

REVISTA

MÉTODOS ALTERNOS DE  
**SOLUCIÓN**  
DE CONFLICTOS  
EN PANAMÁ

PUBLICADA POR EL  
CENTRO DE SOLUCIÓN  
DE CONFLICTOS

CON EL APORTE DE:

NARCISO ARELLANO MORENO  
ADÁN ARNULFO ARJONA  
LEXAIRA AROSEMENA A.  
OLMEDO ARROCHA  
CARLOS A. ARRUE MONTENEGRO  
DAYRA A. CASTAÑEDAS LÓPEZ  
MIGUEL ÁNGEL CLARE G. R.  
AGENOR CORREA PULICE  
MARISOL TAMARA ELLIS A.  
ERICKA E. ESTRADA  
MARIO L. FÁBREGA  
JUAN PABLO FÁBREGA  
EVANS GONZÁLEZ MORENO  
JORGE FEDERICO LEE  
LILIA LIU  
ESTEBAN LÓPEZ  
LESLEY MARTIN GRAELL  
DIEGO MAXIMIN JOVANÉ  
LIZA MCPHERSON  
JORGE MOLINA MENDOZA  
REBECA E. MOSQUERA  
JOSÉ JAVIER RIVERA  
EDUARDO RODRÍGUEZ JR.  
MAYTE SÁNCHEZ GONZÁLEZ

**CESCÓN**

Centro de Solución  
de Conflictos

EDICIÓN I

# OLMEDO ARROCHA

En esta era de revolución digital hasta los robots necesitarán que le defiendan sus derechos. La obligación de un abogado es actualizarse y evolucionar con los cambios.

- Arbitraje
- **Derecho de Daños** [Responsabilidad Civil, Responsabilidad en la Construcción, Responsabilidad por Accidentes Laborales, Acción Civil derivada del Delito, Responsabilidad del Estado, Responsabilidad en Internet, Responsabilidad Profesional]
- **Derecho Empresarial y de la Inversión Pública**
- **Derecho Administrativo y Contencioso Administrativo**
- **Derecho Económico**
- **Derecho Marítimo**



ARROCHA & ASSOCIATES L.F.

Oficina 2301, Piso 23 Torre Global Bank, Calle 50 Bella Vista, Ciudad de Panamá  
Teléfono: +507 3967778 Fax: +507 3967779 Celular: +507 66713636  
skype: olmedo.arrocha Blog: olmedoarrocha.com Twitter: @olmedoarrocha  
Email: oa@arrochalaw.com

REVISTA

MÉTODOS ALTERNOS DE  
**SOLUCIÓN**  
DE CONFLICTOS  
EN PANAMÁ

PUBLICADA POR EL  
CENTRO DE SOLUCIÓN  
DE CONFLICTOS

CON EL APOORTE DE:

NARCISO ARELLANO MORENO  
ADÁN ARNULFO ARJONA  
LEXAIRA AROSEMENA A.  
OLMEDO ARROCHA  
CARLOS A. ARRUE MONTENEGRO  
DAYRA A. CASTAÑEDAS LÓPEZ  
MIGUEL ÁNGEL CLARE G. R.  
AGENOR CORREA PULICE  
MARISOL TAMARA ELLIS A.  
ERICKA E. ESTRADA  
MARIO L. FÁBREGA  
JUAN PABLO FÁBREGA  
EVANS GONZÁLEZ MORENO  
JORGE FEDERICO LEE  
LILIA LIU  
ESTEBAN LÓPEZ  
LESLEY MARTIN GRAELL  
DIEGO MAXIMIN JOVANÉ  
LIZA MCPHERSON  
JORGE MOLINA MENDOZA  
REBECA E. MOSQUERA  
JOSÉ JAVIER RIVERA  
EDUARDO RODRÍGUEZ JR.  
MAYTE SÁNCHEZ GONZÁLEZ

**CESCON**



Centro de Solución  
de Conflictos

EDICIÓN I

**ISBN 978-9962-51-212-7**

**Revista Métodos Alternos de Solución de Conflictos en Panamá**

Edición I

© Centro de Solución de Conflictos

P.H. Plaza Banco General, Piso No. 29

Tel: +(507) 302-2383

[cescon@cescon.org](mailto:cescon@cescon.org)

[www.cescon.org](http://www.cescon.org)

Panamá, República de Panamá

Se prohíbe la reproducción total o parcial de la Revista Métodos Alternos de Solución de Conflictos en Panamá, por cualquier método o proceso que reproduzca en documento o imagen el contenido de la revista, incluyendo la fotocopia entre otros, sin previa autorización del Centro de Solución de Conflictos (CESCON).

El Centro de Solución de Conflictos, su Consejo Directivo, y el Consejo Editorial de la Revista no asume responsabilidad alguna por las opiniones e interpretaciones expresadas por los autores.



Centro de Solución  
de Conflictos

## Consejo Directivo

Manuel González Ruiz  
**Presidente**

José A. Orillac  
**Secretario**

## Directores y Consejo Técnico

Eric A. Britton G.

Dayra Castañedas L.

Pedro Detresno

Miriam G. Figueroa

Idelcarmen Pérez de Palma

Eduardo Tejeira

## Revista Métodos Alternos de Solución de Conflictos en Panamá

### Comité Editorial

Directora Lexaira Arosemena A.

Coordinación Editorial Isabel C. Saldaña G.

Colaboradores: Ausberto A. Rosas R.

Sofía Rodríguez M.

Velia del C. Villeros

Gloria Vásquez

Correctora de estilo: Prof.<sup>a</sup> Cila Barría

Arte y diseño de portada Strategy Lab 507 – MarketingLegal.net

Diagramación e impresión Editora Sibauste, S. A.

Se extiende invitación a todos los profesionales interesados a enviar sus propuestas de artículos para nuestra próxima edición o comentarios a [cescon@cescon.org](mailto:cescon@cescon.org)

# CONTENIDO

<b>PRÓLOGO</b> .....	6
Katherine González Arrocha	
<b>EDITORIAL</b> .....	9
Manuel González Ruiz	
<b>FACULTADES DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA</b> .....	11
Narciso Arellano Moreno	
<b>LAS CLAUSULAS ESCALONADAS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL EN PANAMÁ</b> .....	17
Adán Arnulfo Arjona	
<b>MEDIACION/ GUÍA Y ESTRATEGIAS PARA ABOGADOS</b> .....	25
Lexaira Arosemena A.	
<b>EL ARBITRAJE DIGITAL</b> .....	35
Olmedo Arrocha	
<b>PRECISIONES CONCEPTUALES Y PRÁCTICAS SOBRE EL EFECTO NEGATIVO DE LA REGLA COMPETENCIA- COMPETENCIA</b> .....	41
Carlos A. Arrue Montenegro	
<b>EL DEBER DEL ÁRBITRO</b> .....	50
Dayra Castañedas López	
<b>LOS TERCEROS NO SIGNATARIOS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL EN PANAMÁ</b> .....	57
Miguel Ángel Clare G.R.	
<b>LA NATURALEZA JURÍDICA Y MISIÓN DE LOS DISPUTE BOARDS</b> .....	65
Agenor Correa Pulice	
<b>LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ARBITRAL PANAMEÑO</b> .....	72
Marisol Tamara Ellis A.	
<b>EL CARÁCTER ESCRITO DEL CONVENIO ARBITRAL ELECTRÓNICO - ANÁLISIS DE SU VALIDEZ BAJO LA LEY PANAMEÑA Y LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958</b> .....	82
Ericka E. Estrada S.	
<b>TIPS ABITRALES-DEMANDA</b> .....	91
Evans A. González Moreno	

<b>LA VIOLACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO COMO CAUSAL DE ANULACIÓN DEL LAUDO.....</b>	<b>96</b>
Mario L. Fábrega	
<b>LA JURISDICCIÓN ARBITRAL EN PANAMÁ Y EL MARCO LEGAL DEL ARBITRAJE .....</b>	<b>103</b>
Juan Pablo Fábrega	
<b>LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE NACIONAL .....</b>	<b>109</b>
Jorge Federico Lee	
<b>APLICACIÓN DE LOS MARC EN LOS CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO.....</b>	<b>115</b>
Lilia Liu	
<b>PANAMÁ: SEDE DE ARBITRAJE .....</b>	<b>119</b>
Esteban López M.	
<b>LA PRUEBA PERICIAL EN EL ARBITRAJE SOBRE CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN .....</b>	<b>126</b>
Lesly Martin Graell	
<b>LA APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO “IURA NOVIT CURIA EN EL ARBITRAJE” .....</b>	<b>132</b>
Diego Maximin Jované	
<b>EL DILEMA DEL USO DEL ARBITRAJE EN CONFLICTOS DE ÍNDOLE PÚBLICO .....</b>	<b>141</b>
Liza McPherson	
<b>LO DISPOSITIVO COMO PARADIGMA DEL ARBITRAJE.....</b>	<b>145</b>
Jorge Molina Mendoza	
<b>LA OBTENCIÓN DE EVIDENCIA BAJO LA SECCIÓN 1782 DEL TÍTULO 28 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS Y SU USO EN DISPUTAS INTERNACIONALES.....</b>	<b>151</b>
Rebeca E. Mosquera	
<b>CONVENIENCIA DE INTRODUCIR EL ARBITRAJE TRIBUTARIO EN PANAMÁ.....</b>	<b>161</b>
José Javier Rivera	
<b>BREVES COMENTARIOS SOBRE LA CLÁUSULA PENAL DE LOS CONTRATOS.....</b>	<b>170</b>
Eduardo Rodríguez Jr.	
<b>LEY 131 DE 2013: ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES SOBRE EL CÓMPUTO DE PLAZOS.....</b>	<b>181</b>
Mayte Sánchez González	
<b>Reglamento de CESCOCON .....</b>	<b>186</b>

# PRÓLOGO

---

Hace unos diez años cuando regresé a mi país, después de haber vivido otros diez años en el extranjero, me encontré con un panorama de la práctica del arbitraje totalmente distinto al que había dejado en 1996. La evolución del arbitraje en Panamá, en estas últimas dos décadas, ha sido continua y progresiva. Los artículos recopilados en esta Revista evidencian este hecho.

Habiendo ratificado la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales extranjeras en 1983, así como la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá) en 1975, Panamá adopta en 1999 el Decreto Ley número 5, por medio del cual se establecía el régimen legal del arbitraje doméstico e internacional, de la mediación y de la conciliación. Inspirado en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (“la Ley Modelo CNUDMI”), este Decreto Ley 5 viene a sentar las bases del desarrollo de una práctica arbitral moderna en el país. Mientras que algunos artículos de este decreto incorporaban el texto de la Ley Modelo CNUDMI y de la Convención de Nueva York de manera integral, otros iban más lejos incorporando disposiciones innovadoras para su época, tales como las relacionadas al alcance del arbitraje internacional. De esta forma, Panamá se convierte en uno de los primeros países de la región a posicionarse como una sede fiable de arbitrajes.

El año 2004 determina también un giro importante para el arbitraje en Panamá, ya que se lleva a cabo una importante enmienda constitucional incluyendo en el texto constitucional el principio “Kompetenz-Kompetenz”, así como la facultad del Estado de someter sus controversias a arbitraje, sin necesidad de una autorización especial.

Más recientemente, en el año 2013, Panamá adopta una nueva ley que viene a derogar el Decreto Ley 5 (Ley 131 de 31 de diciembre de 2013). Esta nueva Ley está también inspirada en la Ley Modelo de la CNUDMI e incluye, además, las enmiendas hechas a la misma en el año 2006. Una de las mayores novedades y fortalezas de esta Ley, es que prevé expresamente que los árbitros y los funcionarios de las instituciones arbitrales no son servidores públicos (artículo 20) y, por ende, no pueden equiparse a jueces. El artículo 45 de dicha Ley, va más allá indicando que “En ningún caso, las partes podrán interponer incidentes o cualquier acción judicial ante los tribunales judiciales, respecto de las decisiones tomadas por los árbitros o por una institución arbitral”. De esta forma, la ley panameña viene a responder a una de las mayores preocupaciones y amenazas del arbitraje en Latinoamérica: la utilización de amparos constitucionales con miras a detener u obstaculizar el procedimiento. En las últimas dos décadas, ha sido bastante común ver que en distintos países de América Latina, se utilizaban los amparos como pretexto para detener los procesos argumentando que



el recurso al arbitraje era una violación de derechos fundamentales protegidos por la Constitución. Algunas Cortes estatales que no estaban familiarizadas con el arbitraje, accedían a estas demandas. Afortunadamente, en los últimos años, se ha dado un mayor acercamiento entre los jueces y árbitros; así como una mayor especialización de los abogados y jueces de la región sobre el tema, lo que ha permitido que se reduzca el número de solicitudes de amparo injustificadas. Algunas de estas Cortes han rechazado estas medidas de amparo, sobresaltando que los árbitros no son servidores públicos ya que su autoridad se basa en el poder que le otorgan las partes a través de su propia voluntad. De esta forma, la nueva Ley 131 viene a posicionarse dentro de este ámbito de actualidad.

Otro aspecto interesante e innovador de esta nueva Ley es el relacionado a la práctica de la prueba. La Ley 131 va más allá de lo previsto por el artículo 27 de la Ley Modelo CNUDMI, previendo en su artículo 54 no solo la posibilidad de requerir asistencia de las cortes panameñas para la práctica de pruebas, sino también especificando un plazo de 10 días: “Cuando la asistencia para la práctica de pruebas sea solicitada a un tribunal judicial panameño, éste contará con un término no mayor de diez días hábiles para su práctica y remisión al tribunal arbitral”.

Vale la pena resaltar dos aspectos adicionales, también innovadores, de la Ley 131. Por un lado, el relativo al arbitraje en equidad vs el arbitraje en derecho y, por otro lado, las importantes distinciones que hace esta ley con respecto a su aplicación en el ámbito doméstico y en el internacional. En cuanto a este último punto, se establece una distinción importante en cuanto a la violación del orden público, como recurso de anulación de un laudo. Así, en caso de que se trate de un laudo nacional, el orden público a considerar será el orden público panameño; a diferencia de si trata de un laudo internacional,

en cuyo caso será el orden público internacional (artículo 67). En lo que respecta al arbitraje en equidad, se sigue lo dispuesto por la Ley Modelo CNUDMI indicando que el arbitraje será en derecho, salvo que las partes hayan pactado un arbitraje en equidad. Anteriormente a esta Ley, Panamá era uno de los pocos países que preveía lo contrario. La nueva Ley viene a modificar este aspecto para alinearse con las tendencias actuales del arbitraje en el mundo. De esta forma, se limitan también los recursos de anulación de laudo, fundamentados en que los árbitros tomaron decisiones basadas en derecho en lugar de equidad.

Por último, dentro de este recuento histórico, no podemos dejar de mencionar el importante papel que han jugado las instituciones arbitrales en Panamá en las últimas décadas, las cuales han sido sin duda el pilar que ha sentado las bases para el amplio desarrollo y utilización de este mecanismo en el país. Hoy en día, la utilización del arbitraje es frecuente no solo para resolver disputas de carácter doméstico, sino también de carácter internacional y esto se debe en gran medida a la labor realizada por estas instituciones. Existe actualmente una comunidad arbitral sólida que ha venido desarrollando una práctica evolutiva.

Todos estos aspectos de la evolución del arbitraje en Panamá, en las últimas dos décadas, se plasman en esta Revista. La riqueza del contenido de los artículos que se incluyen en la misma, así como su gran diversidad, demuestran este crecimiento del arbitraje en Panamá. Sus autores han sido actores de esta evolución. Siendo todos practicantes y especialistas del arbitraje en Panamá, han sabido plasmar en sus ensayos las tendencias actuales, compartiendo sus valiosas experiencias.

La diversidad que encontré en la lectura de estos ensayos, refleja también la solidez y consolida-

ción de la práctica arbitral en Panamá. El lector podrá encontrar un amplio panorama que abarca desde consejos prácticos para el manejo de procesos arbitrales, hasta los conceptos teóricos y conceptuales que fundamentan dicha práctica. Se incluyen, además, artículos sobre temas de actualidad, tales como el uso de la tecnología en el arbitraje, los dispute boards y la mediación.

En vista de todo lo anterior, es para mí un gran honor introducirles esta Revista, esperando que disfruten su lectura tanto como yo lo hice. Debe-

mos aplaudir y agradecer la iniciativa y labor del Centro de Solución de Conflictos (CESCON), no solo por la recopilación lograda en esta Revista, sino también y sobre todo, por la contribución que realizan a través de la misma a la comunidad jurídica panameña. Sin duda, éste será el inicio de una buena tradición que permitirá que el arbitraje en Panamá, siga creciendo positivamente.

KATHERINE GONZÁLEZ ARROCHA

# EDITORIAL

---

## **Estimados lectores:**

El Centro de Solución de Conflictos (CESCON) se complace en presentar la primera edición de la Revista Métodos Alternos de Solución de Conflictos en Panamá, la cual tiene como propósito exponer temas de actualidad jurídica y de arbitraje, de manera argumentada del más alto nivel, así como incentivar la investigación académica y rendir homenaje a todos los grandes juristas panameños, que se destacan en la práctica de los métodos alternos en nuestro país.

La importancia de esta publicación radica, en que el arbitraje es un instrumento privilegiado para resolver litigios originados de relaciones contractuales, y que cada día, su auge se incrementa por la confianza que emerge de los centros de arbitraje, sus tribunales y practicantes. Sin lugar a duda, el empoderamiento del arbitraje en Panamá, lo constituye como la mejor alternativa para solventar los conflictos en las relaciones comerciales.

La necesidad de solucionar los conflictos de forma rápida y efectiva, es una creciente necesidad y con ella han crecido las oportunidades de Panamá, de convertirse en sede de arbitrajes internacionales, adaptando su Ley de arbitraje a las necesidades no solo del país sino del mundo.

Los recientes resultados favorables en materia de arbitraje obtenidos por la República de Panamá, frente a grupos empresariales de otras latitudes que convergen y negocian con nues-

tra nación actividades económicas de gran importancia de la cual depende nuestro desarrollo económico y financiero, así como el de muchos países a nivel mundial, son precedente de prestigio y eficacia en lo que en materia de Arbitraje se refiere.

Esta primera edición no podría haberse realizado en los plazos previstos, sin la eficaz colaboración de la licenciada Lexaira Arosemena A., directora del Centro de Solución de Conflictos y de todos los profesionales que han vestido de lujo nuestra revista con este primer lanzamiento.

Esperamos dar continuidad a este gran legado y seguir honrando a nuestros árbitros y usuarios de CESCON.

MANUEL GONZÁLEZ RUIZ



# FACULTADES DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN LA LEGISLACIÓN PANAMEÑA

---



NARCISO  
ARELLANO MORENO  
narrellano@afra.com

---

Este breve ensayo está preparado principalmente para los profesionales interesados en los avances del arbitraje en la legislación panameña, con ocasión de la publicación que el Centro de Solución de Conflictos (CES-CON) ha preparado para presentar en la conferencia ICC PANARB 2018.

La República de Panamá cuenta con la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013 (en adelante la Ley 131) mediante la cual se regula el Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en Panamá.

Para lograr que el arbitraje, como institución para la administración de justicia, alcance el éxito que hasta el momento ha logrado en Panamá, es imprescindible la actuación imparcial e independiente de los árbitros, por lo que consideramos de relativa importancia, destacar las principales facultades que le otorga nuestro ordenamiento jurídico; facultades éstas que se encuentran dispersas en su contenido, pero que fácilmente se pueden identificar.

No obstante lo anterior, advertimos que en el presente artículo es posible que hayamos omitido, involuntariamente, la mención de alguna facultad de los árbitros. Sobre este particular, resulta de interés la lectura del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), en cuyo Capítulo IV, Sección 3, establece las “Facultades y Funciones del Tribunal Arbitral” (artículo 41 a 47 del Convenio).

## **DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO PRESIDENTE EN LOS TRIBUNALES COMPUESTOS POR TRES (3) ÁRBITROS.**

De conformidad con el párrafo primero del artículo 22 de la Ley 131 “*Las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento*”

del árbitro o los árbitros sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo y en los numerales del artículo 20". En virtud de lo anterior, es usual que las partes se reserven el derecho de nombrar un árbitro y delegar en éstos la designación del árbitro presidente. En el evento de que los árbitros designados por las partes no se pongan de acuerdo sobre el árbitro presidente, cualquiera de las partes puede pedir a una institución de arbitraje que haga la designación correspondiente.

Sin embargo, en el evento de que las partes a pesar de haber pactado la cláusula compromisoria, no hubiesen acordado el procedimiento para el nombramiento de los árbitros, correspondiendo la controversia a la decisión de tres árbitros, el ordinal 3 del artículo 22 de la Ley 131 dispone que cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así nombrados nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.

En virtud de lo anterior, es evidente que según nuestra legislación, la designación del árbitro presidente constituye una facultad de los árbitros nombrados por las partes.

No obstante lo anterior, esta facultad no es absoluta ya que en el evento de que las partes hayan acordado someter el arbitraje a una determinada institución de arbitraje, a falta de acuerdo sobre el nombramiento del árbitro presidente, la designación no necesariamente corresponde a los árbitros nombrados por las partes, toda vez que los reglamentos de las distintas instituciones de arbitrajes no son uniformes con lo establecido en la Ley 131 en el evento antes mencionado.

El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI ó ICC por sus siglas en inglés) dispone en el artículo 12 numeral 5 que "Cuando la controversia haya de ser sometida a la decisión de tres árbitros, el tercer árbitro, quien actuará como presidente del tribunal arbitral,

será nombrado por la Corte a menos que las partes hayan convenido otro procedimiento". El Reglamento de esta Institución de Arbitraje dispone claramente que el nombramiento del tercer árbitro corresponda a la Corte Internacional de Arbitraje, cuando no exista acuerdo entre las partes sobre el nombramiento del árbitro presidente.

Por su parte, el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) dispone en el artículo 37, numeral 2, lo siguiente: "(a) El Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes. (b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos, el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo".

El Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación de Arbitraje de Panamá (CeCAP) dispone en su artículo 15 que "En el supuesto de que las partes no hayan establecido la forma de designación de árbitros, se procederá de la siguiente forma: 1. Tratándose de un tribunal colegiado, cada parte nombrará un árbitro y el árbitro presidente será designado por la Secretaría General de Arbitraje del CeCAP". Fácilmente podemos advertir que según el Reglamento del CeCAP, a falta de acuerdo entre las partes sobre el nombramiento del tercer árbitro o árbitro presidente, su nombramiento corresponde a esta Institución de Arbitraje, siendo evidente que en este supuesto el nombramiento del tercer árbitro no sería facultad de los árbitros nombrados por las partes.

El Reglamento de Arbitraje del Centro de Solución de Conflictos (CESCON) dispone en el segundo párrafo del ordinal 1 del artículo 22 que "El tercer árbitro, principal y suplente, que será el presidente del tribunal, se escogerá de común acuerdo por los árbitros ya designados, ...", adicionando a continuación que "De no existir

*acuerdo sobre la designación del tercer árbitro, éste será escogido por CESCO*”. En nuestra opinión, no está claramente definido a qué se refiere la norma cuando expresa que *“de no existir acuerdo”* la escogencia corresponde al CESCO, ya que podría interpretarse como la falta de acuerdo de las partes en la escogencia del tercer árbitro o, por otro lado, a la falta de acuerdo entre los árbitros nombrados por las partes. Si la interpretación correcta es la última, la norma estaría en concordancia con lo establecido en la Ley 131; sin embargo, de ser la primera, es decir la falta de acuerdo entre las partes, la designación del tercer árbitro no sería facultad de los árbitros nombrados por las partes, sino que tal designación correspondería al CESCO.

## DECIDIR SOBRE SU COMPETENCIA.

Consideramos que una de las principales y más importante facultad que tienen los árbitros es la de decidir sobre su propia competencia, así como también la facultad para decidir las excepciones relativas a la existencia y validez del acuerdo o pacto comisorio, conocida esta facultad por la doctrina como el *PRINCIPIO KOMPETENS – KOMPETENZ*.

Con anterioridad a la Ley 131, el arbitraje se encontraba regulado a través del Decreto Ley No. 5 de 1999, en cuyo artículo 17 le confería al tribunal arbitral decidir, de oficio o a petición de parte, acerca de su propia competencia y del ámbito a que ésta se extienda, incluso pronunciándose sobre la invalidez, inexistencia o ineficacia del convenio arbitral.

El mencionado artículo 17 del Decreto Ley No. 5 fue declarado inconstitucional mediante Fallo de la Corte Suprema de Justicia de fecha 13 de diciembre de 2001. Sin embargo, se restableció la vigencia del artículo 17 mediante la Ley 16 de 22 de mayo de 2006.

Actualmente la facultad del tribunal arbitral para decidir sobre su propia competencia, no solamente está consagrada en la Ley 131, como veremos a continuación, sino que dicha facultad fue elevada a rango constitucional, cuando en la Reforma Constitucional del año 2004, se subrogó el artículo 202 quedando de la siguiente manera: *“El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca. La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por si mismos acerca de su propia competencia”*.

En este mismo sentido se pronuncia la Ley 131 cuando dispone en su artículo 30 lo siguiente: *“DECISIÓN ACERCA DE SU PROPIA COMPETENCIA. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. Para este efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato, se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo, no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria”*.

Nuestra legislación ha sido tan categórica en lo que a competencia del tribunal arbitral corresponde, que tiene como norma jurídica – artículo 11 de la Ley 131 – la prohibición de los tribunales judiciales de intervenir en los asuntos que se rijan por la Ley 131, restándole competencia a dichos tribunales judiciales, salvo en los casos en que la Ley así lo disponga, como ocurre, por ejemplo, con el auxilio judicial para ciertos actos procesales.

La anterior prohibición impuesta a los tribunales judiciales y extendida a otros entes estatales, es reiterada en los párrafos 4 a 6 del artículo 17 de

la Ley 131, cuando dispones que *“El juez o tribunal ante quien se presente una demanda, acción o pretensión relacionada con una controversia que debe resolverse mediante arbitraje se inhibirá del conocimiento de la causa, rechazando de plano la demanda, sin más trámite, y reenviando de inmediato a las partes al arbitraje, en la forma en que ha sido convenido por ella y de conformidad con lo previsto en la presente Ley. En todo caso, si se ha presentado ante un tribunal judicial cualquier reclamación sobre un asunto que sea objeto de arbitraje, se podrá iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal judicial, sin perjuicio de la competencia del tribunal arbitral para juzgar acerca de su propia competencia en la forma establecida en la presente Ley y de los recursos contra el laudo que se establecen en esta. También deben inhibirse los organismos o entes reguladores estatales, municipales o provinciales, que deban intervenir dirimiendo controversias entre las partes, si existiera un convenio arbitral previo”*.

Como bien se ha expresado, el tribunal arbitral no solo tiene la facultad de decidir sobre su propia competencia, sino que también tiene la facultad de decidir sobre la excepción de incompetencia que puede ejercer ante el tribunal arbitral una de las partes, que por razones obvias generalmente promueve la parte demandada.

Esta facultad del tribunal arbitral para decidir sobre la excepción de incompetencia puede tener lugar a través de un laudo parcial o en el laudo final.

En nuestra opinión, lo recomendable es que el tribunal decida la excepción de incompetencia mediante un laudo parcial, ya que si considera que no tiene competencia, por algunas de las causas que mencionaremos más adelante, no tiene sentido llevar adelante un proceso con la necesidad de practicar pruebas e incurrir en gastos.

Es por lo anterior que, a nuestro juicio, la mayoría de los reglamentos de instituciones arbitrales, tienen como una de las principales y primeras actuaciones del tribunal arbitral, la de decidir sobre las excepciones de incompetencia que se les presente. (Artículo 40, ordinal 5 del Reglamento del CESCON; y Artículo 28, ordinal 1, del Reglamento del CeCAP), hacemos mención de estas dos instituciones arbitrales, por ser las únicas que en la legislación panameña están hasta el momento autorizadas por autoridad competente.

No obstante, nuestra recomendación para que el tribunal decida sobre la excepción de incompetencia mediante un laudo parcial, puede ocurrir que dicha excepción guarde estrecha relación con los hechos de la demanda o de su contestación, y que también esté relacionada con las pruebas que deben ser valoradas por el tribunal arbitral luego de practicadas, lo que da lugar a que se decida resolver la excepción de incompetencia en el laudo final.

Los efectos de decidir la excepción de incompetencia en un laudo parcial o en el laudo final, además de las razones antes mencionadas, tiene la importancia de determinar los términos que tienen las partes para interponer recurso de anulación ante la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, tal como está contenido en el segundo párrafo del artículo 32 de la Ley 131.

De manera muy breve, nos permitimos mencionar las principales causas por las cuales se puede impugnar la competencia del tribunal arbitral, a través de la excepción de incompetencia.

1. Temas sometidos al arbitraje ya sea por la naturaleza de la controversia o por acuerdo de las partes, de conformidad con el artículo 4 de la Ley 131.
2. Existencia, validez y/o alcance del acuerdo de arbitraje o cláusula compromisoria,



de conformidad con el artículo 29 de la Ley 1331.

Para finalizar con este tema, consideramos importante reiterar que en el evento de que el acuerdo de arbitraje o la cláusula compromisoria forme parte de un contrato nulo, la nulidad del contrato no entraña ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.

### DECRETAR MEDIDAS CAUTELARES Y ÓRDENES PRELIMINARES.

La facultad del tribunal arbitral para decretar medidas cautelares y órdenes preliminares se encuentran reguladas en el Capítulo VI de la Ley 131, particularmente de los artículos 33 a 44 de la mencionada excerta legal.

Debemos manifestar que la facultad del tribunal arbitral para decretar medidas cautelares, no constituye un poder o facultad absoluta de los árbitros, ya que las partes pueden solicitar a un tribunal judicial la adopción de medidas cautelares y/o provisionales de protección, con anterioridad o durante el proceso arbitral, tal como lo dispone el artículo 18 de la Ley 131.

En nuestra opinión, la posibilidad de que un tribunal judicial adopte o conceda una medida cautelar y/o una medida provisional de protección, presenta la siguiente interrogante: ¿Puede el tribunal judicial conceder cualquiera de las medidas cautelares contenidas en el artículo 33 de la Ley 131 o debe limitarse a las medidas cautelares que establece el Código Judicial, las cuales son: Secuestro (Art. 533 al 564) y Suspensión (Art. 565 al 568)? Tengamos presente que las Medidas Conservatorias o de Protección en General, contenida en el Art. 569 del Código Judicial fueron derogadas mediante la Ley 19 de 26 de marzo de 2013, por lo que dicha medida cautelar no podría ser decretada por un tribunal judicial, en un proceso cuya competencia es de la jurisdicción ordinaria.

Es evidente que la respuesta a la anterior interrogante requiere de un análisis profundo que conllevaría distintos razonamientos. No obstante lo anterior, consideramos que el tribunal judicial tiene en estos casos la misma competencia que tiene un tribunal arbitral para conceder medidas cautelares. Nuestra consideración tiene sustento jurídico por lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 131, cuyo tenor literal es el siguiente: *“El tribunal judicial tendrá la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que estas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que tiene al servicio de actuaciones judiciales. El tribunal judicial ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos del arbitraje internacional. El tribunal judicial panameño que decrete una medida cautelar deberá comunicar su resolución al tribunal arbitral o a la institución de arbitraje, según se haya constituido el tribunal arbitral, en un término no mayor de diez días, contados a partir de la práctica de la medida cautelar”*.

También es de importancia señalar, que corresponde al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar decretada por el tribunal judicial, lo cual deberá hacer conforme la decisión que adopte en el correspondiente laudo arbitral.

Por otro lado, la Ley 131 también faculta al tribunal arbitral para emitir órdenes preliminares que consisten en una orden dirigida a la parte contra la cual se decreta la medida cautelar, para que no frustre la finalidad de la misma. La petición de orden preliminar y sus condiciones, así como el trámite de las mismas, se encuentra expresamente regulado en los artículos 36 y 37 de la Ley 131.

Finalmente, es también facultad del tribunal arbitral modificar, suspender o revocar medidas cautelares, a solicitud de alguna de las partes

o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes, conforme lo dispone el artículo 38 de la Ley 131.

### **DECIDIR SOBRE LA IMPOSICIÓN DE FIANZA DE GARANTÍA AL SOLICITANTE DE UNA MEDIDA CAUTELAR U ORDEN PRELIMINAR.**

Contrario a lo que ocurre en los tribunales judiciales en donde es un requisito *sine qua non* la consignación de fianza de perjuicio para garantizar los posibles perjuicios que una medida cautelar pueda ocasionar a la parte contra la cual se impone la medida, en los procesos arbitrales la Ley 131 dispone en su artículo 39 que la exigencia de una garantía adecuada respecto de la medida, es facultativo por parte del tribunal arbitral, toda vez que el tribunal puede considerar inapropiada o innecesaria la caución.

En todo caso, corresponde al tribunal arbitral determinar si el solicitante de una medida cautelar o el peticionario de una orden preliminar, es o no responsable de los daños o perjuicios ocasionados, imponiendo al solicitante o peticionario, cuando así lo determine, el pago de costas y de los daños y perjuicios.

### **DETERMINAR EL PROCEDIMIENTO.**

El artículo 46 de la Ley 131 establece que *“A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje de la forma que considere apropiada y sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje”*.

Conforme lo dispuesto en la antes citada disposición legal, este poder o facultad del tribunal arbitral es de carácter supletorio, pues únicamente puede ejercerse a falta de acuerdo de las partes. Adicionalmente, el mencionado poder debe ejer-

cerse con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, lo que significa que debe enmarcarse dentro de los límites que le señala la Ley 131, que al tenor de lo dispuesto en el artículo 45, impone al tribunal arbitral el deber de tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas la plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

### **DECIDIR SOBRE LA ADMISIÓN, PERTINENCIA, ACTUACIÓN Y VALOR DE LAS PRUEBAS.**

Otra importante facultad que tiene el tribunal arbitral consiste, en determinar de manera exclusiva, la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas. Adicionalmente, el tribunal arbitral está facultado, salvo pacto en contrario y por iniciativa propia, para ordenar el nombramiento de uno o más peritos, citar testigos, así como solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, así como también requerir a las partes para que le proporcione acceso a los mismos.

Las facultades antes mencionadas tienen su sustento jurídico en el artículo 53 de la Ley 131.

Por último, el tribunal arbitral está facultado para pedir asistencia de un tribunal judicial para la práctica de pruebas, en los términos establecidos en el artículo 54 de la Ley 131.

Deseamos reiterar que las facultades de los tribunales arbitrales mencionadas en el presente ensayo, así como las normas jurídicas que sustentan las mismas, requieren evidentemente de un análisis más profundo a efectos de solventar algunas lagunas e interrogantes que en el escaso tiempo que tiene la Ley 131 han surgido en la práctica de los procesos arbitrales, pero que debido al espacio asignado, no hemos podido desarrollar.

# LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL EN PANAMÁ

---



ADÁN ARNULFO  
ARJONA L.  
aarjona@gala.com.pa

---

## I. PRENOTANDOS

El presente artículo, tiene como propósito hacer una aproximación al tema de las denominadas cláusulas escalonadas o multinivel en el arbitraje comercial en Panamá, con miras a otear cuáles son sus proyecciones de viabilidad jurídica en el ordenamiento nacional y qué soluciones pueden encontrarse a las cuestiones problemáticas que plantean su adopción.

Las cláusulas escalonadas en el arbitraje, constituyen una expresión de la práctica contractual internacional que se caracterizan por el establecimiento de una serie de pactos acordados por los partes, encaminados a reglamentar de manera jerárquica, fórmulas prearbitrales complementarias para la solución autocompositiva de futuras controversias que puedan surgir. Las etapas, según estas cláusulas, deben ser agotadas antes de considerar la formulación de un reclamo ante un arbitraje propiamente dicho. En el ámbito contractual, suelen adoptar diversas denominaciones tales como cláusulas multifunción o multinivel, cláusulas sobrepuestas, cláusulas en cascada, multi -tires dispute resolution clause, MDR clauses, entre otras. El calificativo, escalonadas, que se les atribuye a estas cláusulas, se utiliza para designar que la resolución de los conflictos debe pasar por varios niveles o etapas (step by step) que las partes deben agotar, antes de activar el arbitraje siendo los más empleados la negociación directa, mini trials, expertise, dispute boards, conciliación y mediación.

En lo que atañe a los motivos que pueden explicar su inclusión en la contratación moderna, le asiste razón al catedrático español **Miguel Angel Fernández -Ballesteros** cuando apunta que: “5. La razón que justifica la inclusión en un contrato de una cláusula escalonada es la eficacia o, si se prefiere, la eficiencia en la resolución de eventuales controversias. En la práctica, la decisión de incluir un pacto escalonado suele obedecer a

una de estas razones: a) El deseo de trocear o separar en lo posible los diversos tipos o clase de conflictos que puedan derivarse de un mismo contrato, buscando para cada uno de ellos (cuando efectivamente lo haya) el mecanismo de resolución que resulte más conveniente. V.g. se piensa que es más eficiente sentarse a negociar ( y no iniciar un arbitraje) cuando la diferencia es de poca cuantía o de escasa complejidad o afecta a un área de negocio marginal, o está en un estado inicial en el que aún son muy fluidas las relaciones entre las partes. O se piensa que, cuando la controversia es- o tiene muchos elementos- de carácter técnico (de ingeniería, financieros, contable, de calidad de un suministro) puede ser útil, al menos en un primer momento, contar con la opinión de peritos o expertos. b) El deseo de cada una de las partes- juntas lo pueden todo- de mantener el conflicto bajo control, intentando resolverlo de forma escalonada o progresiva, evitando la confrontación directa y dejando para el final el uso de instrumentos más adversariales (como la litigación o el arbitraje) que desembocan siempre en una resolución final e irrevocable” (1)

Las cláusulas multifunción son frecuentes en el ámbito de las contrataciones de ingeniería o construcción, pues, como bien destaca la profesora **Ana Fernández Pérez** estos se caracterizan por su “larga duración, la indeterminación de su objeto en el momento de concluir el contrato, el gran número de personas que intervienen en su ejecución y el deseo de que una eventual controversia perjudique lo menos posible el transcurso normal de las obras o la ejecución del contrato. Algunos grandes proyectos de construcción han adoptado procedimientos complejos, de múltiples niveles de ADR, para resolver los conflictos futuros, a menudo con un arbitraje vinculante como el procedimiento de último recurso. Dos ejemplos ilustran esta práctica. El primero fue el proyecto Túnel del Canal creando un procedimiento de dos niveles en caso de controversia; en el primer nivel intervendría un pa-

nel de tres expertos independientes que harían una decisión por escrito dentro de los 90 días, y si alguna de las partes no estaba satisfecha con la decisión de los expertos, se podría iniciar un procedimiento de arbitraje. El segundo, el **Airport Core Programme de Hong Kong** que fijó un procedimiento alternativo de solución de cuatro niveles: la decisión de un ingeniero independiente, la mediación, la adjudicación a través de un procedimiento formal de prueba con una decisión por escrito dentro de los 42 días, y por último, el arbitraje.

