



Civil Procedure Review

AB OMNIBUS PRO OMNIBUS

1

RIBETES E INTERROGANTES EN TORNO A LAS CONVENCIONES PROBATORIAS

Álvaro Pérez Ragone

Professor at the Pontifical Catholic University of Peru (PUCP). Ph.D. and LL.M. from the University of Cologne (Universität zu Köln), Germany. <http://orcid.org/0000-0002-6069-4564>. E-mail: alvaro.perezr@pucp.edu.pe

RESUMEN: Para reducir la dificultad probatoria y hacer más predecible el resultado de procedimientos al menos potencialmente amenazantes, o hacer más transparente la vida jurídica (civil) cotidiana, existe una necesidad práctica de determinar los hechos y las pruebas. Se suele focalizar la atención solo en los derechos y la regulación de la prueba y en ella las convenciones probatorias. Poco se dice sobre el presupuesto de la prueba que son los hechos alegados como parte de la soberanía de las partes para configurar la plataforma fáctica del proceso.

PALABRAS CLAVES: Convenciones probatorias, hechos, prueba, derechos

ABSTRACT: To reduce the difficulty of proving evidence and make the outcome of at least potentially threatening proceedings more predictable, or to make everyday (civil) legal life more transparent, there is a practical need to determine the facts and evidence. Attention is often focused only on rights and the regulation of evidence, and within them, evidentiary conventions. Little is said about the prerequisite for proof, which is the facts alleged as part of the parties' sovereignty to configure the factual framework of the proceedings.

KEY WORDS: Evidence agreements, facts, evidence, rights

I. INTRODUCCIÓN

“El mejor derecho a menudo fracasa debido a la dificultad de su prueba”. Con esta frase, Sachse introduce su tratado, que todavía se cita hoy, con el título sucinto “Con-

tratos sobre la prueba” (y así desafía inmediatamente las incertidumbres terminológicas). Lo que pudo haber sido cierto en el año de su publicación (1929) sigue vigente en un mundo de hechos cada vez más complejos y, por tanto, difíciles de probar¹. Los contratos sobre la prueba constituyen una manifestación de los contratos/convenciones/acuerdos/negocios procesales donde las partes ejercen su derecho de autonomía de la voluntad que se refleja procesalmente en la “disposición” de normas procesales².

Para reducir la dificultad probatoria y hacer más predecible el resultado de procedimientos al menos potencialmente amenazantes, o hacer más transparente la vida jurídica (civil) cotidiana, existe una necesidad práctica de determinar los hechos y las pruebas. Se suele focalizar la atención solo en los derechos y la regulación de la prueba y en ella las convenciones probatorias. Poco se dice sobre el presupuesto de la prueba que son los hechos alegados como parte de la soberanía de las partes para configurar la plataforma fáctica del proceso³.

Para ello, los participantes en transacciones celebran acuerdos que buscan influir en la demostrabilidad de hechos jurídicamente relevantes y útiles a sus intereses. A menudo las partes ni siquiera son conscientes de las consecuencias jurídicas en detalle. Veamos un primer ejemplo en el derecho de seguros: las partes interesadas se encuentran con cláusulas según las cuales la existencia de una “tormenta” -como requisito previo para un reclamo en el seguro del hogar- que se podría confirmarsolo mediante información del Centro de Meteorología de ese país en forma altamente probable. Otro caso en el derecho de contratos de construcción: la cláusula según la cual la documentación de una de las partes sobre las circunstancias del avance de la construcción debe ser vinculante probatoriamente para ambas cuando se transmite a la otra parte, a menos que la objete dentro de los 14 días. O una referencia más general de que el acuerdo o negocio jurídico determinado o ciertos hechos sólo pueden probarse a través de un tipo de prueba documental (documentos públicos)⁴.

Aunque la realidad de los acuerdos de las partes sobre aspectos probatorios y su admisibilidad se ha dado en la práctica y fue reconocido doctrinal y jurisprudencialmente desde hace siglos en el proceso romano canónico y germano en el ámbito no penal, todavía existe un intenso debate sobre la reconstrucción dogmática y los efectos de este peculiar tipo de convención en los procesos civiles⁵. Muy tardíamente durante el Siglo XXI llamarán la atención al mundo latinoamericano. Un ejemplo histórico re-

1 SACHSE, H., “Beweisverträge”, ZJP 1929, 409 (409).

2 KLEMENT, A., y KAPELIUK, D., *Contractualizing Procedure*, SSRN Electronic Journal, 2008, p. 20, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1323056> (Visitado 2 de febrero 2025); KONZEN, H., *Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien*, Berlin: Dunker and Humblot, 1976, 5-25.

3 PELL, O., *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich: Dike, 2012, 10-25.

4 LABNER, K., *Beweisvertrag im Zivilprozess*, Wien: Manz, 2023, 1-25.

5 Propondré usar el término “convención” en lugar de “contrato” para poder incluir a sistemas jurídicos donde la noción de contrato es mucho más restringida y con contenido prestacional traducible en pecunia. Con esta salvedad al menos desde mi perspectiva no habría problemas en hablar de “contratos probatorios”.

corriente refiere a los actos de reconocimiento tácito y expreso de las alegaciones de hecho de una parte por la otra. Ello implica que lo que fue reconocido por las propias partes excluyen de la necesidad de prueba. Otro era lo ya se daba también en la antigua prueba de confesión⁶. Finalmente en el ámbito penal los modelos adversariales tienen como esencia la oportunidad y márgenes muy sofisticados ya desde hace tiempo que permiten acuerdos entre el órgano de imputación/acusador y el imputado. Muchos además regularon expresamente las convenciones probatorias⁷.

Como se explicará más adelante, el alcance de la autonomía de la voluntad y su rol en el derecho probatorio es vasto en muchos ámbitos, sin menoscabado por ser área de orden público indisponible o no (desde el proceso penal a uno civil y mercantil) : (i) la facultad de seleccionar y fijar los hechos que las partes consideran relevantes en un caso; (ii) las pruebas que se presentarán en un futuro proceso, las modalidades de obtención de pruebas de manera contractualmente vinculante inter partes y también con efecto directo frente a -à-vis el tribunal, (iii) las convenciones sobre carga de la prueba, (iv) los complejos acuerdos que vinculados a la valoración de la prueba y (v) una pluralidad de combinación de ellos son el centro de este aporte.

Si el proceso civil supone un reconocimiento a la autonomía de la voluntad mediante el principio dispositivo y las partes pueden disponer de sus derechos en el proceso, incluso concluirlo, no parece objetable que también puedan acordar sobre los hechos alegados y sustanciados como también sobre aspectos de la prueba de ellos. Decisión de las partes que además debiera tener efectos en la decisión del tribunal. Sin embargo, el alcance de la autonomía contractual con respecto a los hechos del proceso y su prueba ha sido objeto de intensa investigación académica desde mediados y finales del siglo XIX en el mundo germano y francés. Desde aspectos vinculados con el orden público procesal hasta las discusiones filosóficas sobre la finalidad de lograr la verdad en un proceso como lo primario han sido puestas sobre la mesa. También se discuten los alcances del efecto vinculante para el tribunal del acuerdo de las partes para con el tribunal, sea un acuerdo judicial o extrajudicial sobre aspectos probatorios,⁸.

Otros aspectos de las “pruebas” también pasan prácticamente a ser objeto de regulación contractual; por ejemplo, en los acuerdos de mediación, la exclusión del mediador como testigos en un juicio posterior, aunque esta cláusula tiene poca importancia según la legislación austriaca (véase el artículo 320 4 ZPO). La litigación estratégica

6 SCHLOSSER, P., *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1968, 90; DICKHOFF, V., *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Erlangen: Uni. Dissertation, 1941, 25-30; KNECHT, O., *Die Beweisverträge im Zivilprozeß*, Freiburg: Rosswog, 1937, 84-85.

