
DOCTRINA

LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ ÁRBITRO SITUACIÓN ACTUAL Y PROPUESTA PARA UNA REFORMA PROCESAL CIVIL

Javier Muñoz Saguas¹

***RESUMEN:** Esta investigación analiza cómo, en virtud del aún vigente sistema procesal civil, los jueces árbitros pueden tener la iniciativa probatoria en un juicio civil, en qué casos pueden hacerlo, y cuáles son las problemáticas de reconocer esta facultad. De este modo, se hace un estudio dogmático y jurisprudencial tanto de la legislación vigente a la fecha como de los principios procesales pertinentes, poniendo especial énfasis en el principio dispositivo y a la autonomía de la voluntad de las partes; también cómo reconocer esta facultad podría afectar el derecho constitucional al debido proceso, de qué forma se regula este tema en el derecho comparado, y cuál es la tendencia sobre la materia que se observa en las discusiones habidas en el marco de la reforma procesal civil, proponiendo de este modo una regulación expresa sobre el tema que sea coherente con la reforma, la tendencia moderna comparada, y la naturaleza jurídica del arbitraje.*

***ABSTRACT:** The following investigation analyzes how, according to the current civil procedural law system, the arbitrators may have the procedural initiative in a civil lawsuit, which are the cases when they are able to use that power, and the legal problems of recognizing it. Following this, the paper contains a dogmatic study and a related to case law investigation of both the current legislation and the pertinent procedural legal*

¹ **JAVIER MUÑOZ SAGUAS.** Abogado Litigante del Consejo de Defensa del Estado. Abogado de la Universidad de Chile. Ayudante ad-honorem del Departamento de Enseñanza Clínica del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico javier.munoz@cde.cl

principles, with special emphasis on the dispositive principle –mainly on the rules of evidence- and the freedom of will of the parties; also, in which way recognizing this power could affect the constitutional right to a due process, how it is regulated in the comparative law, and what is the tendency about this subject in the current discussions of the civil justice reform, proposing then a concrete regulation of the matter, which is harmonic with the principles of the reform, the modern contemporary tendency, and the legal nature of the arbitration.

PALABRAS CLAVE: Arbitraje – Debido proceso – Iniciativa probatoria – Principio dispositivo – Reforma procesal civil

1. Introducción y antecedentes del problema

En el proceso civil, tradicionalmente se ha entendido que el principio dispositivo es la máxima más importante en torno a entender el rol que deberá tener el juez en el proceso, de modo tal que según dicho principio, son las partes quienes tienen el monopolio de la actividad probatoria para acreditar los hechos que aleguen en el juicio, sin que el sentenciador pueda tomar tal iniciativa.

En principio y según la regulación legal vigente del juicio arbitral, pareciera ser que tal lógica incluiría el rol del juez árbitro, por lo que se debe concluir que en consecuencia, carecería de la iniciativa probatoria para acreditar los hechos alegados, del mismo modo como ocurre con los tribunales civiles ordinarios². Sin embargo, tal conclusión resulta incoherente tanto con el principio de la autonomía de la voluntad que rige a las partes al momento de celebrar el compromiso, como con ciertas normas del Código de Procedimiento Civil donde se manifiesta una intención del legislador de dotar de mayores facultades al juez árbitro (puntualmente, el arbitrador), y la tendencia moderna existente en el derecho comparado.

² Sin perjuicio de ciertos casos especialísimos en que el legislador permite que, en el actual proceso, el juez civil tome la iniciativa probatoria, como por ejemplo es el caso de las medidas para mejor resolver del artículo 159 del Código de Procedimiento Civil.

Así, la postura que se sostiene en esta investigación es la de reconocer que con la regulación actual, el juez árbitro arbitrador goza de la facultad de dictar diligencias probatorias de oficio si es que lo estima conveniente para el esclarecimiento de los hechos, sin por ello vulnerar el principio dispositivo ni afectar su imparcialidad para resolver el conflicto sometido a su competencia, mientras que en el caso de los otros jueces sólo la tendrían en el caso que las partes expresamente se la concedieran en el acto del compromiso.

De todos modos, se reconoce la insuficiencia y problemáticas de la actual regulación sobre la materia, y se propone una regulación expresa al respecto en la anunciada ley de arbitraje interno en el marco de la reforma procesal civil, de modo tal que se reconozca expresamente la iniciativa probatoria del juez árbitro para solicitar o practicar las diligencias que estime necesarias para esclarecer los hechos, en cualquier estado del juicio, salvo un acuerdo en contrario de las partes.

