

PANAMÁ

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN PANAMÁ: MARCO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

Katherine GONZÁLEZ ARROCHA¹

Liliana SÁNCHEZ ORTEGA²

SUMARIO: I. MARCO LEGAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN PANAMÁ. (A) Convenciones Internacionales y ley nacional vigente sobre arbitraje comercial internacional. (B) El Arbitraje Comercial Internacional: definición y alcance. II. EL ACUERDO ARBITRAL. (A) Clases y requisitos. (B) Validez. 1. Validez formal. 2. Validez substantiva. 2.1. Arbitrabilidad Subjetiva. 2.2. Arbitrabilidad Objetiva. (C) Efectos del Acuerdo Arbitral. 1. Efecto positivo. 2. Efecto negativo. (D) Autonomía o Separabilidad del Acuerdo Arbitral. III. EL TRIBUNAL ARBITRAL. (A) Número de árbitros y Métodos de constitución del Tribunal arbitral. 1. Número de árbitros. 2. Métodos de constitución del Tribunal arbitral. 2.1. Constitución de un Tribunal unipersonal (Árbitro único). 2.2. Constitución de un Tribunal colegiado. (B) Requisitos. (C) Competencia del Tribunal Arbitral. 1. *Kompetenz-Kompetenz*: Competencia del Tribunal Arbitral para decidir sobre su competencia. 2. Competencia para decretar medidas cautelares. (D) Término del mandato arbitral. 1. Reemplazo o sustitución. Renuncia. 2. Recusación. 3. Cumplimiento de la misión arbitral (*functus officio*). IV. EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL. (A) Principios rectores del procedimiento arbitral. 1. Principio de igualdad. 2. Principio de contradicción. 3. Principio de impulso de oficio. 4. Leal colaboración de las partes en el desarrollo del proceso. (B) Sustanciación de las actuaciones. 1. Sede del arbitraje y sede de las actuaciones arbitrales. 2. Idioma. 3. Inicio y curso de las

¹ Katherine GONZÁLEZ ARROCHA es abogada panameña con postgrado en materia de arbitraje y métodos alternos de solución de conflictos de la Universidad de la Sorbona, Paris II (Panthéon-Assas). Actualmente ejerce el cargo de Directora para América Latina y el Caribe de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, con sede en la ciudad de Panamá. Las opiniones expresadas en este artículo son personales de la autora y no obligan a la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI ni a su Secretariado.

² Liliana SÁNCHEZ ORTEGA es abogada panameña con postgrados en métodos alternos de solución de conflictos en comercio internacional y en Derecho Comercial en la Universidad de Panamá y en la Universidad Latinoamericana de Ciencias y Tecnología (ULACIT). Ha sido consultora internacional para organismos internacionales como BID, SIECA y AID en materia de MASC. Es actualmente la Directora del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá y Secretaria General de ICC Panamá.

actuaciones arbitrales. V. EL LAUDO ARBITRAL. (A) Deliberaciones del Tribunal Arbitral. 1. Aplicación del derecho de fondo. (B) El laudo arbitral: Tipos y requisitos. (C) Aclaración, corrección e interpretación del laudo arbitral. (D) Impugnación del laudo arbitral. 1. Causales del Recurso de Anulación. 2. Análisis de jurisprudencia. 2.1. Sentencia del 5 de mayo de 2003. 2.2. Sentencia del 20 de septiembre de 2006. (E) Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales. 1. Análisis de jurisprudencia. 1.1. Sentencia del 23 de marzo de 2001. 1.2. Sentencia del 14 de febrero de 2005. 1.3. Sentencia de 16 de diciembre de 2005. VI. PROCEDIMIENTO ARBITRAL Y TRIBUNALES NACIONALES. (A) Apoyo y auxilio de los jueces en el arbitraje comercial internacional. (B) Control de los jueces en el arbitraje comercial internacional. VII. INFORMACIÓN ADICIONAL. (A) Principales instituciones arbitrales. 1. Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá (CeCAP). 2. Centro de Solución de Conflictos (CESCON). (B) Anexo: Decreto Ley núm. 5 de 8 de julio de 1999 por medio del cual se establece el régimen general de arbitraje, de la conciliación y de la mediación.

I.

MARCO LEGAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN PANAMÁ

(A)

Convenciones Internacionales y ley nacional vigente sobre arbitraje comercial internacional

En el año 1983³, la República de Panamá aprobó la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante «Convención de Nueva York»).

Panamá también es signataria de la Convención de Washington de 1965 (Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados)⁴ y de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975, conocida comúnmente como la «Convención de Panamá»⁵.

El arbitraje comercial internacional se encuentra regulado en Panamá por el Decreto Ley núm. 5 del 8 de julio de 1999 (en adelante «Decreto Ley»), por medio del cual se establece el régimen legal del arbitraje (doméstico e internacional), de la conciliación y de la mediación. El Decreto Ley se inspiró en la Ley Modelo de la CNUDMI⁶ sobre Arbitraje Comercial Internacional («La Ley Modelo») y en la Convención de Nueva York. En algunos artículos incorpora textualmente textos de la Ley Modelo y de la Convención de Nueva York y, en otros, como veremos más adelante, se aleja de estos

³ Ley núm. 5 del 25 de octubre de 1983.

⁴ Ley núm. 13 de 3 de enero de 1996.

⁵ Ley núm. 11 del 23 de octubre de 1975.

⁶ Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

textos añadiendo aspectos innovadores y modernos para su época. Se incluyen disposiciones relativas al arbitraje internacional que regulan aspectos como su alcance, las reglas aplicables a la validez del acuerdo arbitral, la determinación de las leyes aplicables al fondo de la controversia, así como el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

El Decreto Ley sufrió algunos altibajos durante su primera década de existencia, a raíz de algunas decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Panamá («CSJ»). En efecto, en los años 2001 y 2003 la Corte Suprema de Justicia tomó decisiones que pusieron seriamente en duda la práctica del arbitraje internacional en Panamá. La primera sentencia declaraba inconstitucional el principio *kompetenz-kompetenz* y la segunda ponía en tela de juicio la facultad del Estado de someterse al arbitraje. No obstante, como veremos más adelante, en el año 2004, el Gobierno panameño decide corregir esta situación reformando la Constitución, lo cual llevó a una modificación del Decreto Ley en el año 2006⁷. El principio *kompetenz-kompetenz* y la facultad del Estado de someterse al arbitraje a través de un convenio arbitral (sin necesidad de una autorización especial), ahora son reconocidos en el texto constitucional. De esta forma, se ha seguido una tendencia que no es ajena a otros países latinoamericanos y que consiste en la llamada *constitucionalización del arbitraje*. Este fenómeno tiene sus fundamentos en muchos casos en lo que ha sido descrito como *una colisión entre el parroquianismo de las constituciones políticas latinoamericanas y el universalismo (deseado) del arbitraje internacional*⁸.

(B)

El Arbitraje Comercial Internacional: definición y alcance

El art. 5 del Decreto Ley define el arbitraje internacional basándose esencialmente en su objeto. La legislación panameña va más allá de lo dispuesto por La Ley Modelo indicando que el arbitraje es comercial internacional *cuando el objeto o negocio jurídico contenga elementos de extranjería o de conexión suficientemente significativos que lo caractericen como tal o bien que conforme a la regla de conflicto del foro lo califiquen como internacional*. El art. 5 añade además, inspirándose en la legislación francesa⁹, que el arbitraje es internacional cuando la materia objeto del arbitraje es de naturaleza civil o mercantil internacional y/o sea producto de prestaciones de servicios, enajenación o disposición de bienes o

⁷ Ley núm. 15 de 22 de mayo de 2006.

⁸ SILVA ROMERO, Eduardo, «De la inexorable colisión de filosofías en la constitucionalización del arbitraje internacional en América Latina». *Actas del Tercer Congreso Internacional de la Asociación Andrés Bello des Juristes Franco-Latino-Américains*, 2007, págs. 341 a 352; DEL MORAL, Octavio, «La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como antecedente a la constitucionalización del arbitraje en Panamá», *Temas de Derecho Procesal*, Volumen I, Universal Books. Panamá, 2007, págs. 23 a 27.

⁹ Art. 1492 del Código de Procedimiento Civil Francés. Ver FOUCHARD, GAILLARD Y GOLDMAN, *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1999, pág. 57.

transferencia de capitales que produzcan efectos transfronterizos o extraterritoriales.

Siguiendo la Ley Modelo, la legislación panameña añade que también se deben considerar los siguientes criterios para definir el arbitraje internacional:

- el establecimiento u oficinas de las partes al momento en que se concluye el acuerdo de arbitraje (la ley se refiere a «convenio arbitral»). Siguiendo igualmente el lenguaje de la Ley Modelo, el art. 5 dispone que si unas de las partes tiene más de un establecimiento, se considerará aquel que guarde una relación más estrecha con el arbitraje pactado. En caso de que una parte no tenga ningún establecimiento, se considerará el lugar de residencia de la persona natural y el domicilio de su representante legal en caso de persona jurídica;

- la sede o lugar del arbitraje si éste ha sido determinado en el acuerdo de arbitraje;

- el lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación *jurídica* que vincula a las partes. El Decreto Ley se aparta del lenguaje de la Ley Modelo en este párrafo refiriéndose a relación *jurídica* en lugar de relación *comercial*. De igual forma el Decreto Ley elimina la referencia a «una parte sustancial de las obligaciones»;

- el lugar con respecto al cual la materia objeto del litigio guarda una relación más estrecha.

En lo que respecta al alcance de la definición de arbitraje comercial internacional, se establece que el Decreto Ley se aplicará (entiéndase en su totalidad) al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de los tratados y acuerdos internacionales vigentes en Panamá¹⁰. Además, si el arbitraje es comercial internacional y se desarrolla en territorio panameño, se aplicará esta ley *con las especialidades que contiene respecto de las normas de Derecho Internacional*. Por otro lado, se establece que en ningún caso se permitirá la violación del orden público panameño. Sin embargo, esta disposición deberá analizarse en conjunto con el art. 43 del Decreto Ley, el cual dispone que cuando se trata de un arbitraje comercial internacional, el orden público que se debe tener en cuenta es el orden público internacional.

II.

EL ACUERDO ARBITRAL

(A)

Clases y requisitos

Siguiendo los lineamientos del artículo II de la Convención de Nueva York, la legislación panameña distingue entre *cláusula arbitral* (aquella incluida en un contrato) y *compromiso arbitral* (aquel que se pacta una vez surgida la

¹⁰ Art. 6 del Decreto Ley.

disputa)¹¹. Adicionalmente, distingue una tercera clase de acuerdo arbitral: la declaración unilateral de someterse a un arbitraje seguida de una adhesión posterior de la otra u otras partes. Tanto la cláusula arbitral como el compromiso arbitral tienen los mismos efectos y se consideran suficientes para iniciar un procedimiento arbitral. Por lo tanto, se reconoce la validez de la cláusula arbitral por sí sola, sin necesidad de que se pacte adicionalmente un compromiso arbitral una vez surgido el litigio. En los casos en los que no se haya pactado un convenio arbitral y surja una controversia, el Decreto Ley dispone en su art. 7 un plazo de siete días hábiles para que la parte requerida responda a la solicitud de someter el conflicto a arbitraje. En caso de que se acepte tal propuesta, las partes deberán designar a «sus árbitros» (entiéndase co-árbitros) dentro de un plazo de siete días hábiles. Anteriormente el plazo establecido por el Decreto Ley era de cinco días hábiles. Este último plazo fue posteriormente extendido a siete días por la Ley núm. 15 de 22 de mayo de 2006 que modificó el Decreto Ley.

