA PROBATORIA DEL ÁRBITRO PARA DISPONER Y ACTUAR PRUEBAS
DE OFICIO: ¿Es compatible con la carga probatoria de las partes?**

Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho Procesal.

Autor: Jorge Luis Huamán Cachay

Asesor: Renzo Cavani

Código de alumno: 19882085

2017

Resumen:

El principio de flexibilidad interviene en las diversas etapas del proceso arbitral, siendo una de ellas la actividad probatoria, confluyendo, a su vez, con otras situaciones jurídicas de titularidad de las partes, que se plasman en principios tales como el dispositivo, aportación de parte y, además, con la llamada asunción de la carga de la prueba. Por otro lado, se ha sostenido que el ejercicio de la potestad con que cuenta el árbitro para hacer valer su iniciativa probatoria –al igual que un juez–, puede llevar a que incurra en excesos al momento de disponer u ordenar de oficio la actuación de una prueba. Partiendo entonces de ambas premisas examinaremos cómo estas interactúan en el arbitraje privado doméstico, tomando como marco normativo la actual Ley de Arbitraje (LDA), así como los reglamentos de los principales centros de arbitraje del país (RCA).

Palabras Claves: Iniciativa probatoria – arbitraje - principio de flexibilidad – principio dispositivo – principio de aportación de parte – principio de independencia – principio de imparcialidad - carga de la prueba – carga probatoria dinámica.

Abstract: *The principle of flexibility intervenes in the various stages of the arbitration process, one of them being the probative activity, converging, in turn, with other legal situations of ownership of the parties, which are embodied in principles such as the device, contribution of part and, in addition, with the so-called assumption of the burden of proof. On the other hand, it has been argued that the exercise of the power available to the arbitrator to assert his evidentiary initiative -as a judge- can lead to excesses when disposing or ordering the action of a test. Starting from both premises we will examine how they interact in private domestic arbitration, taking the current Arbitration Law (LDA) as a regulatory framework, as well as the regulations of the main arbitration centers of the country (RCA).*

Keywords: Probative initiative - arbitration - flexibility principle - dispositive principle - party contribution principle - principle of independence - principle of impartiality - burden of proof - dynamic probative burden.

Sumario: 1. Introducción. 2. Acercamiento a la denominada iniciativa probatoria del árbitro. 2.1. Definición. 2.2. Facultad o deber del árbitro. 2.3. Implicancias de la activa participación probatoria del árbitro con su independencia e imparcialidad. 3. Justificación a la iniciativa probatoria oficiosa del árbitro. 3.1. Principio de

Flexibilidad. 3.2. Límites a la actuación probatoria del juzgador arbitral. 3.2.1. Límites temporales y materiales para su aplicación. 3.2.2. Límites de orden constitucional. 4. Relación entre los principios dispositivo y de aportación de parte y la iniciativa probatoria del árbitro. 5. Vinculación con la carga de la prueba. 5.1. La carga formal y material de la prueba. 5.2. La carga de prueba estática y dinámica (flexible). 5.3. De las convenciones procesales acerca de la carga de la prueba. 6. La iniciativa probatoria del árbitro en la LDA y en los RCA. 6.1. En la LDA. 6.1.1. Presupuestos y límites. 6.1.2. Sobre los medios de impugnación o control que tienen las partes sobre la actuación oficiosa del árbitro en la LDA. 6.2. En los RCA. 6.2.1. En los RCA que estén recogidos en normas reglamentarias. 6.2.2. En los RCA de los centros universitarios y de los colegios profesionales. 6.2.3. En los RCA de las diversas cámaras de comercio del país. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN.

Al igual que el juez, dentro de un proceso judicial (y con mayor incidencia en el civil), la intervención del árbitro resulta trascendental en todas sus etapas: la postulatoria, la probatoria y la decisoria.

Buscamos defender que la LDA, así como en los más importantes RCA - en lo que se refiere a la participación del árbitro en la etapa probatoria -, reconocen y otorgan al árbitro una serie de poderes o facultades para que desenvuelva su actividad de probanza de muy diversas formas, relacionándose éstas con aquéllas que igualmente emprenden las propias partes procesales dentro del marco de los *principios dispositivo* y el de *aportación de parte*¹, con el único propósito de obtener hechos probados, ciertos o confirmados que le permitirán finalmente efectuar respecto de ellos, una adecuada valoración y posterior motivación de su decisión final.

Asimismo, como sucede en sede judicial, reviste también especial importancia en el desarrollo del arbitraje, la activa participación del árbitro, tanto en el momento en que se propone y admite la prueba como cuando la misma es practicada, hecho que se suele denominar en el campo jurisdiccional como “*prueba de oficio*”, “*actuación probatoria de oficio*” “*poderes probatorios del juez*” o “*iniciativa probatoria del juez*”.

Abordaré entonces el examen de esta particular intervención del juzgador arbitral, esta vez, bajo la óptica del arbitraje nacional, tomando para ello como punto de partida lo que la doctrina ha dicho en ambas sedes para definirla y determinando si es que esta intervención es una facultad o deber. Además, examinaré cuáles son las implicancias que traer el ejercicio de esta iniciativa en cuanto a los *principios de independencia e imparcialidad del árbitro*; y se buscaré conocer cuáles son las razones que justifican su empleo a la luz del *principio de*

¹ La interacción de este principio con el ofrecimiento y actuación de pruebas de oficio por el árbitro, será revisada con detalle en la sección siguiente.

flexibilidad. Finalmente, en esta primera parte, se evaluará si existen o no límites a dicha intervención (como, por ejemplo, aquellas de índole constitucional).

Además, en la siguiente sección será de nuestro interés detectar las interrelaciones y problemática existente de esta actividad probatoria en el ámbito del arbitraje, con el ya aludido principio de aportación de parte y la carga probatoria a la que las partes están sujetas, todo ello con el objeto de determinar si lo que es materia de estudio contraviene o genera alguna incompatibilidad que impida o vea afectada - en menor o mayor grado -, la ya comentada intervención del árbitro en la resolución del conflicto.

Finalmente, en la sección tercera, evaluaremos como está recogida en la normativa peruana lo referente a la intervención probatoria de oficio de los árbitros, revisando en para tal fin no sólo la LDA sino también los más importantes y vigentes RCA de nuestro país.

2. ACERCAMIENTO A LA DENOMINADA INICIATIVA PROBATORIA DEL ÁRBITRO.

2.1. Definición.

Tomando como punto de partida el examen del actual Art. 194° del Código Procesal Civil (CPC), Alfaro conceptualiza este instituto procesal - dentro del campo judicial -, de la siguiente manera:

Es 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. (2017: 71).

Cierto es que para verificar si este concepto puede ser asumido por nosotros cuando el árbitro participa oficiosamente en la disposición y actuación de pruebas, es preciso examinar seguidamente dos supuestos normativos recogidos en la LDA, es decir, sus artículos 39° numeral 2) y 43° numeral 1), los mismos que literalmente dicen lo siguiente, respectivamente:

“Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.” (énfasis agregado).

“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” (énfasis agregado).

Como ya se dijo, sin perjuicio de que en apartados posteriores se detallará todo lo concerniente al *principio de aportación de parte* y su relación con la actuación probatoria oficiosa en el arbitraje, según la primera de las reglas transcritas, se tiene que la disposición de pruebas por las partes resulta ser un deber u obligación y no una facultad, lo que contrasta con lo que ocurre en la práctica, tratándose de la ordenación o actuación de pruebas por cuenta del árbitro.

En efecto, el contraste advertido se debe sin duda a que el arbitraje está regido por el *principio de oportunidad*, en tanto vía voluntaria a la que pueden acudir los particulares para resolver sus conflictos. Mejor dicho, el arbitraje tiene como sustento la autonomía de voluntad de las partes, con la salvedad claro está, de aquellos casos especiales en los que sí se impone –y obliga– a que se active y siga el proceso arbitral, siendo ejemplos palpables de esto, los arbitrajes que se ventilan en materia de contratación estatal o, visto desde el lado de los empleadores, los arbitrajes potestativos en materia laboral.

En ese sentido, siendo una de las manifestaciones de la libertad de regulación o actuaciones que, a su vez, está expresamente reconocida por la LDA², son las partes las que, en primer lugar, pueden fijar las reglas procesales que han de seguirse en la tramitación del arbitraje. Entre ellas también pueden estar las vinculadas a la actividad probatoria que podrá ejercer el árbitro; empero, tal situación sería muy particular, ocurriendo, más bien, en la gran mayoría de los casos, que el juzgador arbitral sea, por el contrario, el llamado a proponer la regulación procesal a observarse, tomando como base o sustento la supletoriedad que le confiere la propia LDA, o lo que se establecen en los RCA que involucran a los arbitrajes bajo la modalidad institucional.

Es conveniente enfatizar que, en este último caso, el supuesto se dará ya sea cuando las partes se han sometido en forma previa a su regulación particular al momento de celebrar el convenio arbitral o, incluso, cuando ya dentro de la tramitación

² Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones.

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
(...)”

del arbitraje ante estas instituciones, no se objete su competencia y sus correspondientes reglas.

Es por ello que, adelantándome a las conclusiones que arrojará la normativa nacional a examinar en secciones siguientes, se puede inferir de *prima facie* que ésta contempla, con carácter general y principal, la iniciativa probatoria de las partes, mientras que, en forma complementaria o accesoria a estas –y, por consiguiente, con rasgos muy excepcionales–, se reconoce la participación discrecional del juzgador arbitral, quien podrá, al amparo de dicha atribución, ordenar y actuar una prueba de oficio.

Empero, como también se observará de la revisión normativa anunciada, algunas regulaciones (sobre todo aquellas que tienen su reconocimiento en normas reglamentarias como los casos del arbitraje laboral o del sistema de arbitraje de consumo), son mucho más permisivas en cuando a la extensión de las facultades del juzgador arbitral en el tiempo y espacio.