Por consiguiente, para justificar esta postura, en primer lugar la presente investigación analizará la regulación actual sobre la materia y los problemas que ella presenta; en segundo lugar, se enuncian y tratan algunas de las discusiones doctrinarias que se han dado sobre la materia en el caso de reconocer la iniciativa probatoria del juez árbitro; en tercer lugar, se analiza la tendencia moderna existente en el derecho comparado sobre la materia, para que finalmente, en cuarto lugar, se analiza la discusión que se ha dado sobre este tema en el marco de la reforma procesal civil.

Así las cosas, y tras los antecedentes descritos, se propondrá una posición al respecto tanto en relación a la regulación vigente del proceso civil, como el modo en que debiese regularse en la anunciada ley de arbitraje interno.

2. Regulación vigente sobre los jueces árbitros y su iniciativa probatoria, y los problemas que existen al respecto

En nuestro actual sistema legal, tanto los jueces árbitros como los distintos tipos de juicios arbitrales se encuentran regulados principalmente en el Título IX del Código Orgánico de Tribunales –desde el artículo

222 hasta el artículo 243– y en el Título VIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil –desde el artículo 628 hasta el artículo 644–. En estas normas, tanto en su parte orgánica como funcional, nuestra legislación divide el sistema en arbitraje de derecho, arbitraje de equidad, y arbitraje mixto; en el caso del primero, el procedimiento que se sigue es aquél consagrado en la ley para los jueces ordinarios, mientras que para los otros dos, el procedimiento será aquél que las partes consagren en el compromiso, y en lo no dispuesto, en lo regulado en los artículos 637 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. De cualquier modo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1º del mismo cuerpo legal, se entiende que a todo juicio arbitral son aplicables las disposiciones comunes a todo procedimiento consagradas en su Título I, y además, según lo dispuesto en el artículo 3º, también habría una aplicación supletoria de las reglas y normas del juicio ordinario.³

Si consideramos las materias que necesariamente deben ser conocidas y resueltas por la justicia ordinaria contempladas en los artículos 229 y 230 del Código Orgánico de Tribunales, a *contrario sensu* podemos concluir entonces que las materias que pueden tratarse por jueces árbitros son de naturaleza civil, por lo que en consecuencia es lógico entender que en sus procedimientos rigen los tradicionales principios procesales civiles. De este modo, podría concluirse que máximas tradicionales del actual procedimiento civil –tales como el principio dispositivo, la mediación del sentenciador, o la bilateralidad de la audiencia– tienen plena cabida en un litigio seguido ante un juez árbitro, del mismo modo como lo son en el caso de un tribunal civil ordinario.

Sin embargo, dicha conclusión resulta apresurada, pues si bien es cierto que, por los motivos expuestos, los principios formativos del procedimiento civil tienen notoria trascendencia en los juicios arbitrales, este razonamiento obvia las características especiales que revisten los litigios civiles seguidos ante árbitros, atendiendo tanto a su naturaleza jurídica como a su actual regulación legal.

³ Excma. Corte Suprema. *Manufacturas Sumar S.A. con Impuestos Internos*, de 15 de noviembre de 1954. En: Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales (51), pp. 580-588.

Así pues, si tomamos la definición tradicional que normalmente se da de un juicio arbitral, como “aquel a que las partes concurren de común acuerdo o por mandato del legislador y que se verifica ante tribunales especiales, distintos de los establecidos permanentemente por el Estado, elegido por los propios interesados o por la autoridad judicial en subsidio, o por un tercero en determinadas ocasiones”⁴, y a su vez entendiendo que este juicio arbitral se perfecciona mediante una convención de arbitraje entre las partes que puede revestir la forma de compromiso o de cláusula compromisoria, se puede determinar claramente cómo existe un elemento esencial en el arbitraje que lo distingue de los procedimientos civiles tradicionales. Se trata de la importancia de la autonomía de la voluntad de las partes.

En efecto, esta autonomía de la voluntad de las partes se manifiesta en varias fases: en primer lugar, por regla general, las partes son libres para decidir si extraen la competencia de un determinado asunto a la justicia ordinaria, para entregársela al juez árbitro –salvo los casos de arbitraje forzoso contemplados en el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales–; en segundo lugar, cuando un determinado asunto vaya a ser conocido y resuelto mediante arbitraje, las partes a su vez son libres para elegir a la persona que querrán como juez árbitro en el conflicto –sin perjuicio de ciertos requisitos mínimos exigidos en el artículo 225 del mismo Código Orgánico de Tribunales–; y en tercer lugar, y de especial importancia, las partes son libres para decidir qué facultades tendrá este juez árbitro, y en el caso de los árbitros mixtos y arbitradores, también para decidir el procedimiento que será aplicable en el juicio.