Alejándose del texto de la Convención de Nueva York y de la Ley Modelo, la legislación panameña indica que el acuerdo arbitral deberá contener dos requisitos *mínimos*¹²: (i) la designación o forma de designación de los árbitros y (ii) las reglas de procedimiento. El Decreto Ley, en su art. 10 prevé expresamente la facultad de designar una autoridad de nombramiento o una institución arbitral que determine el método de designación y/o las reglas de procedimiento. Este artículo ha sido objeto de críticas en Panamá por considerarse que es restrictivo y formalista en la medida que pareciera condicionar la validez del acuerdo arbitral a estos dos requisitos. Además, algunos practicantes del arbitraje en Panamá sostienen que este artículo parece exigir la inclusión de *todas* las reglas de procedimiento en el acuerdo arbitral (en el caso de que no se convenga la sumisión a un reglamento de arbitraje). Este argumento puede ser cuestionable en la medida que el requisito de determinación de las reglas de procedimiento podría cumplirse con una simple referencia al hecho de que los árbitros decidirán sobre las mismas. De hecho, esto es lo que dispone el art. 18 del Decreto Ley al establecer que a falta de acuerdo de las partes sobre las reglas que regirán el procedimiento, éste será determinado por el Tribunal arbitral. De cualquier forma, es claro que el art. 10 exige como *requisito mínimo* la determinación de tales reglas, por lo que a falta de designación de una institución arbitral, es aconsejable incluir una referencia a dichas reglas. A la fecha, la Corte Suprema de Justicia de Panamá no se ha pronunciado sobre la interpretación de este artículo y tampoco se ha presentado ninguna decisión que revoque un acuerdo arbitral por la falta de alguno de estos dos requisitos.

Finalmente, a pesar de que el Decreto Ley no lo exige como un requisito, es aconsejable determinar en el acuerdo arbitral si el arbitraje será en derecho o en equidad. En efecto, la legislación panameña contiene una disposición bastante particular al respecto¹³ que es contraria a lo que disponen la

¹¹ Art. 8 del Decreto Ley.

¹² Art. 10 del Decreto Ley.

¹³ Art. 3 del Decreto Ley.

mayoría de las legislaciones modernas de arbitraje. Según la legislación panameña, las partes tienen la potestad de determinar si el arbitraje será de derecho o en equidad. No obstante, si las partes no lo han convenido o si el reglamento de arbitraje que han escogido no contiene disposición alguna al respecto, se entenderá que el arbitraje es de equidad. En consecuencia, considerando que este Decreto Ley se aplicaría si el arbitraje es comercial internacional y se desarrolla en territorio panameño, es aconsejable tener en cuenta este aspecto al momento de redactar el acuerdo arbitral.

(B)

Validez

El art. 43(2) del Decreto Ley incluye disposiciones relativas a la validez y efectos del acuerdo arbitral en arbitrajes internacionales. El segundo párrafo de dicho artículo establece el método de escogencia de la ley aplicable al acuerdo arbitral. Se determina que la ley aplicable al acuerdo arbitral será:

- la expresamente acordada por las partes (ya sea de manera directa o a través del reglamento de una institución arbitral); en su defecto,
- la ley de la sede del arbitraje;
- si la sede no estuviese determinada, se aplicará la ley del lugar de celebración del convenio arbitral (principio *locus regit actum*), si éste ha sido acordado;
- finalmente, en su defecto, se aplicará la ley panameña.

Se favorece en consecuencia un método de escogencia de la ley, en lugar de la aplicación de reglas sustantivas como es la tendencia en algunas legislaciones modernas de arbitraje tales como la francesa.

Por otra parte, en cuanto a la capacidad de las partes para pactar un convenio arbitral, se dispone que en los arbitrajes internacionales la capacidad se regirá por la ley personal.

1.

Validez formal

Como requisito formal, la ley prevé que el acuerdo arbitral deberá constar por escrito¹⁴, favoreciendo en consecuencia un principio formalista en lugar de consensualista¹⁵. No obstante, adelantándose a su época, el Decreto Ley (adoptado en el año 1999) dispone que se entenderá por acuerdo escrito aquel que conste en un documento intercambiado por medio de télex, fax, *correo electrónico* o *cualquier otra forma de comunicación que acredite la voluntad inequívoca de las partes*. De esta manera, la norma del Decreto Ley se asemeja a las enmiendas efectuadas al art. 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI en el año

¹⁴ Art. 9 del Decreto Ley.

¹⁵ Véase al respecto lo dispuesto por la legislación francesa sobre arbitraje comercial internacional, la cual adopta un principio consensualista, rechazando la exigencia de que el acuerdo conste por escrito. FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *supra*, págs. 361-373.

2006.

2.

Validez substantiva

La doctrina define la arbitrabilidad como «la facultad inherente a un litigio de ser resuelto por vía de arbitraje»¹⁶. Hoy en día tanto la doctrina como la jurisprudencia afirman que la arbitrabilidad puede cuestionarse bajo dos circunstancias¹⁷:

a) En función de la calidad de una de las personas que intervienen en el arbitraje siendo ésta un Estado, una colectividad pública o un organismo público. La pregunta que surge es si esta entidad o Estado puede someter disputas a arbitraje. Se habla en este caso de arbitrabilidad subjetiva o arbitrabilidad *ratione personae*.

b) En función de la materia susceptible de ser resuelta por medio de arbitraje. Se habla en este caso de arbitrabilidad objetiva.

2.1.

Arbitrabilidad Subjetiva

El Decreto Ley regula de manera expresa la arbitrabilidad subjetiva en su art. 7 estableciendo que «Es válida la sumisión a arbitraje acordada por el Estado, por las entidades autónomas y semiautónomas, así como por la Autoridad del Canal de Panamá, respecto de los contratos que suscriban en el presente o en lo sucesivo». El art. 7 (que como veremos a continuación fue modificado posteriormente) continuaba estableciendo una distinción entre compromiso arbitral y cláusula arbitral indicando que, en los casos en que no existiese un acuerdo arbitral previo en los contratos suscritos por el Estado, se requeriría la aprobación del Consejo de Gabinete y del Procurador General de la Nación. No obstante, si se tratara de una cláusula arbitral, la misma tendría eficacia por sí misma y, en consecuencia, no requería la aprobación del Consejo de Gabinete y del Procurador de la Nación. Esta última parte del artículo fue declarada inconstitucional por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 11 de junio de 2003¹⁸. La demanda de inconstitucionalidad se basaba en la alegada violación del art. 195 de la Constitución de la República. Este artículo del texto constitucional disponía: «Son funciones del Consejo de Gabinete acordar con el Presidente de la República que éste pueda transigir o someter a arbitraje los asuntos litigiosos en que sea parte, para lo cual es necesario el concepto favorable del Procurador de

¹⁶ HANOTIAU, Bernard, *L'arbitrabilité*, Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, tomo 296, Martinus Nijhoff Publishers, the Hague/Boston/London, 2003, pág. 40. La traducción de la cita en francés ha sido realizada por la autora.

¹⁷ FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *supra*, pág. 312-313; HANOTIAU, Bernard, *supra*, pág. 43.

¹⁸ Acción de Inconstitucionalidad. Sala en Pleno, Ponente: Arturo Hoyos. Decisión por mayoría con salvamento de voto de los Magistrados José A. Troyano y Adán Arnulfo Arjona. Exp. núm. 579-1999.

la Nación».

En su decisión mayoritaria, la Corte Suprema de Justicia distingue entre validez y eficacia considerando que se considera *válida* la cláusula arbitral pactada por el Estado, pero que ésta sería *eficaz* únicamente si se cumplía la condición prevista en el art. 195 de la Constitución de la República. El Magistrado Adán Arnulfo Arjona indicaba en su salvamento de voto, que resultaba difícil sustentar esta posición en la medida en que carece de sentido aceptar que el Estado tenga capacidad para suscribir un convenio arbitral, pero que para hacerlo eficaz se requiera una autorización. Un año después de esta decisión de la Corte Suprema De Justicia, el Poder Legislativo decide modificar la Constitución Nacional¹⁹. Entre las distintas reformas realizadas a la Constitución, se adiciona un párrafo al numeral 4 del art. 200, el cual indica: «Este numeral no se aplicará a los convenios arbitrales pactados contractualmente, los cuales tendrán eficacia por sí mismos». De esta forma se superó el problema dejando plasmada en la Constitución no sólo la facultad del Estado de someterse a arbitraje (validez), sino también la eficacia de tal acuerdo arbitral. Vemos aquí otro claro ejemplo de la *constitucionalización* del arbitraje en Panamá.

2.2.

Arbitrabilidad Objetiva

La arbitrabilidad objetiva se encuentra regulada en el art. 2 del Decreto Ley. Según esta norma podrán ser sometidas a arbitraje las controversias que surjan de materias que sean de libre disposición de las partes, es decir, toda materia civil o comercial susceptible de transacción. El art. 2 dispone que se entienden como materias que no son de libre disposición de las partes, *entre otras, todas aquellas afectas al desempeño de potestades públicas o las que derivan de funciones de protección o tutela de personas o que están reguladas por normas imperativas de Derecho*. Conforme a dicho artículo, tampoco podrán someterse a arbitraje las cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial que hagan tránsito a cosa juzgada.

(C)

Efectos del Acuerdo Arbitral

Existe consenso en la doctrina al distinguir los efectos del acuerdo arbitral. Se distingue, por un lado, el efecto positivo, que es aquel que obliga a las partes a someter las disputas a arbitraje: una obligación de hacer que surge del «contrato de arbitraje»²⁰. Esta obligación surge del principio *pacta sunt servanda*, probablemente uno de los principios más reconocidos en el derecho internacional. Por otro lado, se distingue el efecto negativo del acuerdo arbitral, como aquel que obliga a las partes a no someter los litigios a la jurisdicción estatal: una obligación de no hacer. A su vez, este efecto negativo implica que la jurisdicción estatal no

¹⁹ Acto Legislativo No.1 del 27 de julio de 2004, Gaceta Oficial núm. 25,176 del 15 de noviembre de 2004.

²⁰ SILVA ROMERO, Eduardo, *El Contrato de Arbitraje*, Legis, Colombia, 2005, pág. 525.

tiene jurisdicción y, en consecuencia, debe declinar su competencia.

La legislación panameña consagra ambos efectos en el art. 11 del Decreto Ley.

1.

Efecto positivo

El art. 11 no sólo consagra la obligación de las partes de «cumplir con lo pactado», sino que va más allá indicando la obligación de las partes de: (i) formalizar la constitución del Tribunal arbitral y (ii) colaborar con sus mejores esfuerzos para el desarrollo y finalización del procedimiento arbitral.

2.

Efecto negativo

El efecto negativo se encuentra también contemplado no sólo para los jueces sino también para los organismos o reguladores estatales, municipales o provinciales. Se prevé incluso la obligación de remitir de manera *inmediata* el expediente al Tribunal arbitral. El Decreto Ley dispone que los jueces y Tribunales deberán reenviar de inmediato a las partes al arbitraje rechazando de plano la demanda.