7 SCHUMANN BARRAGÁN, G. , *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Madrid: Marcial Pons, 2022, 280-282.

8 RODI, M. «Prozessbezogene Verträge und Klauseln», comentario §§ 305–310 BGB (AGB-Rech 2: Ausgewählte Verträge; AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht; internationaler Geschäftsverkehr), in: J. v. Staudinger (Begr.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Berlin, Sellier / de Gruyter 2022

de las partes pone su atención en obtener “pruebas” a través de un “contrato” desde una perspectiva tanto procesal como sustantiva⁹.

Tanto los acuerdos sobre la necesidad de probar determinados hechos alegados por las partes como aquellos sobre ofrecimiento, producción/ actuación de pruebas giran en torno a la cuestión de la responsabilidad de las partes y el uso legítimo de un proceso que no vulnere el orden público procesal (fraude a la ley) ni perjudique a terceros. Esto último ya que las convenciones procesales tienen naturaleza bifronte sustantiva y procesal, y esas dos limitante han sido reconocidas en el Derecho de los Contratos desde el derecho romano¹⁰.

Las convenciones probatorias, ya fueron ampliamente reconocidos por la jurisprudencia, la discusión dogmática y recepción legislativa se llevo y se implementó muy lentamente en procesos no penales en contraste con los penales. También acapara la atención como parte de la flexibilidad probatoria procesal y su diálogo con la prueba oficiosa del tribunal¹¹.

Lo que no es menos controvertido son las condiciones bajo las cuales se deben tener en cuenta los acuerdos sobre la prueba en el proceso, por ejemplo, si, en caso necesario, se pueden ordenar pruebas complementarias secundarias sobre las pruebas primarias, ello es probar los alcances de una convención probatoria cuya interpretación es dudosa. Por tanto, el tema de este aporte no es nuevo. Dada la relevancia práctica, los acuerdos sobre la prueba se referirán el alcance de la autonomía contractual procesal en los procesos civiles¹².

A la luz del tradicional conflicto entre la verdad “formal”/judicial y la verdad “material”/real/histórica en los procesos civiles aún ya superadas con una visión de verdad como correspondencia probabilística u otras posiciones impone explorar los límites de la admisibilidad de las convenciones probatorias y sus efectos en los procesos civiles. Si la finalidad del proceso es solo alcanzar la verdad, pues las convenciones resultan ciertamente un punto álgido, ya que devienen en una objetable “verdad negociada”. Otra opción es considerar a la verdad como instrumental de la decisión justa y correcta, es el medio para esta y no un fin en sí mismo. Allí cabría más fácilmente elucubrar las condiciones, ámbito y alcances de las convenciones probatorias, aclaro que es ésta última la posición que adopto¹³.

En un primer capítulo se delimita el tema y se fijan las finalidades y marco de este aporte (II) . Continúa con la sistematización de las convenciones probatorias de acuer-

9 Grdl. RG v. 23.5.1919 – II 22/19 , RGZ 96, 57 (59); BGH v. 10.10.1989 – VI ZR 78/89 , BGHZ 109, 19 (28 f.) = MDR 1990, 232.

10 WAGNER, G., *Prozessverträge*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, pp. 615 , 643

11 RIELÄNDER, F., “Zur Struktur und Dogmatik von Beweismittelverträgen”, GVRZ, 2021, 3, 1-14.

12 SOBA, I., *Los acuerdos procesales*, Tesis doctoral , Salamanca: Universidad de Salamanca, 2023, 36-45; Taelman, P., “Powers of the Judge in Evidence Proceedings and Evidentiary Agreements”, en L. BUJOSA VADELL (Dir.), *En torno a la prueba y al proceso*, Granada: Comares, 2019, 1-29.

13 NIESE, W., *Prozesshandlungen und Verträge über Prozesshandlungen*, Leipzig: Noske, 1931, 80.

do a diversos criterios (III). Se explora luego los alcances sustantivos- procesales desde la autonomía de la voluntad (IV). Sigue el examen de la validez y limitaciones a las convenciones procesales en razón de determinados criterios.

II. DELIMITACIÓN

La comprensión subyacente del concepto de “contrato o convención probatoria” como fenómeno complejo no solo es procesal, sino sustantivo. Muchas veces se olvida que es un contrato y el rostro sustantivo no puede ni debe ser ignorado. Ya esto último presenta el desafío de modelos culturales procesales sobre “la prueba” y “los contratos” que tienen un regulación bifronte procesal y sustantiva a la vez. Solo pensar el caso de los modelos francés/belga¹⁴/latinos.

1. Propósito del presente aporte

El análisis del “contrato probatorio” debe comparar primero las interpretaciones y semántica del término utilizado. Desde la perspectiva funcional aquí adoptada, dichos contratos (o convenciones) deberían, en última instancia, examinarse en cuanto a su viabilidad y admisibilidad dogmáticas como legítimos mecanismos que sirven para preservar la prueba relevante en un caso concreto. Por supuesto, “El contrato sobre la prueba” está potencialmente sujeto a justificación. Si bien los tratamientos monográficos a veces han intentado sustituir la comprensión poco clara del término por el uso de otros, el título del presente trabajo fue elegido deliberadamente¹⁵.

Este trabajo toma como tema el la convención o contrato sobre prueba, como un contrato que pretende eliminar, sustituir o interpretar la necesidad de evidencia y pretende vincularlo con teorías más modernas con vinculación actual o potencial con un proceso. En última instancia, la raíz histórica del “contrato sobre la prueba” reside originalmente en una contraposición a la tesis de Bähr en su innovador trabajo “*El reconocimiento como fundamento de la obligación*” (1867)¹⁶. Este texto que desató una verdadera controversia, en particular sobre la cuestión de la calificación sustantiva jurídica o procesal. Sin embargo por entonces el legislador alemán decidió no regular la figura ni en el ZPO, menos luego en 1900 en el BGB . Veremos sus especificidades en el proceso civil analizando aquellos pactos vinculados a la fijación convencional de hechos (o enunciados sobre hechos) y los acuerdos que inciden en el objeto o tema de

14 Sobre el caso belga y la inseparabilidad sustantivo-procesal ALLEMEERSCH, B.,- VANDENBUSSCHE, W., in Wéry/ Stijns, *Le juge et le contrat*, Bruxelles: Dikeure Lacharte, 163.

15 EICKMAN, K. W., *Beweisverträge im Zivilprozess*, Bochum: Blockmeyer, 1; Comp. CABRAL, A, «Consensual Dispute Resolution» in B Hess, M Woo, L Cadiet, S Menétrey, y E Vallines García (eds), *Comparative Procedural Law and Justice (Part XV Chapter 1)*, cplj.org/a/15-1, esp. nums. 35-40 (Visitado 11 febrero 2025)

16 Comp. ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *El reconocimiento de deuda: aspectos contractuales y probatorios*, Granada: Comares, 1987, 314-315, y SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., *Los negocios de fijación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, 32-37 y 210-211.

la prueba; los acuerdos sobre carga de la prueba, en los que se incluirá el análisis de los acuerdos que estipulen presunciones convencionales.

Igualmente así como los acuerdos para determinar la disponibilidad o facilidad probatoria (en el caso de los acuerdos sobre carga de la prueba, puntualmente se hará alusión a lo que acontece en los procesos vinculados a relaciones de consumo) se persigue distinguir los pactos que refieren a la producción o diligenciamiento de la prueba (resultando de especial interés el análisis de los acuerdos probatorios para la incorporación de prueba electrónica) y los no menos polémicos acuerdos sobre valoración y estándares de prueba¹⁷.

Los acuerdos sobre valoración y estándares de prueba, son casi imposible de distinguir en contenido, ofrecen ejemplos concretos de pactos probatorios que pueden llegar a ser desafiantes para la jurisdicción, ya que casi reemplazan a la actividad de juicio del juzgador, pero no por ello inadmisibles. Sirven de muestra para advertir cómo el estudio de temas centrales -en el caso, la jurisdicción- resulta esencial al momento de determinar qué es lo negociable y qué es lo innegociable en el proceso¹⁸.