“Las controversias inherentes a este tipo de contratos, previstas con precisión por la **Federation of Consulting Engineers (FIDIC)** acostumbra a incidir sobre cuestiones técnicas vinculadas con frecuencia a los propios proyectos y a su realización. Ello amerita a que serán los propios técnicos o ingenieros que participan en la ejecución de los proyectos, los que intenten solucionar por sí mismos la controversia entablada al margen de los procedimientos legales, e incluso se establecen mecanismos de carácter preventivo.

“Configuradas de una manera negativa o residual frente al arbitraje y a la jurisdicción se basan exclusivamente en la voluntad común de los operadores económicos, muy condicionada por la labor creativa de altos cargos de empresas y de abogados corporativos, que han multiplicado una serie de instrumentos considerados idóneos para resolver situaciones particulares, lo que constituye una verdadera orfebrería jurídica. originadas en la práctica del common law, no han faltado voces que consideran que en dicha labor creativa se han introducido grandes dosis de sofisticación y que ofrecen ciertas dificultades para implantarse en la Europa continental. Pero de lo que no cabe duda es que, como ha apuntado M. Virgos, son una manifestación del tránsito del concepto estrecho de “litigación” al más amplio de “resolución de disputas” que, acuñado en

EE.UU. y en Gran Bretaña está en franca expansión en todo el mundo “(2).

Cabe anotar finalmente, que estos mecanismos también han sido utilizados, por ejemplo, en la contratación celebrada con ocasión del proyecto de Ampliación del Canal de Panamá a través de los llamados dispute boards y en el celebrado para la construcción de la carretera central de Boston en EE.UU., entre otros megaproyectos.

## II. PROBLEMAS QUE PLANTEAN ESTAS CLÁUSULAS

El surgimiento de este fenómeno convencional que representan las cláusulas escalonadas, ha despertado desde hace algún tiempo una serie de inquietudes problemáticas que han suscitado, como es natural, posiciones tanto jurisprudenciales como doctrinales. En ese sentido, es conveniente enumerar, a grandes rasgos, algunos de los principales problemas:

- a) Se discute si la inobservancia de estas cláusulas configura una cuestión sustantiva o procesal. ¿Cuál es el alcance del punto dependiendo de una u otra posición? Si se considera un tema sustantivo, ¿cuál es la sanción que debe recibir quien las desconozca? o, Si es un problema procesal qué debe hacer el tribunal arbitral frente al incumplimiento?
- b) ¿Es ejecutable in natura el pacto de negociar, conciliar o mediar antes de acudir al mecanismo arbitral?
- c) ¿El incumplimiento de estas cláusulas prearbitrales provoca la inadmisibilidad de la demanda arbitral? ¿Qué consecuencias origina el no agotamiento de los mecanismos escalonados frente al eventual ejercicio de las atribuciones competenciales por parte del tribunal Arbitral?

- d) ¿El incumplimiento de los pactos escalonados previos puede reconocerlo de oficio el tribunal arbitral o es necesario que se evalúe a petición de parte? De no haberse agotado estas fases previas, es factible que el tribunal arbitral ordene a las partes subsanar esta circunstancia y, por lo pronto, ¿ordenar la suspensión de los trámites del arbitraje hasta que las mismas se hayan cumplido?
- e) ¿Es posible que el tribunal arbitral una vez constatado el incumplimiento de la cláusula escalonada condene al moroso al pago de daños y perjuicios?
- f) ¿Si el tribunal arbitral soslaya el tema del incumplimiento de las etapas prearbitrales y prosigue el arbitraje puede el laudo ser anulado por ese motivo?

Como se puede apreciar son variadas y complejas las cuestiones que plantean estos pactos escalonados, y aún cuando el tema no es pacífico y ya ha recibido reflexiones enjundiosas por la jurisprudencia y doctrina arbitral norteamericana, inglesa, alemana, francesa y suiza, entre otras, resulta conveniente explorar el tema desde la perspectiva panameña, pues las respuestas a tales interrogantes, tendrán que ser dilucidadas con arreglo a las particularidades que exhiba la ley de la sede del arbitraje (*lex loci arbitri*), que debe, en todo momento, ser tomada en cuenta para la negociación de dichas cláusulas, así como el criterio prevaleciente en los tribunales nacionales que tendrá relevancia al fijar el aspecto crucial de la sede del arbitraje

## III. LA SITUACIÓN PANAMEÑA

Lo primero que es necesario advertir en la tarea de establecer cuál puede ser la compatibilidad jurídica de las cláusulas escalonadas en el Derecho panameño, es que nuestro ordenamiento

no dedica ningún precepto que aborde explícitamente esta cuestión. Esa falta de regulación, incrementa el margen de hipótesis interpretativas habida cuenta que a la fecha nuestros tribunales aún no han expresado cuál es la orientación que definirá su criterio, ante los distintos problemas que originan su aplicación. Partiendo de esta realidad local, se procederá a esbozar un ejercicio analítico que oriente la construcción de soluciones a esta intrincada problemática.

1. ¿Es admisible el establecimiento de condiciones, trámites o restricciones de obligatorio cumplimiento antes de proponer o demandar la intervención de un tribunal estatal o arbitral?

Frente al problema planteado identifiqué dos posibles corrientes de opinión, a saber:

- a) El criterio negativista; y b) La corriente positivista.

Veamos cada una de estas posiciones.

Lo que denomino la tendencia negativista o contraria al reconocimiento de validez y eficacia de las cláusulas escalonadas, se inclina por pensar que tales pactos carecen de viabilidad en nuestro sistema jurídico, por cuanto considera que esos pactos recaen sobre una materia no disponible; ya que los particulares no pueden con base en la autonomía de la voluntad, condicionar o restringir el ejercicio del derecho de acción ni tampoco el derecho de contar con un franco acceso a la justicia, para reclamar tutela judicial efectiva. El planteamiento indicado atiende a la naturaleza ius fundamental del derecho acceso a la justicia, que por su indiscutible raigambre constitucional, no es susceptible de ser objeto de pactos o convenciones privadas.

Acorde con ello, quienes simpatizan con esta corriente adversa, rechazan la posi-

bilidad legal de reconocer valor vinculante y fuerza ejecutiva a estas cláusulas escalonadas que buscan agotar mecanismos previos como la conciliación o la mediación, por ejemplo, antes de que las partes puedan formalizar pretensiones contenciosas sea ante la justicia común o los tribunales arbitrales.

El principal respaldo a esta tesis puede decirse que lo representan los criterios esbozados por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia en sede de Tribunal constitucional en la sentencia de 23 de noviembre de 1995, con ocasión de unas demandas de inconstitucionalidad que promovieron los abogados Luis Carlos Cedeño y Mariblanca Staff contra el artículo 775 del Código de la Familia que establecía que en los casos de divorcio, investigación de paternidad, guarda y crianza y reglamentación de comunicación y visitas, era obligatorio que las partes hicieran comparecencia previa ante un Orientador y Conciliador de Familia, sin cuyo trámite no era posible promover una acción judicial sobre esas materias, pues, era necesario aportar una certificación que acreditara que se había celebrado la mediación ante el Orientador o Conciliador de Familia.

Los demandantes argumentaban que ese trámite prelitigioso obligatorio infringía los artículos 17, 19, 20 y 53 de la Constitución Nacional y el artículo 8 de la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José) al lesionar el derecho individual de acceso a la justicia, el principio de igualdad, y la libertad de los cónyuges a obtener la disolución del vínculo matrimonial que los une, sin que sea admisible condicionar la intervención previa de un Orientador y Conciliador de Familia, para la presentación judicial de la respectiva demanda.

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia descartó la supuesta violación denunciada por los demandantes respecto de los artículos 17, 19 y 20 de la Constitución Nacional, por razones que no interesan para los propósitos de este análisis. Sin embargo, en relación con el artículo 53 de la Carta Política realizó una valoración cruzada con el artículo 32 de esa excerta, lo que le llevó a concluir que la instauración de ese trámite de conciliación obligatorio de índole prelitigioso constituía una limitación inadmisibles tanto a la garantía constitucional del debido proceso como al derecho de acceso a la justicia. El fallo en comento, aunque versa sobre una materia muy particular como es el derecho de familia, sí expresa una serie de valoraciones constitucionales que resulta conveniente reproducir seguidamente para los efectos de identificar los criterios que en esa ocasión sirvieron de fundamento a la declaratoria de inconstitucionalidad, a fin de deducir si es factible que ella condense una suerte de doctrina constitucional con capacidad de ser extrapolable al tema que plantean las cláusulas escalonadas.

La decisión proferida por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia expuso, en esencia, las siguientes consideraciones en punto al tema en cuestión:

“(…) esta superioridad constata que la concepción del Código de la Familia en cuanto a la figura del orientador familiar y su participación en las situaciones que nacen a la luz del artículo 775 de dicho Código, tal como se encuentra dicha norma redactada, pretende ser un eslabón previo al nacimiento de una controversia judicial sobre dichas materias, circunstancia que en concepto del Tribunal, constituye una limitación para los interesados en acceder a la actividad jurisdiccional.

“En este contexto, consideramos que si bien la gestión orientadora y conciliadora resulta valiosa y obligatoria por así disponerlo la ley en las controversias de orden familiar, ésta no debe ser exigida de manera previa a la instauración de un proceso, por resultar tal disposición contraria a lo establecido en el artículo 32 de la Constitución Nacional, garantía instrumental en virtud de la cual debe asegurarse a los interesados el tener acceso a la administración de justicia. Resulta evidente la limitación que en este contexto se introduce al establecer la etapa previa de Conciliación, señalándose que **“No podrá promoverse acción judicial en dichas cuestiones sin que se presente la certificación de la mediación del Orientador y Conciliador de Familia”**

“Por otra parte, al confrontar la norma impugnada con el artículo 53 de la Constitución Nacional, el Tribunal advierte que la disposición en examen, al sujetar la presentación de demandas de divorcio a la intervención de un Conciliador, sea esta: a) previa o b) posterior, nuevamente limita, en el primer caso, la libertad de los cónyuges para promover la acción judicial respectiva, vulnerándose, por las razones expuestas en párrafos precedentes, la garantía del debido proceso legal, y somete a los cónyuges al cumplimiento de un procedimiento no contemplado en los procesos de divorcio, circunstancias que, a juicio de esta Superioridad, contravienen el texto y el espíritu del artículo 53 de la Constitución Nacional.

“Se concluye, del examen íntegro de los puntos vertidos, que la previsión de someter las controversias listadas a la etapa de conciliación previa, y de introducir tal etapa sea previa o posterior dentro de los procesos de divorcio, sin la cual **“no es posible promover acción judicial”** constituyen una

violación a los artículos 32 y 53 de la Constitución Nacional”

“En ese sentido también resulta vulnerada la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 8 numeral 1o, puesto que se restringe la posibilidad de comparecer ante los tribunales de justicia cuando se trate de controversias del orden familiar contemplados en el artículo 775, si las partes interesadas no han utilizado previamente la etapa de conciliación”.

Con independencia de los reparos de raciocinio constitucional que pueden formularse a esta decisión. Creo que la misma evidencia una postura acentuadamente contraria a la posibilidad de crear mecanismos obligatorios prelitigiosos como condición para la formalización de demandas judiciales. Es posible que pueda argumentarse que esta decisión es un parámetro orientador, que no puede pasarse por alto ya que el mismo afectó la constitucionalidad de un precepto legal y ello tiene una significación más intensa frente a la cuestión de los pactos escalonados creados por la voluntad de las partes en un contrato. En este fallo, nuestro máximo intérprete de la Constitución, adoptó una posición decididamente favorable a la protección del derecho fundamental al acceso a la justicia para el reclamo de una tutela judicial efectiva.

En contraste con la corriente antes descrita, puede reconocerse una corriente de opinión positivista que puede encontrar argumentos constitucionales atendibles para dar cabida a las cláusulas escalonadas en el ordenamiento panameño. La tesis favorable a esa posibilidad puede encontrar sustento en las siguientes consideraciones.

a. La decisión dictada por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia se produjo en el

año de 1995, cuando no existía el expreso y riguroso reconocimiento constitucional de la justicia arbitral que se introdujo en nuestra Carta Política con ocasión de las Reformas Constitucionales adoptadas en el año 2004, y que le atribuyeron a esta forma alternativa de solución de controversias una jerarquía sustancial, al reconocer en su artículo 202 que “la administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismo acerca de su propia competencia”.

- b. El arbitraje es una institución que deriva su apoyo en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes, las cuales por expresa licencia constitucional pueden crear y utilizar ese mecanismo, para la solución de controversias que pueden ser empleadas tanto por los particulares como por el Estado.
- c. El propósito que explica el origen convencional de las cláusulas escalonadas descansa en la voluntad de las partes, lo cual constituye exactamente el mismo fundamento sobre el que se apoya el arbitraje. Si a la cláusula compromisoria se le reconocen efectos sustantivos y procesales que reflejan su fuerza vinculante, resulta perfectamente válido y congruente reconocer esos mismos atributos a las cláusulas escalonadas, creadas por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad.
- d. El reconocimiento de la licitud constitucional de estos pactos prearbitrales, no constituye obstáculos para el posterior acceso a la justicia arbitral, puesto que la finalidad que ha justificado su creación no



es más que la consecución de objetivos de pacificación de las relaciones sociales y económicas que es una aspiración perfectamente congruente con el espíritu constitucional.

En definitiva, estimo que el elenco de consideraciones expuestas brinda razonable y fundado apoyo para admitir la compatibilidad constitucional de las cláusulas escalonadas en el ordenamiento jurídico panameño.

2. ¿El incumplimiento de las cláusulas escalonadas configuran una cuestión sustantiva o procesal?

Un tema que ha suscitado inquietudes frente al problema del incumplimiento de las etapas prearbitrales pactadas en un contrato, es el relativo a si estamos ante un problema sustantivo o procesal.

Quienes se inclinan por la primera idea consideran que el incumplimiento de las cláusulas escalonadas simplemente se traduce en el surgimiento de la obligación de indemnizar los daños y perjuicios que se causen por esta contravención, sin que ello impida la formalización de reclamo ante el tribunal arbitral.

Por su lado, hay quienes consideran que ese incumplimiento a las cláusulas escalonadas, plantea problemas de carácter procesal que impiden el ejercicio de las pretensiones ante el tribunal arbitral.

En mi opinión, el desconocimiento o no cumplimiento de las etapas prearbitrales pactadas, proyecta consecuencias en los planos sustantivo y procesal y no resulta conveniente adoptar criterios de separación entre uno y otro. Me inclino, en este sentido, por un análisis complementario de las consecuencias tanto sustantivas como procesales que pueden derivarse del incumpli-

miento de estas cláusulas. A este respecto, considero que si se produce el incumplimiento de los citados pactos e-arbitrales surge la posibilidad clara de exigir su cumplimiento in natura y, si ello no fuere posible, se abre paso la obligación de indemnizar daños y perjuicios. El referido incumplimiento a las cláusulas escalonadas, también produce consecuencias en el plano procesal puesto que no es posible admitir que se desconozca la fuerza vinculante de esos pactos, siendo que el arbitraje también encuentra su origen en la voluntad expresada por las partes de conformidad con los compromisos concertados. Los árbitros, en ese sentido, tienen en mi opinión, el deber de proteger el cumplimiento de las obligaciones y compromisos convenidos por las partes y no es factible que ellos desconozcan esa voluntad que es la que, en últimas, les ha conferido su investidura.

3. ¿El incumplimiento de las cláusulas escalonadas configura un problema de inadmisibilidad de la demanda o de falta de presupuestos para el ejercicio de las competencias por parte del tribunal arbitral?

Esta cuestión ha despertado grandes inquietudes, por ejemplo, en la jurisprudencia francesa y suiza. En Panamá, nuestro sistema procesal conceptúa que la inadmisibilidad de la demanda es un problema formal de carácter subsanable. Siguiendo esas orientaciones, soy del criterio que el incumplimiento de las cláusulas escalonadas de carácter obligatorio no provoca la inadmisibilidad de la demanda arbitral, sino que plantea problemas que afectan las condiciones para que los árbitros asuman la competencia para decidir la causa. Si se parte de la premisa de que la competencia de los árbitros está en cierta medida definida por la voluntad de las partes, es claro que la inobservancia de los compromisos y obligaciones asumidos o acordados tienen que ser respetados también en lo que atañe a los pactos escalonados.

El desconocimiento de las cláusulas escalonadas obligatorias, puede dar lugar a la anulación del laudo arbitral con base en el numeral 4 del artículo 67 de la ley 131 de 31 de diciembre de 2013 que regula el arbitraje comercial en Panamá. Esta disposición es del siguiente tenor:

“Artículo 67: El laudo arbitral solo podrá ser anulado por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

1. (...)
2. (...)
3. (...)
4. Que la designación del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley”.

Queda por establecer cómo debe proceder el tribunal arbitral cuando advierte, a petición de parte, que las etapas prearbitrales no se han agotado antes de que las partes concurren a debatir sus diferencias en el arbitraje.

En relación con esto caben las siguientes hipótesis:

- a) Frente al incumplimiento de las cláusulas escalonadas obligatorias, el tribunal arbitral suspende los trámites del proceso y remite las partes al agotamiento de las etapas prearbitrales acordadas.
- b) El tribunal arbitral expide un laudo declarándose incompetente con base en que las partes no han cumplido con las etapas prearbitrales obligatorias y por esto no se han configurado los presupuestos para que el tribunal arbitral pueda asumir la competencia.

La primera de las hipótesis planteadas puede presentar, a primera vista, algunas dudas puesto que no existe norma legal que le autorice al tribunal arbitral suspender los trámites hasta que las partes den cumplimiento a las cláusulas escalonadas de carácter obligatorio que fijaron en su contrato. Pese a que no existe una norma legal que contemple esa posibilidad creo que sería factible considerar que el tribunal arbitral puede con apoyo en el artículo 46 de la ley 131 de 2013 “(...) dirigir el arbitraje de la forma que considere apropiada y sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje”.

Por su lado, el tribunal arbitral puede declararse incompetente en el entendimiento de que se ha ejercido prematuramente la pretensión arbitral.

# MEDIACIÓN – GUÍA Y ESTRATEGIAS PARA ABOGADOS

---



LEXAIRA  
AROSEMENA A.  
lexaira@hotmail.com

El ejercicio de la abogacía tiene múltiples roles, siendo nuestra responsabilidad desempeñar cada uno de ellos, con los más altos valores. No podemos olvidar que es un servicio que le prestamos a nuestra sociedad, con una entrega vocacional a resolver conflictos. Esta guía, está basada en el esfuerzo que todos hacemos en desempeñar nuestras labores a cabalidad, estudiando y analizando los diferentes mecanismos de solución de las controversias que emergen producto del incumplimiento o la interpretación de los contratos que a diario nos presentan.

Con el presente escrito, se dejará por sentado el rol del apoderado legal o abogado en el proceso de mediación, iniciando con la entrevista al cliente, siguiendo con el análisis de la cláusula compromisoria, revisión del procedimiento de mediación y de los principios fundamentales, cuándo ir a mediación, el proceso de selección del mediador, preparación para la mediación antes, durante y después, las estrategias a seguir y cómo llegar a un acuerdo beneficiario para ambas partes.

En los últimos 20 años, los métodos alternos de solución de conflictos han tenido un auge considerable en Panamá y en todo el mundo, surgiendo la mediación como la técnica o procedimiento más adecuado para resolver conflictos en diferentes esferas.

Mediante el Decreto Ley N°5 de 8 de julio de 1999, “Por la cual se establece el régimen general de arbitraje de la conciliación y de la mediación”, nuestro país queda a la vanguardia al legalizar el procedimiento de mediación, empoderando a un tercero imparcial para que, a través de la comunicación, logre que la partes arriben a un acuerdo.

La mediación quedó establecida en el artículo 52 del Decreto Ley 5 de 1999 de la siguiente manera:

*Artículo 52: Se instituye la mediación como método alternativo para la solución de conflictos de manera no adversarial, cuyo objeto es buscar y facilitar la comunicación entre las partes, mediante la introversión de un tercero idóneo, llamado mediador, con miras al logro de un acuerdo proveniente de estas, que ponga fin al conflicto o controversia.<sup>1</sup>*

Se trata pues, que las partes, de manera voluntaria, decidan someter sus controversias a un proceso pacífico, renunciando a la vía ordinaria y confiriéndole potestad a un tercero imparcial para que facilite solventar sus controversias. Se faculta a ese tercero llamado mediador a “venir a las partes”.<sup>2</sup> Estando claros, en lo que es acogerse a un proceso de mediación, nos preguntamos cuándo surge. La respuesta es que surge en cualquier momento. Puede ser como resultado de una cláusula compromisoria inmersa en un contrato previamente suscrito o por un acuerdo voluntario de las partes. Por consiguiente, ante la falta de acuerdo o por el nacimiento del conflicto, las partes pueden recurrir a la asistencia de un abogado.

## 1. ENTREVISTA CON EL CLIENTE.

En la primera entrevista, se plantea el conflicto desde la perspectiva del cliente, por lo que el abogado metódico y experto debe generar preguntas (cómo, cuándo, por qué, quién, quiénes, dónde, etc.), cuyas respuestas generen la verdadera historia del conflicto, herramienta importante que ayudará a fabricar las estrategias para resolver el caso o, sencillamente, permitirá una mejor comprensión.

Uno de los retos más importantes que enfrenta el abogado de hoy, es conservar una buena for-

mación especializada que le permita brindar una debida orientación y mantener una escucha activa. Con esto, nos referimos a brindar una total atención al cliente, manteniendo celulares y el uso de aparatos tecnológicos fuera del alcance, para garantizar una excelente empatía. Recordar tomar notas de los señalamientos expresados por el cliente.

Luego de haber comprendido el conflicto y crear sinergia con el cliente, el letrado debe plantear las posibles formas para solventar el conflicto. Por supuesto, la primera opción siempre será la vía ordinaria. En este estado, es indispensable solicitar el contrato marco que originó la disputa.

Mantener un discurso motivador y ganador, es lo que en la primera reunión el cliente quiere escuchar. No debemos olvidar que el cliente es un ser humano con problemas que solventar, con deudas que pagar y con sueños que cumplir. Es por ello, por lo que recomiendo velar por la integridad de ese ser humano que vive una vida de estrés, recomendando la mediación como la mejor alternativa costo-tiempo para toda clase de conflictos, ya que muchas veces, perdiendo algo mínimo, ganamos maravillas.

## 2. ANÁLISIS DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA.

El análisis de la cláusula compromisoria no es más que verificar los procedimientos o mecanismos previamente establecidos, para resolver las posibles controversias originadas de un contrato. Cada vez, es más común encontrarnos con cláusulas escalonadas, cláusulas sobrepuestas y cláusulas multinivel,<sup>3</sup> como frecuentemente se le conoce. Se trata pues, de la fragmentación o

1. Artículo 52 del Decreto Ley N°5 de 8 de Julio de 1999.

2. González de Cossío, Francisco, ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, DF., 2004.

3. Administrador. (15 de junio de 2015). Centro De Estudios Avanzados Las Américas. Obtenido de Libertadores De Las Américas, Revista Digital Universitaria. : <http://www.ceeamer.edu.mx/revista/las-clausulas-escalonadas-en-el-arbitraje/>

etapas procedimentales que deben acatar los signatarios de un contrato para la adecuada solución de controversias. Estas cláusulas ofrecen a las partes, la oportunidad de someter su controversia a un procedimiento pacífico y ser sujetos de los ilimitados beneficios que estos métodos ofrecen, como lo es la preservación de las buenas relaciones comerciales, el ahorro en costos y tiempo, entre otros.

Analizada la cláusula que invita a los contratantes a un proceso previo al litigio, llámese mediación, conciliación o dispute boards, el abogado tiene el deber de ilustrar al cliente sobre las implicaciones legales, comerciales y económicas que conlleva cada uno de esos pasos.

### 3. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.

Asistiendo a un cliente, el abogado debe explicar la naturaleza y el origen de la mediación, las expectativas que puede tener en el proceso, las leyes aplicables y el efecto de agotar la instancia de la mediación, cuando se está frente a cláusulas escalonadas.

Conociendo los procedimientos escogidos por las partes para solventar sus controversias, corresponde verificar la forma como se llevará a cabo el proceso de mediación, ya sea institucional (público o privado) en un centro reconocido, o Independiente (Ad-Hoc) con un mediador idóneo, debidamente inscrito en el Ministerio de Gobierno de Panamá. Cabe señalar, que el iniciar un proceso de mediación con un mediador que no goce de idoneidad, pone en riesgo tanto la validez del acuerdo de mediación, así como del proceso de mediación en sí, salvo que las par-

tes lo hayan previamente pactado y aceptado. El mediador debe estar debidamente calificado, tal como señala Francisco González de Cossío, “Para esto se recomienda tomar cursos sobre el tema. El motivo obedece a que se trata más de habilidades que de conocimiento. Destrezas que requieren entrenamiento. De la misma manera en que no se puede enseñar a nadar leyendo un libro, no se puede enseñar a mediar. Se tienen que tomar talleres”.<sup>4</sup>

Cuando existe un acuerdo previo para someter un conflicto a mediación, la cláusula indica el centro y las reglas de procedimiento a las que se someterán. Por lo general, los procesos de mediación inician con una solicitud del servicio de mediación,<sup>5</sup> la cual puede ser presentada de común acuerdo o por una de las partes. En este último caso, el centro informa a la contraparte sobre la intención de someter a mediación una posible desavenencia. Estando ambas partes de acuerdo, se procede con la selección del mediador idóneo; por lo general, es un profesional de la lista de mediadores que ofrece el centro. No obstante, las partes pueden solicitar a la institución administradora del proceso de mediación un profesional con características específicas.<sup>6</sup>

Designado el mediador, se procede con la debida notificación y aceptación al cargo de mediador. En la mayoría de los casos, al presentar la solicitud de mediación, se debe designar un mediador. De igual forma, la contraparte tiene la opción de ratificar el designado por la solicitante o de nombrar a otro diferente. Si las partes no se ponen de acuerdo en la designación, el centro procede con la escogencia de un mediador calificado para el tema.<sup>7</sup>

4. González de Cossío, Francisco, ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, DF., 2004, p. 14. Op. Cit.

5. Artículo 55 y 56 del Decreto Ley N°5 de 8 de julio de 1999.

6. Artículo 2, Reglamento de CCI, Reglamento de mediación. Francia, 211, 2013. 2017. p83.

7. Artículo 59, Reglamento de Centro de Solución de Conflictos. Panamá, 2015. p. 41

Posteriormente, el centro solicita la consignación de los gastos administrativos y de los honorarios del mediador, los cuales deben ser cancelados por ambas partes, tomando en consideración la voluntad previa de someter su controversia a mediación.

Consignados los fondos, el Centro informa al mediador que pueden proceder con la primera reunión, es decir, con las partes.

En esa primera reunión, se firman acuerdo de confidencialidad,<sup>8</sup> se establecen las reglas de procedimiento, ya que cada proceso es distinto, aunado a que el mediador puede fijar sus propias reglas, siempre y cuando no vayan en contra del reglamento aplicable. Es por ello, que se debe prestar peculiar atención al discurso inicial del mediador, porque establece la forma cómo se llevará a cabo el proceso.

Es importante explicarle al cliente que pueden haber reuniones en conjunto y reuniones privadas con el mediador (caucus),<sup>9</sup> momento específico que deben aprovechar para: informar al mediador sobre algún tema que no prefiera decir en presencia de la otra parte, sugerir posibles soluciones, aclarar los intereses como parte, establecer un posible margen de consideraciones que fortalezcan las herramientas del mediador para facilitar llegar a un acuerdo y cualquier otra estrategia que facilite el proceso en sí. No olvidar que la misma oportunidad que se le concede a una parte, también la tiene la contraparte.

Agotadas las sesiones, el mediador instruye a las partes a la redacción de un acta en donde queda plasmado el acuerdo o no de mediación.<sup>10</sup>

#### 4. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.

Son varios los principios rectores que fortalecen el proceso de mediación, no obstante, en este escrito contemplaré los que a continuación detallo:

##### a. Voluntariedad.

Son los actores, es decir, las partes en conflicto, quienes deciden por mérito propio someter su controversia a un tercero imparcial.

En atención al referido carácter voluntario, cualquiera de las partes puede sugerir la mediación conllevando, en cualquier momento, ventilar la disputa a través de ese medio alternativo de solución de conflicto. De igual forma, se puede desistir de la participación en el proceso. Impera indicar, que no es aconsejable que las partes acudan al proceso de manera obligada, ya que no contará con la disposición real de solventar la disputa y, por consiguiente, no generará las energías necesarias para colaborar con el mediador y arribar a un avenimiento.

Los abogados deben recordarle a su respectivo cliente que están en mediación porque así lo decidieron, dado que se desea salvaguardar las relaciones, tratando de sanar o resolver los conflictos de una forma rápida y económica.

##### b. Confidencialidad y ética profesional.

Antes de dar inicio al proceso de mediación, el mediador y las partes deben de firmar un acuerdo de confidencialidad, el cual no es más que

8. Clare G.R. Miguel Ángel, Mediación y Conciliación. Panamá, 2015. p.87

9. Caram, Eilbaum y Risolia, Mediación. Ed. Astrea. Buenos Aires, Argentina. 2013. p.262

10. Artículo 63. Reglamento de Arbitraje Conciliación y Mediación del Centro de Solución de Conflictos. Panamá. 2015. p.63.

la puerta para que las partes manifiesten sus intereses y necesidades, sin temor que pueda ser utilizado con posterioridad en un arbitraje o en otra instancia. Dicha confidencialidad no solo les corresponde a las partes. Esta se extiende al mediador, en cuanto a la prohibición de comentar, con persona ajena a las partes, lo conversado o sucedido en las sesiones de mediación.

El tema de la confidencialidad hay que enfocarlo en atención a nuestra cultura y a las circunstancias que nuestro país es pequeño y como tal, nos conocemos. Debemos explicarle al cliente, el significado de un compromiso de confidencialidad y cumplirlo, ya que, en ocasiones, las partes quieren trasladar los efectos del compromiso a la pareja, amigos o socios y esto no se puede. La pregunta sería: ¿qué hay de malo? Lo relevante es que no se es capaz de reconocer que la filtración de información puede entorpecer las negociaciones. Además, a quienes le contamos, desconocen lo que sucede en las sesiones, entonces surgen asesorías o ideas que boicotean la dirección acertada del proceso mediático.

En el proceso de mediación, el mediador intentará explorar el origen verdadero del conflicto, preguntándole a las partes, quedando las respuestas plasmadas en papel, videos y/o fotos (pruebas). Toda información que fluye dentro de un proceso de mediación NO puede ser utilizada como prueba en un proceso posterior y mucho menos citar al mediador como testigo. A mi criterio, el único documento que pueden utilizar *a posteriori*, es la certificación que se ha llevado a cabo un proceso de mediación, documento utilizado para comprobar que se han agotado las posibles vías previas establecidas en las cláusulas escalonadas.

## 5. PREPARACIÓN PARA LA MEDIACIÓN ANTES, DURANTE Y DESPUÉS.

- a. La preparación antes de ir a mediación, ya fue desarrollado anteriormente pero su génesis radica en la correcta explicación abogado-cliente, de lo que es el proceso de mediación no adversarial, que no va a decidir quién está correcto y quién no, o quién incumplió o quién no; así como sus principios, costos, ventajas, el origen del conflicto, procedimiento y la validez del acuerdo de mediación, el cual tiene mérito ejecutivo.<sup>11</sup> El abogado debe empoderar a su cliente para que se sienta capaz de resolver su propio conflicto en el proceso de mediación. Deben evaluar en conjunto si el tiempo es un factor importante dentro del conflicto y así agilizar y cooperar con los procesos administrativos. Asesorar al cliente en los pros, los contras y las consecuencias de no llegar a un acuerdo.
- b. Durante el proceso, es importante recordar las leyes que amparan el proceso de mediación y que, independientemente quien hable durante la mediación, el abogado es el asesor de su cliente; por consiguiente, debe ir generando posibles soluciones con un comodín bajo la manga, custodiando la información que pueda ser susceptible. Tener claro los límites de hasta dónde pueden negociar y qué se puede negociar.

Hay que darles la responsabilidad a las partes de resolver sus propias disputas, para que de ellos surjan las posibles soluciones. Nadie mejor que ellos saben lo que es beneficioso o perjudicial.

11. Artículo 56 decreto ley 5 Ley N°5 de 8 de julio de 1999.Op. Cit.

Resulta conveniente que durante las sesiones el cliente limite su conversación con el abogado, ya que la manera de cómo se expresen, puede atentar contra la percepción de la otra parte y perjudicar el proceso. Por tanto, conviene que la conversación sea antes o después de la sesión. De ser muy necesario, escríbale un papel de manera muy sutil, no por chats de celular, porque se puede interpretar que se está filtrando información de la mediación y la idea es que no existan elementos que violenten la confianza que ambas partes se deben tener uno con el otro.

El abogado es el responsable de mantener a su cliente informado de los días de las sesiones y de fomentar las reuniones antes del proceso para su preparación y, después del proceso para hacer hincapié en los puntos fundamentales de lo ocurrido y generar estrategias o respuestas.

- c. Culminadas todas las sesiones, se debe generar un acta en donde queden plasmadas las decisiones tomadas por las partes. El abogado debe revisar minuciosamente todos los acuerdos, términos y condiciones, asegurarse que su cliente comprende a cabalidad cada uno de los compromisos adquiridos, velando que los mismos se cumplan.

De no existir un acuerdo, se hace igual un acta en donde las partes manifiestan que agotadas todas las sesiones, no pudieron generar una solución al conflicto, en consecuencia, no arribaron a un acuerdo. De esa forma, se da fin al proceso de mediación y se da inicio al arbitraje o a la vía pactada previamente por las partes.

## 6. ESTRATEGIAS Y CÓMO LLEGAR A UN ACUERDO BENEFICIARIO PARA AMBAS PARTES.

Debemos tomar en cuenta que todos los procesos de mediación son diferentes, en cuanto a sus reclamaciones, el comportamiento de las partes, el mediador, los asesores legales y reglas de procedimiento. No obstante, hay ciertos puntos que bien llevados, pueden resultar en cosecha de beneficios ilimitados, los cuales compartiremos con ustedes.

- » Exigir sinceridad, honestidad y buena fe abogado-cliente, cliente-abogado y entre las partes.
- » Decidir quién ejercerá el habla durante el proceso de mediación. Analizar lo más beneficioso para el proceso y no al ego del abogado. Mucho cuidado al momento de aceptar ofertas. En ocasiones, el decir: *“un momento déjeme consultar con el cliente”*, resulta extremadamente perjudicial en la mediación.
- » Se debe fomentar el respeto y valorar el trabajo del mediador.
- » Preguntar en la parte inicial cualquier punto dudoso del proceso. No desaprovechar la oportunidad, al culminar el discurso del mediador o durante el proceso en sí.
- » No haga que su cliente pierda dinero, permita que el mediador haga su trabajo. Él tiene y conoce las herramientas para que las partes valoren el proceso y puedan arribar a un acuerdo.
- » No interrumpir a quien esté hablando. No olvidar que quien más habla no siempre tiene la razón y que la mediación no es un lugar de alegatos. No se tiene que convencer al mediador de quien tiene la razón.
- » Permitir que el mediador le hable al cliente, para que aflore el pensamiento creativo que le permita transigir, si es el caso.



- » Juega a ser el abogado de la contraparte y prepara a tu cliente con las posibles soluciones que traerá la contraparte, previa a las sesiones.
  - » Hay que reconocer que la mediación no es la cura perfecta para todos los conflictos.
  - » El mediador no tiene facultades de decisión. El mediador NO toma decisión, no impone, no juzga, no condena. Te ayuda a llegar a un acuerdo beneficioso para ambos. No olvides que la satisfacción más importante del mediador es que lleguen a acuerdo y por eso se esforzará.
  - » Estar preparado para lo inesperado, por ejemplo: que la otra parte no quiera hablar, que no asista, que dilate las sesiones, no proponga soluciones o que pida mucho más de lo esperado.
  - » Establecer cuáles son las necesidades e intereses de cada parte y cuál es el verdadero conflicto.
  - » Cuidar el lenguaje durante las sesiones, tanto oral como corporal.
  - » Asegurar que los acuerdos obtenidos surjan de las partes, de común acuerdo y de manera voluntaria.
  - » El respeto juega un papel fundamental. No te burles de los sentimientos expresados. Hoy en día vivimos con mucho estrés y todo conflicto eleva los niveles de presión en las personas y más si tienen responsabilidades económicas que no pueden cumplir originadas por el conflicto.
  - » Fomentar la imparcialidad para que fortalezca la empatía con el mediador y entre las partes.
  - » Analizar si su conflicto requiere la asistencia de dos mediadores (comediación), dependiendo de la complejidad y la comodidad de las partes.<sup>12</sup>
  - » Los abogados deben alejarse un poco de las posibles connotaciones legales. Nos referimos a que aconsejen a su cliente a generar posibles soluciones a través de la coerción, indicando que de acuerdo al Código el castigo sería mayor, por ejemplo.
  - » Cuidado cuando los abogados de las partes se conocen, recomendando mucha cautela en el intercambio de ideas.
  - » Saber reconocer cuando la mediación no es favorable para tu cliente y manifestarlo.
  - » En el proceso de mediación no se presentan pruebas.
  - » No olvides que el éxito de la mediación radica en la colaboración de las partes.<sup>13</sup>
  - » Permitir que las partes negocien libremente, sin presión de los abogados.
  - » Tratar que ambas partes ganen. La ganancia no siempre es económica. La tranquilidad de saber que el conflicto ha terminado es invaluable.
- La mediación puede contribuir en modificar hábitos litigiosos característicos de nuestra comunidad, incorporados en nuestra idiosincrasia,

12. Artículo 25. Reglamento de CeCAP <http://www.cecacp.com.pa/images/stories/pdf/r%20conciliacion.pdf>

13. González de Cossío, Francisco, ARBITRAJE, Ed. Porrúa, México, DF., 2004, p. 15

como consecuencias del deseo de siempre querer ganar.