Hecha esta necesaria advertencia, se puede entonces definir o conceptualizar lo que será materia de este estudio, diciendo que una *iniciativa probatoria arbitral es el ejercicio de las facultades, poderes o atribuciones fijadas a favor del árbitro, en primer término, por las propias partes (ya sea en el Convenio Arbitral o posteriormente en el Acta de Instalación) o, en su defecto, conforme a las reglas dispuestas en la LDA o de los RCA, que se concretará en el requerimiento y/o actuación medios probatorios, con el único fin de complementar aquellos medios de probanza que ya hayan sido ofrecidos previamente por las partes en el proceso, bajo su propia iniciativa probatoria.*

2.2. ¿Facultad o deber del árbitro?

Si nos remitimos a los procesos judiciales en materia civil observaremos que el art. 194° del Código Procesal Civil (CPC), que fuera modificado por la Ley N° 30293³,

³ Pruebas de oficio.

Artículo 194°. - Excepcionalmente, cuando los medios probatorios ofrecidos por las partes sean insuficientes para formar convicción el Juez de Primera o de Segunda Instancia, ordenará la actuación de los medios probatorios adicionales y pertinentes que considere necesarios para formar convicción y resolver la controversia, siempre que la fuente de prueba haya sido citada por las partes en el proceso. Con esta actuación probatoria el Juez cuidará de no reemplazar a las partes en su carga probatoria, y deberá asegurarles el derecho de contradicción de la prueba.

La resolución que ordena las pruebas de oficio debe estar debidamente motivada, bajo sanción de nulidad, siendo esta resolución inimpugnable, siempre que se ajuste a los límites establecidos en este artículo.

recoge indubitablemente un *deber*⁴ al juez para actuar excepcionalmente pruebas de oficio, siempre que las considere necesarias para que le formen convicción y pueda resolver el conflicto y, además, que dicha prueba emane de la fuente de prueba citada por las partes en el proceso. Efectivamente, bajo las particularidades descritas será, sin duda, una *obligación* por cuanto en el artículo comentado se emplea el término *ordenará* y porque, además, el carácter imperativo que le impone la norma se ve claramente reforzado por el hecho de que se prohíbe en segunda instancia la anulación de sentencias cuando el *juez a quo* no ordenó las pruebas de oficio (Martel 2015: 204-205).

Resulta de importancia destacar que esta imposición normativa que recoge hoy la regulación procesal civil de nuestro país, no lo fue así con anterioridad. Esto viene demostrado por la revisión histórica realizada Luis Alfaro, quien advierte que ya desde los tiempos de nuestro anterior Código de Procedimientos Civiles de 1912, la potestad probatoria que se reconocía al juzgador bajo ningún motivo era vista como una obligación, sino simple y llanamente como una *facultad*⁵, que, según la discrecionalidad del juez, analizando cada caso concreto, podía o no utilizarlo (2017: 45).

Pese a ello, volviendo a la actual versión del Art. 194° de nuestro CPC, y tomando en consideración el marco de excepcionalidad en el que este opera, así como en el hecho de que con respecto a su regulación previa se haya eliminado la palabra “*puede*” (que muchas veces justificaba que un sector de la jurisprudencia lo entendiese como una mera facultad o potestad discrecional), Alfaro igualmente se pregunta si acaso dicha palabra suprimida contribuya a entenderla como un verdadero deber, como lo viene sosteniendo un sector de la doctrina (2017: 195-196). Uno de esos autores es Ibarra, quien afirma, a partir de la versión modificada del Art. 194° del CPC, que ahí se contempla un deber jurídico del juez y no así una potestad discrecional (2014: 222).

En ninguna instancia o grado se declarará la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado la actuación de las pruebas de oficio.

El Juez puede ordenar de manera excepcional la comparecencia de un menor de edad con discernimiento a la audiencia de pruebas o a una especial. (El subrayado es mío).

⁴ Entendido en este caso como un deber – jurídico, esto es, según Cabanellas: “*la necesidad moral de una acción u omisión, impuesta por la ley, pacto o decisión unilateral irrevocable para un servicio o beneficio ajeno y cumplimiento de los fines exigidos por el ordenamiento social humano*”. (1976: 582)

⁵ Entendida en significados puramente jurídicos como derecho subjetivo, poder, potestad, atribución.

Sea como fuere, la situación que se presente en sede arbitral es contraria, quedando evidenciada a partir de lo establecido en el art. 43° de la LDA⁶, habida cuenta que –salvo acuerdo de partes en contrario– el juzgador arbitral detenta apenas una *facultad* para poner en marcha su propia iniciativa probatoria. La razón de ello es que puede hacer uso de ella optativamente a fin de activar su intervención durante el desarrollo o trámite de la etapa probatoria, siempre que se cumpla una sola condición: que la prueba dispuesta u ordenada para su actuación resulte necesaria a los fines del proceso.

En consecuencia, a nuestro juicio, el papel que le toca realizar al árbitro de cara a la prueba no es solo importante, sino, además, gravitante para la resolución del conflicto. Si bien no se encuentra obligado a ordenar o actuar pruebas de oficio, sí pesa sobre él la necesidad de examinar todo el acervo probatorio alcanzado por las partes e, incluso, ya actuado en el arbitraje, pues solo de esta previa revisión podrá concluir en la necesidad o no de la ordenación de prueba complementaria o accesoria a ella.

2.3. Implicancias de la activa participación probatoria del árbitro con su independencia e imparcialidad.

Antes de pasar revista a las implicancias existentes entre la iniciativa probatoria del juzgador arbitral con sus deberes de independencia e imparcialidad, diremos, siguiendo ahora a Matheus, que, para resolver adecuadamente una controversia, todo árbitro deberá contar con una plena libertad de juicio, la cual exige a su vez, la necesaria convergencia de estos dos requisitos (2016a:119). Así, definiendo ambas cualidades, este autor nos precisa que la independencia es un elemento principalmente objetivo que se aprecia en relación con vínculos factuales, mientras que la imparcialidad es, en esencia, subjetiva y se observa en función de predisposiciones intelectuales. En otras palabras, la independencia –de carácter objetivo– se refiere a la posición del árbitro, en tanto que la imparcialidad –de carácter subjetivo– viene referida a una actitud de orden intelectual o psíquico (Matheus 2016a: 219).

⁶ Artículo 43.- Pruebas.

1. 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.
2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso. (Los subrayados son míos).

Conviene anotar también que, pese a que frecuentemente ambos conceptos son tratados de manera conjunta e indiferenciada en las regulaciones y en las decisiones de justicia, la imparcialidad y la independencia son requisitos distintos y, además, la discusión sobre su distinción, interesante en el plano teórico, será menos relevante en la práctica pues ambos deberes son igualmente exigibles al árbitro y su violación acarrearán las mismas consecuencias (Amezaga 2014: 114).

Ahora bien, entre algunas de las razones que ha expuesto la doctrina para sostener que la iniciativa probatoria del árbitro no puede ser permitida (aún bajo ciertas limitaciones) están aquellas que afirman que se daría un grave conflicto con su independencia e imparcialidad, en tanto que su ejercicio importaría un adelanto de su decisión al momento de laudar. Dicho de otro modo, se pide que el árbitro sea *neutral* o, lo que es lo mismo, que mantenga una *actitud estática* en orden a practicar pruebas que no hayan sido propuestas por las partes (Picó 2011: 125).

Esta objeción enfocada dentro del campo judicial ha sido rechazada doctrinalmente, como por ejemplo así lo hace Picó, quien, por el contrario (partiendo de la legislación actual española), la considera más bien una exacerbación de la garantía de neutralidad del juzgador, proponiendo seguidamente hasta cinco razones que permitirían defenderla:

- a) Cuando el órgano jurisdiccional decide llevar a cabo la citada actividad, no se decanta a favor o en contra de una de las partes, infringiendo de esta manera su deber de imparcialidad, pues antes de la práctica de la prueba no se sabe a quién puede beneficiar o perjudicar, sino que su único objetivo es poder cumplir eficazmente la función de tutela judicial que la Constitución le asigna;
- b) Postular la protección de la imparcialidad como fundamento de la actividad probatoria del juzgador civil y otorgar a su vez dicha facultad a los jueces y tribunales de otros órdenes jurisdiccionales especialmente del penal y contencioso-administrativo;
- c) La contradicción que resulta de negar al órgano jurisdiccional, por un lado, la posibilidad de ordenar una prueba, y otorgarle, por otro, amplísimas facultades en su práctica hasta el extremo, por ejemplo, de admitir o denegar la prueba, o de hacer preguntas a los litigantes y testigos;
- d) La predisposición del órgano jurisdiccional a otorgar distinto valor probatorio a los resultados de los medios de prueba acordados ex officio, si bien excepcionalmente es posible, la solución a dicho temor viene dada por la vía de los recursos, que contra toda sentencia proceden, basándose en una errónea apreciación de la prueba; y,

e) La atribución limitada de poderes del juez civil, soslaya el peligro del eventual uso abusivo que el juzgador puede efectuar de sus facultades probatorias (2011:127-128-129).

Ciertamente, consideramos que las razones descritas en el párrafo anterior, pueden servir también en sede arbitral para negar la existencia de algún conflicto entre el ejercicio probatorio oficioso de un árbitro con su independencia o imparcialidad. Una muestra de ello son los numerales 1 y 2 del art. 44° de la LDA que recogen las facultades que tiene el árbitro no sólo para nombrar peritos por propia iniciativa, sino además para convocar al perito a una audiencia de sustentación pericial:

Artículo 44.- Peritos.

1. El tribunal arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas. Asimismo, requerirá a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente presentando los documentos u objetos necesarios o facilitando el acceso a éstos.
2. Después de presentado el dictamen pericial, el tribunal arbitral por propia iniciativa o a iniciativa de parte, convocará al perito a una audiencia en la que las partes, directamente o asistidas de peritos, podrán formular sus observaciones o solicitar que sustente la labor que ha desarrollado, salvo acuerdo en contrario de las partes.

Por tanto, se concluye que, en los casos de ordenación y actuación de pruebas de oficio por el árbitro, estas decisiones no contravienen de ningún modo sus deberes de independencia e imparcialidad dentro de la tramitación de un arbitraje; tanto más cuando ambos deberes deben ser observados por el juzgador civil y el árbitro, al compartir estos dos principios, su esencia y contenido ordenador.