Dado que el “contrato sobre la prueba” en el derecho austríaco (y también en el alemán) no es una institución jurídica positiva, sino más bien un “hijo de la doctrina y jurisprudencia”, primero se requieren explicaciones más detalladas sobre el objeto de la investigación. Esto es importante remarcarlo ya que será el contraste con la visión francesa más centrada en el contrato como acto sustantivo de libertad dispositiva y prioritariamente sustantivo¹⁹.

No hay un párrafo, tampoco creo necesita haberlo, que describa y regule qué es y cómo funciona un “contrato probatorio” en el caso de los modelos alemán y austríaco. Así no se ofrece ninguna nueva definición del “contrato sobre la prueba”. Más bien, deberían analizarse tipos de acuerdos funcionalmente específicos en cuanto a su cobertura dogmática y admisibilidad para cuestionar el dogma predominante, por ejemplo en Austria de la inadmisibilidad del “contrato sobre la prueba” y exigir una perspectiva más amplia. En definitiva, ello contrasta con varios modelos jurídicos sustantivos basados en contratos procesales con regulaciones detalladas y alambicadas, que a su vez no excluyen, sino crean desafíos hermenéuticos. Independientemente de su “naturaleza jurídica”, todos estos tipos de acuerdos deben tratarse y denominarse “contratos sobre la prueba” (en el sentido funcional)²⁰.

17 BULÖW, O., “Dispositives Zivilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung”, AcP, vol. 64, 1881, 1-109.

18 Ver en detalle WAGNER, G., *Prozessverträge: Privatautonomie...*, op. cit., p. 401; Comp. NYLUND, A GALIČ, A Y NOWAK, J., “Early Resolution, Case Management and Settlement” in B Hess, M Woo, L Cadiet, S Menétrey, y E Vallines García (eds), *Comparative Procedural Law and Justice (Part VI Chapter 3)*, cplj.org/a/6-3, (Visitado 11 febrero 2025) esp. num. 85-90.

19 CAPONI, R., “Autonomia privata e processo civile: gli accordi procesuali”, *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 11, 2008, 99-120.

20 PRÜTTING, in *MünchKomm/ZPO*, 6.Ed. München: Beck, 2020, § 286 ZPO Rz. 164 y ss. .

Sobre esta controversia mencionada arriba tiene larga data de tratamiento sustantivo por Windscheid (uno de los más influyentes gestores del BGB alemán) del reconocimiento de parte como sustento para exclusión de la prueba por no haber controversia, y ello siguiendo a Savigny²¹. Muy posterior el contrato sobre la prueba de Bruns no es más que la creación de un medio de prueba que, debido a su falta de calidad contractual, sólo necesita ser refutado con ayuda de pruebas en contra, pero no discutido. O el trato de lo más usual en materia procesal a partir del principio dispositivo que son los acuerdos tácitos de reconocimiento (por silencio y no contradicción) de los hechos alegados por la contaparte. Esto relacionado con la confesión tácita judicial y en especial extrajudicial²².

La depuración de ciertos elementos de una relación jurídica también ha dado lugar a controversias, como lo demuestra, por ejemplo, la interpretación procesal de la exclusión de objeciones en los reconocimientos declarativos de culpabilidad en materia penal (para usar un contexto y contraste *ad absurdum*) Hay que distinguir entre la renuncia a las objeciones (stricto sensu), y la que, a pesar del texto en contrario, también se tiene en cuenta en el derecho sustantivo de las cláusulas generales de contratación. Cabe mencionar que el “contrato sobre la pruebas” ha encontrado un impacto positivo en la litigación nacional, internacional, no solo arbitral, para demarcar los ámbitos de derecho comparado. Entre ellos se incluyen los Países Bajos sobre *bewijsovereenkomsten* y Francia con el artículo 1356 frzCC (nF) sobre *contrats sur la preuve*. Es probable que las regulaciones tanto en los Países Bajos como en Francia sean una práctica de larga data precedida por los precedentes de los tribunales supremos²³. Así la regla que une lo sustantivo con lo procesal señala: Los contratos probatorios son, por tanto, válidos siempre que las partes estén autorizadas a disponer del derecho subyacente²⁴.

Los “contratos sobre la prueba” son, por tanto, contratos procesales y, dependiendo de su objeto, pueden dividirse en contratos que limitan la prueba, se refieren a la admisibilidad de la prueba o al valor probatorio y/o directamente proporcionan al

21 SAVIGNY, F. K., *System des heutigen römischen Rechts*, v. VI, Heuser: Otto Ludwig, 1848, 11 y ss., refiere a un “contrato reconocible”. La aclaración de determinados elementos de una relación jurídica también ha suscitado controversias, como lo demuestra la interpretación procesal de la en los reconocimientos declarativos de deuda.

22 WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Vol II, Frankfurt am Main: Literarische Anstalt Rütten & Loening, 1887, 583 y ss.

23 „(1) Les contrats sur la preuve sont valables lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition. (2) Néanmoins, ils ne peuvent contredire les présomptions irréfragables établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment. Ils ne peuvent d'ailleurs établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable.

24 CADIET, L., “Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 62, N° Extra 3, 2008, 7-36. Esto no es admisible por no ser lícito pactar una presunción irrefutable en perjuicio de una de las partes; además, esto no podrá contradecir ninguna presunción jurídicamente irrefutable ni interferir con el derecho a confesar o prestar juramento; Ordenanza 2016/131 de las FID del 10 de febrero de 2016”. expresamente sobre CCass 86-16.197 Bul- letin 1989/342, 230: „[...]dans le contrat, d'une clause déterminant le procédé de preuve de l'ordre de paiement et que, pour les droits dont les parties ont la libre disposition, ces conventions relatives à la preuve sont licites [...]”

tribunal el resultado de la valoración de las pruebas. Estos contratos de pruebas están expuestos a diversas observaciones: en particular la supuesta inadmisible interferencia en la valoración judicial de las pruebas, la incompatibilidad con la prohibición de los procedimientos convencionales y la violación del deber procesal de veracidad y exhaustividad. Estas objeciones son usuales en modelos como el austríaco²⁵.

Los contratos sobre la carga de la prueba, son una especie con vida paralela propia por otro lado, cambian la carga de la prueba de hechos jurídicos procesales o sustantivos. Si se relacionan con hechos jurídicos sustantivos, entonces no son contratos procesales, sino sustantivos civiles²⁶.

III. SISTEMÁTICA DE LAS CONVENCIONES PROBATORIAS

La expresión “convenciones probatorias” cubre varios tipos de acuerdos sustantivos y procesales, que pueden abarcar un abanico de aspectos relacionados con el qué, quién, cómo y para qué se prueba. Se verán a seguir algunas de esas opciones, algunas más simples, otras más complejas.

1. Convenciones probatorias que fijan los hechos a ser probados

Los contratos sobre la fijación de los hechos son todos aquellos que tienen como finalidad incidir en la fijación de los hechos en el proceso, en la actividad probatoria de las partes o en las reglas sobre la carga de la prueba. Todos ellos tienen como elemento común que influyen de una u otra forma en la formación del juicio de hecho que debe realizar el juez o el tribunal en la sentencia para aplicar el Derecho objetivo al caso concreto²⁷.

Las partes fijan el objeto del proceso en los sujetos (partes y tribunal), contenido u objeto stricto sensu y sus fundamentos de hecho y de derecho. En la doctrina contemporánea, se reconoce ampliamente que las partes deciden y entre ellos caben, entre otros: (i) los actos de reconocimiento expresos o tácitos o no objetar las presunciones, y por ello ciertas alegaciones fácticas se deben tener por no controvertidas y por ende no precisan de prueba; (ii) ello es en definitiva un acto dispositivo procesal menor en comparación con otro mayor como podría ser el allanamiento mediante el cual se ex-

25 Grosso modo, la judicatura austriaca conoce el “contrato de evaluación de pruebas” como el (“real”) “contrato de pruebas” que -probablemente- domine la visión de la OGH sobre los contratos de pruebas procesales. Además, la OGH también conoce acuerdos que tienen como objetivo cambiar la carga de la prueba o (de otro modo) hacer suposiciones. Según la Corte Suprema, tales acuerdos no adolecen de inadmisibilidad a priori, pero en opinión de la Corte Suprema necesitan ser examinados en su aplicación, equidad, y admisibilidad en casos de partes vulnerables.