De este modo, la conclusión es evidente: para entender la forma en que debe llevarse un determinado juicio arbitral, siempre se debe considerar con especial relevancia la voluntad manifiesta de las partes al momento de celebrar el compromiso, pues dentro de la amplia libertad que nuestro ordenamiento les otorga para decidir la persona del juez, su competencia, sus facultades y procedimiento, podrían perfectamente pactarse normas o reglas que pasen a llevar los tradicionales principios formativos del procedimiento civil, los cuales no pueden ser obviados

⁴ AYLWIN, Patricio. *El juicio arbitral*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2005. 5a edición. pp. 17.

por el sentenciador, con la única excepción de que estas reglas no pueden pasar a llevar elementos que afecten su derecho fundamental a un debido proceso. Es decir, debe entenderse que las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad pueden renunciar exclusivamente a aquellas normas y principios que existen en beneficio suyo —conocidas en doctrina como normas de orden privado—, mas no así aquellas que son de orden público, pues se relacionan con el derecho constitucional al debido proceso.⁵

En otras palabras, el silogismo anterior permite concluir que en los procedimientos arbitrales, de acuerdo a nuestra actual regulación, la aplicación de máximas tradicionales como el principio dispositivo o la adquisición procesal no es absoluta como ocurre con los procedimientos seguidos ante tribunales civiles ordinarios.

Y quiero detenerme en la actual regulación legal, y especialmente en la aplicación del principio dispositivo. En efecto, el principio dispositivo es una máxima procesal que tradicionalmente ha sido desglosado en tres premisas: en primer lugar, que las partes tienen el pleno dominio de sus derechos subjetivos de modo tal que son libres para decidir si litigar respecto de ellos o no; en segundo lugar, que el impulso procesal de dar curso progresivo al juicio corresponde exclusivamente a las partes; y en tercer lugar, que la iniciativa probatoria en el juicio corresponde exclusivamente a las partes, sin que el juez pueda tomar dicha iniciativa.⁶

Pues bien, en el caso de los árbitros arbitradores, es importante recordar que en virtud de lo dispuesto en los artículos 223 del Código Orgánico de Tribunales y 637 del Código de Procedimiento Civil, ellos no fallan conforme a derecho como lo hacen los tribunales civiles ordinarios, sino que por el contrario, lo hacen en el sentido que la prudencia y la

⁵ Sobre la renuncia de derechos derivados de normas de orden público y de orden privado, ver ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, y VODANOVIC, Antonio. *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1999, pp. 208 y ss.

⁶ MATURANA, Cristián. *Plazos, Actuaciones Judiciales, Notificaciones, Resoluciones Judiciales y el Juicio Ordinario conteniendo la Teoría General de la Prueba*. Santiago, Chile. Apuntes del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 2012, p. 179.

equidad le dicten. Al respecto, puede darse el caso que la prueba rendida por las partes en autos sea insuficiente para que el juez logre formarse la convicción necesaria para emitir una decisión acorde a su prudencia y equidad, pues no le permite tener un conocimiento cabal de los hechos que hayan sido alegados. En este caso, para poder fundar su fallo, sería necesario concluir que el juez amigable componedor puede alejarse del principio dispositivo, e incluso de las normas que se hayan establecido en el compromiso, tomando así la iniciativa probatoria –ya sea solicitando la exhibición de documentos, citando a declarar a testigos, solicitando pruebas periciales, inspeccionando personalmente ciertos lugares relacionados con el juicio, entre otros– para poder suplir esta insuficiencia de la prueba rendida, de forma similar a lo que se encuentra contemplado hoy en día respecto de las medidas para mejor resolver en el juicio ordinario, en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil.

Esta misma postura tendría sustento legal, puntualmente en el mismo artículo 637 del recién referido cuerpo legal, el cual cuando señala que el arbitrador “practicará las diligencias que estime necesarias para el conocimiento de los hechos”, el legislador no hace más que reconocer las facultades inquisitivas del amigable componedor en materia probatoria, toda vez que le reconoce amplias potestades para realizar, a su arbitrio, las diligencias probatorias que crea que sean necesarias, y esta norma tendría un motivo lógico, pues como ya lo señalé, puede ser el único camino que el amigable componedor pueda tomar para poder dictar un fallo adecuado en el sentido que su prudencia y equidad le dicten.

3. Problemas en reconocer la iniciativa probatoria del juez árbitro en el actual Código de Procedimiento Civil

A pesar de lo ya señalado, la verdad es que el debate que se expone no resulta pacífico ni en la doctrina ni en la jurisprudencia nacional, toda vez que existen otros derechos y principios jurídicos que se contraponen a esta posibilidad.