Los conflictos, sin importar donde ocurran, serán entre seres humanos, por lo que debemos preservar que las relaciones no se deterioren, que los sentimientos no se lastimen, que la comunicación se desarrolle con valores, incluyendo el respeto al tiempo y al dinero, dejando el egoísmo, ira, amenazas y orgullo fuera del proceso de mediación.

Es nuestro deber como abogados, sanar nuestra sociedad y apoyar diferentes formas de llevar la justicia a nuestras comunidades, empresas y familias. Una justicia que devuelva el sentido de negociar, de emprender y de vivir, que les dé las facultades y enseñe a resolver sus propios conflictos de forma pacífica y la posibilidad invaluable de la reconciliación.

# brig

BRITTON & IGLESIAS  
ABOGADOS | ATTORNEYS AT LAW

## CUANDO LA EXPERIENCIA Y LOS RESULTADOS IMPORTAN.

La División de Litigios y Arbitrajes de BRIG representa a clientes locales e internacionales, incluyendo entidades gubernamentales y privadas, del sector comercial, financiero, construcción, energía, logística, industrial, telecomunicaciones y tecnología.

En BRIG actuamos siempre con el decidido propósito de alcanzar resultados favorables según sus necesidades particulares. Nuestro equipo de expertos, incluye de igual forma abogados especializados en arbitraje nacional e internacional, así como en Insolvencia local y transfronteriza.



Arbitraje Nacional e Internacional



Derecho Corporativo



Litigios civiles y comerciales



Derecho Inmobiliario



Derecho de la Construcción



Derecho Bancario

Reconocidos en **CHAMBERS**  
AND PARTNERS

Edificio Humboldt Tower, Piso 11 Fax: +(507) 388.4801 Teléfono: +(507) 388.4800  
Email: [info@brig.com.pa](mailto:info@brig.com.pa) [www.brig.com.pa](http://www.brig.com.pa)  
Panamá, República de Panamá



## SOBRE CESCÓN

El Centro de Solución de Conflictos (CESCON), creado en el año 2001, es una de las instituciones más reconocidas en Panamá en los procesos de arbitraje, mediación y conciliación tanto nacionales como internacionales. Ofrece reglas de procedimientos enmarcadas en la Ley 131 de 2013 que regula el arbitraje en Panamá y bajo el Decreto Ley 5 de 1999, que establece los instrumentos y garantías para el desarrollo de procesos con seguridad jurídica y dentro de las normas constitucionales.

En ejercicio de su facultad, CESCÓN actúa también como autoridad designadora de árbitros, lo que facilita el inicio de los procesos arbitrales no institucionalizados.

CESCÓN está conformado por un Consejo Directivo, como máxima autoridad, un Consejo Técnico y la Dirección del Centro, quienes velan por mantener los estándares de independencia, imparcialidad, ética de quienes conforman el listado de árbitros, secretarios, mediadores y conciliadores, garantizando la transparencia de los procesos que administra; además de la actualización y modernización continua del Centro para brindar un servicio de excelencia.

## CENTRO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE CLASE MUNDIAL

CESCÓN se ha caracterizado por ser una de las instituciones administradoras de métodos alternos de solución de conflictos más confiables de la región.

CESCÓN mantiene convenios de cooperación internacional con Centros de Arbitraje de Cámaras de Comercio Centroamericanas, con la Universidad de Panamá con quienes suscribimos el Convenio Marco de Cooperación Académica y además forma parte de la Junta Directiva de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), Capítulo Panamá (ICC Panamá), entre otras reconocidas organizaciones.

# EL ARBITRAJE DIGITAL

---



OLMEDO  
ARROCHA  
[olmedoarrocha@gmail.com](mailto:olmedoarrocha@gmail.com)

---

Viajando de regreso de Sevilla a Madrid, en el Tren Ave, el domingo 23 de abril de 2017, fecha que tengo en mi mente porque al llegar a mi destino acudiría a uno de los clásicos entre los archirrivals Real Madrid y el Barcelona, llega a mis manos un ejemplar del periódico ABC de la misma fecha referida. Llama mi atención un artículo bautizado por su autor con el Título “El Trabajo en la Economía Digital”.<sup>1</sup> Su lectura me hizo reflexionar sobre lo inexorable que es y será el impacto para los seres humanos y sus actividades, el desarrollo del “big data” y la inteligencia artificial, consecuencia de la cuarta revolución digital, contexto de la automatización y la robótica.

De hecho, en el campo jurídico, antes de este relato anecdótico, el Parlamento Europeo había aprobado, el día 16 de febrero de 2017, una resolución con recomendaciones destinadas a la adopción y desarrollo de normas de derecho civil sobre robótica.

Este suceso nos debe interesar sobre todo para entender que el fenómeno de la revolución digital no es poca cosa, máxime cuando los abogados sabemos que los marcos jurídicos casi nunca surgen contemporánea o simultáneamente con los hechos o situaciones objeto de la regulación, sino en diferido. Primero cambian espontánea y evolutivamente las circunstancias sociales y económicas, luego la ley se ajusta; casi nunca es al contrario. Quien pretenda cambiar la conducta y el comportamiento social, a través de una ley, se equivoca porque no pasaría de ser un acto infructuoso, por cierto, de imposición sin legitimidad.

---

1. Por MARTINEZ, Julio L. Rector de la Universidad Pontificia de Comillas ICAI-ICADE. Puede encontrarse en versión digital [abcdesevilla.es/opinion](http://abcdesevilla.es/opinion) del domingo, 23 de abril de 2017.

Lo que ayer era ciencia ficción, hoy es realidad. No cabe duda de que el desarrollo de la robótica y la inteligencia artificial, incidirá en el panorama del empleo y de muchos servicios.

Conviene que de ahora en adelante tengamos presente y nos familiaricemos con el término “algoritmo”. Para efectos ilustrativos, lo podemos definir de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua como: “Conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema”.

Estos desarrollos tecnológicos permiten y seguirán permitiendo que los servicios de todo tipo, incluyendo los jurídicos, se verán impactados, toda vez los procesos y rutinas ahora se pueden hacer sin la necesidad de recurso humano. Así pues, no dude que en menos tiempo del que usted piensa, las consultas para médicos, para abogados, entre otras profesiones, como parte de las actividades que generan ingresos en el ejercicio de estas profesiones, las hará un algoritmo o un programa de computadora, incluso de forma más rápida y barata.

Si pensamos en la administración de justicia, como un servicio que consiste en un sistema compuesto de procesos y procedimientos que permiten que un ser humano llegue a una conclusión o resuelva un problema a partir de una información que le proporcionan las partes, por qué no pensar que eso mismo lo pueda hacer una computadora. Alguien me dirá que el razonamiento humano dotado de sentimiento y emoción, es necesario a la hora de decidir una disputa; sin embargo, paradójicamente, bajo estricta honestidad intelectual, ¿cuántas veces nos preguntamos o cuestionamos una decisión por

haber sido excesivamente emocional al punto que la consideramos inconsistente e incoherente? En fin...

Datos ciertos y objetivos dan cuenta que es una tendencia indetenible. Por ejemplo, el robot llamado Watson, desarrollado inicialmente por IBM, para aplicar la inteligencia artificial a la medicina, ya está siendo utilizado por bufetes canadienses y norteamericanos en la automatización del papeleo legal, la redacción de contratos sencillos, y la búsqueda de pruebas en pilas de documentos. Para la profesora Eugenia Navarro, de Esade Law School en España, “la abogacía cambiará más en 10 años que en el último siglo por el impacto de la tecnología... porque permite optimizar la gestión y deja obsoleta la organización de las firmas en forma piramidal, acostumbrada a facturar por horas. Los clientes quieren resultados, no que les facturen innumerables horas por revisar archivos si eso lo puede hacer un robot”.<sup>2</sup>

Si las grandes firmas en vez de contratar más abogados ahora están contratando ingenieros para ayudarlos a optimizar procesos, siendo que un litigio es un proceso que genera un volumen importante de información que debe valorarse y procesarse, similar a la de una gran infraestructura, el servicio de administración de justicia, sin que me quepa duda, emigrará a este tipo de instrumentación. Al fin y al cabo, no conozco robots corruptos.

## A. ENFOQUE DEL TEMA.

Podríamos enfocar el contenido de este artículo desde tres puntos de vista, a saber: (1) la utilización de las herramientas tecnológicas en el pro-

---

2. GARCIA ALLER, Marta. “¿Por qué debería alegrarse de que los robots vayan a quitarle el trabajo?”. Buscar en <http://www.expasion.com/actualidad-economica/análisis/2016/04/11/570b640fca4741a3278b456b.html> Actualizado 11/04/2016. Consultado el día 2/5/2017.

ceso de arbitraje; (2) el Internet como contexto de la disputa del proceso arbitral (3) el arbitraje mediante Cortes Virtuales.

### **1. De las herramientas e instrumentos tecnológicos en el Arbitraje (Proceso Telemático)**

Durante el siglo XX se conoció de un gran desarrollo de la tecnología, que ha crecido a mayor ritmo durante lo que ha transcurrido el presente siglo XXI. En esto ha sido un factor robusto la Internet.

Al llamar a un proceso arbitral como telemático, hacemos referencia a la utilización de apoyo de técnicas combinadas de informática y telecomunicaciones, para la prestación de este servicio privado de administración de justicia. De acuerdo a

Los procesos arbitrales ya se auxilian de los medios digitales y tecnológicos en muchos aspectos. De hecho, los procesos arbitrales, por su naturaleza y filosofía, son un terreno abonado para la utilización de la tecnología; por lo menos, más que en los procesos de la jurisdicción ordinaria. Téngase presente que una característica del proceso arbitral, es su pragmatismo basado en que las partes son quienes disponen, por su voluntad, antes o durante el proceso, el procedimiento que quieran imprimirle, de forma que lo hace menos rígido. Por ello, aunque un centro no lo tenga contemplado, las partes de común acuerdo pueden acordar que los medios tecnológicos sean utilizados para, por ejemplo, la recepción de testimonios mediante videoconferencia, que las comunicaciones se hagan vía correo electrónico, que los memoriales se presenten también vía correo electrónico; incluso, como sí existe en centros de arbitraje, que el expediente sea digital. Por otro lado, también se permite que los árbitros puedan sostener deliberaciones, comunicaciones y hasta realicen actos procesales

de ordenamiento del proceso mediante mecanismos tecnológicos y medios de comunicación de Internet.

### **2. Del Internet como contexto de disputas**

Desde que en 1969 se crea la red militar ARPANET ideada por los militares del Departamento de Defensa de Estados Unidos a modo de experimento, para unir a los laboratorios de universidades e industrias en proyectos para la defensa entre sí y con el Pentágono, el desarrollo de las comunicaciones y el acceso a la información ha sido mayor que los 400 años que han pasado desde la época de la ilustración, cuando nos hicieron creer que los seres humanos somos racionales cuando en realidad la parte reptiliana y límbica del cerebro, domina con su emocionalidad la parte racional.

La palabra Internet se deriva de la palabra en inglés “**interconnected**” (interconectados) y “**network**” (red). O sea, redes interconectadas. El valor de quienes la inventaron fue haber logrado que todas estas redes tuvieran un lenguaje común que permitiera comunicarse entre sí. Es decir, la antítesis de la Torre de Babel.

Desde su creación, la Internet se ha convertido en una plataforma donde se puede, incluso, contratar, celebrar actos de comercio (comercio electrónico); es decir, un contexto de donde surgen y nacen efectos jurídicos que bien pueden ser objeto de disputas y controversias en sede arbitral.

No huelga traer a colación los conceptos de documento electrónico y de firma digital, todos los cuales tienen efectos jurídicos y tienen cabida en Internet. El primero es aquél documento en el que ha intervenido la tecnología informática quedando registrado en formatos digitales como una memoria USB, una base de datos, un archivo de

documentos de una computadora, cintas magnéticas, diskettes, etc. Mientras que el segundo son los que le dan seguridad y autenticidad a los documentos electrónicos y ayudan a sellar los documentos que se está enviando. La firma digital consiste en la unión de una clave privada que solo conoce la persona que envía el documento con una clave pública que se unen para crear un número único lo cual se denomina “private key”.

### 3. Cortes Digitales, Centros de Arbitrajes Ubicuos o Procesos Arbitrales a distancia

Se trata de centros de arbitrajes que dan el servicio a través de una lista o agrupación de árbitros de primera calidad. En este momento son proyectos en proceso de evolución en su mayoría. No obstante, la dinámica podría ser la que a continuación se describe. La demanda notificada se recibiría automáticamente. El calendario se desarrollaría y se notificarían los actos procesales por correo electrónico. El Secretario de Inteligencia Artificial que llevaría el control de todo lo que acontece y pasa en el proceso. Las audiencias se llevarían a cabo mediante videoconferencias.

Realmente esta posibilidad representa un reto y desafío para los centros de arbitrajes, tal cual se conocen en este momento. Incluso serían más competitivos en los costos.

Ahora bien, debemos estar claros que para pasar a este nivel debe haberse construido una cultura de solución alterna de conflictos y de arbitraje. Por otro lado, se requeriría un marco regulatorio o ley modelo de arbitraje digital.

## B. APROXIMACIÓN DE UN MARCO REGULATORIO

Hay muy poco que regule las Cortes Digitales o los Procesos Arbitrales a distancia.

En la Convención de Panamá, de 1975, se alcanza a extraer un tanto sobre el fundamento jurídico que ocupa nuestra atención, a través del contenido del artículo 1, el cual establece:

**“Es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex.”** (El subrayado no es parte del texto).

Para ser objetivos, en realidad esta norma no sería el fundamento de la aceptación, la posibilidad de establecer un centro y tribunal arbitral totalmente virtual, sino de aceptar que los medios tecnológicos son una plataforma o formato para que conste un acuerdo de arbitraje. Igual ocurre con el contenido de la Ley Modelo de UNCITRAL:<sup>3</sup>

**“El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito y podrá adoptar la fórmula de un “compromiso” o de una “cláusula compromisoria”, sin que dicha distinción tenga consecuencia alguna con respecto a los efectos jurídicos del acuerdo de arbitraje. Se entenderá que el acuerdo de arbitraje consta por escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telex, telegramas, telefax, u otros medios de telecomunicación que dejen constancia**

3. UNCITRAL: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Establecida en 1966 por la Asamblea General de las Naciones Unidas con la intención de armonizar y estandarizar la ley mercatoria o ley mercantil a nivel internacional



del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia del acuerdo sea afirmado por una parte sin ser negada por la otra”. (El subrayado no es parte del texto original)

Comienzan a señalar el camino las Notas de UNCITRAL sobre la Organización del Procedimiento Arbitral fueron ultimadas por la Comisión en su 29º período de sesiones, en Nueva York, del 28 de mayo al 14 de junio de 1996.

Cabe mencionar que dichas notas se proponen coadyuvar con una guía a los usuarios del arbitraje. Sin que sea vinculante, el Tribunal Arbitral podrá valerse de estas notas según estime conveniente, sin tener tampoco que aducir razones para no hacerlo. En este sentido, vale traer a colación los siguientes puntos de estas notas:

**“8.- Esas consultas, tanto si participan sólo los árbitros como si incluyen también a las partes, podrán realizarse en una o más reuniones, así como por correspondencia o medios de telecomunicación, como el telefax y las llamadas a distancia, o por otros medios electrónicos. Las reuniones podrán celebrarse en el lugar del arbitraje o en algún otro lugar apropiado.”**  
(El subrayado no es parte del texto original)

**“37.- Cuando esté previsto el intercambio de documentos en forma electrónica, será útil, a fin de evitar dificultades técnicas, convenir en cuestiones como las siguientes: soportes de datos (por ejemplo discos informáticos o correo electrónico) y sus características técnicas; programas informáticos que se utilizarán para la preparación de expedientes o ficheros electrónicos; instrucciones para traducir los ficheros electrónicos al lenguaje ordinario; conservación de copias y ficheros de resguardo de las comunicaciones en-**

**viadas y recibidas; información consignada en lenguaje ordinario que deberá acompañar a los discos (por ejemplo, los nombres del expedidor y del destinatario, así como del programa informático; de los archivos electrónicos y de los métodos de resguardo utilizados); procedimiento a seguir cuando se pierda un mensaje o el sistema de comunicación no funcione por otras razones; e indicación de las personas a quienes dirigirse, de producirse el problema”.** (El subrayado es nuestro).

**“42.- En función del volumen y de la clase de documentos que deban examinarse, puede considerarse la conveniencia de adoptar medidas prácticas sobre aspectos como los siguientes:**

**Si los escritos deberán presentarse como documentos de papel o por medios electrónicos, o por uno y otro medio”.**

En la Ley 131 de 2013 sobre Arbitraje en Panamá, podemos señalar las siguientes normas que de forma tímida permiten colegir que de alguna forma el diputado o legislador patrio es consciente del arbitraje digital en algunas de las facetas que hemos señalado, a saber:

a. El Artículo 5, numeral 2

**2. Comunicación electrónica. Toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos.**

b. El Artículo 5, numeral 4

**4. Mensaje de datos. La información generada. Enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares. Como el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el télex o telefax, entre otros.**

c. El Artículo 8

**Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónica, telemático o de otra clase semejante, que permita el envío y la recepción de escritos y documentos deje constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado.**

d. El Artículo 16

**El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito, se cumplirá con una comunicación electrónica o mensaje de datos, según lo previsto en el art. 5, sí la información en ella consignada es necesario para su ulterior consulta.**

Ahora bien, cualquier servicio de administración de justicia a través de arbitraje que quiera ejecutarse y que tenga efectos jurídicos en Panamá, utilizando una Corte Virtual deberá cumplir con lo que establece el artículo 13 de la Ley 131 de 2013:

**Art. 13. Autorización de la institución de arbitraje.** Las instituciones de arbitraje nacional serán objeto de autorización por el Ministerio de Gobierno, de conformidad con los reglamentos que regulan la obtención de personería jurídica de las asociaciones sin fines de lucro, siempre que reúnan los siguientes requisitos:

- 1. Solvencia moral y técnica acreditada.**
- 2. Capacidad para organización y efectiva administración de arbitraje.**
- 3. Atribución específica para la administración de arbitraje en sus estatutos o reglamentos.**

En otras palabras, no importa si se utiliza una dinámica presencial o física o una virtual, para que tenga ejecutabilidad la decisión a través del Laudo que se emita, la institución que lo haga debe ser considerada una “institución arbitral” a la luz de esta norma y deberá cumplir con dichos requisitos. Por lo que una Corte Virtual deberá institucionalizarse.

# PRECISIONES CONCEPTUALES Y PRÁCTICAS SOBRE EL EFECTO NEGATIVO DE LA REGLA COMPETENCIA-COMPETENCIA



DR. CARLOS A.  
ARRUE MONTENEGRO  
carlos.arruemontenegro@gmail.com

## INTRODUCCIÓN

Reconocida en casi todas las leyes de arbitraje a nivel mundial<sup>1</sup>, la regla competencia-competencia (del alemán *Kompetenz-Kompetenz*) constituye una piedra angular del arbitraje moderno.

El título escogido para el presente aporte sugiere que la regla competencia-competencia implica lógicamente la existencia de un *efecto positivo* y de un *efecto negativo*. En realidad, el mérito de reconocimiento universal lo tiene únicamente el denominado *efecto positivo*, el efecto negativo es aún controvertido y cuenta con una aceptación marginal (aunque con tendencia creciente) en el derecho comparado.

En la mayoría de los Estados, tanto los tribunales arbitrales como los tribunales estatales, son competentes para resolver sobre la “competencia” del tribunal arbitral, es decir, la validez y aplicabilidad de un acuerdo de arbitraje al caso presentado<sup>2</sup>. De existir una discusión sobre la competencia del árbitro, el juez estatal tiene plena facultad para decidir sobre el acuerdo arbitral:

» si el tribunal estatal declara que el acuerdo es válido y aplicable, se declararía incompetente y remitirá a las partes a arbitraje; y

1. G.B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2da edición, Kluwer Law International, 2014, p. 1047.  
2. Es pertinente aclarar al lector profano en la esfera del arbitraje que, en esta materia, el vocablo “competencia” se refiere fundamentalmente al análisis de la existencia, validez y aplicabilidad del acuerdo de arbitraje en que se fundamentan las demandas, incluyendo el análisis de arbitrabilidad. En la práctica internacional del arbitraje, y probablemente por razón de la influencia de los sistemas de common law, los conceptos de “competencia” y “jurisdicción” son utilizados como sinónimos para los mismos efectos.

- » si el tribunal arbitral declara que el acuerdo es inexistente, nulo, ineficaz o inaplicable, el asunto debe ser decidido por la jurisdicción estatal.

Así funcionan las cosas en Estados Unidos, Inglaterra, Alemania, España, Japón y en la gran mayoría de los Estados de Europa, América Latina, Asia y África. Inclusive la Convención de Nueva York de 1958, que en principio reglamenta el reconocimiento de laudos, prevé en su artículo 3(2) que el efecto negativo del acuerdo de arbitraje no procede cuando se compruebe ante el juez que el acuerdo es “nulo, ineficaz o inaplicable”<sup>3</sup>. Esto no es más que el efecto positivo de la regla competencia-competencia.

En los pocos países en que se reconoce el efecto negativo, la competencia del árbitro para pronunciarse sobre de su competencia, es *exclusiva*. Los jueces no están autorizados a tomar decisiones sobre la validez o aplicabilidad de la cláusula de arbitraje invocada salvo en casos extremos. El derecho francés<sup>4</sup> constituye el modelo de base de esta modalidad de la regla *compétence-compétence*. El tribunal estatal francés ante el que se presenta un litigio que podría estar amparado por un acuerdo de arbitraje debe declararse incompetente, salvo cuando el tribunal arbitral no ha sido constituido y la cláusula invocada es *manifiestamente nula o manifiestamente inaplicable*, términos que han sido interpretados de forma muy restrictiva. La “excepción francesa”<sup>5</sup>, como la han denominado algunos especia-

listas, ha sido seguida con cierta inconsistencia por otros países<sup>6</sup>, incluyendo a Panamá.

### ***La evolución espinosa de la regla competencia-competencia en Panamá***

En Panamá, la regla competencia-competencia fue incorporada a nivel legislativo desde temprano en comparación con otros países, con el artículo 17 y 11 del Decreto-Ley No. 5 de 1999 que regulaba el arbitraje, la conciliación y la mediación (el “**Decreto-Ley 5/99**”).

Desafortunadamente, la inclusión en Panamá de estas normas *in favorem arbitragem* propias de legislaciones en las que existía una *cultura arbitral* tuvo colisiones fuertes con un orden jurídico – o más bien, judicial – que todavía no estaba real y efectivamente dispuesto a aceptarla como tal, poniendo en riesgo la evolución del arbitraje en Panamá. Tomando prestado términos canónicos, la regla competencia-competencia experimentó, sin exagerar, un verdadero *vía crucis* bien conocido por los especialistas locales que marca el nacimiento, muerte y resurrección de la regla en el derecho panameño.

Mediante Sentencia de 13 de diciembre de 2003, a menos de cuatro años de su nacimiento, la mayoría (5 de 9) de los miembros del Pleno de la Corte Suprema de Justicia declararon que el artículo 17 del Decreto-Ley 5/99 era inconstitucional, con fundamento en el artículo 32 de la Cons-

3. El tribunal de todo Estado Contratante, al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, deberá, a instancia de una de ellas, remitirlas a arbitraje, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

4. Artículo 1448 del Código de Procedimiento Civil francés: (“Cuando un litigio cubierto por una convención de arbitraje es interpuesto ante una jurisdicción del Estado, esta debe declararse incompetente salvo si el tribunal no ha sido constituido y si la convención de arbitraje es manifiestamente nula o manifiestamente inaplicable”. Sobre la regla en derecho francés, v. E. Gaillard, “L’effet négatif de la compétence-compétence”, *Études de procédure et d’arbitrage en l’honneur de Jean- François Poudret*, 1999, p. 387.

5. N. BOUZA VIDAL, “Développements récents en matière d’accords de juridiction”, *Conférence, Master II de Droit International Privé et du Commerce International*, 2006.

6. En Suiza, se ha reconocido sólo cuando la sede del arbitraje se encuentra en este país. Sobre el particular, v. E. Gaillard, “La reconnaissance, en droit suisse, de la seconde moitié du principe d’effet négatif de la compétence-compétence”, *Global Reflections on International Law, commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, ICC Publishing, 2005, p. 311. Casos todavía aislados han sido identificados en otros países. Por ejemplo, en Venezuela (Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, sentencia de 3 de noviembre de 2010, *Astivenca Astilleros de Venezuela C.A. v Oceanlink Offshore III AS y Oceanlink Offshore*) y en Brasil.

titución que es utilizado como fuente del debido proceso y la tutela judicial efectiva<sup>7</sup>.

Debido al carácter final, definitivo y obligatorio de las decisiones de nuestra Alta Jurisdicción, la condena global en contra de la regla competencia-competencia parecía expulsar definitivamente la regla del derecho panameño. La única vía posible para reintroducir la regla era reformando la Constitución, lo cual era poco probable debido a la rigidez de la cláusula de reforma de nuestra Constitución (dos asambleas o referéndum).

Sin embargo, en contra de cualquier expectativa, la vía constitucional se hizo realidad mediante Actos Legislativos que modificaron la Constitución. El texto actual reconoce que la administración de la justicia puede ser ejercida por la “jurisdicción arbitral”, y prevé que “[l]os tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia”.

Esta serie de eventos, así como otros combates que persisten<sup>8</sup>, fueron fuente de inseguridad jurídica y hubieran podido acabar de forma definitiva con el arbitraje panameño. En la práctica, lejos de eso, estos eventos han generado conciencia de la importancia del arbitraje en Panamá, sedimentado una (todavía) incipiente cultura arbitral panameña y consagrado al máximo nivel la regla competencia-competencia.

Hoy en día, consagrado en la Constitución y reafirmado en la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013 que regula el arbitraje en Panamá (la “**Ley de Arbitraje**”), no cabe duda de que la regla competencia-competencia constituye un pilar fundamental del derecho panameño. En nuestro concepto, el derecho panameño reco-

noce tanto el efecto positivo como el efecto negativo del principio competencia-competencia.

El presente estudio se concentrará en el análisis del efecto negativo de la regla competencia-competencia. Para estos propósitos, serán tratados sucesivamente la noción y fundamento del efecto negativo de la regla competencia-competencia (I) y el régimen del efecto negativo de la regla competencia-competencia (II).

## I. NATURALEZA Y FUNDAMENTO DEL EFECTO NEGATIVO DE LA REGLA COMPETENCIA-COMPETENCIA

Analizaremos aquí la noción y naturaleza jurídica del efecto negativo de la regla competencia-competencia (A) y la justificación de esta regla (B).

### A. Naturaleza jurídica del efecto negativo de la regla competencia-competencia

Para entender la naturaleza del efecto negativo de la regla competencia-competencia, es conveniente hacer ciertas distinciones con términos vecinos.

#### ***El efecto negativo del acuerdo de arbitraje no es sinónimo de competencia-competencia***

En todos los Estados tienen una legislación moderna en materia de arbitraje reconocen efectos jurisdiccionales del acuerdo de arbitraje. Así, los tribunales estatales no son competentes para decidir de una controversia sometida a arbitraje (efecto negativo) y el tribunal arbitral designado de conformidad con la cláusula es el único com-

7. Corte Suprema de Justicia, Pleno, Sentencia de 13 de diciembre de 2001, Pycsa Panamá, S.A. c./ artículo 17 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999 (Magistrado ponente: A. Hoyos; votos disidentes de A. Arjona y J. Jacome De La Guardia, G. Dixon y J. Troyano).

8. Sobre esta evolución, v. C. A. Arrue Montenegro, “Contexto y Política Jurídica detrás de la Ley de Arbitraje de Panamá”, Revista de Mediación y Arbitraje Internacional, Vol. No. 1, 2016, p. 11-30, especialmente en páginas 14-17; Le nouveau droit panaméen de l’arbitrage, Revue de l’arbitrage 2014, p. 4.

petente para decidir el fondo del caso (efecto positivo)<sup>9</sup>. En Panamá, este efecto está definido el artículo 17 de la Ley de Arbitraje al establecer que “*El efecto procesal [del acuerdo de arbitraje] consiste en la declinación de la competencia, por parte del tribunal judicial, a favor del tribunal de arbitral*”.

Los efectos del acuerdo arbitral no permiten identificar quién debe pronunciarse sobre la validez y eficacia del acuerdo de arbitraje. La regla competencia-competencia viene a resolver este problema, facultando al árbitro para decidir si el litigio que le ha sido sometido se ajusta a un acuerdo arbitral que merece surtir sus efectos procesales.

### **Efecto positivo y efecto negativo de la regla competencia-competencia**

El efecto positivo de la regla competencia-competencia consiste en el poder o facultad de los árbitros de decidir sobre su propia competencia. Esta es la potestad que está establecida en el precitado artículo 201 de la Constitución y en el artículo 30 de la Ley de Arbitraje. El artículo 30 de la Ley de Arbitraje es del tenor siguiente:

*“El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas [sic] a la existencia o a la validez de [sic] acuerdo de arbitraje”*

Por su parte, el efecto negativo de la regla competencia-competencia, también denominado la regla de la prioridad, va más allá, prohibiendo a los jueces pronunciarse sobre la competencia del árbitro. Su fundamento legal es el artículo 17 de la Ley de Arbitraje que establece que “[e]l juez

*o tribunal ante quien se presente una demanda, acción o pretensión relacionada con una controversia que deba resolver mediante arbitraje se inhibirá del conocimiento de la causa, rechazando de plano la demanda, sin más trámite, y reenviando de inmediato a las partes al arbitraje”.*

Con estas explicaciones, las diferencias específicas entre los efectos negativo y positivo de la regla de la prioridad son aparentes:

- (i) mientras que el efecto positivo expresa una *norma dirigida a los árbitros*, autorizándolos a decidir sobre su competencia, el efecto negativo es una *norma dirigida a la justicia estatal*, prohibiéndoles que se pronuncien sobre la competencia de los árbitros y ordenándoles a remitir a las partes al arbitraje pactado<sup>10</sup>;
- (ii) mientras que el *efecto positivo* por sí solo no excluye que un juez al que se presente un caso analice la validez o aplicabilidad del acuerdo de arbitraje invocado, el efecto negativo sí excluye tal posibilidad, salvo limitadas excepciones.

Una ilustración de estos conceptos podría ser de utilidad. La empresa “A” presenta una demanda arbitral en contra de las empresa “B” y “C”, relacionada con la ejecución forzosa de un contrato de operación conjunta en la explotación petrolera (*Joint Operation Agreement*) que contiene una cláusula de arbitraje sometida al Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). La empresa B, argumentando que el acuerdo de arbitraje no le es aplicable debido a una cesión del contrato y su cláusula arbitral, de-

9. V. artículo 1697(3) del Código de Procedimiento belga, modificado por la ley de arbitraje de 1998; artículo 67 del Arbitration Act de Inglaterra, párrafo 2 del artículo 190 de la ley suiza de derecho internacional privado.

10. Sobre el particular, v. B. ANCEL, O Controle de Validade da Convencao de arbitragem: O efeito Negativo da Competencia-Competencia, Revista Brasileira de Arbitragem, p. 51, especialmente, p. 54: (“O efeto negativo dirige-se ao juiz; ele torna a competencia-competencia do árbitro oponible au juiz e impoe a este de se abster de conhecer da questao da competencia antes que o proprio árbitro se pronuncie sobre ela”).

cide objetar la competencia ante el tribunal constituido y presentar una demanda ante un juzgado de circuito solicitando que se declare que B no es deudor de A.

- » El efecto positivo de la regla competencia-competencia autoriza al tribunal arbitral a decidir sobre las objeciones jurisdiccionales presentadas por B (artículo 30 de la Ley de Arbitraje), pero no impide que el juzgado de circuito determine si hubo una cesión del acuerdo de arbitraje y que esta cesión impide la aplicación de la cláusula de arbitraje a B;
- » El efecto negativo (artículo 17 de la Ley de Arbitraje) es el que vendría a obligar al tribunal estatal a inhibirse del caso desde el momento en que se le presenta el *Joint Operations Agreement* con su cláusula y que da cuenta de la existencia *prima facie* de un acuerdo de arbitraje posiblemente válido y aplicable. El tema de la posible cesión del acuerdo de arbitraje y cualquier otra objeción jurisdiccional es materia del tribunal arbitral.

Como puede observarse, los efectos positivo y negativo, lejos de oponerse el uno con el otro, se coordinan entre sí. De hecho, el efecto negativo es un mecanismo procesal de protección que refuerza el efecto positivo, garantizando la exclusividad de la competencia del árbitro.

Resulta de lo anterior que el efecto negativo de la regla competencia-competencia es un *mecanismo procesal* de protección del acuerdo de arbitraje dirigido a los jueces estatales y, como tal, regido por normas de naturaleza procesal. A diferencia del efecto positivo, el efecto negativo

no es parte de la *lex arbitri*, sino de la *lex processalis*, lo cual tiene repercusiones prácticas ante situaciones internacionales.

## B. La Justificación del Efecto Negativo de la regla Competencia-Competencia

La política jurídica que justifica del efecto negativo de la regla de prioridad es distinta de la que justifica el efecto positivo<sup>11</sup>. El objetivo del efecto negativo de la regla competencia-competencia es **(i)** asegurar la eficacia del acuerdo de arbitraje y **(ii)** evitar toda maniobra dilatoria o de mala fe que emane de una parte que busca añadir una complejidad innecesaria a un litigio mediante la interposición de litigios paralelos ante diferentes foros.

En contra del efecto negativo, se ha indicado que **(i)** las personas no pueden renunciar a la tutela judicial efectiva o a la prohibición de denegación de justicia, lo cual incluye un pronunciamiento sobre la validez del acuerdo de arbitraje y **(ii)** los jueces estatales no pueden ser despojados de la potestad de decidir sobre su competencia judicial, aunque esto implique el análisis del acuerdo arbitral.

La decisión de la mayoría en el caso *Pycsa Panamá S.A.* que declaró inconstitucional esta regla iba en esta dirección, al indicar lo siguiente:

*“Todo lo anterior, pone de manifiesto que el artículo 17 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, al atribuirle al tribunal arbitral la facultad de conocer sobre la excepción de incompetencia que pudiera promover cualquiera de las partes, es inconstitucio-*

11. El efecto positivo del principio competencia-competencia está íntimamente ligado con el principio de autonomía material del acuerdo arbitral según el cual el acuerdo de arbitraje es jurídicamente separable del contrato en que haya sido incluido, de tal suerte que la nulidad del contrato en que se encuentre una cláusula de arbitraje no implica necesariamente la nulidad del acuerdo de arbitraje. El reconocimiento del efecto positivo vendría precisamente a otorgarle toda lógica al principio de autonomía material de la cláusula de arbitraje. Si el acuerdo de arbitraje es autónomo con relación al contrato en que ha sido incluido, entonces el árbitro puede tener la facultad de declarar que es competente (vale decir, que el acuerdo de arbitraje es válido y aplicable) y pronunciarse sobre la validez del Contrato.

*nal [...] ya que dicho artículo si resulta violatorio del derecho al debido proceso, toda vez que es evidente que se le está impidiendo el acceso a los tribunales de justicia a la parte que lo considere necesario para defender sus derechos”.*

En nuestro concepto, estos argumentos y motivos reflejan un desconocimiento de la realidad del *kompetenz-kompetenz*. Si bien es cierto que la regla establece una prioridad en favor del arbitraje, también es cierto que esta prioridad nunca fue incondicional ni permanente:

- » la prioridad no es absoluta, pues la mera invocación de un acuerdo de arbitraje no entraña la incompetencia del juez. Sin entrar a análisis pormenorizados, el juez estatal ante quien se invoca el pacto arbitral debe proceder a una verificación mínima sobre la existencia *prima facie* del acuerdo de arbitraje;
- » la prioridad no es permanente ni definitiva, ya que después de que el tribunal arbitral decida sobre su competencia mediante un laudo parcial o final declarando tener competencia o declarando carecer de competencia, la parte insatisfecha puede solicitar ante un juez estatal la anulación del laudo o puede oponerse al exequatur. La falta de competencia del tribunal arbitral es motivo de anulación<sup>12</sup> o no reconocimiento<sup>13</sup> de laudos arbitrales.

Lo anterior demuestra, no sólo que el derecho de tutela judicial efectiva no se ve afectado por el

efecto negativo de la regla competencia-competencia, sino que el efecto negativo evita además agravios que sí pueden afectar el derecho de defensa, como el abuso del proceso y las maniobras tendientes a dilatar y abrumar a la contraparte con una pluralidad de litigios.

En consecuencia, el efecto negativo de la regla competencia-competencia representa un compromiso que satisface (i) el objetivo de proteger a los usuarios del arbitraje de maniobras abusivas y dilatorias de parte de los litigantes de mala fe y desleales<sup>14</sup>, (ii) la necesidad de garantizar la tutela jurisdiccional efectiva en caso de que los intereses legítimos de una parte sean manifiestamente afectados por una situación de abuso y (iii) la necesidad de evitar litigios paralelos que complican innecesariamente el litigio y que conllevan el riesgo de decisiones contradictorias<sup>15</sup>. En términos simples, sin menoscabar cualquier interés legítimo de las partes, se reconoce la eficacia del arbitraje como mecanismo fiable de resolución de controversias.