(D)

Autonomía o Separabilidad del Acuerdo Arbitral

El art. 11 prevé también la doctrina o principio de la separabilidad del acuerdo arbitral estableciendo que el acuerdo arbitral es autónomo del contrato principal. De esta manera, el Tribunal arbitral retiene jurisdicción para resolver la controversia incluso en el caso que el contrato principal sea inválido o nulo, siempre y cuando las condiciones de la nulidad no afecten a la cláusula arbitral misma. El alcance de este principio de autonomía del acuerdo arbitral bajo la ley panameña puede cuestionarse según lo dispuesto por el art. 43.2 del Decreto Ley, según el cual, como fue mencionado anteriormente²¹, se obliga a razonar en términos de conflictos de leyes con el fin de determinar una ley u orden jurídico específico para determinar la validez del acuerdo arbitral.

III.

EL TRIBUNAL ARBITRAL

(A)

Número de árbitros y Métodos de constitución del Tribunal arbitral

1.

Número de árbitros

Dependiendo de lo dispuesto por las partes, el Tribunal arbitral estará compuesto por uno o tres árbitros. Si las partes nada hubieran dispuesto, el

²¹ Véase *supra* pág. 4.

número de árbitros será de tres. La norma pertinente²² hace referencia incluso a que, tratándose de un arbitraje multiparte, las partes pueden convenir un número de árbitros distinto para la composición del Tribunal arbitral. Lo anterior deja suponer que en arbitrajes multipartes las partes podrían acordar un número par de árbitros. El Decreto Ley dispone que en caso de discordia, el Tribunal decidirá por mayoría, y si no hubiera un acuerdo mayoritario, el laudo será dictado por el árbitro presidente.

2.

Métodos de constitución del Tribunal arbitral

En lo que respecta al método de constitución del Tribunal arbitral, el Decreto Ley le da primacía a la voluntad de las partes, estableciendo que «Los árbitros serán elegidos por las partes, por sí o a través del reglamento aplicable conforme a su voluntad o de acuerdo al procedimiento establecido por la autoridad de designación en los casos que así proceda...»²³.

Es curioso notar que la legislación panameña no prevé el auxilio de los jueces en caso de falta de nombramiento de las partes, apartándose así del texto de la Ley Modelo y de lo que disponen la mayoría de las legislaciones. Se prevé la posibilidad de que las partes designen o recurran directamente a una autoridad de designación. Ésta se define como *una institución de arbitraje* debidamente autorizada conforme al Decreto Ley, es decir, que haya sido autorizada por el Ministerio de Gobierno y Justicia de Panamá²⁴. Se entiende que esta autorización del Gobierno se aplica únicamente a instituciones locales y no se aplicaría a instituciones arbitrales internacionales tales como la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI que tiene sus oficinas centrales fuera del territorio panameño. Por otro lado, se dispone también la posibilidad de que las partes puedan confiar a un *tercero* la designación de los árbitros²⁵. Podría interpretarse que el tercero puede ser un juez. No obstante, la referencia al juez debe intervenir únicamente por acuerdo de ambas partes y no como un auxilio en caso de falta de nombramiento, tal como suele generalmente preverse.

Vale la pena resaltar aquí el importante rol que le confiere la ley a las mencionadas autoridades de designación, no sólo en cuanto a la designación de árbitros sino también en cuanto a la determinación de las reglas de procedimiento. Una disposición que llama la atención es el art. 10(2) del Decreto Ley. Esta norma establece que si son varias las autoridades de designación competentes y las partes no han convenido cuál será la que debe designar a los árbitros en su disputa, *será aquella en la que se haga la petición primero por cualquiera de las partes*. Esta disposición es sorprendente sobre todo teniendo en cuenta que el párrafo anterior de este

²² Art. 12 del Decreto Ley.

²³ Art. 14 del Decreto Ley.

²⁴ Arts. 4 y 10 del Decreto Ley.

²⁵ Art. 10 del Decreto Ley.

mismo artículo prevé que la autoridad de designación deberá cumplir con lo dispuesto por el Decreto Ley, no sólo en cuanto al nombramiento de árbitros sino también *para establecer el procedimiento arbitral* cuando sea necesario. Existe una práctica reconocida en arbitraje doméstico en Panamá según la cual, a falta de designación de una institución arbitral en el convenio arbitral, cualquiera de las partes puede unilateralmente referir el caso a una institución arbitral, y dicha institución puede aceptar administrar el caso sobre la base de lo dispuesto en el art. 10(2) del Decreto Ley. Esta práctica se ha venido desarrollando en los últimos años. A la fecha no existe jurisprudencia sobre la interpretación de este artículo. Surge entonces la interrogante de si en un arbitraje internacional (con sede en Panamá), en el cual no se haya designado una institución de arbitraje, podría una de las partes presentar una demanda de arbitraje ante una institución internacional, y si tal institución podría administrar el caso sobre la base de lo dispuesto por el Decreto Ley. Como ha sido mencionado anteriormente, el art. 4 del Decreto Ley indica que las instituciones de arbitraje deben ser objeto de autorización por el Ministerio de Gobierno y Justicia. No obstante, la jurisprudencia nos lleva a pensar que este artículo se refiere únicamente a instituciones arbitrales locales y que, en consecuencia, las instituciones internacionales no están sujetas a ningún tipo de autorización gubernamental. Existen en efecto varias decisiones de la Corte Suprema de Justicia sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales dictados en Panamá (y en otros países), en los cuales el procedimiento fue administrado por instituciones arbitrales internacionales. Es importante resaltar que no existe ninguna prohibición en el Decreto Ley para la realización de arbitrajes internacionales donde las partes hayan pactado someterse al reglamento de una institución de arbitraje internacional y el arbitraje tenga sede en Panamá.

Volviendo al tema de los métodos de constitución del Tribunal arbitral, el Decreto Ley²⁶ contempla varios supuestos para el nombramiento de los árbitros:

2.1.

Constitución de un Tribunal unipersonal (Árbitro único)

Cuando el Tribunal esté compuesto por un solo árbitro, éste deberá ser designado de común acuerdo por las partes, y, ante la falta de acuerdo, cualquiera de las partes podrá solicitar a una autoridad de designación el nombramiento del árbitro a partir de los 20 días del requerimiento que haga una a la otra. La autoridad de designación tomará en cuenta los criterios de especialidad en la materia objeto del arbitraje, así como la imparcialidad e independencia del candidato. En arbitrajes internacionales se prevé que la autoridad de designación deberá *procurar* nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a las de las partes. Dicha autoridad contará con un plazo de 20 días para realizar la designación.

2.2.

Constitución de un Tribunal colegiado

²⁶ Art. 15 del Decreto Ley.

En el arbitraje integrado por tres árbitros, cada parte nombrará a un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán el tercero, quien actuará como presidente del Tribunal arbitral. En los casos que alguna de las partes no nombrara árbitro dentro del plazo de 20 días a partir de su requerimiento por la otra parte, o bien si los co-árbitros no lograran un acuerdo sobre el tercer árbitro dentro del plazo de 20 días a partir de su aceptación, cualquiera de las partes podrá hacer la solicitud a una autoridad de designación, la cual contará con un plazo de 20 días para realizar la designación. La autoridad de designación utilizará los mismos criterios mencionados en el punto anterior, incluyendo el de nacionalidad de las partes en caso de arbitraje internacional.

Cabe destacar que la regla es distinta en el caso de un arbitraje *ad-hoc*, pues si una de las partes incumple la designación en el plazo establecido, el Decreto Ley²⁷, con un lineamiento muy novedoso, dispone que el arbitraje se desarrollará con el árbitro que haya sido designado por una de las partes, es decir, que este último se convierte en árbitro único. Podría considerarse que esta norma implica una concepción muy amplia del principio de independencia e imparcialidad de los árbitros, ya que se basa en que la labor del árbitro, debe, en todo momento, estar guiada por la independencia e imparcialidad de sus actuaciones. En efecto, la tendencia aceptada comúnmente en el ámbito del arbitraje internacional, es la de considerar que todos los árbitros deben ser independientes e imparciales. Esta es la posición dominante en Inglaterra, Francia, Suiza, Canadá, Bélgica, Italia y Suecia, donde estándares estrictos en cuanto a independencia (y en algunos casos imparcialidad) son aplicados a los árbitros sin ninguna distinción²⁸. Por otro lado, esta norma facilita y acelera la constitución del Tribunal arbitral en caso de falta de participación u obstrucción del procedimiento por alguna de las partes.

Finalmente, tratándose de un arbitraje con pluralidad de partes, éstas podrán actuar agrupadamente para la designación de los árbitros, utilizando la fórmula de Tribunal de tres árbitros. Hasta este punto la norma es flexible y acorde con las prácticas modernas del arbitraje internacional. No obstante, se prevé a continuación que, en los casos en que exista conflicto de intereses entre ellas, cada parte elige un árbitro y los nombrados a su vez eligen el presidente del Tribunal arbitral²⁹. Si no hubiera acuerdo entre las partes o los árbitros en su caso, el nombramiento (o nombramientos) será realizado por la autoridad de designación. Esto deja prever que puede existir un arbitraje en el cual participen un gran número de árbitros, lo que le quitaría eficacia al manejo del proceso. En efecto, con el desarrollo de la práctica del arbitraje internacional es corriente encontrar hoy en día casos con múltiples demandantes y múltiples demandadas, lo que podría llevar fácilmente a un Tribunal compuesto de, por ejemplo,

²⁷ Art. 15(7) del Decreto Ley.

²⁸ POUURET Y BESSON, *Droit Comparé de l'arbitrage international*, LGDJ, Bruylant Bruxelles, Schulthess, 2002, pág. 366.

²⁹ Art. 15(2) del Decreto Ley.

diez o más árbitros, si cada parte designa a un árbitro conforme al art. 15(2) del Decreto Ley.

(B)

Requisitos

Como fue mencionado anteriormente, el requisito de independencia e imparcialidad de los árbitros está expresamente previsto en la ley en los arts. 15(5) y 16 del Decreto Ley.

Por otro lado, se dispone que no podrán ser nombrados como árbitros ni proseguir con las actuaciones arbitrales las personas que hayan atentado contra un Código de Ética de una institución de arbitraje *autorizada*; las que hayan sido condenadas por delitos de prevaricación, falsedad o estafa; o bien aquellas que incurran en causales de abstención o recusación propias de los jueces estatales.

Otro requisito importante establecido por el Decreto Ley, está relacionado con el tipo de arbitraje. En el arbitraje de derecho se requerirá que el árbitro sea abogado en ejercicio. Se permite el nombramiento de árbitros extranjeros, salvo acuerdo en contrario de las partes. En todo caso, para los arbitrajes de derecho, el árbitro extranjero debe cumplir con la condición de ser *licenciado o doctor en derecho*³⁰.

(C)

Competencia del Tribunal Arbitral

1.

Kompetenz-Kompetenz: Competencia del Tribunal Arbitral para decidir sobre su competencia

En el año 2001, poco después de la adopción del Decreto Ley, la Corte Suprema de Justicia de Panamá declaró inconstitucional el art. 17 de este Decreto Ley, el cual consagraba expresamente el principio *kompetenz-kompetenz*³¹. La parte actora de la demanda de inconstitucionalidad alegaba que dicho artículo desconocía las garantías fundamentales de la justicia, en concreto, el derecho de ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial. Su argumento se basaba en el hecho de que los árbitros, al ser pagados por las partes y no por el Estado, tienen un interés personal en el asunto y en consecuencia se pronunciarían siempre a favor de su competencia. Por este motivo no podrían ser considerados como imparciales. Este argumento ya ha sido objeto de numerosos debates³². Sin embargo, la Corte Suprema panameña no se fundó en dicho argumento para declarar la inconstitucionalidad del mencionado art. 17. Su decisión se basó en el hecho de que «el Estado no

³⁰ Art. 3 del Decreto Ley.