En efecto, en primer lugar, es perfectamente posible que en el ejercicio de esta iniciativa probatoria por parte del juez árbitro, una de las partes alegue sufrir un perjuicio, toda vez que el juez estaría ayudando

a la contraria que no ha cumplido cabalmente con su carga procesal de acreditar los hechos que sustentan su pretensión, y de este modo, se vulneraría su derecho fundamental a un debido proceso, puntualmente en sus expresiones concernientes al derecho a un procedimiento que permita a las partes la rendición de prueba, y su derecho a una igualdad de tratamiento en el proceso.⁷

Respecto del posible argumento de vulnerarse el derecho de las partes a rendir prueba, al respecto el profesor Picó i Junoy ha señalado que el hecho de que las partes tengan un derecho a probar los hechos alegados no significa que tengan el monopolio de la actividad probatoria, de modo tal que el juez podría tomar eventualmente la iniciativa probatoria, siempre y cuando el ejercicio de esta facultad no limite a su vez el derecho de las propias partes a rendir la prueba⁸, en otras palabras, que en la medida que esta iniciativa probatoria del juez árbitro no afecte la posibilidad de las propias partes de rendir su propia prueba pertinente a acreditar los hechos que aleguen, no existirían problemas al respecto de que el sentenciador por su parte decida decretar otras diligencias.

Sobre el segundo argumento, justamente en pos de la obligación de fallar en prudencia y equidad, puede resultar necesario que el juez árbitro haga uso de esta facultad para resguardar la igualdad en pos de la parte desmejorada por razones fácticas de no poder hacerse con los medios probatorios necesarios. En efecto, la experiencia recogida por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago nos demuestra cómo gran parte de los litigios que terminan siendo conocidos y resueltos por jueces árbitros son de índole mercantil —en los cuales predominan conflictos derivados de contratos de suministro de mercaderías, y de contratos de construcción de obra material⁹—, en los cuales por moti-

⁷ COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil. La Constitución y el Proceso Civil*. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma. 1989. Tomo I, pp. 59.

⁸ PICÓ I JUNOY, Joan. *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*. Barcelona, España. José María Bosch Editor. 1996. pp. 233-234.

⁹ Al respecto, ver CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. *Sentencias Arbitrales: 2005-2008*. Santiago, Chile. Cámara de Comercio de Santiago. 2008. Tomo IV, pp. 641 y ss.

vos fácticos, una de las partes se encuentra en una posición privilegiada por sobre la otra al momento de obtener medios probatorios –por ejemplo, en el caso de un contrato de construcción, el contratista al estar en constante acceso a las obras tiene acceso a los informes técnicos, el registro de la evolución del suelo, el detalle de gastos de insumos, entre otros documentos de los cuales el mandante carece–. En consecuencia, en el caso que el sentenciador se percate de un notorio desequilibrio en cuanto a los medios de prueba aportados por las partes en juicio que pueda nublar su convicción para fallar según su prudencia y equidad, será necesario que tome esta iniciativa para así esclarecer los hechos que le parezcan oscuros o dudosos.

En segundo lugar, otra dificultad existente en reconocerle al juez árbitro la facultad de tomar la iniciativa probatoria recae en el hecho que la parte agraviada ante tal medida, podría argumentar que con tal decisión estaría prejuzgando el asunto sometido a su competencia, y en consecuencia, haber perdido su imparcialidad para dictar sentencia, por lo que tendría que inhabilitarse en virtud de las causales sobre implicancia y recusación contempladas en los artículos 195 N° 8 y 196 N° 10 del Código Orgánico de Tribunales. Sin embargo, justamente para evitar tal prejuzgamiento, el profesor Romero señala que, en virtud del artículo 263 del Código de Procedimiento Civil, el árbitro debe actuar en un ámbito meramente de conciliación, ya que sólo así las opiniones que emita no lo inhabilitarían para fallar¹⁰. No obstante, si entendemos que el proceso tiene un fin social, de modo que lo que persigue es resolver los conflictos jurídicos mediante una sentencia que considere la verdad de los hechos, y no meramente imponer la postura de una de las partes sobre otra, entonces el hecho que el juez decida tomar esta iniciativa probatoria para esclarecer la verdad material –por sobre la verdad procesal– no podría suponer un prejuzgamiento que lo inhabilite para resolver el conflicto sometido a su competencia.¹¹

En definitiva, como se puede apreciar, el reconocimiento de esta iniciativa probatoria no es un tema pacífico en el derecho chileno debido a

¹⁰ ROMERO, Alejandro. “La Independencia e Imparcialidad en la Justicia Arbitral”. En: *Revista Chilena de Derecho*, 5, Santiago, Chile. 2001, p. 528.