La Corte Suprema de Justicia, ha confirmado recientemente el efecto negativo de la regla competencia-competencia, al rechazar mediante sentencia de 22 de octubre de 2015 una demanda de inconstitucionalidad en contra del artículo 17 de la Ley de Arbitraje<sup>16</sup>, en la cual se reprochaba que el artículo 17, al imponer la obligación de declinar a favor de la jurisdicción arbitral pactada cualquier solicitud de falta de competencia, sin permitir a la jurisdicción estatal poder entrar a determinar si es competente, viola la Constitución, – de conformidad de la cual ambas jurisdic-

12. Artículo 67, numerales 1, 3 y 5 de la Ley de Arbitraje.

13. Artículo 72, numeral 1, litera a, b y c de la Ley de Arbitraje.

14. El Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido recientemente en dos decisiones pronunciadas el mismo día la necesidad de evitar medidas dilatorias como un objetivo fundamental del arbitraje, en ocasión del rechazo de los amparos de garantía contra las decisiones arbitrales. Corte Suprema de Justicia, 30 de septiembre de 2015, Las Brisas de Amador, S.A.; 30 de septiembre de 2015, Jeanine Schnapak Gurian, afirmando que, “la institución del arbitraje no debe ser penetrada por acciones judiciales dilatorias, más allá de las previstas en su normativa reguladora y las que puedan promoverse en sede judicial de anulación”. En ese sentido, existen vías de impugnación propias del proceso arbitral a las cuales debe acudir la amparista para ejercitar reclamos por actuaciones procedimentales defectuosas, infractoras del debido proceso o de otros derechos fundamentales”).

15. Sobre este tema, v. B. ANCEL, “L’arbitrage commercial international au le pays des lumieres”, Contratación y arbitraje internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 187, especialmente p.198.

16. Corte Suprema de Justicia, 22 de octubre de 2015, Oscar Guillermo Mata Castillo, Magistrado Ponente: Oydén Ortega Durán.



ciones deben tener la autoridad de determinar su competencia. La Corte Suprema de Justicia, acogiendo el concepto del Procurador de la Administración, rechazó la demanda, indicando que “*el efecto procesal que se le otorga al convenio arbitral contenido en la norma demandada no es más que el reconocimiento de la supremacía del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, que les permite sustraerse de la jurisdicción ordinaria de justicia y dirimir sus controversias a través de la institución del arbitraje*”. Sin citar la regla de la prioridad, esta decisión cierra en nuestro concepto, cualquier debate en torno a la existencia del efecto negativo de la regla competencia-competencia en Panamá. Habiendo despejado cualquier duda sobre su existencia, cabe analizar su régimen.

## II. EL RÉGIMEN DEL EFECTO NEGATIVO DE LA COMPETENCIA-COMPETENCIA EN LA PRÁCTICA

Dentro del análisis del régimen del efecto negativo de esta regla, será analizado el criterio de aplicabilidad del artículo 17 de la Ley de Arbitraje que fundamenta la regla **(A)**, las condiciones o requisitos que deben ser cumplidos **(B)** así como las consecuencias jurídicas de su aplicación **(C)**.

### A. Aplicabilidad de la regla competencia-competencia

Como mecanismo de naturaleza procesal, el efecto negativo está regido por normas procesales que, como tales, se rigen por la ley del foro (*lex fori*) en virtud del principio *lex fori regit processum*<sup>17</sup>.

En consecuencia, el mencionado Artículo 17 deberá ser aplicado por todo juez panameño in-

distintamente del lugar escogido por las partes como sede del arbitraje. El juez estatal deberá inhibirse, independientemente de si la sede del arbitraje es Panamá o el extranjero. El artículo 17 de la Ley de Arbitraje constituye una de las varias excepciones al ámbito de aplicación definido por el artículo 1 de la Ley de Arbitraje, según el cual dicho texto se aplica a los arbitrajes con sede en Panamá<sup>18</sup>.

### B. Condiciones de Aplicación de la regla competencia-competencia

Para que opere el mecanismo competencia-competencia, es necesario que el interesado invoque el acuerdo arbitral *in limine litis* ante el juez **(1)** y que se demuestre la existencia prima facie de un acuerdo de arbitraje que podría ser válido o aplicable **(2)**.

#### 1. La necesidad de invocar *in limine litis* del pacto arbitral

Este requisito para lograr el efecto negativo de la regla competencia-competencia sugiere que **(i)** el juez no puede invocar *ex officio* el acuerdo arbitral ni aplicar el mecanismo competencia-competencia sin mediar petición de parte y **(ii)** el acuerdo de arbitraje debe ser invocado como incidente de falta de competencia antes de cualquier defensa en el fondo.

La competencia arbitral, creada por la voluntad de las partes, es disponible y prorrogable y, por ello, puede ser desecha por la propia voluntad y por actos posteriores de las partes. En este sentido, retomando la ilustración citada, si A no presenta ante el juez estatal un incidente de nulidad por falta de competencia y, en su lugar, presenta el caso en el fondo, se podría conside-

17. El efecto positivo, por ser dirigido al árbitro y enmarcarse en la *lex arbitri*, si podría tener cierta dependencia en la ley de la sede del arbitraje.

18. No es la única, pues tampoco siguen ese criterio las normas sobre reconocimiento de laudos extranjeros y medidas conservatorias pronunciadas en el extranjero que, por definición, no pueden seguir el criterio de la sede en Panamá del arbitraje.

rar que existe una renuncia de ambas partes a la cláusula arbitral y/o la “prórroga tácita” de la competencia en beneficio del juez estatal.

Existe sin embargo un caso en la jurisprudencia panameña que parece excluir esta condición. Se trata del caso *Compu-Total c. Banco Exterior*, decidido por el Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial el 5 de septiembre de 2003. En este caso se indica que la prórroga tácita no procede en presencia de una convención de arbitraje y se afirma inclusive que el juez estatal tiene la obligación de declarar su incompetencia de oficio ante la presencia de un acuerdo de arbitraje. En nuestro concepto, la solución de este caso desnaturaliza el carácter esencialmente disponible de la competencia arbitral.

En todo caso, la vigencia de esta decisión es incierta con la aprobación de la Ley de Arbitraje en la medida en que la propia ley da el ejemplo de una especie de sumisión tácita a la jurisdicción arbitral, al reconocer la existencia de un acuerdo arbitral escrito cuando “haya un intercambio de escritos de demanda o contestaciones, en los que [la] existencia de un acuerdo sea afirmado por una parte sin ser negada por la otra” (artículo 16). Por necesidad de coherencia y analogía, el mismo comportamiento ante la jurisdicción estatal debe ser considerado como una sumisión tácita a la jurisdicción estatal y una renuncia al acuerdo de arbitraje. Preferimos inclinarnos entonces por la coherencia y considerar que este requisito se mantiene dentro del marco de la Ley de Arbitraje.

## 2. Prueba de la existencia *prima facie* de un acuerdo de arbitraje posiblemente válido y aplicable al litigio

La exigencia de una simple prueba *prima facie* de un acuerdo de arbitraje posiblemente válido y aplicable al litigio es el distintivo del efecto negativo del competencia-competencia. La Ley de Arbitraje no lo incluye, pero los términos fuertes

del artículo 17 de la Ley de Arbitraje, en relación con la necesidad de inhibirse y rechazar **de plano** reenviando **inmediatamente** a las partes al arbitraje son criterios instantáneos que excluyen y prohíben cualquier revisión o análisis profundo del acuerdo arbitral.

Entendidas así las cosas, el juez estatal debe conformarse, para los efectos de la regla competencia-competencia, con la sola prueba *prima facie* de la existencia de un acuerdo de arbitraje, y aunque persistan dudas sobre su validez, su aplicabilidad *ratione materiae* (al litigio presentado), su aplicabilidad *ratione personae* (al demandante o al demandado), o su carácter patológico, el juez debe respetar la competencia exclusiva del árbitro.

En este sentido, cuando el juez constata que no existe rastro alguno de la existencia del acuerdo de arbitraje invocado, que la invocación del arbitraje carece de toda seriedad, o que el acuerdo de arbitraje es manifiestamente nulo o manifiestamente inaplicable, puede denegar el incidente de falta de competencia y tomar el caso de conformidad con sus reglas de competencia judicial, según el caso.

Aclaremos que esta situación es verdaderamente excepcional, cuando a todas luces no puede haber arbitraje, pues la presunción será la validez y eficacia del acuerdo. Los argumentos jurisdiccionales que se ventilan clásicamente ante tribunales arbitrales (carácter patológico de un acuerdo de arbitraje que designa dos instituciones, aplicación del acuerdo arbitral a otros contratos ligados, aplicación de la cláusula de arbitraje a personas no signatarias que tuvieron un grado de participación en el asunto y cesión del acuerdo arbitral) deben ser dejados al tribunal arbitral. Veamos ejemplos de estas situaciones excepcionales:

- » si no existe prueba indiciaria de la existencia del texto, o que el texto del acuerdo haya sido firmado, discutido, puesto en posesión o

accesible (aunque sea por medios electrónicos) a la parte contra la cual se invoca;

- » si se trata de un litigio relativo manifiestamente inarbitrable, relativo al estado civil (una adopción, la determinación de la filiación, un divorcio), a la determinación de la nacionalidad de una persona, los efectos de una relación individual de trabajo;
- » si la cláusula es manifiestamente inaplicable o inoperante, en la medida en que ya las partes intentaron someter el tema al arbitraje y fue imposible, o si ya un tribunal arbitral ha rechazado por falta de competencia el caso.

Si el juez estatal no encuentra esta tipología de casos, debe rechazar el caso y reenviar a las partes al arbitraje.

### **C. Consecuencias jurídicas del efecto negativo de la regla competencia-competencia**

El efecto previsto en el artículo 17 de la Ley de Arbitraje es el de inhibirse del conocimiento de las causas, *“rechazando de plano la demanda, sin más trámite, y reenviando de inmediato a las partes al arbitraje”*. El sentido y alcance de esta consecuencia jurídica merece algunos comentarios en forma lineal:

En primer lugar, es necesario precisar que el término *“rechazo”* no debe ser entendido como un *rechazo en el fondo*. Al contrario, se trata de un rechazo de conocer el fondo del asunto.

En segundo lugar, debido a que el rechazo de las demandas se fundamenta simplemente en un análisis *prima facie* del acuerdo de arbitraje, la declinación de competencia del juez estatal no es definitiva. Lo anterior significa que si, a *posteriori*, el tribunal arbitral que se haya constituido declara no tener competencia, el asunto puede

ser sometido sin mayor dificultad a la esfera judicial, dependiendo del caso.

Como último punto, es preciso indicar que la obligación de reenviar *“de inmediato a las partes al arbitraje”* no implica una transferencia física del expediente a la institución arbitral o a un tribunal arbitral. El juez, al constatar la existencia *prima facie* de un acuerdo de arbitraje posiblemente aplicable al caso, deberá inhibirse del caso mediante una resolución y, en su parte motiva, explicar a las partes que si tienen la intención de resolver su litigio, deberán presentar una solicitud de arbitraje de conformidad con la cláusula arbitral.

En nuestro concepto, la declaración de incompetencia resultante de este mecanismo debe conllevar igualmente una condena en costas como sanción a la temeridad de quien intentó escapar del arbitraje acordado. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad que tenga la parte que tuvo que hacer gastos de defensa adicionales ante la justicia estatal de solicitar al el tribunal arbitral constituido de conformidad con la cláusula una condena por los daños y perjuicios ocasionados por la violación de los efectos sustantivos del acuerdo de arbitraje.

Ahora bien, el posible derecho a resarcimiento de daños y perjuicios por la violación de un acuerdo de arbitraje, es un tema que requeriría un estudio separado. Por el momento, en relación con los efectos del efecto negativo de la regla competencia-competencia, podemos afirmar: *acta est fabula*.

# EL DEBER DEL ÁRBITRO



DAYRA ARGELIS  
CASTAÑEDAS LÓPEZ  
dayra.castanedas@rbc.com.pa

## INTRODUCCIÓN

El arbitraje, como método de solución de conflictos, mediante el cual cualquier persona con capacidad jurídica para obligarse somete las controversias surgidas a o que puedan surgir con otra persona al juicio de uno o más árbitros que deciden definitivamente mediante laudo la controversia.<sup>1</sup> Son las partes que libremente seleccionan la jurisdicción arbitral sin tener que presentarse ante los tribunales judiciales. Así, definido el arbitraje, es una institución destinada a resolver conflictos (no necesariamente jurídicos) mediante la intervención de un tercero, por acuerdo de las partes, cuya decisión tiene carácter vinculante.<sup>2</sup>

Es indiscutible que el arbitraje ofrece una serie de ventajas, las cuales han sido pregonadas a lo largo del tiempo, como distintivos de los procesos seguidos ante la justicia ordinaria y atractivos para su promoción. De hecho, podemos resaltar algunas de estas, como lo son la flexibilidad, la confidencialidad, la inmediatez e igualdad entre las partes, aplicables al arbitraje, sin importar su denominación (arbitraje nacional o internacional, arbitraje comercial, arbitraje entre Estados, arbitraje de inversión, arbitraje ad-hoc o institucional, arbitraje en derecho o equidad), en todos prevalecen o deben prevalecer estos principios.

El arbitraje comercial internacional ha sido también un tema de obligatorio estudio, tomando en cuenta la evolución que ha tenido como institución jurídica, su implementación en la legislación de los distintos países del área, teniendo como resultado procesos arbitrales internacionales

1. Artículo 5 Ley 131 de 31 de diciembre de 2013. "Que regula el arbitraje comercial e internacional en Panamá y dicta otra disposición", publicada en la Gaceta Oficial No. 27,449-C de 8 de enero de 2014.  
2. Hernando Díaz-Candía. El Correcto Funcionamiento Expansivo del Arbitraje, (Teoría General del arbitraje) 3ª Edición Ampliada. Publicada por Legis (Legislación Económica, C.A.) Caracas 2016, p, pp32

con excelentes resultados. Dichos cambios han permitido que el arbitraje tenga la eficacia deseada por las partes involucradas en una relación contractual que buscan una solución a las controversias existentes o que pueda surgir en una jurisdicción distinta a la otorgada por el poder judicial. Como señala el jurista Roque J. Caivano, son claramente perceptibles los fenomenales progresos que se verifican en esta materia, las medidas cautelares, el control judicial o la ejecución de laudos extranjeros.<sup>3</sup> De esa misma forma, la institución arbitral ha dado respuesta a los requerimientos de un mundo cambiante, donde el desarrollo tecnológico o los contratos de megaproyectos de infraestructuras requieran mecanismos acordes a dicha evolución, por ello la aceptación de la incorporación de partes adicionales o multiplicidad de contratos, son temas contemplados en distintos reglamentos.<sup>4</sup>

Como lo indica Hugo García Larriva, en la actualidad es común encontrarnos con una multiplicidad de partes, cuyos domicilios se encuentran en jurisdicciones distintas, que celebran negocios que han de surtir efectos en lugares disímiles, y como si esto no bastase, es frecuente encontrarse con la intervención de partes, sus agentes, representantes, subsidiarias, garantes, afianzadores, subcontratistas, agencias estatales, quienes intervienen de una u otra manera en la negociación, celebración, ejecución y terminación de uno, cuando no varios contratos.<sup>5</sup> Todos estos presupuestos obligan al planteamiento de cambios con el fin de hacer eficiente y efectivo el arbitraje.

La posibilidad de ensayar medidas cautelares en un proceso arbitral, es una de las innovaciones en el arbitraje, teniendo como requisito que el

petionario compruebe la existencia de un peligro que de no otorgarse la medida se produzca un daño, no resarcible adecuadamente mediante indemnización y que exista una posibilidad razonable de que la demanda sobre el fondo prospere.

El arbitraje en Panamá ha evolucionado a pasos agigantados, adecuado su legislación arbitral en aras de contribuir a que el país se convierta en sede de arbitrajes nacionales e internacionales, los que tuvimos la oportunidad de participar en la implementación de medidas con el fin de estimular el arbitraje en nuestro país, es de orgullo confirmar que hoy día gozamos de una ley de corte monista, que adecuó los requisitos para formalizar el acuerdo de arbitraje a las nuevas tendencias, ya que se permite que el acuerdo conste por escrito o mediante una comunicación electrónica o por mensaje de datos, siempre que la información en ella consignada sea accesible para su posterior consulta. Respecto a las normas aplicables al litigio con independencia de lo acordado por las partes, se establece que el árbitro decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta siempre los usos y costumbres mercantiles aplicables al asunto. En los arbitrajes internacionales se tendrá en cuenta además, los Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) sobre los Contratos Comerciales Internacionales.

A lo anterior se destaca que en el artículo 202 de la Constitución de Panamá, se crea la jurisdicción arbitral y se faculta a los árbitros resolver sobre su propia competencia.

La Cláusula Arbitral elemento principal para la designación del árbitro:

3. Roque J. Caivano: La Cláusula Arbitral. Evolución Histórica y Comparada. Editorial Universidad del Rosario, 2008, p.20.

4. F. Martín Pinedo Aubián: EL Principio de la autonomía de la Voluntad y la Conciliación Extrajudicial, p.3.

5. Hugo García Larriva. Partes No Signatarias del convenio arbitral entre la realidad económica y la ficción jurídica. Revista Ecuatoriana de Arbitraje, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Cevallos editora jurídica, año 2012. P. 66.

En materia arbitral prevalece el principio de autonomía de la voluntad de las partes, concebida como la capacidad que tienen los individuos para regular sus relaciones jurídicas sin la intervención de un juez (des judicialización), sin otra limitación que sea ir contra ley imperativa o prohibitiva, el orden público y las buenas costumbres.

Para dar vida al arbitraje, es requisito fundamental la existencia de la cláusula o el convenio arbitral, producto del consentimiento de las partes.<sup>6</sup> En este documento se definen varios temas importantes sobre el curso a seguir el contrato en caso de controversias, incluso la forma de selección del o los árbitros que conformarán el Tribunal Arbitral.<sup>7</sup> La importancia de la cláusula toma vida, cuando surge la controversia y se hace necesario determinar el tipo de arbitraje al que se someterán los árbitros, la cantidad de árbitros que deben ser designados, su especialidad, la ley que será aplicable al fondo del litigio, idioma, la sede, el Reglamento seleccionado por las partes para administrar el proceso, o simplemente un arbitraje ad-hoc.

Esta capacidad va más allá de la simple selección de un proceso diferente y novedoso, ya que al incluir en la cláusula arbitral la posibilidad de opinar sobre la integración de un tribunal de expertos, se garantiza una participación directa en la integración del tribunal. Es desde ese momento, que el árbitro, sin ser identificado, forma parte de la estructura contractual del arbitraje.

En la cláusula arbitral quedará plasmado lo relativo a la selección del árbitro, la forma como deberá fallar (derecho o equidad), los requerimientos de su idoneidad o especialidad, lo mismo que el plazo que se requiere para fallar, su competencia, disponibilidad para atender el proceso.

## EL ÁRBITRO.

Como testigo de la evolución de la institución arbitral, el árbitro afronta también los desafíos y retos que se presentan como producto de esta evolución y en aras de cumplir con su misión, para algunos la de administrar justicia privada y emitir un laudo que sea ejecutable, para otros la de resolver conflictos solamente, debe estar actualizado y tomar la decisión de aceptar o no el cargo. En cualquiera de las dos situaciones en que se enmarque la misión del árbitro, ésta conlleva la decisión de asumir el reto como autoridad, elegida o aceptada por las partes en litigio, para resolver el conflicto, adjudicándose también una serie de obligaciones y responsabilidades para con las partes en forma directa y con el centro que lo designa en forma indirecta.

El árbitro, al ser designado por las partes o por una institución administradora de procesos arbitrales, deberá plantearse una serie de interrogantes, que consisten en la determinación de su idoneidad, especialidad o cualificaciones requeridas por las partes para resolver la controversia, debe saber si cuenta con la disponibilidad de tiempo para atender el proceso, tomando en cuenta los plazos establecidos por ley y posibles dilaciones que se presenten por situaciones ajenas al control del tribunal. El árbitro debe constatar si tiene conocimiento de la legislación aplicable, reglamentos y convenios, sobre el Código de Ética aplicable, todos estos elementos importantes aunque no lo parezcan, y que deben ser atendidos por el árbitro, con especial atención, antes de aceptar el cargo.

El árbitro, además de plantearse los temas mencionados para aceptar el cargo, queda también comprometido a revelar cualquier elemento que

6. Artículo 15 de la Ley 131 de diciembre de 2013. Op.Cit.

7. Artículo 19 de la Ley 131 de diciembre de 2013. Op. Cit.

pueda poner en duda su independencia e imparcialidad. Puesto en conocimiento de las partes y de la autoridad administradora de arbitrajes, de cualquier elemento de recusación o la existencia de circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia.<sup>8</sup>

Si bien las modernas legislaciones sobre arbitraje, no listan hechos o motivos de recusación de los árbitros como hubo en otra época, donde los árbitros podían ser recusados por las mismas causales que los jueces ordinarios, existen directrices que los árbitros y los abogados pueden utilizar para decidir sobre posibles nombramientos y revelaciones.<sup>9</sup>

## ACEPTACIÓN DEL CARGO.

Una vez notificado de la designación hecha por la parte o por una institución que administra el arbitraje, el árbitro debe responder en el plazo otorgado cumpliendo con los requerimientos que le sean presentados. Usualmente se incluye con la nota de designación, un documento por medio del cual el árbitro presenta su declaración de independencia e imparcialidad.

Con relación a la aceptación del árbitro, podemos mencionar los requisitos del Centro Internacional de Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones, que le requiere al árbitro una carta de aceptación, así: “La carta de solicitud de aceptación se encuentra acompañada de documentos relativos al calendario del caso y al calendario del procedimiento, así como de información

acerca de los honorarios aplicables en concepto de trabajo vinculado al caso y otros detalles sobre la gestión de las finanzas del caso. El CIADI procura garantizar que el procedimiento sea eficiente en lo que respecta tanto al tiempo como al costo. Por consiguiente, alienta a los futuros árbitros, conciliadores y miembros de Comités a considerar su disponibilidad durante un período de 24 meses a fin de asegurarse de tener tiempo suficiente para cumplir con sus responsabilidades en virtud de las normas del CIADI y emitir laudos, decisiones, resoluciones procesales e informes de Comités en forma oportuna”. (<https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/arbitrators/Accepting-an-Arbitrator-Appointment.aspx>.)

Muchas instituciones que administran arbitrajes, requieren al árbitro que junto a la carta de aceptación informe sobre su experiencia e idoneidad profesional, negocios que maneja o en los que participa, le requieren disponibilidad de tiempo para atender el proceso, en algunos casos se pide disponibilidad por un periodo de 24 meses y el compromiso de mantenerlos informados de cualquier situación que surja durante el desarrollo del proceso y que deba ser revelado.

La carta de aceptación del cargo representa el inicio de una relación contractual, que implica responsabilidades para el árbitro, entre las que se identifican diferentes tipos de responsabilidad (civil, penal, disciplinaria y extracontractual). En este mismo orden de ideas, se considera que la responsabilidad civil del árbitro, se produce antes del proceso, durante el proceso arbitral y después de emitido el laudo. Este tema es desarro-

8. Artículo 25 de la Ley 131 de 2013, Op. Cit. Motivos de Recusación. Un árbitro sólo podrá ser recusado, si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Cuando una parte recuse al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, esta podrá hacerlo únicamente por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación. La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado a ellas.

9. Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitrajes Internacionales 2014. Adaptadas por acuerdo del Consejo de International Bar Association, octubre de 2014.

llado ampliamente por los juristas Javier González-Soria y Moreno De La Santa, en la obra “La Responsabilidad de los Árbitros”, el cual no abordaremos en esta oportunidad, no obstante, merece ser destacado, por ser una obra en la que se crea un marco sistematizado, en el que se definen las responsabilidades del árbitro y se compara con los jueces ordinarios y la función que cada uno asume al momento de ejercer el cargo y emitir una decisión, partiendo de la base que cualquier acto doloso o de mala fe, que cause un daño o perjuicio, trae consigo la posibilidad de reclamar la responsabilidad por ese hecho.

### **INDEPENDENCIA E IMPARCIALIDAD.**

El árbitro se compromete a ser neutral, debe ser imparcial e independiente de las partes desde el momento que acepta el cargo y durante el proceso y hasta que se dicte el laudo o concluya por cualquiera de las formas que lo permite la ley.

Es recomendable que el árbitro no haya realizado manifestaciones sobre determinados temas o aspectos jurídicos que lo comprometa con determinadas posturas o posiciones jurídicas, que puedan producir una duda en su futura actuación. El árbitro no debe mantener relación o vínculo con alguna de las partes o alguna relacionada con ella, ya sea por amistad o por algún otro interés. Uno mira la independencia e imparcialidad de manera objetiva y otro de manera subjetiva, pero ambas tienen el mismo objetivo. Se busca que las partes se sientan en igualdad de condiciones y que la persona encargada de resolver la controversia transmita a las partes la idea que será neutral.

En su obra sobre el deber de revelación, José Carlos Fernández Rosas, cita la jurisprudencia

española; al respecto ha manifestado en Sentencia AP Madrid 12ª 30 junio 2011 que: “La independencia supone la ausencia de vínculos que unan al árbitro con respecto a los intervinientes en el proceso y que impliquen la existencia de algún tipo de relación que pueda llevar a considerar fundadamente la existencia de predisposición o inclinación en el árbitro a acoger las pretensiones de alguna de las partes. La imparcialidad supone la inexistencia de causas o motivos derivados de la relación del recusado con los intervinientes en el proceso, que permitan dudar fundadamente, de que el árbitro recusado podrá desempeñar su cometido, con la objetividad y equidistancia precisas con respecto a las partes, a la hora de resolver las pretensiones que sean objeto del procedimiento arbitral (Jurisprudencia española de arbitraje, nº 443).<sup>10</sup>

De este principio de independencia e imparcialidad de los árbitros se desprende el deber de revelación, que en los últimos tiempos ha sido objeto de especial estudio o regulación, como elemento ético y de buena fe, que debe prevalecer en todo arbitraje, para permitirle a las partes conocer sobre cualquier elemento que motive o justifique una recusación.

### **DEBER DE REVELACIÓN.**

En los últimos tiempos la mayoría de las legislaciones se han ocupado de consagrar el deber de revelación y solicitan al árbitro que informe de hechos que puedan poner en duda su actuación. Así la legislación panameña, francesa, peruana y la española, requieren al árbitro la revelación de cualquier circunstancia que pueda afectar su juicio y hacer que en la mente de las partes exista una duda razonable acerca de su independencia.

10. José Carlos Fernández Rosas. Contenido Ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su transgresión. Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, Vol. VI, No.3, 2013, pp.799.939.



Las recientes legislaciones se han preocupado por incluir este requisito, considerando que al momento de designar al árbitro, las partes cuentan con información muy limitada o en algunos casos información distinta de la que dispone cada parte, sobre el árbitro o su gestión profesional. Para ello, es necesario que el árbitro al ser designado revele cualquier información personal o profesional que pudiera provocar un conflicto de intereses con las partes, incluso con la persona que lo designó.

El Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y el Reglamento de Arbitraje de la ICC,<sup>11</sup> contiene normas relativas a la obligación de los árbitros de revelar cualquier hecho que ponga en duda su independencia e imparcialidad.

Es entendible que existe información que no puede ser revelada por el árbitro, por cuestión de confidencialidad profesional, también puede ocurrir que, al momento de hacer la revelación, el árbitro olvide mencionar algún caso o proceso por la cantidad de asuntos atendidos a lo largo de su carrera. Siempre quedará a consideración del Tribunal o del Centro, resolver la recusación que se presente y valorar estos elementos.

Al no existir una lista que detalle la información que debe ser revelada, resulta para el árbitro algo complejo y sienten dudas sobre el alcance de sus obligaciones de revelación. Puede incurrir en exceso de información o limitar la información brindada por desconocimiento de dicho deber, pero dependerá del criterio del árbitro

brindar o no la información, que a su entender pueda afectar la apreciación que se tenga sobre su participación como árbitro en determinado proceso.

El suministrar demasiada información, puede ocasionar que las partes utilicen la posibilidad de recusar al árbitro y pretender privar a la parte de su designación o dilatar el proceso.

Con el fin de coadyuvar con el árbitro a la hora de decidir sobre posibles nombramientos y revelaciones, distintas organizaciones arbitrales y gremios se han ocupado de establecer las directrices a fin de determinar posibles conflictos de intereses. Los árbitros utilizan con mucha frecuencia las Directrices de la IBA a la hora de decidir sobre la aceptación del cargo de árbitro y al momento de las revelaciones. Los abogados e instituciones arbitrales, también toman en cuenta este documento para evaluar la independencia e imparcialidad y considerar las recusaciones presentadas, siendo de aplicaciones para los distintos tipos de arbitraje y para cualquier árbitro, sea profesional del derecho o no.

## OTROS DEBERES DEL ÁRBITRO.

El arbitraje conlleva la aplicación de un procedimiento establecido en la ley arbitral seleccionada por las partes o conforme a lo acordado por ellas de manera voluntaria. En la mayoría de los casos las partes se acogen a un reglamento, el cual será de obligatorio cumplimiento.

Una vez constituido el tribunal arbitral, el árbitro tiene la tarea de revisar la cláusula arbitral, el contrato y todo el expediente, para declarar su competencia y continuar con el proceso arbitral.

---

11. Artículo 11 Reglamento de Arbitraje de la CCI. El árbitro deberá dar a conocer inmediatamente y por escrito, tanto a la Secretaría como a las partes, cualesquiera hechos o circunstancias de naturaleza similar a aquellos referidos en el Artículo 11 (2) relativos a su imparcialidad o independencia que pudiera surgir durante el arbitraje.

El árbitro debe velar por el fiel cumplimiento del proceso arbitral, los plazos, términos, notificaciones conforme a la ley de arbitraje.

El árbitro debe renunciar del cargo, cuando se vea impedido de jure o de facto en el ejercicio de sus funciones, para que se designe un árbitro sustituto.

El árbitro debe revisar las pruebas para su admisión, deberá practicar las pruebas admitidas y valorarlas al momento de emitir el laudo.

Cumplidas las distintas fases del proceso y recibidos los alegatos de conclusión, el tribunal emitirá un laudo en el plazo establecido por la ley.

Al emitir el laudo, el árbitro debe estudiar a fondo el caso y cumplir con la forma y contenido que requiere el documento.

Fallar en tiempo, cumplir con las formalidades que establece la ley al momento de dictar el laudo, ya sea en derecho o en equidad.

Debe garantizar a las partes que el laudo sea ejecutable, entendiéndose que en el proceso las partes gozaban de capacidad, que el acuerdo arbitral es válido, que la parte ha sido notificada de la designación un arbitra y de las actuaciones para hacer valer sus derechos. El árbitro debe garantizar que el laudo se refiere a la controversia prevista en el acuerdo de arbitraje, que

el tribunal resolvió sobre temas susceptibles de arbitraje, resolvieron las pretensiones y defensas de las partes y que el laudo proferido no es contrario al orden público.

Además de todos estos requerimientos mencionados, el árbitro debe tratar a las partes con respeto y evitar situaciones conflictivas entre las partes promoviendo la celeridad en el proceso. Debe mantener la confidencialidad de todo lo tratado en el proceso.

En Panamá, son pocas las acciones que se inician en contra de un árbitro por incumplimiento de sus obligaciones o por demandas ante hechos que no fueron revelados al momento de aceptar el cargo. Mientras que en otras jurisdicciones, estas demandas han ido en aumento, teniendo como resultado en algunos casos la nulidad del laudo. Se menciona frecuentemente el caso TECNIMONT de 2 de noviembre de 2011, el Tribunal Supremo Francés, señala una practica que pone en duda la credibilidad de los árbitros, cuando son designados en reiterados procesos, hecho que pone en duda su independencia e imparcialidad.

Podemos concluir reproduciendo lo que señala Thomas Clay en su obra, que dice: Probablemente nada es más importante que la elección de un árbitro... ni más difícil para las partes, sus asesores y las instituciones arbitrales.<sup>12</sup>

---

12. Thomas Clay, *El Arbitro*, Dalloz, París 2001, pp.374

# LOS TERCEROS NO SIGNATARIOS EN EL ARBITRAJE COMERCIAL EN PANAMÁ

---



MIGUEL ÁNGEL  
CLARE G. R.  
miguelclare@gmail.com

## INTRODUCCIÓN.

Ha sido interesante la evolución del Arbitraje en Panamá, que en menos de dos décadas, ha dado vuelcos vertiginosos positivos en pro de dicha institución jurídica.

Si bien, antes de 1999 estuvo regulada a través del Código Judicial, en esa época se dio un primer intento de normar en Panamá de manera autónoma, el proceso de arbitraje mediante la emisión del Decreto Ley 5 de 11 de julio 1999, norma hoy derogada en materia arbitral, pero aún vigente en materia de conciliación y de mediación.

El 31 de diciembre 2013 se dictó la nueva regulación en materia arbitral, bajo el concepto de una norma monista, cuya interpretación debe considerar el origen internacional del arbitraje y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación, así como observar la buena fe – como principio esencial del arbitraje comercial.

Un elemento positivo es la incorporación expresa de cuestiones relativas a materias abarcadas por la legislación y las que no estén en ella expresamente detalladas, se solventarán conforme a los principios generales del arbitraje.

La nueva reglamentación se ha fundamentado, prioritariamente, en la Ley Modelo sobre Arbitraje de la Comisión de la Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), adaptada a nuestra realidad jurídica y a la idiosincrasia panameña con una visión internacional.

## DEL ARBITRAJE.

El arbitraje es un método de solución de conflictos mediante el cual cualquier persona con capacidad jurídica para obligarse somete las controversias surgidas o que puedan surgir con otra u otras personas, al juicio de uno o más árbitros, que decidirán en definitiva, mediante un Laudo con eficacia de cosa juzgada.

Cabe resaltar que en Panamá se ha elevado a nivel constitucional la figura del arbitraje, para brindar mayor seguridad jurídica a los particulares que escojan este mecanismo de resolución de conflictos.

El arbitraje no pretende suplantar a la justicia ordinaria en la solución de divergencias netamente legales, sino que se ofrece como mecanismo accesorio a la misma, de suerte que sean las propias partes, de antemano o luego de suscitada alguna controversia, quienes decidan cómo y quiénes resolverán tales disputas.

Por ello, toda persona –con capacidad jurídica para obligarse– podrá pactar que sus controversias, actuales o futuras, sean sometidas al arbitrio de una persona (o pluralidad de personas, preferiblemente impar) para poner fin a sus diferendos mediante la emisión de un Laudo Arbitral con eficacia de cosa juzgada.

Una de las bondades del arbitraje radica en el hecho de que las partes están en la libertad de determinar tanto el número de árbitros, como la calidad y experiencia de los mismos, e igualmente el procedimiento a seguir.

Más que un simple método alternativo para la solución de conflictos, el Arbitraje Comercial es una verdadera expresión de la voluntad de las partes, en ser partícipes de la gestión de sus disputas en materia comercial a través de una jurisdicción heterocompositiva.

En fin, el arbitraje es un juicio privado, donde las partes inmersas en una divergencia tienen la prerrogativa de establecer cómo, quiénes y de qué forma, un árbitro o grupo de éstos decidirán su controversia de manera definitiva con la emisión de un Laudo Final.

Un laudo es sencillamente una decisión -final o parcial- que emite un Tribunal Arbitral y que resuelve un diferendo entre dos o más partes, con la eficacia de cosa juzgada.

Se puede decir, que el Laudo equivale a una sentencia dictada en el orden jurisdiccional estatal por un juez.

La diferencia básica entre una sentencia y un laudo radica en que la jurisdicción y competencia de los jueces viene determinada por la ley (“mandato público”), mientras que la jurisdicción arbitral se fundamenta en el Principio de la Autonomía de la Voluntad de las Partes (“mandato privado”).

Resaltamos el hecho que el arbitraje debe ser consensuado, sea de forma previa -a través de un contrato, cláusula compromisoria o acuerdo arbitral- o con posterioridad, luego que hubiera surgido algún conflicto, como mecanismo de resolver un asunto litigioso o desacuerdo; hecho que nos evoca una inquietud ¿puede un tercero no signatario de un acuerdo de arbitraje ser parte de un procedimiento arbitral?

## DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES.

El Principio de la Autonomía de la Voluntad de las Partes es uno de los pilares fundamentales del Arbitraje Comercial moderno, donde son los propios sujetos inmersos en una controversia, quienes pactan directamente normas para regular sus relaciones privadas y, especialmente, la manera cómo han de resolver sus disputas.

A este principio<sup>1</sup> se le considera como el derecho reconocido a toda persona de entrar libremente en una relación jurídica, siempre que no fuera contraria a las leyes, a la moral ni al orden público.

La Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Panamá, bajo la ponencia del magistrado Luis Ramón Fábrega Sánchez, el 8 de mayo de 2015<sup>2</sup> dispuso lo siguiente:

**Tal convenio arbitral es producto de la autonomía de la voluntad de las partes, autonomía que viene dada por mandato de la Ley,** razón por la que no vemos ningún tipo de violación al orden público con la constitución del Tribunal Arbitral... (La negrita es nuestra).

En adición a lo anterior, la Sala Cuarta de Negocios General de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en esta ocasión bajo la ponencia del magistrado Harley James Mitchell Dale ratificó el Principio de la Autonomía de la Voluntad de las Partes en materia arbitral, al establecer el 11 de mayo de 2015:

No debemos perder de vista, que **en los procesos de arbitraje subyace la voluntad de las partes,** y es en la audiencia de fijación de causa de este negocio, donde se estableció, entre otras cosas, el instrumento jurídico que regiría su tramitación y decisión, resultando contrario al debido proceso acudir a otro cuerpo normativo, ya que esto representaría desviar la actividad de este proceso bajo trámites y procedi-

mientos distintos a los estatuidos. (La negrita es nuestra).

Con anterioridad, el 11 de septiembre de 2008, el magistrado Harley James Mitchell Dale estableció que “el arbitraje depende de la autonomía de la voluntad de las partes y que dejan plasmado en un acuerdo o convenio arbitral en el que señalan la forma en que desean se desenvuelva el procedimiento arbitral, la forma en que deben fallar los árbitros ya sea en derecho o en equidad, el término para hacerlo, entre otras”.

Vemos pues, que este principio cardinal de autonomía de la voluntad de las partes es la piedra angular del acuerdo de arbitraje, pero si una persona no ha dado su consentimiento al firmar una cláusula compromisoria ¿puede ser llamada para que sea parte de un proceso arbitral?