³¹ Sentencia del Pleno de la CSJ de la Rep. de Panamá de 13 de diciembre de 2001. Ponente Arturo Hoyos, con salvamentos de voto de los Magistrados Adán Arnulfo Arjona, José A. Troyano, Graciela J. Dixon C. y Jaime A. Jacome de la Guardia; Exp. núm. 055-2000.

³² Véase MAYER, Pierre. «L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence», *Recueil des Cours La Haye*, V (1989), pág. 334.

puede renunciar jamás a su poder de administrar justicia». Además, consideró que ese art. 17 violaba las garantías fundamentales de un procedimiento justo porque impedía el acceso a los Tribunales estatales. En consecuencia, concluía que los jueces estatales debían resolver toda excepción relativa a la competencia de los árbitros. Esta lamentable situación fue rectificada por medio de una enmienda constitucional en el año 2004³³. La Constitución Política de Panamá, en su actual art. 202, establece que «Los Tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia». Además, el art. 17 del Decreto Ley fue reincorporado en su totalidad al Decreto Ley mediante la Ley núm. 15 del 22 de mayo de 2006.

El principio *kompetenz-kompetenz* se entiende como una concesión de los sistemas legales nacionales para que los árbitros decidan sobre su propia jurisdicción. La doctrina francesa³⁴, distingue dos efectos del principio *kompetenz-kompetenz*. Su efecto positivo es el de permitir que sean los propios árbitros los que decidan acerca de su competencia, el cual está claramente definido en el art. 17 del Decreto Ley, así como en el art. 202 de la Constitución Política de Panamá. El efecto negativo se entiende como el poder que tienen los árbitros para decidir sobre su competencia en primera instancia y con orden de prioridad; es decir, convocando la aplicación de la llamada *regla de prioridad*. Dicha regla prohíbe a las jurisdicciones estatales decidir sobre aspectos relativos a la competencia del Tribunal arbitral antes de que éste haya tomado una decisión al respecto. El derecho francés es uno de los pocos en el mundo que consagran este efecto negativo³⁵. Alejándose del texto de la Ley Modelo, la legislación panameña parece prever en su art. 11 el efecto negativo del principio *kompetenz-kompetenz* al indicar que los jueces y Tribunales tendrán la obligación de «rechazar de plano la demanda, reenviando de inmediato a las partes al arbitraje» cuando conocieren de una pretensión relacionada con un acuerdo arbitral. Este artículo añade incluso que las actuaciones arbitrales no se suspenderán en caso de que se presente una acción ante los Tribunales ordinarios. A la fecha, las Cortes panameñas no se han pronunciado sobre este aspecto específico del efecto negativo del principio.

2.

Competencia para decretar medidas cautelares

La ley de arbitraje contempla la competencia del Tribunal arbitral (salvo acuerdo en contrario de las partes) para decretar medidas provisionales o cautelares con el fin de asegurar el objeto del proceso³⁶. La norma señala que el Tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que otorgue las

³³ Enmienda constitucional adoptada mediante el Acto Legislativo 1 de 2004.

³⁴ FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *supra*, pág. 401.

³⁵ Art. 1458 del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés. Véase Gaillard, Emmanuel. «L'effet négatif de la compétence-compétence», *Etudes de procédure et d'arbitrage en l'honneur de Jean-François Poudret*, 1999, pág. 387. J. F. POUURET, S. BESSON, «Droit comparé de l'arbitrage international», *Bruylant, LGDJ, Schulthess*, 2002, pág. 440.

³⁶ Art. 24 del Decreto Ley.

garantías apropiadas. Sin embargo, añade que para la ejecución de estas medidas, el Tribunal puede auxiliarse de un juez estatal (juez de circuito), quien deberá otorgar la medida dentro de un plazo de 10 días hábiles. Pareciera que la razón de ser de esta norma tiene su origen en los poderes que un árbitro puede ejercer: documentación y decisión. Por lo general se considera que en el caso de las medidas cautelares, los árbitros sólo pueden decretarlas, pero no ejecutarlas dado que carecen de poder de coerción³⁷. Existe una corriente en arbitraje doméstico en Panamá que tiende a considerar que, a raíz de la modificación del art. 202 de la Constitución en el año 2004, donde se incluye al arbitraje como una real y efectiva jurisdicción especial; el Tribunal arbitral puede no sólo decretar medidas cautelares, sino también practicarlas. El art. 202 de la Constitución establece que *la administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley*. A la fecha no hay precedente de ningún pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia sobre este tema.

(D)

Término del mandato arbitral

1.

Reemplazo o sustitución. Renuncia

Cuando el árbitro, por cualquier causa, cesa en el ejercicio de su función, se deberá nombrar un sustituto en la forma prevista por las partes o por el reglamento aplicable y, en su defecto, mediante la intervención de la autoridad de designación³⁸, como hemos mencionado. A la par de la tendencia comúnmente aceptada en arbitraje internacional, el Decreto Ley dispone que la sustitución o reemplazo de árbitros no da lugar a la retroacción de las actuaciones practicadas. Sin embargo, se exceptúa lo concerniente a las pruebas puesto que el numeral 9 del art. 15 permite que el árbitro sustituto *decida si desea darse por instruido, a la vista de las actuaciones documentadas*. Esto podría presentar un serio problema en los casos en los cuales el proceso se encuentra en una etapa avanzada y el árbitro sustituto decide reiniciar la presentación de pruebas.

2.

Recusación

Los árbitros son susceptibles de ser recusados por las mismas causales de abstención y recusación que los jueces estatales, las cuales están previstas en el Código Judicial³⁹. Estas causales giran en torno al grado de vinculación con alguna de las partes del proceso⁴⁰.

³⁷ BRITTON, Erick, «El Rol del Órgano Judicial en los Procesos Arbitrales». *Revista Iberoamericana de Arbitraje Servilex*, Perú, 1999. (www.servilex.com.pe/arbitraje/congresopanama).

³⁸ Numeral 8 del art. 15 del Decreto Ley.

³⁹ Art. 16 del Decreto Ley.

⁴⁰ Art. 760 del Código Judicial de la Rep. de Panamá.

Los árbitros designados por las partes pueden ser recusados por la parte que lo designó únicamente por causas sobrevinientes a su nombramiento; mientras que los árbitros no designados por las partes pueden ser recusados por causas anteriores o posteriores a su nombramiento.

La legislación panameña acoge lo propuesto por la Ley Modelo⁴¹, cuando dispone que la recusación de un árbitro, deberá ser decidida por el Tribunal arbitral (a menos que el árbitro renuncie o se acepte la recusación); sin hacer distinción entre el arbitraje institucional y el *ad-hoc*. Esta norma ha sido criticada debido a las problemáticas que se presentan en la práctica cuando los mismos árbitros deben decidir sobre su propia recusación, sobre todo en países como éste donde la comunidad arbitral es muy reducida.

3.

Cumplimiento de la misión arbitral (functus officio)

La ley panameña dispone expresamente⁴² que la jurisdicción arbitral cesa con la notificación del laudo a las partes y su aclaración o corrección posterior. Adicionalmente, se puede deducir que existen otras formas de terminación de la misión arbitral, como lo son el desistimiento por motivos de una transacción⁴³; y la renuncia, muerte o probada recusación, en los casos que así ocurra.

IV.

EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

(A)

Principios rectores del procedimiento arbitral

El art. 18 del Decreto Ley dispone que el procedimiento se ajustará en primer lugar a lo dispuesto por las partes, en su defecto, a lo determinado por el reglamento aplicable (en caso de arbitraje administrado) y, por último, por lo que determine el Tribunal arbitral. Además, se dispone que el procedimiento se rige por los principios de igualdad, contradicción, impulso de oficio y leal colaboración de las partes⁴⁴. Esta enunciación no es meramente semántica, sino que existen durante todo el articulado del Decreto Ley una serie de situaciones procesales que reflejan claramente la aplicación de cada uno de ellos.

1.

Principio de igualdad

El propio Decreto Ley lo define como el trato igualitario a las partes, dando a cada una la oportunidad de hacer valer sus derechos⁴⁵. En este

⁴¹ Numeral 2 del art. 13 de la Ley Modelo.

⁴² Art. 33 del Decreto Ley.

⁴³ Art. 30 del Decreto Ley.

⁴⁴ Art. 19 del Decreto Ley.

⁴⁵ Art. 19 del Decreto Ley.

sentido, el principio de igualdad se equipara al trato justo y equitativo contemplado en el art. 18 de la Ley Modelo. El principio de igualdad se manifiesta en la posibilidad para ambas partes de recusar árbitros [art. 16], ampliar sus escritos de alegaciones [art. 22], presentar pruebas [art. 23], solicitar medidas cautelares [24], entre otras actuaciones procesales.

2.

Principio de contradicción

A diferencia del principio de igualdad, el principio de contradicción no cuenta con una definición expresa en el Decreto Ley. No obstante, hay una serie de normas que consagran este principio, como por ejemplo: la posibilidad de presentar demanda y contestación, y su respectivo traslado [art. 22], la posibilidad de presentar pruebas y contrapruebas [art. 23]. Estas disposiciones son casi idénticas a las contenidas en el art. 23 de la Ley Modelo.

3.

Principio de impulso de oficio

Al igual que el principio de contradicción, no existe una definición precisa de este principio en el Decreto Ley. No obstante, existen normas que se refieren al mismo: la continuación de las actuaciones hasta dictar el laudo aún con la *mera inactividad o rebeldía* de alguna de las partes [art. 19]. El Tribunal arbitral también puede interpretar, aplicar o suplir reglas de procedimiento [art. 18], o bien, ante la falta de acuerdo por las partes, establecer el lugar e idioma del arbitraje [art. 20]. Otras de las actuaciones importantes previstas por la ley en virtud de este principio son: la posibilidad de que el Tribunal arbitral pueda practicar pruebas de oficio, citar a las partes o a sus representantes, decidir sobre el número de peritos o testigos y decidir que el arbitraje proseguirá únicamente sobre la base de documentos [art. 23].

4.

Leal colaboración de las partes en el desarrollo del proceso

El principio de leal colaboración de las partes persigue una conducta de las partes carente de acciones dolosas en las distintas actuaciones del proceso. Existen ciertas disposiciones, tales como la obligación de las partes de cumplir con lo pactado y colaborar con sus mejores esfuerzos para el desarrollo y finalización del procedimiento arbitral [art. 11] y la imposibilidad de presentar excepciones de previo y especial pronunciamiento [art. 21], entre otras.

(B)

Sustanciación de las actuaciones

La ley panameña no se aleja de las normas generales que en materia de sustanciación del proceso son comúnmente utilizadas en el arbitraje

internacional. El Decreto Ley promueve la libertad contractual de las partes, la utilización de reglamentos de instituciones arbitrales y la libertad del Tribunal arbitral en la conducción del proceso.

1.

Sede del arbitraje y sede de las actuaciones arbitrales

Las partes pueden designar la sede del arbitraje en el convenio arbitral, sea Panamá o cualquier parte del mundo. Sin embargo, en el caso de que no lo hicieran, el lugar del arbitraje será el establecido por el reglamento de arbitraje de la institución administradora, o bien el Tribunal arbitral en el caso de un arbitraje *ad-hoc*. El Tribunal arbitral tiene la facultad de decidir el lugar donde se practiquen actuaciones concretas, siempre y cuando se notifique en forma debida a las partes con suficiente antelación⁴⁶. En consecuencia, se deduce de este artículo que el Tribunal arbitral puede llevar a cabo actuaciones en cualquier lugar y no necesariamente en la sede del arbitraje.