3. JUSTIFICACIÓN A LA INICIATIVA PROBATORIA OFICIOSA DEL ÁRBITRO.

Partiendo de la óptica judicial y teniendo como premisa principal la calificación inicial de “*excepcional*” que aparece como condición en el actual Art. 194° del CPC, Alfaro nos dice que, siendo la prueba el instrumento racional y epistemológico que permite alcanzar la verdad del proceso, el juez que lo dirige es también llamado y comprometido a contribuir en torno al tema probatorio, hecho que brinda justificación excepcional al uso de dicho poder. Así, agrega este autor que el juez no siempre la utilizará sino de manera extraordinaria o complementaria, dependiendo de las circunstancias de cada caso concreto, específicamente si del estudio de los hechos

afirmados por las partes advierte uno o varios aspectos que adolecen de insuficiencia probatoria, lo que desde luego no necesariamente, acontecerá en todos los casos (2017: 194-195).

Igualmente en sede judicial, pero esta vez bajo los argumentos vertidos por Picó según la legislación española, este autor considera que sobre la base de las previsiones constitucionales (que permite en primer lugar dar sustento a la formulación atenuada del principio de aportación de parte), se concluye que puede alcanzarse una idónea armonización entre el carácter privado del objeto litigioso y la naturaleza indisponible del proceso, facilitando que los órganos jurisdiccionales puedan otorgar una efectiva y justa tutela de los intereses en conflicto. (2011: 136).

Ahora bien, reconociendo que todas estas reflexiones anteriores sí resultan perfectamente replicables a los procesos arbitrales, estimo que no puede perderse de vista otros aspectos que también redundan en su justificación. Nos referimos a la aplicación del *principio de flexibilidad* y a los *límites temporales y materiales para su aplicación como aquellos que propiamente le impone nuestra la carta fundamental*.

3.1. Principio de flexibilidad.

Cuando hablamos de un proceso arbitral, partimos de la premisa de que dentro de él prima una libertad de formas, lo que lleva a su flexibilidad y sencillez, a diferencia de la predeterminación y tipicidad adjetiva del proceso de la jurisdicción estatal (legalidad formal) (Matheus 2015: 91). En efecto, que el arbitraje asuma una plena libertad procedimental, importa permitir a las partes en conflicto estructurar su proceso de acuerdo a sus propias necesidades y circunstancias específicas de la disputa, todo ello con el objeto de alcanzar la neutralidad que debe existir entre ellas.

Profundizando sobre este principio, Castillo nos aclara que este ha sido enfocado, en primer lugar, con el propósito de establecer una diferencia entre la rigidez de la justicia ordinaria y los procesos arbitrales (2009a: 95), pues, al estar las primeras inmersas dentro de normas de orden público, las partes no pueden disponer algo distinto con respecto a tales disposiciones. En cambio, la gran mayoría de normas que engloban un proceso arbitral –no solo de índole nacional, sino también con carácter internacional–, son *dispositivas*, lo que trae, entre otras consecuencias, que puedan apartarse de lo que se disponga en la ley. (2016b: 487-488).

Conviene destacar que este primer enfoque se encuentra recogido en la primera parte del numeral 1 del Art. 34° de la LDA, que a la letra dice: “*Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. (...)*”.

Agrega este autor que una segunda manera de observar cómo opera la flexibilidad, está en las facultades que tienen las partes y los propios árbitros para ir amoldando el proceso de la manera que consideren más conveniente para el esclarecimiento de los hechos, lo cual, sin embargo, no debe conllevar a una contravención al debido proceso, ni que se afecte la equidad de trato entre las partes. Este segundo aspecto, igualmente encuentra acogida en la segunda parte del numeral 1 y numeral 3 del Art. 34° de la LDA, pues ahí se han dicho en forma literal, lo siguiente:

(...). A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de este Decreto Legislativo. Si no existe norma aplicable en este Decreto Legislativo, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral.

Además, Castillo anota que otra de las formas en la que se manifiesta el principio de flexibilidad, son las facultades que tienen los tribunales arbitrales para disponer el complemento de las reglas del proceso, en caso el convenio arbitral o el acta de instalación, hubieren omitido regular determinados aspectos necesarios. (2016: 488).

De esta forma, se concluye que el principio de flexibilidad sí juega un papel importante en la etapa probatoria, confluyendo a su vez con otros principios como el debido proceso y el de igualdad.

3.2. Límites a la actuación probatoria de oficio del juzgador arbitral

Puede sostener que al igual de lo que sucede con la actuación oficiosa probatoria del juez, en el caso del árbitro o tribunal arbitral, existen limitaciones que se considera intrínsecos a la propia labor que se comenta y otras que surgen de nuestra Carta Fundamental de 1993. Veamos a continuación cada uno de ellos.

3.2.1. Límites temporales y materiales.

Si bien en sede judicial, no se indica con precisión en qué momento el juez puede hacer uso de su iniciativa probatoria, la doctrina sí ha sido clara en reconocer dos tipos de parámetros o presupuestos, en cuanto a los aspectos tiempo-espacio, a saber:

a) Temporal; en virtud del cual el juez no puede solicitar y actuar pruebas de oficio en cualquier etapa del proceso, sino solo luego de haber valorado los medios probatorios ofrecidos por las partes, es decir, después de la anuencia de pruebas en la etapa decisoria (...) y,

b) El material, por el que se sostiene que para su ejercicio el juez debe argumentar que los medios probatorios ofrecidos han sido insuficientes para formar convicción y resolver. (Alfaro, 2017: 77).

Asimismo, revisando los antecedentes normativos de la actual regulación del Art. 194° del CPC⁷, Alfaro nos dice que tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, se consideraba que lo más razonable y acertado (pese al texto expreso de la norma) es que esta potestad deba ser ejercida una vez culminada la etapa probatoria, y al momento de sentenciar, lo que a su juicio resulta atinada, porque la carga de probar normalmente corresponde a las partes, quienes tienen la oportunidad para ofrecerla en la etapa postulatoria. Finalmente, dicho autor nos dice que de no hacerlo correctamente y al configurarse una deficiente actividad probatoria, recién el juzgador debe proceder a actuar medios de prueba de oficio, siempre de manera excepcional y complementaria a las reconocidas a las partes. (2017: 59).

Ahora bien, en materia arbitral, sucede a nuestro juicio algo similar a lo judicial, pues si nos remitimos al numeral 1) del art. 45° de la LCA⁸, se tendrá que ahí se faculta al árbitro o tribunal, entre otras cosas, a ordenar en cualquier momento o instante, la presentación o la actuación de las pruebas que él o el colegiado arbitral, estimen necesarios para el esclarecimiento del proceso.

⁷ En este caso se refiere al Código de enjuiciamientos en materia civil de 1852 y el Código de Procedimientos Civiles de 1912, pues ambos cuerpos normativos señalaban respectivamente, lo siguiente en cuanto al momento en que se debía producir la iniciativa probatoria del juez civil: *“En cualquier estado del proceso; antes de la sentencia”* y *“En cualquier estado del proceso”*.

⁸ **Artículo 43.- Pruebas.**

1. 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* (el énfasis es nuestro).

Sin embargo, partiendo de la finalidad que se busca con dicha intervención y considerando acertada la posición doctrinal ya descrita en párrafos anteriores, resulta totalmente claro que, cuando el árbitro deba disponer de la prueba oficiosa, ello deberá hacerse previo a dar por cerrada la etapa probatoria, esto es, luego de brindar todas las posibilidades a las partes para que ofrezcan y actúen las pruebas que estimen pertinente.

Pese a lo categórico de la conclusión anterior, no podemos dejar de mencionar que, dentro de la praxis arbitral nacional, se ha podido observar que incluso las partes han solicitado se reabra la etapa de probanza luego de escuchados los informes orales en la audiencia respectiva, accediendo en la mayoría de los casos el juzgador arbitral, en aras de no vulnerar el debido derecho de defensa.

Otro tanto cabe indicar cuando ya en plena actuación probatoria, el árbitro ejercer su iniciativa oficiosa, interviniendo dentro de las diligencias formulando por ejemplo preguntas en las testimoniales o declaraciones de parte.

3.2.2. Límites de orden constitucional.

De lo dicho hasta aquí se puede inferir que la actividad probatoria del oficio, ya sea del juez como del árbitro, no es ilimitada, pues el ejercicio de esta facultad o poder podría entrar en colisión con derechos o valores constitucionales que merecen ser protegidos. Efectivamente, a juicio de Picó se puede identificar hasta tres límites de orden constitucional partiendo del análisis de la Constitución española, los mismos que, según estimamos, pueden ser a su vez extrapolados sin ningún inconveniente cuando se examina nuestra Constitución Política de 1993, en este caso, partiendo del reconocimiento de que el derecho a probar que involucra el tema bajo estudio, es uno intrínseco y fundamental que se encuentra subsumido dentro del principio al debido proceso (art. 139° numeral 3) y que por tanto debe observarse a su vez otros principios para la correcta pertinencia y admisión de la prueba, dentro del proceso:

(...) En primer lugar, la prueba practicada por el juez debe, necesariamente, limitarse a los hechos controvertidos o discutidos por las partes, en virtud a los principios dispositivo y de aportación de parte. En consecuencia, son los litigantes quienes deben traer al proceso el material fáctico que fundamenta sus respectivas pretensiones, no pudiendo el órgano jurisdiccional llevar a cabo ninguna actividad tendente a investigar o aportar hechos no alegados a las partes, ni fallar alterándolos, so pena de incurrir en vicios de incongruencia.

(...) En segundo lugar, es necesario que consten en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales tiene lugar la posterior actividad probatoria del juez (así, por ejemplo, la identidad del testigo que debe declarar). Sólo de esta forma se evita que el juez actúe inquisitivamente o utilice su “conocimiento privado” al margen de los resultados que figuran en los autos, Este límite tiende a garantizar la debida imparcialidad del juzgador, en la medida en que su actuación se restringe únicamente a las fuentes probatorias que ya constan en los autos y nunca investiga nuevas fuentes. (...)