## DEL ACUERDO DE ARBITRAJE.

Recordemos que un arbitraje se pacta a través de un acuerdo de arbitraje, instrumento en que las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hubieran surgido o que pudieren surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

El acuerdo de arbitraje podrá adoptarse en forma de una cláusula compromisoria incluida en otro contrato o bien mediante un acuerdo independiente. En ambos casos, deberá constar por escrito de alguna forma en constancia de su contenido –ya sea que el acuerdo de arbitraje o el contrato se haya celebrado verbalmente<sup>3</sup> me-

1. Cfr. Artículo 976 del Código Civil panameño: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las Partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

2. Recurso de Anulación interpuesto por Fundaciones y Pilotajes del Istmo, S. A., contra el Laudo Arbitral fechado 9 de abril 2013 dictado por un Tribunal Arbitral del CESCÓN.

3. Si bien es cierto, conforme a la Convención de Nueva York, se exige que el Acuerdo de Arbitraje conste por escrito, en la revisión de la Ley Modelo de UNCITRAL de 2006 y que sirvió de fundamento para la legislación panameña vigente, se permite concertar el Acuerdo de Arbitraje de cualquier forma, incluso de manera verbal.

dian­te la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

Sobre el requisito de la firma de la cláusula arbitral, la Corte Suprema de Justicia panameña lo considera como “un requisito *“probatiónem”*, es decir, que solo constituye un medio probatorio de la existencia del acuerdo de arbitraje -más no del consentimiento de las partes- quienes en su momento pueden considerar a un no firman­te como sujeto del contrato y en consecuencia someterlo al arbitraje sin necesidad que hubiera firmado (o no) la cláusula arbitral.<sup>4</sup>

Debido a los avances tecnológicos en la forma de hacer negocios actualmente, es permisible que el acuerdo de arbitraje sea acordado a través de comunicaciones electrónicas o mensajes de datos, siempre que dicha información sea accesible para consulta posterior; por lo que dichas comunicaciones electrónicas o mensajes de datos intercambiados entre las partes, se considerarán como válido cuando -de manera inequívoca- manifiesten su voluntad de acudir al arbitraje, aun cuando no aparezca estampada una firma.

Resulta notorio acotar que también se considerará que concurre una constancia escrita de un acuerdo de arbitraje, cuando exista un intercambio de escritos de demanda y contestación, en los que la preexistencia de un acuerdo arbitral sea afirmada por una parte sin que sea negada o debatida por la otra.

Así mismo, en Panamá se ha dispuesto, a fin de ampliar el ámbito de aplicación jurisdiccional arbitral, que las referencias hechas en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituye un acuerdo de arbi-

traje escrito, siempre y cuando dicha referencia implique que forma parte del contrato.

Este tipo de “Cláusula por Referencia” es ampliamente utilizada en contratos de infraestructuras, cuando se pretende vincular a subcontratistas que realicen obras a encargo del contratista y que inciden directamente en la ejecución total del proyecto -haciéndose directamente responsables por sus actuaciones- y por ende susceptible a ser llamados a un proceso arbitral a título de parte del mismo.

### **Del tercero no signatario de una cláusula arbitral.**

Si bien ya vimos la posibilidad de iniciar procedimientos arbitrales por remisión de la cláusula compromisoria por la llamada “Cláusula por Referencia”, a la postre en Panamá se han dado -por medio de la ratificación de fallos de la Corte Suprema de Justicia de Panamá- por lo menos, dos vertientes distintas de la posibilidad de llamamiento de terceros no signatarios dentro de la jurisdicción arbitral: (i) por medio de contratos independientes que afectan la ejecución de un contrato con una cláusula compromisoria; y, (ii) por medio de la figura del litisconsorcio.

En el primer supuesto, nuestra Corte Suprema de Justicia, a través de su Sala Cuarta de Negocios Generales mediante Fallo de 27 de mayo de 2015, bajo la ponencia del magistrado Harley James Mitchell Dale, permitió el llamamiento a terceros no signatarios de un acuerdo de arbitraje, siempre que existan “contratos interdependientes que afectan la ejecución del contrato contenido de la cláusula arbitral y que conllevan a la extensión de los efectos de ésta”, a saber:

4. Fallo de la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia de Panamá del 27 de mayo 2015, bajo la ponencia del magistrado Harley James Mitchell Dale.

En este supuesto jurídico, si uno de los contratos enlazados contiene una cláusula arbitral y los otros no, la extensión de los efectos de la misma se da en virtud de que la realidad económica prevalece sobre la formalidad de los contratos; con el fin de preservar la unidad y eficacia del arbitraje.

Con este fallo, la Corte enfatizó la naturaleza contractual de la cláusula arbitral regida por los principios generales de contratos establecidos en el Código Civil panameño, agregando que, “en materia arbitral este principio no es absoluto y permite que los efectos del contrato se extiendan a terceras personas en aras de mantener la uniformidad y eficacia del arbitraje”.

Más interesante resulta que ésta extensión de los efectos de la cláusula arbitral a no signatarios “procede solo cuando exista la voluntad común de las partes en el proceso, de considerar a ese tercero como involucrado de forma considerable o como una verdadera parte del contrato que contiene la cláusula arbitral” (sic).

El fundamento radica, primordialmente, en la tutela judicial efectiva consagrada en la Constitución Nacional que “establece el derecho a la efectividad de las decisiones y el principio “*pro actione*”, siendo su equivalente en el área de los medios de resolución de conflictos el principio “*pro arbitraje*”.

A su vez, añade que la doctrina constitucional panameña establece “que la tutela judicial efectiva constituye el derecho fundamental que asiste a toda persona para obtener, como resultado de un proceso sustanciado con todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos”.

La tutela judicial efectiva, bajo el criterio de la Corte, debe contener cuatro derechos, a saber:

(1) el derecho de acción; (2) el derecho a obtener una sentencia congruente fundada en derecho; (3) el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y, (4) el derecho al recurso legalmente previsto.

Por lo que, con relación al arbitraje, “ésta tutela judicial efectiva se verifica en el principio “pro arbitraje”, que permite concluir que los efectos del acuerdo arbitral son extensibles a los terceros no firmantes, en aquellos casos en los cuales de no hacerse, se dejaría sin efecto el arbitraje por existir el peligro de que una controversia sea decidida de modo diferente en sede arbitral y judicial cuando se reclame al tercero no firmante el cumplimiento de la misma conducta que a la parte signataria demandada”.

Entonces, podemos afirmar que en el derecho panameño, la firma de un acuerdo arbitral es un requisito *ad probationem*, más que un requisito de *ad validitem*, para el llamamiento de un tercero no signatario de un acuerdo de arbitraje.

Con relación al segundo supuesto, en fecha 9 de junio de 2011, a través del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, se estableció que “se hace necesario la comparecencia de todas las partes involucradas en el conflicto y, en especial, para que puedan salvaguardar y defender sus derechos que puedan verse afectados con la decisión que se adopte por parte del Tribunal Arbitral”.

Vemos pues, que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia afirmó la posibilidad de que se llamara a un tercero no signatario de una cláusula compromisoria bajo la figura del litisconsorcio, en el evento de que “la demanda recaiga sobre actos o relaciones jurídicas a cuya formación hayan contribuido varias personas, o que por su naturaleza o por disposición legal no sea posible resolver el fondo sin que en el proceso comparezcan las personas que intervinieron en dichos

actos o relaciones, la demanda deberá promoverse o dirigirse en contra de todas ellas”.

Si bien, la doctrina internacional ha esbozado alrededor de siete teorías distintas en la posibilidad de llamamiento de terceros no signatarios, como lo son: (i) la aceptación tácita; (ii) el alter ego o levantamiento del velo corporativo; (iii) grupo de sociedades; (iv) doctrina de los actos propios o estoppel; (v) tercero por referencia o beneficiario; (vi) grupo de contratos o cadenas de contratos; (vii) y, el litisconsorcio, hemos podido apreciar que por ley, así como por fallos de la Corte Suprema de Justicia, operan en Panamá por lo menos cuatro de estos (4) de estos supuestos jurídicos.<sup>5</sup>

Al final, es el Tribunal Arbitral –en base a los argumentos y pruebas que presenten las partes–, el encargado de determinar su competencia y la necesidad o no de llamar a un tercero que no ha estampado su firma, con fundamento en la voluntad común de las partes y teniendo en consideración la existencia o no de contratos interdependientes o ficciones jurídicas alternas que puedan afectar la ejecución del contrato contenido de la cláusula arbitral, que conlleva una extensión de los efectos de ésta, bajo alguno de los supuestos legales, doctrinales y jurisprudenciales antes mencionados.

---

5. La aceptación tácita (artículo 17 de la Ley 131 de 2013, párrafo tercero); tercero por referencia o beneficiario (Fallo de 27 de mayo de 2015); grupo o cadenas de contratos (Fallo de 27 de mayo de 2015 y también se puede inferir del artículo 17 de la Ley 131 de 2013, último párrafo); y el litisconsorcio (Fallo de 9 de junio de 2011).



# ASESORÍA LEGAL CON TRANSPARENCIA, ÉTICA Y HONESTIDAD.



**SOMOS UNA DE LAS FIRMAS MÁS SEGURAS  
Y CONFIABLES EN EL TERRITORIO PANAMEÑO.**

Ofrecemos una amplia gama de servicios legales y contamos con un equipo de trabajo conformado por profesionales altamente calificados.



Tower Financial Center, Piso 16, Calle 50 y Elvira Méndez, Apartado Postal 0832-01091, Panamá, República de Panamá.  
☎ (507) 366-8400 / 📠 (507) 366-8457

CLUB \* ABOGADOS  
IBEROAMÉRICA

 **lus Laboris** | Global Human Resources Lawyers

✉ [anc@anorco.com.pa](mailto:anc@anorco.com.pa)

🌐 [www.anorco.com](http://www.anorco.com)



**ROSAS RODRÍGUEZ &  
ASOCIADOS**











**AUSBERTO A. ROSAS R.  
ALDO A. SUCRE GONZÁLEZ  
SUGEYS BARRERA**

**ABOGADOS - ATTORNEYS AT LAW**

[www.rosasabogados.com](http://www.rosasabogados.com)

Obarrio, calle Ernestina Sucre Tapia, Edificio Primavera, oficina No.1  
Teléfonos (507) 263-0852 | 263-8848 | Apartado 0823-02884

## ¿POR QUÉ ESCOGER CESCÓN?

-  **CELERIDAD.** CESCÓN se distingue por la celeridad en el desarrollo de sus procesos, resueltos con total imparcialidad, confidencialidad y economía en el tiempo.
-  **IGUALDAD ENTRE LAS PARTES.** En CESCÓN ambas partes gozan del mismo tiempo para la presentación de pruebas, garantizando así la igualdad en los procesos.
-  **CONFIDENCIALIDAD.** Se mantienen en estricta privacidad todos los procesos administrados y tramitados en CESCÓN.
-  **IMPARCIALIDAD E INDEPENDENCIA.** Como norma, CESCÓN mantiene una vertical imparcialidad e independencia hacia todas las partes involucradas en los procesos.
-  **COMODIDAD.** Inmejorable ubicación, en el corazón del distrito financiero de Panamá, con facilidades de acceso y estacionamiento, al igual que amplias y modernas instalaciones bajo los más altos estándares comerciales.
  - Salón de Audiencias
  - Sala de Mediación
  - Salón complementario de Deliberación del Tribunal y las Partes
-  **TECNOLOGÍA.** Facilidades tecnológicas de punta, que le permiten entre otros aspectos, recibir testimonios virtualmente, de manera fluida, lográndose una significativa reducción de costos.
-  **ACCESIBILIDAD.** CESCÓN Digital, la herramienta web que le permite el acceso al expediente de su proceso para consultas desde cualquier parte del mundo por medio de su computador o dispositivo móvil.
-  **CONOCIMIENTO.** Personal experto que lo apoyará y guiará en todo el proceso.
-  **COSTO.** Tarifas competitivas y atractivas, tanto locales como en la Región, facilitando a las partes en conflicto resolver sus controversias con un ahorro de tiempo y con costos razonables.
-  **REGLAMENTO.** El centro se rige por un reglamento moderno para la conducción de procesos, respondiendo a todas las exigencias del mercado global.

# LA NATURALEZA JURÍDICA Y MISIÓN DE LOS DISPUTES BOARDS

---



AGENOR  
CORREA PULICE  
[agenorcorrea@yahoo.com](mailto:agenorcorrea@yahoo.com)

## INTRODUCCIÓN

Los *disputes boards* o juntas de resolución de conflictos (en lo sucesivo “DBs”), son un mecanismo alternativo de solución de controversias o conflictos, primera y principalmente diseñados para garantizar la ejecución y finalización exitosa de obras de construcción, primordialmente aquellas obras de construcción que tienen un presupuesto cuantioso y un plazo de ejecución prolongado, comúnmente denominados megaobras.

Los DBs tienen como función emitir recomendaciones o decisiones, según sea el tipo de junta establecida, en el momento en que las controversias van surgiendo, es decir en tiempo real, de manera contemporánea al conflicto presentado durante la ejecución de la obra. Y sobre todo de manera flexible, evitando la rigidez y los formalismos que imponen la justicia ordinaria e incluso los arbitrajes de alto grado de complejidad, que pueden llegar a ser muy costosos y prolongados. De allí que, en opinión de muchos expertos, la litigación como mecanismo de solución de controversias, es especialmente inapropiada para resolver disputas en la industria de la construcción. Además, existen múltiples estudios que establecen que los procesos litigiosos son extremadamente largos y costosos, llegando al extremo en que la resolución final del caso se dilata a tal nivel que las partes pierden el sentido y la motivación de esperar por ella.<sup>1</sup> Lo cual en obras de construcción puede llevar a la paralización temporal de la obra y en algunos casos el fracaso del proyecto.

---

1. RADOVIC, Marcela. “Prevención y resolución experta de conflictos en la Industria de la Construcción. El caso de los Dispute Resolution Boards” p. 7. En [http://www.academia.edu/8145076/INDUSTRIA\\_DE\\_LA\\_CONSTRUCCION](http://www.academia.edu/8145076/INDUSTRIA_DE_LA_CONSTRUCCION).

Así pues, la función de expedir recomendaciones o decisiones de manera expedita tiene dos consecuencias en el establecimiento de los *DBs*:

- » Los *DBs* son generalmente constituidos desde el inicio de la obra e incluso antes del nacimiento de cualquier litigio, acompañan el desarrollo de la misma y conocen y resuelven las disputas conforme van surgiendo en el desarrollo del proyecto o de la obra.
- » Como ocurre en el arbitraje y la mayoría de los mecanismos de resolución de conflictos, los miembros de los *DBs* son designados en virtud de un acuerdo contractual. Sin embargo, en la práctica, los miembros designados son generalmente especialistas, técnicos o expertos relacionados con el tipo de proyecto que se emprende.

En razón de la proximidad o intermediación entre los *DBs* y la obra, y de las características y funciones propias de los miembros de los *DBs* que se puede afirmar, como ya he tenido la oportunidad de mencionar, que los *DBs* no están diseñados o pensados para reemplazar ni competir con la jurisdicción arbitral. De ocurrir tal reemplazo, los *DBs* perderían su esencia, practicidad y efectividad, poniendo en riesgo la perennidad de la institución.

De lo anterior, resulta que la decisión o recomendación que toman los miembros de un *Dispute Board* se basa o se debe basar en los criterios de las partes, los hechos presentados y las cláusulas acordadas y firmadas por las partes, después de realizar el análisis de los hechos y las disposiciones contractuales. Pero lo más importante, es que las decisiones o recomendaciones sean emitidas de manera expedita.

De allí, que en mi opinión los *DBs* brindan justicia rápida y, por consiguiente, imperfecta, que tiene su control o verificación final en el arbitraje. En arbitraje es un mecanismo más riguroso y formalista en el que se debe convencer al tribunal arbitral de cada argumento, entrando en el detalle de las controversias, y el árbitro tiene una obligación de motivación que le obliga a tomar en consideración y responder con cierto detalle, los argumentos relevantes de las partes en un laudo arbitral.

Esta es la razón, por la que en foros donde he discutido el tema, he dicho que para los litigantes acostumbrados a intervenir en procesos judiciales ordinarios o arbitrales, antes de entrar a una audiencia de un *dispute board* deben tomarse una buena copa de coñac o ron añejo, como el que se produce en mi querida Panamá, a fin de no estresarse por la informalidad con la que los miembros de los *DBs* llevan las audiencias, prácticas de pruebas, alegatos, etc., pues de lo contrario pueden sufrir un choque cultural severo con la diferencia en los procesos.

Los *DBs* han demostrado ser exitosos, pues es mucho más beneficioso discutir los conflictos a temprana hora, es decir cercano a la situación que los generó, ya que es mucho más costoso para las partes ilustrar a asesores y árbitros respecto al caso, mucho después del hecho. De allí, que la celeridad y el bajo costo son, sin duda, las mayores ventajas de los *DBs*, especialmente si se compara con los procesos judiciales o arbitrales.<sup>2</sup> Además, de ser es más complicado recabar información y evidencias años después, y sin haber dado seguimiento a la ejecución de la obra de manera contemporánea. Por lo que, han llegado a constituirse en “un fascinante medio de solución de controversias”.<sup>3</sup>

2. MARCONDES, Fernando y LEVY, Luciana. *Dispute Boards e contratos de construção*. En <http://www.oabrij.org.br/materia-tribuna-do-advogado/17809-dispute-boards-e-contratos-de-construcao---fernando-marcondes-e-luciana-levy>

3. HERNÁNDEZ GARCÍA, ROBERTO. “Dispute Boards en Latinoamérica: Retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias” en R. HERNÁNDEZ GARCÍA (Coord.), *Dispute Boards en Latinoamérica: Experiencias y retos*, Estudio MARIO CASTILLO FREYRE, Vol. 23, Lima 2014, p. 23

## ORIGEN HISTÓRICO Y EVOLUCIÓN DE LOS DBS

Existen diversas fuentes en relación al nacimiento u origen histórico del uso de los *DBs* a nivel internacional. Podemos indicar que el *Dispute Board* fue utilizado por primera vez en el Boundary Dam, en Washington, Estados Unidos de Norteamérica (EE.UU.) en el año de 1960, años después en el Eisenhower Tunnel, Colorado (EE. UU.) en 1975, cuando se construyó un túnel inmenso, que debió haberse construido en 60 meses pero demoró 73 meses, obra que a pesar de una serie de problemas, que conllevó un atraso por grandes disputas, se concluyó. Y en América Latina, el emblemático caso, considerado el primer caso de Dispute Board debidamente registrado, el *Cajon Hydro Project*, en Honduras en el año de 1980.<sup>4</sup>

Desde su origen histórico, el uso de los *DBs* fue gradualmente en aumento durante los años 80's y 90's. En EE. UU. y Canadá logró alcanzar en el año de 1994 su inclusión en unos 166 proyectos y para el año 2000 la cifra aumento a más de 600 proyectos, confirmando la efectividad de la herramienta. El uso de los *DBs* fue potenciado al ser adoptados por diversas entidades a nivel mundial. En 1991 el Banco Mundial recomendó el uso de *DBs* en grandes proyectos, como mecanismo para la solución de diferencias. Posteriormente en 1995, el Banco Mundial publicó una edición revisada de un contrato estándar para la construcción de obras, que corresponde a una versión tipo obligatoria de contrato que debe ser empleada en cualquier contrato de obra civil importante que financie el Banco Mundial. En los formatos de la Federación Internacional de Ingenieros Con-

sultores (FIDIC) fueron incluidos en el año de 1995. Recientemente, fue incluido en el Contrato de Diseño y Construcción del Tercer Juego de Esclusas del Canal de Panamá, donde se estableció la designación de un *dispute board*, en la modalidad de *Dispute Adjudication Board*, llamada a tomar decisiones y no recomendaciones en relación a los conflictos surgidos entre las partes, establecido desde el inicio de la ejecución del contrato de conformidad con el formato FIDIC utilizado en este caso.

El mecanismo de los *DBs* ha sido utilizado en múltiples contratos de construcción, como la construcción de túneles, hidroeléctricas, carreteras, etc., pero lo importante es que se trate de grandes proyectos, de duración prolongada donde los riesgos son amplios.

## LOS DISPUTES BOARDS COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS CONTRACTUALES

Ya hemos adelantado que existen diversas modalidades de los *DBs*, que se distinguen en cuanto al carácter vinculante o no de sus conclusiones.

Existen los *Dispute Review Boards (DRBs)*<sup>5</sup> en los que sus miembros sólo emiten recomendaciones, las cuales pueden ser aceptadas o rechazadas por las partes. Si la parte contra la cual recae la recomendación acepta la recomendación del *DRB*, se da por terminada la disputa y la recomendación es implementada tomando un carácter final. De lo contrario, si la recomendación es rechazada, la disputa será elevada al siguiente nivel que usualmente en contratos de construcción es el arbitraje.

4. MATYAS, Robert; MATHEWS, A.; SMITH, Robert; Y SPERRY, Paul. Construction Dispute Review Board Manual. McGraw Hill, New York 1996, p. 10.  
5. CAMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (CCI), Reglamento relativo a los Dispute Boards, Artículo 4. En <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-Dispute-Board-Rules-Spanish-version.pdf>

Existen igualmente los *Dispute Adjudication Boards (DABs)*,<sup>6</sup> en que los miembros del panel emiten decisiones obligatorias, respecto a las cuales las partes pueden manifestar su insatisfacción, y que aún así deben ser cumplidas hasta tanto la desavenencia no sea resuelta definitivamente mediante arbitraje. Esta fue la modalidad utilizada por el Canal de Panamá en el contrato de Diseño y Construcción del Tercer Juego de Esclusas del Programa de Ampliación.

Finalmente, existe una modalidad que se denomina *Combined Dispute Boards (CDBs)*,<sup>7</sup> donde según su nombre lo indica se combinan las características de los *DRBs* y los *DABs*.

En todo caso, el objetivo y misión de los *DBs* es anticiparse a la disputa y prevenirla o resolverla de manera oportuna a fin de evitar retrasos o paralizaciones en las obras. A diferencia del arbitraje, en donde se conoce de la controversia de manera posterior a los hechos.

Cuando se forma un *Dispute Board* colegiado, es decir de tres miembros, cada parte designa a un miembro y otro más es seleccionado en consenso entre las partes y/o los miembros designados por las partes, todo esto enmarcado en un gran nivel de confianza recíproca. Ese tercer miembro debe inspirar confianza entre las partes. Es recomendable, que el funcionamiento de los *DBs* se dé desde el inicio de la ejecución de la obra para que conozcan de las especificidades del proyecto y de la evolución de la relación de las partes. Deben además, estar familiarizados con el contrato, deben conocer de primera mano el funcionamiento de la obra y deben dedicar tiempo a conocer todos los detalles de la obra, en caso que surja alguna disputa. Los problemas no surgen del contrato, sino de hechos durante la ejecución de la obra y es por eso que cada uno

de los miembros debe conocer el sitio, de allí la importancia de las visitas al sitio de obra y manteniendo reuniones periódicas con los representantes de las partes encargados de la obra, de forma que los miembros del *Dispute Board* tengan el conocimiento suficiente y estén familiarizados con la obra, lo cual les ayudará a resolver las controversias de manera más oportuna evitando atrasos y problemas colaterales financieros.

Por ello, es fundamental asegurar la disponibilidad de los miembros de los *DBs* para las visitas de campo al sitio, que les permitan familiarizarse con la obra además de conocer el contrato. De modo que, al conocer la situación o disputa puedan resolver mucho más rápido y de forma más expedita con conocimiento de primera mano y no alejado de lo que es la realidad y sobre todo con fundamento y apego al contrato.

Al hablar de la experiencia en los *DBs*, el proceso es mucho más flexible que en los arbitrajes, con un ambiente que debe ser más cooperativo que conflictivo. Las cosas pueden darse sin un orden en particular. Para los abogados litigantes que nos hemos acostumbrado a llevar arbitrajes formales, nos puede causar una sensación de incomodidad, pero los costos son mucho más reducidos que en un arbitraje, lo cual representa una gran ventaja. Los *DBs* conocen la controversia en tiempo real, lo que en mi opinión es lo más beneficioso.

Por lo tanto, surge la necesidad de resolver las discrepancias de manera rápida, informada y por profesionales que tengan la mayor cantidad de información sobre la obra, lo que no puede hacerse a través del arbitraje. Nadie duda que el arbitraje se haya ganado un justo reconocimiento en la solución de conflictos, sin embargo, en la práctica aún no supera aquellas exigencias de

6. *Ibidem*, artículo 5.

7. *Ibidem*, artículo 6.

tiempo y costo que emergen de la naturaleza de un proyecto de construcción.

Los *DBs*, no deciden de manera final y definitiva las disputas, ellos emiten su recomendación o decisión, según la modalidad de *DBs*, haciendo un balance de los problemas y dándole la razón a una de las partes en conflicto. Serán las partes, las que le darán el carácter final o definitivo si aceptan o implementan la decisión o recomendación sin manifestar insatisfacción. Pues de manifestar alguna de las partes su insatisfacción, la posición del *Dispute Board* no será final y será elevada a un arbitraje. Es por ello, que se ha dicho que los *DBs*, son mecanismos de mediación que buscan resolver las disputas de manera amigable.

En los *DBs*, la obra no se detiene, la misma sigue su curso, inclusive dependiendo del reglamento el panel de mediadores pueden dar decisiones interlocutorias, para por ejemplo eliminar la fase de alegatos, siempre y cuando estén de acuerdo las partes para que así pueda llevar la obra a su conclusión. De allí, que en mi opinión, el lema de los *DBs* debe ser que la obra debe completarse, aunque sea con decisiones que en algunos casos pueden ser imperfectas, permitiendo que la obra sea completada y que no se estanque en disputas que pueden conllevar el fracaso y quiebra de algunas obras. Lo importante es que las decisiones de los *DBs* no son finales y definitivas, a menos que las partes así lo acepten.

La parte más complicada en una obra es administrar los riesgos que esta conlleva. Por ello, para evitar conflictos, lo más importante es transferir, mitigar riesgos y gerenciar contratos de manera segura e identificar problemas desde antes de

iniciar las obras. Lo cual se hace estableciendo cláusulas claras que identifiquen responsabilidades y riesgos para las partes. Lamentablemente esto no siempre es la solución, pues en algunas ocasiones una de las partes busca en la letra del contrato, interpretaciones haladas de los cabellos para justificar su actuación y solicitar incrementos injustificados.

## LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DISPUTE BOARDS

Finalmente, al entrar a analizar la naturaleza jurídica de los *DBs* recordamos al jurista JOSÉ LOIS ESTÉVEZ,<sup>8</sup> quien indicó que *“cada vez que un jurista se enfrenta con un concepto peculiar a la Ciencia que cultiva, se ve obligado, por virtud de una tradición varias veces secular, a tomar posición en ese espinoso problema de -la naturaleza jurídica”*. Lo cual nos recuerda que es fundamental establecer la naturaleza jurídica del concepto que se estudia. Por ello, en mi opinión, analizar la naturaleza jurídica de los *DBs* nos llevará a comprender mejor la figura jurídica de la que hablamos, darle un mejor uso a la herramienta y evitar que la misma pierda su esencia. De allí que, considero que este tema no debe preocupar ni atormentar a los practicantes del arbitraje en materia de construcción, pues si bien los *DBs* deben respetar el debido proceso, lo cual se refleja en las cláusulas contractuales que establecen que si bien los *DBs* no son un arbitraje, el debido proceso debe respetarse, bajo el concepto de que los miembros de los *DBs* deben aplicar la justicia natural o **Natural Justice**, que viene del clausulado tipo FIDIC, sus decisiones no son finales o definitivas. El debido proceso se tiene que respetar en los *DBs*, aun cuando las audiencias, la práctica de pruebas, etc., se realicen con mucho menos formalidades que las de un arbitraje. Lo que sí es fundamental dejar

8. ESTÉVEZ, José Lois. El Concepto de Naturaleza Jurídica. Anuario de filosofía del derecho, N° 4, 1956, p. 159. En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2057273>

claro, es que la aplicación del contrato debe ser fundamental para los miembros de los *DBs*, pues es ese su origen y naturaleza jurídica. No es un arbitraje y los practicantes de los arbitrajes no deben estar preocupados por la efectividad de los *DBs*, ya que son complementos.

De allí, que la naturaleza jurídica de los *DBs* es contractual y así debe mantenerse, pues si se trata de darle una formalidad de Ley, en mi opinión, se desvirtuará su esencia y dejarán de ser tan efectivos como lo han sido. Por ello, no debe haber temor como los hay en algunos países de que los *DBs* reemplacen los arbitrajes, pues cuando no se piense de esa manera, y quiera dársele a los *DBs* un carácter jurisdiccional como lo tienen los arbitrajes, estarán perdiendo su esencia y su efectividad habrá terminado.

Los *DBs* están constituidos de acuerdo a lo establecido en el contrato y de ahí su naturaleza jurídica. El contrato establece que tienen la facultad de resolver cualquier disputa que haya surgido entre las partes, ya sea por una determinación, una instrucción, una opinión o cualquier tipo de variación o modificación a las condiciones contractuales que será resuelta por un *DAB*, *DRB* o *CDB*, según se haya establecido.

Por su parte, a fin de ilustrar lo indicado respecto a la naturaleza jurídica de los *DBs*, es importante citar el Reglamento Relativo a los *Dispute Boards* de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el cual señala que:

*“Un «dispute board» es un órgano permanente que típicamente se establece con la firma o el inicio de la ejecución de un contrato a mediano o largo plazo, para ayudar a las par-*

*tes a evitar o resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera surgir durante la aplicación del contrato.”; y que “Los Dispute Boards no son tribunales arbitrales y sus Conclusiones no tienen fuerza ejecutiva como los laudos arbitrales. Las Partes aceptan contractualmente quedar vinculadas por las Conclusiones bajo ciertas condiciones específicas enunciadas en el Reglamento.”<sup>9</sup>*

Estas disposiciones del Reglamento relativo a los *Dispute Boards* de la CCI, claramente establecen que los *DBs* nacen a la vida jurídica con fundamento a la voluntad de las partes, la cual es plasmada en el contrato. De allí su esencia y naturaleza jurídica contractual. Además, resalta que los *DBs* no son un arbitraje y que sus decisiones no son finales como las de los arbitrajes, los cuales son una institución jurídica reconocida tanto por leyes nacionales como incluso por tratados internacionales, dándoles la facultad de ejercer justicia de manera privativa y excluyente de la justicia ordinaria.

## CONCLUSIONES

Hemos dejado claro a lo largo de este artículo, que en nuestra experiencia y estudio a nivel internacional, los *DBs* han demostrado ser efectivos en la resolución de controversias y disputas que se presentan durante la ejecución de una obra, con la misión casi religiosa de garantizar que la OBRA SE COMPLETE. Lo cual se logra, mediante la producción de una justicia eficiente, rápida e imperfecta, que posteriormente puede ser revisada para llegar a una justicia más analizada y final. El problema que algunos pueden esbozar respecto a la figura de los *DBs*, que igualmente se da en la justicia ordinaria y los

9. CAMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL (CCI), Reglamento relativo a los *Dispute Boards*, Prefacio y artículo 1. En <https://cms.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2016/11/2015-Dispute-Board-Rules-Spanish-version.pdf>



arbitrajes, es que cuando una de las partes no puede sustentar el mérito y fundamento de sus reclamaciones, hace uso de todas las tácticas dilatorias para entorpecer el proceso y evitar decisiones que con fundamento a los hechos y el contrato rechacen sus infundadas pretensiones.

Los *DBs* no deben verse como una competencia a los arbitrajes, que si bien nadie duda de su efectividad, también ha quedado claro que pueden ser muy costosos y prolongados en el tiempo, lo cual en medio de una obra de construcción puede no favorecer su ejecución y culminación. De allí que los arbitrajes y los *DBs* son complementarios uno del otro y no competencia como algunos han manifestado. Recordando que los

*DBs* surgieron como una alternativa para agilizar la búsqueda de soluciones durante la ejecución de obras de construcción, ya que el arbitraje demostró lo costoso y en algunos casos extensos que pueden llegar a ser. Esto confirma que son complemento ideal uno del otro.

Finalmente, ha quedado igualmente comprobado que la naturaleza jurídica de los *DBs* es contractual y que es el resultado de la autonomía de la voluntad de las partes al acordar y suscribir el contrato.

En el momento que tratemos de darle esa connotación de jurisdicción excluyente del arbitraje o de la justicia ordinaria, estaremos desvirtuando los *DBs* y marcando el inicio de su fin.

# LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO ARBITRAL PANAMEÑO

---



MARISOL TAMARA  
ELLIS A.  
marisole@icazalaw.com

SUMARIO: I. ASPECTOS GENERALES. (A) Concepto. (B) Características. II. MEDIDAS CAUTELARES Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL. (A) La Jurisdicción Arbitral. (B) Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999. (C) Ley 131 de 31 de diciembre de 2013. 1. Medidas Cautelares. 1.1 Clases de Medidas Cautelares. 1.2 Requerimientos y Procedimiento Para Adoptar la Medida. 1.3 Decreto de Medidas Cautelares, Previo a la Constitución del Tribunal Arbitral. 1.4 Ámbito de Competencia del Tribunal Judicial. 2. Órdenes Preliminares. 3. Medidas Cautelares y Órdenes Preliminares Dicitadas por Tribunal con Sede en el Extranjero. 4. Conclusiones.

## I. ASPECTOS GENERALES

### A. Concepto

Siguiendo las enseñanzas del maestro Jorge Fábrega Ponce, entre las distintas funciones de la Jurisdicción, se encuentra la de carácter cautelar.<sup>1</sup>

Son distintas las denominaciones y conceptualizaciones que se han utilizado para explicar la función cautelar. Así, Luis Carlos Reyes y Ricardo Sánchez,<sup>2</sup> definen la acción cautelar, medidas precautorias o medidas cautelares como “una acción subsidiaria y derivada del derecho de acción, que le permite a las personas excitar la jurisdicción para asegurar, proteger y conservar situaciones jurídicas, que luego se procura reconocer.

Ello supone que al ser ejercida, el Juez debe convertirse en director y ejecutor de ciertos actos procesales que garanticen a las partes el cum-

---

1. Cfr. FÁBREGA PONCE, Jorge, *Medidas Cautelares*, Panamá, 1998, p.23.

2. Cit. por CORRALES, Manuel de Jesús, *Medidas Cautelares Civiles*, Panamá, 2010, p.31.

plimiento de los trámites y procedimientos que para esos casos específicos establecen la Constitución y la Ley”.

## B. Características

Son varios los rasgos distintivos de las medidas cautelares. Para efectos del presente estudio, se hará referencia a dos de ellas:

1. el carácter jurisdiccional, en virtud del cual las medidas precautorias y todo lo que a ellas se relacione, ha de adoptarse por una persona o entidad que esté facultado para administrar justicia.
2. el carácter inaudita parte, por el cual es posible decretar y practicar la medida cautelar sin el previo conocimiento de la parte contra la cual se dirige.

## II. MEDIDAS CAUTELARES Y PROCESO ARBITRAL EN PANAMÁ

### (a) La Jurisdicción Arbitral

La Jurisdicción, entendida como la facultad que confiere el poder de resolver una controversia en forma definitiva, es un atributo que no está exclusivamente, radicado en los tribunales de justicia integrados por jueces designados por el Poder Público. Es un hecho aceptado que todo sujeto que goce de personalidad jurídica, tiene la potestad para someter la solución de un conflicto a uno o más árbitros.

La Constitución Política de la República de Panamá, reconoce la existencia de la Jurisdicción Arbitral en los siguientes términos:

ARTICULO 202. El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca. La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley.

Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia.<sup>3</sup>

La Jurisdicción Arbitral determina que un tribunal, integrado por uno o más árbitros, en lugar de jueces designados por el poder estatal, tendrá, entre otras atribuciones, la de decretar medidas cautelares, ya sea en forma previa o en el curso de un procedimiento arbitral. El poder del Tribunal Arbitral emana de la voluntad y decisión de las partes o de la Ley.<sup>4</sup>

### (b) Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999

El Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999, cuya vigencia se extendió hasta el 7 de enero de 2014, aprobó en la República de Panamá, el Régimen General de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación.

En lo que respecta a la posibilidad de decretar medidas cautelares por un tribunal arbitral, (fuera el arbitraje doméstico o internacional), en el apartado pertinente del Artículo 11 del cuerpo normativo en estudio, visto en relación con el Artículo 24, se contempló lo siguiente:

“Artículo 11: (...)

No se entenderá como renuncia al arbitraje pactado, la solicitud ante los tribunales competentes, por cualquiera de las partes,

3. El actual texto del Artículo 202 de la Constitución Política, es producto de las reformas constitucionales del año 2004. Es de notar que previo a la reforma constitucional ya se contaba con un régimen general de arbitraje, vigente a partir de la promulgación del Decreto Ley 5 de 8 de julio de 1999.

4. Las partes confieren poder al tribunal arbitral en forma directa, a través de los parámetros que expresamente establezcan en el acuerdo arbitral, al igual que en forma indirecta, al convenir en la aplicación del reglamento de alguna institución que administre procedimientos arbitrales. Por vía de Ley, los poderes del tribunal arbitral serán los consignados en la legislación arbitral vigente en el país que se defina como sede del arbitraje.

de medidas cautelares que aseguren los resultados del proceso y que el tribunal acceda a esta petición. El tribunal ordinario que adopte la medida deberá comunicar su resolución a los árbitros o a la institución de arbitraje establecida, o a la autoridad de designación que corresponda, en un término no mayor de diez días, contado a partir de la práctica de la diligencia”.

“(…)

“Artículo 24. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, adoptar las medidas provisionales o cautelares que considere oportunas en orden al aseguramiento del objeto del proceso. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que otorgue garantías apropiadas. Para la ejecución de las medidas, el tribunal arbitral puede auxiliarse con el juez de circuito de turno sin necesidad de reparto, el cual deberá practicar estas medidas en un término de diez días hábiles”.

Son varios los aspectos que se desprenden de las citadas disposiciones:

1. En fecha previa al reconocimiento formal de la jurisdicción arbitral por la Constitución Política, era viable en la República de Panamá la adopción de medidas cautelares por un tribunal arbitral, salvo acuerdo contrario de las partes.
2. La normativa otrora vigente no incluyó un catálogo de medidas provisionales o cautelares cuyo decreto fuera permitido al tribunal arbitral, prefiriéndose una formulación amplia para todas aquellas que se “considerasen oportunas en orden al aseguramiento del objeto del proceso”, sin que se haya establecido para el peticionario la obligación de previamente acreditar, la apariencia de

un buen derecho ni el peligro inminente de su pérdida.