26 TRENKER, M., *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, Wien: Manz, 2020, 261-263 y 267-272.

27 SCHÜLLER, W., *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozessrecht*, Göttingen, s. e., 1932, 7; EICKMAN, K. W., *Beweisverträge im Zivilprozess*, Bochum, Studienverlag N. Brockmeyer, 1987, p. 2; KNECHT, O., *Die Beweisverträge im Zivilprozeß*, Freiburg, , pp. 37-40, y G. Baumgärtel, *Wesen und Begriff...*, op. cit., 249; Labner, K., *Der Beweisvertrag im Zivilprozess*, op. cit. 25-50.

tingue el proceso y la parte demandada se somete a la pretensión del demandante, siendo irrelevante la verdad de los hechos en ese proceso²⁸.

En esta línea, es usual que se convierta el estudio de los contratos sobre la fijación de los hechos en un debate filosófico, epistemológico o metajurídico sobre los principios jurídico-técnicos que inspiran el proceso civil y, en concreto, sobre la verdad material o formal que en él se debe alcanzar. Aunque este es un debate necesario y que puede tener interés, no forma parte del análisis de los contratos procesales: debe separarse el examen y la crítica de los principios y los modelos ya positivizados (o no) en los códigos y de los contratos sobre la fijación de los hechos que necesariamente se desenvuelven e integran en ellos²⁹. Los contratos procesales en general, y sobre la fijación de los hechos en particular, operan en el marco de determinadas valoraciones que constituyen los principios jurídico-técnicos que informan un ordenamiento procesal concreto y, en lo que ahora interesa, del principio dispositivo y el de aportación de parte³⁰.

Sentado lo anterior, debe tenerse en cuenta que las partes pueden influir directa o indirectamente en la formación del juicio de hecho a través de distintos negocios procesales y materiales. Los contratos procesales sobre la fijación de los hechos serán aquellos en los que la voluntad de las partes se dirija a la producción de efectos procesales³¹. Y ello con independencia de que efectivamente se produzca el efecto procesal pretendido. Sin embargo, debe señalarse que las partes también pueden incidir indirectamente en la formación del juicio de hecho a través de negocios materiales de distinta naturaleza³².

Es posible que sea necesario aclarar mediante interpretación del convenio probatorio qué variantes de diseño desean utilizar las partes en casos individuales. Podría haber una variable en indicar que determinados hechos serán probados mediante un mecanismo vinculante para las partes y el juez. Una prueba pericial dirimitoria o decisoria incluso prevista como previa al inicio del proceso para evitar un litigio, es un mecanismo ya reconocido, poco usado. Sin embargo, si las partes sólo están preocupadas por coordinar la presentación de los hechos en una proceso pendiente o inminente, sería preferible un acuerdo procesal que deslinde los hechos que no necesitan ser probados (que es un acuerdo más concreto), ya que sería complejo enunciar los hechos que sí necesitan prueba. La diferencia de contenido entre la primera opción (taxativa y precisa) y la segunda (solo enunciativa y en zona de penumbra) es importante³³.

28 KERN, C. A., "Procedural Contracts in Germany", en A. DO PASSO CABRAL Y P. HENRIQUE NOGUEIRA (Coords.), *Negócios Processuais*, Salvador da Bahia, JusPodivm, 2015, 179-193.

29 BAUMGÄRTEL, G. "Die Auswirkungen von Parteivereinbarungen auf die Beweislast", en R. Holzhammer, W. Jelinek y P. B öhm, *Festschrift für Hans W. Fasching*, Wien, Manzsche, 1988, p. 69.

30 TRENKER, M., *Einvernehmliche Parteidisposition...*, op. cit., 253-255

31 EICKMAN, K. W., *Beweisverträge im Zivilprozess*, op. cit., 76

32 WAGNER, G., *Prozessverträge: Privatautonomie...*, op. cit., 609-610 y 707.

33 BAUMGÄRTEL, G. *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, Köln: Heymann, 1957, 248 y ss.

2. Convenciones probatorias sobre la carga de la prueba

Las convenciones sobre de carga de la prueba tienen por finalidad reducir proactivamente el riesgo de que un *non liquet* (falta o insuficiencia de prueba). En su contenido modifica la regla sustantiva de asignación de quién debe probar determinadas alegaciones de hecho. Si el hecho constitutivo de una obligación (contrato o fuentes como el enriquecimiento sin causa por ejemplo) los debe probar el acreedor según el derecho sustantivo o si la extinción de la obligación debe ser probada por el deudor sobre ello tiene injerencia este tipo de convención. Por otro lado si las partes pueden disponer sobre la carga de la prueba asignada sustantiva o procesalmente según sean hechos constitutivos, extintivos, invalidatorios o modificatorios de la pretensión en controversia, esa posibilidad es una directa influencia en la valoración de la prueba³⁴.

En la medida en que las partes tienen el poder de decidir sobre el derecho sustantivo o procesal en disputa, los acuerdos de parte sobre el *onus probandi* son generalmente permisibles. Por supuesto, en ámbitos donde se verifica la existencia de una parte vulnerable como derecho del consumo, derecho laboral, materias con intereses de niños, niñas y adolescentes en conflicto, dichas cláusulas son ineficaces si menoscaban el orden público sustantivo o procesal, salvo que mejoren la posición del vulnerable³⁵.

3. Convenciones procesales sobre medios de prueba

Como ya se indicó, la admisibilidad de convenciones que se direccionan a exigir o excluir determinados medios de prueba, también han sido consideradas como admisibles. Aparte de los posibles aspectos de celeridad procesal y costos (por ejemplo, al excluir la prueba pericial), las restricciones a la prueba forman una parte extremadamente importante -por ejemplo- de la protección contractual de la confidencialidad en la mediación, así como de la función decisoria en un proceso.

Ahora bien, depende del sistema jurídico sustantivo si determinados negocios o actos jurídicos pueden ser o no probados por los medios que las partes acuerden. En modelos de ascendencia francesa donde el derecho sustantivo regula las solemnidades (*ad solemnitatem*) de determinados negocios jurídicos (hechos por escrito o por documento público o por la combinación con testigos) estamos en el ámbito de validez y eficacia sustantiva de un acto jurídico. Esa solemnidad desempeña al mismo tiempo en lo procesal un rol probatorio y difícilmente podría -so pretexto de ser “prueba” pro-

34 PRÜTTING, H., in *MünchKomm ZPO*, op. cit., 16 § 286 Rz 166; ROSENBERG, L., *Die Beweislast auf der Grundlage des BMRgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozessordnung*, München: Beck, 1953, 87; SCHIEDERMAIR, G., *Vereinbarungen im Zivilprozess. Verf.angabe*, Bonn: Röhrscheid, 1935, 120 („Anerkennungs- oder besser Geständnisverträge“). SCHNEIDER, E., *Beweis und Beweiswürdigung unter besonderer Berücksichtigung des Zivilprozesses*, München: Vahlen, 5: „Erklärungsverträge“, „Beweisverträge“.

35 EICKMANN, K. W., *Beweisverträge im Zivilprozess*, Bochum: Brockmeyer, 1987, 43 ss. ; MUSIELAK, H. J., *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, Berlin · New York: Walter de Gruyter, 1975, 58-82

cesalmente- eludir un requisitos de validez o eficacia sustantiva. no es disponible por las partes³⁶.