(...) Y finalmente, en tercer lugar, es necesario que se respete, en todo momento el principio de contradicción que cualquier litigante posee en desarrollo de la prueba por lo que debe permitírsele proponer nuevas pruebas, y evidentemente participar en la práctica de toda actividad probatoria. (2011: 133-134).

En resumen, para este autor español, cada objeto protegido incide en un ámbito distinto de la actividad jurisdiccional (y, agregaríamos nosotros, también al arbitral): el primero en el propio proceso y los hechos en él discutidos, el segundo, en el juzgador y su debida imparcialidad y, el tercero, en las partes y su derecho constitucional a la defensa. (Picó, 2011: 134).

4. RELACIÓN ENTRE LOS PRINCIPIOS DISPOSITIVO Y DE APORTACIÓN DE PARTE CON LA INICIATIVA PROBATORIA DE OFICIO DEL ÁRBITRO.

4.1. El principio dispositivo.

Cuando se habla de este principio y de sus alcances, es inevitable tratarlo sin su contraparte: el *principio inquisitivo*. Efectivamente, en el ámbito del proceso civil, según Devis Echandía, el principio dispositivo significa que corresponde a las partes iniciar el juicio formulando la demanda y proporcionar los elementos para su decisión (peticiones, excepciones, recursos, pruebas); es decir, la iniciativa en general y, además, que el juez debe atenerse exclusivamente a la actividad de estas, sin que le sea permitido tomar iniciativas encaminadas a iniciar el proceso ni a establecer la verdad y conocer de parte de cuál de ellas está la razón en la afirmación de los hechos (2009: 58).

En cambio –sostiene este autor–, el principio inquisitivo le permite al juez la función de investigar la verdad por todos los medios legales a sus alcances sin que la inactividad de las partes lo obligue ni lo limite a decidir únicamente sobre los medios de que estas le lleven a los autos, y lo faculta para iniciar de oficio el proceso y para dirigirlo con iniciativas personales (Devis Echandía 2009: 58).

Conviene indicar, sin embargo, que el autor citado aclara que, en realidad, ninguno de estos dos sistemas o procedimientos se aplican en exclusivo, de suerte que cuando se dice, por ejemplo, que un procedimiento es dispositivo, con ello no se quiere significar que es este el único que debe gobernar el proceso (Devis Echandía 2009: 58). Añade seguidamente que en todos los sistemas legislativos se han otorgado al juez ciertos poderes (mayores o menores, según haya sido el influjo de estos principios), y, al mismo tiempo, ciertas iniciativas exclusivamente a las partes, de manera que el juez no puede tomarlas en su lugar (Devis Echandía 2009: 58). Enfatiza, por último, que en la actualidad en materia civil predomina el principio dispositivo mientras que en proceso penal lo que predomina es el principio inquisitivo.

Ahora bien, ya en el estricto campo del arbitraje, Matheus nos dice sobre el principio dispositivo que las partes dispone tanto de su inicio como de su finalización, vinculando con sus pretensiones a los árbitros que deberán fallar necesariamente sobre lo pedido por ellas (2016a: 74). Además, anota el autor que el principio dispositivo tradicionalmente se ha diseñado en torno a los siguientes puntos:

- a. Iniciativa de parte para poner en marcha la actividad arbitral (el arbitraje principia sólo a solicitud de partes no pudiendo surgir ex officio);
- b. Fijación del objeto del proceso por los particulares (las pretensiones de las partes fijan el ámbito de decisión de los árbitros);
- c. Congruencia del pronunciamiento del órgano arbitral con las pretensiones de las partes (los árbitros deben pronunciarse en el laudo respecto a lo solicitado por las partes); y,
- d. Poder de disposición sobre la existencia misma del proceso (las partes pueden acordar la conclusión del arbitraje) (Matheus 2016a:75).

Por otro lado, algunos autores han sido enfáticos en señalar que el proceso arbitral sin dejar de ser contradictorio, se modela también en cierto modo, como de carácter inquisitivo; la verdad formal cede ante la verdad material; la disposición de las partes sobre el proceso ha de ser respaldada por la actuación arbitral, con el objeto de que la decisión que se adopte sea susceptible de plena eficacia legal. Es más, sin perjuicio de lo anterior, también se ha dicho que el procedimiento arbitral internacional se configura cada vez más como un proceso de tipo inquisitivo, de verdad material, que dota a los árbitros de poderes amplios para llevar adelante su misión sin recurrir a reglas rígidas de procedimiento.

Es decir, se añade que la propia motivación y naturaleza del arbitraje impone este principio frente al mayor formalismo del procedimiento judicial y siempre quedando a salvo la igualdad de oportunidades de las partes que les asegure el pleno ejercicio de sus derechos de defensa, so pena de acarrear en sede judicial la nulidad del laudo (Merino y otro 2014: 1573).

Para finalizar la revisión de este principio, diremos que todas las diversas manifestaciones que se han descrito en el párrafo anterior, tienen su correlato en diversos artículos de la LDA, siendo un ejemplo de ello –en lo que respecta al ítem a) –, el art. 33º, cuyo tenor reza de la forma siguiente:

Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje.

4.2. El principio de aportación de parte

Este otro principio que corresponde a la frase latina *iudex iudicare debet secundum alegata et probata partium*, hace referencia a la introducción y prueba en el proceso del material fáctico, y aparecen como manifestaciones de este principio el que los litigantes tienen que alegar los datos y elementos fácticos de la realidad discutida en el proceso, así como proponer la prueba de tales datos o elementos (Picó 2011: 115).

Advierte Picó que, a diferencia de lo que sucede con el principio dispositivo (que posee cierto fundamento constitucional y por ello es insoslayable en todo proceso civil), el de aportación de parte tiene un carácter meramente técnico, que responde a un particular modo de concebir el desarrollo del proceso jurisdiccional en el que la iniciativa de los jueces y tribunales se constriñe a la voluntad de las partes (2011: 116)

Ahora bien, visto ya desde la perspectiva del arbitraje, Matheus nos dice que este principio nos señala que las partes son las encargadas de llevar al proceso arbitral los hechos –*el thema probandi*–, que en su opinión han de ser sometidos al conocimiento del órgano arbitral (2016a: 76).

Como se verá en los ítems posteriores, este principio se encuentra íntimamente conectado con el tema probatorio, en este caso, con la denominada “carga de la prueba”. Por lo pronto, diremos que, al igual que la mayoría de los principios comentados en este

capítulo, este igualmente se encuentra positivizado en el numeral 2) de Art. 39° de la LDA, cuyo tenor reza de la forma siguiente:

“Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer”.

5. SU VINCULACIÓN CON LA CARGA DE LA PRUEBA.

Recordemos que la carga de la prueba (*onus probandi*) es definida como la regla de juicio que le indica al juez cómo debe fallar cuando no encuentra en el proceso las pruebas de los hechos que deben servir de fundamento a su decisión, e, indirectamente, establece para las partes la carga procesal de presentar o solicitar las pruebas para la formación del convencimiento del juez sobre los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones y decisiones (Devis Echandía: 2009: 14).

Asimismo, cuando se habla de la carga de la prueba, es preciso tener en cuenta sus dos sentidos diversos: el de *carga formal o subjetiva* y la *carga material u objetiva*, lo que denota a su vez que estemos ante un concepto complejo. Veamos a qué nos referimos a continuación y cuáles son sus vinculaciones (de haberlas) con la iniciativa de probanza oficiosa del juzgador arbitral.

5.1. La carga formal (subjetivo) y material (objetivo) de la prueba.

Cuando nos referimos a la *carga formal (subjetiva) de la prueba*, aludimos a cuál de las partes corresponde alegar y aportar la prueba sobre los hechos introducidos en el proceso, es decir, se busca a través de ella resolver el problema de a quién incumbe instar la práctica de prueba sobre los hechos. Lógicamente, es una cuestión previa a la práctica de la prueba, independientemente de su resultado y que posee relevancia en los procedimientos regidos por los principios dispositivo y de aportación de parte (Ormazábal 2004: 18).

Efectivamente, si se examina con más detenimiento este aspecto de la carga de la prueba con la iniciativa probatoria de oficio, observaremos que aquí juega un rol importante el principio de aportación de parte, pues, como ya se ha explicado, es la parte la que soporta la carga de la prueba del hecho, desde la perspectiva formal. Mejor

dicho: si le es dable desarrollar una cierta actividad probatoria para su acreditación, con independencia de que se reconozcan al juez ciertas facultades de prueba, en la medida en que tiene un interés propio en desplegar la máxima actividad probatoria y, pese a que es libre de hacerlo, si no lo efectúa, puede verse perjudicada por la resolución judicial en la que aplica la regla de juicio (Chico 2007: 142-143).

Ciertamente, conviene acotar que, en sede arbitral, el árbitro o colegiado arbitral no tiene de *prima facie* ningún interés para resolver la controversia, sino únicamente, desenvolver y desarrollar un proceso arbitral que se dirija única y exclusivamente, a atender los términos del convenio arbitral, mejor dicho, sólo se circunscribe a la voluntad de las partes en conflicto.

Por su parte, el aspecto *material (objetivo) de la carga de prueba* será aquel que opera con independencia de los principios que informan el tipo de procedimiento y es consecuencia de la prohibición de un pronunciamiento *non liquet*; esto es, que, concurriendo los presupuestos procesales exigibles en cada caso, los órganos judiciales no pueden rehusar o eludir el pronunciamiento sobre las pretensiones deducidas en el proceso bajo el pretexto de no haberse acreditado algún hecho relevante en el proceso, cuestión que el órgano judicial solo puede plantearse al concluir el procedimiento, a la vista de la prueba practicada, en el momento de dictar el pronunciamiento sobre el fondo (Ormazabal 2004: 18).

Definido así este segundo aspecto de la carga de la prueba y, comparándolo con la iniciativa probatoria de oficio, se advierte que ambos operan en momentos distintos y tienen distintas finalidades, de forma que no se destruyen mutuamente, aunque se reconozca que guardan relación entre sí (Chico 2007: 145). Efectivamente, se afirma que la iniciativa probatoria de oficio opera en el momento en que se deben traer los hechos al proceso, para reconocer la más amplia facultad al tribunal en ese sentido, en aras de la búsqueda de la verdad material. En cambio, la carga de la prueba, como regla del juicio, opera posteriormente, una vez practicada toda la prueba, a la hora de dictar la resolución judicial, a fin de resolver en un determinado sentido la controversia, cuando la realidad fáctica no ha podido ser determinada, pese a la práctica más amplia de la prueba y en aras a la necesidad de que los tribunales den una respuesta, en todo caso, a los conflictos que se les planteen (Chico 2007: 145).