3. Se autorizó a las partes el acudir directamente al Órgano Judicial (tribunal judicial) para solicitar el decreto de “medidas cautelares que aseguren los resultados del proceso”, estableciéndose la correlativa obligación del respectivo tribunal de proceder, en un término no mayor de diez días (hábiles), contados a partir de la práctica de la diligencia, a comunicar su decisión al tribunal arbitral, o a la institución de arbitraje establecida, o a la autoridad de designación de los árbitros, según corresponda en atención al supuesto que se presente.
4. Se facultó al tribunal arbitral para exigir a cualquiera de las partes, la (previa) presentación de “garantías apropiadas”; pero sin contemplar una regulación acerca del tipo de contra garantía que pudiera ser aceptable.
5. Se permitió al tribunal arbitral el decretar medidas cautelares en forma autónoma, esto es, sin la asistencia de alguna autoridad asociada al Órgano Judicial (tribunal judicial); sin embargo, para la ejecución de las mismas, se contempló la posibilidad de solicitar el auxilio del juez de circuito de turno.

La eventualidad de acudir a un juez de circuito, entiéndase, a un ente jurisdiccional que integra el Órgano Judicial, responde al hecho del *ius imperium* del que carecen los árbitros frente a terceros, e incluso frente a las partes, cuyo acuerdo de naturaleza contractual, ha determinado la propia existencia del tribunal.

El profesor Pedro Barsallo explica que “en el desempeño de la función jurisdiccional, las autoridades encargadas de ejercerla, sean jueces o magistrados, están investidos, por razón de la misma, de ciertas facultades esenciales que la

doctrina tradicionalmente ha denominado “poderes al servicio de la función jurisdiccional”.<sup>5</sup>

De las cuatro atribuciones que se conciben como Poderes de la Jurisdicción,<sup>6</sup> interesa en este apartado la ausencia del Poder de Coerción (*ius imperium*), que refiere a la posibilidad de sancionar<sup>7</sup> a quienes se nieguen u obstaculicen el cumplimiento de las decisiones adoptadas por un tribunal.

Por tanto, no es extraño que, ante la eventualidad que el destinatario de una medida cautelar proferida por un tribunal arbitral ignore su cumplimiento, se haya contemplado en la legislación, la alternativa de acudir a un tribunal judicial.

Si bien la norma guardó silencio acerca del alcance del “auxilio” que pudiere prestarse por el juez de circuito de turno, es ilustrativo el fallo proferido por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia que, en sede de Amparo de Garantías Constitucionales, se pronunció sobre el tema luego de analizar en conjunto el texto del Artículo 24 del Decreto Ley, en asocio del Artículo 11 del mismo cuerpo legal:

“(…)

En todo caso, el tribunal arbitral puede requerir auxilio al juez de circuito para practicar ya sea, pruebas o para la ejecución de medidas cautelares, solo para ello, lo cierto es que, la norma no hace mención alguna con respecto a la remisión del cuadernillo de secuestro, pero esto no quiere decir de forma alguna que el juez de circuito además de custodiar el cuadernillo de

secuestro, pueda entrar a resolver solicitudes o incidencias.

De igual forma, no se visualiza dentro del referido cuerpo legal que la solicitud de medida cautelar ante los tribunales ordinarios conlleve la renuncia al arbitraje pactado, solo se estipula como una obligación con la que debe cumplir el juez, es con la comunicación de la resolución al Centro de Arbitraje en el término de los diez días, término que se computa a partir de la práctica de la diligencia.

Ambas normas nos permiten concluir que si bien el juez de circuito tiene la facultad de ejecutar la medida, ya sea porque alguna de las partes lo solicitó, o porque el Tribunal de Arbitraje requiere del apoyo para la ejecución de la medida, en ambas normas está claramente establecido que la labor del juez sólo va encaminada a ejecutar la medida cautelar, no de resolver ninguna solicitud referente a otros aspectos que no tienen que ver directamente con los bienes a secuestrar, ampliación de la misma, etc., sólo debe limitarse a la práctica de la medida cautelar.

(…)”.<sup>8</sup>

### (c) Ley 131 de 31 de diciembre de 2013

La Ley 131 de 31 de diciembre de 2013, vigente a partir del 8 de enero de 2014, regula el Arbitraje Nacional e Internacional en Panamá.

Como es característico en los países que cuentan con una ascendente trayectoria en materia

5. BARSALLO, Pedro, Derecho Procesal, Volumen I, Panamá, 1999, p.108.

6. (i) poder de decisión; (ii) poder de coerción; (iii) poder de documentación; y (iv) poder de ejecución.

7. Las sanciones que comúnmente puede colocar un juez comprenden la imposición de multas, ordenar la privación de la libertad, forzar el acceso a predios privados o delimitados, entre otras.

8. Corte Suprema de Justicia, Pleno, Recurso de Apelación presentado en la Acción de Amparo de Garantías Constitucionales interpuesta por Proenergy Services Panamá S. de R.L. contra la Orden de Hacer contenida en la Providencia del 27 de diciembre de 2011, dictada por el Juez Décimo Séptimo de Circuito Civil. Magistrado Ponente: Luis Ramón Fábrega.

arbitral, la Ley 131 sigue el texto de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre Arbitraje Comercial Internacional, versión 1985, enmendada en el año 2006 (Ley Modelo).

A diferencia del Decreto Ley 5, la Ley 131 incluye una amplia y detallada regulación de la materia. El Capítulo IV se titula “Medidas Cautelares y Órdenes Preliminares”, y comprende un total de cinco secciones y doce artículos que se comprenden del 33 al 44, inclusive. En el espacio destinado para el presente trabajo se realizará una aproximación a los aspectos más característicos.

## 1. Medidas Cautelares

La Ley consagra una definición del concepto, estableciendo que se trata de toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento, previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, un tribunal arbitral ordena a una de las partes, alguna o algunas de las medidas que consagra la Ley.<sup>9</sup>

De la definición se destaca que, el tribunal arbitral podrá decretar una medida cautelar en cualquier momento, previo a la fecha en que se emita la decisión que desate la controversia en forma definitiva.

La decisión a través de la cual se disponga la medida, podrá o no adoptar la forma de laudo, siendo las partes, en nuestra opinión, las legitimadas para optar por una u otra posibilidad. El optar por un pronunciamiento en forma de laudo,

conllevaría la ventaja de contar con un instrumento cuyo cumplimiento puede forzarse a través de un proceso de ejecución de laudo arbitral ante un tribunal judicial;<sup>10</sup> pero la “desventaja” de abrir la posibilidad de impugnar la decisión bajo el procedimiento de anulación que consagra la Ley.<sup>11</sup>

### 1.1. Clases de Medidas Cautelares:

Son cuatro las clases de medidas que consagra la Ley,<sup>12</sup> siendo variables las condiciones para su otorgamiento, y amplía la posibilidad que surge con cada uno de los enunciados, siguiendo así la fórmula consagrada por la Ley Modelo:

1.1.1. Que se mantenga o reestablezca el *status quo* en espera que se dirima la controversia.

1.1.2. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo.

1.1.3. Que proporcione medios para preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente.

1.1.4. Que preserve elementos de prueba que sean relevantes para resolver la controversia.

Al revisar el catálogo de posibilidades que tienen a su haber las partes de un proceso arbitral, se observa que se cuenta con un escenario mucho más versátil que el que contempla el Código Ju-

9. Véase Artículo 33 de la Ley 131.

10. Véase Artículo 69 y siguientes de la Ley 131.

11. Véase Artículo 66 y siguientes de la Ley 131.

12. Véase Artículo 33 de la Ley 131

dicial para los procesos civiles,<sup>13</sup> en especial si se toma en consideración que desde el año 2013 no es posible acceder al decreto de medidas conservatorias o de protección general.<sup>14</sup> La forma en la que se enuncia cada una de las posibilidades, permite una multiplicidad de supuestos, en atención a la naturaleza personal, real o mixta que tenga la pretensión de la parte interesada.

## 1.2. Requerimientos y Procedimiento Para Adoptar la Medida

Aunque el texto legal no es explícito sobre el particular, la propia característica de la institución arbitral no facilita la toma de decisiones ex parte, esto es, sin la audiencia y/o conocimiento de la parte contraria,<sup>15</sup> entendiéndose, en estos casos, que ante la presentación de una petición de decreto de medida precautoria, el tribunal arbitral, previo a la toma de decisión, deberá comunicar el hecho de la solicitud a la parte contra la cual se dirige la medida.<sup>16</sup>

Para el caso de las medidas cautelares de la especie que se comprende en los tres primeros enunciados, la parte solicitante está obligada a justificar y convencer al tribunal arbitral que, de no otorgarse la medida cautelar, es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente a través de una indemnización (*periculum in mora*). También ha de evidenciar que existe una posibilidad razonable de que prospere la demanda sobre el fondo de la materia en litigio (*fumus boni iuris*).

Sin embargo, al pretenderse la preservación de elementos probatorios indispensables para el litigio, el peticionario tendrá la carga de acreditar lo antes expuesto, sólo en caso que el tribunal lo estime oportuno.<sup>17</sup>

Previo al decreto de la medida precautoria, el tribunal arbitral podrá exigir al peticionario que presente una garantía adecuada, vista en relación con la clase de medida que se haya solicitado. La Ley no establece el tipo de garantía que habrá de consignarse, dejando la materia al criterio de lo que se disponga por los árbitros.<sup>18</sup>

Es de notar que el solicitante de una medida cautelar será responsable de las costas, así como de los daños y perjuicios que se ocasionen a cualquier parte, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida.<sup>19</sup>

El tribunal arbitral puede requerir al tribunal judicial el auxilio necesario para la ejecución de una medida cautelar u orden preliminar, para ello, procederá el envío de una solicitud dirigida al juez competente del lugar donde se ejecutará la medida, quien ha de proceder a ejecutarla con simple presentación de copia de los documentos que acrediten la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar.

En estos casos, el juez competente contará con un término no mayor de diez días, contados a

13. Véase Artículo 531 y siguientes del Código Judicial, que esencialmente refieren al secuestro de bienes y la suspensión de cualquier negociación, transacción u operación, siempre que la pretensión del proceso sea de naturaleza real.

14. La Ley 19 de 26 de marzo de 2013 derogó el Artículo 569 del Código Judicial que consagra las medidas conservatorias o de protección General.

15. Al tenor del Artículo 45 de la Ley, deberá prodigarse un trato equitativo a las partes, y por ende, deberá tratarse con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

16. La lectura en sentido contrario del Artículo 36 de la Ley 131, contribuye a corroborar lo expuesto.

17. Véase Artículo 34 de la Ley 131.

18. Véase Artículo 39 de la Ley 131.

19. Véase Artículo 41 de la Ley 131.

partir de la recepción de la solicitud, para ejecutar la medida, sin admitir recurso ni oposición alguna, y carece de competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar ordenada. Toda solicitud de aclaración o precisión sobre la orden o sobre su ejecución cautelar, ha de solicitarse por las partes o por el tribunal judicial al respectivo tribunal arbitral. Una vez se ejecute la medida, el tribunal judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de todo lo actuado.

Cabe anotar que la medida cautelar que se decreta en un proceso civil, es susceptible de ser impugnada a través del recurso de apelación que, en atención al principio de doble instancia, se surte ante un Tribunal Superior de Justicia, situación que no es posible en el caso de las medidas que se adopten por un tribunal arbitral, cuyo procedimiento se caracteriza por ser de “única instancia”, y por tanto, cualquier posibilidad de cambio o cese de la medida, ha de ensayarse frente al mismo tribunal que la estableció.

#### 1.3. Decreto de Medidas Cautelares, Previo a la Constitución del Tribunal Arbitral.

Las características propias del procedimiento arbitral, obligan al agotamiento de una etapa que puede considerarse pre-arbitral o administrativa, en la cual se realizan una serie de gestiones y actos al margen de la existencia de un tribunal; pero frente a un centro autorizado para administrar el procedimiento, esto en caso que se trate de un arbitraje institucionalizado.

La Ley 131 permite a la parte interesada acudir a un tribunal judicial para solicitar el decreto de

una medida cautelar, previo al inicio de un proceso arbitral, o bien, ya iniciado el mismo, antes que se registre la constitución del tribunal arbitral.<sup>20</sup> En estos casos, una vez el tribunal judicial ejecute la medida solicitada por el peticionario, éste contará con un término perentorio de diez días hábiles para iniciar el arbitraje,<sup>21</sup> ya que en caso de no hacerlo, el tribunal judicial dejará sin efecto la medida dictada.

Una vez constituido el tribunal arbitral y se remita al tribunal judicial la respectiva solicitud, éste contará con un plazo improrrogable de diez días hábiles para remitir el expediente o copia auténtica del mismo, “en el estado en el que se encuentre”.

#### 1.4. Ámbito de Competencia del Tribunal Judicial.

Un aspecto que a nuestro juicio carece de precisión es el alcance de la competencia del tribunal judicial en el decreto de medidas cautelares en un proceso arbitral, por cuanto que no se indica con claridad las actuaciones que puede o no adelantar dicho ente **después de adoptada la medida y antes de la constitución del tribunal arbitral**,<sup>22</sup> en circunstancias en las que no son pocos los casos en que, por distintas causas, transcurre un tiempo considerable entre uno y otro momento, o bien, nunca llega a conformarse el tribunal arbitral.

La parte final del segundo párrafo del Artículo de la Ley 131 establece que *“La demora del tribunal judicial en la remisión del expediente no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada”*.

20. Véase Artículo 35 de la Ley 131.

21. La gestión que determina el inicio de un arbitraje dependerá de lo que se haya establecido por las partes en el respectivo pacto arbitral o reglamento aplicable al caso concreto.

22. Una vez constituido el tribunal arbitral, éste, por solicitud de las partes o iniciativa propia, si así lo estima necesario, procederá con cualquier modificación, suspensión o revocación de la medida cautelar, excluyéndose la competencia del tribunal judicial, y previa notificación a las partes, en cumplimiento del principio de audiencia y bilateralidad, propio del procedimiento arbitral.



La expresión “o impugnada” que se consagra en la norma, informa de un escenario en el que, proferida la resolución que estableció la medida, la parte contraria ha ensayado un recurso de apelación, en circunstancias que, en la fecha de interposición de la impugnación, no exista un tribunal arbitral.

Así las cosas, ante la ausencia de una disposición en contrario, parece razonable estimar que el tribunal judicial ha de impulsar el trámite de la segunda instancia, y en caso que el tribunal arbitral se establezca previo a que se decida el recurso de apelación, le corresponderá “*pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada*”, causándose así la sustracción de materia en el caso llevado en apelación.

Lo expuesto, en nuestra opinión, encuentra sustento en el contenido de los Artículos 11, 17 y 44 de la Ley 131, que respectivamente refieren al alcance de la intervención judicial, los efectos del acuerdo de arbitraje y la competencia del tribunal judicial.

Conforme se desprende del Artículo 11, el tribunal judicial será competente hasta tanto exista un tribunal arbitral al cual pueda declinarle la competencia. Según dispone el Artículo 17, “si se ha presentado ante un tribunal judicial cualquier reclamación sobre un asunto que sea objeto de arbitraje, se podrá iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo *mientras la cuestión esté pendiente ante un tribunal judicial (...)*”, en tanto que al tenor del Artículo 44, el tribunal judicial deberá comunicar su resolución al tribunal arbitral o a la institución de arbitraje, según se haya constituido el tribunal arbitral.

Cabe señalar que en lo que respecta a procesos arbitrales, la competencia del tribunal judicial, se rige por la Ley 131,<sup>23</sup> al tratarse de una disposición de carácter especial, frente a la normativa que consagra el Código Judicial aplicable para los procesos civiles. Por tanto, el tribunal judicial tendrá la misma competencia para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales; *pero de conformidad con sus propios procedimientos*.<sup>24</sup>

Por otro lado, y por efectos del Artículo 44, el tribunal judicial es competente para dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales que se sustancien en el extranjero.

## 2. Órdenes Preliminares

La Ley 131 introduce como novedad las denominadas Órdenes Preliminares,<sup>25</sup> las cuales constituyen una medida temporal otorgada en cualquier momento, previo a la decisión (laudo) que dirima definitivamente la controversia, *sin necesidad de dar aviso a la otra parte*, salvo acuerdo en contrario de las partes.

Concretamente, el tribunal arbitral podrá emitir una orden preliminar, cuyo alcance podrá ser tan amplio como el de las medidas cautelares, siempre que considere que la notificación previa de la solicitud de una medida cautelar a la parte contra la cual esa medida vaya dirigida entraña el riesgo de que se frustre la medida solicitada. Son de aplicación a las órdenes preliminares, los mismos requisitos necesarios para que prospere una medida cautelar; pero considerando la posibilidad que la misma proceda sin aviso previo a la parte contraria, entiéndase, ex parte.

23. Véase Artículo 44 de la Ley 131.

24. En nuestro concepto, ante una solicitud de medida cautelar, el tribunal judicial ha de observar el principio inaudita parte que para el procedimiento civil rige en la presente materia.

25. Véase Artículos 36 y 37, en relación con los Artículos 38 a 41 de la Ley 131.

Inmediatamente después de haberse pronunciado sobre la procedencia de una petición de orden preliminar, el tribunal arbitral notificara a todas las partes la solicitud de medida cautelar, presentada bajo la forma de orden preliminar, la propia orden preliminar, en caso de haberse otorgado, así como todas las comunicaciones al respecto, incluida la constancia del contenido de todas comunicaciones verbal entre cualquiera de las partes y el tribunal arbitral en relación con ello.

El tribunal arbitral está obligado a conceder a la parte contra la que va dirigida la orden preliminar, la oportunidad de hacer valer sus derechos con la mayor brevedad posible. De igual forma, dicho ente ha de pronunciarse, sin demora, sobre las objeciones que se presenten contra la orden preliminar.

Toda orden preliminar expirará a los veinte días, contados a partir de la fecha en que el tribunal arbitral la haya emitido; sin perjuicio de la potestad que asiste al tribunal para otorgar una medida cautelar que ratifique o modifique la orden preliminar, una vez que la parte contra la que se dirigió la orden preliminar haya sido notificada y haya tenido oportunidad de hacer valer sus derechos.

Atendiendo la redacción del Artículo 38 de la Ley, a nuestro juicio se desprende que el tribunal judicial es competente para el decreto de órdenes preliminares, en la forma y términos descritos en la sección 1.4 anterior.

### **3. Medidas Cautelares y Órdenes Preliminares Dictadas por Tribunal con Sede en el Extranjero**

La Ley 131 establece por vía del Artículo 43 que toda solicitud de reconocimiento y ejecución de una medida cautelar u orden preliminar dictada por un tribunal cuya sede de arbitraje se encuen-

tre fuera de la República de Panamá, deberá ser presentada ante la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia para su reconocimiento y posterior adopción.

La Sala Cuarta podrá negar el reconocimiento en caso que no se cumpla con alguno de los requisitos establecidos para el reconocimiento y ejecución de laudos internacionales (Convención de Nueva York-Convención de Panamá), en el evento que la medida u orden haya sido suspendida o revocada, o bien, cuando sea incompatible con las facultades conferidas al tribunal que la decretó.

En contraposición, en los procesos civiles, salvo contadas excepciones en materia marítima y concursal, no se admite en la República de Panamá la práctica de medidas cautelares preferidas por tribunales extranjeros.

## **4. Conclusiones**

4.1. La República de Panamá cuenta en materia arbitral con un régimen, que al estar basado en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI), sobre Arbitraje Comercial Internacional, versión 1985, enmendada en el año 2006, se iguala a la normativa que sobre el particular rige en materia de arbitraje comercial internacional, y está vigente en un número plural de países, en circunstancias que desde el año 1999 se contaba con una legislación especializada, aunque en términos menos sofisticados.

4.2. La Ley que regula el arbitraje doméstico e internacional, contempla para la parte interesada la posibilidad de acudir a un tribunal arbitral para obtener, previa notificación de la parte contraria, el decreto de una amplia gama de medidas cautelares, que por los términos en los que están concebidas son

susceptibles de adaptarse con facilidad a los casos con pretensiones complejas.

4.3. La legislación vigente a partir del año 2013, introduce el concepto de órdenes preliminares como alternativa de acceder al decreto de medidas cautelares en sede arbitral, sin agotar el principio de contradicción o bilateralidad que caracteriza las actuaciones arbitrales.

4.4. En adición del tribunal arbitral, la legislación vigente viabiliza la adopción de medidas

cautelares por tribunales judiciales, los cuales actuarán conforme al procedimiento que rige su actuación.

4.5. En materia arbitral, la Ley permite el reconocimiento y posterior ejecución de medidas cautelares y órdenes preliminares proferidas por tribunales con sede en el extranjero.

# EL CARÁCTER ESCRITO DEL CONVENIO ARBITRAL ELECTRÓNICO ANÁLISIS DE SU VALIDEZ BAJO LA LEY DE ARBITRAJE PANAMEÑA (LEY 131 DE 2013) Y LA CONVENCION DE NUEVA YORK DE 1958

---



ERICKA E.  
ESTRADA S.  
[ericka.estrada@cwpanama.net](mailto:ericka.estrada@cwpanama.net)

## I. INTRODUCCIÓN

En un mundo donde la tecnología avanza a un ritmo acelerado, el uso del comercio electrónico es cada vez más frecuente. Un reciente estudio de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL–, reveló el fuerte aumento en el uso y el acceso a Internet en el último quinquenio.<sup>1</sup> Otro estudio<sup>2</sup> señaló que un 38% de los internautas panameños, han comprado alguna vez en línea, un importante indicador frente al 42% promedio de América Latina. Hoy, es común encontrarnos con contratos celebrados electrónicamente. Contratos mercantiles como el de transporte marítimo, compraventa de productos o servicios, entre muchos otros ejemplos,<sup>3</sup> podrían incluir un convenio arbitral en su clausulado.

La vida del convenio arbitral electrónico está sujeta al cumplimiento de los requisitos de forma, entendida la forma como el “medio con el cual la voluntad contractual debe exteriorizarse para alcanzar plena validez y eficacia”.<sup>4</sup>

La Ley 131 de 31 de diciembre de 2013, Ley de Arbitraje de Panamá –LAP–, adoptó las reformas contenidas en el artículo 7 de la Ley Modelo

- 
1. El 43,4% del total de los hogares estaban conectados a Internet en 2015, casi duplicando el valor de 2010, indica el informe Estado de la banda ancha 2016 presentado en el marco de la segunda reunión de la Conferencia de Ciencia, Innovación y TIC en Costa Rica. Ver <https://www.cepal.org/es/publicaciones/estado-la-banda-ancha-america-latina-caribe-2016>
  2. Firma consultora Tendencias Digitales <http://tendenciasdigitales.com/evolucion-usos-de-internet-latam/> [https://impresa.prensa.com/economia/consolida-comercio-electronico-Panama\\_0\\_4858764163.html](https://impresa.prensa.com/economia/consolida-comercio-electronico-Panama_0_4858764163.html)
  3. No pretendemos entrar a analizar la validez de cada uno de los contratos mercantiles mencionados u otros, pues por el principio de autonomía del convenio arbitral, éste puede ser analizado - separadamente.
  4. PERALES VISCASILLAS, Pilar, Derecho Comercial Internacional, Tomo II, Editorial Temis, 2014, pág. 369.

de Arbitraje de la CNUDMI<sup>5</sup> –LMA–, opción 1. Según el artículo 16<sup>6</sup> de la LAP, la forma que puede adoptar el acuerdo de arbitraje es prácticamente libre para las partes, entendiéndose que éste deberá constar por escrito, pero no limitado al sentido tradicional de lo escrito, sino también en un sentido más amplio y moderno, adaptándose a la actualidad del mundo de los negocios.<sup>7</sup>

El convenio arbitral, como instrumento por el cual las partes manifiestan la voluntad de resolver sus conflictos mediante arbitraje, será determinante para el éxito del procedimiento, de principio a fin. De allí la importancia del breve análisis plasmado en este artículo.

## 2. CONCEPTO DE CONSTANCIA “POR ESCRITO”

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española –Drae– el término “por escrito” significa “por medio de la escritura”.<sup>8</sup> A su vez la palabra escritura nos refiere a un documento. La

Ley 51 de 22 de julio de 2008,<sup>9</sup> modificada por la Ley 82 de 9 de noviembre de 2012, Ley de Documentos, Firmas y Comercio Electrónico de Panamá, define documento como los “escritos, escrituras, certificaciones...” y documento electrónico como “toda representación electrónica que da testimonio de un hecho, una imagen, un sonido o una idea, con independencia del soporte utilizado para su fijación”.

En arbitraje, el concepto de constancia por escrito ha sufrido una evolución a través del tiempo. El antiguo Decreto Ley 5 de 1999,<sup>10</sup> establecía, no únicamente que el acuerdo de arbitraje debía constar por escrito, sino que debía contener además dos requisitos mínimos, la designación o forma de designación de los árbitros, y las reglas de procedimiento o su indicación por remisión a un reglamento preestablecido. Tal disposición, un tanto restrictiva y formalista, parecía condicionar la validez del acuerdo arbitral a estos dos requisitos.<sup>11</sup> Rigió por catorce años, y aun cuando estaba en vigencia, la Corte Supre-

5. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) es un órgano subsidiario de la Asamblea General. Prepara textos legislativos internacionales para ayudar a los Estados a modernizar el derecho mercantil y textos no legislativos para facilitar las negociaciones entre las partes en operaciones comerciales.
6. “Artículo 16. Requisitos de forma del acuerdo de arbitraje. El Acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica o mensajes de datos, según lo previsto en el artículo 5, si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. También se considerará que hay constancia escrita, cuando haya un intercambio de escritos de demanda y contestación, en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.”
7. Reconoce la CNUDMI en Resolución aprobada por la Asamblea General 61/33 de 4 de diciembre de 2006 la necesidad que las nuevas disposiciones de la Ley Modelo en lo relativo a la forma del acuerdo arbitral se ajusten a las prácticas actuales del comercio internacional y a los medios modernos de concertación de contratos; señala estar convencida de que tal modernización es oportuna para la promoción de una interpretación y aplicación uniformes de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958; considerando que las reformas fueron ampliamente discutidas con los gobiernos e interesados y que contribuirá al establecimiento de un marco jurídico armonizado que permita resolver de forma equitativa y eficiente las controversias comerciales internacionales.
8. Del lat. scriptūra. 1. f. Acción y efecto de escribir. 2. f. Sistema de signos utilizado para escribir. Escritura alfabética, silábica, ideográfica, jeroglífica. 3. f. Arte de escribir. 4. f. Carta, documento o cualquier papel escrito. 5. f. Documento público, firmado con testigos o sin ellos por la persona o personas que lo otorgan, de todo lo cual da fe el notario. 6. f. Obra escrita.
9. Artículo 1. Objeto. Esta Ley establece el marco regulador para la creación, utilización y almacenamiento de documentos electrónicos y firmas electrónicas, así como el proceso de registro y la fiscalización de los prestadores de servicios de almacenamiento tecnológico de documentos y de certificación de firmas electrónicas en el territorio de la República de Panamá. Además, establece el marco regulador para algunos actos de comercio realizados a través de Internet, principalmente en lo referente a la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos y a las condiciones relativa a la validez y eficacia de dichos contratos; las obligaciones y responsabilidades de los prestadores de servicios comerciales a través de Internet, incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de comunicación; el intercambio de información y documentación comercial por vía electrónica, incluidas las ofertas, las promociones y los concursos; y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios comerciales a través de medios electrónicos.
10. Derogado por la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013, que regula el Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en Panamá.
11. GONZÁLEZ ARROCHA, Katherine, SANCHEZ ORTEGA, Liliana. Arbitraje Comercial Internacional en Panamá: Marco Legal y Jurisprudencial. Pág. 5. Consultar en <http://www.cecav.com.pa/files/ARBITRAJE%20COMERCIAL%20INTERNACIONAL%20EN%20PANAMA.%20MARCO%20LEGAL%20Y%20JURISPRUDENCIAS.pdf>

ma de Justicia, aplicando el principio pro validez, reconoció “que dentro de la forma escrita para la concertación de acuerdos arbitrales dentro de la contratación comercial moderna se aceptan diversas modalidades sin que sea imperativa la autografía o firma de los contratantes, que no son esenciales para la existencia del contrato, pero que constituyen una de las modalidades más usadas hoy en día”.<sup>12</sup> Consecuentemente declaró injustificado el cargo relativo a la falta de escritura de la cláusula arbitral.

Hoy, la realidad es distinta. La esencia de la forma escrita está ligada tanto al concepto de escritura tradicional, como al lenguaje tecnológico actual. La moderna LAP establece en los dos primeros párrafos del artículo 16, que “se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica o mensaje de datos, según lo previsto en el artículo 5, si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta”.

Lo anterior es en definitiva innovador, y como toda innovación, podría sonar un tanto disonante. Podemos rescatar del texto dos frases<sup>13</sup> determinantes para su correcta comprensión: el acuerdo de arbitraje es escrito “cuando quede constancia de su contenido” y “si la información es accesible para su ulterior consulta”. El acuerdo de arbitraje podrá concertarse en cualquier forma, bajo la condición de que se deje constancia de su contenido.<sup>14</sup>

Según el artículo 5 de la LAP, comunicación electrónica es toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos.<sup>15</sup> Mensaje de datos<sup>16</sup> es la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax, entre otros. Se aprecia la evolución con respecto a la normativa anterior y también de cara al artículo II.2 de la CNY, que únicamente hace referencia al canje de cartas o telegramas.<sup>17</sup> La jurisprudencia internacional ha reconocido la validez del acuerdo arbitral concertado mediante comunicaciones electrónicas.<sup>18</sup> La importancia de la nueva disposición radica en que ya no se exige

12. Sentencia de Apelación, 1 de junio de 2005, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de Panamá. MAERSKS SEALAND TRADING NAME OF THE AP MOLLER GROUP DAMPSKIBSSELSKABET WERNDORG contra el Auto No. 87 del 12 de mayo de 2003 dictado por el Segundo Tribunal Marítimo en el Proceso Ordinario Marítimo AGROWEST, S.A. DOS VALLES, S.A. Y COMEXA, S.A.

13. Nótese que ambas son oraciones condicionales.

14. Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI-Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, p.30.

15. Tomado de la Convención de la CNUDMI sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas, artículo 4b, c, Nueva York, 2005.

16. Ver ley Modelo de la CNUDMI sobre comercio electrónico de 1996.

17. Artículo II.2. La expresión acuerdo por escrito denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmada por las partes y contenidos en un canje de cartas o telegramas.

18. “De esta forma, como criterio interpretativo, resulta de interés la recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2 del art. II del CNY aprobada por la omisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 7 de julio de 2006, conforme a la cual, considerando lo extendido del comercio y de las comunicaciones electrónicas, el art. II ha de interpretarse en el sentido de que los mecanismos allí recogidos no son exhaustivos sino que debe incluirse entre los medios aptos para acreditar el acuerdo, la comunicación electrónica. Lo que por otra parte admite ya el artículo 9.3 de la Ley de Arbitraje española. Así las cosas y en aplicación del anterior contexto normativo-jurisprudencial, es de reseñar que de la documentación acompañada en la demanda y la complementaria aportada en el escrito de alegaciones presentada por la instante, encontramos una serie de comunicaciones electrónicas mantenidas entre los intermediarios de “ELBANA” y de “BIOTRADING” con las partes contratantes. De este modo, en los correos electrónicos objeto de los documentos núms. 2, 17 y 21 acompañados por la actora (folios 14 al 17, 126 al 132 y 139 al 151, respectivamente), resulta con fuerza de evidencia no sólo la realización del contrato de fletamento entre las partes ahora en litigio y la intermediación del bróker de fletamentos “NOVA CHARTERING, SrL”, llegándose a un acuerdo de “cierre” el día 5 de octubre de 2012, a las 16,36 horas, respecto del buque tanque FALESIA, para el transporte de 1.000 TM de biodiesel desde el puerto de Sevilla hasta el puerto de Génova, sino también que el referido contrato de fletamento quedó sujeto al derecho inglés y a arbitraje en Londres, como consta en cada uno de ellos. Así, “NOVA CHARTERING, SrL”, con referencia a la póliza de fletamento MT FALESIA, de fecha 5 de octubre de 2012, confirma al armador ELBANA DI NAVIGAZIONE que: “El cierre contenía una cláusula de arbitraje a Londres y los términos de la póliza de fletamento Asbatankvoy, que contiene el clausulado completo de las cláusulas de arbitraje en Londres. Estos términos son ampliamente conocidos para todos los fletadores incluyendo Biotrading 2007, que regularmente fleta buques para el transporte de cargamentos líquidos y tenía sus propios términos y condiciones también incorporadas en el cierre”. Y añade, además, tanto que “BIOTRADING” “confirmó su aceptación al cierre”, como que “abonó el flete a los armadores” y “pagó la comisión de corretaje acordada”. Solicitud de reconocimiento de laudo extranjero, ELBANA DE NAVIGAZIONE, SpA. Contra BIOTRADING 2007 SLNE. Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña. 2014.

la firma de las partes ni un intercambio de comunicaciones entre ellas.<sup>19</sup>

### 3. LA FIRMA EN EL CONVENIO ARBITRAL ELECTRÓNICO.

Bajo el antiguo Decreto Ley 5 de 1999, el convenio arbitral no sólo debía constar por escrito, sino que además, debía estar firmado por las partes, o en un documento en donde se acreditará la voluntad inequívoca de las mismas.<sup>20</sup> Esto fue abolido con la nueva LAP. El inconveniente aparente, no únicamente para Panamá, sino para todos los países que adoptaron la LMA, lo es la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, celebrada en Nueva York en el año 1958 –CNY–, la cual establece el requerimiento de firma del convenio arbitral en su artículo II.2 - La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmada por las Partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas. Para ello, la CNUDMI encontró una solución práctica: recomendar<sup>21</sup> que el párrafo 2 del artículo II de la CNY se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas. Las consideraciones registradas por la CNUDMI al hacer tal recomendación, fueron: 1. El extendido uso del comercio electrónico,<sup>22</sup> y 2. La necesidad de promover el

reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales.

#### 3.1. El Comercio Electrónico.

El comercio electrónico, también conocido como *e-commerce*, está definido en la Ley de Documentos, Firmas y Comercio Electrónico de Panamá como toda forma de transacción o intercambio de información con fines comerciales en la que las partes interactúan utilizando Internet, en lugar de hacerlo por intercambio o contacto físico directo. Define firma electrónica como el método técnico para identificar a una persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en un mensaje de datos o documento electrónico.<sup>23</sup> Bajo principios de neutralidad tecnológica, compatibilidad internacional y equivalencia funcional,<sup>24</sup> dicha ley rige la prestación de servicios de almacenamiento tecnológico de documentos, de certificación de firmas electrónicas y de servicios de comercio a través de Internet; reconoce la Ley el valor legal de los documentos electrónicos al dejar claramente establecido en su artículo 4, que “cuando la ley requiera que la información conste en un documento escrito, se le reconocerá validez, efectos jurídicos y fuerza obligatoria a los actos, poderes y contratos y a todo documento que haya sido otorgado o recibido a través de mensajes de datos, de confor-

19. Ver nota explicativa de la secretaria de la CNUDMI-Segunda Parte- Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional Pág. 30.

20. Siguiendo la versión original de la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI de 1985, de la disposición relativa a la definición y forma del acuerdo de arbitraje.

21. Con base en la autoridad otorgada mediante la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General, de 17 de diciembre de 1966, por la que fue establecida la Comisión con el objeto de promover la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional, concretamente fomentando métodos y procedimientos para asegurar la interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional.

22. Teniendo en cuenta los instrumentos jurídicos internacionales, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, y sus revisiones posteriores, en particular con respecto al artículo 7, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas, y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales

23. Importante es diferenciar los conceptos de firma electrónica simple y firma electrónica calificada. Esta última está definida en el numeral 21 de la Ley 82 de 2012<sup>21</sup>. Firma electrónica calificada. Firma electrónica cuya validez es respaldada por un certificado electrónico calificado que: a. Permite identificar al firmante y detectar cualquier cambio posterior de los datos firmados. b. Está vinculada al firmante de manera única y a los datos a que se refiere. c. Ha sido creada utilizando dispositivos seguros de creación de firmas electrónicas, los cuales mantiene el firmante bajo su control exclusivo. d. Ha sido creada a través de la infraestructura de un prestador de servicios de certificación registrado ante la Dirección Nacional de Firma Electrónica.”

24. El concepto legal de equivalencia funcional contemplado en el numeral 42 del artículo 2 de la Ley 82 de 9 de noviembre de 2012, que modifica la Ley 51 de 2008: “42. Equivalencia funcional: las actuaciones, trámites o documentos que se realicen a través de medios físicos o tradicionales se podrán desarrollar a través de medios electrónicos, con las mismas consecuencias jurídicas y probatorias.”

midad con esta Ley y sus reglamentos, siempre que la información que este contiene sea accesible para su posterior consulta”. Otorga valor legal a la firma electrónica<sup>25</sup> siempre que se cumplan las dos condiciones establecidas en el artículo 8 de la Ley 82 de 2012, esto es, empleado un método de identificación del iniciador y aprobación del contenido de un mensaje de datos, y que se haya utilizado un método confiable y apropiado para el propósito de la comunicación”.