Otro tema importante es la posibilidad de uso de la información intercambiada en etapas de conciliación o mediación. Es prácticamente indispensable tomar las precauciones adecuadas para garantizar una atmósfera abierta de discusión durante la mediación y en el proceso, lo cual es importante para el éxito de las negociaciones consensuales. La obligación del mediador (sea externo al proceso o de un juez delegado a quien se derivó al proceso para que intervenga como conciliador o mediador) de negarse a testificar por el privilegio de confidencialidad no es suficiente. Las reglas modelo relevantes de las regulaciones interinstituciones son interesantes de mencionar como la alemana en su Artículo 9, párrafo 2, letra a del Reglamento de Mediación de la CPI que establece “los documentos, declaraciones o comunicaciones realizadas durante o en conexión con han sido introducidas en el procedimiento por otra parte o por el mediador”, salvo pacto en contrario. Ese pacto en contrario es una convención probatoria de liberación del deber de confidencialidad. O similar a pari no podrán utilizarse como prueba en otros procesos, a que que “ha sido presentadas por la parte que las utilizó en juicio, arbitraje o similar” (Art. 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional), salvo que lo habiliten las partes y no se perjudique derecho de terceros.

También son relevantes en la práctica los acuerdos mediante los cuales una parte se compromete a facilitar la producción/presentación/actuación de pruebas³⁷. Por ejemplo, una parte puede asumir un el deber vinculante de liberar a una persona de su derecho a no declarar fundado en la confidencialidad (privilegio de sigilo o confidencialidad), o de aportar un documento por ejemplo. Incluso la jurisprudencia aceptó como válidas las convenciones que autorizan a emplear una grabaciones de audio y vídeo producidas ilegalmente que de otra forma serían excluibles.

Sin embargo, no está claro si, y en caso afirmativo, en qué medida, las modalidades de actuación de pruebas, especialmente vinculadas con el principio de inmediatez son susceptibles de modificación contractual (restringir o eliminar la inmediatez probatoria del juez o árbitro).

4. Convenciones sobre valoración de prueba.

El examen y la libre valoración judicial de las pruebas resultan complejos en dos extremos: (i) en qué medida puede liberarse al juez de una libre valoración racional imponiendo las partes un determinado estandar de prueba (mas o menos exigente

36 PELL, *Beweisverträge* 9 y ss.; SCHÜLLER, W., *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932, 12 y ss.

37 PELL, *Beweisverträge*, op.cit., 9 y ss.; EICKMANN, *Beweisverträge*, op. cit., 43 ss.; SACHSE, ZP 54 (1929) 425 op. cit.; WAGNER, *Prozeßverträge*, op. cit., 683 ss.

que el legal), diferente al regulado o usual y en definitiva sustituido por la discreción de las partes; (ii) en qué medida puede limitarse al tribunal a que solo valore libremente determinadas pruebas excluyéndose otras³⁸.

La libre valoración de la prueba es una actividad privativa del juez y sustento vinculante de su decisión según los parámetros (peso o estandar de prueba) regulados o de uso por la jurisprudencia. Si bien existen supuestos como la “pericia arbitral” que puede ser libremente escogida por las partes y ella es vinculante para el juez, es discutido si las partes pueden limitar por su autonomía de la voluntad y disponer sobre cómo el juez debiera valorar una prueba. Este último caso es una suerte de “prueba tasada” determinada por las partes. Ello bajo la premisa de que se dispone de los requisitos legales para la valoración de la prueba, solo que ya no será una “libre valoración” de la prueba³⁹.

Interesante jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán remarca por ejemplo en el caso de un contrato de seguro contra robo, el tomador del seguro cumple con fundar y probar el robo. Sustantivamente el asegurado no asume la carga del “riesgo de ocurrencia” que debe ser valorado y considerado como extremo a probar por el asegurador respondiendo por la cobertura de todos los daños relevantes. En caso de cláusulas generales de contratación que contengan acuerdos probatorios leoninos, estos son nulas. Pero se debe distinguir de un proceso donde se discuta la validez de determinadas cláusulas del proceso las partes (empresario-consumidor) celebren un convenio probatorio que no menoscabe la posición de la parte vulnerable, en cuyo caso la convención sería plenamente válida⁴⁰.

Estos ejemplos muestran -no hay espacio aquí para profundizar la discusión- que la cuestión planteada en la introducción sobre el grado necesario de “gestión convencional de la probabilidad” y la libre valoración de la prueba del juez en un proceso tienen cabida con ciertas limitaciones sustantivas o procesales que ya se analizarán.

IV. ALCANCE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y EL DERECHO PROBATORIO

La apertura amplia de la admisibilidad relativa a la presentación de pruebas en un procedimiento dominado por el principio dispositivo es contundente. Pero mucho más

38 ROSENBERG, *Beweislast*, op. cit., 87; WAGNER, *Prozeßverträge*, op. cit., 692 ss.; PELL, *Beweisverträge*, op. cit., 7; EICKMANN, *Beweisverträge*, op. cit., 56.

39 Es clara esta decisión de un tribunal de segundo grado austríaco: “Son inválidos los contratos de prueba, que incluyen los contratos entre las partes en el proceso por los cuales se comprometen a prescribir al tribunal una determinada valoración de la prueba o a conceder a la prueba un valor probatorio determinado; No pueden hacerse cumplir ni puede alegarse su violación en los propios procedimientos judiciales en curso” (Traducción libre) OGH 07.10.2003 4 Ob 188/03f /Veröff: SZ 2003/116
4Ob188/03f. Comp. con decisiones de Supremo Tribunal Federal Alemán BGH v. 27.11.1980 – IVa ZR 36/80 , BGHZ 79, 54 (59) = MDR 1981, 297. Comp. con supuestos de prueba obtenida con violación de la ley SCHLÜTER, PH., “Zivilprozessuales Beweisverwertungsverbot materiell-rechtswidrig erlangter Beweismittel?”, *JuristenZeitung* 79 (2024), 888-892.

40 St. Rspr. des BGH, vgl. BGH v. 30.11.2012 – V ZR 25/12 , MDR 2013, 270 = NJW 2013, 1671 (1673);

aún, en procesos penales acusatorios (*plea bargain*) ya se admiten salidas simplificadas en donde la parte imputada reconoce y asienta la imputación o acusación independientemente de que ello sea verdadero o falso. Y puede ser falso ya porque existió un delito más gravoso (que las partes del acuerdo Ministerio Público e imputado o solo el imputado sabe) o porque no existió siquiera delito (Ejemplo falta de autoría). Estos acuerdos deben ser aprobados en definitiva por el juez que conoce, permiten también que sean objetados por la víctima y la querella, y son casos donde directamente las partes imponen una realidad al juez, independiente si es o no verdadera⁴¹.

1. El mito de la legalidad/juridicidad

Lo que inicialmente es inofensivo es que falte una base de autorización legal que sancione expresamente el carácter vinculante de los acuerdos relevantes para el derecho probatorio. Lo anterior, si bien enfrenta antiguas visiones de “indisponibilidad de normas de orden público como las procesales”, es un avance en reconocer la importancia de la autonomía procesal de la voluntad. El principio de oficiocidad excepcional que prevalece en algunos asuntos de familia especialmente vinculado a los niños, niñas y adolescentes o casos de violencia intrafamiliar, como en los supuestos de jurisdicción voluntaria (adonde no hay contraparte) rige la correspondiente responsabilidad judicial para determinar los hechos.

Como cualquier otro contrato procesal obligacional, la eficacia procesal de los contratos sobre la prueba deriva de su cumplimiento voluntario dentro del proceso. Los efectos procesales pretendidos nacen de la actuación de las partes dentro del proceso conforme a lo pactado en el contrato. En la medida en que la proposición de la prueba es un acto procesal, solo el comportamiento llevado a cabo en relación a un proceso puede producir los efectos procesales pretendidos. Por ello, puede decirse que en los contratos sobre la prueba existe una abstracción de la relación jurídica material⁴².