Ciertamente, consideramos que no existe ningún inconveniente para extrapolar

estos conceptos y aspectos de la carga de la prueba, al campo arbitral, pues no debe olvidarse que el *principio non liquet* es uno que le impone al árbitro el deber inexcusable de resolver las controversias que se sometan a su conocimiento, teniendo como límite evidente el ámbito objetivo del convenio arbitral (Matheus 2016a: 80).

5.2. La carga de prueba estática y dinámica (flexible).

La noción de *carga de prueba estática* es una en la que prevalece una visión ecléctica y tradicional del derecho, fundamentándose de la manera siguiente: i) *onus probando incumbit actori* (incumbe probar al demandante); ii) *reus, in excipiendo, fit actori* (demandado debe probar los hechos en que sustenta su defensa); y, iii) *actore non probante, reus absolvitur* (si el actor no prueba, absuélvase al demandado). (Díaz-Restrepo 2016: 209). Este tipo de carga probatoria está recogido en sede judicial civil en el art. 196° de nuestro CPC señalando con total claridad que:

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

Empero, conviene advertir que, en sede arbitral, si bien no existe una regla parecida en la LDA, distinto es el caso en algunos RCA, tales como el de AMCHAM-PERÚ y el de la CCL, como así se observará en la última sección de este trabajo.

Por otro lado, *la carga probatoria dinámica* es aquella que puede definir como el apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba, actuando en determinadas situaciones (dependiendo del caso concreto) en las cuales no funcionan las previsiones legales que, como norma, reparten esfuerzos probatorios para las partes. Así, la carga probatoria dinámica se ubica en la concepción publicista del proceso, donde el juez ejerce un rol activo y goza de amplias facultades y poderes como director del proceso para lograr la reconstrucción de los hechos en el proceso en búsqueda de la verdad.

En ese sentido, la carga probatoria dinámica rompe la regla general establecida en el artículo 196° del CPC ya citado y propone que la carga de la prueba recaiga en el sujeto procesal (demandante o demandado) que se encuentra en mejores condiciones de proporcionar el material probatorio vinculado a la materia controvertida, independientemente de quién afirmó el hecho.

Por último, es preciso destacar que esta segunda concepción de la carga probatoria no

ha sido positivizada o recogida literalmente en nuestra LDA ni tampoco en los RCA examinados en la sección final de esta investigación.

5.3. De las convenciones procesales acerca de la carga de la prueba.

Siguiendo esta vez a Lucas Buril y Ravi Peixoto, las convenciones acerca de la carga de prueba son negocios procesales que tienen por objeto la distribución específica y diferenciada de la carga probatoria, colocándola de manera distinta de la regulada previamente por la ley. Mejor dicho: se dice que son los sujetos los que definen, de acuerdo con su voluntad, quién debe probar determinados hechos y, por lo tanto, cuál de ellos asumirá las consecuencias de la ausencia de prueba sobre ellos. Finalmente, estos autores anotan que en realidad la convención es una estipulación que busca garantizar la ventaja a uno de los sujetos, siendo la razón de su estipulación variable y no puede ser limitada a la regulación adecuada de la situación material (2015: 357).

Respecto de lo anterior, cabe decir que si bien dicha posibilidad no está permitida en sede judicial civil (pues, como ya se ha destacado, la regla recogida en el art. 196° de nuestro CPC solo permite que el cambio de la carga probatoria opere por disposición legal), también lo es que de primera intención y al amparo del numeral 1) del art. 34° de la LCA⁹ -referido a la libertad de regulación de actuaciones -, no existiría algún impedimento para que las partes fijen (o mejor dicho, convengan) quién deberá ser el llamado a probar determinados hechos, todo ello claro está, dentro del ámbito de su autonomía de su voluntad (materializada en el Convenio Arbitral) y de la reglamentación procedimental existente.

A decir verdad, dentro del desarrollo arbitral doméstico y cotidiano, no conocemos de algún caso en donde se haya concretado el empleo de esta figura jurídica, siendo, por el contrario, lo más usual que no se establezca nada en el acta de instalación. Es decir, que no se fije en ella ninguna regla que defina en forma expresa la imposición de cargas probatorias que regirán dentro del proceso.

6. LA INICIATIVA PROBATORIA DEL ÁRBITRO SEGÚN LA LDA Y EN LOS

⁹ Artículo 34.- Libertad de regulación de actuaciones.

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujeta el tribunal arbitral en sus actuaciones. A falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

RCA.

6.1. En la LDA.

6.1.1. Presupuestos y límites.

Para Matheus, en la LDA se justifica el principio de sustantividad de la prueba a través de la intervención de oficio del árbitro. Es decir, bajo la expresión sustantiva de la probática arbitral es posible que se proyecte en la actividad de oficio del árbitro frente a la actividad dispositiva de las partes. De otro lado, recuerda que la actividad dispositiva de las partes incide en la denominada proposición y práctica de la prueba. Agrega, además, que siendo la proposición probática tradicionalmente una actividad dispositiva de parte, la práctica probatoria importa una actividad presidida por la oficialidad. Sin embargo, este esquema clásico se rompe cuando la proposición de la prueba es, a la vez, dispositiva y oficial, y la práctica deja de ser también esencialmente oficial y adquiere, asimismo, un eminente carácter dispositivo (2009b: 187-188).

La fórmula de confluencia sustantiva la asume el numeral 1) del artículo 43 LDA (ya citado anteriormente en este trabajo) cuando se señala que pueden “también ordenar de oficio la actuación de los medios probatorios que estimen necesarios (...)”, lo que supone que el órgano arbitral practique *ex officio* o a instancia de parte las pruebas que disponga (de oficio) o le propongan las partes (principio dispositivo).

Comentado los alcances de la regla recogida en la LDA, Matheus nos dice que la conclusión no puede ser más adecuada a la sustantividad de la prueba, pues supone que los árbitros practican las pruebas que se propongan a instancia de parte, como también aquellas que *ex officio* estimen oportunas hacer valer. Pero, además, también la sustantividad de la prueba en la LDA supone que los árbitros no practican las pruebas cuando no se propongan ni a instancia de parte o cuando tampoco el árbitro procede de oficio. Por ello, es claro que la prueba en el arbitraje es una actividad sustantiva rogada y oficial. (2009b: 188).

Asimismo, no debe olvidarse las conclusiones preliminares extraídas en las secciones anteriores de este artículo, sobre la comparación normativa y doctrinaria respecto al campo de acción que tiene el juez para ofrecer y disponer la prueba oficiosa (entre los que están sin ninguna duda que ello sólo debe operar luego de la actuación de *todos* los medios probatorios ofrecidos y de efectuada una valoración preliminar de la

prueba y además, de que ello únicamente deberá ocurrir luego de cerrada la etapa de instrucción probatoria, sin posibilidad que reabrirla nuevamente); conclusiones que estimo no generan ningún inconveniente para extrapolarlas al tratamiento que deben tener los poderes probatorios de oficio dentro del arbitraje, máxime cuando como se ha enfatizado ya, dicha iniciativa probatoria del árbitro (cuando menos de lo que se desprende de la LCA), es aún mucho más permisiva que la regulación existente en sede judicial.

Finalmente, me atrevo a sostener que este enfoque en la actuación probatoria del juzgador arbitral, sí concuerda y guarda una correcta correspondencia, con los principios de flexibilidad y la aportación de parte, ya antes comentados.

6.1.2. Sobre los medios de impugnación o control que tienen las partes sobre la actuación oficiosa del árbitro según la LDA.

De una revisión de la LDA se tiene, en primer término, que no existe alguna limitación o prohibición para cuestionar las decisiones de los árbitros ante la misma sede, lo que implica, entonces, que no encontremos ningún impedimento para que las decisiones adoptadas en sede arbitral en las que se ejerzan los poderes o iniciativas probatorias de los árbitros, pueden ser objetadas. Efectivamente, la regla permisiva a la que aquí hacemos alusión es la contenida en el numeral 1) del art. 49°, cuyo tenor nos dice lo siguiente:

Las decisiones del tribunal arbitral, distintas al laudo, pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral, por razones debidamente motivadas, dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral. A falta de determinación del plazo, la reconsideración debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la decisión.

Se observa entonces que en materia arbitral se presenta una situación inversa a la contemplada en el art.194° CPC, pues si bien en éste se exige asegurar el *derecho de contradicción de la prueba*, también lo es que la resolución dictada en sede judicial resulta *inimpugnable*, bajo una condición: que se ajuste el mandato a los límites establecidos en este artículo. Dicho de otro modo, el derecho de contradecir la decisión arbitral sí está asegurada, aunque sujeta a una misma instancia.

6.2. Regulación de la actuación probatoria oficiosa arbitral en los principales RCA.

En esta sub sección, se pasará revista a los más importantes RCA del país, para determinar la manera como viene siendo tratada la aplicación de la iniciativa probatoria oficiosa del árbitro. Así, un primer grupo a examinar corresponderá a los RCA que están recogidos en directivas o estatutos aprobados por normas infraconstitucionales; el segundo grupo, serán aquellos vinculados a un centro universitario o algún colegio de abogados del país y, finalmente, por último, un tercer grupo se referirá a los RCA de las diversas cámaras de comercio que funcionan en el Perú.

6.2.1. En los RCA que estén recogidos en normas reglamentarias:

*** RCA del Sistema Nacional de Arbitraje (SNA) del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE)¹⁰.**

Artículo 44. Audiencia de Instalación y Determinación de Puntos Controvertidos

En esta Audiencia los árbitros (...) dispondrán la actuación de medios probatorios de oficio, sin perjuicio de hacerlo en cualquier etapa del proceso (...).

Artículo 46. Facultades probatorias de los árbitros.