2.

Idioma

El idioma será el que convienen las partes o el designado de conformidad con el reglamento aplicable, o el que determine el Tribunal arbitral⁴⁷. También agrega la norma, en los casos en que ambas partes sean panameñas, el idioma *siempre* será el español. Esta disposición es criticable ya que se limita la utilización de otros idiomas en los casos en los que, aun cuando las partes sean panameñas, el arbitraje sea considerado internacional por encontrarse en algunos de los supuestos contenidos en el art. 5 del Decreto Ley.

3.

Inicio y curso de las actuaciones arbitrales

Como consecuencia del efecto positivo⁴⁸ de pactar un convenio arbitral, el procedimiento se inicia con el requerimiento de cualquiera de las partes de someter determinada controversia al arbitraje⁴⁹. El Decreto Ley se refiere a la posibilidad de que la determinación de la fecha de inicio del proceso sea establecida por el reglamento de una institución. Las partes podrán formular la demanda y su contestación ante el Tribunal arbitral, las cuales, salvo pacto en contrario, podrán ser ampliadas o modificadas en el curso del procedimiento. Así también, las partes podrán presentar todo el caudal probatorio que consideren pertinente para el éxito de sus pretensiones, aun cuando el Tribunal arbitral tiene la facultad de evaluar y declarar su admisibilidad, y limitar la cantidad de testigos y peritos u otras pruebas

⁴⁶ Art. 20 del Decreto Ley.

⁴⁷ Art. 20 del Decreto Ley.

⁴⁸ Véase *supra* pág. 6.

⁴⁹ Art. 21 del Decreto Ley.

con el fin de evitar dilaciones injustificadas en el desarrollo del proceso. Esta facultad del Tribunal es útil en la medida en que puede evitar costos innecesarios para las partes en lo relativo a práctica de pruebas.

El Decreto Ley contiene pocas disposiciones en lo que respecta a la conducción del proceso, lo que le otorga gran flexibilidad y libertad de actuación a los árbitros.

V.

EL LAUDO ARBITRAL

(A)

Deliberaciones del Tribunal Arbitral

La legislación panameña dispone que, en caso de discordia, el pronunciamiento final sea por la mayoría de los árbitros, y si no hubiera acuerdo mayoritario el laudo debe ser dictado por el presidente del Tribunal arbitral. La Ley exige que el laudo arbitral sea firmado por todos los miembros del Tribunal arbitral, aun cuando permite que el árbitro que no esté conforme con el voto de la mayoría exprese en el laudo su voluntad discrepante⁵⁰.

1.

Aplicación del derecho de fondo

La ley panameña contiene disposiciones específicas para el arbitraje internacional en materia de escogencia del derecho aplicable por el Tribunal arbitral. El art. 43(3) dispone que en el arbitraje de derecho el Tribunal arbitral decidirá conforme a la ley designada por las partes, por sí o a través del reglamento de una institución de arbitraje que sea aplicable (principio de autonomía de las partes en la escogencia de la ley). En su defecto, por la ley que determinen libremente los árbitros, aplicando o no una norma de conflicto (la llamada *voie directe*), sin desnaturalizar la voluntad de las partes. Además, de manera sorprendente para su época y sobrepasando la propuesta de la Ley Modelo⁵¹, el Decreto Ley dispone que se tendrán en cuenta los usos del comercio y, en su caso, las estipulaciones del contrato y las reglas de contratación privada internacional. A su vez, el art. 27 de la ley dispone que *el Tribunal arbitral apreciará las estipulaciones del contrato para la aplicación del Derecho que gobierna la relación contractual, y tendrá en cuenta los usos y prácticas mercantiles y los principios de los contratos de comercio internacional de UNIDROIT*. Pareciera que la aplicación de estas dos normas en conjunto otorgase un amplio poder a los árbitros (que podría considerarse excesivo en algunos casos)⁵² para interpretar, modificar o

⁵⁰ Art. 28 del Decreto Ley .

⁵¹ Art. 28 de la Ley Modelo de UNCITRAL.

⁵² MANTILLA SERRANO, Fernando, «Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique Latine», *Revue de l'arbitrage*, Editions Litec, Vol. núm. 3, 2005, Francia, págs. 589-590.

inclusive completar el contrato en beneficio de la aplicación de *las reglas de contratación privada internacional* y los principios UNIDROIT.

Finalmente, es importante señalar que conforme a lo dispuesto por el parágrafo del art. 43(3), el Tribunal podrá renunciar a la aplicación de las reglas de conflicto de Derecho Internacional privado y aplicar directamente el Derecho material o sustantivo o Derecho convencional o ley uniforme que haya sido designada por las partes de manera *clara e indubitable*.

Adicionalmente, el art. 43(3) del Decreto Ley se refiere al concepto de orden público que ha de tomarse en consideración por el Tribunal, señalando que tratándose de arbitraje comercial internacional, el orden público que se contempla es el orden público internacional y que para el resto de cuestiones afectas por elementos de internacionalidad o extranjería regirá supletoriamente lo establecido en el Código Civil panameño.

(B)

El laudo arbitral: Tipos y requisitos

La palabra *laudo* en la ley panameña se equipara a la decisión final (o «última» decisión) del proceso. Aun cuando el Decreto Ley no hace una clasificación expresa de tipos de laudo podemos identificar dos tipos: laudo *final* y laudo por acuerdo de las partes. El primero, se identifica como la decisión *final* del Tribunal, y el segundo, cuando ante el acuerdo de transacción de las partes, éstas le solicitan al Tribunal que dicho acuerdo adopte la forma y tenga la eficacia de laudo. Si se interpretase de manera estricta el texto del art. 25, pareciera que el Decreto Ley no prevé la posibilidad de dictar laudos parciales. Esto responde a una tendencia generalizada en las distintas leyes de arbitraje de la región⁵³, las cuales no distinguen entre laudo final y laudo parcial ya que siguen la tendencia de los sistemas judiciales que sólo prevén una única decisión al final del proceso. A la fecha no existen decisiones de la Corte sobre este aspecto.

Por otro lado, vale la pena resaltar que la ley consagra una definición específica para los laudos extranjeros, considerando que son aquellos dictados fuera del territorio de la República de Panamá, así como también aquellos que son dictados en el territorio panameño en arbitrajes considerados arbitrajes comerciales internacionales de conformidad con el Decreto Ley⁵⁴.

Como requisitos del laudo, se prevé que el mismo conste por escrito y esté firmado por todos los miembros del Tribunal arbitral. De manera detallista y quizás un poco excesiva, se establecen además como requisitos *mínimos*: la identificación de las partes, de los árbitros y de la controversia, el reconocimiento y alcance de la competencia del Tribunal arbitral, el lugar (entiéndase sede del arbitraje) y *demás circunstancias del arbitraje*, así como una relación sistematizada de las pruebas

⁵³ *Ibid.*, pág. 593.

⁵⁴ Art. 40 del Decreto Ley.

practicadas, las alegaciones de las partes y la decisión adoptada por el Tribunal (entiéndase una parte dispositiva)⁵⁵. Además, el laudo deberá contener la decisión del Tribunal arbitral sobre las costas del arbitraje. Por último, es preciso tener en cuenta que, como fue mencionado anteriormente, el Decreto Ley permite la emisión de opiniones disidentes, pero se obliga a incluir la misma dentro del texto del laudo.

El laudo deberá ser dictado en un plazo máximo de seis (6) meses, contados a partir de la constitución del Tribunal arbitral, aunque existe la posibilidad de extensión del plazo, en los casos en que sea prorrogado por las partes o bien el reglamento aplicable lo establezca⁵⁶.

(C)

Aclaración, corrección e interpretación del laudo arbitral

Las partes, una vez les hayan notificado el laudo, contarán con un plazo de cinco (5) días para solicitar al Tribunal arbitral la corrección de cualquier error de tipo *aritmético o tipográfico*, así como la aclaración o interpretación sobre aspectos del laudo. La aclaración debe ser resuelta por el Tribunal arbitral dentro de un término de 15 días improrrogables⁵⁷.

(D)

Impugnación del laudo arbitral

A pesar de que el Capítulo V del Decreto Ley se titula «Impugnación del Laudo arbitral *interno*», el mismo contenía, en su versión aprobada en el año 1999, un artículo⁵⁸ que contemplaba la posibilidad de que, tratándose de un laudo internacional, las partes renunciaran al recurso de anulación previsto en ese capítulo. Pareciera que la razón de esta norma se fundamentaba en el hecho de que las causales del recurso de anulación eran en esencia las mismas que las causales de denegación de reconocimiento y ejecución de un laudo internacional. Resultaba práctico para una parte vencedora que deseaba reconocer y ejecutar un laudo internacional limitarse sólo a solicitar tal trámite ante la Sala de Negocios Generales de la Corte, sin tener que acudir previamente ante la misma Sala, para oponerse a un recurso de anulación por las mismas causales. En efecto, la redacción confusa de los Capítulos V y VI (el cual se refiere al reconocimiento y ejecución de laudos), dejaba pensar que a falta de renuncia de las partes del recurso de anulación, el laudo extranjero podía estar sujeto a un doble control: el recurso de nulidad y el procedimiento de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo. El hecho de renunciar al recurso de anulación evitaba en consecuencia el doble control por parte de la misma corporación de Justicia.

Mediante fallo del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de 7 de octubre

⁵⁵ Arts. 28 y 29 del Decreto Ley.

⁵⁶ Art. 25 del Decreto Ley.

⁵⁷ Art. 32 del Decreto Ley.

⁵⁸ Antiguo art. 36 del Decreto Ley.

de 2005⁵⁹, se declaró inconstitucional el art. 36 del Decreto Ley, el cual permitía a las partes renunciar al recurso de anulación en caso de tratarse de un arbitraje comercial internacional. La Corte declaró inconstitucional la norma por considerar que la misma era violatoria al art. 32 de la Constitución que consagra el debido proceso. Señaló la Corte dentro de sus argumentos que los recursos forman parte íntegra de la garantía del debido proceso y, por ende, constituye un derecho fundamental que goza de protección constitucional. Que el derecho de defensa supone que las partes contendientes puedan utilizar todos los recursos que la ley pone a su alcance para impugnar una decisión que le sea adversa. El derecho de interponer un recurso que la ley pone al alcance de las partes en determinado supuesto es irrenunciable por anticipado y, por tanto, es contrario a la garantía fundamental del debido proceso. Caso distinto, dice el fallo, es que la parte afectada a recurrir no ejercite su derecho a recurrir y deje precluir el término.