Así como el concepto de escrito ha evolucionado, y está relacionado, tanto a lo tradicional como al lenguaje tecnológico actual, de igual forma la evolución alcanza a la firma en términos tecnológicos. Tenemos entonces el concepto usual firma, identificado como el nombre y apellidos escritos por una persona de su propia mano en un documento, con o sin rúbrica, para darle autenticidad o mostrar la aprobación de su contenido, y tenemos también el concepto de firma digital, que es la información cifrada que identifica al autor de un documento electrónico.<sup>26</sup> Los conceptos de firma<sup>27</sup> y firma digital, aunque se diferencian en la forma o medio de expresión, pues en uno el autor utiliza su propia mano y letra, y en el otro podría usar un certificado electrónico,<sup>28</sup> ambos tienen el mismo propósito: identificar al autor para darle autenticidad y/o aprobación al acto jurídico y a su contenido. Ejemplos de firma electrónica simple utilizados en el día a día de

las personas, lo son el *Entrust ST* que utilizamos para validar las transacciones bancarias, por la denominada banca electrónica;<sup>29</sup> el *QR Code*<sup>30</sup> que le permite ingresar al *whatsapp web*; al utilizar su tarjeta de crédito o débito en una tienda; la firma que produce el introducir su usuario y contraseña para ingresar a su cuenta de correo electrónico y enviar mensajes de datos, lo cual es probablemente el ejemplo más antiguo; o el *microchip*, que se encuentra entre las últimas tendencias en portabilidad y transmisión de información.<sup>31</sup>

### 3.2. Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales.

La vida del convenio arbitral electrónico está sujeta a la observancia de los requisitos de forma, en el caso de Panamá, contenidos en el artículo 16 de la LAP. Sin embargo, la cuestión de la validez puede y debe analizarse desde dos perspectivas opuestas pero complementarias: el principio y el fin del convenio arbitral.<sup>32</sup> Para alcanzar plena validez y eficacia jurídica el laudo debe ser ejecutable, y ello está íntimamente ligado al convenio arbitral. La Corte de Casación Francesa, en Sentencia de 27 de julio de 1937, señaló que “los laudos arbitrales que se basan en un acuerdo de arbitraje constituyen una unidad con aquél, y con él comparten su naturaleza contractual”.<sup>33</sup> La Convención sobre el Reconocimiento

25. Ver Artículo 8 de la Ley 51 de 22 de julio de 2008, de documentos y firmas electrónicas de Panamá.

26. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

27. En su sentido literal o convencional.

28. Certificado electrónico. Documento electrónico expedido por un prestador de servicios de certificación de firmas electrónicas, que vincula los datos de verificación de una firma electrónica a un firmante y confirma su autenticidad.

29. banca en línea, online banking, entre otras denominaciones.

30. Quick Response Code: Son un tipo de códigos de barras bidimensionales. A diferencia de un código de barras convencional la información está codificada dentro de un cuadrado, permitiendo almacenar gran cantidad de información alfanumérica. Los códigos QR son fácilmente identificables por su forma cuadrada y por los tres cuadros ubicados en las esquinas superiores e inferior izquierda, son capaces de abrir la URL de una página web o perfil social, leer un texto, enviar un email, enviar un SMS o mensaje de texto, realizar una llamada telefónica, guardar un evento en la agenda, ubicar una posición geográfica en un google maps.

31. Se trata de un dispositivo del tamaño de un grano de arroz que se inserta en la piel a nivel subcutáneo, el cual contiene información relevante para el dueño o contratante del servicio, eliminando de esta forma métodos de transmisión como tarjetas magnéticas, huellas digitales, escaneos oculares, llaves, control policial, control sanitario, información de identidad personal.

32. Organización de Estados Americanos. Departamento de Derecho Internacional. Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. GOSIS, Diego B., El Acuerdo Arbitral: Los requisitos de su validez. Pág. 205

33. *Roses c. Moller et Cie.*, publicado en 1 DALLOZ 25 (1938). Traducción de Diego B. Gosis.



y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, CNY, recoge la noción de acuerdo arbitral en el párrafo 1 del artículo II, que establece: “1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las Partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”. El artículo IV, establece que entre los requisitos para obtener el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros, el interesado debe aportar el original del acuerdo arbitral o una copia auténtica del mismo. Tal Convención, que por muchos años había establecido un armónico régimen internacional con relación a los acuerdos de arbitraje, los procedimientos y los laudos arbitrales,<sup>34</sup> parece haber perdido vigencia. Orientada a resolver esta problemática, motivada por la necesidad de unificar la interpretación de ciertos puntos de la CNY, y con el objetivo de situar al convenio arbitral en línea con las prácticas comerciales internacionales,<sup>35</sup> la CNUDMI, en ejercicio de su autoridad otorgada en la Resolución 2205 de la Asamblea General,<sup>36</sup> emitió la recomendación interpretativa que antes mencionamos, que el párrafo 2 del artículo II de la CNY se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas. De este modo se consolida el principio de libertad de forma de la cláusula arbitral, entendiéndose que el requisito por escrito que está en la CNY, no es perfecto o absoluto. Se puede interpretar en lo más amplio del concepto, a tono con las prácticas comerciales internacionales.

#### 4. CONCLUSIONES

En los últimos años y a partir de los años ochenta, inició una revolución de los medios de comunicación conocidos hasta el momento.<sup>37</sup> Muchas personas comenzaron a desarrollar sus relaciones básicas así como sus transacciones mercantiles a través de medios electrónicos, canales digitales, aplicaciones. Esto ha evolucionado en un completo entorno cibernético que está en su punto cumbre actualmente, y que sigue en potente desarrollo. El uso del *e-commerce* se hace cada vez más frecuente en nuestra sociedad

La moderna Ley de Arbitraje de Panamá, inspirada por la Ley Modelo de Arbitraje de la CNUDMI, adoptó la libertad de forma del convenio arbitral, abriendo espacio al convenio arbitral electrónico. El requisito de que el convenio arbitral deberá constar por escrito continúa vigente, sin embargo, no se entenderá en el sentido estricto o tradicional de “por escrito”, sino más bien adaptándose a la actualidad de las transacciones comerciales, considerando el uso del comercio electrónico. La condición para que se cumpla el requisito es básicamente que quede constancia de su contenido en cualquier forma.

El requisito de firma del convenio arbitral electrónico queda rezagado, con la recomendación de la CNUDMI sobre la interpretación del Artículo II.2 de la Convención de Nueva York. La norma contenida en el artículo 16 de la LAP, indica que ya no se exige la firma de las partes en el convenio arbitral, ni un intercambio de comunicaciones entre ellas.<sup>38</sup> El espíritu de la norma es garantizar del reconocimiento de la validez del acuerdo

34. Organización de Estados Americanos. Departamento de Derecho Internacional. Arbitraje Comercial Internacional. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. SANDLER OBREGÓN, Verónica, El Acuerdo Arbitral y sus Efectos en el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias o Laudos Arbitrales Extranjeros. Pág. 257.

35. PERALES VIZCASILLAS, Pilar. Derecho Comercial Internacional, Tomo II. Pág. 674.

36. Por la cual se estableció la CNUDMI.

37. El cual lleva muy marcada la demanda de la llamada generación Y (Millennials), la cual se caracteriza por ser nativos digitales.

38. Ver Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional. Segunda parte. Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI. Pág. 31.

de arbitraje al amparo de la Convención de Nueva York.

Por el principio de la equivalencia funcional contenido en la Ley de Documentos, Firmas y Comercio Electrónico de Panamá, hoy el convenio arbitral electrónico tiene las mismas consecuencias jurídicas y probatorias que el convenio arbitral tradicional. Las leyes comentadas operan en armonía con las tendencias y prácticas del comercio internacional, y con los modernos medios de concertación de contratos.

El reconocimiento de la validez y eficacia jurídica del acuerdo arbitral electrónico no excluye el factor cultural: una cultura digital o tecnológica, sumada a una cultura arbitral, que asimile la conveniencia de la aplicación del principio a favor de la validez del acuerdo arbitral,<sup>39</sup> nos ayudará a avanzar de la mano con la agilidad del comercio y de la economía mundial.

---

39. El principio pro-arbitraje, contenido en el Artículo II de la Convención de Nueva York, así como en la LMA, es aquél que trata de apegarse a la regla a favor de la validez del laudo arbitral. La exigencia en cuanto a la prueba de la invalidez debe ser altamente estricta, es decir, que sólo en extremas circunstancias se debe presumir nulo el acto.



 Hidrogo, Calvo & Asociados  
ABOGADOS

[www.hidrogoyasociados.com](http://www.hidrogoyasociados.com)

Edificio Office One, Piso 7, Obarrio, Panamá  
Telfs.: (507) 399-6086 / 6087 Cel.: (507) 6615-1243  
[hidrogoyasociados@hyapanama.com](mailto:hidrogoyasociados@hyapanama.com)



*Veritas facta est*



## Agripino Toro


Abogado, Ingeniero Marino. Máster en Negociación, Mediación y Arbitraje en Comercio Internacional, Árbitro Laboral y Comercial Nacional e Internacional; con experiencia en Mediación, Conciliación y Arbitraje; Perito Marítimo y Traductor Público Autorizado inglés - español; Miembro del Institute of World Business Law, International Chamber of Commerce.

📞 6509-9384 ✉ [agripinotoro@hotmail.com](mailto:agripinotoro@hotmail.com)  
[internationalethics@gmail.com](mailto:internationalethics@gmail.com)

## Kathia Lee Duque

Doctora en Derecho, Máster en Derecho Administrativo, Postgrado en Derecho Laboral; con experiencia en Derecho Público, que incluye: la Contratación Pública, Régimen Laboral Administrativo, aspectos legales concernientes a los procesos contenciosos de la Administración Pública; Magistrada Suplente del Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas.

📞 6672-1135 ✉ [k2ld@hotmail.com](mailto:k2ld@hotmail.com)



Experiencia  
y conocimiento  
para manejar  
**con éxito,**  
situaciones y casos complejos.

EVANS GONZALEZ  
MORENO & ASOCIADOS

ABOGADOS | ATTORNEYS AT LAW

Arbitraje Nacional e Internacional

Litigios Civiles y Comerciales

Litigios Marítimos

Litigios Contencioso Administrativos

Litigios Constitucionales

P.H. Costa del Este Financial Park

Piso 11, Ave. Boulevard Costa del Este

Ciudad de Panamá, República de Panamá

(507) 385.1749 / (507) 385.1750

[egm@evansgonzalezlaw.com](mailto:egm@evansgonzalezlaw.com)

[www.evansgonzalezlaw.com](http://www.evansgonzalezlaw.com)

# TIPS ARBITRALES -DEMANDA

---



EVANS A.  
GONZÁLEZ MORENO  
egm@evansgonzalezlaw.com

Unas breves sugerencias a considerar, en la eventualidad que seamos contactados para asistir legalmente a la parte contractual, que decida promover una “Demanda Arbitral”, al amparo de la Ley No. 131 de 31 de diciembre de 2013 “Que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá y dicta otra disposición”; sin que hayamos previamente participado en las fases contractuales y/o durante la ejecución del contrato, que será objeto del procedimiento arbitral; y considerando que se hayan agotado las vías de negociación, sin acuerdo satisfactorio entre las partes, que hubiesen evitado acudir a la jurisdicción arbitral.

Antes de considerar el inicio de un proceso arbitral, mínimamente debemos exponer a nuestros mandantes, mediante reuniones previas de trabajo y/o expresamente por escrito:

- 1) Conocer detalladamente, todos los hechos y evidencias.
- 2) Identificar los puntos contractuales a reclamar.
- 3) Identificar las cláusulas contractuales, que se consideren infringidas por culpa de la contraparte.
- 4) Determinar los posibles méritos de las reclamaciones y su estimación monetaria (determinada y/o determinable), que puedan probarse en arbitraje (cuantificación de potenciales daños y perjuicios económicos).
- 5) Exponer expresamente por escrito, el “análisis de costo – beneficio”, de participar en un proceso arbitral.
- 6) Otros, que dependerán del objeto arbitral en disputa y/o la naturaleza jurídica de las reclamaciones.

Una vez tengamos conocimiento de lo antes expuesto, y **conozcamos detalladamente cada evidencia existente a la fecha**, para preparar el reclamo; sugerimos que la Demanda Arbitral, al menos cuente con los siguientes elementos:

### I. PETICIÓN DE ARBITRAJE.

Debe manifestarse expresamente, que la controversia contenida en la demanda, sea sometida a arbitraje, ya sea nacional (en derecho o en equidad) o internacional.

### II. PARTES.

Considerando que la regla general, es que se trate de personas jurídicas, la identificación de las partes debe ser completa, es decir, que incluya:

Demandante: nombre de la sociedad, nacionalidad, datos de inscripción (en caso de ser panameña, el número de folio que conste en el Registro Público); seguido de la identificación de su representante legal o apoderado general (nombre completo, género, estado civil, profesión, documento de identidad personal); seguido de un mismo domicilio para ambos (nombre del edificio, piso, número de oficina, calle, ciudad, país); y generales completas de su apoderado legal y su domicilio (nombre del edificio, piso, número de oficina, calle, ciudad, país, teléfono y correo electrónico).

Demandado: información actualizada para la fecha de presentación de la demanda, que incluya nombre de la sociedad, nacionalidad, datos de inscripción (en caso de ser panameña, el número de folio que conste en el Registro Público); seguido de la identificación de su representante legal o apoderado general (nombre completo, género, estado civil, profesión, documento de identidad personal); seguido de un mismo domi-

cilio para ambos (nombre del edificio, piso, número de oficina, calle, ciudad, país); teléfonos; y correo (s) electrónico (s).

### III. REFERENCIA AL CONVENIO ARBITRAL Y CONTRATO.

Identifique plenamente el contrato (s) que contiene la cláusula compromisoria, sus partes, fecha, y citar textualmente del convenio arbitral.

En esta sección, dependiendo del caso, podría indicarse la naturaleza jurídica de la controversia arbitral. Por ejemplo, en caso de ventilarse una disputa netamente civil, podría indicarse que se trata de una controversia de naturaleza civil.

### IV. HECHOS.

Inicialmente redacte un borrador de todas las afirmaciones de hechos relacionadas con la disputa, que posteriormente deben depurarse y ajustarse al tipo de controversia y su complejidad; de tal manera, que la demanda final, no contenga una cantidad inmanejable de hechos y/o afirmaciones improbables en el proceso (conservadamente no más de 15, complejamente no más de 25 y exageradamente más de 25).

Procurar que los primeros hechos, sean de difícil negación por parte de la demandada; redactar todos los hechos de manera coherente, entendible y cronológicamente; y que todos los hechos cuenten con medios de pruebas, para su acreditación durante el proceso.

### V. PRETENSIONES.

Esta sección es de vital importancia para el contenido de la demanda, pues debe contener con precisión, las declaraciones, peticiones, órdenes, condenas (determinadas o determinables), que se solicitan al tribunal arbitral, sean reconocidas en el laudo arbitral.

Dependiendo de las complejidades de la controversia arbitral, se deberán considerar, pretensiones principales y/o pretensiones subsidiarias.

## VI. CUANTÍA.

Conlleva indicar al menos, la suma de dinero que se pretende sea reconocida y se ordene su pago en favor del demandante. Si bien constituye un importante elemento para determinar los costos del proceso arbitral, por parte del Centro de Arbitraje de que se trate, consideramos que no debe conllevar una limitante para que el actor exponga en su cuantía, rubros pericialmente cuantificables durante el proceso arbitral.

En la eventualidad que no le sea posible al actor, al momento de presentar su demanda, la cuantificación completa de la cuantía de su demanda y que el Centro de Arbitraje le indique debe hacerlo; podría considerarse la siguiente redacción: “La cuantía de nuestras pretensiones, corresponde a la suma principal de (indicar monto y moneda), salvo mejor tasación pericial; más las sumas en (indicar moneda), que previa realización de dictamen pericial, correspondan en concepto de daños y perjuicios económicos (identificar tipo de daños, como por ejemplo, daño emergente, daño moral u otros, siempre que sí apliquen a la controversia de que se trate), lucro cesante y/o ganancias dejadas de percibir, que en total serían suma no superior a (indicar monto y moneda); más los intereses que deban computarse a la tasa de (verificar si aplica interés contractual, o legal civil de 6% anual, o legal comercial de 10% anual), desde la exigibilidad de las obligaciones reclamadas en la presente demanda arbitral, hasta la fecha de cancelación total de las sumas de dinero que determine el tribunal arbitral; más el pago de costas y gastos del proceso”.

## VII. PRUEBAS.

Los medios comunes de prueba, generalmente utilizados serían los siguientes:

### A. Documentales.

Todos los documentos que sean presentados con la demanda, previamente deben ser completamente leídos, conocidos, entendidos y manejables, por los apoderados legales del actor.

### B. Diligencias de reconocimientos de firmas y documentos.

Si bien se solicitan estas diligencias, a menos que haya documentos que pudiesen considerarse falsos o ilegales; durante el período de práctica de pruebas, es viable llegar a acuerdo entre los apoderados de las partes, en el sentido que se obvien estas diligencias de comparecencia de personas para reconocer firmas y documentos, correspondiendo al tribunal arbitral, su posterior valoración dentro del proceso.

### C. Declaraciones (testimonios y declaraciones de parte).

Listar los testigos, indicando sus nombres, al igual que en el supuesto de solicitar declaraciones de partes (en procesos arbitrales, no aplican limitaciones para citar a las partes, para rendir declaraciones juradas).

### D. Prueba de Informe.

Deben identificarse plenamente, las entidades públicas a las que se dirigirán los oficios, requiriendo informes, al igual que los puntos y documentos, que se solicitarán sean suministrados al tribunal arbitral.

En caso de incluir entidades privadas, previamente investigar si se trata de aquellas que regularmente colaboran con este tipo de requerimientos, pues puede incurrirse en el error, de pretender un medio de prueba, que resulte fallido.

#### E. Inspección Judicial.

Deben indicarse los alcances de este tipo de diligencias, los puntos y/o interrogantes a absolver por los peritos, y la designación de éstos. A manera de ejemplo, puede utilizarse el siguiente texto inicial: “Petitionamos que mediante la intervención de peritos, se ordene la práctica de una inspección judicial, única y exclusivamente sobre los libros, diario, mayor, contratos, correspondencias, correos electrónicos, notas, comunicaciones, archivos y registros, correspondientes a los renglones de los meses de abril del año (indicar año de inicio), hasta el año (indicar año), y hasta el mes en que se esté efectuando la presente diligencia de inspección; existentes los domicilios de ambas partes, y en demás oficinas e instalaciones, donde se encuentren los documentos e informaciones solicitadas; a efecto que los peritos determinen los siguientes puntos:”

#### F. Prueba Pericial.

Deben indicarse los puntos y/o interrogantes a absolver por los peritos, y la designación de éstos. Puede utilizarse el siguiente texto inicial: “Petitionamos, se ordene prueba pericial, para que los peritos determinen los siguientes puntos:”.

Con la finalidad de coadyuvar con las asignaciones periciales, resulta viable petitionar al tribunal arbitral: (1) Se les permita a los peritos acceso al expediente principal y cuadernos accesorios (medidas cautelares); (2) Solicitar aclaraciones a las partes, requerir informes, hacer entrevistas; (3) Se les permita a los peritos

trasladarse a los domicilios de las partes, con el propósito de practicar las diligencias solicitadas; (4) Se les permita a los peritos trasladarse a los sitios relacionados con el objeto arbitral; y (5) Se permita la utilización de herramientas tecnológicas, como video conferencias, skype u otros.

### VII. PROVISIÓN DE FONDOS PARA GASTOS INICIALES DEL CENTRO DE ARBITRAJE.

Debe indicarse que se han aportado con la demanda, los gastos iniciales del proceso arbitral, cuyo monto dependerá de las reglas del Centro de Arbitraje, al que se acuda.

### VIII. MEDIDAS CAUTELARES PREVIAS.

En caso de existir procedimientos cautelares previos a la presentación de la demanda, deben plenamente identificarse (partes, Tribunal Judicial, entrada – año, tipo de medida cautelar, cauciones) y señalar su estatus judicial.

### IX. DESIGNACIÓN DE ÁRBITRO PRINCIPAL Y SUPLENTE.

Deben designarse, con su nombre completo, profesión y domicilio, a un árbitro principal y un árbitro suplente.

### X. SOLICITUD ESPECIAL SOBRE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA.

Somos de la opinión, que sí es viable solicitar al Centro de Arbitraje que administre el proceso, que a solicitud de la parte demandante o de la parte demandada - reconvenzional, se expida certificación secretarial sobre la presentación de la demanda o demanda en reconvencción; que pueda ser publicada en un diario de circulación nacional.



## XI. DERECHO.

En lo sustantivo, al menos deben enunciarse el contrato objeto del arbitraje y las normas de derecho sustantivo aplicables; y en lo adjetivo, la indicación del Reglamento de Arbitraje aplicable, y la Ley que regula el procedimiento de arbitraje, en la jurisdicción de que trate.

Finalmente, respetados lectores, en consideración al párrafo final del artículo 50 de la Ley No. 131 de 31 de diciembre de 2013 “Que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en

Panamá y dicta otra disposición”, que señala “*Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa presentación teniendo en cuenta la etapa en que se encuentra el proceso arbitral, la naturaleza de la nueva demanda y cualquier otra circunstancia que sea pertinente.*”; consideramos que la interrogante obligatoria para el debate sería: ¿Puede el actor unilateralmente corregir la demanda y cuál es el término para corregir la demanda?

# LA VIOLACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO COMO CAUSAL DE ANULACIÓN DEL LAUDO

---



MARIO L.  
FÁBREGA  
mfabrega@cwpanama.net

## A. INTRODUCCIÓN

Uno de los rasgos más llamativos del arbitraje, es el carácter final que tiene la decisión impartida por el tribunal arbitral, mediante la cual se resuelve la controversia presentada por las partes, contenida en un acto del tribunal usualmente denominado laudo final. Por el contrario, en un proceso ante la justicia ordinaria, la sentencia de primera instancia normalmente puede ser atacada mediante un recurso de apelación. A su vez, la sentencia de segunda instancia, si cumple ciertos requisitos, puede ser impugnada por medio de un recurso de casación. Estos medios de impugnación, van dirigidos específicamente a obtener un nuevo pronunciamiento que remplace la decisión que es objeto de la inconformidad.

En el proceso arbitral, en cambio, la estructura es diferente, y la idea es que el laudo del tribunal arbitral por el cual se resuelve la controversia, sea final. Pese a ese carácter, las legislaciones modernas establecen una vía para atacar el laudo. En Panamá, esa vía la encontramos en el recurso de anulación, consagrado en el artículo 66 de la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013, que regula el arbitraje comercial e internacional en Panamá y dicta otra disposición (en adelante “La Ley 131”).

Nos interesa destacar algunos aspectos del recurso de anulación. Primero, el recurso de anulación es la única vía que existe para impugnar un laudo. En segundo lugar, el recurso de anulación tiene por objeto la revisión de la validez del laudo, por las causales señaladas taxativamente en la Ley. En tercer lugar, la norma comentada delimita los poderes con que cuenta el tribunal judicial, al establecer que el recurso se resuelve declarando la validez o nulidad del laudo. Ello significa que el tribunal de anulación no puede proferir una nueva decisión de fondo que resuelva

la controversia. Podemos apreciar aquí una diferencia trascendental respecto del esquema de impugnación que ofrece la justicia ordinaria. Por lo tanto, cuando un laudo es anulado, las partes son colocadas en el punto en que se encontraban antes de iniciar el proceso arbitral. Probablemente una de ellas tendrá que iniciar un nuevo proceso arbitral, para obtener la resolución de la controversia, con toda la pérdida de tiempo y de recursos que tal situación conlleva. Ello pone de relieve lo delicado que es el ejercicio del poder que la ley confiere al tribunal de anulación. Aunque la Ley 131 establece un recurso para atacar el laudo, la normativa nos presenta un diseño que, por su carácter restrictivo, revela una intención de proteger la finalidad del laudo.

## B. LAS CAUSALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Las causales de anulación están taxativamente establecidas en el artículo 67 de la Ley 131.<sup>1</sup> Es patente que las causales de anulación tienen un ámbito restringido. Cada una de las primeras cinco causales se refiere a situaciones muy puntuales, mayormente de índole procesal, que dificultan en extremo la posibilidad de impugnar el laudo por cuestiones de fondo, bien sea de hecho o de derecho. Sin embargo, en el numeral 6 del artículo 67, nos encontramos con una causal

que parece ofrecer un margen más amplio para el ataque al laudo, al señalar que podrá anularse el laudo internacional que sea contrario al orden público internacional, y en el caso de laudo nacional, que el laudo sea violatorio del orden público panameño. A continuación abordamos el estudio de esta causal.

## C. DISTINCIÓN ENTRE LAUDO INTERNACIONAL Y LAUDO NACIONAL

Un primer aspecto que resalta dentro de la causal bajo estudio es que se distingue entre laudo internacional y laudo nacional, distinción que no se encuentra presente en las otras causales que enuncia el artículo 67.<sup>2</sup>

La categoría de laudo internacional se puede dividir en dos grupos: el primero, que comprende los laudos dictados fuera del territorio de la República de Panamá. Nótese que los laudos dictados fuera de nuestro territorio no son susceptibles del recurso de anulación ante la Sala Cuarta. Por regla general, los laudos dictados en el extranjero pueden ser impugnados a través de un recurso de anulación en la jurisdicción donde fueron proferidos. Cabe agregar que los laudos dictados en el extranjero, para ser reconocidos en nuestro territorio, deben ser sometidos a un

1. Artículo 67. Causales de anulación del laudo arbitral. El laudo arbitral solo podrá ser anulado por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

1. Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 15 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido o, si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley panameña; o
  2. Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o
  3. Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, solo estas últimas podrán anularse; o
  4. Que la designación del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o
  5. Que los árbitros han decidido sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje; o
  6. Que el laudo internacional es contrario al orden público internacional. En el caso de laudo nacional, el orden público a considerar será el orden público panameño."
2. La Ley 131, en su artículo 5, nos presenta las siguientes definiciones: "7. Laudo arbitral internacional. Aquel dictado fuera del territorio de la República de Panamá, así como el dictado en el territorio panameño en el curso de un arbitraje comercial internacional, de conformidad con la presente Ley. 8. Laudo arbitral nacional. Aquel dictado dentro del territorio de la República de Panamá en el curso de un arbitraje nacional."

proceso de reconocimiento y ejecución de laudo internacional, regulado a partir del artículo 70 de la Ley 131.

El segundo grupo de laudos internacionales comprende los laudos dictados en territorio panameño en el curso de un arbitraje comercial internacional. A este grupo se refiere la primera oración del numeral 6 del artículo 67 de la Ley 131. En consecuencia, para dilucidar si estamos en presencia de un laudo internacional dictado en territorio panameño, debemos determinar si el proceso arbitral dentro del cual se ha proferido el laudo es un arbitraje comercial internacional. Los supuestos que nos permiten definir si estamos en presencia de un arbitraje comercial internacional se encuentran en el artículo 2 de la Ley 131, norma ésta que ofrece una rica variedad de supuestos que determinan el carácter internacional de un arbitraje comercial. En ocasiones ni las partes ni el tribunal arbitral le dedican suficiente atención a esta cuestión, dejando que el proceso avance sin que haya un pronunciamiento expreso al respecto. Según el numeral 6 del artículo 67, el carácter internacional del laudo, determina si el orden público que el laudo debe respetar es el orden público internacional o el orden público panameño.

El momento ideal para determinar si el arbitraje es o no internacional es el acto de fijación de la causa, en algunos reglamentos conocido como el acta de misión, momento en el cual el tribunal y las partes definen aspectos de importancia para el desarrollo del proceso. Si las partes no llegan a un acuerdo sobre algún punto específico en la fijación de la causa, normalmente quedará en manos del tribunal determinar la cuestión. Podría ser el caso en cuanto a la determinación de si el arbitraje es o no internacional. Para este momento, normalmente el tribunal tendrá suficientes elementos sobre la controversia que le permitirán hacer la determinación. Si el punto no emerge con suficiente claridad, el tri-

bunal arbitral podría solicitar a las partes, antes o durante la audiencia de fijación de la causa, que presenten sus consideraciones sobre el particular. También resulta recomendable que en el laudo, el tribunal arbitral nuevamente declare si el arbitraje es internacional o no.

Habiéndose indicado en el laudo el carácter del mismo, cabe preguntarse si el tribunal judicial, ante quien se promueve un recurso de anulación con base en la causal relativa a la transgresión del orden público, está obligado a reconocer la caracterización efectuada por el tribunal arbitral. En mi opinión, el tribunal de anulación debe ser deferente con la posición que el tribunal arbitral haya tomado al respecto, por la sencilla razón de que este último ha tenido una oportunidad mucho más amplia para analizar la cuestión.

Pero el tribunal judicial no está obligado a acoger ineludiblemente la determinación adoptada por el tribunal arbitral. Así ocurrió en la sentencia de 20 de septiembre de 2006 dictada por la Sala Cuarta de Negocios Generales de nuestra Corte Suprema de Justicia (CSJ) dentro del recurso de anulación promovido por el Procurador de la Administración en representación del Estado panameño en contra del laudo de 27 de enero de 2005, dictado dentro del proceso arbitral interpuesto por Jean-Mark Parienti contra la Autoridad de Tránsito y Transporte Terrestre de la República de Panamá (ATTT) y el Estado panameño. En la referida sentencia, la CSJ llegó a la conclusión de que el laudo impugnado era un laudo interno, apartándose así de la posición que el tribunal arbitral que profirió el laudo había tomado. En su decisión, la CSJ sostuvo que en la controversia arbitral se habían desarrollado acciones para “atribuir artificiosamente carácter internacional a un laudo que no cumple las exigencias técnicas correspondientes, dando como resultado un fallido intento de eludir la competencia judicial nacional que naturalmente le correspondería por virtud de la materia con-

trovertida” (ver página 21 de Sentencia de 20 de septiembre de 2006).

Luego de establecer que el laudo dictado en el proceso arbitral promovido por Parienti no era un laudo internacional, la CSJ procedió a analizar si el laudo transgredía el orden público panameño, concluyendo que sí lo violaba. En consecuencia, procedió a decretar su anulación. Si la CSJ hubiese determinado que el laudo era internacional, es de esperar que su análisis se hubiese circunscrito a establecer si el mismo transgredía el orden público internacional, con lo que probablemente la decisión final hubiese sido declarar la validez del laudo. Se puede apreciar la trascendental importancia que reviste la determinación del carácter del laudo, y de allí la necesidad de no soslayar este aspecto en el curso del arbitraje.

#### D. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y ORDEN PÚBLICO PANAMEÑO.

La causal de anulación prevista en el numeral 6 del artículo 67 de la Ley 131 distingue entre orden público internacional y orden público panameño. Es evidente que se trata de dos estándares diferentes. Observamos que la redacción del numeral 6 del artículo 67 es más clara que la que presentaba la legislación anterior,<sup>3</sup> bajo la cual se consignaban en un mismo numeral las causales relativas a la no arbitrabilidad de la controversia y la violación del orden público. El artículo 67 de la Ley 131 trata estas dos causales en numerales superados. Por otro lado, observamos que bajo la legislación anterior, la causal iniciaba con la frase “que el tribunal compruebe”, la cual no se observa en la nueva Ley. En la Ley 131,

todas las causales de anulación están listadas bajo un párrafo donde se dice “cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe”. Lo anterior significa que, bajo la antigua legislación, la causal de violación del orden público podía ser decretada por iniciativa del tribunal, sin importar que la parte interesada la hubiese alegado y probado. En contraste, bajo la redacción de la Ley 131, las causales de anulación deben siempre ser alegadas y probadas por la parte que promueve el recurso. Por último, bajo la legislación anterior, la causal solamente hacía referencia al orden público panameño, lo cual podía llevar a pensar que tanto los laudos nacionales como los internacionales debían ser examinados a la luz de dicho estándar únicamente. En realidad, el Decreto Ley 5 sí establecía que en el arbitraje comercial internacional “el orden público que se contempla es el orden público internacional”. Tal alusión se encontraba en el artículo 43 de dicho Decreto. La redacción que presenta el numeral 6 del artículo 67 de la Ley 131 es más directa, y permite al lector apreciar, sin lugar a equívocos, la existencia de los dos mencionados estándares, a saber, el orden público internacional y el orden público panameño.

Nos interesa ahora explorar qué debemos entender por orden público panameño. La expresión “orden público” aparece en no pocas disposiciones del ordenamiento jurídico panameño, tanto de derecho privado como de derecho público.<sup>4</sup>

Por otra parte, tal como señalamos, en el recurso de anulación contra el laudo dictado en el proceso del señor Parienti, la Sala Cuarta de la CSJ primeramente determinó que el laudo era un laudo interno, para luego entonces analizar

3. El Decreto Ley 5 de 1999, en el numeral 2 del artículo 34, a propósito de la causal de anulación que venimos comentando, ofrecía la siguiente redacción: “2. 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.”

4. Véase, entre otros, el artículo 1106 del Código Civil, el artículo 2 del Código de Trabajo, y el artículo 201, numeral 70, de la Ley 38 de 31 de julio 2000, que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el procedimiento y dicta disposiciones especiales.

si el mismo violaba el orden público panameño. Para delimitar el concepto de orden público, la CSJ citó los señalamientos del jurista argentino Dr. Juan D. Ramírez Gronda en su obra “Diccionario Jurídico”.<sup>5</sup> La CSJ dictaminó que el laudo violaba el orden público panameño por dos razones fundamentales. En primer término, porque el arbitraje, pese a tener al Estado como una de las partes demandadas, fue llevado a cabo sin obtener la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador de la Nación, requisitos estos que establecía el artículo 195, numeral 4 de la Constitución Nacional, antes de la reforma constitucional del año de 2004.<sup>6</sup> En segundo lugar, la CSJ señaló que la comparecencia del Estado no se realizó conforme lo exige el artículo 347 del Código Judicial para todo proceso en el que es parte el Estado, es decir, con la intervención del Ministerio Público, por lo que el laudo era contrario al orden público panameño.

En la sentencia del 11 de septiembre de 2008 dentro del recurso de anulación interpuesto por Grupo Capital Factoring, S.A. y otros en contra del laudo dictado dentro del proceso arbitral promovido por dicha sociedad en contra de Karikal Investment, la Sala Cuarta de la CSJ propuso nuevamente una definición de orden público.<sup>7</sup>

En el recurso de anulación promovido por Brisas de Amador, S.A. contra el laudo proferido dentro del proceso arbitral promovido por Vikingo Joint Ventures, Inc., la recurrente alegó, entre otros señalamientos, que el tribunal arbitral, al escoger solamente 8 testigos de los 23 que fueron presentados por la parte demandada, colocó a dicha parte en estado de indefensión, violando el orden público panameño. La CSJ no acogió el cargo formulado, recordándole al recurrente que el Código Judicial no era una norma aplicable al caso, y que, por el contrario, la Ley 131 le confería facultad al tribunal arbitral para limitar el número de testigos, por lo que no se había producido una violación del orden público panameño.<sup>8</sup>

De jurisprudencia panameña brevemente reseñada, consideramos que afloran dos tendencias en la delimitación de la noción de orden público panameño, que se manifiestan en forma simultánea en los señalamientos que hace la CSJ. Una de ellas que propugna por una noción en la cual el orden público panameño se nutre de aquellas normas imperativas que deben ser respetadas por los particulares en el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, y que igualmente deben ser respetadas por los árbitros. Según la jurisprudencia, la fuente principal de estas normas se encuentra en la Constitución Nacional,

5. “Conjunto de normas y de instituciones que tienen por objeto mantener en un país el buen funcionamiento de los servicios públicos, la seguridad y la moralidad de las relaciones entre los particulares, y de las cuales éstos no pueden, en principio, apartarse en sus convenciones. (Capitant). Bielsa señala en forma concordante que el orden público “es un límite de la autonomía contractual, en el sentido de que las partes no pueden afectarlo, aún de común acuerdo”. En efecto, nuestra ley dispone que “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres” (artículo 21 C. Civ.)...” Véase sentencia de 20 de septiembre de 2006 de la Sala Cuarta de la CSJ, dentro del recurso de anulación promovido por el Procurador de la Administración contra el laudo dictado dentro del proceso arbitral promovido por Jean-Mark Parienti contra la ATTT y el Estado panameño.
6. Mediante la reforma constitucional aprobada en el año 2004, el punto relativo a la aprobación del Consejo de Gabinete y el concepto favorable del Procurador pasó a ser regulado bajo el artículo 200, numeral 4 de la Constitución Nacional. Bajo la nueva norma, se establece que dichos requisitos no son aplicables a los convenios arbitrales pactados contractualmente por el Estado, los cuales tendrán eficacia por sí mismos.
7. “De lo anterior se concluye que el orden público comprende las normas y principios que defiende los intereses de los particulares y que garantiza la convivencia en sociedad, busca la seguridad social y colectiva, donde se destacan los principios de justicia y moral que deben regir en todo Estado; además de concebirse como los principios fundamentales estipulados en nuestra Constitución.” (Véase sentencia de 11 de septiembre de 2008 dentro del recurso de anulación promovido por Grupo Capital Factoring, S.A.)
8. En este fallo, la CJS comentó lo siguiente “En este sentido, advertimos que en el caso que nos ocupa, el orden público panameño se estimaría vulnerado, si los árbitros dentro del proceso hubiesen ejecutado un acto contrario a los principios fundamentales del interés general de un Estado, principios que se encuentran consagrados en la Constitución Política, en las Leyes y Reglamentos de nuestro ordenamiento jurídico interno, no obstante, esta no es la conducta observada, sino más bien como mencionamos con anterioridad, lo que vemos es simplemente falta de acuerdo, con la postura de Tribunal en cuanto a este punto.” (ver sentencia de 21 de julio de 2015 de la Sala CSJ dentro del recurso de anulación promovido por Brisas de Amador).

pero puede encontrarse también en normas de inferior jerarquía, como lo sería, por ejemplo, el Código Civil u otras leyes. La otra tendencia que observamos es la de referirse a un contenido que pareciera llevar el estándar hacia un umbral más elevado, postulando que el orden público viene dado por aquellas normas e instituciones que son fundamentales para la existencia del Estado y para la convivencia en sociedad.