Las disposiciones sobre el fundamento de la sentencia son axiomáticamente abiertas, cuando se relacionan con contemplar una convención probatoria, siempre que la máxima de negociación sea suficiente y el derecho material en litigio no quede privado del poder de las partes para tomar decisiones. La admisibilidad y el efecto vinculante de los acuerdos entre partes relacionados con pruebas no requieren habilitación legal expresa, sino más bien los casos donde se restrinja son los relevantes.

La facultad de celebrar acuerdos jurídicamente vinculantes sobre las pruebas que deben producirse en un caso civil pendiente o futuro es simplemente el correlato del principio dispositivo como reflejo de la autonomía de la voluntad. Si las partes en el procedimiento libremente ofrecen y producen pruebas, también pueden optar por no

41 LANGER, M., “Plea Bargaining, Conviction without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions”, *Annu. Rev. Criminol.* DOI: 10.1146/annurev-criminol-032317-092255 (2019).

42 SCHÜLLER, W., *Die Wirksamkeit...*, *op. cit.*, 23.

hacerlo y renunciar a ella unilateral o bilateralmente (convención). El derecho procesal en lo que en el derecho internacional privado se denomina orden público procesal no entra en conflicto con los acuerdos que restringen o amplían la facultad de aportar pruebas (por ejemplo, exclusión de la prueba pericial)⁴³.

2. ¿Limitación por las partes e intervención en la libre valoración judicial de las pruebas?

No parecen ser objetable acuerdos sobre pruebas incluso si se admite incluir ámbitos de la libre valoración judicial como una pericial vinculante. Sí, el tribunal lógicamente debe rechazar una prueba ofrecida que vulnera una limitación contractual de prueba vinculante, y lo hará para mantener vigente el propio acuerdo de voluntades. Incluso, si dicha prueba llegara a admitirse y a producirse, esa prueba podría considerarse dentro de los cánones de exclusión probatoria al momento de la valoración. Y esta sanción surge en forma autosuficiente de la convención probatoria, no obstante la prueba haya sido declarada admisible y se haya producido conforme a las normas generales de la prueba y las particulares de ese medio⁴⁴.

3. ¿Violación del principio de acercarse a la verdad de los hechos de la manera más realista posible? Problemas en torno a la verdad negociada.

El problema, que se ha planteado esporádicamente, sostiene que las convenciones probatorias podrían sin limitantes modificar la verdad de los hechos eludiendo la finalidad del proceso, ya que no necesariamente se basan en la primacía de determinar el proceso de toma de decisiones de la manera más realista posible. Igualmente podrían afectar el principio de veracidad procesal de las partes y terceros⁴⁵. No cambia el hecho de que incluso una declaración de parte conscientemente falsa de conformidad pueda eliminar la necesidad de probar el hecho admitido, lo que significa que el tribunal puede generalmente asumirlo como verdadero.

Otra podría ser la visión si la verdad procurada en el proceso es vista como instrumental, no el fin sino medio para una solución correcta y justa. Y desde este plano, si las

43 EICKMAN, K. W., *Beweisverträge im Zivilprozess*, op. cit., 76; SCHLOSSER, P., *Einverständliches Parteihandeln...*, op. cit., 24-26,

44 WAGNER, G., *Prozessverträge: Privatautonomie...*, op. cit., 698; SCHÜLLER, W., *Die Wirksamkeit...*, op. cit., 32; BAUMGÄRTEL, G., *Die Unverwirksamkeit...*, op. cit., 69.

45 BGH v. 24.5.1962 – VII ZR 46/61, BGHZ 37, 154 (155); PRÜTTING, H., in *MünchKomm/ZPO*, München: Beck, 2022, (Fn. 10), § 288 ZPO Rz. 35. No es necesario abordar aquí la controvertida cuestión de si la admisión deliberadamente falsa de un hecho que es perjudicial para la parte que confiesa viola en absoluto el deber de decir la verdad. En todo caso, se ha aclarado que la parte confesante está obligada por la confesión deliberadamente falsa de conformidad con el §290 del ZPO, incluso para la instancia de apelación; Según la jurisprudencia, el efecto vinculante sólo se pierde si las partes actúan en colusión o si el hecho admitido resulta manifiestamente falso ante el tribunal.

partes pueden válida y eficazmente disponer de sus derechos sustantivos, en paralelo lo pueden hacer con la prueba y no hay nada más realista que la voluntad de las partes, siempre que no viole derechos de terceros ni el orden público. Así un acuerdo de prorroga del la jurisdicción o de la competencia que es un típico acuerdo procesal genera obligaciones para las partes⁴⁶.

Tampoco afecta el argumento de la existencia de poderes probatorios de oficio del juez que pueden dialogar y no necesariamente ser ilógicos con la posibilidad de convenciones probatorias. Más bien, por el contrario, las restricciones contractuales sobre las pruebas limitan la discrecionalidad judicial para ordenar determinadas prueba de oficio ya que lo acordado por las partes, por ejemplo es renunciar a exhibir y presentar ciertos documentos o producir una prueba pericial, y ello debiera ser respetado por el juez.

4. Necesidad de un equilibrio de intereses

La admisibilidad de los contratos procesales no excluye la distinción entre derecho procesal imperativo y dispositivo. Por lo tanto, siempre requiere un equilibrio entre los intereses de las partes y el interés público en una adecuada administración de justicia pública.

En procesos con derechos sustantivos disponibles los acuerdos entre partes sobre facultades procesales, así como el ejercicio o no ejercicio de estas facultades en el proceso, no afectan normalmente los intereses públicos. En la medida en que las partes sean libres de realizar una determinada conducta procesal en el proceso, esto puede considerarse un anexo, y simplemente reconoce sustento vinculante al acuerdo de voluntades⁴⁷.

La complejidad asoma cuando cuando se trata de acuerdos que modifican la forma de actuación o producción de los distintos medios de prueba (por ejemplo que se prohíba al juez estar presente en la audiencia de declaración de testigos o de las partes). No es que el sistema de justicia estatal se esté utilizando de manera disfuncional o ineficiente debido a acuerdos procesales contractuales. Más bien, al interpretar la norma procesal cuya condición está en cuestión, es necesario examinar si cae dentro del alcance del derecho procesal imperativo, que inevitablemente requiere un equilibrio entre el interés disposicional privado y los intereses (públicos) perseguidos por la disposición legal.

Así si consideramos a la intermediación probatoria del juez y su rol en un proceso, debe entenderse en esa inteligibilidad los límites a la autonomía. El principio de intermediación tiene relación con la valoración de la prueba, pero admite excepciones, como

46 BGH v. 17.10.2019 – III ZR 42/19, ECLI:DE:BGH:2019:171019IIIZR42.19.0, MDR 2020, 31 = MDR 2020, 273

47 NIESE, W., *Prozesshandlungen und Verträge...*, op. cit., p. 80.

los casos excepcionales legalmente regulados de obtención de pruebas por un juez comisionado/delegado/exhortado o solicitado donde la intermediación del juez o tribunal principal del proceso no requieren una implementación completa del principio de intermediación⁴⁸.

Porque, como ya explicó Schlosser, no hay ninguna razón obvia “para dar a las partes un método de prueba más fiable que el que ellos mismos expresamente desean”. En consecuencia, el tribunal es libre de proceder por razones de simplificación o flexibilidad procesal, si las partes desean escuchar a los testigos en la sala del tribunal, por ejemplo. O incluso la posibilidad de una declaración testimonial por escrito ante notario acordada por las partes debería ser suficiente; más bien, es probable que la discreción otorgada al tribunal se reduzca a “cero”. Incluso si el tribunal considera esencial su impresión personal inmediata del testigo, debe tener en cuenta el acuerdo contractual relativo a una respuesta escrita a la cuestión de la prueba.