Aun cuando el razonamiento de la Corte es similar a lo contemplado por la mayoría de las legislaciones latinoamericanas con respecto a la posibilidad de impugnar el laudo, la decisión de la Corte no consideró un elemento importante: para hacer cumplir forzosamente un laudo internacional se requiere del trámite de reconocimiento y ejecución de sentencia arbitral extranjera, aun cuando dicha decisión haya sido dictada dentro del territorio de la República. De allí que la misma Sala de la Corte que conoce de los recursos de anulación, debe examinar la solicitud de *exequátur*, aun cuando previamente esta Corte haya denegado un recurso de anulación contra ese laudo. Pareciera en consecuencia que persiste el mencionado doble control para los laudos internacionales. Cabe, no obstante, preguntarse si ahora que no existe el antiguo art. 36 del Decreto Ley, se puede considerar que el recurso de anulación del laudo previsto en el Capítulo V del Decreto Ley es sólo aplicable a laudos arbitrales *internos*, puesto que el título de este Capítulo sólo se refiere a laudos *internos*. La Corte no se pronunció en este fallo sobre ese punto, pero al determinar que las partes no pueden renunciar al recurso de anulación de un laudo internacional, se puede presumir que la Corte asume que puede existir tal doble control. No obstante, la jurisprudencia posterior a esta fecha no es clara. En un fallo dictado en el año 2006⁶⁰, la Corte Suprema de Justicia indicaba: «[...] la Sala estima que el Laudo Arbitral controvertido en el presente caso, es interno y no internacional como se alega, y, *por tanto*, es susceptible de ser atacado a través del recurso de anulación que consagra el Decreto Ley núm. 5 de 8 de julio de 1999 [...]». El término *por tanto* mencionado en este razonamiento parece indicar que de tratarse de un laudo internacional el mismo no podía estar sujeto al recurso de anulación. De hecho, el razonamiento principal de la Corte en dicho fallo estaba basado en si el

⁵⁹ Sentencia del Pleno de la Corte con salvamento de voto del Magistrado José A. Troyano. Publicado en la Gaceta Oficial núm. 22,508 de 22 de marzo de 2006.

⁶⁰ Sentencia de la CSJ de la Rep. de Panamá en el caso Laurent Jean Marc Parienti en contra de Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre (A.T.T.T.) y el Estado panameño. Ponente José A. Troyano, con salvamento de voto del Magistrado Winston Spadafora. Exp. núm. 219.05. Véase resumen del caso en págs. 18 y 19.

laudo era o no internacional para poder determinar si el mismo estaba sujeto a un recurso de anulación.

1.

Causales del Recurso de Anulación

Como ha sido señalado anteriormente, las causales del recurso de anulación son casi idénticas a las causales de denegación y reconocimiento de un laudo arbitral internacional previstas en el art. 41 del Decreto Ley, las cuales son a su vez las mismas que las previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York. Además de estas causales, el art. 34 del Decreto Ley se refiere a causas de nulidad del convenio arbitral consagradas en el Código Civil panameño, pero a su vez hace referencia a las causales contenidas en los convenios internacionales que la República de Panamá haya ratificado sobre la materia. Como elemento adicional a las causales de la Convención de Nueva York, se incluye como causal que el laudo se hubiere obtenido en virtud de violencia, cohecho o prevaricato. Por último, el art. 34 contiene como causal que el Tribunal compruebe que el objeto de la controversia no es arbitrable conforme a la ley panameña, o que el laudo es contrario al orden público panameño.

El recurso de anulación deberá interponerse dentro del plazo de 15 días contados a partir de la notificación del laudo o de la fecha de que se entienden estimadas o desestimadas las aclaraciones o rectificaciones del laudo. El Decreto Ley⁶¹ también dispone que la parte en este trámite deberá hacerse representar por un abogado en ejercicio y que en el escrito de interposición del recurso deberá invocarse la causal de la impugnación, proponer pruebas, presentar el convenio arbitral y el laudo debidamente notificado. Además, el Decreto Ley dispone un plazo de veinte (20) días a la contraparte para oponerse, y, de ser necesario la práctica de pruebas, se contará con veinte (20) días para ello. Finalmente, se establece un término de quince (15) días a los jueces para fallar, término último que a la fecha difícilmente se cumple en la práctica.

2.

Análisis de jurisprudencia

2.1.

Sentencia del 5 de mayo de 2003⁶²

En este caso, el laudo arbitral de 31 de octubre de 2002 condenaba a la parte demandada *Banco Disa S.A.* a pagar a la demandante, *Curacao Eximport Enterprises* la suma de diez millones de dólares como consecuencia de la resolución del contrato de administración de cartera celebrado entre ambas partes. *Banco Disa S.A.* interpuso recurso de anulación contra el laudo

⁶¹ Art. 35 del Decreto Ley.

⁶² Sentencia de la CSJ de la Rep. de Panamá; Ponente José A. Troyano; con salvamento de voto del Magistrado Adán Arnulfo Arjona; Exp. 1002-02.

arbitral alegando que durante el proceso arbitral *Banco Disa S.A.* había entrado en un proceso de liquidación e intervención forzosa y que, en consecuencia, los bienes o intereses del banco no eran de libre disposición del liquidador. La sentencia de la Corte recuerda que se trata de un arbitraje internacional y que el procedimiento había sido administrado de conformidad con el Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá. De acuerdo a dicho Reglamento las partes habían acordado la renuncia al recurso de anulación. En esa época no se había aún declarado la inconstitucionalidad del art. 36 del Decreto Ley por lo que la Corte sostiene que tal renuncia es válida y deniega el recurso de anulación sin entrar en el mérito del asunto.

El Magistrado Arjona señala en su salvamento de voto que las circunstancias que rodeaban este caso eran muy peculiares y dignas de cuestionamiento. El Magistrado Arjona sostiene que el laudo debió ser anulado por violación al orden público considerando, además, que el laudo no era internacional sino interno y, por lo tanto, no había cabida a la renuncia del recurso de anulación. El salvamento de voto indica que es difícil entender la decisión del Tribunal arbitral de condenar al Banco a pesar de que la Superintendencia de Bancos había decretado la liquidación administrativa forzosa. La decisión de los árbitros tenía necesariamente consecuencias patrimoniales para la distribución y pago de los acreedores y depositantes de dicha entidad bancaria. No obstante lo anterior, la Corte, por mayoría, prefiere no entrar a analizar estos aspectos considerando, como lo ha hecho ya la misma Corte en reiteradas ocasiones, que la Sala Cuarta de Negocios Generales no es un Tribunal de apelaciones. El fallo indica que: «la Sala ... considera prudente aclarar que las causales de anulación del laudo arbitral son taxativas y no admiten generalidades y mucho menos puede ser utilizado este recurso para atender asuntos procesales que debieron ser debatidos en el proceso arbitral propiamente y no en esta esfera jurisdiccional ya que ello equivaldría a convertir a la Sala en Tribunal de Segunda Instancia».

El laudo será posteriormente sometido ante la misma Sala a un proceso de *exequátur* en el cual el banco se opuso a su reconocimiento. La Corte en una interesante decisión de fecha 24 de mayo de 2004⁶³, decide ordenar a los liquidadores del banco a reconocer y ejecutar el laudo haciendo referencia a la ley bancaria panameña y considerando que esta era la única manera de ejecutar este laudo. De lo contrario, considera la Corte, se estaría *decidiendo* pero no *resolviendo*. En su análisis la Corte analiza y rechaza todos los argumentos de la demandada: violación al orden público, falta de capacidad del banco y que el objeto de la controversia no era arbitrable. La Corte considera que de no ordenarse a los liquidadores del banco ejecutar el laudo, ésta sería una decisión imposible de ejecutar y se *lesionaría el principio de tutela judicial efectiva según el cual, el fin de toda resolución judicial deben estar encaminados al reconocimiento de los derechos establecidos en la ley sustancial*.

⁶³ Sentencia de la CSJ de la Rep. de Panamá; Ponente Aníbal Salas Céspedes. Exp. 15-03.

2.2.

Sentencia del 20 de septiembre de 2006⁶⁴

Esta sentencia se originó de un proceso arbitral iniciado por un inversionista francés, Laurent Jean-Marc Parienti, en contra de la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre (A.T.T.T.) y el Estado panameño, producto de un contrato de construcción y operación de una Terminal de transporte público en el área norte del país. El laudo arbitral dictado el 27 de enero de 2005, condenaba subsidiariamente al Estado Panameño y a A.T.T.T. a pagarle al señor Parienti la suma de 32,521,683 dólares, por concepto de daño emergente y lucro cesante. El Procurador de la Administración, actuando por instrucciones del Órgano Ejecutivo, en representación del Estado Panameño, solicitó la anulación del laudo. El convenio arbitral invocado para la reclamación fue el contenido en un Convenio de Trato y Protección de las Inversiones celebrado entre la República de Francia y la República de Panamá, cuyas reglas de procedimiento era el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Entre los argumentos planteados por el Procurador de la Administración estuvieron: (i) que el Estado Panameño no fue notificado en debida forma, dado que sólo fue notificada la A.T.T.T., y no el Consejo de Gabinete; (ii) que el Tribunal arbitral no se constituyó en la forma prevista en el reglamento aplicable (CNUDMI); (iii) que el procedimiento no se ajustó a los pactado por las partes, sino que utilizó supletoriamente el reglamento de CESCO⁶⁵. Adicionalmente, se invocó que el objeto de la controversia no era arbitrable y que el laudo infringía el orden público panameño. La Corte Suprema de Justicia concluyó en su decisión que el arbitraje, que había sido declarado internacional por el Tribunal arbitral, era un arbitraje doméstico, tomando en cuenta el art. 5 de la Ley. Tal como lo señala el Magistrado Spadafora en su salvamento de voto, esta decisión puede cuestionarse pues existían suficientes elementos para suponer transferencia de capitales que producían efectos extrafronterizos. Lo que resulta interesante de esta decisión como precedente es que tanto la mayoría de la Corte como el Magistrado oponente parecen concluir que de haberse tratado de un arbitraje internacional el mismo no estaría sujeto al recurso de anulación sino únicamente al proceso reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales⁶⁶. En su razonamiento inicial la Corte indica que *la determinación de este aspecto* (entiéndase el carácter internacional o interno del laudo) *es crucial y trascendente para los propósitos de establecer cuál es, en verdad, el ámbito de control mínimo que puede ejercerse sobre él.*

Con respecto a la debida notificación al Estado, la Corte dictaminó que

⁶⁴ Sentencia de la CSJ de la Rep. de Panamá en el caso Laurent Jean Marc Parienti en contra de Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre (A.T.T.T.) y el Estado panameño. Ponente José A. Troyano, con salvamento de voto del Magistrado Winston Spadafora. Exp. núm. 219.05.

⁶⁵ Centro de Solución de Conflictos, adscrito a la Cámara Panameña de la Construcción.

⁶⁶ Véase *supra* pág. 14.

la notificación inicial del arbitraje realizada al Estado no se había ajustado a lo dispuesto en la Constitución y en el Reglamento aplicable⁶⁷. La Corte concluyó que el laudo violaba el orden público panameño al no cumplirse con el procedimiento de notificación al Estado Panameño, previsto en la Constitución para los casos de arbitraje donde el Estado es parte. En efecto, para la fecha de la notificación del arbitraje no habían entrado en vigencia las reformas a la Constitución del 2004⁶⁸ y, en consecuencia, se requería la aprobación del Consejo de Gabinete y el Refrendo del Procurador de la Nación en los arbitrajes donde el Estado era parte. Por otro lado, la Corte consideró que el Tribunal arbitral no se constituyó en la forma prevista en el Reglamento de la CNUDMI y, además, que el laudo se emitió en equidad cuando debió hacerse en derecho de conformidad con el Reglamento de la CNUDMI.

Es interesante notar que el 19 de septiembre de 2007, el Tribunal de Grande Instancia de París ordenó al Estado panameño y a A.T.T.T. a cumplir con sus obligaciones conforme al laudo. Esta no sería la primera vez que las cortes francesas deciden reconocer un laudo arbitral internacional que ha sido declarado nulo en otro Estado⁶⁹.