¹¹ BORDALÍ, Andrés. “El debido proceso civil”. En: *Proceso civil: Hacia una nueva justicia civil*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2007, p. 268.

que en pos del esclarecimiento de la verdad de los hechos sustanciales, pertinentes y controvertidos del litigio, sería bastante lógico que una de las partes se sienta perjudicada por el uso de tal potestad. En este sentido, nuestros tribunales superiores de justicia, a través de su jurisprudencia, conociendo del recurso de casación en la forma, han sido bastante estrictos señalando que cuando el juez árbitro se excede de sus facultades y su competencia consagradas en el compromiso, se configuraría una causal de nulidad que viciaría el fallo¹², y además, conociendo de un recurso de queja, ha dicho que el juez árbitro también comete falta y abuso cuando manifiesta arbitrariedad o desconocimiento evidente de las normas establecidas en el acto del compromiso¹³. En consecuencia, se puede apreciar cómo la jurisprudencia sobre la materia ha tendido a tener una postura más bien conservadora en cuanto a reconocer la iniciativa probatoria del juez árbitro, la cual como se explicará más adelante, es contradictoria con las tendencias modernas y comparadas.

4. La tendencia actual según el derecho comparado y el Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago

De lo que se ha expuesto hasta ahora, se manifiesta cómo en gran medida los problemas actuales relativos a las facultades procesales del juez árbitro se desprenden de la desactualización que al respecto tiene nuestro aún vigente sistema procesal civil. En efecto, es importante tener en consideración que los textos que regulan la materia ya tienen bastantes años de vigencia —el texto del Código de Procedimiento Civil fue

¹² Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. *Comercial Santa Laura S.A. con Correa Ardizzoni, Felipe*, de 30 de junio de 2010. En: Base Jurisprudencial del Poder Judicial. Disponible en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ConsultaDetalleAtPublicoAccion.do?TIP_Consulta=1&COD_Libro=1&ROL_Recurso=4726&ERA_Recurso=2009&COD_Corte=90&. (visitado el 2 de octubre de 2015)

¹³ Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. *Consejo de Defensa del Estado con Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de Obra Pública*, de 29 de octubre de 2007. En: Base Jurisprudencial del Poder Judicial. Disponible en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ConsultaDetalleAtPublicoAccion.do?TIP_Consulta=1&COD_Libro=1&ROL_Recurso=3536&ERA_Recurso=2007&COD_Corte=90&. (visitado el 2 de octubre de 2015)

aprobado el 28 de agosto de 1902, mientras que el del Código Orgánico de Tribunales fue aprobado el 15 de junio de 1943–, sin que en ellos hayan habido sustanciales modificaciones en la materia.

En efecto, la arcaica regulación del arbitraje doméstico que aún existe en Chile es incongruente con la tendencia contemporánea que se manifiesta en el derecho comparado, así como con la práctica judicial que se ha dado en nuestro país cuando las partes han decidido someterse al Reglamento Procesal de la Cámara de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

Observando el derecho comparado, se puede dilucidar cómo a partir de 1985, tras la publicación de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional por parte de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), existió una tendencia internacional por parte de varios Estados en modernizar sus normas sobre arbitraje interno o doméstico para así hacerlas armónicas con los nuevos principios e instituciones que se han dado en el arbitraje comercial internacional, así como con las máximas procesales modernas.

De este modo, dos de los países que primeramente reformaron sus sistemas sobre arbitraje interno fueron el Reino Unido y Brasil. El primero, a través del Arbitration Act promulgado en 1996, reguló todos los procedimientos arbitrales que se realicen en los estados sujetos a su jurisdicción –países entre los que se encuentran Inglaterra, Gales, Escocia, Nueva Zelanda, entre otros–¹⁴; y en ella, puntualmente en su sección 34, establece que el tribunal podrá decidir por sí respecto de todos los asuntos procedimentales y probatorios, sujeto al derecho de las partes para acordar cualquier asunto, de modo tal que el juez árbitro podrá tomar la iniciativa probatoria en el juicio, salvo acuerdo en contrario de las partes. Esta misma regla es la que fue adoptada por Brasil en su Ley 9.307 sobre Arbitraje¹⁵, señalando al respecto en su artículo 22 que el juez árbitro podrá recibir

¹⁴ Reino Unido. Arbitration Act 1996, regula los procedimientos arbitrales que se realicen en todos los estados sujetos a la jurisdicción del Reino Unido. Department of Trade and Industry. Londres, Inglaterra. 31 de enero de 1997.

¹⁵ Brasil. Lei 9.307, regula el arbitraje interno en dicho país. Presidência da República.

el testimonio de las partes, escuchar testigos y determinar la realización de pericias u otras pruebas que considere necesarias, ya sea tanto a petición de parte como de oficio, pero con la limitación establecida en el artículo 21, el cual hace referencia a que el procedimiento deberán establecerlo las partes, y si no hay nada estipulado, lo determina el mismo árbitro.