Similar interrogante podría plantearse al renunciar por completo al uso del testigo mencionado y, por tanto, posiblemente seguir sujeto a pruebas, sería un tanto paternalista querer protegerlo del hecho de que el valor probatorio de una declaración testimonial que le sea favorable pueda verse reducido debido a una obligación contractual. Del mismo modo, un acuerdo según el cual debería ser suficiente un interrogatorio por parte de un juez delegado/Exhortado/encargado o solicitado o una audiencia virtual de testigos o peritos, y no debería tener menos importancia.

V. VALIDEZ JURÍDICA Y EFECTO VINCULANTE DE LAS CONVENCIONES PROBATORIAS

La ya mencionada disputa académica sobre la clasificación dogmática de los contratos procesales no requiere ninguna discusión en profundidad aquí porque las divergencias por lo general, no conducen a resultados diferentes relevantes. A modo de ejemplo, cabe hacer referencia a la cuestión de si la parte, contrariamente a un acuerdo previo en un contrato internacional de selección de foro (*forum shopping*) contiene convenciones probatorias desconocidas para la cultura del *forum litigaciones*. La parte desea hacer valer una pretensión de daños y perjuicios (reparatoria)⁴⁹

48 WAGNER, G. *Prozessverträge: Privatautonomie...*, op. cit., p. 685

49 Así, probablemente unas de las decisiones más antigua sobre la “validez” de los contratos sobre prueba del Superior Tribunal del Estado OGH 18. 5. 1909 GIUNF 4625 = ZBI1910, 732; Principio rector de esta decisión: “Carga de la prueba: validez el acuerdo sobre la presunción de culpa en caso de incumplimiento de un contrato.” El OGH decidió de manera diferente, aunque todavía bajo la AGO (cláusulas generales de contratación) , sobre el Contratos de carga de la prueba en 30. 3. 1864, 2336 = GIU 1892, según el cual un acuerdo sobre la Carga de la prueba a favor del demandante contra el principio de que el demandante debe nombrar y probar; la “adquisición contractual”. Por lo tanto, la “carga de la prueba” es inválida; Además OGH 24. 10. 1877, 12645 = GIU 6595, en el. La OGH – sobre la AGO – considera que las partes no están en condiciones de convencer al juez.

En este caso de conflicto de leyes (derecho internacional privado), la interpretación de la convención procesal es irrelevante, ya que incluso si del acuerdo sobre el fuero se parten calificaciones procesales, si ella garantiza la tutela de derechos materiales por daños y perjuicios ya es vinculante. La cuestión de la calificación es, por lo tanto, irrelevante para los hechos finales y los requisitos para la validez legal de las convenciones probatorias. Independientemente de si se califica este tipo de contrato en términos de derecho material o procesal, parece coincidir en que, a falta de una regulación legal de los contratos procesales, se aplicarán las disposiciones generales del derecho civil sobre la celebración, la eficacia jurídica y la validez jurídica. Así los contratos jurídicos sustantivos correspondientes deben aplicarse y parte de su cumplimiento y eficacia es respetar lo procesal contenido en un continente sustantivo. El cumplimiento de los requisitos procesales, por ejemplo, la concesión de un poder o la participación de abogados en el proceso legal, no debería ser importante menos dirimente.

1. Protección de la libertad de decisión en los negocios jurídicos

No creo correspondan imponer barreras no escritas a la admisibilidad de las convenciones probatorias: las tradicionales ya existieron y existen, la novedosas pues debieran tener su cabida por razones de protección de la libertad de toma de decisiones en transacciones legales desarrollarse.

Si una parte contratante (empresario/proveedor) desea introducir cláusulas de prueba en el contrato utilizando términos y condiciones generales, se aplican las reglas generales para la inclusión y el control judicial del contenido en el marco del respeto al derecho de consumidores y usuarios (parte vulnerable).

2. Limitación de la facultad probatoria de oficio del juez

Según la opinión que creo es la correcta, una restricción contractual sobre la prueba no sólo puede afectar la facultad probatoria de las partes, contra otra posición, incluso creo podría limitar la facultad complementaria del tribunal para practicar la prueba de oficio. Solo dos ejemplos de aplicación: (i) si las partes convienen que determinados acontecimientos sucedieron de determinada forma, no hay hechos controvertidos sobre los cuales el órgano judicial pueda de oficio ordenar prueba; (ii) si las partes optan por una prueba pericial arbitral (que es vinculante para ellas y para el juez) difícilmente el órgano judicial pueda válidamente ordenar otra prueba complementaria secundaria.

Si se deja a las partes presentar al tribunal en consuno ciertos hechos relevantes para la decisión y el tribunal tiene que examinarlos coherentemente esa versión común no contiene “hechos/puntos controvertidos” por lo que no precisan de prueba y son una “verdad de partes”. Sería ilógico y, al menos contraindicado, ordenar pruebas de oficio por lo que no es “controvertido” primero, y segundo por emanar ello de la voluntad dispositiva de acordado contractualmente por las partes. Parece más coherente

con el sistema atribuir un efecto discrecional a la limitación contractual de la prueba: si las partes han acordado no emplear determinadas pruebas, esta es la voluntad de la partes. Realizar una investigación de los hechos a cualquier precio y contra la voluntad de las partes sería difícil de conciliar con la máxima de disposición que tienen las partes sobre el proceso y el derecho sustantivo en pugna.

El efecto vinculante de la limitación contractual de la prueba corresponde también a la vinculación expresa de un perito acordado por las partes de conformidad. ¿Podría el tribunal de oficio además nombrar otros adicionales? Frente a esta pregunta simple la discusión doctrinaria y jurisprudencial alemana es bastante interesante. Para algunos el acuerdo debe interpretarse en el sentido de que el perito elegido no es sólo un perito primario, sino además también excluye a peritos designables como prueba de oficio; para otros, si un perito fuera insuficiente según la discreción probatoria del juez, nada excluye que pueda de oficio sumar y designar peritos adicionales al nombrado por las partes. La posición que creo corresponde es que si las partes mantienen su elección de un perito en particular, incluso con las dudas del tribunal sobre la idoneidad, costos o tiempo de su labor, la voluntad de esta parte debe respetarse independientemente del retraso procesal asociado: (i) siempre que no implique una desproporción y dispendio en tiempo absurdo o exagerado y (ii) el resultado (informe/dictamen pericial) acordado responda o se prevea hacerlo de manera suficiente a la cuestión materia de la prueba⁵⁰.

3. Efectos jurídicos procesales y sustantivos

Después de todo, las convenciones probatorias no sólo tienen un efecto vinculante inter partes, sino que deben ser tenidos en cuenta por el tribunal. Esta afirmación, sin embargo enfrenta la duda sobre la impugnación posterior a la validez sustantiva por una parte o terceros interesados del acuerdo probatorio. Ello podría habilitarse con lo que se debiera abrir las puertas a pruebas sobre la propia “convención probatoria” en su validez o eficacia. Difícil resulta pensar ellos al menos inter partes en un caso donde el convenio haya sido homologado por el propio juez. Sería una conducta contradictoria y contra el propio actuar anterior de una de las partes⁵¹.

Esto se aplica también a casos donde se pretende hacer cumplir una convención que contiene el deber de colaboración de una de las partes para la actuación de la prueba o debido a la obligación de prestar el consentimiento necesario para la obtención de pruebas. En la medida en que el acuerdo presentado por no modifica la práctica de la prueba en forma contraria a su función, la convención debe cumplirse y en su caso inferir consecuencias probatorias en contra de la parte incumpliente.