Los árbitros dirigen las audiencias y tienen facultades para determinar de manera exclusiva la admisibilidad, pertinencia y valor de los medios probatorios, para cuyos efectos podrán:

a. Disponer las reglas para la designación de peritos, la actuación de las declaraciones de parte, declaraciones testimoniales, pericias e inspecciones.

b. Ordenar de oficio en cualquier etapa del proceso la actuación de medios probatorios que estimen necesarios y que incluso no hayan sido ofrecidos por las partes.

(...)

f. Solicitar a las partes aclaraciones o informaciones en cualquier etapa del proceso arbitral, respecto de cualquier asunto que consideren relevante para la formación de criterio.

• Estatuto del Centro de Arbitraje Popular del Ministerio de Justicia (ARBITRA PERÚ)¹¹

Artículo 27°.- Pruebas

El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas, así como para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de otras pruebas que estime conveniente.

Artículo 28°.- Peritos

El Tribunal Arbitral podrá nombrar por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas. Recibido el dictamen pericial, el Tribunal Arbitral lo pondrá en conocimiento de las partes para que un plazo de cinco (5) días expresen por escrito su opinión u observaciones acerca del dictamen.

¹⁰ Véase su página web institucional: <http://portal.osce.gob.pe/arbitraje/node/260>

¹¹ Véase: http://www.justiciaviva.org.pe/acceso_justicia/normas/15.pdf

- **RCA de la Superintendencia Nacional de Salud – SUSALUD (CECONAR).¹²**

Artículo 29. Audiencia Única.

(...)

3. Fija los puntos controvertidos, admite o rechaza las pruebas ofrecidas por las partes, y ordena la actuación de las pruebas que puedan actuarse en dicha audiencia.

4. Ordena la actuación de pruebas de oficio, sin perjuicio de hacerlo en cualquier etapa de las actuaciones.

- **RCA del Sistema de Arbitraje de Consumo a que se refiere la Ley N° 29571 – Código de Protección y defensa del Consumidor (Decreto Supremo N° 046-2011-PCM).**

Artículo 16°. Facultades.

Para los efectos de la tramitación de los procedimientos arbitrales, el órgano arbitral cuenta con las siguientes facultades:

a) Requerir a las partes la presentación y actuación de todo tipo de pruebas.

(...).

- **Reglas sobre el Arbitraje Laboral contenidas en el Decreto Supremo N° 011-92-TR - Reglamento de la Ley De Relaciones Colectivas De Trabajo.**

Artículo 55.- El árbitro o Tribunal Arbitral tiene absoluta libertad para ordenar o requerir la actuación o entrega de toda clase de pruebas, incluidas investigaciones, pericias, informes, documentos públicos y privados de propiedad o en posesión de las partes o de terceros y en general obtener todos los elementos de juicio necesarios de instituciones y organismos cuya opinión resulte conveniente para poder resolver el conflicto, todo dentro de un plazo máximo de treinta (30) días naturales, contados desde la fecha de iniciación formal del procedimiento arbitral.
(...)

6.2.2. En los RCA de los centros universitarios y de los Colegios Profesionales.

- * **RCA del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP:**

Artículo 52°. - Audiencia de saneamiento, conciliación y fijación de puntos controvertidos.

(...) La audiencia tendrá el siguiente orden:

c) De no alcanzarse un acuerdo conciliatorio total, la audiencia tendrá por finalidad fijar los puntos controvertidos, si así lo requiere el Tribunal Arbitral; admitir o rechazar las pruebas ofrecidas por las partes, exista o no tacha u oposición; y ordenar la actuación de aquellas pruebas que, a su criterio, deban actuarse de oficio, sin perjuicio de ordenar la actuación de otras pruebas de oficio en otra etapa del procedimiento; y actuar, en esa misma audiencia, las pruebas que así lo permitan.

- * **RCA del Colegio de Ingeniero del Perú -Consejo Departamental de Lima¹³:**

Artículo 35. Audiencia de Pruebas

¹² Véase:

<http://portales.susalud.gob.pe/documents/11450/14849/Nuevo+reglamento+de+arbitraje/1b1d2cfb-9047-4a96-8294-7438734c7425>

¹³ Véase: <http://cdlima.org.pe/centro-de-arbitraje/>

(...)

El Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valoración de los medios probatorios, pudiendo ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias. (...)

Las partes podrán aportar pruebas adicionales cuando el Tribunal Arbitral las faculte para tal fin, por propia iniciativa o a solicitud de ellas.

Artículo 36. Audiencia de Informe Pericial

El Tribunal Arbitral podrá disponer de actuaciones periciales sea por iniciativa propia o a solicitud

(...)

El Tribunal Arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes cualquier documentación o información que previamente el perito haya solicitado para la elaboración de su Dictamen Pericial.

Artículo 37. Declaraciones de Parte y Testigos

El Tribunal Arbitral, por propia iniciativa o a solicitud de una de las partes, podrá citar a una persona a declarar sobre hechos o circunstancias relacionados a la materia controvertida del arbitraje. El Tribunal Arbitral está facultado para regular discrecionalmente el trámite de la declaración de parte y testigos.

Para efectos del ofrecimiento de declaraciones de parte, testimoniales o de pericias y su actuación, se establecen las siguientes precisiones:

(...)

◊ El Tribunal Arbitral está facultado para limitar o rechazar la comparecencia de cualquier testigo o perito, si lo considera superfluo, innecesario o impertinente.

◊ Cada una de las partes podrá interrogar a cualquier declarante (testigo), perito u otra parte cuando se haya dispuesto su declaración como medio de prueba, bajo la dirección del Tribunal Arbitral. El Tribunal Arbitral podrá formular preguntas en cualquier etapa del examen de las partes, testigos o peritos.

◊ Ya sea a elección de la parte que ofrece el testimonio o por decisión del Tribunal Arbitral, la declaración de los testigos podrá presentarse por escrito mediante declaraciones firmadas, declaraciones juradas o en otra forma. En dicho caso, el Tribunal Arbitral, podrá supeditar la admisibilidad del testimonio a la disponibilidad de los testigos para presentar una declaración oral en una audiencia.

Artículo 38. Fin de la Etapa Probatoria

El Tribunal Arbitral declarará el fin de la etapa probatoria cuando considere que las partes han tenido la oportunidad suficiente para exponer su caso. Una vez se declare el cierre de la etapa probatoria, las partes no podrán actuar pruebas o ampliar la exposición de sus posiciones, salvo requerimiento o autorización expresa del Tribunal Arbitral o Árbitro Único.

*** RCA del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (CEAR)¹⁴**

Artículo 52°. - Audiencia de saneamiento, conciliación y fijación de puntos controvertidos.

¹⁴ Véase:

http://www.cal.org.pe/v1/wpcontent/uploads/centro_arbitraje_2014/reglamento_procesal_arbitraje_cear_cal.pdf.

(...)

La audiencia tendrá el siguiente orden:

(...)

c) De no alcanzarse un acuerdo conciliatorio total, la audiencia tendrá por finalidad fijar los puntos controvertidos, si así lo requiere el Tribunal Arbitral; admitir o rechazar las pruebas ofrecidas por las partes, exista o no tacha u oposición; y ordenar la actuación de aquellas pruebas que, a su criterio, deban actuarse de oficio, sin perjuicio de ordenar la actuación de otras pruebas de oficio en otra etapa del procedimiento; y actuar, en esa misma audiencia, las pruebas que así lo permitan.

(...)

Artículo 55°. - Las Pruebas

(...)

El Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, y podrá ordenar a las partes en cualquier momento la presentación o actuación de las pruebas que estime necesarias.

Artículo 56°. - Nombramiento de peritos

El Tribunal Arbitral tiene la facultad de nombrar de oficio o a pedido de parte, uno o más peritos para emitir un dictamen sobre materias concretas, que contribuya a solucionar la(s) controversia(s) objeto del proceso. (...).

6.2.3. En los RCA de las diversas cámaras de comercio del país.

*** RCA de la Cámara de Comercio Americana del Perú (AMCHAM-PERU)¹⁵**

Artículo 32 Pruebas

1 cada parte tiene la carga de probar los hechos en los cuales sustenta su demanda o contestación, salvo disposición legal diferente.

2 el tribunal arbitral determina la admisión de las pruebas presentadas por las partes. También está facultado para prescindir motivadamente de las pruebas admitidas que considere innecesarias.

3 el tribunal arbitral puede disponer la declaración de testigos o de cualquier otra persona. El tribunal arbitral está facultado para regular discrecionalmente las declaraciones.

4 el tribunal arbitral puede nombrar uno o varios peritos independientes a efecto que emitan un dictamen sobre las materias que aquel determine. Las partes pueden formular por escrito sus observaciones a los dictámenes de los peritos y tienen la oportunidad de interrogar en audiencia a cualquier perito nombrado por el tribunal arbitral. En esta audiencia, las partes pueden ser asistidas por sus propios peritos para que opinen sobre la materia del dictamen.

5 el tribunal arbitral puede visitar cualquier lugar relacionado con la controversia o llevar a cabo indagaciones en ese lugar. A tal efecto define el alcance de la visita o el objeto de las indagaciones, así como el procedimiento que se sigue en la diligencia.

6 en cualquier momento de las actuaciones el tribunal puede requerir a cualquiera de las partes para que aporte las pruebas que considere necesarias.

7 salvo pacto en contrario de las partes, el tribunal arbitral puede aplicar, de manera supletoria, las Reglas de la Internacional Bar Asociación (IBA) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje

¹⁵ Véase: <http://www.amcham.org.pe/arbitraje/download/ReglasArbitraje2013.pdf>

Internacional.

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.

(...).

* RCA de la Cámara de Comercio de Lima (CCL).

Artículo 28 Pruebas

1. Salvo disposición distinta del Tribunal Arbitral, las pruebas se ofrecen y, en su caso, se presentan con la demanda, la reconvencción y sus respectivas contestaciones. Si una prueba no estuviera a disposición de una parte o requiriese ser actuada, debe ser expresamente referida en dichos escritos. Cualquier prueba ofrecida o presentada con posterioridad a estos escritos solo es aceptada cuando, a discreción del Tribunal Arbitral, la demora se encuentre justificada.
(...)