Siguiendo con esta tendencia fue como el año 2001, el Ministerio de Justicia español quiso reformar su vigente sistema sobre arbitraje interno, el cual culminó con la dictación de la Ley 60/2003. Al respecto, el artículo 25 sigue con la tendencia internacional al señalar que las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones, pero que a falta de acuerdo, ellos podrán dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado, con sujeción a lo dispuesto en esa ley, y que esta facultad comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, así como también sobre su práctica, incluso de oficio, y su valoración.¹⁶

Otro país que en los últimos años ha seguido la misma tendencia es Francia, el cual el año 2011 modificó la regulación legal existente sobre la materia en su Código de Procedimiento Civil¹⁷, tanto respecto del arbitraje interno como del internacional. En este cuerpo legal, tras la modificación, el artículo 1464 establece que salvo acuerdo en contrario de las partes, el árbitro determinará el procedimiento que seguirá en el juicio, y en el mismo sentido, el artículo 1467 establece expresamente la iniciativa probatoria del juez árbitro, dándole incluso la posibilidad de dictaminar sanciones a alguna de las partes que se niegue a cumplir con alguna de las diligencias probatorias que solicite.

Finalmente, la última reforma existente en el derecho comparado es del año 2013, puntualmente a través del Commercial Arbitration Act

Brasilia, Brasil. 23 de septiembre de 1996.

¹⁶ España. Ley 60/2003, regula el arbitraje interno. Ministerio de la Presidencia. Madrid, España. 23 de diciembre de 2003.

¹⁷ Francia. Code de procédure civile, regula el proceso civil francés. République Française. París, Francia. 20 de julio de 1808.

2013, del estado australiano de Queensland¹⁸, el cual a su vez sirve de modelo para todos los otros Estados federales que componen Australia. Dentro de ella, respecto de las facultades procedimentales que tiene el juez árbitro, se señala en la cláusula 19 que las partes son libres para establecer el procedimiento que deberá seguir el tribunal arbitral, y que ante la insuficiencia de dicho acuerdo, se permite que el árbitro dirija el juicio en la forma que considere apropiada, y que luego en la cláusulas 24B y 26, se le reconoce de forma expresa la facultad al juez árbitro para poder solicitar de oficio la prueba que estime pertinente.

En consecuencia, como puede apreciarse, la tendencia en el derecho comparado es bastante clara al respecto: por regla general, se reconoce de forma expresa la iniciativa probatoria del juez árbitro para practicar las diligencias que estime necesarias para resolver el conflicto sometido a su competencia, con la limitación de algún acuerdo en contrario hecho por las partes.

Esta misma tendencia se ha replicado en nuestro país en gran parte de los litigios que han sido conocidos y resueltos por árbitros designados por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. En efecto, cuando las partes deciden entregar la competencia de un cierto asunto a este organismo, es común que acuerdan que, en lo no previsto, hacen aplicable el Reglamento Procesal de Arbitraje de dicho Centro –vigente desde el 1º de diciembre de 2012–, y en subsidio, las normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil.

Al respecto, el artículo 30º de este reglamento, cuando se refiere a la producción de prueba, en su inciso primero señala que “el tribunal arbitral podrá disponer de oficio, dentro del término probatorio, las diligencias probatorias que juzgue convenientes, y podrá exigirles a las partes la presentación de cualquier documento que se encuentre en su poder y que diga relación con la controversia, bajo apercibimiento de no poder agre-

¹⁸ Australia. Commercial Arbitration Act 2013, regula el arbitraje comercial en el Estado de Queensland. Commonwealth Attorney General – State of Queensland. Brisbane, Australia. 14 de marzo de 2013.

garlo con posterioridad”¹⁹, y luego en su inciso segundo, que si una de las partes no cumple con lo solicitado por el tribunal arbitral, éste podrá dictar sentencia con las pruebas con las que cuente.

En conclusión, se manifiesta cómo la tendencia moderna sobre la materia es reconocer que el juez árbitro goza de amplias libertades para practicar las diligencias probatorias que estime necesarias para conocer los hechos sustanciales del litigio, salvo que haya algún acuerdo en contrario de las partes. Esta materia, como se ha señalado, no se encuentra dilucidada en nuestra legislación actual, por lo cual para que sea acorde tanto a la tendencia contemporánea como a la práctica internacional, merece una urgente reforma.