(E)

Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales

El trámite de reconocimiento y ejecución se aplica tanto a los laudos internacionales, como a aquellos que habiéndose dictado en el territorio panameño se consideren internacionales de conformidad con la Ley. Tratándose del laudo internacional, la ley dispone que éste se reconocerá y ejecutará de acuerdo con los tratados y convenios en que la República de Panamá sea parte; y tratándose de un laudo dictado en Panamá, se hace referencia a que deberán ser presentados ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia en la forma prevista para los laudos internacionales.

De acuerdo a lo anterior, Panamá aplicará la Convención de Nueva York tanto para laudos internacionales como para laudos dictados en Panamá en un proceso comercial internacional. El art. 41 del Decreto Ley establece las circunstancias por las cuales se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo internacional, siendo éstas idénticas a las previstas en los arts. 5 y 6 de la Convención de Nueva York.

El Decreto Ley también dispone que la parte que solicita el *exequatur* deberá aportar con el escrito de solicitud original autenticado en debida forma o copia certificada el laudo, original autenticado en debida forma o copia certificada del convenio de compromiso y traducción oficial si el

⁶⁷ Para la fecha de la notificación del arbitraje se requería la aprobación del Consejo de Gabinete y el Refrendo del Procurador de la Nación, en los arbitrajes donde el Estado era parte.

⁶⁸ Véase *supra* pág. 5.

⁶⁹ Véanse referencias al caso *Hilmaltorn* y otros en FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *ob. cit.*, págs. 913-916.

idioma del arbitraje ha sido un idioma distinto al español.

1.

Análisis de jurisprudencia

1.1.

Sentencia del 23 de marzo de 2001⁷⁰

Este fallo surgió como resultado de la solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo y sus adiciones, dictados el 29 de enero y 11 de mayo de 2001. La sede del arbitraje era la ciudad de México D.F y el caso fue administrado bajo el reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). El laudo arbitral condenaba a la demandada *Cable & Wireless Panama* a pagar a *Petrocom de Panamá Inc.* la suma de 1,864,378.39 dólares americanos, más los intereses del 6% anual y gastos del proceso. La empresa panameña se opuso al reconocimiento y ejecución del laudo argumentando que el mismo era contrario al orden público nacional puesto que estaba basado en un convenio arbitral que no cumplía con los requisitos de existencia jurídica, validez y eficacia contemplados en la Ley. La Corte sustentó su decisión de declarar ejecutable el laudo arbitral en la noción de orden público, al señalar que la noción de orden público *no es más que lograr que una sentencia extranjera no viole la competencia del foro nacional sometiéndose a la Carta Magna y las demás disposiciones legales vigentes en congruencia con la obediencia a las autoridades que deben cumplir las sentencias foráneas [...] además que al momento de dictarse el exequátur, las partes intervinientes no se le (sic) quebrante o desconozca el principio de bilateralidad o del contradictorio, supuestos todos que se constituyen para nuestro ordenamiento jurídico en Orden Público Nacional...* Esta decisión de la Corte sustentada en una noción de orden público nacional basado en el cumplimiento de la Constitución y disposiciones legales vigentes, es un precedente importante como punto de referencia para el reconocimiento de un laudo internacional. Es preciso resaltar que la Corte también añadió en su decisión que *este conocimiento de orden público, es casuístico porque hay que estudiar caso por caso, no se puede invocar violación al orden público genéricamente.*

1.2.

Sentencia del 14 de febrero de 2005⁷¹

En esta sentencia la Corte Suprema de Justicia resolvió sobre la solicitud de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral fechado 26 de septiembre de 2003 dictado dentro del proceso arbitral instaurado por una compañía dedicada al tratamiento de sedimentos e hidrocarburos *Greenhow Associates Limited*, contra una compañía de hidrocarburos establecida en Panamá *Refinería Panamá S.A.* El arbitraje fue administrado de conformidad con el Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje

⁷⁰ Sentencia de la CSJ de la Rep. de Panamá, Ponente Rogelio A. Fàbrega Z.

⁷¹ Sentencia de la CSJ de la Rep. de Panamá, Ponente Winston Spadafora Franco, Exp. 824-03.

de Panamá, bajo la connotación de arbitraje internacional. El laudo en cuestión condenaba a *Refinería Panamá S.A.* a pagarle a *Greenhow Limited* la suma de 76,392.34 dólares americanos.

Refinería Panamá S.A. se opuso al reconocimiento y ejecución del laudo argumentando que durante el proceso no había podido hacer valer su derecho de defensa, dado que el Tribunal no admitió una prueba pericial, que a su juicio era determinante para la decisión del proceso. La Corte resolvió que el laudo no violaba el orden público y era ejecutable en Panamá. A juicio de la Corte, el Tribunal arbitral tiene la facultad de decretar como admisibles o de negar las pruebas que le sean presentadas o propuestas por las partes, conforme la facultad que la ley le concede. La Corte sostiene que no es un Tribunal de apelaciones señalando que *no puede entrar a dilucidar si el Tribunal arbitral apreció en debida forma las pruebas aducidas y presentadas por las partes, como quiera que en reiteradas ocasiones ha expresado que esta Colegiatura no es un Tribunal de apelaciones, por lo que no es su función. La naturaleza del arbitraje tiene precisamente como fin una justicia privada y expedita sin que medie la institucionalización del proceso.* Este fallo (dictado por unanimidad) contiene además un análisis interesante de la función de los árbitros y del arbitraje internacional que demuestra la apertura de los jueces panameños hacia este mecanismo de resolución de controversias. Dice la Corte que *... los árbitros se configuran en jueces de pleno derecho y sus decisiones tienen fuerza coercitiva frente al resto de la comunidad judicial y administrativa, dándole a las partes mayor seguridad de que sus pretensiones, reconocidas en los laudos arbitrales serán respetadas. Esta seguridad jurídica promoverá en la sociedad la búsqueda de mecanismos alternativos que redundará en beneficio de todos; una justicia más rápida y expedita; un descongestionamiento del sistema de administración de justicia ordinaria; y una ampliación en la posibilidad del acceso a la justicia. [...] el arbitraje comercial internacional permite la solución de los conflictos en un marco y espíritu de neutralidad, bien sea político, económico, cultural, sociológico...*

1.3.

Sentencia de 16 de diciembre de 2005⁷²

La decisión de la Corte se generó a partir de un laudo arbitral extranjero dictado en Nueva York, el 2 de diciembre de 2004, dentro del proceso arbitral promovido por la empresa *Isthmus Crossing Services, Inc.*, arrendadora de una finca concesionada por el Estado panameño en contra de la Compañía del Ferrocarril Transístmico, *Panama Canal Railway Company*, con motivo del contrato de subarrendamiento suscrito entre ambas con el fin de que *Isthmus Crossing Services, Inc.*, construyera, mercadeara, operara y mantuviera un sistema de conductos subterráneos para las telecomunicaciones. Este proceso fue administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI de conformidad con su Reglamento.

La compañía arrendadora se opuso al cumplimiento del laudo alegando que el mismo era contrario al orden público nacional puesto que el contrato de

⁷² Sentencia de la CSJ de la Rep. de Panamá, Ponente José A. Troyano, Exp. 482-05.

subarrendamiento que contenía el convenio arbitral era nulo por carecer de requisitos para su eficacia. La Corte declaró ejecutable el laudo, haciendo varios planteamientos interesantes que fortalecen la figura del arbitraje internacional. Se reconoció el principio de autonomía de la cláusula arbitral al señalar que *existe una independencia natural y legal del compromiso arbitral entre las partes, ya que es un contrato por sí mismo siempre que cumpla con los requisitos esenciales para su formación y validez al tenor de lo establecido por la ley, puede ser pactado antes, durante o después de celebrado un contrato o convenio entre las partes, lo que da lugar a que existencia no dependa uno del otro* (sic). Además señaló que, la nulidad de un contrato debe ser declarada y no presumida y esto no había sido declarado por el Tribunal arbitral.

Otro de los fundamentos de la decisión fue la teoría de los *actos propios* o *estoppel*, según la cual una persona está impedida de alegar hechos, aunque éstos sean ciertos, si los mismos son contrarios a sus declaraciones o conducta anterior. La Corte consideró que la parte opositora no había alegado durante el proceso arbitral la nulidad del contrato celebrado entre las partes sino únicamente después de que se emitiera un fallo en su contra. Por tanto, no le asistía la razón al pretender alegar hechos que contradecían su propia voluntad dentro de la relación que tuvo con la compañía del ferrocarril.

VI.

PROCEDIMIENTO ARBITRAL Y TRIBUNALES NACIONALES

(A)

Apoyo y auxilio de los jueces en el arbitraje comercial internacional

Podría decirse que el apoyo y auxilio de los jueces en el arbitraje comercial internacional, se puede apreciar a través de su intervención en las siguientes actuaciones: (i) el nombramiento de árbitros cuando, por ejemplo, las partes no lo hubiesen hecho y se encuentran en un arbitraje *ad-hoc*; (ii) la recusación de árbitros cuando las partes no han elegido una institución o autoridad de designación que se encargue de ello, (iii) el otorgamiento de medidas cautelares; (iv) la práctica de pruebas, (v) el recurso de nulidad y (vi) el reconocimiento y ejecución forzosa de un laudo.

Como hemos podido apreciar anteriormente⁷³, en lo que respecta al auxilio en el nombramiento y recusación de árbitros, la legislación panameña no prevé tal auxilio por parte de los jueces apartándose así del texto de la Ley Modelo y de lo que disponen la mayoría de las legislaciones nacionales. El Decreto Ley le confiere un rol importante a las instituciones arbitrales en distintas fases del proceso refiriéndose a ellas para los casos en los cuales es necesario efectuar tal nombramiento en lugar de las partes.

En lo que respecta a las medidas cautelares, la legislación panameña le otorga al juez la posibilidad de dictar medidas cautelares para asegurar los *resultados del proceso* y/o el *objeto del proceso*, disponiendo en ambos casos un plazo muy breve (10 días) dentro del cual el juez deberá practicar tales

⁷³ Véase *supra*, pág. 7.

medidas⁷⁴. Es común en procesos arbitrales internacionales cuya sede sea Panamá, que se dicten medidas cautelares por un juez de circuito, y que las mismas se pongan a disposición del Tribunal arbitral. El art. 11 del Decreto Ley ha generado una cultura positiva por parte de los jueces panameños en cuanto a la adopción de medidas cautelares previas al procedimiento arbitral. Como ya se ha mencionado anteriormente, las medidas cautelares también pueden ser dictadas durante el curso del procedimiento arbitral, requiriéndole a la parte solicitante garantías apropiadas.

En cuanto a la práctica de pruebas, se prevé en el art. 24 del Decreto Ley la posibilidad de que el Tribunal arbitral pueda recurrir a Tribunales estatales de la sede del arbitraje en auxilio, concediéndoles a los jueces un plazo no mayor de quince días para su práctica. El cumplimiento de esta norma se vio reforzado con la modificación de la Constitución Política en el año 2004, donde se asemeja al Tribunal arbitral a una jurisdicción especial. En la actualidad es común que, por solicitud de un Tribunal arbitral, los jueces de circuito ordenen a testigos a cumplir con la orden del Tribunal arbitral de comparecer a rendir su testimonio.