3. Salvo disposición legal distinta, cada parte asume la carga de la prueba de los hechos en que se base para fundar sus reclamaciones o defensas.

4. En cualquier momento de las actuaciones, el Tribunal Arbitral, por iniciativa propia o a solicitud de parte, puede ordenar que cualquiera de las partes aporte las pruebas adicionales que estime necesarias dentro del plazo que determine.

5. El Tribunal Arbitral puede decidir el examen de testigos, de peritos nombrados por las partes o de cualquier otra persona, en presencia de las partes, o en su ausencia, siempre y cuando estas hayan sido debidamente convocadas.

Artículo 29 Peritos

(...)

2. El Tribunal Arbitral puede, por su propia iniciativa, nombrar a uno o más peritos para que informen sobre cuestiones específicas que considere convenientes para resolver la controversia.

(Arbitraje Acelerado)¹⁶.

Artículo 3 Facultades del Tribunal Arbitral.

En todo momento, el Tribunal Arbitral procura adoptar medidas que sean consistentes con la naturaleza del Arbitraje Acelerado, incluyendo entre otras:

- a) Definir la extensión máxima y el alcance de las presentaciones escritas, y de las pruebas en apoyo de las pretensiones y defensas de las partes, estrictamente referidas a las materias en disputa.
(...).

¹⁶ Modalidad excepcional de arbitraje que se aplica según el art. 1° del RCA citado cuando: a) En todos los casos en los que el monto en disputa, sumando la demanda y la eventual reconvencción, no exceda el límite establecido para estos efectos en la Tabla de Aranceles del Centro, a menos que el Centro decida otra cosa tomando en cuenta todas las circunstancias relevantes del caso como la complejidad de la disputa y la importancia de las reclamaciones que no sean susceptibles de una estimación en cuanto a su valor monetario, y; b) En todos aquellos casos en que las partes así lo acuerden, cualquiera que sea el monto en disputa y con la confirmación del Centro.

*** RCA de la Cámara de Comercio de Arequipa¹⁷.**

Artículo 43°.- Pruebas

1. El Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas, pudiendo ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias.

(...)

3. Las partes podrán aportar pruebas adicionales cuando el Tribunal Arbitral las faculte para tal fin, por propia iniciativa o a solicitud de ellas.

Artículo 44°.- Peritos

1. El Tribunal Arbitral tiene la facultad de nombrar por iniciativa propia o a solicitud de las partes, uno o más peritos que podrán ser personas naturales o jurídicas, para que dictaminen sobre las materias que determine el Tribunal Arbitral.

Artículo 45°.- Reglas aplicables a la actuación de declaraciones

1. El Tribunal Arbitral, por propia iniciativa o a solicitud de una de las partes, podrá citar a una persona a declarar sobre hechos o circunstancias relacionados al arbitraje.

2. El Tribunal Arbitral está facultado para regular discrecionalmente el trámite de la declaración.

*** RCA de la Cámara de Comercio de Puno¹⁸.**

Determinación de las cuestiones materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral

Artículo 42°.-

1. Presentadas las posiciones de las partes, conforme al artículo 38°, el Tribunal Arbitral podrá citarlas a audiencia con el siguiente propósito:

(...)

b. Admitir o rechazar los medios probatorios ofrecidos por las partes, sin perjuicio de las facultades contenidas en el artículo 43°.

Pruebas

Artículo 43°.-

1. El Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas, pudiendo ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias.

(...)

¹⁷ Véase: <http://www.camara-arequipa.org.pe/?q=servicios/centro-de-arbitraje>.

¹⁸ Véase: http://www.camarapuno.org/portal/arbitraje1/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=41.

3. Las partes podrán aportar pruebas adicionales cuando el Tribunal Arbitral las faculte para tal fin, por propia iniciativa o a solicitud de ellas.

*** RCA de la Cámara de Comercio de Piura¹⁹.**

Pruebas

Artículo 43°.-

1. El Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas, pudiendo ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias.

(...)

3. Las partes podrán aportar pruebas adicionales cuando el Tribunal Arbitral las faculte para tal fin, por propia iniciativa o a solicitud de ellas.

Peritos

Artículo 44°.-

1. El Tribunal Arbitral tiene la facultad de nombrar por iniciativa propia o a solicitud de las partes, uno o más peritos que podrán ser personas naturales o jurídicas, para que dictaminen sobre las materias que determine el Tribunal Arbitral.

(...)

Reglas aplicables a la actuación de declaraciones

Artículo 45°.-

1. El Tribunal Arbitral, por propia iniciativa o a solicitud de una de las partes, podrá citar a una persona a declarar sobre hechos o circunstancias relacionados al arbitraje.

2. El Tribunal Arbitral está facultado para regular discrecionalmente la declaración. Alegaciones y conclusiones finales

Cierre de la instrucción

Artículo 47°.-

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.

*** RCA de la Cámara de Comercio de Huancayo²⁰.**

Pruebas

Artículo 43°.-

1. El Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas, pudiendo ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias.

(...)

3. Las partes podrán aportar pruebas adicionales cuando el Tribunal Arbitral las faculte para tal fin, por propia iniciativa o a solicitud de ellas.

Peritos

Artículo 44°.-

1. El Tribunal Arbitral tiene la facultad de nombrar por iniciativa propia o a solicitud de las partes,

¹⁹ Véase: <http://www.camcopiura.org.pe/arbitraje/Reglamento%20de%20Arbitraje.pdf>.

²⁰ Véase: https://issuu.com/cchyo/docs/reglamento_arbitraje

uno o más peritos que podrán ser personas naturales o jurídicas, para que dictaminen sobre las materias que determine el Tribunal Arbitral.

(...)

Reglas aplicables a la actuación de declaraciones

Artículo 45°.-

1. El Tribunal Arbitral, por propia iniciativa o a solicitud de una de las partes, podrá citar a una persona a declarar sobre hechos o circunstancias relacionados al arbitraje.

2. El Tribunal Arbitral está facultado para regular discrecionalmente la declaración. Alegaciones y conclusiones finales

Cierre de la instrucción

Artículo 47°.-

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. (...).

* RCA de la Cámara de Comercio de Cusco²¹.

Pruebas

Artículo 43°.-

1. El Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas, pudiendo ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias.

(...)

3. Las partes podrán aportar pruebas adicionales cuando el Tribunal Arbitral las faculte para tal fin, por propia iniciativa o a solicitud de ellas.

Peritos

Artículo 44°.-

1. El Tribunal Arbitral tiene la facultad de nombrar por iniciativa propia o a solicitud de las partes, uno o más peritos que podrán ser personas naturales o jurídicas, para que dictaminen sobre las materias que determine el Tribunal Arbitral.

(...)

Reglas aplicables a la actuación de declaraciones

Artículo 45°.-

1. El Tribunal Arbitral, por propia iniciativa o a solicitud de una de las partes, podrá citar a una persona a declarar sobre hechos o circunstancias relacionados al arbitraje.

2. El Tribunal Arbitral está facultado para regular discrecionalmente la declaración. Alegaciones y conclusiones finales

Cierre de la instrucción

Artículo 47°.-

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.

7. CONCLUSIONES

a. Tomando como punto de partida la definición o conceptos que la doctrina nacional nos

²¹ Véase: <http://camaracusco.org/styles/images/servicios/arbitraje/Reglamentos/REGLAMENTO.pdf>.

brinda sobre la iniciativa probatoria del juez y, contrastada ésta con la LDA, se propone que en sede arbitral, la participación oficiosa del árbitro puede ser entendida como aquél ejercicio de las facultades, poderes o atribuciones fijadas a su favor, en primer término, por las propias partes (ya sea en el Convenio Arbitral o posteriormente en el Acta de Instalación) o, en su defecto, conforme a las reglas dispuestas en la LDA o de los RCA, que se concretará en el requerimiento y/o actuación medios probatorios, con el único fin de complementar aquellos medios de probanza que ya hayan sido ofrecidos previamente por las partes en el proceso, bajo su propia iniciativa probatoria.

- b. Más allá de las posiciones encontradas en la doctrina y jurisprudencia acerca de si el Art. 194° del CPC se recoja un deber jurídico del juez y no así una potestad discrecional, lo cierto es que dentro de la regulación examinada en materia de arbitraje (LDA y los RCA), se concluye que el juzgador arbitral cuenta tan sólo con una facultad.
- c. Tomando en cuenta el rechazo doctrinal sobre la existencia de algún conflicto entre la iniciativa probatoria del juez con los principios de independencia e imparcialidad que éste debe observar, partiendo de la idea central de una exacerbación de la garantía de neutralidad del juzgador; se sostiene que en sede arbitral, tampoco se advierte la presencia de alguna contradicción, ello debido a que ambos deberes deben ser observados tanto por el juzgador civil, como por el árbitro, en virtud a que dichos principios comparten su esencia y contenido ordenador.
- d. Si bien existen varias razones que justifican el porqué de la iniciativa probatoria oficiosa del juez o árbitro, como, por ejemplo, aquella que se desprende del fin buscado de llegar a la verdad y solucionar así el conflicto, no lo es menos que también dichas razones pueden encontrarse en la aplicación del principio de flexibilidad y en los límites temporales y materiales para su aplicación como aquellos que propiamente le impone nuestra la carta fundamental.
- e. Los límites temporales (el momento en que debe ejercerse la facultad) y materiales (argumentación o sustento del porqué ejercitar el poder probatorio oficioso) señalados por la doctrina a partir del análisis del art. 194° del CPC, sí deben ser observados también en los procesos arbitrales, en tanto que dichas limitaciones constituyen a su vez presupuestos para el correcto ejercicio de la potestad examinada.