5. La iniciativa probatoria del juez civil en el Anteproyecto de Código Procesal Civil, y su aplicación al arbitraje doméstico

En lo que respecta a la reforma procesal civil que a la fecha se encuentra en discusión en nuestro Congreso Nacional, es mucho lo que se ha discutido respecto al rol que el juez debe tener en el proceso, buscando así modernizar la concepción tradicional que nuestro Código de Procedimiento Civil tiene del principio dispositivo, así como sobre la persecución de la verdad material por sobre la verdad procesal como fin del proceso.

Sobre este tema, en el mismo mensaje presidencial que remitió a la Cámara de Diputados el Anteproyecto de Código Procesal Civil se manifiesta un cambio de paradigma en cuanto al rol del juez y su relación con este principio dispositivo; en efecto, si bien se mantiene su vigencia y se reconoce la exclusividad de las partes de tomar el impulso procesal, determinar el objeto del juicio y aportar pruebas, de todos modos se reconocen mayores facultades al juez para poder actuar de oficio.²⁰

¹⁹ CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. *Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación*. Santiago, Chile. Cámara de Comercio de Santiago. 2012.

²⁰ Chile, Mensaje Presidencial N° 432-359 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, envía a la H. Cámara de Diputados el Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil. Santiago, Chile. 12 de marzo de 2012. pp. 17-18.

En el contexto de estas mayores facultades, el artículo 288 del Proyecto de Código Procesal Civil señala expresamente que el tribunal, de oficio, podrá ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, hasta antes del término de la audiencia preliminar, respetando siempre el derecho de defensa de las partes permitiéndoles la posibilidad de exigir una contraprueba cuando se haga uso de esta facultad.

Luego, si entendemos que en virtud del artículo 277 del referido Proyecto, la audiencia preliminar se desarrolla tras la presentación de la demanda y el emplazamiento del demandado para contestarla, tenemos que concluir en consecuencia que esta facultad del juez se puede ejercer durante la fase de discusión del procedimiento, lo cual innova respecto a las medidas para mejor resolver que se encuentran actualmente reguladas en el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil que permiten al juez civil decretar diligencias probatorias de oficio únicamente tras la citación a oír sentencia, y con las limitaciones que allí se señalan.

Como ya lo señalé anteriormente, esta nueva concepción sobre el rol del juez civil también debiese entenderse respecto del juez árbitro, por lo que la reforma debiese ir en ese sentido. De este modo, y siendo coherente con la reforma, dentro del mismo mensaje presidencial que remitió el Anteproyecto de Código Procesal Civil se anunció una reforma al arbitraje interno que la haga coherente con el nuevo sistema, la Ley de Arbitraje Comercial Internacional, y la tendencia comparada sobre la materia, la cual se regularía a través de una ley especial.²¹ Al respecto, actualmente se encuentra trabajando una Comisión Redactora del Anteproyecto de Ley de Arbitraje Interno, quienes ya han señalado la importancia de reformular la regulación existente sobre esta institución para lograr la señalada armonía, diciendo al respecto que enviarían un proyecto de ley para su discusión en el Congreso.

De este modo y basada en lo que se ha expuesto, la nueva ley de arbitraje interno debiese ir en el mismo sentido expuesto en el Anteproyecto de Código Procesal Civil, de modo que supliendo las deficiencias

²¹ *Ibid*, pp. 19-20.

normativas de nuestros actuales cuerpos legales sobre la materia, se debiese reconocer expresamente la iniciativa probatoria del juez árbitro en las causas que sean de su competencia.

No obstante, esta nueva regulación debe ser coherente tanto con la tendencia forense nacional como con el derecho comparado, en el sentido de que esta iniciativa probatoria no puede limitarse exclusivamente a la fase de discusión del proceso, sino que ésta debiese abarcar todo el litigio hasta la dictación de la sentencia definitiva en la medida que el juez árbitro lo considere necesario para el esclarecimiento de los hechos; pero siempre sujeta a la autonomía de la voluntad de las partes, quienes en el acto del compromiso pueden negar o limitar esta iniciativa probatoria, ya sea en cuanto a su extensión y regulación como a los medios probatorios que ésta supone.

6. Conclusiones

Como se ha demostrado en este artículo, la regulación aún vigente que existe sobre las facultades de los jueces árbitros en el Código de Procedimiento Civil y el Código Orgánico de Tribunales resulta confusa si la analizamos teniendo como base el principio dispositivo que rige los procedimientos civiles actuales.

En este sentido, se ha demostrado que en virtud de esta actual regulación, una interpretación armónica de las normas al respecto dan a entender que, en el caso del amigable componedor, si la prueba rendida por las partes resulta insuficiente para que el sentenciador pueda obtener la convicción necesaria para fallar en la prudencia y equidad a la que está mandatado, se encuentra facultado para tomar la iniciativa probatoria y en este sentido solicitar diligencias que le permitan esclarecer los hechos dudosos u oscuros presentes en el litigio. Sin embargo, los otros árbitros por su obligación de fallar conforme a derecho, carecen de esta facultad, a menos que sea consagrada de forma expresa por las partes al fijar las normas de procedimiento.

No obstante, se ha manifestado cómo la regulación actual es poco clara sobre la materia, y al respecto cómo está en pugna con otros prin-

ceptos jurídico-procesales, a su vez que resulta obsoleta si la analizamos con la regulación comparada pertinente. En consecuencia, en el marco de la reforma procesal civil, y específicamente, en la anunciada ley de arbitraje interno, se concluye la necesidad de consagrar expresamente la facultad del juez árbitro de proceder de oficio en materia probatoria, decretando así las diligencias que estime pertinentes para esclarecer los hechos alegados en el litigio tanto desde la presentación de la demanda hasta la dictación de la sentencia definitiva, salvo que exista algún acuerdo en contrario de las partes que niegue o limite esta potestad.

Bibliografía

- ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel, y VODANOVIC, Antonio. *Tratado de Derecho Civil: Partes Preliminar y General*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1999.
- AYLWIN, Patricio. *El juicio arbitral*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2005. 5a edición.
- BORDALÍ, Andrés. “El debido proceso civil”. En: *Proceso civil: Hacia una nueva justicia civil*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 2007. pp. 268.
- COUTURE, Eduardo. *Estudios de Derecho Procesal Civil. La Constitución y el Proceso Civil*. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma. 1989. Tomo I.
- MATURANA, Cristián. *Plazos, Actuaciones Judiciales, Notificaciones, Resoluciones Judiciales y el Juicio Ordinario conteniendo la Teoría General de la Prueba*. Santiago, Chile. Apuntes del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. 2012.
- PICÓ I JUNOY, Joan. *El Derecho a la Prueba en el Proceso Civil*. Barcelona, España. José María Bosch Editor. 1996.
- ROMERO, Alejandro. “La Independencia e Imparcialidad en la Justicia Arbitral”. En: *Revista Chilena de Derecho*, 5, Santiago, Chile. 2001. pp. 528.

Normas legales

Australia. Commercial Arbitration Act 2013, regula el arbitraje comercial en el Estado de Queensland. Commonwealth Attorney General – State of Queensland. Brisbane, Australia. 14 de marzo de 2013.

Brasil. Lei 9.307, regula el arbitraje interno en dicho país. Presidência da República. Brasília, Brasil. 23 de septiembre de 1996.

CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación. Santiago, Chile. Cámara de Comercio de Santiago. 2012.

Chile, Mensaje Presidencial Nº 432-359 del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, envía a la H. Cámara de Diputados el Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil. Santiago, Chile. 12 de marzo de 2012.

España. Ley 60/2003, regula el arbitraje interno. Ministerio de la Presidencia. Madrid, España. 23 de diciembre de 2003.

Francia. Code de procédure civile, regula el proceso civil francés. République Française. París, Francia. 20 de julio de 1808.

Reino Unido. Arbitration Act 1996, regula los procedimientos arbitrales que se realicen en todos los estados sujetos a la jurisdicción del Reino Unido. Department of Trade and Industry. Londres, Inglaterra. 31 de enero de 1997.

Jurisprudencia

CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. *Sentencias Arbitrales: 2005-2008*. Santiago, Chile. Cámara de Comercio de Santiago. 2008. Tomo IV.

Excma. Corte Suprema. *Manufacturas Sumar S.A. con Impuestos Internos*, de 15 de noviembre de 1954. En: Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales y Gaceta de los Tribunales (51), pp. 580-588.

Íltma. Corte de Apelaciones de Santiago. *Comercial Santa Laura S.A. con Correa Ardizzoni, Felipe*, de 30 de junio de 2010. En: Base Jurisprudencial del Poder

Judicial. Disponible en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ConsultaDetalleAtPublicoAccion.do?TIP_Consulta=1&COD_Libro=1&ROL_Recurso=4726&ERA_Recurso=2009&COD_Corte=90&. (visitado el 2 de octubre de 2015)

Ultma. Corte de Apelaciones de Santiago. *Consejo de Defensa del Estado con Comisión Arbitral del Contrato de Concesión de Obra Pública*, de 29 de octubre de 2007. En: Base Jurisprudencial del Poder Judicial. Disponible en http://corte.poderjudicial.cl/SITCORTEPORWEB/ConsultaDetalleAtPublicoAccion.do?TIP_Consulta=1&COD_Libro=1&ROL_Recurso=3536&ERA_Recurso=2007&COD_Corte=90&. (visitado el 2 de octubre de 2015)