Por último, tal como se ha mencionado en la Sección V, la experiencia hasta la fecha en lo que respecta al auxilio de los jueces panameños en el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros, ha sido muy favorable. Vale la pena mencionar que un aspecto muy positivo de la legislación panameña es que consagra que tanto el recurso de anulación contra el laudo arbitral como el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, serán sustanciados por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia. De esta forma se concentran en una misma Sala todos los asuntos relativos al arbitraje comercial internacional y doméstico, facilitando la congruencia de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia sobre esta materia.

(B)

Control de los jueces en el arbitraje comercial internacional

El control que los jueces panameños han ejercido en el arbitraje internacional, se ha manifestado esencialmente en tres etapas del proceso: (i) el control del principio *kompetenz-kompetenz*; (ii) el recurso de anulación y (iii) el recurso de amparo. Ya hemos discutido la evolución de la aceptación del principio *kompetenz-kompetenz* en Panamá. Como es de suponer, desde su incorporación en la Constitución Nacional, no ha existido cuestionamiento alguno por parte de los jueces en cuanto a su aplicación. En lo que respecta al recurso de anulación, ya se han mencionado anteriormente algunos ejemplos que demuestran una actitud favorable de los jueces panameños en el control de laudos arbitrales internacionales. Analizando estos recursos de anulación, la Corte Suprema de Justicia de Panamá ha manifestado en diversas ocasiones, tanto en arbitrajes domésticos como internacionales, que dicha Corte no debe actuar como un Tribunal de apelaciones sino limitarse a examinar expresamente las causales previstas para tal recurso en la ley. Lo contrario, ha manifestado la Corte, sería

⁷⁴ Art. 11 del Decreto Ley.

desvirtuar la figura del arbitraje⁷⁵.

Por último, una tendencia bastante generalizada en América Latina⁷⁶, a la cual no ha escapado Panamá, ha sido la de promover acciones de amparo de garantías constitucionales contra las actuaciones y/o decisiones de los árbitros o de las instituciones arbitrales. Esta tendencia ha sido criticada por la doctrina ya que permite la introducción de un nuevo recurso contra el laudo arbitral adicional al recurso de anulación del laudo. Se aleja así de la concepción universalista del arbitraje que busca limitar los recursos que puedan interponerse contra el laudo arbitral extranjero. Pareciera que esta tendencia pueda ir evolucionando y desapareciendo en los próximos años. En Venezuela, el 17 de octubre de 2008, la Corte Suprema de Justicia⁷⁷ estableció que el recurso de amparo es inadmisibile contra los laudos arbitrales.

Según el art. 54 de la Constitución Política panameña, «toda persona contra la cual se expida o se ejecute, por cualquier «servidor público», una orden de hacer o de no hacer, que viole los derechos y garantías que esta Constitución consagra, tendrá derecho a que la orden sea revocada a petición suya o de cualquier persona». El debate que ha surgido en Panamá es si los árbitros pueden ser considerados como servidores públicos y, por ende, si el art. 54 de la Constitución puede extenderse a decisiones arbitrales. La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en distintas ocasiones de manera ambivalente. En sentencia del 8 de febrero de 1994⁷⁸, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que los árbitros son servidores públicos mientras se encuentren ejerciendo sus funciones. En sentencia del 10 de julio de 1998⁷⁹, la Corte Suprema de Justicia manifestó lo contrario y, en consecuencia, rechazó una acción de amparo. El 13 de marzo de 2002, en un arbitraje

⁷⁵ Sentencias de 15 de abril de 2008 (Ponente Victor L. Benavides P., Exp. 743-07); 15 de julio de 2008 (Ponente Harley J. Mitchell D., Exp. 88-07); 23 de noviembre de 2005 (Alquileres Coamco, S.A. interpone Recurso de Anulación de Laudo Arbitral fechado 7 de febrero de 2003, proferido dentro del proceso arbitral celebrado entre Alquileres Coamco, S.A. y el señor Danilo Humberto Barrio), 6 de enero de 2003 (Magistrado Ponente: José A Troyano. Exp. 228-02), 5 de mayo de 2003 (Ponente José A. Troyano, Exp. 1000-02); 25 de septiembre de 2001 (Gretel Villalaz de Allen, en condición de Ministra de Obras Públicas interpone recurso de anulación contra el laudo arbitral proferido dentro del proceso arbitral interpuesto por la empresa Central de Fianzas, S.A. contra el Ministerio de Obras Públicas. Magistrado Ponente: CésarPereira Burgos).

⁷⁶ MANTILLA SERRANO, Fernando, «Le traitement législatif de l'arbitrage en Amérique Latine», *Revue de l'arbitrage*, Editions Litec, Vol. núm. 3, 2005, Francia, pág. 597.

⁷⁷ Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, núm. 1541, Exp. 08-0763, dictada el 17 de octubre de 2008, con ponencia de su Presidenta. Véase ANZOLA, J. Eloy, «Luces desde Venezuela: la administración de justicia no es un monopolio del Estado», *Revista del Club Español del Arbitraje*, núm. 4, 2009, Wolters Kluwer, España, págs. 61 y ss.

⁷⁸ Sentencia del Pleno de la CSJ publicada en el Registro Judicial de febrero de 1994, pág. 44.

⁷⁹ Sentencia del Pleno de la CSJ publicada en el Registro Judicial de julio de 1998, págs. 15-16.

internacional que oponía a *Prime Crest Administrador Inc y El Jardín Cariari S.A.*, contra *Del Monte Fresh Produce International*, la Corte Suprema de Justicia en pleno⁸⁰ decide no admitir una acción de amparo de garantías fundamentales. En su decisión, la Corte Suprema de Justicia no se pronuncia sobre la función de los árbitros, sino que se limita a declarar que la acción de amparo en este caso no procede debido a que la Sala Cuarta de Negocios ya se había pronunciado denegando un recurso de nulidad sobre el laudo arbitral.

Mediante Fallo del 27 de abril de 2009⁸¹, la Corte Suprema de Justicia decidió, que, en vista de que los árbitros no son servidores públicos, «no hay posibilidad alguna que sus actuaciones puedan ser revisadas en sede constitucional a través del amparo de derechos fundamentales». Esta acción de amparo de garantías constitucionales fue promovida sobre la base de una «orden de no hacer» de los árbitros en un arbitraje que oponía a *Panamá Ports Company* contra *Gabriel Jesús Alvarado Carrillo*. La orden de no hacer consistía en rechazar de plano una advertencia de inconstitucionalidad que se había presentado al Tribunal arbitral. La Corte Suprema de Justicia no se pronuncia sobre la viabilidad de que los árbitros puedan decidir sobre advertencias de inconstitucionalidad, sino que se limita a analizar si los árbitros son o no servidores públicos, concluyendo que no lo son. La decisión cuenta con dos salvamentos de votos. El Magistrado Adán Arnulfo Arjona concuerda con el hecho de que los árbitros no son funcionarios públicos. No obstante, sostiene que la no tramitación de una advertencia de inconstitucionalidad puede constituir una infracción a la garantía del debido proceso, y que «los árbitros pueden ejercitar moderadamente algunos controles de admisibilidad de las advertencias». Señala además que, en el caso de arbitrajes comerciales internacionales con elementos de extranjería, es previsible que cuando no sea aplicable el derecho sustantivo panameño, una advertencia de inconstitucionalidad no sea viable. Por el contrario, en arbitrajes comerciales internacionales donde la sede de arbitraje es Panamá y la ley aplicable es la panameña, deberá considerarse la procedencia de la advertencia de inconstitucionalidad. El segundo salvamento de voto proviene del Magistrado Jerónimo Mejía quien sostiene que las decisiones de los árbitros sí pueden ser revisadas a través del amparo de derechos fundamentales.

Más recientemente, mediante Fallo de 9 de septiembre de 2010 mediante el cual se resuelve no conceder la Acción de Amparo de Garantías Constitucionales propuesta contra la Resolución de 2 de marzo de 2010, por la cual se declaró no viable la solicitud de aclaración del Laudo Arbitral de 10 de febrero de 2010. La jurisprudencia panameña parece haber superado la disyuntiva del análisis de la condición de funcionarios públicos o no de los árbitros, al declarar en el propio fallo que dicha demanda había cumplido con los requisitos legales para su admisión, y

⁸⁰ Amparo de garantías constitucionales, Exp. 200203, Ponente César Pereira Burgos.

⁸¹ Amparo de garantías constitucionales, Sentencia del Pleno de la CSJ Exp. 383-07, Ponente Harley J. Mitchell D., con explicación de voto del Magistrado Adán Arnulfo Arjona y salvamento de voto del Magistrado Jerónimo Mejía.

entrando en el análisis de fondo de cada una de las normas constitucionales invocadas por el accionante, no encontrando mérito para amparar la norma. Concluye la decisión reiterando la tendencia de observar al accionante que "la acción de amparo de Garantías Constitucionales, que es una institución de garantía, pretende que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia vuelva a examinar aspectos de fondo relacionados con el valor otorgado por el Tribunal de la causa a medios probatorios, cuando tales apreciaciones constituyen una facultad jurisdiccional. Por otro lado, deja de lado el Accionante que el laudo arbitral es definitivo, por lo que posee el carácter de cosa juzgada, impugnabile solo mediante recurso de Anulación por motivos tasados en el Decreto Ley 5 de 1999."

Otro precedente jurisprudencial reciente guarda relación con la viabilidad del efecto suspensivo de una acción de amparo. La Corte Suprema de Justicia en un Fallo de 10 de marzo de 2011, al resolver un Incidente de Desacato en contra de la Secretaría General de Arbitraje del Centro, por no suspender ipso jure el proceso arbitral ante la admisión de un Amparo de Garantías Constitucionales respecto de una orden de hacer de la Secretaría, ha señalado que "no aprecia el Pleno que la demandada haya incurrido en desacato, principalmente porque no ha recibido la orden expresa de suspender el acto impugnado por parte de este tribunal..." De allí que existe una clara tendencia de que en el trámite de un amparo no existe la obligación de suspender el proceso arbitral si no existe una orden expresa, en ese sentido por la Corte.

VII.

INFORMACIÓN ADICIONAL

(A)

Principales instituciones arbitrales

1.

Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá (CeCAP)

Fundado en 1994, el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá es auspiciado por la Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá y otros gremios empresariales. El CeCAP fue beneficiario de uno de los Programas de Cooperación Técnica promovidos en Latinoamérica por el BID/FOMIN para el fortalecimiento de la solución de controversias comerciales a través de arbitraje y mediación. Uno de los resultados más importantes de este programa fue la actual Ley de Arbitraje de Panamá. El CeCAP ofrece servicios de administración de procesos arbitrales domésticos e internacionales, así como servicios de instalaciones para audiencias. Cuenta con reglamentos de arbitraje y mediación y un código de ética para árbitros.

2.

Centro de Solución de Conflictos (CESCON)

El Centro de Solución de Conflictos (CESCON), fue creado en el año 2001 por iniciativa de un grupo de empresarios de la Cámara Panameña de la Construcción, con el interés de promover e implementar métodos alternativos

para la prevención y solución de controversias, como el arbitraje, la mediación, la conciliación y el *partnering*. Actualmente, el CESCO. cuenta con reglamentos de arbitraje, mediación y conciliación, así como un código de ética para árbitros. Al igual que el CeCAP, el CESCO ofrece servicios de administración de procesos arbitrales tanto domésticos como internacionales y servicios de instalaciones para audiencias.

(B)

Anexo: Decreto Ley núm. 5 de 8 de julio de 1999 por medio del cual se establece el régimen general de arbitraje, de la conciliación y de la mediación

Se adjunta como Anexo.