Una vez que se reconoce la autonomía contractual en el derecho de la prueba, es imposible socavarla supeditando la obtención de pruebas al interés público en acelerar

50 EICKMANN, *Beweisverträge* 48 ss, 53 ss.

51 WAGNER, *Prozeßverträge* 692 ss.

el procedimiento. Por lo tanto, la parte que se beneficia del acuerdo no puede presentar una posible reclamación por daños y perjuicios sobre la base del derecho civil (efectos sustantivos de la convención)

VI. CONCLUSIÓN

Los acuerdos sobre pruebas tienen sustento en la voluntad de las partes del proceso. No considero violen la máxima “teórica” por parte de la literatura de reconstruir los hechos de la forma más realista posible, mas bien son un correlato del aporte de partes (hechos y sus pruebas) al proceso. Acuerdos que delimiten los hechos o quedirectamente contemplen aspectos de su prueba como el derecho a presentar pruebas o, por el contrario, faciliten determinadas pruebas o incluso califiquen a alguna como vinculante fueron y son viables. También deben reconocerse las modificaciones contractuales a la práctica o actuación como a la carga.

Los límites de estas convenciones que por ser procesales no pierden su calidad sustantiva son justamente los que devienen de esta última: no dañar derechos de terceros, el fraude a la ley y el orden público. El ejemplo de su uso en ámbitos tan delicados y de extremo cuidado en la disponibilidad de las partes como los modernos sistemas acusatorios penales, ponen en tela de juicio muchas de las objeciones del uso de las mismas en procesos civiles. El uso de las convenciones probatorias tiende a una mayor flexibilidad del proceso, ello tanto para las partes que quedan vinculadas (efecto inter partes), como también en relación al órgano judicial que no podría (aún facultado por la ley) ordenar prueba de oficio sobre lo que las partes decidieron acordar no ser hechos que precisen prueba por no ser litigiosos o bien delimitar la prueba a ofrecer y producir. Incluso más allá, el uso de las convenciones sobre la carga de la prueba y más sobre su valoración son ámbitos donde el test de vulnerabilidad de una de las partes podría ser la única vía de derrotabilidad de la fuerza vinculante de la convención probatoria.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *El reconocimiento de deuda: aspectos contractuales y probatorios*, Granada: Comares, 1987.
- ALLEMEERSCH, B.,- VANDENBUSSCHE, W., in *Wéry/Stijns, Le juge et le contrat*, Bruxelles: Dikeure Lacharte, 163 ss.
- BAUMGÄRTEL, G. *Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess*, Köln: Heymann, 1957, 248 y ss.
- BAUMGÄRTEL, G. “Die Auswirkungen von Parteivereinbarungen auf die Beweislast”, en R. Holzhammer, W. Jelinek y P. B öhm, *Festschrift für Hans W. Fasching*, Wien, Manzsche, 1988, p. 69.

- BULÖW, O., “Dispositives Civilprozessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung”, AcP, vol. 64, 1881, 1-109.
- CABRAL, A, «Consensual Dispute Resolution» in B Hess, M Woo, L Cadiet, S Menétrey, y E Vallines García (eds), *Comparative Procedural Law and Justice (Part XV Chapter 1)*, cplj.org/a/15-1, esp. nums. 35-40 (Visitado 11 febrero 2025)
- CADIET, L., “Les conventions relatives au procès en droit français. Sur la contractualisation du règlement des litiges”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, Vol. 62, Nº Extra 3, 2008, 7-36.
- CAPONI, R., “Autonomia privata e processo civile: gli accordi procesual”, *Revista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 11, 2008, 99-120.
- DICKHOFF, V., *Die Rechtsnatur und Wirksamkeit von Beweisvereinbarungen im Zivilprozeß*, Erlangen: Uni. Dissertation, 1941.
- EICKMAN, K. W., *Beweisverträge im Zivilprozess*, Bochum: Blockmeyer.
- EICKMAN, K. W., *Beweisverträge im Zivilprozess*, Bochum, Studienverlag N. Brockmeyer, 1987
- EICKMANN, K. W., *Beweisverträge im Zivilprozess*, Bochum: Brockmeyer, 1987.
- KERN, C. A., “Procedural Contracts in Germany”, en A. DO PASSO CABRAL Y P. HENRIQUE NOGUEIRA (Coords.), *Negócios Processuais*, Salvador da Bahia, JusPodivm, 2015, 179-193.
- KLEMENT, A., y KAPELIUK, D., *Contractualizing Procedure*, *SSRN Electronic Journal*, 2008, p. 20, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1323056> (Visitado 2 de febrero 2025); 5-25
- KNECHT, O., *Die Beweisverträge im Zivilprozeß*, Freiburg: Rosswog, 1937.
- KNECHT, O., *Die Beweisverträge im Zivilprozeß*, Freiburg.
- KONZEN, H., *Rechtsverhältnisse zwischen Prozessparteien*, Berlin: Dunker and Humblot, 1976.
- LABNER, K., *Beweisvertrag im Zivilprozess*, Wien: Manz, 2023.
- LANGER, M., “Plea Bargaining, Conviction without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions”, *Annu. Rev. Criminol.* DOI: 10.1146/annurev-criminol-032317-092255 (2019).
- MUSIELAK, H. J., *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, Berlin · New York: Walter de Gruyter, 1975, 58-82
- NIESE, W., *Prozesshandlungen und Verträge über Prozesshandlungen*, Leipzig: Noske, 1931.
- NYLUND, A GALIČ, A Y NOWAK, J., “Early Resolution, Case Management and Settlement” in B Hess, M Woo, L Cadiet, S Menétrey, y E Vallines García (eds), *Comparative Procedural Law and Justice (Part VI Chapter 3)*, cplj.org/a/6-3, (Visitado 11 febrero 2025) esp. num. 85-90.
- PELLI, O., *Beweisverträge im Zivilprozess*, Zürich: Dike, 2012.
- PRÜTTING, in *MünchKomm/ZPO*, 6.Ed. München: Beck, 2020, § 286 ZPO Rz. 164 y ss. .
- RIELÄNDER, F., “Zur Struktur und Dogmatik von Beweismittelverträgen”, *GVRZ*, 2021, 3, 1-14.

- RODI, M. «Prozessbezogene Verträge und Klauseln», comentario §§ 305–310 BGB (AGB-Rech 2: Ausgewählte Verträge; AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht; internationaler Geschäftsverkehr), in: J. v. Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin, Sellier / de Gruyter 2022
- ROSENBERG, L., *Die Beweislast auf der Grundlage des BMrgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozessordnung*, München: Beck, 1953.
- SACHSE, H., “Beweisverträge”, ZJP 1929, 409 (409).
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., *Los negocios de fijación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- SAVIGNY, F. K., *System des heutigen römischen Rechts*, v. VI, Heuser: Otto Ludwig, 1848.
- SCHIEDERMAIR, G., *Vereinbarungen im Zivilprozess. Verf.angabe*, Bonn: Röhrscheid, 1935, 120
- SCHLÜTER, PH., “Zivilprozessuales Beweisverwertungsverbot materiell-rechtswidrig erlangter Beweismittel?”, *JuristenZeitung* 79 (2024), 888-892.
- SCHLOSSER, P., *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1968.
- SCHNEIDER, E., *Beweis und Beweiswürdigung unter besonderer Berücksichtigung des Zivilprozesses*, München: Vahlen.
- SCHÜLLER, W., *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozeßrecht*, Göttingen, 1932.
- SCHULLER, W., *Die Wirksamkeit von Beweisverträgen nach geltendem Prozessrecht*, Göttingen, s. e., 1932.
- SCHUMANN BARRAGÁN, G. , *Derecho a la tutela judicial efectiva y autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Madrid: Marcial Pons, 2022.
- SOBA, I., *Los acuerdos procesales*, Tesis doctoral , Salamanca: Universidad de Salamanca, 2023
- Taelman, P., “Powers of the Judge in Evidence Proceedings and Evidentiary Agreements”, en L. BUJOSA VADELL (Dir.), *En torno a la prueba y al proceso*, Granada: Comares, 2019, 1-29.
- TRENKER, M., *Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess*, Wien: Manz, 2020.
- WAGNER, G., *Prozessverträge*, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998.
- WINDSCHEID, B., *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Vol II, Frankfurt am Main: Literarische Anstalt Rütten & Loening, 1887