- f. Asimismo, también se infiere que cuando el árbitro deba disponer de la prueba oficiosa, ello deberá hacerse previo a dar por cerrada la etapa probatoria, esto es, luego de brindar todas las posibilidades a las partes para que ofrezcan y actúen las pruebas que estimen pertinente.
- g. A las anteriores también existen otras de índole estrictamente constitucional que, si bien sus conclusiones tienen como punto de referencia el juez, se colige que las mismas pueden ser perfectamente aplicable al campo arbitral, esto es, el primero, referido al propio proceso y los hechos discutidos en él, el segundo, en el juzgador y su debida imparcialidad y, el tercero, en las partes y su derecho constitucional a la defensa.
- h. El principio dispositivo y sobre todo el de aportación de parte, se encuentra íntimamente conectado con el tema probatorio y en particular con la denominada carga de la prueba formal o subjetiva, por cuanto es la parte la que la soporta.
- i. La iniciativa probatoria de oficio tanto del juez como de árbitro no puede confundirse con la aplicación que ellos hagan de la carga probatoria, pues ambos institutos operan en momentos distintos: el primero, cuando se deba traer los hechos al proceso y, el segundo, una vez practicada toda la prueba, a la hora de dictarse la resolución judicial o laudo.
- j. No existe en la LDA ninguna mención a la observancia de carga la probatoria, empero sí se advierte su regulación - sólo bajo la modalidad estática -, en algunos RCA, tales como el de AMCHAM-PERÚ y el de la CCL.
- k. Si bien en sede judicial civil no es posible aplicar las convenciones procesales, en materia arbitral sí sería posible que las partes convengan qué probar sobre determinados hechos, bajo el amparo de la libertad de regulación de actuaciones, concretada en el convenio arbitral, o ya instalado el arbitraje, en la respectiva acta.
- l. La LDA recoge de manera expresa la iniciativa que tiene todo árbitro de ofrecer y actuar pruebas de oficio, llegando incluso a permitírseles a las partes, contradecir la esta decisión vía recurso de reconsideración; hecho que por cierto no sucede en sede judicial civil, por existir prohibición expresa de impugnación.

m. De la revisión de los tres grupos de RCA (los sujetos a normas reglamentarias, los que corresponden a centros universitarios y colegios profesionales y, por último, aquellos que rigen en las diversas cámaras de comercio del país) recogen sin excepción alguna la iniciativa o participación probatoria de oficio de los árbitros. Además, esta facultad, en algunos casos, resulta totalmente ilimitada (Reglamento de Sistema de Arbitraje de Consumo), es decir, sin tomar en consideración los parámetros temporales o materiales que sí recoge la normativa judicial civil (art. 194° del CPC).

8. BIBLIOGRAFIA

ABEL LLUCH, Xabier.

2007 “Sobre la Prueba y el Derecho a la Prueba en el Proceso Civil”. En: *Objeto y Carga de la Prueba Civil*. Abel Lluch, Xabier y Picó i Junoy, Joan, Directores. Bosch Editor.

ABEL LLUCH, Xabier y PICÓ I JUNOY, Joan (Coordinadores).

2003 “Los Poderes del Juez Civil en Materia Probatoria”. Barcelona: Bosch.

ALFARO VALVERDE, Luis.

2017 *La Iniciativa Probatoria del Juez, Racionalidad de la Prueba de Oficio*. Lima: Grijley. Lima 1° Edición.

BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo.

2001 *Derecho a probar como elemento esencial de un proceso*. Lima: ARA.

CABANELLAS, Guillermo.

1976 *Diccionario de Derecho Usual*. Buenos Aires: Heliasta. Tomo I. 9° Edición.

CASTILLO FREYRE, Mario.

2009a “El Principio de Flexibilidad en el Arbitraje”. En: *Arbitraje. Ponencias del Tercer Congreso Internacional de Arbitraje 2009. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre*. Lima: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP-Pontificia Universidad Católica del Perú-Palestra. Volumen 12, 1° Edición.

CASTILLO FREYRE, Mario y otros.

2016b “Entre el Derecho Civil y el Arbitraje”. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP y Pontificia Universidad Católica del Perú. Volumen 35, 1º Edición.

CHICO FERNÁNDEZ, Tania.

2007 “La Carga de la prueba y la iniciativa probatoria de oficio en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”. En: Objeto y Carga de la Prueba Civil. Abel Lluch, Xabier y Picó i Junoy, Joan, Directores. Bosch Editor.

CHOCRÓN GIRALDEZ, Ana María.

2000 “Los principios procesales en el arbitraje” JM. Bosch Editor. 1º Edición, España.

DE MACEDO, Lucas Buriel y PEIXOTO, Ravi.

2015 “Negocios procesales sobre la distribución de la carga de la prueba”. En: Convenciones Procesales – Estudios sobre Negocio Jurídico y Proceso. Editorial Rangel. Volumen 1 (HENRIQUE NOGUEIRA, Pedro y CAVANI, Renzo, Coordinadores).

DEVIS ECHANDIA, Hernando.

2009 Nociones Generales de Derecho Procesal Civil. Temis. Bogotá – Colombia, 2º Edición.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco.

2011 “Arbitraje”. Editorial Porrúa. México. 3er Edición.

GUAILA, Carlos I.

2015 “Medidas probatorias de oficio en el Arbitraje Comercial Internacional”. En: Revista de Arbitraje PUCP. Año V, N° 5.

IBARRA DELGADO, David Hans Nietzsche.

2014 “En Busqueda de la verdad. La prueba de oficio como deber jurídico del juez”. En: Gaceta Civil & Procesal Civil. Lima. I N° 10.

MALLANDRICH MIRET, Núria.

2011 En: “Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones)”. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP y Pontificia Universidad Católica del Perú. Volumen 18, 1° Ed.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos.

2016a “La Independencia e imparcialidad del árbitro en el arbitraje doméstico e internacional”. Palestra Editores. 1° Edición.

MATHEUS LÓPEZ, Carlos.

2009b “Introducción a la probática arbitral” En: Revista Boliviana de Derecho, N° 7.

MERINO MERCHÁN, José F y CHILLÓN MEDINA José Ma.

2014 “Tratado de Derecho Arbitral”. Civitas y Thomson Reuters. 4ta. Edición.

NIEVA FENOLL, Jordi.

2010 “La valoración de la prueba”. Marcial Pons. Proceso y Derecho. Madrid.

MARTEL CHANG, Rolando Alfonzo.

2015 Pruebas de Oficio en el Proceso Civil. Instituto Pacífico. 1° Ed.

MICHELLI, Gian Antonio.

2004 “La Carga de la Prueba”. Editorial Themis. Bogotá. 3er Edición.

MONTERO AROCA, Juan y otros.

2009 “Derecho Jurisdiccional I Parte General”. Tirant lo Blanch. 17° Edición.

MONTEZUMA CHIRINOS, Alberto J

2015 “El uso de la prueba de oficio por parte del Tribunal Arbitral y su relación con la carga de la prueba”. En: Revista de Arbitraje PUCP. Año V, N° 5.

MONROY GÁLVEZ, Juan F.

2009 Teoría General del Proceso. Comunitas. Biblioteca de Derecho Procesal. N° 6, 3° Edición. Lima.

MONROY GÁLVEZ, Juan F.

1987 Temas de Proceso Civil. Lima, Studium.

MORALES MOLINA, Hernando.

2008 “Los Poderes del Juez en el Proceso Civil. Tercera Clase”. En: Temas Vigentes en materia de Derecho Procesal y Probatorio. Hernández Villarreal, Gabriel (Coordinador Académico). Colección Textos de Jurisprudencia. Universidad del Rosario. Colombia.

MORALES DE BARRIOS, María Cristina.

2008 “Poderes del Juez en el proceso civil en materia probatoria”. En: Temas Vigentes en materia de Derecho Procesal y Probatorio. Hernández Villarreal, Gabriel (Coordinador Académico). Colección Textos de Jurisprudencia. Universidad del Rosario. Colombia.

MOUZALAS, Rinaldo y DE ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodríguez.

2015 “Distribución de la carga de la prueba por convención procesal”. En: Convenciones Procesales – Estudios sobre Negocio Jurídico y Proceso. Editorial Rangel. Volumen 1 (HENRIQUE NOGUEIRA, Pedro y CAVANI, Renzo, Coordinadores).

ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo.

2004 “Carga de la Prueba y Sociedad de Riesgo”. Marcial Pons. Madrid.

PANDURO MEZA, Lizbeth Nathaly.

2011 “Aplicabilidad de las Instituciones Procesales en el arbitraje. Tesis. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

PÉREZ-PRIETO DE LAS CASAS, Roberto.

2016 “La importancia de las cargas probatorias a la luz de la Tutela Jurisdiccional Efectiva”. En: Constitución, Derecho y derechos. Palestra. Red Justicia, Derecho, Constitución y Proceso. Ed. 1º (PRIORI POSADA, Giovanni. Coordinador).

PICÓ I JUNOY, Joan.

2011 “El Juez y la Prueba”. Colección Internacional N° 32. Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibañez. Bogotá.

TARRUFO, Michele

2015 “Teoría de la Prueba”. ARA Editores. 1° Edición. 1° Reimpresión.

TARRUFO, Michele

2009 “Poderes Probatorios de las partes y del Juez en Europa”. En: Constitución y Proceso. ARA Editores. PUCP. 1° Edición.

TARRUFO, Michele

2011 “La Prueba de los hechos”. Editorial Trotta. 4° Edición.

DÍAZ-RESTREPO, Juan Carlos.

2016 La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional. Entramado, vol. 12, núm. 1, enero-junio.

RIVAROLA REISZ, José Domingo.

2013 “¿Actori Incumbit Probatio? Presunciones y cargas de la prueba repensadas: Common Law versus Civil Law”. En: Estudios de Derecho Procesal. Editorial Ius Et Veritas y Legales. Lima, 2° Edición.

RIVERA RAMIREZ, Irma Isabel.

2015 “La facultad del Tribunal Arbitral de actuar de oficio en la producción de la prueba arbitral”. En: Revista de Arbitraje PUCP. Año V, N° 5.

RODRÍGUEZ ARDILES, Ricardo y otros.

2017 “Sexta Mesa: El uso de la prueba de oficio por parte del Tribunal Arbitral y su relación con la Carga de la Prueba”. En: Arbitraje. Actas del Noveno Congreso Internacional

del Arbitraje - Lima 2015. Centro de Arbitraje de la PUCP y la PUCP. Volumen N° 40 –
Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre.