



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL

**FACULTADES DE LOS ÁRBITROS ARBITRADORES PARA
DICTAR DILIGENCIAS PROBATORIAS DE OFICIO**

Tesis para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales
de la Universidad de Chile

JAVIER ANDRÉS MUÑOZ SAGUAS

Profesor Guía: Lorena del Pilar Donoso Abarca

Santiago, Chile. 2014.

A mis padres y a mi hermana Alejandra.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	viii
INTRODUCCIÓN	ix
 CAPÍTULO I	
MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN	1
I.1.- Dos formas de solucionar los conflictos: la jurisdicción y la autonomía de la voluntad	1
I.2.- Los ADR y la justicia arbitral como un mecanismo mixto de solución de controversias	4
I.3.- El arbitraje y el derecho fundamental al debido proceso	7
a.- El derecho a un juez independiente e imparcial	11
b.- El derecho a rendir prueba, y a un procedimiento que respete la igualdad de las partes	15

I.4.- Aplicación de los principios formativos	17
del procedimiento civil a los procedimientos		
seguidos ante árbitros		
a.- El principio dispositivo	19
b.- La publicidad y secreto del procedimiento	21
c.- La bilateralidad de la audiencia	24
d.- La inmediación del juez árbitro	27
e.- La autonomía de la voluntad como	29
principio formativo de los		
procedimientos arbitrales		
I.5.- Los árbitros arbitradores en la legislación	33
nacional		
a.- Las normas mínimas establecidas en los	36
artículos 637 y siguientes del Código de		
Procedimiento Civil		
b.- La obligación del arbitrador de oír a las	37
partes y de agregar los instrumentos recibidos		
c.- El principio dispositivo y como limita la	39
actividad del amigable componedor		
b.- La facultad del arbitrador de conocer	41
los hechos, y existencia de otras		
facultades inquisitivas		
I.6.- Alcance de la discusión sobre las atribuciones	44
del arbitrador para dictar diligencias probatorias		

CAPÍTULO II

ALCANCE DE LAS NORMAS PROCEDIMENTALES.....	49
DEL COMPROMISO ANTE ARBITRADORES Y SU RELACIÓN CON LA PRUEBA RENDIDA	

II.1.- Formas de constitución del arbitraje	49
II.2.- El compromiso y su naturaleza jurídica	53
II.3.- La facultad de las partes de establecer en el	57
compromiso las normas procedimentales	
II.4.- La obligación del árbitro arbitrador de ceñirse a	60
las normas procedimentales fijadas por las partes	
II.5.- El impulso probatorio en el juicio arbitral	63
ante arbitradores	
II.6.- La obligación del arbitrador de fallar en	66
prudencia y equidad, y la valoración que debe hacer de la prueba rendida	
II.7.- Posturas que se han dado ante la posibilidad del.....	74
arbitrador de dictar diligencias probatorias de oficio	
II.8.- El control jurisdiccional al árbitro arbitrador	78
mediante el recurso de casación en la forma y el recurso de queja	

CAPÍTULO III

SOLUCIONES PRÁCTICAS QUE SE HAN DADO EN.....	84
CHILE Y EXPERIENCIA EN DERECHO COMPARADO	

III.1.- Experiencia nacional	84
a.- La delegación que las partes hacen de esta facultad en el árbitro	84
b.- El Reglamento Procesal del Centro	88
de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago	
III.2.- Experiencias comparadas	92
a.- La Ley Brasileña de Arbitraje N° 9.307	92
de 1996	
b.- La experiencia de la Ley 60/2003 de España.....	96
c.- El Arbitration Act 1996, del Reino Unido.....	98
d.- La nueva regulación sobre arbitraje interno.....	101
en Australia, y el Commercial Arbitration Act 2013 de Queensland	
e.- El Código de Procedimiento Civil Francés	104
modificado por Decreto N° 2011-48 el 13 de enero de 2011	

CAPÍTULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA DENTRO DE LA	108
REFORMA PROCESAL CIVIL	

IV.1.- Sobre la necesidad de una nueva ley de arbitraje interno	108
IV.2.- Sobre la necesidad de reformular el rol que el juez árbitro tiene en el proceso	112
IV.3.- Sobre la necesidad de consagrar expresamente la facultad del árbitro arbitrador de dictar diligencias probatorias de oficio.....	115
IV.4.- Sobre la necesidad de replantear el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes en el compromiso	120
 CONCLUSIONES	 124
 BIBLIOGRAFÍA	 132
1.- Doctrina	132
2.- Jurisprudencia	137
3.- Legislación	140

RESUMEN

Esta tesis es un análisis tanto de la legislación vigente a la fecha como de los principios procesales pertinentes, para determinar si el árbitro arbitrador goza de la facultad para dictar diligencias probatorias de oficio en el caso que nada se diga en las bases del procedimiento arbitral.

En base al método dogmático tradicional, se pasa revista a las normas legales vigentes sobre la materia, a la jurisprudencia nacional, y a los principios jurídicos pertinentes. Adicionalmente, se compara tanto la experiencia nacional como el derecho comparado pertinente.

Finalmente, se analiza el alcance de la discusión existente en el contexto de la reforma procesal civil que a la fecha está en tramitación, para formular propuestas sobre el tema pensando en el nuevo marco normativo que se ha anunciado respecto del arbitraje interno.

INTRODUCCIÓN

En los procedimientos arbitrales que se han seguido en nuestro país, cuando las partes le otorgan de forma expresa al árbitro la calidad de arbitrador, un tema que se ha discutido bastante ha sido la de entender si este juez goza de la libertad para tomar el impulso probatorio y así proponer diligencias probatorias de oficio, o si por el contrario, carece de esta facultad y debe fallar el conflicto sometido a su conocimiento únicamente basándose en la prueba aportada por las partes.

Esta discusión no ha resultado pacífica en la doctrina y práctica nacional. De este modo, como se desarrolló en esta investigación, existen numerosos principios jurídico-procesales que inciden en el problema, y al respecto existen distintas posturas –tanto nacionales como extranjeras– que proponen soluciones al respecto. En el mismo sentido, también se demuestra la trascendencia de poder dar una respuesta satisfactoria.

De esta forma, esta tesis tuvo como objetivo central y general determinar si efectivamente el árbitro arbitrador tiene la posibilidad de solicitar medios de prueba –entendiéndose así llamar a declarar a testigos, solicitar informes periciales, solicitar la exhibición de documentos, entre otros- cuando nada se ha señalado al respecto en el acto del compromiso o en las bases de procedimiento, o si, por el contrario, carece de esta facultad, debiendo someterse únicamente a lo aportado y acordado previamente por los litigantes.

Al respecto, los objetivos específicos de la investigación fueron establecer primeramente si reconocer la iniciativa probatoria del árbitro arbitrador atenta contra los elementos del debido proceso así como la importancia y alcance tanto de los principios formativos del procedimiento como de la autonomía de la voluntad en los juicios arbitrales, para luego analizar la actual regulación legal de los árbitros arbitradores, el rol que el principio dispositivo juega en estos procedimientos, y que importancia tienen sobre la materia las normas mínimas consagradas en el aún vigente Código de Procedimiento Civil.

Dilucidado lo anterior, se analizaron los elementos y naturaleza jurídica del compromiso, para así establecer como las partes pueden darle al juez árbitro la calidad de arbitrador, que tipo de normas de procedimiento pueden acordar, y el alcance de estas normas respecto de la iniciativa probatoria que podría tener el amigable componedor. En el mismo sentido, se estableció si la obligación del árbitro arbitrador de fallar según su prudencia y equidad podría permitirle tomar la iniciativa probatoria en caso de que la prueba aportada por las partes resulta insuficiente, o si por el contrario, adoptar este rol haría que su fallo sea impugnabile mediante los recursos procesales respectivos.

A continuación, se hizo un estudio práctico de la realidad de algunos juicios arbitrales seguidos en nuestro país, principalmente de la experiencia recogida por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., para determinar si en esos juicios se ha reconocido el impulso probatorio que el árbitro arbitrador pudiese tener ante la insuficiencia de las pruebas aportadas por las partes, o si, por el contrario, se le ha negado, y en cada caso cuál ha sido la línea argumental y normativa invocada.

Adicionalmente, se analizó la experiencia recogida en los últimos años por ciertas legislaciones comparadas, buscando de esta forma ver cómo han solucionado esta disyuntiva.

Finalmente, se estudió brevemente la discusión y propuesta que se ha dado sobre el rol que debe tomar el juez en los procedimientos civiles en el marco de la reforma procesal civil, y especialmente, de qué forma esta propuesta incluiría también al árbitro arbitrador. En este sentido, se analizaron las disposiciones pertinentes del último proyecto de ley presentado de Nuevo Código Procesal Civil, y de forma conjunta al análisis de derecho comparado realizado, se hizo una propuesta para una mejor regulación interna sobre la posibilidad del juez árbitro de dictar diligencias probatorias de oficio.

En consideración con los objetivos específicos recién señalados, se buscó responder a las siguientes interrogantes: en primer lugar, si ante el silencio de las partes en el compromiso y con nuestra actual regulación, el árbitro arbitrador se encuentra facultado o no para dictar diligencias probatorias de oficio; en segundo lugar, siguiendo nuestra actual

legislación, si reconociendo que este tipo de árbitro goza de la potestad de tomar la iniciativa probatoria no se atenta contra los elementos del debido proceso, la naturaleza jurídica del compromiso, y específicamente, si no pelagra que su fallo sea impugnabile mediante los respectivos recursos procesales; y finalmente, si en el marco de la reforma procesal civil y con aras a la prometida ley de arbitraje interno, se debe regular expresamente esta facultad o no, y qué normas debieran incluirse.

Para resolver estas interrogantes, el método de la presente investigación fue de forma primordial el descriptivo-propositivo; esto es, se revisó la doctrina nacional existente sobre los principios procesales en juego respecto del problema de la investigación, se estudiaron las normas legales pertinentes tanto en nuestros actuales Código de Procedimiento Civil y Código Orgánico de Tribunales como en el último proyecto de ley de Nuevo Código Procesal Civil, se revisó jurisprudencia existente sobre el tema –tanto ante tribunales arbitrales como también ante tribunales superiores-, se analizó el reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., se estudiaron

algunas experiencias dadas en el derecho comparado y se revisaron *papers* que tratan diversas posturas sobre el tema, todo con la finalidad de dar una respuesta satisfactoria al problema central planteado en esta investigación, así como a las otras interrogantes planteadas.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN.

I.1.- Dos formas de solucionar los conflictos: la jurisdicción y a autonomía de la voluntad.

La solución de conflictos es probablemente uno de los temas que mayor interés han generado en los juristas a través de la historia. En este contexto es que en el derecho –y de forma más relevante en el ámbito del derecho procesal- se ha buscado la forma más eficiente de resolver las controversias entre las personas, sin que en la búsqueda de esta eficiencia se pasen a llevar sus garantías constitucionales.

Es así como tradicionalmente se han identificado tres mecanismos de solución de controversias. En primer lugar, se encuentra la autotutela o autodefensa, la cual puede entenderse como una forma primitiva en la cual cualquiera de los involucrados en el conflicto acciona por mano

propia para resolverlo; en segundo lugar se encuentra la autocomposición, la cual es un mecanismo mediante el cual las partes de común acuerdo deciden poner fin al conflicto, y finalmente se encuentra la heterocomposición, la cual terminaría siendo aquel mecanismo mediante el cual las partes deciden recurrir a un tercero imparcial que resuelve el conflicto.¹

La autotutela y la autocomposición tienen algo en común que no tiene la heterocomposición: mientras los primeros dos suponen el ejercicio libre de una o ambas partes para disponer de sus derechos litigiosos, la otra requiere la intervención de un tercero ajeno al conflicto que, ejerciendo jurisdicción, da una solución a esta controversia en la forma de una sentencia definitiva.

Ambos mecanismos de solución de conflictos son igualmente válidas, y plenamente reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico con un rango

¹ Para profundizar respecto del estudio de las formas de solución de conflictos, recomiendo ver COLOMBO, Juan. 1991. La jurisdicción en el derecho chileno: Un aporte al estudio del conflicto y sus formas de solución. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 8p. y ss., y MATURANA, Cristián. 2012a. Introducción al Derecho Procesal, la Jurisdicción y la Competencia. Apuntes del Departamento de Derecho Procesal. Santiago, Chile. Facultad de Derecho – Universidad de Chile. 2p y ss.

constitucional. Mientras el ejercicio de la jurisdicción se encuentra consagrado de acuerdo a nuestra doctrina en el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución Política de la República², existen distintas normas que de forma indirecta consagran la autonomía de la voluntad como una forma de resolver conflictos jurídicos.

Si entendemos que los derechos litigiosos –esto es, derechos sujetos a una controversia judicial, cuyo resultado depende del evento incierto del resultado de la litis- son bienes incorporeales, debemos concluir que se encuentran dentro del patrimonio de una persona y por lo tanto habría al menos una especie de propiedad respecto de ellos en virtud de lo dispuesto en los artículos 565 y 583 del Código Civil, y por lo demás y como es de reconocido conocimiento, el derecho de propiedad se encuentra garantizado en el artículo 19 N° 24 de nuestra Constitución Política, por lo que en definitiva se concluye que las personas son libres para usar, gozar, y disponer de sus derechos litigiosos. De este modo, se encuentran facultados para disponer de ellos mediante el contrato de transacción expresamente regulado en nuestros artículos 2446 y

² Al respecto, ver *infra* I.3.

siguientes del Código Civil, mediante cualquier otro tipo de convención en el marco del principio de la libertad contractual consagrada en el artículo 1545 del referido cuerpo legal, o a través de cualquier otro tipo de acto jurídico legalmente reconocido tal como es el avenimiento, la conciliación, el allanamiento, o el desistimiento, entre otros.

I.2.- Los ADR y la justicia arbitral como un mecanismo mixto de solución de controversias.

Como ya lo señalé, en el estudio del derecho procesal normalmente se enseña que las partes solucionan sus conflictos ya sea a través de un tercero imparcial que ejerce jurisdicción, o a través de algún sistema alternativo de solución de conflictos.

En el derecho anglosajón, estos mecanismos alternativos a la jurisdicción se conocen como *ADR* o mecanismos alternativos de resolución de conflictos, y pueden entenderse como “*todos aquellos modos de arbitraje, conciliación, mediación o cualquier otra instancia*

privada o social, que permiten resolver controversias evitando el recurso a la jurisdicción.”³⁴.

De definición anterior se desprende que el factor común que tienen la mayoría de los *ADR* es que precisamente persiguen evitar la jurisdicción, utilizando la autonomía de la voluntad de las partes como el medio para disponer de sus derechos litigiosos. Sin embargo, el arbitraje, a diferencia de los otros mecanismos, sólo responde de forma parcial a esta lógica.

El arbitraje supone un mecanismo alternativo al ejercicio de la jurisdicción en el sentido de que las partes, de forma libre y espontánea, deciden sustraer el conocimiento de un determinado litigio de los tribunales ordinarios, pero esto sólo para entregarle dicha competencia a otro tercero imparcial denominado juez árbitro, quien es designado por

³ BORDALÍ, Andrés. 2004. Justicia privada. *Revista de Derecho* (Valdivia) 16. [en línea] Valdivia, Chile. <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502004000100008>> [consulta: 7 mayo 2014]

⁴ *ADR* se refiere a su original *Alternative Dispute Resolutions*. El análisis detallado de estos mecanismos de solución de conflictos escapa a esta investigación, sin embargo, al respecto recomiendo ver MNOOKIN, Robert. 1998. *Alternative Dispute Resolutions*. Harvard Law School John M. Olin. Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. [en línea] Cambridge, MA, EE. UU. <http://lsr.nellco.org/harvard_olin/232/> [consulta: 19 abril 2014]

ellos o por la justicia ordinaria en subsidio, y que debe someterse a las reglas, plazos, y asuntos que ellos determinen.⁵

Entonces, como se aprecia, el arbitraje no es propiamente tal un mecanismo alternativo a la jurisdicción, sino que lo correcto es señalar que es un mecanismo alternativo a la jurisdicción *ordinaria*. Como se verá más adelante⁶, el juez árbitro sigue siendo un tercero imparcial que, al ejercer jurisdicción, debe ceñirse a los principios básicos que supone la garantía de un debido proceso.

Sin embargo, este juez árbitro debe ceñirse en primer término a las normas de procedimiento y asuntos que las partes le hayan entregado⁷. De esta forma, se aprecia como la justicia arbitral supone un método híbrido de solución de controversias, que reúne tanto la actividad de un tercero imparcial que ejerce jurisdicción, como el ejercicio libre de la

⁵ Esto, sin perjuicio que en Chile existen ciertas materias que son de arbitraje forzoso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales.

⁶ *Infra* I.3.

⁷ Salvo que se trate, naturalmente, de un árbitro de derecho, según el inciso segundo del artículo 223 de nuestro Código Orgánico de Tribunales, en cuyo caso el procedimiento será aquel determinado previamente por la ley.

autonomía de la voluntad de las partes, al punto que, como se verá, llegará a ser un principio formativo del procedimiento.⁸

En este sentido, uno de los temas centrales de esta investigación se basa en analizar como los elementos que la jurisdicción y el debido proceso suponen colisionan entre ellos en el caso del juicio arbitral seguido ante arbitradores, tomando en consideración el importante rol que la autonomía de la voluntad supone en estos procedimientos.

1.3.- El arbitraje y el derecho fundamental al debido proceso.

El inciso final del artículo 5^a de nuestro Código Orgánico de Tribunales reconoce expresamente al árbitro como un tribunal que tiene el conocimiento de ciertos asuntos judiciales que se promuevan en el territorio de la república. En virtud de esta reconocimiento como juez es que se entiende que goza de potestades jurisdiccionales, por lo que, al igual que cualquier otro tribunal de justicia, debe ceñirse a las normas legales y constitucionales pertinentes, siendo la primordial en el ejercicio

⁸ *Infra* I.4.e.

de la jurisdicción la del artículo 76 de la Constitución Política de la República.

Si entendemos la jurisdicción en el sentido que lo plantea el profesor Maturana como un “*poder deber del Estado, radicado exclusivamente en los tribunales establecidos en la ley, para que éstos, dentro de sus atribuciones y como órganos imparciales, por medio de un debido proceso (...) resuelvan con eficacia de cosa juzgada y eventual posibilidad de ejecución, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal y dentro del territorio de la República*”⁹, inmediatamente resalta a la luz el hecho que el juez árbitro no sólo debe resolver los conflictos sometidos a su conocimiento mediante un proceso, sino que éste debe ser *debido*.

Entonces, ¿qué puede entenderse por este *debido* proceso? Sin ánimo de profundizar en este tema –del cual existe abundante literatura-, para nuestros efectos citaremos a la sencilla definición del tratadista argentino Adolfo Alvarado, según quien el debido proceso sería “*ni más ni menos*

⁹ MATURANA, Cristián. 2012a. *op. cit.* 68p.

*que el proceso (lógicamente concebido) que respeta los principios que van ínsitos en el sistema establecido desde el propio texto constitucional”¹⁰. Así las cosas, el debido proceso sería un derecho fundamental que tendrían todas las personas, el cual se encuentra presente en varios tratados internacionales ratificados por Chile¹¹ y en nuestra Constitución Política de la República, puntualmente en el artículo 19 N° 3 inciso sexto, el cual señala expresamente que “*toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.*”*

Entonces, si se analiza tanto la definición dada como la norma constitucional transcrita, es que se desprende que de la idea de *debido* proceso se desprenderían una serie de principios o garantías

¹⁰ ALVARADO, Adolfo. 1989. El debido proceso. GJ (110):17p.

¹¹ Por nombrar algunos, se ha dicho que se contempla en los artículos 8° y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

constitucionales que la comprenderían, entre las cuales, por su pertinencia en relación a esta investigación, destacaremos los siguientes:

1. El derecho de las partes a que el proceso se desarrolle ante un juez independiente e imparcial.
2. El derecho a un procedimiento que permita a las partes la rendición de prueba, y
3. El derecho a un procedimiento que resguarde la igualdad de tratamiento de las partes dentro de él.¹²

Estos principios son de especial importancia para el tema que nos atañe, toda vez que, en el caso de aceptarse la tesis central de que el árbitro arbitrador se encuentra facultado para dictar diligencias probatorias de oficio, más de algún litigante perjudicado por dichas actuaciones podría alegar que dicho actuar vulneraría estas garantías procesales que supone el debido proceso, como se verá más adelante.

¹² Para profundizar respecto de todas las garantías constitucionales que supone el debido proceso, ver COUTURE, Eduardo. 1989. Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I. La Constitución y el Proceso Civil. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma. 59p y ss.

a.- El derecho a un juez independiente e imparcial.

Durante los debates realizados en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en el momento en que se estaba discutiendo justamente el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de 1980, el profesor José Bernal es señaló expresamente que para entender que pueda existir un racional y justo procedimiento –y por consiguiente, un debido proceso-, éste debe tramitarse por “*un tribunal constituido de tal manera que de una seguridad razonable de honestidad e imparcialidad*”¹³. Así, se manifiesta claramente que no puede existir un debido proceso si el juez que conoce del litigio no actúa con imparcialidad, lo que significa que debe tener una “*falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar o proceder con rectitud*”¹⁴

¹³ COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN. 1975. Acta oficial de la 101ª sesión. [en línea] Santiago, Chile. <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_III_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 10 octubre 2013]

¹⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. <<http://www.rae.es>> [en línea] [consulta: 10 octubre 2013]

En este contexto y en lo relativo a nuestra investigación, según el profesor Romero Seguel, un árbitro podría perder su imparcialidad si es que, durante alguna actuación en el proceso, la actitud del árbitro supone un prejuzgamiento del asunto puesto bajo su competencia, por lo que podrían configurarse tanto las causales del artículo 195 N° 8 –relativa a la implicancia- como del artículo 196 N° 10 –relativa a la recusación- del Código Orgánico de Tribunales. En efecto, señala que *“el prejuzgamiento del árbitro configura una causal de inhabilidad (...) en materia de juicios arbitrales no son infrecuentes los acercamientos que el árbitro va realizando entre las partes, a través de diversas audiencias. Para evitar que en dichas actuaciones se configure esta causal, la intervención del árbitro se debe dar dentro de una audiencia de conciliación, puesto que en tal caso las opiniones que emita no le inhabilitan, en virtud de lo dispuesto en el artículo 263 del CPC”*¹⁵.

En este sentido es que resulta lógico anticipar que, en el evento de aceptarse lo que se propone de que el juez árbitro proponga diligencias probatorias, en más de alguna ocasión dicho medio de prueba irá en

¹⁵ ROMERO, Alejandro. 2001. La Independencia e Imparcialidad en la Justicia Arbitral. Santiago, Chile. Revista Chilena de Derecho 28(5):528p.

beneficio de alguna de las partes, por lo que la contraparte perjudicada alegará que el juez árbitro habría perdido su imparcialidad, toda vez que se habría acercado a alguna de las partes, y por consiguiente estaría prejuzgando el asunto puesto a su conocimiento. En este sentido es que parte de la doctrina sostiene que otorgarle la posibilidad al juez de decretar pruebas de oficio sería incompatible con un proceso contradictorio, pues acreditar los hechos alegados sería carga de las partes, y el sentenciador al hacerlo se adjudicaría una labor propia de ellas, por lo que perdería su necesaria imparcialidad.¹⁶

Sin embargo, otro sector de la doctrina aboga por una idea socializadora del proceso, y especialmente a los fines públicos de éste, sostiene que cuando el juez decide realizar diligencias probatorias de oficio, no estaría buscando favorecer a alguna de las partes, sino que más bien lo haría persiguiendo una completa y adecuada determinación de los hechos del litigio, buscando así lograr la convicción necesaria para fallar. Por ende, la realización de estas gestiones no le haría perder su imparcialidad, sino que sólo cumpliría con su rol, buscando así evitar que

¹⁶ En este sentido, ver MONTERO, Juan. 2006. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. En: Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch. 159p.

alguna de las partes más desfavorecidas vea lesionado su derecho a defensa¹⁷. En este sentido, la tesis seguida por el profesor Bordalí señala que permitirle en ciertos casos al juez árbitro realizar diligencias probatorias no tendría por qué afectar su imparcialidad al conocer del asunto, sino que sólo resultaría una consecuencia de la persecución de un fin social del proceso, por sobre los meros intereses privados de los litigantes. El reconocimiento de esta facultad permitiría poder lograr un mayor esclarecimiento de los hechos, cuestión de notoria importancia en el caso de existir un litigante más débil en el juicio arbitral. Adicionalmente, sostiene que por lo demás, es una postura reconocidamente aceptada en el derecho comparado moderno¹⁸.

b.- El derecho a rendir prueba, y a un procedimiento que respete la igualdad de las partes.

Siguiendo con la idea señalada por el profesor Romero, el trato que tenga el juez árbitro durante la substanciación del conflicto no puede

¹⁷ En este sentido, ver BORDALÍ, Andrés. 2007. El debido proceso civil. En: Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 268p.

¹⁸ Al respecto, *infra* III.2.

suponer un prejuzgamiento del asunto puesto a su conocimiento. Si bien ya se trató la garantía a un juez imparcial como elemento base del debido proceso, de todas formas podría haber una eventual vulneración toda vez que se podría decir que se evita que las partes tengan una igualdad de trato durante el litigio, especialmente en cuanto a lo que se refiere a su derecho a rendir prueba.

Dentro de los argumentos que justifican esta vulneración al debido proceso se encuentran quienes señalan que existiría una notoria incompatibilidad entre la posibilidad del juez de dictar diligencias probatorias de oficio, con el derecho de las partes a rendir prueba. Sin embargo, según como a nuestro juicio correctamente lo señala el tratadista español Joan Picó I Junoy, *“el reconocimiento del derecho a la prueba (...) no significa atribuir a las partes el monopolio exclusivo en materia probatoria, por lo que no implica la eliminación de cierta iniciativa autónoma del juez. Ambas iniciativas son absolutamente compatibles, y sólo podría ponerse en tela de juicio esta compatibilidad si la actuación ex officio del juzgador se configurase no como una facultad sino como un monopolio exclusivo sobre las pruebas, es decir,*

como un deber que impidiese o limitase la iniciativa probatoria de las partes”¹⁹.

En todo caso, en lo que dice relación con el derecho de las partes a una igualdad de tratamiento en la substanciación del proceso, la verdad es que, en el caso que el juez árbitro decida dictar alguna diligencia probatoria de oficio, perfectamente alguna de las partes podría alegar que se está dando un trato más beneficioso a la contraria, y por consiguiente vulnerándose así este derecho. Sin embargo, como ya tratamos antes no afecta al derecho a un juez imparcial²⁰, el que un árbitro haga uso de esta facultad con la única finalidad de esclarecer los hechos –y así, priorizar los fines públicos del proceso. Por lo demás, como se verá más adelante, en muchos casos resultará de esencial trascendencia el uso de esta facultad para mantener la referida igualdad de los litigantes en el transcurso del proceso, pues sólo de esa forma podrá fallar según la prudencia y equidad a la que está mandado²¹.

¹⁹ PICÓ I JUNOY, Joan. 1996. El derecho a la prueba en el proceso civil. Barcelona, España. José María Bosch Editor. 233-234p.

²⁰ Al respecto, *supra* I.3.a.

²¹ Al respecto, *infra* II.6.

I.4.- Aplicación de los principios formativos del procedimiento civil a los procedimientos seguidos ante árbitros.

El juicio arbitral, así como cualquier otro tipo de procedimiento judicial, supone el respeto a una serie de principios que garantizan una correcta tramitación conducente a la resolución del conflicto sometido a conocimiento del árbitro.

Estos principios han ido cambiando con el tiempo, y lo han demostrado las notorias reformas procesales que se han articulado en los últimos tiempos, pues no hay que olvidar que el procedimiento es la forma concreta como se materializa el proceso, y como ya se dijo anteriormente, éste debe ser *debido*.

Considerando que en la práctica casi la totalidad de los juicios arbitrales seguidos ante arbitradores son de índole civil y comercial, el procedimiento que se sigue en este tipo de juicios son prácticamente los mismos que en aquellos, esto es y por nombrar sólo algunos, se encuentra la bilateralidad de la audiencia, la escrituración del procedimiento, la

preclusión de las cargas procesales, la buena fe procesal y la adquisición procesal, entre otros.²²

Sin embargo, en orden a analizar las características especiales que revisten los procedimientos arbitrales –especialmente, aquellos seguidos ante amigables componedores- es que me interesa detenerme en el principio dispositivo, el principio de la publicidad del proceso, la bilateralidad de la audiencia, y la inmediatez, para después demostrar como la autonomía de la voluntad se eleva también a esta categoría, y las consecuencias que de ello derivan.

a.- El principio dispositivo.

El principio dispositivo se encuentra en las bases de nuestras normas procesales civiles. Se basa en la igualdad de las partes litigantes en el proceso. La doctrina lo ha definido como “*el criterio, derivado de la*

²² Para profundizar respecto al sentido, alcance, y aplicación de estos principios en el proceso civil, ver MATURANA, Cristián. 2012b. Plazos, Actuaciones Judiciales, Notificaciones, Resoluciones Judiciales y el Juicio Ordinario conteniendo la Teoría General de la Prueba. Apuntes del Departamento de Derecho Procesal. Santiago, Chile. Facultad de Derecho – Universidad de Chile. 168p y ss.

*naturaleza eminentemente particular de los derechos e intereses en juego, en virtud del cual el proceso se construye asignando o reconociendo a las partes un papel de gran relieve, de modo que, en primer lugar, se hace depender la existencia real del proceso y su objeto concreto del libre poder de disposición de los sujetos jurídicos implicados en la tutela jurisdiccional, que al menos uno de ellos ha de pretender y, en segundo lugar, los resultados del proceso dependen en gran medida del ejercicio por las partes de las oportunidades de actuación procesal (alegaciones y prueba) abstractamente previstas en la norma jurídica.”*²³ A partir de esta definición, la doctrina distingue las siguientes facetas de este principio. En primer lugar, el principio dispositivo propiamente tal, el cual supone que las partes tienen el pleno dominio de sus derechos subjetivos, y por consiguiente, tienen completo arbitrio para decidir si someterlos a juicio o no; en segundo lugar, el impulso de partes, el cual supone que únicamente ellas se encuentran facultadas para dar curso progresivo a los autos, y en consecuencia “*los órganos jurisdiccionales sólo entran en acción, en virtud de un pedido y vuelven a caer en la inactividad tan pronto como se haya ejecutado la*

²³ DE LA OLIVA, Andrés. 2012. Prudencia versus Ideología: De nuevo sobre el papel del juez en el proceso civil. *Ius Et Praxis* (6):245p.

medida particular solicitada”²⁴; y finalmente, la aportación de parte, el cual supone que las partes tienen el monopolio del material probatorio que se presenta al tribunal, negándole así esta posibilidad al juez, por lo que en definitiva “*el procedimiento adquiere así la forma de una controversia de las partes, permitida y supervisada por el tribunal, rindiéndose la prueba conforme a lo ofrecido por ellas*”²⁵.

Tal es la importancia del principio dispositivo y sus efectos que a partir de su sólo análisis podría concluirse que, *prima facie*, habría un rol pasivo del juez árbitro frente al impulso de las partes, pero que, como se desarrollará más adelante, este principio se ve atenuado en el caso de los amigables compondores.²⁶

b.- La publicidad y secreto del procedimiento.

Otro de los principios formativos del procedimiento que han sido reconocidos por nuestro ordenamiento es el de la publicidad del proceso, el cual ha sido recogido de lo dispuesto en el artículo 9º del Código

²⁴ MATURANA, Cristián. 2012b. *op. cit.* 179p.

²⁵ *Ibid.* 179p.

²⁶ *Infra* I.5.c y ss.

Orgánico de Tribunales al señalar de forma expresa que *“los actos de los tribunales son públicos, salvo las excepciones expresamente establecidas por la ley.”*

La norma transcrita hace alusión a que en nuestro ordenamiento, por regla general el procedimiento no se encuentra abierto únicamente a las partes, sino que también lo está respecto de cualquier persona que desee examinar los antecedentes del caso.

El fundamento principal de este principio se encuentra en que, siendo públicos los procedimientos, por una parte existe un mayor control en cuanto al manejo de la causa que tienen tanto las partes como el tribunal, así como el resto de los auxiliares de la administración de justicia y, por otra parte, sirve como un mecanismo de socialización del derecho por parte de los tribunales hacia la población, de modo que así se puede acercar a la ciudadanía la posibilidad de resolver sus conflictos mediante la jurisdicción.²⁷ Sin embargo, el mismo artículo 9º del Código Orgánico

²⁷ Para profundizar respecto del principio de la publicidad procesal, recomiendo ver COUTURE, Eduardo. 1958. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3ª ed. Buenos Aires, Argentina. Roque Depalma Editor. 192p y ss.

de Tribunales señala que este principio de la publicidad tiene como excepción aquellos casos expresamente establecidos en la ley. Estos casos han sido determinados por la doctrina como aquellos en que se guarda algún tipo de secreto del procedimiento, pudiendo este secreto ser absoluto –caso en el cual las actuaciones judiciales son confidenciales incluso para las partes-, o puede ser relativo –en el cual sólo las partes pueden tener acceso al procedimiento, mas no así terceros ajenos-.²⁸

En el caso de la justicia arbitral, de acuerdo al art. 234 de este mismo cuerpo legal, el árbitro “*no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso*”. Conforme a esta norma las partes en el acto del compromiso pueden perfectamente acordar que el procedimiento será secreto, al menos de forma relativa, - pese a lo establecido en el artículo 9º del Código Orgánico de Tribunales.

²⁸ Los casos de secreto del procedimiento en nuestro ordenamiento se encuentran mayoritariamente en el ámbito del derecho procesal penal. Para ver algunos casos, revisar los artículos 182, 289, y 329 del Código Procesal Penal.

De todos modos, aún en el caso que las partes no acuerden de forma expresa el secreto del procedimiento, es bastante factible que el proceso tenga un nivel de publicidad bastante menor a aquel que suponen los procedimientos civiles que se siguen ante los tribunales ordinarios, toda vez que, por lo general, los expedientes se custodian en las dependencias privadas del juez árbitro, con la consecuente posibilidad de custodia de los mismos.

En consecuencia, tanto si se acuerda el secreto del procedimiento en el compromiso, como en la práctica habitual, los juicios arbitrales son bastante más confidenciales que aquellos seguidos ante tribunales ordinarios, por lo que resulta de especial trascendencia establecer una correcta regulación respecto del alcance de las facultades que ellos tendrían, toda vez que el único mecanismo de control que tendrían sería a través del recurso de queja.²⁹

c.- La bilateralidad de la audiencia.

²⁹ Al respecto, ver *infra* II.8.

El principio de la bilateralidad de la audiencia es probablemente una de las máximas más relevantes que se deben respetar en la ciencia del derecho procesal. La doctrina lo ha conceptualizado como “*toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso, debe ser comunicada a la parte contraria para que pueda ésta prestar a ella su consentimiento o formular su oposición*”³⁰. En definitiva, este principio persigue que ambas partes en un procedimiento contencioso sean oídas, y sus alegaciones consideradas por el Tribunal.

Se ha dicho que en los procedimientos civiles, la bilateralidad de la audiencia se manifestaría en distintas fases del procedimiento. Es el caso del requisito relativo a que la primera resolución deba notificarse de forma personal, que exista un término de emplazamiento razonable para contestar una demanda, que ambas partes tengan la posibilidad de acceder a la prueba aportada por el otro, de modo que puedan fiscalizarla, observarla, e impugnarla de ser necesario, que por regla general los

³⁰ COUTURE, Eduardo. 1958. *op. cit.* 183p.

tribunales otorguen traslado a una parte cuando la contraria interpone una solicitud incidental³¹, entre otros casos.³²

En los procedimientos civiles resulta de especial trascendencia que los tribunales velen por un adecuado respeto a este principio, toda vez que de no respetarse algún trámite esencial que vele para que una de las partes pueda hacer valer sus derechos de forma oportuna tal y como lo prescribe la ley, normalmente la sanción será la nulidad procesal la cual será invocada por la parte agraviada en el proceso.³³

En los procedimientos arbitrales, este principio se refuerza, toda vez que, en primer lugar, si el árbitro notoria y reiteradamente no le da la posibilidad a una parte para que evacue los descargos que la otra parte realiza, podría acusársele de que habría perdido su imparcialidad para conocer del asunto, pudiendo así ser inhabilitado³⁴; en segundo lugar, el

³¹ Salvo aquellos casos en que el tribunal decide resolver de plano el incidente por fundarse en hechos notorios o que constan en el proceso, según lo dispuesto en el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil.

³² Para profundizar respecto de otras manifestaciones de este principio, recomiendo ver COUTURE, Eduardo. 1958. *op. cit.* 183p y ss.

³³ Sin perjuicio que, de forma excepcional, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema pueden invalidar de oficio las sentencias cuando se manifiesta que en ellas adolecen vicios que dan lugar a la casación en la forma, según lo dispuesto en el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil.

³⁴ Al respecto, ver *supra* I.3.a.

principio de la bilateralidad de la audiencia en los procedimientos ante amigables compondores toma tal trascendencia al punto que ha llegado a establecerse como una norma mínima de estos procedimientos³⁵; y finalmente, en ambos casos, si el árbitro no da cabal cumplimiento a dichas normas, su resolución es susceptible de ser impugnada mediante el recurso de queja.³⁶

d.- La inmediación del juez árbitro.

Otro principio formativo del procedimiento trascendente para nuestro tema es el de la inmediación en virtud del cual se exige que el juez tenga un contacto directo tanto con las partes, con la prueba rendida en la causa, así como con los antecedentes del juicio.

Este principio tiene especial trascendencia en los procedimientos orales, toda vez que, al desarrollarse éstos de forma mayoritaria en audiencias, es necesario que el juez tenga un contacto directo con las

³⁵ Al respecto, ver *infra* I.5.b.

³⁶ Al respecto, ver *infra* II.8.

partes, y especialmente con la prueba que rinde en el juicio.³⁷ Sin embargo, en los procedimientos civiles, este principio pierde trascendencia salvo algunos casos muy puntuales contemplados por el legislador.³⁸

Sin embargo, este principio es asimismo relevante en el caso de los juicios arbitrales y es una de las motivaciones que lleva a las partes a someter a este tipo de tribunales e conocimiento de un conflicto, porque saben que tendrán una mayor cercanía y una mejor comunicación con el juez y, además, porque esperan que al no tener que conocer la misma cantidad de causas que lo hace el juez de un tribunal ordinario, pueda tener un mayor y directo conocimiento de los antecedentes de la causa. En el caso de los amigables compondores, los asuntos que conozcan normalmente se desarrollarán en gran medida a través de audiencias. Es común que las pruebas se rindan en audiencias a las cuales son citadas las partes donde interactúan directamente con el juez, y del mismo modo, que el juez árbitro cite a audiencias de conciliación donde busque acercar posiciones entre ellas.

³⁷ Para ejemplificar esta afirmación, ver artículos 35 y 284 del Código Procesal Penal.

³⁸ Al respecto, ver artículos 365, 388, y 407 del Código de Procedimiento Civil.

Como se aprecia, en virtud del principio de la inmediación el juez tiene un mayor conocimiento de los antecedentes del caso, por lo que en pos de dar una adecuada solución al conflicto, se encuentra en una mejor posición a la hora de averiguar la verdad de los hechos de modo que, si la prueba aportada por las partes le resulta insuficiente, en principio se encontraría en una buena situación para tomar la iniciativa probatoria para pedir los antecedentes que a su juicio le son necesarios.

e.- La autonomía de la voluntad como principio formativo de los procedimientos arbitrales.

De lo ya expuesto se desprende la importancia de algunos de los principios formativos que rigen los procedimientos civiles, y especialmente de qué forma tendrían aplicación en materia arbitral. De ello, hemos podido apreciar que estos principios revisten características especiales en su aplicación a la justicia arbitral respecto de aquellas que rigen el resto de los juicios civiles.

Como se profundizará más adelante, para entender que estamos en presencia de un juicio arbitral, salvo que se trate de materias de arbitraje forzoso, es necesario que las partes, de manera previa, hayan consentido en someter un eventual conflicto a un árbitro. Por tanto, las partes deben haber celebrado una convención en que deciden sustraer el conocimiento de un determinado litigio a los tribunales ordinarios para someterlo a la competencia de un juez árbitro, ya sea designándolo en el acto –en cuyo caso estaremos ante un compromiso-, o reservándose la facultad para el evento que sea necesario activar el arbitraje, pero a la vez contrayendo la obligación de designarlo con posterioridad –en cuyo caso estaremos en presencia de una cláusula compromisoria-.³⁹

En virtud de lo dispuesto en el artículo 234 del Código Orgánico de Tribunales, no sólo es relevante que en dicha convención individualice a las partes y a la persona del árbitro, sino que también debe expresarse el asunto sometido al conocimiento del juez árbitro –ya que respecto de éste

³⁹ Al respecto, ver *infra* II.1 y ss.

recaerá su competencia- así como las facultades y reglas de procedimiento.⁴⁰

En este contexto, tanto por la naturaleza de acto jurídico bilateral que reviste el compromiso y la cláusula compromisoria, como por la importancia que se le da a lo que en ella se señale en virtud de lo dispuesto en el artículo 234 del Código Orgánico de Tribunales es que resulta necesariamente lógico entender que en los juicios arbitrales la autonomía de la voluntad de las partes cobra una especial importancia, más aún si estamos en presencia de árbitros arbitradores.

Es importante recordar que para que la convención exista requiere la voluntad de las partes, y que para que sea válida la voluntad debe encontrarse libre de vicios. Si falta alguno de estos requisitos la convención es susceptible de ser ineficaz ya sea mediante la declaración de inexistencia, de nulidad, o la inoponibilidad a petición de la parte que no prestó su consentimiento⁴¹. Dicho en otros términos, si en la

⁴⁰ Al respecto, ver *infra* II.3.

⁴¹ Al respecto, ver VIAL, Víctor. 2007. Teoría general del acto jurídico. 5ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 233p y ss..

celebración del compromiso o de la cláusula compromisoria alguna de las partes no manifestó su voluntad, o logra acreditar que ésta resultó viciada, entonces el acto sería necesariamente ineficaz.⁴²

Adicionalmente, debemos tener en consideración que, si entendemos que la cláusula compromisoria reviste la naturaleza jurídica de un contrato⁴³, si existen dudas respecto del alcance de su contenido debe interpretarse como tal. Y en este sentido, el artículo 1560 del Código Civil establece la regla básica de interpretación de contratos cuando dispone que “*conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.*”, lo que en definitiva quiere decir que la voluntad de las partes al momento de celebrar el referido contrato es fundamental a la hora de dilucidar los pasajes oscuros o ambiguos de su contenido.⁴⁴

⁴² Al respecto, ver AYLWIN, Patricio. 2005. El juicio arbitral. 5ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 222-223p., CS. 21.6.1912. RDJ. T. X (1913) sec. 1ª. 525p., y CS. 26.3.1941. RDJ. T. XXXIX (1942) sec. 1ª. 12p.

⁴³ Al respecto, ver *infra* II.1.

⁴⁴ Para profundizar en esta materia, recomiendo ver LÓPEZ, Jorge. 2005. Los contratos. Parte General. Tomo II. 4ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 419p y ss.

Es de esta forma como la autonomía de la voluntad, en el caso de los juicios arbitrales, pasa a ser un principio formativo del procedimiento, toda vez que a diferencia del resto de los procedimientos civiles donde es necesario estudiar las disposiciones legales pertinentes al momento de generarse una discrepancia procesal, en este tipo de litigios es importante entender que lo primordial es revisar en primer término cuál fue la voluntad de las partes cuando sometieron someter el conflicto a la justicia arbitral, y recién en subsidio, estudiar la normativa legal aplicable.

1.5.- Los árbitros arbitradores en la legislación nacional.

Dentro de los procedimientos que contempla nuestra legislación está el llamado juicio arbitral, el cual ha sido definido 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”⁴⁵. Por regla general, atendiendo a las normas contempladas en los artículos 227 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales que versan sobre las materias de arbitraje forzoso y prohibido, la verdad es que por regla general, los conflictos que se someten al conocimiento de un juicio arbitral son de índole civil, y por consiguiente, deben respetar los principios generales en que se basan los procedimientos civiles.

Luego, como bien es sabido, el juicio arbitral puede comenzar tanto con una cláusula compromisoria como con un compromiso; éste último se ha definido como “*una convención por la cual las partes substraen determinados asuntos litigiosos, presentes o futuros, al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias y los someten al fallo de ciertos árbitros que designan*”⁴⁶. Este acto jurídico se caracteriza porque determina en el acto a la persona del árbitro que conocerá del asunto, teniendo al respecto elementos de la esencia, de la naturaleza, y también elementos accidentales.

⁴⁵ AYLWIN, Patricio. 2005. *op. cit.* 17p.

⁴⁶ *Ibid.* 213p.

Así, una de las cláusulas accidentales que esta convención puede tener es la de darle al árbitro el carácter de arbitrador, y en este contexto permitir que el juicio arbitral se ciña a las reglas básicas establecidas en los artículos 636 y siguientes del Código de Procedimiento Civil o, si es que las partes así lo desean, pueden “*disponer otra cosa y reglamentar por sí mismas el procedimiento que los árbitros deberán usar*”.⁴⁷

De este modo, en definitiva debe entenderse a los árbitros arbitradores como aquellos jueces árbitros que “*tienen poder para juzgar sin atenerse en el procedimiento a los plazos y formas comunes establecidos para los tribunales y sin ser constreñidos a aplicar las reglas de derecho al fondo del litigio*”⁴⁸, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso⁴⁹

a.- Las normas mínimas establecidas en los artículos 637 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

⁴⁷ *Ibid.* 271p.

⁴⁸ AYLWIN, Patricio. *op. cit.* 152p.

⁴⁹ Artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales.

Como lo señalé, el juicio arbitral seguido ante árbitros arbitradores se caracteriza por el hecho de que las partes son libres para establecer en el acto del compromiso el procedimiento al que deberá ceñirse el juez árbitro, de modo que en el caso que no lo hagan, él deberá seguir las reglas mínimas consagradas en los artículos 637 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Estas normas mínimas consagradas en el referido cuerpo legal no hacen más que garantizar el derecho de las partes al debido proceso en el procedimiento seguido ante el arbitrador. En efecto, lo que el legislador persigue es que aún en el caso que las partes no acuerden ningún tipo regla especial en el procedimiento, se sigan unas ciertas reglas mínimas que protejan el referido derecho fundamental.

Del mismo modo, si es que las partes deciden no aplicar dichas normas especiales, de cualquier modo en el procedimiento que establezcan no pueden olvidar que el juez árbitro es un órgano que ejerce

jurisdicción, y en este contexto es que, sea cual sea el procedimiento al que deba ceñirse, deberá respetar las referidas garantías básicas.

Sin embargo, la verdad es que, si bien es clara la intención del legislador, dichas normas mínimas resultan insuficientes a la hora de garantizar que el juicio que sigan las partes efectivamente supondrá un debido proceso, toda vez que al no contemplar la posibilidad de que el juez pueda ordenar diligencias probatorias de oficio, en muchos casos esto evita la posibilidad de que adquiera la convicción necesaria de los hechos del juicio que le permitan emitir un acertado fallo conforme a su prudencia y equidad.

b.- La obligación del arbitrador de oír a las partes y de agregar los instrumentos recibidos.

El artículo 637, ya mencionado, dispone que “*el arbitrador oirá a los interesados*”, y además “*recibirá y agregará al proceso los instrumentos que le presenten*”. Respecto de la primera regla, esta norma no hace más que contemplar uno de los elementos básicos del debido proceso, el cual

es el derecho de las partes a la igualdad procesal, y que por lo demás, es el presupuesto básico del principio procesal de la bilateralidad de la audiencia.⁵⁰

Del mismo modo, la segunda regla mínima, esto es, la de agregar al proceso los instrumentos que se le presenten, a su vez también tiene como finalidad garantizar que el procedimiento al que se sometan las partes se tramita conforme a las lógicas del debido proceso. En efecto, se relaciona íntegramente con el derecho que tienen las partes a rendir prueba en orden a justificar sus pretensiones, conforme señalé anteriormente.⁵¹

Conforme a esta regla, no es necesario que las partes cumplan con alguna formalidad procesal al momento de agregar los documentos a los autos y tampoco podría exigir el árbitro que se presenten en una etapa especial, siendo el límite el llamado a las partes a oír sentencia.

⁵⁰ Al respecto, *supra* I.4.c.

⁵¹ Al respecto, *supra* I.3.b.

c.- El principio dispositivo y como limita la actividad del amigable compondor.

Como ya se señaló⁵², el derecho procesal civil se rige por una serie de principios formulados por nuestra doctrina en base a lo dispuesto en las normas legales vigentes. Dentro de este contexto, en nuestro actual proceso civil se ha reconocido una predominancia del llamado principio dispositivo, conforme al que, en primer lugar, el proceso sólo puede iniciarse a petición de parte, en segundo lugar, sólo a las partes corresponde la introducción de los hechos en el proceso, y finalmente –y que es lo que más interesa para nuestra investigación-, sólo a las partes corresponde aportar con los medios de prueba para acreditar los hechos de acuerdo a sus pretensiones.⁵³

En efecto, si bien en doctrina existen posturas respecto a posibles facultades probatorias que debiese tener el juez, lo cierto es que *“todos coinciden en la regla general consistente en que corresponde a las partes*

⁵² *Supra* I.4.

⁵³ Al respecto, ver MATORANA, Cristián. 2012a. *op. cit.* 20p y ss.

la prueba de los hechos alegados”⁵⁴. En efecto, este principio conocido como *secundum allegata et probata partium* se encuentra expresamente reconocido en el artículo 10 de nuestro Código Orgánico de Tribunales al disponer que “*los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio*”.

Como se aprecia, el principio dispositivo limita rotundamente la actividad del juez. De entender que este principio tiene plena aplicación en los procedimientos arbitrales ante amigables componedores, necesariamente se debe concluir que el juez no se encuentra facultado para dar curso progresivo a los autos sin que alguna de las partes litigantes se lo solicite, y especialmente, el juez no tiene posibilidad alguna de aportar prueba en el litigio que le permita obtener un mejor esclarecimiento de los hechos –y por consiguiente, dictar un mejor fallo-, debiendo limitarse exclusivamente a la prueba aportada por las partes.

⁵⁴ *Ibid.* 21p.

d.- La facultad del arbitrador de conocer los hechos, y existencia de otras facultades inquisitivas.

Como ya se señaló, considerando que casi la totalidad de los juicios que se tramitan en sede arbitral responden a controversias de materias civiles y comerciales, pareciera ser que la intención del legislador es considerar un predominio del principio dispositivo en estos procedimientos.

Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en las normas contempladas en el párrafo 2º del Título VIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil, existen ciertas facultades que se le entregan al árbitro arbitrador que permiten inferir que el legislador buscó darle facultades inquisitivas al amigable componedor.

En efecto, en primer lugar, dentro de las reglas mínimas de procedimiento que allí se contemplan, el artículo 637 del referido cuerpo legal señala que una de ellas es que el árbitro arbitrador “*practicará las diligencias que estime necesarias para el conocimiento de los hechos*”.

Me interesa detenerme en esta norma debido a su especial trascendencia para entender el rol que el legislador entiende que debe tomar el amigable componedor. En primer lugar, señala que el juez practicará las diligencias *que estime necesarias*; evidentemente al contemplar dicha facultad, no está señalando que son las partes quienes determinan si una cierta diligencia probatoria es necesaria o no, sino que es el juez quien dictamina a su arbitrio y de acuerdo a las finalidades del proceso, si la diligencia podría ser necesaria o no, y lógicamente, cuando entendemos que el rol puede tener un rol de iniciativa propia, no estamos más que diciendo que tiene la facultad para actuar de oficio, es decir, la aplicación a este caso del principio inquisitivo.

En el mismo sentido está la segunda parte de la norma transcrita, esto es, que las diligencias son *para el conocimiento de los hechos*. Estas facultades no deben ser ejercidas de forma caprichosa por el amigable componedor, sino que deben ir conducidas a poder obtener un mayor conocimiento de los hechos alegados en el juicio. Lógicamente, con esta norma el legislador se está anticipando a la posibilidad de que la prueba ofrecida por las partes en este tipo de procedimientos pueda resultar

insuficiente, y por lo mismo, cree necesario otorgarle facultades inquisitivas al juez para generar prueba de oficio pues, como ya se profundizará más adelante⁵⁵, el amigable componedor está obligado a fallar en su prudencia y equidad, y esto sería imposible si no logra tener un acabado conocimiento de estos hechos.

En segundo lugar, el artículo 639 del mismo cuerpo legal señala expresamente que *“el arbitrador practicará sólo o con asistencia de un ministro de fe, según lo estime conveniente, los actos de substanciación que decreta en el juicio”*.

Este artículo, si bien no se refiere a actividades probatorias en sí, no hace más que ratificar lo señalado en cuanto a la intención que tendría el legislador en torno al rol que el arbitrador debiese tener en el juicio arbitral. En efecto, al contemplar la posibilidad de poder realizar diligencias con o sin la asistencia de un ministro de fe que certifique un cierto hecho, de acuerdo a su libre discreción, básicamente reitera su

⁵⁵ Al respecto, *infra* II.6.

intención en cuanto a consagrarle amplias libertades al amigable componedor en torno a la tramitación del proceso.

En conclusión con lo señalado, si bien la regla general seguiría siendo un predominio del principio dispositivo en el juicio arbitral seguido ante arbitradores, la verdad es que existen poderosas razones de texto legal para justificar que existe una intención por parte del legislador en nuestro Código de Procedimiento Civil de dotar de facultades inquisitivas o de oficio al amigable componedor.

1.6.- Alcance de la discusión sobre las atribuciones del arbitrador para dictar diligencias probatorias

En definitiva, tanto en virtud del alcance que el principio dispositivo tiene en los juicios arbitrales, como del aparente carácter restrictivo que tiene la autonomía de la voluntad de las partes manifestada en el acto del compromiso, *a priori* uno podría concluir que el juez árbitro arbitrador carece de la posibilidad de proponer diligencias probatorias de oficio en el proceso, salvo que sean estas partes quienes de forma expresa se la

consagren en el acto del compromiso. Sin embargo, existen poderosas razones para entender que esta conclusión sería apresurada, y que, por el contrario, el árbitro arbitrador si goza de las potestades para dictar diligencias probatorias en el juicio arbitral.

En efecto, como ya señalé anteriormente, un argumento que se puede dar para justificar esta postura se encuentra dentro del derecho fundamental al debido proceso en general y de la igualdad procesal de las partes en particular. De esta forma, deben estar en una igualdad de condiciones al momento de rendir la prueba que acredite sus pretensiones; la verdad es que, en los juicios arbitrales, resulta bastante común que por motivos fácticos o técnicos, alguna de las partes se encuentre en una posición desmejorada respecto de la posibilidad de conseguir prueba que justifique sus pretensiones, por lo que, de esta forma, se justifica que sea el juez árbitro quien, actuando de oficio, decrete diligencias probatorias para de esta forma equilibrar la balanza y así resguardar el debido proceso que se debe seguir en el litigio, sin que de esta forma pueda ver afectada su imparcialidad para conocer del asunto.

Otro argumento a favor de esta postura se encuentra en el artículo 637 del Código de Procedimiento Civil; en efecto, esta norma se encuentra dentro de las reglas mínimas que deben seguir los árbitros arbitradores en caso de que las normas que las partes señalen resulten insuficientes, y dentro de éstas, una de ellas es que el árbitro “*practicará las diligencias que estime necesarias para el conocimiento de los hechos*”. Al respecto, cabe decir que claramente la intención del legislador con dicha norma es la de darle una amplia libertad al juez árbitro para actuar y, especialmente, para poder tomar la iniciativa probatoria, pues podría perfectamente darse que la prueba rendida por las partes en el proceso resulte insuficiente para conocer los hechos, y en este sentido, necesariamente el juez deberá tomar la iniciativa para poder conocerlos de forma acabada.

En el mismo sentido es que, tanto el mismo artículo 637 del Código de Procedimiento Civil, como el artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales, dan fundamentos para sustentar esta postura. Ambas normas señalan que el amigable componedor deberá fallar según “*su prudencia y*

la equidad”, y al respecto, debe considerarse que para dar un correcto fallo de esta forma, el arbitrador necesariamente deberá tener un cabal conocimiento de los hechos alegados en la causa, por lo que en el caso que la prueba rendida por las partes resulte insuficiente para obtener este acabado conocimiento, se justifica que pueda tomar la iniciativa probatoria y, de esta forma, proponer diligencias probatorias, sin que por este motivo su fallo pueda ser impugnado mediante los recursos procesales irrenunciables contemplados en la ley.⁵⁶

A su vez y tal como se profundizará más adelante, se puede apreciar tanto del Reglamento Procesal de nuestro Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. como de las modernas legislaciones de arbitraje doméstico consagradas en el derecho comparado, que la tendencia contemporánea es la de reconocer que el juez árbitro tiene facultades para tomar la iniciativa probatoria de oficio; de esta forma, considerando que no está expresamente prohibida en nuestra actual legislación esta facultad, puede inferirse que nuestro ordenamiento sigue la tendencia moderna y, de esta forma, se puede

⁵⁶ Este argumento se desarrolla en el Capítulo III de esta investigación.

considerar que el amigable componedor también goza de facultades inquisitivas para decretar las diligencias probatorias que estime pertinentes.

En consecuencia, como puede apreciarse la discusión dada sobre la materia no se encuentra resuelta, tanto a nivel nacional como en el extranjero.

Siendo así, reconociendo la insuficiente regulación que existe hoy en día en nuestros vigentes cuerpos legales, resulta recomendable regular de forma expresa esta facultad en la anunciada ley de arbitraje interno, de modo que se pueda dar una respuesta satisfactoria a este problema, que sea coherente con la tendencia moderna sobre la materia, y del mismo modo, que respete los principios básicos del derecho procesal que se siguen en nuestro ordenamiento jurídico y nuestra cultura.

**CAPÍTULO II: ALCANCE DE LAS NORMAS
PROCEDIMENTALES DEL COMPROMISO ANTE
ARBITRADORES Y SU RELACIÓN CON LA PRUEBA
RENDIDA**

II.1.- Formas de constitución del arbitraje.

Para iniciar un juicio arbitral ante arbitadores, las partes previamente deben haber constituido el llamado tribunal arbitral. Esta constitución del tribunal arbitral puede tener como fuente la ley –cuando se trata de materias de arbitraje forzoso-, o la voluntad de las partes –tratándose de una materia de arbitraje voluntario-. En el primer caso, tratándose de aquellas materias contempladas en el artículo 227 del Código Orgánico de Tribunales, al tener como fuente la ley, las partes evidentemente no son libres para someter un determinado conflicto a la competencia de un juez árbitro, sin perjuicio de la facultad de designar a la persona del árbitro –mediante el compromiso, como veremos más adelante-, y la de

obtener que dicho juez árbitro acepte el cargo que se le está solicitando desempeñar.

Sin embargo, en el supuesto de que el asunto tratado sea una materia de arbitraje facultativo, la fuente del arbitraje vendría a ser lo que genéricamente ha sido llamado por la doctrina como la convención de arbitraje, la cual ha sido definido como el *“acuerdo de voluntades que, en todo arbitraje voluntario, debe producirse previamente entre las partes de acuerdo por el cual sustraen determinado asunto contencioso a las jurisdicciones ordinarias y determinan a su respecto la competencia de jueces árbitros”*⁵⁷

De acuerdo con nuestra doctrina, la convención de arbitraje consagraría en el artículo 234 del Código Orgánico de Tribunales –el cual regula el acto jurídico del compromiso-, pero que también se encontraría presente en la llamada cláusula compromisoria, institución que si bien no se encuentra expresamente regulada en nuestra legislación,

⁵⁷ AYLWIN, Patricio. 2005. *op. cit.* 189p. En el mismo sentido, SANTOS, Rubén. 2002. Seis lecciones sobre el arbitraje privado (interno e internacional). Montevideo, Uruguay. Asociación de Escribanos del Uruguay. 53p y ss.

tendría asidero en virtud del principio de la autonomía de la voluntad y, específicamente, en el de la libertad contractual y la fuerza obligatoria de los contratos.⁵⁸

La diferencia esencial entre ambas instituciones –esto es, el compromiso y la cláusula compromisoria- recae en que la primera sería una convención en la cual las partes sustraerían el conocimiento de un determinado asunto de los tribunales ordinarios, mientras que en el caso del compromiso, la partes contraerían la obligación de designar con posterioridad a la persona del árbitro; así, queda de manifiesto que el primero sería un acto jurídico bilateral, mientras que el segundo sería un contrato, toda vez que crea obligaciones para las partes.

Para efectos de esta investigación, pondremos el énfasis en el compromiso por dos razones: en primer lugar, como señalamos antes, por las fuentes del juicio arbitral, ya que tratándose de una materia de arbitraje voluntario, el arbitraje siempre puede comenzar con un compromiso mientras que un litigio cuya materia es objeto de arbitraje forzoso no

⁵⁸ En este sentido, CS. 23.10.1919. RDJ. T. XVIII (1921) sec. 1ª. 75p. y CS. 11.1.1936. RDJ. T. XXXIII (1936) sec. 1ª. 173p.

podría iniciarse con una cláusula compromisoria toda vez que dicha sustracción de competencia ya fue realizada por mandato legal, por lo que no puede ser hecha por voluntad de las partes.

Por otra parte, en el N° 4 del artículo 234 del Código Orgánico de Tribunales se señala expresamente que se deben expresar “*las facultades que se confieren al árbitro, y el lugar y tiempo en que deba desempeñar sus funciones*”. Consecuentemente con esta norma, dentro de estas “facultades” se podría encontrar la posibilidad del juez árbitro de proceder de oficio en determinadas materias –puntualmente en lo que dice relación con facultades probatorias, asunto central en la presente investigación-.

Sin perjuicio de lo anterior, en relación con el análisis que se haga respecto de la institución jurídico-procesal del compromiso, no existiría inconveniente alguno para que muchos de los análisis y conclusiones a que se llegasen también pudiesen considerarse por medio de analogía respecto de la cláusula compromisoria.

II.2.- El compromiso y su naturaleza jurídica.

En razón con lo que se ha señalado anteriormente, el compromiso puede definirse como *“una convención por la cual las partes substraen determinados asuntos litigiosos, presentes o futuros, al conocimiento de las jurisdicciones ordinarias y los someten al fallo de ciertos árbitros que designan”*⁵⁹. De esta definición se desprende que en principio el compromiso vendría a ser un acto jurídico bilateral toda vez que supone un acuerdo de voluntades entre las partes quienes acceden a radicar el conocimiento de un cierto asunto a un juez árbitro determinado, al cual acceden a nombrar en el mismo acto.

Si bien la institución del acto jurídico es eminentemente una figura creada por el derecho civil, la verdad es que esta misma doctrina a su vez reconoce ciertas consecuencias jurídico-procesales al compromiso, por lo cual lo terminan calificando a su vez como un pacto procesal. En efecto, el compromiso no sólo sería un convención civil tal y como ya fue señalado, sino que también tendría un doble efecto procesal: por un lado,

⁵⁹ AYLWIN, Patricio. 2005. *op. cit.* 213 pp.

un efecto negativo consistente en que supondría una renuncia al conocimiento de ciertos asuntos a la jurisdicción ordinaria, y por otro lado, un efecto positivo toda vez que supone una entrega de competencia sobre estos asuntos en el tribunal arbitral que designan.⁶⁰

Sin embargo, existe doctrina que, poniendo énfasis en la teoría de la causa de los negocios jurídicos –para diferenciarlos de los actos jurídicos propiamente tales en los que, según esta teoría, no habría intención por parte del sujeto de generar efectos jurídicos⁶¹–, señala que el compromiso revestiría la naturaleza de ser una especie de negocio jurídico denominado acuerdo procesal, toda vez que las partes celebrarían el compromiso motivados por una causa inmediata que se traduce en *“el interés en cuanto a la composición del litigio, que las partes se sienten estimuladas a servir en virtud de su interés interno, mediante el compromiso, como mediante otras tantas convenciones procesales y, en general, mediante otras muchas formas de su actividad relativa al*

⁶⁰ En este sentido, GOLDSCHMIDT, James. 1936. Derecho Procesal Civil. Barcelona, España. Editorial Labor. 49p., y CHIOVENDA, José. 1922. Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Madrid, España. Editorial Reus. 125-127p.

⁶¹ Al respecto, ver CARIOTA, Luigi. 1956. El negocio jurídico. Madrid, España. Editorial Aguilar.

proceso; he aquí por qué el compromiso, lo mismo que otras convenciones, ha de colocarse en la categoría de los acuerdos procesales y no en la de los contratos”⁶².

De cualquier modo, ambas doctrinas coinciden en reconocer en la institución del compromiso una naturaleza de acto jurídico bilateral –ya sea de naturaleza civil o procesal- que, por lo mismo, en principio sólo debiese tener efectos y alcances respecto de los sujetos que manifiestan su voluntad en la celebración del referido acto jurídico, y no así de un tercero como lo sería el mismo juez árbitro.

Sin embargo, en razón del reconocimiento que se le hace también al compromiso como un pacto procesal que generaría el efecto positivo de otorgar competencia a este juez árbitro es que forzosamente se debe concluir que tendría un efecto bastante particular y especial en relación al resto de los actos jurídicos, el cual sería que tendría efectos respecto de un tercero distinto al autor o las partes, quien sería el juez árbitro.

⁶² CARNELUTTI, Francesco. 1944. Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo III. Buenos Aires, Argentina, Unión Tipográfica Editorial Hispano América. 124-125p.

Estos efectos se refieren puntualmente a que el juez árbitro deberá respetar los elementos de la esencia, de la naturaleza y accidentales que las partes hayan acordado en la celebración del compromiso –todo bajo la lógica de que haya aceptado la obligación de desempeñarse como árbitro en el asunto que se le encomienda, mediante el denominado contrato de compromisario⁶³-. Así, al aceptar el cargo, el árbitro se obliga a desempeñar el cargo en el tiempo, forma, y bajo las reglas de procedimiento que las partes hayan acordado en el compromiso.

Para resumir, en consideración con la naturaleza de pacto procesal con doble efecto que supone el compromiso, este acto jurídico necesariamente incide en la obligación que debe cumplir el juez árbitro de resolver el conflicto sometido bajo su competencia, de modo que en el cumplimiento de dicha obligación en principio no se encontraría facultado para realizar ningún tipo de diligencia que suponga ir más allá de lo pactado por las partes en el compromiso, bajo la sanción de incumplir su respectiva obligación originada con el contrato

⁶³ Al respecto, ver AYLWIN, Patricio. 2005. *op. cit.* 351p y ss.

compromisario, y que el fallo que dicte pueda ser impugnado mediante los recursos procesales respectivos.

II.3.- La facultad de las partes de establecer en el compromiso las normas procedimentales.

Como ya se adelantó, las partes al momento de celebrar el compromiso, deben señalar en dicho acto “*las facultades que se confieren al árbitro, y el lugar y tiempo en que deba desempeñar sus funciones*” tal y como lo mandata el N° 4 del artículo 234 del Código Orgánico de Tribunales, de modo que sí no lo hiciesen, el nombramiento será válido, pero se entenderá que el árbitro será de derecho –en virtud de lo dispuesto en el artículo 235 del mismo cuerpo legal-, lo que significa que tramitará el procedimiento de igual modo que lo haría un tribunal ordinario, y deberá fallar el asunto con arreglo a la ley, en virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 223 del referido cuerpo legal.

Así, se pone de manifiesto que una de las cláusulas accidentales que pueden pactar las partes en el acto del compromiso es la de otorgar al

juez árbitro las facultades de arbitrador, para lo cual a su vez pueden reglamentar ciertas normas de procedimiento que el juez deberá seguir en su tramitación. En este sentido, durante la substanciación del proceso, el juez árbitro deberá seguir con cabalidad estas normas procedimentales, y si las partes no lo hicieron –o las que se establecieron en dicho acto resultaron insuficientes-, se aplicarán de forma subsidiaria las normas regladas en el párrafo 29 del Título VIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil, así como las disposiciones comunes a todo procedimiento del Libro I del mismo cuerpo legal, en lo que no fueren contrarias a ellas.

Sin embargo, esta cláusula que le otorga al árbitro las facultades de amigable componedor, así como las normas de procedimiento que allí pueden establecerse, necesariamente deben interpretarse de forma restringida. En efecto, en nuestra doctrina contemporánea se ha reconocido el carácter excepcional del arbitraje ante arbitradores, de modo que si éste no queda inequívocamente establecido, deberá

entenderse que será un arbitraje de derecho⁶⁴, y en el mismo sentido, el hecho de establecerse un arbitraje en cuya tramitación el juez árbitro fallará “sin ulterior recurso” no significa necesariamente que dicho juez tendrá las calidades de amigable componedor.⁶⁵

De cualquier modo, dentro de estas normas que las partes pueden acordar se encuentran aquellas relacionadas con la prueba, especialmente en lo que dice relación con el impulso probatorio y los medios de prueba que podrán utilizarse en el litigio. La valoración de la prueba no puede ser acordada de antemano por las partes toda vez que, al tener la obligación el arbitrador de fallar según su prudencia y equidad⁶⁶, se le reconocen amplias facultades para valorarla, con la única limitación de tener que valorarla prudentemente, y utilizarla para fundamentar su fallo

⁶⁴ En este sentido, BALLESTEROS, Manuel. 1890. La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile. Tomo II. Santiago, Chile. Imprenta Nacional.

⁶⁵ Al respecto, ver CS. 12.1.1918. RDJ. T. XV (1918) sec. 1ª. 502p.

⁶⁶ Al respecto, *infra* II.6.

según el tenor de lo dispuesto en el N° 4 del artículo 640 del Código de Procedimiento Civil.⁶⁷

II.4.- La obligación del árbitro arbitrador de ceñirse a las normas procedimentales fijadas por las partes.

En virtud de lo que ya se ha señalado, se puede necesariamente concluir que en un comienzo y en virtud del principio dispositivo, sólo las partes tienen el impulso probatorio para acreditar los hechos que oportunamente aleguen –sin perjuicio que, señalándolo de forma expresa las partes, pueden ellas de forma voluntaria otorgarle ciertas facultades probatorias de oficio al juez árbitro⁶⁸-, y para ello cuentan con los medios de prueba que expresamente determinen en el acto del compromiso, de modo que si no lo hacen, se aplicarán las normas contempladas en el párrafo 29 del Título VIII del Libro III del Código de Procedimiento Civil, así como las normas no contrarias a aquellas del Libro I del mismo cuerpo legal.

⁶⁷ En este sentido, ver Corte de Santiago. 17.6.2013. Legal Publishing Online. NIC 9156-2013. [en línea] Santiago, Chile. <<http://www.legalpublishing.cl>> [consulta: 18 agosto 2013]

⁶⁸ Al respecto, *infra* III.1.a.

En este sentido, según lo ha reconocido nuestra doctrina, “*los interesados gozan de amplia libertad para fijar el procedimiento y al hacerlo pueden derogar las reglas comunes y aun las especiales que rigen la tramitación ante arbitradores*”⁶⁹.

Este es el sentido que nuestra jurisprudencia ha tomado del artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales y del artículo 636 del Código de Procedimiento Civil, diciendo que los arbitradores “*no están obligados a guardar en sus procedimientos y en su fallo, otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas no lo hicieron, corresponde aplicar las propias del Código de Procedimiento Civil*”⁷⁰, por lo que, dicho de otro modo, puede concluirse que los arbitradores están obligados a ceñirse estrictamente a lo acordado por las partes en el compromiso, y recién ante la insuficiencia de aquellas, a las normas legales ya señaladas.

⁶⁹ AYLWIN, Patricio. 2005. *op. cit.* 271p.

⁷⁰ Corte de Santiago. 18.7.2006. Legal Publishing Online. NIC 1137-2006. [en línea] Santiago, Chile. <<http://www.legalpublishing.cl>> [consulta: 18 agosto 2013]

De este modo, se desprende que el tenor de los artículos serían claros en manifestar que si las partes pactan un procedimiento determinado para el juicio arbitral ante arbitrador, cualquier curso procedimental que se haga fuera de las normas pertinentes sería causal de impugnación del fallo y de eventuales sanciones y responsabilidades contra el juez árbitro.

En este sentido, existe un caso ilustrativo en el cual las partes sometieron un determinado conflicto al conocimiento de un arbitrador quien debía conocer en única instancia; al dictar sentencia definitiva, la parte vencida interpuso recurso de apelación, la cual fue acogida a tramitación por el tribunal arbitral, elevando los autos al tribunal de alzada competente. Ante esta situación, la contraria presentó un recurso de hecho ante este tribunal de alzada, el cual fue acogido argumentando que *“la resolución que resolvió conceder la apelación subsidiariamente interpuesta, declarándola admisible, dada la especial naturaleza del negocio, puesto que es regido por un árbitro arbitrador (...) y no está obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, a lo que cabe agregar que no es posible, que al proveer una*

petición, el tribunal de primera instancia pueda convertirse ahora en árbitro de derecho (...) de todo lo cual se desprende que el juez no obró conforme al compromiso entregado por las partes, al conceder el referido recurso, por lo que no será acogido a tramitación”⁷¹

II.5.- El impulso probatorio en el juicio arbitral ante arbitradores.

Como se dijo anteriormente en relación con el principio dispositivo⁷², a las partes no sólo les corresponde la carga procesal de iniciar el proceso y de señalar las alegaciones que quieren someter a conocimiento del tribunal, sino que *“parece lógico que corresponda también a ellas elegir los medios oportunos de prueba para defender sus intereses, de naturaleza privada, en el proceso civil”⁷³*. De esta idea se desprenden dos conclusiones relevantes: en primer lugar, que el impulso probatorio recaería exclusivamente en las partes, y por consiguiente y en segundo lugar, que el juez no tendría iniciativa para practicar diligencias probatorias dentro del proceso.

⁷¹ Corte de Santiago. 4.7.2002. Legal Publishing Online. NIC 3518-2002. [en línea] Santiago, Chile. <<http://www.legalpublishing.cl>> [consulta: 18 agosto 2013]

⁷² *Supra* I.4.a.

⁷³ MATURANA, Cristián. 2012b. *op. cit.* 241 pp.

En el juicio seguido ante arbitradores, la aplicación de esta máxima tendría clara manifestación en virtud de lo que se ha señalado en razón de la casi absoluta preponderancia del principio dispositivo⁷⁴, así como de la implicancia que el compromiso supone respecto del procedimiento que debe seguir el juez.

Sin embargo, si bien en nuestra legislación actual existe la expresa norma del artículo 1698 del Código Civil la cual señala que le corresponde a las partes probar los hechos que alegan⁷⁵, la verdad es que se han dilucidado razones de fondo para permitir que no sólo sean las partes, sino que en ciertos casos especiales pueda también el juez de oficio establecer ciertas diligencias probatorias.

En efecto, se ha reconocido que existen justificaciones para que el órgano jurisdiccional pueda en ciertos casos decretar diligencias

⁷⁴ Sin perjuicio de ciertas facultades inquisitivas, al respecto *supra* I.5.d.

⁷⁵ Ese es el sentido que la doctrina le ha dado a la norma transcrita. Las discusiones que se han dado en torno a la carga de la prueba, puntualmente a que hechos le corresponde a las partes respectivamente acreditar, escapa al objeto de esta investigación.

probatorias de oficio, sin que por este hecho se afecte su imparcialidad para resolver del fondo del asunto. Entre algunas de las razones esgrimidas, se ha señalado que reconocer la aportación absoluta de parte significaría someter el alcance de la verdad a lo que señalen las partes, sucumbiendo así la paz jurídica como fin del proceso a la mera resolución de conflictos de carácter privado, y del mismo modo, que la actividad probatoria que pueda tener el juez no perturba la posición de las partes para acreditar los hechos alegados, por lo que del mismo modo ayudaría a materializar la verdad de los hechos en el proceso⁷⁶.

En definitiva, si bien el principio básico y general en materia de carga de la prueba es la aportación de las partes, se reconoce que existen razones para que en un proceso –el cual incluye, lógicamente, un procedimiento arbitral- pueda existir aportación por parte del juez de medios probatorios.

⁷⁶ Para profundizar en esta discusión, ver MATURANA, Cristián. 2012b. *op. cit.* 241p., y TARUFFO, Michele. 2010. *Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos*. Madrid, España. Marcial Pons.

II.6.- La obligación del arbitrador de fallar en prudencia y equidad, y la valoración que debe hacer de la prueba rendida.

En consideración con lo que señaló anteriormente, otra de las razones que justifican para el legislador abandonar este dogma absoluto de la aportación de parte sería el hecho que *“el proceso no es un juego, en el cual el juez debe permanecer inactivo presenciando como una parte más habilidosa obtiene mejores resultados basada en una supuesta existencia de igualdad”*⁷⁷.

En lo que concierne al arbitraje, debe tenerse en especial consideración el hecho de que en la práctica judicial, muchos de los procedimientos arbitrales que se siguen no suponen que las partes se encuentren en una igualdad de posiciones a la hora de obtener los medios probatorios que permitan acreditar los hechos que permitan sustentar las respectivas pretensiones de los litigantes, sino que es común ver como una de las partes, por tener un mejor conocimiento y una mayor cercanía de los hechos discutidos en la *litis*, se encuentra en una posición

⁷⁷ MATURANA, Cristián. 2012b. *op. cit.* 242 pp.

mejorada con respecto a su contraparte a la hora de hacerse con medios probatorios.⁷⁸

Visualícese el siguiente caso: una sociedad de inversiones de nombre ZZ S.A. le encarga a la empresa constructora XX Limitada la construcción de una determinada obra material, consistente en un edificio de determinadas características, para lo cual se le da un plazo de cinco años, y que ante cualquier disputa se someterá al conocimiento de un determinado juez árbitro que designan en el acto, quien tendrá las facultades de árbitro arbitrador. Supongamos que una vez transcurridos dichos cinco años, la constructora XX Limitada demanda a ZZ S.A. aduciendo incumplimiento contractual, toda vez que dicha sociedad no le canceló todos los estados de pago en la forma y monto debidamente pactados, y en la oportunidad procesal respectiva, la sociedad de inversiones ZZ S.A. demanda reconvencionalmente a XX Limitada, señalando que fue la constructora quien incumplió el contrato, toda vez

⁷⁸ Esta diferencia de posiciones entre las partes no se refiere a una asimetría negociadora entre ellas, toda vez que nuestra jurisprudencia ha rechazado la validez de la cláusula arbitral dentro de un contrato de adhesión. Al respecto, ver Corte de Santiago. 22.12.2008. NIC 5573-2005. [en línea] Santiago, Chile. <<http://jurischile.blogspot.com/2008/12/contrato-de-adhesin-donde-se-pacta-una.html>> [consulta: 22 agosto 2013]

que el edificio construido no reviste las características debidamente pactadas.

Como es fácil de dilucidar, los principales hechos controvertidos en el ejemplo anterior –la efectividad de haberse construido un edificio con las características pactadas entre las partes, y la efectividad de haberse realizado los pagos en la forma y monto acordados- permiten que sea la empresa constructora XX Limitada quien tenga una mejor posición para hacerse de prueba que permita fundar su pretensión.

En efecto, al ser ellos quienes durante los cinco años que duró la ejecución del contrato tuvieron constante acceso a importantes datos como las características del suelo o la respuesta que dieron los materiales usados en la construcción, así como el hecho que al ser una sociedad del giro de la construcción, sumado a la especial experticia que tendrían en este rubro, hace que les sea de mayor facilidad obtener testimonios, documentos, y pericias más completas a aquellas que podría efectuar su mandante ZZ S.A., toda vez que no ha tenido el mismo acceso al

desarrollo de las obras –ni el acabado análisis de la información recopilada- que tuvo su contendor.

Situaciones como la descrita –que por lo demás resulta bastante comunes en la justicia arbitral⁷⁹- impiden que el juez árbitro pueda conocer del asunto litigioso con la debida amplitud fáctica que supondría el dogma de la aportación de parte, y más importante aún, podría impedir que dicte un fallo acorde a su prudencia y equidad tal y como lo mandata la ley.

En efecto, el artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales, en su inciso tercero señala expresamente que “*el arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren*”, y en el mismo sentido, el artículo 637 del Código de Procedimiento Civil

⁷⁹ En la justicia arbitral resulta bastante común que litigios de esta naturaleza se decidan por falta de pruebas de alguna de las partes. Al respecto, ver MONTES, Federico (Juez árbitro). 29.9.2004. Sentencia causa Rol 424. En: CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. 2008. Sentencias Arbitrales: 2003-2006. Tomo IV. Santiago, Chile. 641p., y RUIZ-TAGLE, Francisco (Juez árbitro). 12.5.2005. Sentencia causa Rol 471. En: CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. 2008. *op. cit.* 775p.

dispone que el amigable componedor “*dará su fallo en el sentido que la prudencia y la equidad le dicten*”.

Nuestra doctrina se ha pronunciado respecto del alcance que tiene este deber de fallar en prudencia y equidad. Al respecto, se ha dicho que “*debe decidir la contienda según su leal saber y entender, conforme a la verdad sabida y buena fe guardada (...) el amigable componedor en la suya declara y actúa la voluntad de la justicia natural, según los dictados de su propia conciencia*”⁸⁰. En otras palabras, se reconocen amplias facultades para el árbitro arbitrador al momento de fallar, pudiendo incluso dictar sentencia *contra legem*, en la medida que su prudencia y equidad así lo estimen conveniente.

Estas amplias facultades para fallar han sido reconocidas por nuestra jurisprudencia arbitral; por dar un caso, en un fallo dictado por árbitro arbitrador con fecha 5 de diciembre de 2005, se señaló que, en consideración con las facultades de fallar en prudencia y equidad, “*el Tribunal está dotado de amplias facultades para la valoración de la*

⁸⁰ AYLWIN, Patricio. 2005. *op. cit.* 152p.

prueba y haciendo uso de esa prerrogativa, esta sentencia se basará en aquellos hechos que produzcan al árbitro íntima convicción en su conciencia respecto de su efectividad y se aplicarán criterios de equidad que, también en conciencia, considere adecuados”⁸¹

En consideración con lo expuesto, es perfectamente posible y lógico que el juez árbitro no pueda fallar conforme a su prudencia y equidad si es que la prueba rendida de forma exclusiva por las partes le resulta insuficiente para conocer la verdad de los hechos, mas aún considerando la posible asimetría que podría existir entre las partes para hacerse de medios de prueba que acrediten sus pretensiones.

Es así como, en pos de poder fallar conforme a esta prudencia y equidad, sería perfectamente posible y lógico reconocer que habría una excepción a la regla de la aportación de parte en materia probatoria seguida ante este tipo de procedimientos, por lo que perfectamente podría concluirse que el árbitro arbitrador se encontraría facultado para conocer por sí los hechos, y así indagar de oficio en diligencias probatorias no

⁸¹ BELLOLIO, Blas (Juez árbitro). 5.12.2005. Sentencia causa Rol 459. En: CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. 2008. *op. cit.* 749p.

aportadas por las partes, toda vez que esa sería la única forma que tendría para poder dictar sentencia conforme a su prudencia y su equidad natural.

Sin embargo, y como correctamente lo ha señalado la jurisprudencia, estas amplias facultades no suponen que el árbitro arbitrador pueda actuar con una discrecionalidad tal que le permita fallar de forma arbitraria. En efecto, se ha dicho que su deber de fallar según su prudencia y equidad *“no significa que deban estar exentos de toda forma de control ni menos que puedan resolver de cualquier modo, según lo que a ellos les parezca (...) como cualquier órgano que ejerce jurisdicción, los arbitradores están también sometidos a las restricciones que derivan para todo juez en el ejercicio de sus funciones y, en armonía con ello, están igualmente supeditados al debido proceso, uno de cuyos componentes ineludibles y esenciales es el deber de fundamentación. Este imperativo exige dar razones y no meras aseveraciones, carentes de sustento”*⁸².

⁸² Corte de Santiago. 15.11.2012. Legal Publishing Online. NIC 3756-2012. [en línea] Santiago, Chile. <<http://www.legalpublishing.cl>> [consulta: 23 agosto 2013]

En consideración con el deber de fundamentación que tiene el árbitro arbitrador –que por lo demás está consagrado expresamente en el N° 4 del artículo 640 del Código de Procedimiento Civil-, lógicamente si es que el juez quiere hacer uso de esta facultad para dictar diligencias probatorias de oficio, tiene que ser capaz de fundamentar sus razones de forma clara y específica, y de que forma son necesarias para poder dictar su fallo, señalando expresamente sus razones de prudencia y equidad, toda vez que, como se apreciará en el párrafo relacionado con el recurso de queja, la línea entre realizar estas diligencias para dictar un fallo adecuado, sin recaer en una grave falta o abuso, es bastante tenue.

II.7.- Posturas que se han dado ante la posibilidad del arbitrador de dictar diligencias probatorias de oficio.

Esta posibilidad del árbitro arbitrador de dictar diligencias probatorias de oficio que le permitan esclarecer la verdad de los hechos cuando lo considere pertinente, ha sido discutido en la doctrina y jurisprudencia nacional. En este sentido, aparentemente se podría dilucidar una tesis amplia y otra restringida en cuanto a la posibilidad del arbitrador para dictar prueba de oficio.

En pos de una postura amplia, en el cual se reconocerían ciertas facultades inquisitivas, se pronuncia el profesor Patricio Aylwin, quien refiriéndose a las reglas sobre prueba consagrados en los artículos 637 y 638 del Código de Procedimiento Civil, señala expresamente que *“los amigables componedores, aunque no son dueños absolutos del proceso ni tienen poder soberano para tramitarlo como les plazca, sino que están sujetos a la observancia de normas convencionales y legales de procedimiento, gozan de cierta libertad en el ejercicio de sus atribuciones, en virtud de la cual pueden hasta practicar de oficio las actuaciones que les parezcan convenientes y negar lugar a las que estimen inútiles y superfluas (...) Y es lógico el sistema legal, pues si los arbitradores son jueces llamados a fallar según los dictados de su propia conciencia, conforme a la verdad sabida y buena fe guardada, deben disponer de los medios aptos para adquirir el convencimiento indispensable para pronunciar sentencia”*⁸³.

⁸³ AYLWIN, Patricio. 2005. *op. cit.* 480p.

Esta misma tesis ha sido aceptada, aunque con un alcance un tanto más limitado, por el profesor Julio Philippi. En efecto, al hacer referencia al artículo 636 del Código de Procedimiento Civil en el cual se señala que el arbitrador no estaría obligado a guardar en sus procedimientos y fallo otras reglas que las expresadas en el compromiso, señala que esto *“no excluye, a nuestro parecer, la posibilidad de que esas reglas puedan también ser fijadas durante el proceso por acuerdo de las partes o por resolución del arbitrador”*⁸⁴, por lo que aparentemente seguiría la misma postura del profesor Aylwin. Sin embargo, luego afirma que *“es recomendable confirmar expresamente las muy amplias atribuciones del amigable componer, señalando algunas como, por ejemplo, poder investigar por sí mismo los hechos incluso fuera del lugar en el cual se lleva el juicio (...) exigir a las partes la presentación de las probanzas en la forma, tiempo y circunstancias que el propio árbitro estime convenientes”*⁸⁵. Así, se demuestra que si bien reconoce las amplias facultades del arbitrador, es mejor que las partes en el compromiso las confirmen, pues reconoce que es materia motivo de controversia.

⁸⁴ PHILIPPI, Julio. 1973. Notas sobre el juicio seguido ante arbitradores. Revista Estudios Jurídicos. Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile. 2(1-2):2p.

⁸⁵ *Ibid.* 3 pp.

Sin embargo y por otro lado, existe una postura restringida dentro de nuestro ordenamiento jurídico que rechaza la posibilidad del arbitrador de realizar diligencias de oficio, señalando en este sentido que debe ceñirse de forma estricta a la competencia y facultades contempladas en el compromiso. Así, la Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de un recurso de casación en la forma respecto de un fallo dictado por un arbitrador, señaló que *“la doctrina y jurisprudencia están de acuerdo en que los jueces árbitros, incluso los arbitradores, se encuentran obligados a respetar en el procedimiento y fallo las reglas propias del compromiso, o en su caso, las contempladas para ello en el Libro I del Código de Procedimiento Civil, sin que puedan administrarlas a su libre arbitrio, alterándolas, ni aún en conciencia”*⁸⁶.

En este mismo sentido se ha manifestado otro sector de nuestra doctrina –en un artículo relacionado con el arbitraje institucionalizado que se hace ante nuestro Centro de Arbitraje y Mediación-, señalándose al respecto que *“los arbitradores no tienen amplia libertad en cuanto a*

⁸⁶ Corte de Santiago. 30.6.2010. Legal Publishing Online. NIC 4726-2009. [en línea] Santiago, Chile. <<http://www.legalpublishing.cl>> [consulta: 23 agosto 2013]

la tramitación del proceso (...). Un árbitro arbitrador del CAM Santiago, deberá estarse en primer lugar a las normas de procedimiento que las partes le señalen y en segundo lugar a las normas establecidas por el legislador en los artículos 636 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, a las disposiciones comunes a todo procedimiento y a las del reglamento procesal de arbitraje”⁸⁷.

Como se ha demostrado, esta postura de que el arbitrador tiene amplias facultades para dictar diligencias probatorias no es pacífica dentro de nuestro ordenamiento, y definir una postura al respecto resulta de especial trascendencia, toda vez que incide en el régimen recursivo del fallo que pueda dictar en este ejercicio, puntualmente mediante el recurso de casación en la forma y el recurso de queja.

II.8.- El control jurisdiccional al árbitro arbitrador mediante el recurso de casación en la forma y el recurso de queja.

⁸⁷ POMÉS, Juan Pablo. [s.a.] Facultades de un Árbitro Arbitrador: Alcance y Limitaciones. [en línea] Santiago, Chile. <http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Juan%20Pablo%20Pom%C3%A9s.pdf> [consulta: 26 agosto 2013]

El régimen de recursos contemplado en nuestro ordenamiento para impugnar la sentencia definitiva dictada por un arbitrador es bastante particular. Considerando la amplia libertad que tienen las partes para determinar el procedimiento, en la práctica forense resulta bastante común que en el acto del compromiso, las partes renuncien anticipadamente a los recursos legales para impugnar la sentencia definitiva dictada por el juez árbitro. No obstante, como correctamente dice el profesor Cristián Maturana, *“la renuncia a los recursos, por amplia y genérica que sea, jamás podrá comprender el recurso de casación en la forma por las causales de incompetencia y ultrapetita, puesto que en tal caso el árbitro estaría resolviendo sobre un conflicto para el cual no ha sido designado o requerida su intervención. Tampoco podrá comprender la renuncia al recurso de queja ya que este es de orden público y emana de la superintendencia directiva correccional y económica de la Corte Suprema siendo su finalidad primordial de naturaleza disciplinaria, al tener por objeto corregir una falta o abuso”*⁸⁸

⁸⁸ MATURANA, Cristián. 2012c. Concepto, Clasificaciones y Bases Orgánicas de los Tribunales Ordinarios, Especiales y Árbitros. Los Auxiliares de la Administración

En lo concerniente a esta investigación –y especialmente en base a la imposibilidad de renuncia de estos recursos-, resulta de especial relevancia el estudio de la casación en la forma por la causal de incompetencia, puesto que ha ocurrido que cuando un árbitro se aleja del procedimiento acordado en el compromiso –y con ello funda su sentencia definitiva-, se podría alegar que habría actuado fuera de su competencia configurándose la causal del 1ª del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil. Del mismo modo, permitir que un arbitrador realice diligencias probatorias de oficio fuera del compromiso podrían considerarse como una grave falta o abuso que justificaría un recurso de queja según el tenor del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

En relación con el recurso de casación en la forma, la Corte de Santiago ha señalado que cuando un árbitro decide un asunto apartándose de lo señalado en el compromiso, éste habría *“excedido sus facultades y competencia, configurándose así la causal de casación que se analiza,*

de Justicia. Apuntes del Departamento de Derecho Procesal. Santiago, Chile. Facultad de Derecho – Universidad de Chile. 188p.

vicio de nulidad que afecta precisa y únicamente a la anotada sentencia complementaria”⁸⁹.

Pero de mayor importancia y trascendencia al respecto supone la jurisprudencia existente en relación con el recurso de queja. En el caso de los arbitradores, se ha dicho que un arbitrador actuaría con una grave falta o abuso cuando emite un fallo opuesto a la prudencia y equidad. Más específicamente, ha dicho que sus facultades deben *“ejercerse conforme a los principios que emanan de la prudencia y equidad natural (...) Al no entenderlo así, el árbitro recurrido ha cometido falta que debe ser enmendada por la presente vía”⁹⁰.*

En otro fallo más reciente, la misma Corte Suprema ha señalado que a un arbitrador *“sólo se les puede reprochar faltas o abusos (...) si la sentencia es inmoral, dolosa, manifiestamente inicua, absurda, contradictoria, inteligible o imposible de cumplir, en otras palabras, por manifiesta arbitrariedad o por desconocimiento evidente de las normas*

⁸⁹ Corte de Santiago. 30.6.2010. Legal Publishing Online. NIC 4726-2009. [en línea] Santiago, Chile. <<http://www.legalpublishing.cl>> [consulta: 23 agosto 2013]

⁹⁰ CS. 22.7.1993. Legal Publishing Online. NIC 7775. [en línea] Santiago, Chile. <<http://www.legalpublishing.cl>> [consulta: 23 agosto 2013]

impartidas por las partes en el acto del compromiso o bien falten a la equidad desconociendo elementos fundamentales del debido proceso”⁹¹.

Así, revisando dicha jurisprudencia, si un arbitrador se aparta de las normas del compromiso y decide realizar diligencias probatorias de oficio, es perfectamente posible que el fallo que dicte en virtud de esta prueba obtenida por iniciativa propia sea impugnado mediante el recurso de queja, señalándose que al no respetar las normas del compromiso y haber fallado de este modo habría actuado de forma arbitraria y antojadiza.

Por otro lado –y considerando lo que se ha dicho anteriormente en relación con la obligación del árbitro de fallar según su prudencia y equidad-, el hecho de no decretar estas diligencias probatorias de oficio cuando sea necesario lógicamente afectaría sus razones para resolver de un modo u otro, por lo que en el caso de que decida no hacerlo –y no apartarse del compromiso-, implicarían que no podría fallar conforme a su prudencia y equidad tal y como está mandatado, por lo que su fallo

⁹¹ Corte de Santiago. 29.10.2007. Legal Publishing Online. NIC 3536-2007. [en línea] Santiago, Chile. <<http://www.legalpublishing.cl>>

podría incluso ser impugnado por la parte agraviada mediante el mismo recurso de queja.

Y profundizando más aún en esto, tal y como se señaló anteriormente, el amigable componedor debe asegurarse que el litigio que se está siguiendo respete las garantías básicas del debido proceso para las partes, y dentro de éstas, que exista una igualdad de tratamiento entre ellas. Si producto de situaciones fácticas resulta que una de las partes no puede hacerse de medios probatorios que justifiquen sus pretensiones, y por consiguiente vea vulnerado su derecho a esta igualdad de tratamiento, si el amigable componedor no ejerce su potestad probatoria decretando diligencias de oficio con el objetivo de suplir esta deficiencia, necesariamente debiese concluirse que en la causa no se respetaron los elementos del debido proceso y, por consiguiente, también sería una causal para que sea el juicio y la sentencia sean impugnadas mediante el recurso de queja.

Como se demuestra, este debate no se encuentra resuelto ni en nuestra doctrina ni en nuestra jurisprudencia, y como se verá más adelante, es de

una especial trascendencia establecer una postura clara con miras a las reformas procesales de los últimos tiempos.

CAPÍTULO III: SOLUCIONES PRÁCTICAS QUE SE HAN DADO EN CHILE Y EXPERIENCIA EN DERECHO COMPARADO

III.1.- Experiencia nacional

a.- La delegación que las partes hacen de esta facultad en el árbitro.

Como ya se señaló en los capítulos anteriores, reconocer un predominio del principio dispositivo respecto de la actividad probatoria de las partes generaría una serie de situaciones que afectaría que el juicio ante árbitros arbitradores se siga con toda normalidad. Por un lado, si producto de la prueba rendida por las partes el juez no es capaz de conocer los hechos completos de la causa, podría vulnerarse el derecho fundamental al debido proceso toda vez que una de ellas podría verse más desprotegida⁹², y por otro lado, sin este cabal conocimiento, no podría fallar con la prudencia y equidad a la que está mandatado.⁹³

⁹² *Supra* I.3.b.

⁹³ *Supra* II.6.

Sin embargo, como también fue señalado anteriormente, la opinión de que la forma de solucionar estos problemas es reconociendo facultades inquisitivas en el amigable componedor en cuanto a diligencias probatorias no es unánime ni en la doctrina ni en la práctica forense. La verdad es que, de la experiencia que se ha seguido en los juicios arbitrales en nuestro país, los litigantes han preferido optar por distintas vías en orden a solucionar estos conflictos.

Es en este contexto en que, según el profesor Pomés, uno de los mecanismos que las partes han adoptado para solucionar problemas de vacíos en cuanto a las normas de procedimiento ha sido la de otorgarle de forma expresa facultades inquisitivas al juez árbitro. En efecto, ha señalado que, si bien la facultad de dictar normas de procedimiento recae exclusivamente en las partes y no en el árbitro⁹⁴, “*muchas veces se recurre a que en el acto del compromiso las partes faculden al árbitro para fijar normas de procedimiento, en forma supletoria a las acordadas*”⁹⁵. Entonces, así el arbitrador podría dictar normas de procedimiento de oficio –dentro de las que se incluyen, naturalmente,

⁹⁴ *Supra* II.7.

⁹⁵ POMÉS, Juan Pablo. [s.a.] *op. cit.*

diligencias probatorias-, pero *“debe hacerlo estándose a la extensión de la facultad otorgada por las partes”*⁹⁶

De la experiencia arbitral recogida por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, se puede apreciar que esta solución es bastante común en la práctica. Por nombrar un ejemplo, en un juicio arbitral seguido ante don Sergio Urrejola Mönckeberg, en calidad de árbitro arbitrador, en el comparendo de fijación de normas de procedimiento, las partes establecieron que *“en todo lo no previsto se faculta al árbitro para que resuelva y dicte las medidas para mejor resolver que estime del caso y en definitiva para darle curso progresivo a los autos, asimismo, el Árbitro queda facultado para citar a declarar a personas relacionadas con las partes e interrogarlas sobre hechos de la causa”*⁹⁷. Así, se aprecia como las partes expresamente establecieron facultades al árbitro de actuar de oficio, y especialmente, para solicitar diligencias probatorias según estime necesarias –puntualmente, prueba testimonial en este caso-.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ URREJOLA, Sergio (Juez árbitro). 5.12.2003. Sentencia causa Rol 353. En: CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. 2008. *op. cit.* 129 pp.

Considerando que es clara la situación de que las partes tienen la facultad para dictar normas de procedimiento, y de realizar diligencias probatorias, creo que es perfectamente válido que las partes quieran delegar esta facultad en el juez árbitro en el acto del compromiso. Sin embargo, en la práctica esta solución no resulta satisfactoria, toda vez que no logra establecer que ocurre con aquellos numerosos casos en que las partes no han dicho nada respecto de esta facultad, ni de dar algún indicio sobre que es lo que en derecho corresponde que hagan en aquellos casos.

b.- El Reglamento Procesal del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

Otra solución que los litigantes han realizado en la práctica es la de hacer aplicable, en lo no regulado expresamente en el compromiso, el Reglamento Procesal del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

En efecto, para demostrar esta situación, en un juicio seguido ante el juez Ignacio Arteaga Echeverría, en calidad de amigable componedor, en el comparendo en el cual las partes fijaron el procedimiento, se quedó estipulado que *“en todo lo no previsto, este Árbitro estableció en dicha audiencia que el presente juicio se sometiera a lo dispuesto en el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago actualmente vigente y, en subsidio, a las normas contenidas en el Libro II del Código de Procedimiento Civil y en el Párrafo 2º del Título VIII del Libro III de dicho Código”*⁹⁸. En el mismo sentido, en un juicio seguido ante el arbitrador Raúl Novoa Galán, en la audiencia de fijación de procedimiento, las partes acordaron que *“en todo lo no previsto por ellas en la audiencia antes aludida, regirían supletoriamente las normas de procedimiento establecidas en el Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago”*⁹⁹.

⁹⁸ ARTEAGA, Ignacio (Juez árbitro). 27.1.2006. Sentencia causa rol 529. En: CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. 2010. Sentencias Arbitrales: 2005-2009. Tomo V. Santiago, Chile. 52p.

⁹⁹ NOVOA, Raúl (Juez árbitro). 19.10.2006. Sentencia causa rol 489. En: CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. 2010. *op. cit.* 123p.

Este mecanismo se ha ido replicando en una gran cantidad de juicios arbitrales que se han ido desarrollando en nuestro país.¹⁰⁰ Sin embargo, volviendo al tema que interesa a esta investigación, es necesario analizar si es que el referido reglamento –el cual a la fecha se encuentra vigente desde el 1° de diciembre de 2012- se hace cargo respecto de la discusión que se ha ido desarrollando sobre la iniciativa probatoria del árbitro arbitrador.

Al respecto, el artículo 30° de este reglamento hace referencia a la producción de prueba. Dentro de esta norma, el inciso primero señala expresamente 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*

¹⁰⁰ Para ver otros juicios arbitrales ante arbitradores de los últimos años en que se ha seguido la misma lógica, ver NOVOA, Raúl (Juez árbitro). 27.11.2006. Sentencia causa rol 499. En: CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. 2010. *op. cit.* 179p., EYZAGUIRRE, Gonzalo (Juez árbitro). 9.1.2009. Sentencia causa rol 819. En: CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. 2010. *op. cit.* 552p., y DE IRUARRIZAGA, Javier (Juez árbitro). 15.8.2009. Sentencia causa rol 908, En: CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. 2010. *op. cit.* 623p.

controversia, bajo apercibimiento de no poder agregarlo con posterioridad”¹⁰¹. Esta norma es absolutamente clara en reconocer facultades inquisitivas al juez árbitro, pues claramente está señalando que tendrá la posibilidad de tomar el impulso probatorio cuando lo estime necesario.

Del mismo modo, el inciso segundo de la misma norma señala que “*si una parte, debidamente requerida por el Tribunal Arbitral para presentar documentos y otras pruebas, no lo hace en los plazos fijados sin invocar causa suficiente, el Tribunal Arbitral podrá dictar sentencia basándose en las pruebas de que disponga*”¹⁰².

Como se puede apreciar, el referido artículo 30° del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación se ha hecho cargo de la discusión que latamente se ha ido desarrollando en esta investigación, reconociendo la necesidad de dotar de facultades al juez

¹⁰¹ CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO A.G. Centro de Arbitraje y Mediación. 2012. Reglamento Procesal de Arbitraje. [en línea] Santiago, Chile. <<http://www.camsantiago.cl/descargar/Reglamento%202012pd.pdf>> [consulta: 25 octubre 2013]

¹⁰² *Ibid.*

árbitro de realizar diligencias probatorias de oficio para lograr el conocimiento de los hechos de la causa.

Sin embargo, si bien este mecanismo pareciese ser eficaz en solucionar el problema mostrado en la presente investigación, la verdad es que en nuestro país, al no existir una institución pública que consagre un arbitraje masificado, habiéndose asumido este rol únicamente por la Cámara de Comercio de Santiago como asociación gremial¹⁰³, la verdad es que esta solución sólo es viable para aquellos litigantes que tengan las capacidades económicas para poder costear un arbitraje ante la referida institución privada, y no para otras personas que por cualquier motivo no hagan vinculante al procedimiento arbitral el reglamento ya señalado, ni manifiesten de forma expresa esta facultad al árbitro arbitrador al expresar las normas de procedimiento.

III.2.- Experiencias comparadas

¹⁰³ La discusión sobre la necesidad de instaurar una institución pública que consagre un arbitraje masificado en Chile escapa a esta investigación. Al respecto, ver MUÑOZ, Yuruany. 2007. La Cámara Latinoamericana de Arbitraje: Una propuesta institucional. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Facultad de Derecho – Universidad de Chile.

a.- La Ley Brasileña de Arbitraje N° 9.307 de 1996.

Como se ha apreciado durante el desarrollo de esta investigación, en la práctica arbitral se ha generado la problemática sobre el alcance de las facultades del amigable componedor en materia de prueba. Si bien en este capítulo se han expuesto algunos mecanismos que los litigantes en nuestro país han utilizado para solucionar esta disyuntiva –en un evidente uso de la autonomía de la voluntad que supone el juicio arbitral-, la verdad es que dichos mecanismos responden a suplir la deficiente legislación que existe en nuestro ordenamiento jurídico.

Sin embargo, la verdad es que este problema no es único del arbitraje chileno, sino que es un debate que ya se ha dado en el extranjero. Es en este contexto que, del análisis que se ha podido hacer de ciertas legislaciones comparadas, se aprecia como existen países que ya han logrado reformular sus respectivos marcos normativos del arbitraje interno, haciéndose cargo así de problemáticas como la tratada en la presente investigación.

Tras la publicación de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 por parte de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), fueron muchos los países –especialmente iberoamericanos- quienes buscaron modernizar sus leyes internas sobre arbitraje con el claro objetivo de actualizarlo y hacerlo coherente con los principios y prácticas contemporáneas que se reflejaban en la referida Ley Modelo.

Uno de los primeros países que en los últimos años se han preocupado de reformular su regulación sobre el arbitraje interno es el caso de Brasil. En efecto, tras un debate generado en dicho país fue que, el 23 de septiembre de 1996, el entonces presidente Fernando Henrique Cardoso promulgó la Ley 9.307 sobre Arbitraje¹⁰⁴.

En su artículo 1º, esta ley sólo hace la distinción entre arbitraje de derecho y arbitraje de equidad –el que en Chile es conocido como arbitraje ante árbitros arbitradores-. Luego, en relación con el

¹⁰⁴ BRASIL. Presidência da República. 1996. Lei 9.307 sobre a Arbitragem. 23 septiembre 1996. [en línea] Brasilia, Brasil. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm> [consulta: 4 noviembre 2013]

procedimiento arbitral, se señala en el artículo 21 que *“el arbitraje obedecerá al procedimiento establecido por las partes en el convenio arbitral”*, y en el párrafo 1º del mismo artículo, señala que *“si no hay ninguna estipulación sobre el procedimiento, el árbitro o el tribunal arbitral procederá a disciplinarlo”*.¹⁰⁵

En materia de diligencias probatorias durante el procedimiento, el artículo 22 de la misma ley se encarga de regularlo expresamente. Al respecto, señala que *“podrá el arbitro o el tribunal arbitral recibir el testimonio de las partes, escuchar testigos y determinar la realización de pericias u otras pruebas que considere necesarias, a petición de las partes o de oficio”*.¹⁰⁶

¹⁰⁵ El texto original dice *“Art. 21.- A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento. § 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.”*

¹⁰⁶ El texto original dice *“Art. 22.- Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.”*

Como se logra apreciar, en la legislación brasileña se preocuparon de darle un importante rol al árbitro arbitrador en el desarrollo del procedimiento arbitral, regulando de forma expresa tanto su capacidad para tomar la iniciativa en la regulación del procedimiento ante el silencio de las partes, pero más importante aún, reconociendo expresamente su capacidad para dictar diligencias probatorias de oficio.

b.- La experiencia de la Ley 60/2003 de España.

Otro buen ejemplo de esta modernización global que se ha dado del arbitraje interno es el caso de España. En efecto, en dicho país, inspirándose en el debate y reformas que se fueron dando en varios otros países iberoamericanos, fue que el 24 de octubre de 2001, el Ministro de Justicia español encomendó a la Comisión General de Codificación el encargo de introducir modificaciones técnicas precisas a la entonces vigente Ley de Arbitraje de 1988, que se preocupe de adecuar las nuevas

técnicas, prácticas y principios del derecho procesal arbitral a la regulación interna sobre la materia.¹⁰⁷

Esta labor terminó con la dictación de la Ley 60/2003 de Arbitraje el 23 de diciembre del año 2003¹⁰⁸. Uno de los principios fundamentales de esta ley fue otorgarle un notorio espacio a la autonomía de la voluntad de las partes, y recién en subsidio de ésta, rigen las normas legales, es decir, *“en la mayoría de sus reglas la LA [Ley de Arbitraje] parte de la primacía de la autonomía de la voluntad de las partes (...) En ella se encuentran muy pocas normas imperativas”*¹⁰⁹

En este marco es que, dentro de la referida ley española, cabe preguntarse cual es el rol que asume el juez dentro del procedimiento arbitral. En este sentido es que, analizando las disposiciones de la referida ley, el papel que asumirá el juez árbitro es claro: asumirá el rol

¹⁰⁷ Al respecto, ver VERDERA Y TUELLS, Evelio. 2006. La Ley de Arbitraje española: entre la tradición y la innovación. Revista Internacional de Arbitraje (5):88p. y ss.

¹⁰⁸ ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia. 2003. Ley 60/2003 de Arbitraje. 23 diciembre 2003. [en línea] Madrid, España. <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646>> [consulta: 4 noviembre 2013]

¹⁰⁹ VERDERA Y TUELLS, Evelio. 2006. *op. cit.*

que las partes le otorguen, y recién si las partes nada dicen, la ley le consagra facultades para actuar de oficio.

Este principio general se consagra en el artículo 25 de la referida ley, el cual señala en su primer acápite que *“las partes podrán convenir libremente el procedimiento al que se hayan de ajustar los árbitros en sus actuaciones”*, pero que luego en su segundo acápite es complementado al señalar que *“a falta de acuerdo, los árbitros podrán, con sujeción a lo dispuesto en esta Ley, dirigir el arbitraje del modo que consideren apropiado. Esta potestad de los árbitros comprende la de decidir sobre admisibilidad, pertinencia y utilidad de las pruebas, sobre su práctica, incluso de oficio, y sobre su valoración”*.

Así, se demuestra el tenor de la ley. Los primeros llamados a determinar si el juez árbitro tiene facultades para dictar diligencias probatorias de oficio son las partes; sin embargo, si ellas nada dicen al respecto, la ley le otorga expresamente facultades para decretar aquellas actuaciones que estime necesarias para esclarecer los hechos alegados.

c.- Arbitration Act de 1996, del Reino Unido.

En los países que han seguido la tradición jurídica del *common law*, la regulación interna que se ha hecho del arbitraje doméstico también ha sido un tema que se ha discutido latamente, principalmente por la lógica de que, producto del fenómeno latente de la globalización y del importante auge que ha desarrollado el arbitraje comercial internacional, los distintos Estados han reconocido la necesidad de regular en pos de una coherencia lógica no sólo sus leyes sobre arbitrajes internacionales, sino también la forma en que regulan sus arbitrajes domésticos o internos.

Es en este contexto como el Parlamento del Reino Unido promulgó en el año 1996 este Arbitration Act, el cual regula los procedimientos arbitrales que se realicen en todos los estados sujetos a la jurisdicción del Reino Unido –países entre los que se encuentran Inglaterra, Gales, Escocia, Nueva Zelanda, entre otros-¹¹⁰.

¹¹⁰ REINO UNIDO. Department of Trade and Industry. 1997. Arbitration Act 1996. 31 enero 1997. [en línea] Londres, Inglaterra

En relación con el tema objeto de esta investigación, la verdad es que este Arbitration Act de 1996 le da notorias facultades al juez árbitro para actuar de oficio en la dictación de normas de procedimiento, y especialmente, en la realización de diligencias probatorias. En efecto, la sección 34 de este cuerpo normativo señala expresamente que “*podrá el tribunal decidir por sí respecto de todos los asuntos procedimentales y probatorios, sujeto al derecho de las partes para acordar cualquier asunto*”¹¹¹. Al respecto, la doctrina anglosajona ha señalado que dicha norma ha decidido alejarse del principio fundamental en materia de arbitraje de la autonomía de la voluntad, decidiendo priorizar en cambio un rol importante al juez árbitro, en el sentido de que tendrá la autoridad para dar curso progresivo a los autos de oficio, y en el mismo sentido, para obtener la prueba que estime necesaria para poder dictar su fallo.¹¹²

<<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>> [consulta: 6 noviembre 2013]

¹¹¹ Traducción libre del autor. El texto original dice “*Section 34. Procedural and evidential matters.- It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter.*”

¹¹² En este sentido, ver CARBONNEAU, Thomas. 1998. A Comment on the 1996 United Kingdom Arbitration Act. [en línea] Tulane Maritime Law Journal (22). 147p. <<http://home.heinonline.org>> Nueva Orleans, LA, EE.UU. [consulta: 6 noviembre 2013]

d.- La nueva regulación sobre arbitraje interno en Australia, y el Commercial Arbitration Act 2013 de Queensland.

Este Arbitration Act de 1996 del Reino Unido ha inspirado para modernizar la regulación sobre los procedimientos arbitrales en varios países del mundo que han adoptado el sistema del *common law*. Uno de estos países es Australia, quien hoy en día cuenta con una de las regulaciones más modernas sobre el tema en el mundo.

En el año 2010, el *Commonwealth Attorney General* –organismo gubernamental similar a nuestro Ministerio de Justicia- anunció una reforma a la legislación vigente sobre arbitraje interno que propendiera a actualizar las normas actuales a los principios y prácticas modernas, así como a hacerlo coherente a su vez con sus propias normas sobre arbitraje internacional. Al ser un país con estados federales, Australia tiene una regulación interna para todo el país, pero cada estado a su vez tiene sus normas propias. En este sentido, la idea era crear un cuerpo normativo de

carácter nacional que sirviera a su vez de inspiración para que cada estado adoptara las mismas normas dentro de sus leyes federales.¹¹³

Fue así como, basándose tanto en la Arbitration Act 1996 como en la Ley Modelo de la CNUDMI, cada estado federal comenzó un proceso legislativo interno en orden a regular sus propios arbitrajes internos. Uno de los más recientes en este sentido es el Commercial Arbitration Act de 2013, adoptado por el estado de Queensland.¹¹⁴

Respecto del tema objeto de esta investigación, la parte 5 de dicho documento se refiere a la sustanciación del procedimiento arbitral. Analizando dichas normas, es importante referirse en primer lugar a la cláusula 19, la cual señala que *“sujetas a las provisiones de esta Acta, las partes son libres para establecer el procedimiento que deberá seguir el*

¹¹³ Al respecto, ver MILES, Cameron, LUTTRELL, Sam, y McCOMISH, Stephen. [201-] Understanding Australia’s New Domestic Arbitration Regime: A Comparison of the Australian State Commercial Arbitration and the New Model Commercial Arbitration Bill. [en línea] <<http://www.ciarb.net.au/publications/domestic-arbitration/>> [consulta: 7 noviembre 2013]

¹¹⁴ AUSTRALIA. Commonwealth Attorney General – State of Queensland. 2013. Commercial Arbitration Act 2013. 14 marzo 2013. [en línea] Brisbane, Australia. <<https://www.legislation.qld.gov.au/LEGISLTN/ACTS/2013/13AC008.pdf>> [consulta: 7 noviembre 2013]

tribunal arbitral, y ante la insuficiencia de dicho acuerdo, se permite que el árbitro dirija el arbitraje en la forma que considere apropiada”¹¹⁵.

En materia de prueba, en primer lugar la cláusula 24B, en su sección 2ª, señala que *“sin limitación, las partes deben cumplir sin retraso injustificado cualquier orden del juez árbitro respecto de cualquier procedimiento, diligencia probatoria, u otro asunto”¹¹⁶*, y luego, en la cláusula 26, se señala que *“salvo acuerdo en contrario de las partes, el juez árbitro puede solicitarle a uno o más expertos analizar algún determinado asunto a determinar por el tribunal, y pedirle a alguna de las partes que le entregue a este experto cualquier información, que produzca, o que dé acceso a cualquier documento o bienes para la inspección del experto”¹¹⁷.*

¹¹⁵ Traducción libre del autor. El texto original dice *“19. Determination of rules of procedure.- (1) Subject to the provisions of this Act, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings. (2) Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Act, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate”*.

¹¹⁶ Traducción libre del autor. El texto original dice *“24B. General duties of parties. (...) (2) Without limitation, the parties must— (a) comply without undue delay with any order or direction of the arbitral tribunal with respect to any procedural, evidentiary or other matter”*.

¹¹⁷ Traducción libre del autor. El texto original dice *“26. Expert appointed by arbitral tribunal.- (1) Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral tribunal— may appoint one or more experts to report to it on specific issues to be determined by the*

Como se aprecia de las normas transcritas, la reciente legislación de Queensland, Australia también ha decidido por optar otorgarle facultades al juez árbitro para dictar diligencias probatorias de oficio –sujeto a la voluntad contraria de las partes-. Algo interesante en relación a las legislaciones ya analizadas consiste en que, en este caso, se consagra expresamente esta facultad en relación con la opinión de un experto –lo cual podemos entenderlo asimilable a la prueba pericial-; de todas formas, según el espíritu del cuerpo normativo y de lo contemplado en la referida cláusula 24B, debe concluirse necesariamente que esta facultad para obtener prueba de oficio alcanza a cualquier medio probatorio.

e.- El Código de Procedimiento Civil Francés modificado por Decreto N° 2011-48 el 13 de enero de 2011

Para finalizar con el análisis de las facultades de los jueces árbitros en algunas legislaciones comparadas nos referiremos al caso de Francia, que en su Código de Procedimiento Civil regula el procedimiento arbitral.

arbitral tribunal; and may require a party to give the expert any relevant information or to produce, or to provide access to, any relevant documents, goods or other property for the expert's inspection.”

Este cuerpo normativo fue modificado por el Decreto N° 2011-48 el 13 de enero de 2011¹¹⁸, que sustituyó el Libro IV de este Código -artículo 1442 hasta el artículo 1527-, que trata tanto el arbitraje interno como el arbitraje internacional.¹¹⁹

Sobre el tema objeto de esta investigación, el Título I de dicho libro se refiere al arbitraje interno, y dentro de éste, el Capítulo III hace referencia al procedimiento arbitral. Dentro de éste, el artículo 1464 señala que *“salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral definirá el procedimiento que se seguirá en el arbitraje”*¹²⁰, y luego, en materia de prueba, el artículo 1467 es claro al señalar que *“el tribunal arbitral adoptará todas las medidas necesarias en relación con asuntos procedimentales y probatorios, salvo que las partes lo autoricen para delegar esta facultad en alguno de sus miembros. El tribunal arbitral también podrá llamar a cualquier persona para que otorgue testimonio*

¹¹⁸ Una traducción al inglés de este decreto disponible en <http://www.iaiparis.com/pdf/FRENCH_LAW_ON_ARBITRATION.pdf>

¹¹⁹ FRANCIA. République Française. 1808. Code de procédure civile. 20 julio 1808. [en línea] París, Francia. <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20120927>> [consulta: 11 noviembre 2013]

¹²⁰ Traducción libre del autor. El texto original dice *“Article 1464.- A moins que les parties n'en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques.”*

(...) Si una de las partes está en posesión de evidencia, el tribunal arbitral podrá solicitarle que la introduzca en el juicio, determine la forma en que será producida y, en caso de ser necesario, dictar sanciones en caso de incumplimiento”¹²¹.

Como se aprecia, esta legislación también otorga facultades inquisitivas al juez árbitro en relación con la prueba que deberá producirse en el juicio. Es importante comentar en este sentido que, a diferencia de las otras legislaciones ya estudiadas, aparentemente en este caso no se condicionan las facultades del juez árbitro a alguna voluntad contraria de las partes, y adicionalmente, expresamente se contemplan facultades disciplinarias al árbitro en caso de que alguna de las partes no cumpla con alguna solicitud en relación con un medio de prueba. De lo dicho, necesariamente se puede concluir que Francia sería el país que le otorga mayores facultades inquisitivas al juez árbitro.

¹²¹ Traducción libre del autor. El texto original dice “*Article 1467.- Le tribunal arbitral procède aux actes d’instruction nécessaires à moins que les parties ne l’autorisent à commettre l’un de ses membres. Le tribunal arbitral peut entendre toute personne. Cette audition a lieu sans prestation de serment. Si une partie détient un élément de preuve, le tribunal arbitral peut lui enjoindre de le produire selon les modalités qu’il détermine et au besoin à peine d’astreinte.*”

Resumiendo lo que se ha dicho en este capítulo, tanto la experiencia práctica que han adoptado los litigantes en nuestro país, como las modernas reformas legislativas que se han adoptado en el extranjero, permiten concluir que la tendencia actual es a darle mayores potestades a los jueces árbitros –esencialmente, los amigables componedores– respecto de la posibilidad de dictar diligencias probatorias. Sin embargo, el alcance de estas facultades no es unánime en todos los países, por lo cual, en el marco de una reforma legislativa sobre la materia, debiese adoptarse esta postura, pero acorde a la realidad y tradición jurídica de nuestro país.

CAPÍTULO IV: PROPUESTA LEGISLATIVA DENTRO DE LA REFORMA PROCESAL CIVIL

IV.1.- Sobre la necesidad de una nueva ley de arbitraje interno.

Lo que hemos expuesto demuestra como la actual legislación vigente en Chile en relación al arbitraje interno –especialmente en lo relacionado con el juicio seguido ante arbitradores- resulta claramente insuficiente respecto de las potestades que el amigable componedor tendría para producir y solicitar prueba de oficio, toda vez que no son resueltas de manera expresa el problema planteado en nuestra investigación.

En este marco es que, desde ya hace un par de años, en nuestro país se ha venido discutiendo una importante reforma procesal civil que buscará modernizar los actuales procedimientos civiles y comerciales a las nuevas realidades prácticas, así como a los principios procesales contemporáneos. Es así como, después de un largo trabajo en el que

numerosas instituciones han sido parte –siendo uno de los principales protagonistas la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile-, el pasado 12 de marzo de 2012 el entonces Presidente de la República don Sebastián Piñera envió un proyecto de ley a la Cámara de Diputados mediante el Mensaje Presidencial N° 432-359, en el cual solicita la aprobación de un nuevo Código Procesal Civil para nuestro país.

Si bien este anteproyecto de nuevo Código no contempla una nueva regulación sobre el arbitraje interno, en el mensaje el entonces presidente es claro en señalar que *“ciertamente luego de la promulgación de la ley de arbitraje internacional, parece conveniente modernizar y adecuar la regulación del arbitraje interno, modalidad heterocompositiva, de ejercicio jurisdiccional, con larga tradición entre nosotros y respecto de la cual, he estimado conveniente innovar y proponer su regulación en una ley especial”*¹²².

¹²² PIÑERA, Sebastián. 2012. Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil. En: MENSAJE PRESIDENCIAL N° 432-359 a la H. Cámara de Diputados enviado el 12 marzo 2012. Santiago, Chile. 19-20p.

Como ya fue señalado¹²³, en muchos países en los últimos años se han hecho importantes reformas respecto del arbitraje interno, buscando armonizar las prácticas y principios actuales, en conjunto a su vez con el arbitraje internacional. Es así como, siendo coherente con la legislación comparada y con las propias particularidades que reviste el arbitraje doméstico es que resulta trascendental que éste sea regulado mediante una ley propia y especial, de la misma forma como en su oportunidad se promulgó y publicó la actual Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional.

En este mismo sentido es que es pertinente que la nueva regulación del arbitraje interno en nuestro país se haga mediante ley especial, y que no se siga regulando como un simple juicio especial dentro del Código Procesal Civil –lo que ocurre en la actualidad en nuestro aún vigente Código de Procedimiento Civil-, toda vez que los procedimientos arbitrales, si bien comparten bastantes principios comunes a la justicia

¹²³ *Supra* III.2.

civil ordinaria, a su vez tienen características únicas que justifican su regulación autónoma.¹²⁴

Estas mismas inquietudes ya han sido recogidas por el último Gobierno y académicos de trascendencia en el derecho nacional, toda vez que el pasado 26 de diciembre de 2013, un grupo de abogados identificados como miembros de la Comisión Redactora del Anteproyecto de Ley de Arbitraje Interno se manifestaron en un reconocido medio de comunicación nacional anunciando que *“prontamente será presentado al Congreso un proyecto de ley que moderniza la legislación sobre arbitraje interno”*¹²⁵, señalando, entre otras razones, que *“el derecho procesal civil chileno se encuentra en proceso de una reforma estructural. Mantener la legislación actual de arbitraje, vigente desde comienzos del siglo pasado, produciría un desfase con la normativa en discusión en el Congreso.”*¹²⁶

¹²⁴ Al respecto, ver BORDACHAR, Rodrigo. 2010. Reforma Procesal Civil: La Gran Oportunidad del Arbitraje. Revista Derecho UC (1):34-35p.

¹²⁵ IRARRÁZABAL, Jaime, ROMERO, Alejandro, JANA, Andrés, MATURANA, Cristián, MEREMINSKAYA, Elina, y VÁSQUEZ, María Fernanda. 2013. Legislación sobre arbitraje interno. El Mercurio, Cartas al Director. Santiago, Chile. 26 diciembre. A-2.

¹²⁶ *Ibid.*

Entre algunas de las mayores innovaciones que se observa en este anteproyecto de nueva ley de arbitraje, dice relación con la eliminación del sistema dualista y antagónico de nuestra legislación vigente, en que se diferencia la regulación del arbitraje interno con el moderno arbitraje comercial internacional, buscando una mayor armonía entre ambos sistemas, se fortalece el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, y se busca desvincular con mayor intensidad la intervención de la jurisdicción ordinaria como auxiliar del arbitraje interno, puntualmente a través de la revisión de los fallos arbitrales mediante el recurso de queja.¹²⁷

IV.2.- Sobre la necesidad de reformular el rol que el juez árbitro tiene en el proceso.

Coherentemente con lo que se ha ido señalado en esta investigación, uno de los objetivos que persigue esta reforma es el de reformular el rol que el juez debe tener en los procesos contenciosos civiles; es así como

¹²⁷ Al respecto, ver INSTITUTO CHILENO DE DERECHO PROCESAL. 2013. Anteproyecto de ley de arbitraje interno. [en línea] Santiago, Chile. <<http://www.ichdp.cl/anteproyecto-de-ley-de-arbitraje-interno>> [consulta: 7 mayo 2014]

se señala que *“el nuevo Código consagra un cambio de paradigma en la concepción del rol y sentido tradicional en que se ha entendido el principio dispositivo o de justicia rogada que inspira nuestro actual proceso civil, sin por ello derogarlo, sino al contrario, manteniendo su plena vigencia. Así, por ejemplo, la iniciativa del proceso civil, la determinación del objeto del mismo, la aportación de pruebas –salvo excepciones- y la utilización de los medios de impugnación, corresponde exclusivamente a las partes”*¹²⁸.

En efecto, el proyecto presentado de Nuevo Código Procesal Civil consagra en su artículo 2º el principio de la iniciativa del juez, el cual si bien dice que *“la iniciación del proceso, así como la introducción de las pretensiones y excepciones incumben a las partes”*, a continuación señala que *“El tribunal sólo podrá actuar de oficio cuando la ley lo faculte expresamente”*. En otras palabras, si bien la reforma persigue mantener la plena vigencia del principio dispositivo como máxima del proceso civil, al consagrar expresamente el principio de la iniciativa se manifiesta como el legislador consagra ciertas atenuaciones a este

¹²⁸ PIÑERA, Sebastián. 2012. *op. cit.* 17-18p.

principio mediante la posibilidad en ciertos casos del juez de poder actuar de oficio.¹²⁹

La verdad es que esta reformulación del rol del juez que la reforma pretende también debiese alcanzar al juez árbitro, especialmente al amigable componedor. En esta investigación se han manifestado poderosas razones de cómo una aplicación prácticamente absoluta del principio dispositivo atenta contra los elementos que componen el debido proceso en los juicios seguidos ante amigables componedores, y por lo demás, el resguardo a dicho derecho fundamental es una de las máximas inspiradoras de reformular este rol del juez en la reforma. Entonces, si la intención que se tiene es la de reformular este rol respecto de todo juez civil, no se vislumbran razones para que este nuevo rol no alcance de la misma forma al juez árbitro, dotándole de mayores posibilidades para actuar de oficio, especialmente en lo que a diligencias probatorias se refiere.

¹²⁹ En este sentido ver HARASIC, Davor, MATURANA, Cristián, y MARÍN, Juan Carlos. 2012. Principios Generales en el Nuevo Código Procesal Civil. Revista de Derecho Procesal: Proyecto de Código Procesal Civil (22):208p. y ss.

IV.3.- Sobre la necesidad de consagrar expresamente la facultad del árbitro arbitrador de dictar diligencias probatorias de oficio.

El ya mencionado mensaje presidencial que propone un Nuevo Código Procesal Civil, refiriéndose sobre este nuevo rol que deberá tener el juez, señala también que a éste *“se le confiere un mayor protagonismo en el conocimiento de los asuntos, dotándolo de la facultad de decretar, hasta la audiencia preliminar, diligencias de prueba para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, pero respetando siempre el derecho de defensa de las partes. Se ha estimado que la determinación de la verdad de los hechos sometidos a juzgamiento, es un presupuesto indispensable de una sentencia que resuelva el conflicto en forma justa y, por ello, no cabe escatimar a ese respecto la intervención del Juez.”*¹³⁰

Esta facultad se encuentra expresamente consagrada en el inciso segundo del artículo 288 del Proyecto, el cual dispone que *“hasta antes del término de la audiencia preliminar, el tribunal, de oficio, podrá*

¹³⁰ PIÑERA, Sebastián. 2012. *op. cit.* 18p.

ordenar las diligencias probatorias que estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes. En ejercicio de este derecho, las partes podrán solicitar, en el mismo acto, una contraprueba a la solicitada por el tribunal, conforme a lo previsto en el artículo 290”. Al respecto, el profesor Pomés acertadamente ha señalado que *“se entrega de esta manera, importantes atribuciones en materia de iniciativa probatoria al juez, en relación a las otorgadas por el actual Código de Procedimiento Civil, donde el juez sólo adquiere un mayor protagonismo una vez citadas las partes a oír sentencia, por medio de las medidas para mejor resolver”*.¹³¹

Como se manifiesta, la intención de legislador es la de fortalecer el rol del juez puntualmente en lo concerniente a la actividad probatoria. Esta iniciativa que se le concede al tribunal no es nueva en nuestro

¹³¹ POMÉS, Juan Pablo. 2012. La Prueba en términos generales en el Nuevo Proyecto de Código Procesal Civil. Revista de Derecho Procesal: Proyecto de Código Procesal Civil (22):298p.

ordenamiento, toda vez que responde a una tendencia que se ha ido arrastrando desde las últimas reformas procesales.¹³²

Sin embargo, del transcrito artículo 288, se manifiesta que esta iniciativa probatoria que el nuevo Proyecto de Código Procesal Civil le otorga al juez no sería absoluta, sino que tendría límites con los cuales “*se evita la objeción de convertir al juez en uno autoritario o fascista*”¹³³. Estas limitaciones serían fundamentalmente que, en primer lugar, el juez no puede decretar prueba sobre cualquier hecho, sino únicamente aquellos que son controvertidos por las partes; en segundo lugar, no puede solicitar prueba de oficio en cualquier momento del procedimiento, sino únicamente hasta antes del término de la audiencia preliminar¹³⁴; y en tercer lugar, se garantiza que la prueba decretada por el tribunal no afecte los principios dispositivos o de la bilateralidad de la

¹³² Tras la reforma procesal de familia, en el inciso tercero del artículo 29 de la Ley 19.968 de forma expresa se le conceden facultades al juez para dictar diligencias probatorias de oficio. En el mismo sentido, tras la reforma procesal laboral, el artículo 429 del Código del Trabajo le entrega similares potestades.

¹³³ FUCHS, Andrés. 2012. Iniciativa Probatoria del Juez: Una decisión ideológica. *Revista de Derecho Procesal: Proyecto de Código Procesal Civil* (22):337p.

¹³⁴ El procedimiento ordinario en el Proyecto de Código Procesal Civil contempla cuatro etapas básicas: un período de discusión escrito, una audiencia preliminar, una audiencia de juicio, y la sentencia definitiva.

audiencia del cual gozan las partes, permitiéndoles en el mismo acto solicitar una contraprueba.

Como ya se señaló anteriormente, al reformular el rol que el juez civil tiene dentro del proceso, necesariamente esta nueva concepción debe incluir al juez árbitro –y dentro de este género, lógicamente también al árbitro arbitrador-. Considerando los argumentos que se han estado esgrimiendo, parece lógico que la futura ley de arbitraje interno mantenga la tendencia que se ha ido desarrollando con las reformas procesales respecto de la posibilidad de otorgarle facultades al juez árbitro arbitrador de dictar diligencias probatorias de oficio –y que, por lo demás, confirmaría la regla y sentido que se encontraría presente en el actual Proyecto de Código Procesal Civil-.

Sin embargo, considerando la experiencia que se ha dado en el derecho comparado¹³⁵, la tendencia contemporánea es a otorgarle la iniciativa probatoria al juez árbitro sin mayores limitaciones que un acuerdo en contrario de las partes –tal y como se profundizará en el

¹³⁵ *Supra* III.3.

párrafo siguiente-. Creo que, en la regulación que debiese hacerse sobre la materia en esta futura ley de arbitraje interno, debiese contemplarse la limitación a esta facultad del árbitro arbitrador de poder objetar alguna de las partes la diligencia que decreta mediante una contraprueba, tal y como lo contempla el referido artículo 288 del Proyecto de Código Procesal Civil.

Sin embargo, considerando que el árbitro arbitrador está obligado a fallar según su prudencia y equidad, la verdad es que el ejercicio de esta facultad no debiese limitarse únicamente a una cierta etapa del procedimiento, o a la prueba únicamente de los hechos controvertidos por las partes, toda vez que en razón del especial caso del árbitro arbitrador, es necesario que sea capaz de dictar su fallo con la mayor cantidad de antecedentes posibles que le permita obtener un acertado y cabal conocimiento de los hechos, pues de otro modo no podría fallar según la prudencia y equidad a la que está mandado¹³⁶, y por lo demás, en el

¹³⁶ *Supra* II.6.

ejercicio de esta facultad no tendría porque afectarse el principio dispositivo o su propia imparcialidad.¹³⁷

IV.4.- Sobre la necesidad de replantear el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes en el compromiso.

Como ya se ha señalado en esta investigación, resulta de especial trascendencia consagrar expresamente la iniciativa probatoria que el árbitro arbitrador debiese tener durante el transcurso del litigio, de un modo que sea armónico con el nuevo rol que la reforma procesal civil propone respecto del juez. Sin embargo, no hay que olvidar que el juicio arbitral ante árbitros arbitradores goza de una característica especial e inherente que no tienen otros procedimientos, el cual es la autonomía de la voluntad de las partes, el cual tiene especial trascendencia en esta materia.

Como ya se desarrolló anteriormente¹³⁸, las partes inician un juicio arbitral mediante una convención de arbitraje en el cual las partes pueden

¹³⁷ *Supra* I.3 y ss.

establecer si al árbitro se le otorga la calidad de arbitrador, y de ser así, pueden determinar a su vez tanto el procedimiento que regirá en el litigio, como las facultades que se le entregarán al juez árbitro. De este modo, es perfectamente posible que las partes confieran expresamente al árbitro la posibilidad de decretar diligencias probatorias de oficio¹³⁹, y justamente el problema que se da con nuestra legislación actual es que ocurre cuando no se le consagra esta facultad al árbitro.

Cuando se analizaron algunas legislaciones comparadas, se estableció que si bien todas contemplan facultades expresas al juez árbitro para dictar diligencias probatorias de oficio, no todas lo hacen de la misma forma. Es así como muchas de las legislaciones estudiadas le confieren de forma expresa esta facultad con la restricción de que no exista una voluntad contraria de las partes.

A juicio de este investigador, esta es el camino correcto el cual debiese seguir nuestra actual reforma procesal civil, y así debiese consagrarse en la eventual ley de arbitraje interno. Con nuestra actual

¹³⁸ *Supra* II.1 y ss.

¹³⁹ *Supra* III.1.a.

legislación, tal y como fue señalado, existe una postura que dice que por regla general, el árbitro arbitrador carecería de la facultad de dictar diligencias probatorias de oficio, salvo un acuerdo de las partes en otorgarle esta facultad de forma expresa –postura que, por lo demás, ha sido rebatida en esta investigación-.

La propuesta legislativa es invertir la regla que sigue esta tesis; es decir, que de forma similar a ciertas legislaciones comparadas estudiadas, se consagre expresamente que el árbitro arbitrador tendrá facultades para dictar las diligencias probatorias que estime necesarias para lograr un cabal conocimiento de los hechos que le permita así fallar según su prudencia y equidad, salvo que las partes decidan negar o restringir esta facultad en el acto del compromiso. De esta forma, se logra una coherencia entre el nuevo rol que la reforma procesal civil consagra al juez, el respeto y resguardo al debido proceso que las partes tendrán en el procedimiento, pero respetando la voluntad que plasmen en el acto del compromiso, sin que por ello se afecte la obligación del arbitrador de fallar según su prudencia y equidad como se lo ordena la ley.

CONCLUSIONES

Esta investigación ha perseguido dar una respuesta satisfactoria a un tema recurrente que se ha dado en los procesos arbitrales que se han seguido en nuestro país, esto es, si el árbitro arbitrador goza de facultades para dictar diligencias probatorias, en el caso de que esta facultad no esté expresamente contemplada en el procedimiento fijado por las partes. Al respecto, considero pertinente señalar que *“el fin del proceso, no es sólo la resolución del conflicto, sino que ello debe realizarse por medio de una decisión justa, esto es, legitimada y conforme a derecho; lo que sólo puede lograrse por medio de un proceso orientado a la averiguación de la verdad”*¹⁴⁰.

En este contexto fue que en la introducción a esta investigación se plantearon una serie de interrogantes más específicas que tenían como objetivo responder a esta disyuntiva. En primer lugar, esta tesis persiguió

¹⁴⁰ FUCHS, Andrés. 2012. *op. cit.* 328 pp.

determinar si reconocer esta facultad atentaba contra los elementos del debido proceso, de qué forma afectaban los diversos principios formativos del procedimiento en materia arbitral, y de qué manera influía la autonomía de la voluntad de las partes en esta materia, para así llegar a la conclusión que en los juicios arbitrales, la autonomía privada tiene un papel especialmente importante al momento de determinar e interpretar las facultades del juez árbitro, al punto que debía considerarse como un principio formativo de este tipo de procedimientos, y que el hecho de que el juez árbitro en ciertos casos tome la iniciativa probatoria no sólo no vulnera el derecho fundamental al debido proceso, sino que cuando existe una notoria desigualdad entre la posibilidad de obtener medios probatorios entre las partes para justificar sus respectivas pretensiones, puede llegar a ser la única forma de resguardar esta garantía.

En segundo lugar, se analizó la regulación legal existente en la actualidad respecto de los árbitros arbitradores, el alcance del principio dispositivo en estos procedimientos y como limita la actividad del árbitro arbitrador así como el alcance que tienen las normas mínimas contempladas en nuestro Código de Procedimiento Civil sobre la materia.

Al respecto, de lo analizado es posible concluir que reconocer esta la aplicación del principio dispositivo característico de los procedimientos civiles se ve atenuado en este tipo de juicios arbitrales, por lo que se le reconoce al amigable componedor la posibilidad de tomar la iniciativa en ciertas actuaciones judiciales, de lo cual da cuenta la intención legislativa contemplada en algunas de estas normas mínimas contempladas en el señalado cuerpo legal.

En tercer lugar, se buscó analizar el alcance de la autonomía de la voluntad de las partes manifestada en el acto del compromiso, la obligación del amigable componedor de fallar en prudencia y equidad, de que forma esto incidía en la iniciativa probatoria que podría tener el árbitro arbitrador, sin que esta atribución genere un procedimiento y una sentencia impugnables mediante los recursos procesales correspondientes. Sobre esto, se puede concluir que si bien la intención del legislador de las normas pertinentes reflejan un carácter restrictivo a la autonomía de la voluntad de las partes –de modo que el amigable componedor no podría tomar la iniciativa probatoria si las partes no se lo permiten de forma expresa-, este carácter restrictivo se ve atenuado por la

obligación del árbitro arbitrador de fallar en prudencia y equidad pues, en el caso de que la prueba rendida por las partes en el proceso resulte insuficiente para que pueda tomar un cabal y acertado conocimiento de los hechos, no quedaría otro remedio que deba tomar la iniciativa probatoria, pues sólo de ese modo podría dictar sentencia en la forma en que la ley lo obliga, sin que por este acto su sentencia corra el riesgo de ser impugnada mediante los recursos procesales respectivos.

En cuarto lugar, esta tesis persiguió analizar la práctica forense de nuestros juicios arbitrales, para determinar que postura ha adoptado la jurisprudencia arbitral sobre la materia. Al respecto, se ha determinado que en la práctica, los litigantes han decidido hacerse cargo de esta disyuntiva mediante el reconocimiento expreso de la posibilidad del árbitro para tomar la iniciativa probatoria –lo cual lo han manifestado en las bases de procedimiento del litigio- y, en otros casos, haciendo aplicable de forma supletoria el Reglamento Procesal del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., el cual reconoce expresamente dentro de sus normas la posibilidad de que el juez árbitro tome la iniciativa para dictar diligencias de prueba; en este

contexto, si bien se concluye que este mecanismo logra solucionar la disyuntiva de esta investigación, a su vez se concluye que estos mecanismos son insuficientes toda vez que suplen la escasa y anticuada regulación legal sobre la materia, cuando lo que efectivamente se requiere es establecer con mayor certeza el caso cuando las partes no han señalado nada al respecto.

En el mismo contexto fue que se analizó la legislación comparada de ciertos países que en los últimos años han modificado sus leyes de arbitraje interno, de lo cual se concluye que en todas se reconoce de forma expresa la facultad del árbitro para tomar la iniciativa probatoria. Esta tendencia no es antojadiza, pues *“actualmente, casi todos los sistemas procesales han cambiado del sistema tradicional adversarial, con un tribunal pasivo que confía exclusivamente en la producción de prueba por las partes, a un modelo en el cual el tribunal es responsable de la consecución de decisiones verdaderas acerca de los hechos del caso.”*¹⁴¹ En efecto, si bien el alcance de estas facultades es variable –por

¹⁴¹ TARUFFO, Michele. 2003. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. Revista de Derecho Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. XV. 210p.

ejemplo, los casos de Francia, el Reino Unido, España, y el Estado Australiano de Queensland limitan estas facultades a un acuerdo en contrario de las partes, mientras que en Brasil esta facultad no tiene limitación-, la tendencia contemporánea es clara sobre este rol que debe tomar el árbitro en el proceso.

En quinto y último lugar, esta tesis investigó el nuevo rol que se le confiere al juez civil en el marco de la reforma procesal en actual discusión, su posibilidad para tomar la iniciativa probatoria, y de que forma ésta afecta al juez árbitro arbitrador. En este contexto, es importante considerar que, así, si bien se estableció que en el actual Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil presentado el año 2012 se reconoce expresamente la posibilidad al juez civil para dictar diligencias probatorias de oficio, la verdad es que para el caso del juez árbitro, se concluye que el alcance de esta facultad resulta insuficiente toda vez que limita esta facultad únicamente para el período de discusión del procedimiento. Es así como, considerando principalmente la experiencia comparada recogida, así como el alcance del compromiso y la autonomía de la voluntad de las partes, es que se propone que en el

caso del juicio arbitral, se reconozca expresamente las facultades del juez árbitro para dictar diligencias probatorias de oficio, en cualquier momento desde el inicio del procedimiento hasta la dictación de la sentencia definitiva, con la única limitación de que no exista una voluntad contraria de las partes que niegue o restrinja al árbitro el uso de esta facultad.

En definitiva, y haciéndose cargo del objetivo principal y general de esta investigación, el cual es si el árbitro arbitrador puede dictar diligencias probatorias de oficio, por un lado se puede concluir que la regulación aún vigente en Chile sobre la materia es confusa e insuficiente, pero que armonizando la intención del legislador reflejada en las normas mínimas, la obligación del juez de fallar según su prudencia y equidad, y las actuales tendencias nacionales y extranjeras sobre la materia, el amigable componedor si puede tomar la iniciativa probatoria en el proceso judicial ante la insuficiencia de la prueba rendida por las partes.

Por otro lado, y siendo coherente con lo recién señalado, se concluye que es necesaria una nueva regulación sobre la materia, más acertada y acorde a las tendencias modernas, mediante una ley especial de arbitraje moderno en la cual se consagre de forma expresa la iniciativa probatoria del juez árbitro, pero sometida a la voluntad contraria de las partes litigantes.

Para finalizar esta investigación, es importante recordar que la idea de proceso judicial responde a una finalidad más allá de la mera resolución de conflictos intersubjetivos entre personas, sino que también debe asegurar la paz social, mediante el establecimiento de un verdadero estado de derecho a través de una cierta armonía entre la eficacia de la protección a los derechos subjetivos y el respeto a las garantías constitucionales de todo ciudadano.

BIBLIOGRAFÍA

1.- Doctrina.

1. ALVARADO, Adolfo. 1989. El debido proceso. GJ (110).
2. AYLWIN, Patricio. 2005. El juicio arbitral. 5ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
3. BALLESTEROS, Manuel. 1890. La Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de Chile. Tomo II. Santiago, Chile. Imprenta Nacional.
4. BORDACHAR, Rodrigo. 2010. Reforma Procesal Civil: La Gran Oportunidad del Arbitraje. Revista Derecho UC (1).
5. BORDALÍ, Andrés. 2007. El debido proceso civil. En: Proceso civil. Hacia una nueva justicia civil. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
6. BORDALÍ, Andrés. 2004. Justicia privada. Revista de Derecho (Valdivia) 16. [en línea] Valdivia, Chile.

<<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502004000100008>>

[consulta: 7 mayo 2014]

7. CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO A.G. Centro de Arbitraje y Mediación. 2012. Reglamento Procesal de Arbitraje. [en línea] Santiago, Chile. <<http://www.camsantiago.cl/descargar/Reglamento%202012pd.pdf>> [consulta: 25 octubre 2013]
8. CARBONNEAU, Thomas. 1998. A Comment on the 1996 United Kingdom Arbitration Act. [en línea] Tulane Maritime Law Journal (22). <<http://home.heinonline.org>> Nueva Orleans, LA, EE.UU. [consulta: 6 noviembre 2013]
9. CARIOTA, Luigi. 1956. El negocio jurídico. Madrid, España. Editorial Aguilar.
10. CARNELUTTI, Francesco. 1944. Sistema de Derecho Procesal Civil. Tomo III. Buenos Aires, Argentina, Unión Tipográfica Editorial Hispano América.
11. CHIOVENDA, José. 1922. Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Madrid, España. Editorial Reus.

12. COLOMBO, Juan. 1991. La jurisdicción en el derecho chileno: Un aporte al estudio del conflicto y sus formas de solución. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
13. COMISIÓN DE ESTUDIOS DE LA NUEVA CONSTITUCIÓN. 1975. Acta oficial de la 101ª sesión. [en línea] Santiago, Chile. <http://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_III_Comision_Ortuzar.pdf> [consulta: 10 octubre 2013]
14. COUTURE, Eduardo. 1989. Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I. La Constitución y el Proceso Civil. Buenos Aires, Argentina. Ediciones Depalma.
15. COUTURE, Eduardo. 1958. Fundamentos del Derecho Procesal Civil. 3ª ed. Buenos Aires, Argentina. Roque Depalma Editor.
16. DE LA OLIVA, Andrés. 2012. Prudencia versus Ideología: De nuevo sobre el papel del juez en el proceso civil. Ius Et Praxis (6)
17. FUCHS, Andrés. 2012. Iniciativa Probatoria del Juez: Una decisión ideológica. Revista de Derecho Procesal: Proyecto de Código Procesal Civil (22).

18. GOLDSCHMIDT, James. 1936. Derecho Procesal Civil. Barcelona, España. Editorial Labor.
19. HARASIC, Davor, MATURANA, Cristián, y MARÍN, Juan Carlos. 2012. Principios Generales en el Nuevo Código Procesal Civil. Revista de Derecho Procesal: Proyecto de Código Procesal Civil (22).
20. IRARRÁZABAL, Jaime, ROMERO, Alejandro, JANA, Andrés, MATURANA, Cristián, MEREMINSKAYA, Elina, y VÁSQUEZ, María Fernanda. 2013. Legislación sobre arbitraje interno. El Mercurio, Cartas al Director. Santiago, Chile. 26 diciembre. A-2.
21. LÓPEZ, Jorge. 2005. Los contratos. Parte General. Tomo II. 4ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.
22. MATURANA, Cristián. 2012a. Introducción al Derecho Procesal, la Jurisdicción y la Competencia. Apuntes del Departamento de Derecho Procesal. Santiago, Chile. Facultad de Derecho – Universidad de Chile.
23. MATURANA, Cristián. 2012b. Plazos, Actuaciones Judiciales, Notificaciones, Resoluciones Judiciales y el Juicio Ordinario conteniendo la Teoría General de la Prueba. Apuntes del

Departamento de Derecho Procesal. Santiago, Chile. Facultad de Derecho – Universidad de Chile.

24. MATURANA, Cristián. 2012c. Concepto, Clasificaciones y Bases Orgánicas de los Tribunales Ordinarios, Especiales y Árbitros. Los Auxiliares de la Administración de Justicia. Apuntes del Departamento de Derecho Procesal. Santiago, Chile. Facultad de Derecho – Universidad de Chile.
25. MILES, Cameron, LUTTRELL, Sam, y McCOMISH, Stephen. [201-] Understanding Australia's New Domestic Arbitration Regime: A Comparison of the Australian State Commercial Arbitration and the New Model Commercial Arbitration Bill. [en línea] <<http://www.ciarb.net.au/publications/domestic-arbitration/>> [consulta: 7 noviembre 2013]
26. MNOOKIN, Robert. 1998. Alternative Dispute Resolutions. Harvard Law School John M. Olim. Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series. [en línea] Cambridge, MA, EE. UU. <http://lsr.nellco.org/harvard_olin/232/> [consulta: 19 abril 2014]

27. MONTERO, Juan. 2006. El proceso civil llamado “social” como instrumento de “justicia” autoritaria. En: Proceso Civil e Ideología: un prefacio, una sentencia, dos cartas y quince ensayos. Valencia, España. Editorial Tirant Lo Blanch.
28. MUÑOZ, Yuruany. 2007. La Cámara Latinoamericana de Arbitraje: Una propuesta institucional. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Facultad de Derecho – Universidad de Chile.
29. PHILIPPI, Julio. 1973. Notas sobre el juicio seguido ante arbitradores. Revista Estudios Jurídicos. Facultad de Derecho Universidad Católica de Chile 2(1-2).
30. PICÓ I JUNOY, Joan. 1996. El derecho a la prueba en el proceso civil. Barcelona, España. José María Bosch Editor.
31. PIÑERA, Sebastián. 2012. Proyecto de Ley de Nuevo Código Procesal Civil. En: MENSAJE PRESIDENCIAL N° 432-359 a la H. Cámara de Diputados enviado el 12 marzo 2012. Santiago, Chile.

32. POMÉS, Juan Pablo. 2012. La Prueba en términos generales en el Nuevo Proyecto de Código Procesal Civil. Revista de Derecho Procesal: Proyecto de Código Procesal Civil (22).
33. POMÉS, Juan Pablo. [s.a.] Facultades de un Árbitro Arbitrador: Alcance y Limitaciones. [en línea] Santiago, Chile. <http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Juan%20Pablo%20Pom%C3%A9s.pdf> [consulta: 26 agosto 2013]
34. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. <<http://www.rae.es>> [en línea] [consulta: 10 octubre 2013]
35. ROMERO, Alejandro. 2001. La Independencia e Imparcialidad en la Justicia Arbitral. Santiago, Chile. Revista Chilena de Derecho 28(5).
36. SANTOS, Rubén. 2002. Seis lecciones sobre el arbitraje privado (interno e internacional). Montevideo, Uruguay. Asociación de Escribanos del Uruguay.
37. TARUFFO, Michele. 2010. Simplemente la verdad: el juez y la construcción de los hechos. Madrid, España. Marcial Pons.

38. TARUFFO, Michele. 2003. Investigación judicial y producción de prueba por las partes. Revista de Derecho Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. XV.
39. VERDERA Y TUELLS, Evelio. 2006. La Ley de Arbitraje española: entre la tradición y la innovación. Revista Internacional de Arbitraje (5).
40. VIAL, Víctor. 2007. Teoría general del acto jurídico. 5ª ed. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

2.- Jurisprudencia.

1. ARTEAGA, Ignacio (Juez árbitro). 27.1.2006. Sentencia causa rol 529. En: CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. 2010. Sentencias Arbitrales: 2005-2009. Tomo V. Santiago, Chile.
2. BELLOLIO, Blas (Juez árbitro). 5.12.2005. Sentencia causa Rol 459. En: CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. 2008. Sentencias Arbitrales: 2003-2006. Tomo IV. Santiago, Chile.

3. Corte de Santiago. 17.6.2013. Legal Publishing Online. NIC 9156-2013. [en línea] Santiago, Chile. <<http://www.legalpublishing.cl>> [consulta: 18 agosto 2013]
4. Corte de Santiago. 15.11.2012. Legal Publishing Online. NIC 3756-2012. [en línea] Santiago, Chile. <<http://www.legalpublishing.cl>> [consulta: 23 agosto 2013]
5. Corte de Santiago. 30.6.2010. Legal Publishing Online. NIC 4726-2009. [en línea] Santiago, Chile. <<http://www.legalpublishing.cl>> [consulta: 23 agosto 2013]
6. Corte de Santiago. 22.12.2008. NIC 5573-2005. [en línea] Santiago, Chile. <<http://jurischile.blogspot.com/2008/12/contrato-de-adhesin-donde-se-pacta-una.html>> [consulta: 22 agosto 2013]
7. Corte de Santiago. 29.10.2007. Legal Publishing Online. NIC 3536-2007. [en línea] Santiago, Chile. <<http://www.legalpublishing.cl>> [consulta: 23 agosto 2013]
8. Corte de Santiago. 18.7.2006. Legal Publishing Online. NIC 1137-2006. [en línea] Santiago, Chile. <<http://www.legalpublishing.cl>> [consulta: 18 agosto 2013]

9. Corte de Santiago. 4.7.2002. Legal Publishing Online. NIC 3518-2002. [en línea] Santiago, Chile. <<http://www.legalpublishing.cl>> [consulta: 18 agosto 2013]
10. CS. 23.12.2010. Legal Publishing Online. NIC 5410-2009. [en línea] Santiago, Chile. <<http://www.legalpublishing.cl>> [consulta: 14 octubre 2013]
11. CS. 22.7.1993. Legal Publishing Online. NIC 7775. [en línea] Santiago, Chile. <<http://www.legalpublishing.cl>> [consulta: 23 agosto 2013]
12. CS. 26.3.1941. RDJ. T. XXXIX (1942) sec. 1ª.
13. CS. 11.1.1936. RDJ. T. XXXIII (1936) sec. 1ª.
14. CS. 23.10.1919. RDJ. T. XVIII (1921) sec. 1ª.
15. CS. 12.1.1918. RDJ. T. XV (1918) sec. 1ª.
16. CS. 21.6.1912. RDJ. T. X (1913) sec. 1ª.
17. DE IRUARRIZAGA, Javier (Juez árbitro). 15.8.2009. Sentencia causa rol 908, En: CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. 2010. Sentencias Arbitrales: 2005-2009. Tomo V. Santiago, Chile.

18. EYZAGUIRRE, Gonzalo (Juez árbitro). 9.1.2009. Sentencia causa rol 819. En: CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. 2010. Sentencias Arbitrales: 2005-2009. Tomo V. Santiago, Chile.
19. MONTES, Federico (Juez árbitro). 29.9.2004. Sentencia causa Rol 424. En: CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. 2008. Sentencias Arbitrales: 2003-2006. Tomo IV. Santiago, Chile.
20. NOVOA, Raúl (Juez árbitro). 27.11.2006. Sentencia causa rol 499. En: CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. 2010. Sentencias Arbitrales: 2005-2009. Tomo V. Santiago, Chile.
21. NOVOA, Raúl (Juez árbitro). 19.10.2006. Sentencia causa rol 489. En: CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. 2010. Sentencias Arbitrales: 2005-2009. Tomo V. Santiago, Chile.
22. RUIZ-TAGLE, Francisco (Juez árbitro). 12.5.2005. Sentencia causa Rol 471. En: CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. 2008. Sentencias Arbitrales: 2003-2006. Tomo IV. Santiago, Chile.
23. URREJOLA, Sergio (Juez árbitro). 5.12.2003. Sentencia causa Rol 353. En: CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN. 2008. Sentencias Arbitrales: 2003-2006. Tomo IV. Santiago, Chile.

3.- Legislación.

1. AUSTRALIA. Commonwealth Attorney General – State of Queensland. 2013. Commercial Arbitration Act 2013. 14 marzo 2013. [en línea] Brisbane, Australia. <https://www.legislation.qld.gov.au/LEGISLTN/ACTS/2013/13A_C008.pdf> [consulta: 7 noviembre 2013]
2. BRASIL. Presidência da República. 1996. Lei 9.307 sobre a Arbitragem. 23 septiembre 1996. [en línea] Brasilia, Brasil. <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm> [consulta: 4 noviembre 2013]
3. ESPAÑA. Ministerio de la Presidencia. 2003. Ley 60/2003 de Arbitraje. 23 diciembre 2003. [en línea] Madrid, España. <<http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2003-23646>> [consulta: 4 noviembre 2013]
4. FRANCIA. République Française. 1808. Code de procédure civile. 20 julio 1808. [en línea] París, Francia. <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITE>>

XT000006070716&dateTexte=20120927> [consulta: 11
noviembre 2013]

5. REINO UNIDO. Department of Trade and Industry. 1997.
Arbitration Act 1996. 31 enero 1997. [en línea] Londres, Inglaterra
<<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>>
[consulta: 6 noviembre 2013]