Un planteamiento interesante lo encontramos en quienes sostienen que no toda norma imperativa es sinónimo de orden público.<sup>9</sup>

Veamos ahora el orden público internacional, estándar que como anotamos está consagrado en el numeral 6 del artículo 67 de la Ley 131. Para ello, proponemos considerar las nociones esbozadas en otras jurisdicciones. Se ha dicho que el orden público se refiere a “las nociones más básicas de la moralidad y de justicia de un sistema jurídico”.<sup>10</sup> Por otro lado, la Corte de Apelaciones de París ha sostenido que el orden público se refiere a los principios de importancia fundamental para el sistema jurídico.<sup>11</sup> De otra parte, el Tribunal Federal Suizo ha señalado que el orden público se refiere a las nociones más básicas de justicia en Suiza, así como al sistema de valores fundamentales de aquella nación.<sup>12</sup>

Una cuestión interesante es si el orden público internacional que debe considerar el tribunal de

anulación es un orden público verdaderamente internacional, o es el orden público internacional de *Panamá*. La interrogante surge puesto que el numeral 6 del artículo 67 utiliza la expresión “orden público internacional”, sin circunscribirlo a Panamá. Por otro lado, la expresión “orden público internacional de Panamá” aparece en el literal b) del numeral 2 del artículo 72 de la Ley 131, norma ésta que enuncia los motivos por los cuales se puede negar el reconocimiento en Panamá de un laudo arbitral extranjero. En mi opinión, el tribunal de anulación debe tener en cuenta el orden público internacional de Panamá. Digo lo anterior por las siguientes razones. Al revisar las nociones propuestas por tribunales extranjeros que se han ocupado de la cuestión, vemos que se alude al orden público del sistema jurídico de un país determinado, que es justamente el país donde se ventila el recurso de anulación. En segundo lugar, una noción de orden público internacional de aplicación mundial, que podríamos llamarle universal, aunque podría considerarse una meta digna de alcanzar para el desarrollo del arbitraje internacional, pareciera ser en el momento actual una noción demasiado vaga como para constituirse en un estándar práctico para el control de laudos internacionales en sede de anulación. Por último, no vemos una justificación lógica para que la Corte, para efectos del control ejercido por vía del recurso de anulación, utilice un umbral más alto como lo sería un orden público internacional universal,

9. Sobre este punto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha anotado lo siguiente: “A tono con la cita transcrita, conviene indicar que no es cualquier norma impositiva o limitante de la autonomía de la voluntad, la que puede clasificarse como de orden público, este viene dado por el interés del colectivo y por tanto de una repercusión social, allí donde se configure una desigualdad, inequidad latente o abuso intolerable de una de las partes. Lo contrario sería dar carácter de orden público a cualquier norma que por imperativa y limitante establezca mínimos o máximos de una determinada obligación” (SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. No. 664 -F-S1-2010 de las 14:30 horas del 26/05/2010)(Derecho Arbitral Jurisprudencial. Alberto Fernández López. Compendio de Jurisprudencia. Segunda Edición. San José, Costa Rica. 2012)
10. Esta definición fue sentada por la Corte de Apelación del Segundo Circuito de Estados Unidos en *Parsons & Whittemore Overseas Company, Inc. v. Societe Generale de l'Industrie du Papier*. Cita tomada de la obra *Arbitraje*. Francisco González De Cossío. Tercera edición. Editorial Porrúa. México, 2011.
11. Cfr. *SA Thales Air Défense v. Euromissile*, Sentencia de la Corte de Apelaciones de París de 18 de noviembre de 2004, citado en “El Concepto de orden Público como causal de nulidad de un laudo tratándose de un arbitraje comercial internacional”. Juan Carlos Marín González. Rolando García Mirón. [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502011000100006](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502011000100006). Revista Derecho (Valdivia). Vol. 24 N° 1 Valdivia julio 2011.
12. Cfr. Tribunal Federal Suizo, Sentencia de 30 de septiembre de 1994 citado por Born G., *International Arbitration. Cases and Materials*, Aspen Publishers, EUA, 2011, pp 1082-1097, citado en “El Concepto de orden Público como causal de nulidad de un laudo tratándose de un arbitraje comercial internacional”. Juan Carlos Marín González. Rolando García Mirón. [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-09502011000100006](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502011000100006). Revista Derecho (Valdivia). Vol. 24 N° 1 Valdivia julio 2011.

mientras que para el reconocimiento en Panamá de laudos extranjeros utilice un umbral más bajo y por tanto, más exigente, como lo sería el orden público internacional de Panamá.

Podríamos decir que el orden público internacional de Panamá debe buscarse en los principios e instituciones de importancia fundamental para el sistema jurídico de nuestro país, que son necesarios para garantizar la convivencia en sociedad.

Como ejemplos de situaciones que en otras jurisdicciones se han considerado violatorias del orden público, está la emisión de un laudo “por un tribunal parcial, o cuyos miembros han sido designados sin atención al principio de igualdad, y la existencia de un fraude procesal que haya influenciado en el sentido del laudo”.<sup>13</sup> En Panamá, la violación de la garantía del debido proceso, consagrada en la Constitución Nacional y en varias leyes especiales, podría configurar una situación que amerite la anulación de un laudo por violación del orden público internacional de nuestro país.

## E. CONCLUSIÓN

La finalidad de los laudos arbitrales es una característica distintiva del arbitraje. Pero dada la falibilidad humana, es lógico que esa finalidad no sea absoluta. Por tal razón, existe el recurso de anulación. La violación del orden público es una causal de anulación de los laudos que debe ser aplicada con suma moderación, y solo debe ser reconocida en circunstancias excepcionales.

Nuestra ley arbitral, al establecer la causal de violación del orden público como motivo de anulación, expresamente reconoce que existen dos estándares, a saber, el orden público internacional y el orden público panameño. El primero de ellos es un marco más reducido. Por ser un umbral más alto, es mucho más difícil que una imputación de transgresión llegue a alcanzarlo. El orden público panameño ofrece un marco ligeramente más amplio, que, sin embargo, debe ser aplicado sin olvidar la excepcionalidad de esta causal del recurso de anulación y la finalidad del laudo que las mismas partes han elegido al pactar el arbitraje.

---

13. González De Cossío, Francisco. Arbitraje. Tercera Edición. Editorial Porrúa. México. 2011. Pg. 802



# LA JURISDICCIÓN ARBITRAL EN PANAMÁ Y EL MARCO LEGAL DEL ARBITRAJE

---



JUAN PABLO  
FÁBREGA  
juanpa@fmm.com.pa

---

Antes de la aprobación del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999 (en adelante el “Decreto Ley 5”), por el cual se adoptó un marco legal especial con el que se desarrolló la institución arbitral en reemplazo de las regulaciones contenidas en el Código Judicial, el arbitraje estaba concebido como un proceso alternativo de solución de controversias adscrito a la jurisdicción ordinaria, regentado por el Órgano Judicial, revestido de la rigurosidad procesal propia del procedimiento civil. No se le concebía como una administración de justicia privada gobernada por la voluntad de las partes.

La adopción del Decreto Ley 5 tuvo su sustento en el artículo 200 de la Constitución Nacional, vigente en aquel entonces, según el cual “El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca”.

Este nuevo cuerpo normativo introdujo una regulación moderna, pero manteniendo al arbitraje bajo el sometimiento de la jurisdicción ordinaria como regente de la administración de justicia al amparo de la citada disposición constitucional. Ello daba lugar a la interposición de recursos y acciones judiciales contra las actuaciones de los centros administradores de arbitrajes y las decisiones de los tribunales arbitrales, con lo que se le restaba autonomía e independencia a la institución arbitral.

## FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA JURISDICCIÓN ARBITRAL EN PANAMÁ

Dicho entorno legal sufriría un cambio significativo a principios del siglo, que transformaría la institución arbitral en Panamá de manera radical. Mediante Acto Legislativo No. 1 de 2004, por el cual se adoptaron modificaciones a la Constitución Nacional, se introdujo una trascendental modificación a

la tradicional conformación de la administración de justicia con la incorporación de la jurisdicción arbitral a la misma. El citado texto constitucional reformado, ahora identificado como artículo 202, dispone que “El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los tribunales y los juzgados que la Ley establezca. **La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia**”. (El resaltado es nuestro y corresponde al texto de la modificación introducida)

Al dársele rango constitucional con la institucionalización de la jurisdicción arbitral como parte de la administración de justicia y conferirle a los árbitros capacidad para decidir por sí mismos sobre su competencia, el arbitraje logró autonomía e independencia frente a la jurisdicción ordinaria, con lo que ambas jurisdicciones se encuentran en un plano de igualdad respecto del ejercicio de sus competencias. Esta particular condición fue ratificada por la Sala Cuarta de Negocios Generales de Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 14 de febrero de 2005.

Sobre la potestad jurisdiccional de los árbitros el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que: “[...] el arbitraje es un medio o cauce reconocido para que tanto los particulares como el Estado puedan resolver sus controversias, cuya esencia radica en la identidad de fondo de la función jurisdiccional otorgada a los tribunales, instituida por ley y de modo excepcional a los jueces privados que son los árbitros. Es decir, que

el arbitraje constituye un verdadero juicio, cuyo resultado es un laudo con autoridad de cosa juzgada, igual a lo que acontece con las sentencias proferidas por los jueces estatales. Vemos, entonces, que el arbitraje es un auténtico proceso en el cual las partes tienen la oportunidad de reclamar sus derechos y en el cual los árbitros se encuentran investidos de carácter jurisdiccional para proferir una decisión que será de obligatorio cumplimiento para las partes”.<sup>1</sup>

## MARCO LEGAL DEL ARBITRAJE EN PANAMÁ

El desarrollo de este nuevo precepto constitucional, en virtud del cual “la administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la ley”, se adoptó mediante Ley 131 de 2013 (en adelante la “Ley de Arbitraje”)<sup>2</sup> un innovador cuerpo legal para regir el arbitraje nacional e internacional en Panamá en el que, entre otras cosas, se le atribuyeron importantes efectos sustantivos y procesales a la cláusula arbitral y otorgó a los árbitros capacidad plena y potestad discrecionalidad para la toma de sus decisiones en atención a la autonomía que les ha dado el nuevo precepto constitucional, poniendo fin a la intromisión judicial en los procesos arbitrales y a la sumisión de los árbitros a la jurisdicción ordinaria. Así, el artículo 11 de la Ley de Arbitraje establece que “En los asuntos que se rijan por esta Ley, no intervendrá ni tendrá competencia ningún tribunal judicial, salvo en los casos en que esta así lo disponga”. El alcance de este precepto normativo ha sido validado por la Sala Civil de nuestra máxima corporación de justicia.<sup>3</sup>

1. Sentencia de 22 de junio de 2010

2. Por lo reciente de la Ley de Arbitraje, nuestros tribunales de justicia no han tenido oportunidad de pronunciarse sobre todos los aspectos de la misma, por lo que en este ensayo hacemos referencia a pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia que guardan relación con disposiciones el Decreto Ley 5 por tratar la misma materia.

3. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Sentencia.22 de enero de 2014

Como complemento de dicha norma, el artículo 17 de la Ley de Arbitraje señala que “El efecto sustantivo obliga a las partes a cumplir lo pactado y a formalizar la constitución del tribunal arbitral, colaborando con sus mejores esfuerzos de manera expedita y eficaz, para el desarrollo y finalización del procedimiento arbitral. El efecto procesal consiste en la declinación de la competencia, por parte del tribunal judicial, a favor del tribunal arbitral y la inmediata remisión del expediente al tribunal arbitral. El juez o tribunal ante quien se presente una demanda, acción o pretensión relacionada con una controversia que deba resolverse mediante arbitraje, se inhibirá del conocimiento de la causa, rechazando de plano la demanda, sin más trámite, y reenviando de inmediato a las partes al arbitraje, en la forma que ha sido convenido por ellas y de conformidad con lo previsto en la presente Ley. En todo caso, si se ha presentado ante un tribunal judicial cualquier reclamación sobre un asunto que sea objeto de arbitraje, se podrá iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal judicial, sin perjuicio de la competencia del tribunal arbitral para juzgar acerca de su propia competencia en la forma establecida en la presente Ley y de los recursos contra el laudo que se establecen en esta. También deben inhibirse los organismos o entes reguladores estatales, municipales o provinciales, que deban intervenir dirimiendo controversias entre las partes, si existiera un convenio arbitral previo”.

En atención a esta autonomía jurisdiccional, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que, “[...] aun cuando las normas procesales son de orden público, el Código de Procedimiento Civil es un cuerpo normativo de carácter gene-

ral, mientras que el arbitraje, como jurisdicción especial y autónoma, además de contar con un sustento constitucional, está regulado por un texto legal propio, que le hace independiente, por lo que ante cualquier controversia que surja de una relación en la que medie una cláusula compromisoria, el juez de la jurisdicción ordinaria tendría que declinar competencia sin que siquiera tengan que alegarle falta de competencia, de manera que, en virtud del efecto procesal, el tribunal ordinario debe remitir sin mayor reparo el expediente a la jurisdicción arbitral, sin observar siquiera en el estado en que se encuentre el proceso ordinario ni tampoco entrar a verificar si existe o no prórroga tácita de la competencia. Es decir que la existencia de un convenio arbitral genera consecuencias jurídicas inmediatas por cuanto todo tribunal ordinario deberá abstenerse de aprehender el conocimiento de una causa en donde exista un convenio arbitral y declinar de inmediato la competencia a favor del tribunal de la jurisdicción arbitral”.<sup>4</sup>

La referida autonomía del arbitraje y su independencia de la instancia jurisdiccional no se pierde por el hecho de que una de las partes solicite la práctica de medidas precautorias ante la jurisdicción ordinaria. Así lo establece el artículo 18 de la Ley de Arbitraje.

Las atribuciones privativas que le confiere este marco legal a los tribunales arbitrales se hacen extensivas para dictar medidas cautelares. Por disposición del artículo 33 de la Ley de Arbitraje, salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán ordenar medidas cautelares.

La amplitud de los efectos procesales de la cláusula arbitral a favor de los árbitros frente a las ac-

---

4. Sala Cuarta, Sentencia. 8 de mayo de 2015

tuaciones de la justicia ordinaria llega al extremo de permitirle el artículo 38 de la Ley de Arbitraje al tribunal arbitral “modificar, suspender o revocar toda medida cautelar u orden preliminar que haya otorgado el tribunal arbitral o un tribunal judicial, ya sea a instancia de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a las partes”.

Dicha independencia jurisdiccional de los tribunales arbitrales en asuntos cautelares es validada por el artículo 42 de la Ley de Arbitraje al señalar que “Toda medida cautelar u orden preliminar ordenada por un tribunal arbitral cuya sede del arbitraje se encuentre en la República de Panamá se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga ejecutarla por sí mismo, será ejecutada de inmediato al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal judicial competente. [...] Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre la orden o sobre su ejecución cautelar será solicitada por el tribunal judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, el tribunal judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de lo actuado”.

La práctica de pruebas tampoco se escapa de la autonomía e independencia del tribunal arbitral. El artículo 53 de la Ley de Arbitraje señala en la parte pertinente que “El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de los medios probatorios que estime necesarios. El tribunal arbitral está facultado así mismo para prescindir de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso. [...]”

De dicha norma deriva que son los árbitros quienes tienen el control y la administración de la instancia probatoria. Salvo pacto en contrario de las partes, o en el evento de que el reglamento

que pudiera aplicarse al proceso, si este fuera administrado, dispusiera otra cosa, la propuesta, aducción, presentación, admisión o rechazo de las pruebas, la forma y procedimiento de practicarse y la decisión sobre la valoración de las mismas se encuentra libre de rigurosidades y formalismos, al contrario de lo que suele ocurrir en la jurisdicción ordinaria, siendo potestad del tribunal arbitral darle a todo lo relativo a las pruebas el tratamiento que estime conveniente. Esta potestad discrecional en materia probatoria ha sido reconocida en otra Sentencia de la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia, también de 8 de mayo de 2015.

La independencia arbitral también está consignada en la conducción del proceso y determinación de todas las cuestiones relativas a la forma y fondo del mismo cuando las partes no han establecido regulación al respecto. El artículo 46 señala en la parte pertinente que “[...] A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje de la forma que considere apropiada y sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje. En ningún caso, las partes podrán interponer incidentes o cualquier acción judicial ante los tribunales judiciales respecto de las decisiones tomadas por los árbitros o por una institución arbitral durante el curso del proceso arbitral”.

## DE LAS CONTROVERSIAS ARBITRABLES

No todo conflicto es arbitrable. Por virtud del primer párrafo del artículo 4 de la Ley de Arbitraje, “Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre **materias de libre disposición** de las partes conforme a Derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”. (el subrayado es nuestro)

La legislación nacional, incluyendo la Ley de Arbitraje, no tipifica ni hace referencia conceptual a

lo que comprenden las “materias de libre disposición” que permite arbitrar el artículo 4 citado. Tampoco hemos encontrado precedentes judiciales que den luz sobre su alcance.

Como antecedente comentamos que el artículo 2 del Decreto Ley 5 no establecía las materias arbitrables. Siguiendo un criterio prohibitivo señalaba, únicamente, que no podían someterse a la instancia arbitral “las siguientes controversias: 1. Las que surjan de materias que no sean de la libre disposición de las partes. Se entiende por tales, 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 de imperativas de Derecho. 2. Cuestiones sobre las que haya recaído resolución judicial que hagan tránsito a cosa juzgada”. Por lo tanto, debía entenderse que se podía someter a arbitraje cualquier controversia que no se encontrara en ninguno de los supuestos establecidos en la norma y no hubiera sido cosa juzgada.

La Ley de Arbitraje viene a introducir, así, el criterio general positivo, de permitir el arbitraje de materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, incluyendo aquellas que hayan sido autorizadas para ser conocidas en sede arbitral por una ley o de un tratado o de un acuerdo internacional –como suelen ser los de promoción o protección recíproca de inversiones o tratados bilaterales de inversión– que haya suscrito Panamá, apartándose de la modalidad prohibitiva contemplada en el artículo 2 del Decreto Ley 5 que, no obstante, en cierta medida, también giraba en torno a la idea de la libre disposición, en adición a la prohibición de revisar pretensiones que hubieran sido previamente resueltas por decisión judicial y que hubieran quedado ejecutoriadas.

De ello deriva que, de la letra del artículo 4 de la Ley de Arbitraje, no son arbitrables conflictos

o materias que guarden relación con derechos regulados o resguardados por normas de orden público, como las relativas a la protección de los consumidores, materias que versen sobre delitos o faltas, derechos de menores, asuntos de familia, estado civil y capacidad de las personas; cuestiones sobre bienes y derechos de incapaces; atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público; ciertos asuntos de naturaleza laboral y actos tipificados como delitos, entre muchos otros, que gozan de una tutela superior, o materias que afecten el interés u orden público o involucren derechos de terceros que no han convenido el arbitraje, dado que ninguna de estas materias pueden ser objeto de transacción o de libre disposición conforme al derecho local por ser de resguardo especial.

## CONCLUSIÓN.

Habida cuenta que la jurisdicción arbitral tiene un origen constitucional, los procesos arbitrales garantizan el debido proceso al permitirle a las partes el ejercicio pleno de su derecho de defensa y producción de pruebas, en plena armonía con el artículo 32 de la Constitución Nacional, según el cual “Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria”.

El proceso arbitral asegura a las partes la oportunidad razonable de ser oídas por un tribunal competente, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y de contradecir las aportadas por la contraparte, de hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones judiciales motivadas y conforme a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus dere-

chos,<sup>5</sup> como fue reconocido por la Sala Cuarta de la Corte Suprema de Justicia en Sentencias de 22 de junio de 2010 y de 12 de febrero de 2012.

## BIBLIOGRAFÍA

### OBRAS CONSULTADAS

Boutin, Gilberto. Del Arbitraje Comercial. Decreto Ley 5 de 1999; Editorial Mizrachi & Pujol, S.A.; 2001

Fábrega Polleri, Juan Pablo. El Arbitraje Como Medio Para la Solución de Controversias que Derivan de las Relaciones Intra-societarias Entre Accionistas de Sociedades Anónimas Panameñas; Entre Estos y/o Sus Órganos Sociales; Editorial Fábrega, Molino y Mulino; Panamá; 2016

Hoyos, Arturo. El Debido Proceso en el Sistema Jurídico Panameño, de su obra "El Debido Proceso"; Editorial Temis, S.A. Colombia; 1995

Landa, César. Derecho Fundamental al Debido Proceso y a la Tutela Jurisdiccional; Derecho Fundamental al Debido proceso y a la Tutela Jurisdiccional; Pensamiento Constitucional, Año VIII N° 8 Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. Lima, 2002

Osorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales; Editorial Heliasta S.R.L., 1979; Argentina

### LEGISLACIÓN DE LA REPÚBLICA DE PANAMÁ

Código Judicial de Panamá; Editorial Mizrachi & Pujol, S.A. ; vigésima primera edición; 2011

Constitución Política de la República de Panamá; editorial Mizrachi & Pujol, S.A.; décima edición, 2009

Decreto Ley No. 1 de 8 de julio de 1999, modificado mediante Ley No. 67 de 1 de febrero de 2011, que adopta la regulación de valores.

Decreto Ley No. 5 de 10 de julio de 1999, mediante el cual se establece el régimen general de arbitraje, la conciliación y la mediación en Panamá.

Ley 38 de 31 de julio de 2000, por la cual se aprueba el estatuto orgánico de la Procuraduría de la Administración y se regula el procedimiento administrativo general

Ley 131 de 31 de diciembre de 2013, por la cual se regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá

### SENTENCIAS JUDICIALES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sala Cuarta. 12 de febrero de 2009

Pleno. 3 de abril de 2009

Pleno. 22 de junio de 2010

Sala Cuarta. 22 de junio de 2010

Pleno. 14 de febrero de 2011

Sala Cuarta. 12 de febrero de 2012

Sala Civil. 22 de enero de 2014

Sala Cuarta. 8 de mayo de 2015

Sala Cuarta. 9 de junio de 2015

Sala Cuarta. 21 de julio de 2015

Pleno. 30 de septiembre de 2015

5. Editorial Temis, S.A.; Colombia; 1995; págs. 54-55

# LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE NACIONAL

---



JORGE FEDERICO  
LEE  
jfl@alcogal.com

---

## 1. APROXIMACIÓN CULTURAL

El tratamiento de la prueba en el arbitraje nacional, no presenta el problema principal que afecta a quienes intervienen en el arbitraje internacional, que es la disparidad de culturas jurídicas y regímenes procesales.

Para que se considere que un arbitraje reviste naturaleza internacional, es preciso que las partes, al momento de celebrar el acuerdo arbitral, tengan sus respectivos establecimientos en diferentes Estados, lo cual suele resultar del hecho de que tales partes tienen distintas nacionalidades. En los términos del artículo 2 de la Ley 131 de 2013, también deviene en internacional el arbitraje cuando hay elementos internacionales en la relación contractual, como puede ser el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar con el cual el litigio guarda una relación más estrecha y se encuentra situado fuera del Estado en que las partes tienen sus establecimientos; o bien cuando las partes han convenido expresamente que la cuestión que es el objeto del arbitraje está relacionada con más de un Estado, o cuando la materia objeto del arbitraje implica prestaciones de servicios, enajenación o disposición de bienes o transferencia de capitales que produzcan efectos transfronterizos o extraterritoriales.

Por lo anterior, es común que en el arbitraje internacional los intervinientes, tanto las partes como sus apoderados como los árbitros, así como los testigos y peritos, sean nacionales de distintos Estados, con distintos idiomas y culturas. En cuanto al manejo del arbitraje propiamente como tal, con frecuencia se contraponen tradiciones y culturas jurídicas distintas, en particular el sistema europeo continental de derecho codificado con el sistema anglosajón de derecho común. Los serios problemas que esa disparidad de formación jurídica produce en los abogados y árbitros,

cuando abordan el proceso arbitral en general y del manejo de la prueba en particular, no han podido ser resueltos ni siquiera con estructuras tales como las *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* adoptadas por la *International Bar Association (IBA)* en 2010.

En contraste, el desarrollo del arbitraje nacional en Panamá está exenta de esa complejidad, por cuanto ambas partes tienen sus establecimientos en el mismo Estado, usualmente son conacionales y han pactado que la relación comercial se rija por la ley panameña.

Además, en el arbitraje nacional, los apoderados de las partes deben ser abogados con idoneidad para ejercer en la República de Panamá. Aunque los árbitros pueden ser extranjeros, esto no causa problemas culturales, puesto que tales árbitros normalmente comparten con Panamá el sistema jurídico de derecho codificado.

## 2. LA DESJUDICIALIZACIÓN COMO PIEDRA ANGULAR DEL PROCESO ARBITRAL

La eficacia del arbitraje se garantiza con la aplicación de un principio fundamental, que es la *desjudicialización* del proceso.

Este término significa, ni más ni menos, que las reglas del proceso judicial no son aplicables, ni siquiera en subsidio, al desarrollo del proceso arbitral. De ahí que en el arbitraje nacional no pueden los abogados invocar normas del Libro Segundo del Código Judicial, sobre Procedimiento Civil, ni los árbitros aplicarlas como derecho positivo.

Este principio fundamental del arbitraje lo recoge sin reservas la Ley 131 cuando señala en su artículo 46, “a propósito de la administración del proceso arbitral, que a falta de acuerdo de las partes sobre el procedimiento aplicable, el tribu-

nal arbitral queda facultado para dirigir el arbitraje de la forma que estime apropiada “sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje”.

¿Cuáles son entonces y de dónde surgen las normas procesales que rigen la prueba en el arbitraje nacional?

La facultad de establecer esas reglas probatorias le corresponde a las partes contratantes, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, a despecho de que la Ley 131 guarda silencio sobre este punto. Si las partes tienen el poder de someter sus controversias a arbitraje, *a fortiori* (con mayor razón) pueden establecer las normas que estimen apropiadas para encausar el desarrollo del proceso arbitral, incluyendo las que se refieren al régimen probatorio.

Las partes pueden hacer uso de ese poder, ya sea directamente acordando ellas mismas las reglas probatorias, o indirectamente sometiendo el arbitraje a las reglas de una determinada institución arbitral. Los reglamentos de arbitraje de las instituciones arbitrales suelen contener normas sobre prueba, aunque normalmente abordan la materia de manera muy general sin entrar en detalles.

En ausencia de acuerdo de las partes sobre el régimen probatorio, o de falta de tratamiento de determinadas situaciones por los reglamentos de la institución arbitral que esté administrando el arbitraje, le corresponde por defecto a los árbitros establecer reglas *ad hoc* para el manejo de la prueba.

## 3. PODERES DEL TRIBUNAL ARBITRAL EN MATERIA PROBATORIA

La Ley 131, en su artículo 53, confiere un poder amplísimo al tribunal arbitral para establecer el régimen probatorio. A este respecto, adopta una



fórmula general que destaca por su contundencia: “El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de los medios probatorios que estime necesarios”.

Esta regla especial es secuela lógica de la regla cardinal que, sobre administración del proceso arbitral, consagra el artículo 46 de la Ley 131 así:

“Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones, pudiendo someterse al procedimiento contenido en un reglamento de una institución de arbitraje.

“A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje de la forma que considere apropiada y sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje”.

#### 4. MOMENTO DE DETERMINACIÓN DE LAS REGLAS PROBATORIAS

Cuando es el tribunal arbitral quien debe fijar las reglas sobre prueba, la garantía del debido proceso exige que esas reglas sean determinadas antes de iniciarse la etapa de práctica de pruebas, a fin de asegurar que sean conocidas por las partes y que el proceso sea justo, desprovisto de sorpresas.

El momento procesal para hacer tal determinación es la audiencia preliminar, conocida también como “audiencia para expedición de acta de misión” o “audiencia de fijación de la causa”.

#### 5. APORTACIÓN DE LA PRUEBA

La eficacia del arbitraje como método de solución de disputas radica, entre otras cosas, en que se surta en forma ágil, a diferencia del proceso judicial, que usualmente es lento por el enorme volumen de causas que tienen a su cargo los tribunales del Órgano Judicial.

Uno de los temas que más incide en la eficacia del proceso arbitral es el relativo a la forma de aportar pruebas.

Sobre esto hay dos enfoques:

El primero consiste en requerir a las partes que aporten sus pruebas desde su primera actuación, esto es, con la demanda en el caso del demandante y con el escrito de contestación de la demanda en el caso del demandado. Esto incluye tanto las pruebas de carácter documental como las demás pruebas, o sea, las testimoniales, declaraciones de parte, de informe, periciales y de inspección, así como pruebas atípicas (por ejemplo, solicitud de *discovery*). Este sistema es el que contempla la Ley No. 131 y el Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá (CECAP).

El artículo 50 de la Ley 131 señala, en relación con la demanda y su contestación, que “Las partes podrán presentar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar”. Esta redacción es poco afortunada e induce a confusión. Cuando la norma usa el verbo “podrán” que carece de imperatividad, no significa que las partes tienen la alternativa de aportar la prueba en una oportunidad posterior, puesto que el ofrecimiento de pruebas se hace necesariamente por el demandante con la demanda y por el demandado con la contestación. El sentido correcto de la norma es que las partes tienen la carga procesal de aportar pruebas y no una obligación de hacerlo, quedando implícito que es en su propio interés hacerlo,

puesto que la carga procesal es un “imperativo de propio interés”.

El segundo enfoque es establecer una fase probatoria, con términos comunes a ambas partes para presentación de pruebas, presentación de contrapruebas y objeciones, siguiendo el método tradicional que se aplica para los procesos civiles que se tramitan en sede judicial. Este es el sistema adoptado en el Reglamento de Arbitraje del Centro de Solución de Conflictos (CESCON).

## 6. ADMISIÓN DE LAS PRUEBAS

El tribunal arbitral tiene amplio poder para decidir sobre la admisión de las pruebas aducidas o aportadas por las partes.

Sobre este punto, es preciso destacar un punto que, aunque básico, no es comprendido por muchos abogados litigantes, a saber, que la admisibilidad consiste únicamente en un examen que hace el juzgador sobre la aptitud de la prueba para ser incorporada válidamente en el proceso y nada tiene que ver con su eficacia, esto es, con su fuerza o valor de convicción. Los factores fundamentales que determinen su admisibilidad son la pertinencia y la oportunidad.

De vez en cuando, se han producido casos de inadmisión de prueba de testigos. La prueba testimonial no puede ser inadmitida sobre la base de una supuesta impertinente o falta de relación con los hechos debatidos, porque esto supondría prejuzgar el contenido de la declaración del testigo, que no puede conocerse hasta que se surte en estrados. A la inversa, una situación problemática que los árbitros confrontan con frecuencia es la que surge cuando una parte aduce un número irrazonable de testimonios. Ha habido casos en que una parte aduce cuarenta testigos y al ser requerido para que precise los hechos debatidos sobre los cuales recaerán sus testimo-

nios se acepta que será sobre todos los hechos, siendo evidente que hay una actuación procesal de mala fe encaminada a complicar el desarrollo del arbitraje. En este supuesto, los árbitros pueden y de hecho deben limitar el número de testigos por hechos, ya sea siguiendo la regla judicial que establece una limitación de cuatro testigos por cada hecho controvertido, o bien fijando un número mayor o menor, de acuerdo con la complejidad del litigio.

Esta posibilidad de entrada de la prueba al proceso es una facultad privativa del tribunal arbitral, que se ve resaltada por la gran flexibilidad que da la libertad de medios de prueba y la ausencia de regulación contractual de las partes sobre el tema de admisibilidad.

Por ello, al decidir sobre la admisión de pruebas, los árbitros deben actuar con mucha prudencia, aplicando en caso de duda el principio favor probationis, pero al mismo tiempo con mucha firmeza para evitar abusos por las partes. Para esto, los árbitros pueden tomar como guía las reglas contenidas en el Libro Segundo del Código Judicial, pero debe quedar claro que no están obligados a aplicarlas en la forma en que han sido establecidas para los procesos judiciales.

## 7. PRÁCTICA DE LAS PRUEBAS

La prueba se evacúa en audiencia, dentro del plazo acordado por las partes, el fijado por el reglamento de la institución arbitral correspondiente, o el fijado por el tribunal arbitral.

El reglamento del CESCON señala que las pruebas se practicarán conforme a lo establecido en el acta de misión, pero no contempla un término para dicha práctica. El reglamento de CECAP expresa que en ningún caso el término para la práctica de pruebas podrá exceder de veinte días, salvo prórroga por igual término otorgada

por el tribunal arbitral en situaciones de especial dificultad, por la necesidad de práctica de pruebas en el extranjero o por asistencia de los tribunales judiciales para esa práctica.

Cuando la práctica de la prueba involucra a terceros, que pueden cuestionar la autoridad del tribunal arbitral, la Ley No. 131 permite obtener la asistencia de los tribunales judiciales. El tribunal judicial correspondiente debe atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba, practicando la prueba dentro de un término de diez días hábiles.

## 8. EFICACIA Y VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La eficacia es la aptitud de una prueba para persuadir o llevar certeza al juzgador, sobre la correspondencia de una afirmación con la realidad. Una prueba eficaz, determina la aplicación de la norma, cuyo supuesto de hecho invoca a su favor la parte que la ha presentado, y por ende incrementa la probabilidad de que el tribunal arbitral emita decisión de mérito a su favor.

La valoración de las pruebas determina esa eficacia y por ello constituye el acto fundamental de la labor intelectual que realizan los árbitros, permitiéndoles cumplir su misión de resolver la disputa con la emisión del laudo.

La cuestión principal que debe precisarse en materia de valoración de la prueba es el sistema de calificación, pues la Ley No. 131 guarda absoluto silencio sobre este tema. El reglamento del CECAP tampoco aborda este tema.

El reglamento del CESCÓN sí dice de manera expresa en su artículo 41.7 que el tribunal arbitral “evaluará las pruebas de conformidad al principio de la sana crítica”.

Cuando el reglamento de la institución arbitral no alude al sistema de valoración de la prueba, las partes y los árbitros tienen la posibilidad de consignar en la audiencia preliminar (“determinación del acta de misión” o “fijación de la causa”) que la valoración de la prueba se hará mediante el sistema de la sana crítica.

Pero esto no es indispensable. En la tradición jurídica panameña, el sistema de la sana crítica es aplicable por defecto, esto es, a falta de la existencia de otro sistema viable. Como la Ley No. 131 no reconoce la vigencia del sistema de tarifa legal, solo cabe aplicar el sistema de la sana crítica.

Tampoco cabe pensar en el sistema de libre convicción del juzgador, entendido como discreción absoluta, puesto que en nuestro país la motivación de la decisión de fondo, en este caso, el laudo de mérito que profieren los árbitros constituye parte integral de la garantía constitucional del debido proceso. De todo modo, el artículo 60.2 de la Ley No. 131 exige que el tribunal arbitral motive el laudo y esta motivación debe recaer esencialmente sobre la fuerza de convicción de las pruebas allegadas al proceso.

En la realidad social, los árbitros aplican instintivamente el sistema de la sana crítica y de hecho, los apoderados de las partes entienden que así lo harán.

Un tema proveniente de la tradición anglosajona que se está abriendo paso, poco a poco, en los foros de las jurisdicciones de derecho civil, incluyendo Panamá, es el de los estándares probatorios. El estándar probatorio es, en esencia, el grado de convencimiento que debe obtener el juzgador para estar en capacidad de aceptar como ciertos los hechos afirmados por una parte en apoyo de su pretensión o su defensa.

A este respecto, en los arbitrajes comerciales nacionales suelen aplicar, por pura intuición (aún sin estar conscientes de que lo están haciendo), el estándar más liberal, que es el de la “preponderancia de prueba” (“preponderance of evidence”), conforme al cual se acepta como buena la afirmación fáctica cuya probabilidad de existencia es mayor que la afirmación fáctica presentada por la contraparte (“more probable than not”). Lo que resulta incuestionable es que no cabe aplicar el estándar más riguroso, a saber “más allá de duda razonable” (“beyond a reasonable doubt”) que está reservada a las causas penales, porque exige un grado de certeza máximo, sin que esto signifique en modo alguno que el juzgador deba haber alcanzado la verdad.

## 9. CONCLUSIÓN

La flexibilidad que caracteriza el desarrollo del proceso arbitral en materia probatoria es uno de los factores que ha convertido al arbitraje en un medio eficaz de solución de disputas comerciales.

Puesto que hay que evitar, a toda costa, que la rigidez del marco judicial contamine al arbitraje, es indispensable que los árbitros y los abogados que litigan en sede arbitral, perfeccionen su conocimiento de los conceptos y las técnicas de manejo de las pruebas en el arbitraje. Así contribuiremos al avance del arbitraje.

# APLICACIÓN DE LOS MARC EN LOS CONFLICTOS DE GOBIERNO CORPORATIVO

---



LILIA  
LIU  
lilia.liu@llaso.com

---

Uno de los conflictos que puede poner en riesgo a una empresa, son las que se producen en las salas de juntas directivas cuando hay fallas de gobernanza. De manera que cuando estos conflictos se hacen públicos en las redes sociales o en los medios, o peor aún, que se ventilen sus diferencias en tribunales, significa que no se trataron adecuadamente en su momento, con lo que se pierde la confianza y la capacidad de tomar sanas decisiones y trabajar en armonía para la compañía, lo cual puede ser muy perjudicial y afecta negativamente a toda la organización.

Un aspecto patológico por un mal gobierno pudiera darse cuando hay desacuerdos y no se resuelve, en ocasiones se ignora para no confrontar, el conflicto aumenta y la junta directiva se divide, con lo que el conflicto se hace público con impactos reputacionales negativos, renunciaciones de directores y demandas. Es por ello que si dichos conflictos no se enfrentan rápida y efectivamente, aumentarán los riesgos de que existan rumores y atraerá la atención de los medios de comunicación.

El “*affectio societatis*” (término en latín que significa afecto societario), es un elemento esencial en las sociedades y representa el ánimo con el cual se hacen los negocios en común. La ausencia de “*affectio societatis*” no es causal de disolución de una sociedad, pero si conlleva a que la empresa no pueda operar por la falta de interés de uno o varios socios bien sea por discrepancias o porque no desean permanecer en sociedad, lo cual puede desencadenar en una parálisis en la empresa. Si no hay un ánimo societario, no habrá ninguna posibilidad de construir relaciones más equitativas y participativas.

El libro Resolución de conflictos de Gobierno Corporativo producido por la IFC por sus siglas en inglés (International Finance Corporation), conside-

ra los siguientes factores cuando se evalúan los costos del impacto de un conflicto de gobierno corporativo:

- » El costo del conflicto, en relación al valor del asunto en conflicto
- » El número de miembros del personal involucrado en el manejo del conflicto
- » Cantidad de tiempo del personal involucrado en el manejo del conflicto
- » El grado de satisfacción con el resultado del conflicto
- » El nivel de recuperación del conflicto
- » La incidencia de la destrucción de las relaciones de negocios
- » La incidencia de las renuncias de los miembros de junta y/o ejecutivos senior
- » La incidencia de la pérdida de accionistas
- » La incidencia de la pérdida de oportunidades de negocios
- » El número de decisiones estratégicas demoradas
- » La reputación o valor llave perdidas
- » La cantidad de cobertura negativa por parte de los medios de comunicación

La forma regular y de lograr un acuerdo sobre un conflicto, es resolver mediante un proceso legal y manejarse a través del litigio. Sin embargo, en la mayor parte de los casos, no todos los tribunales son árbitros efectivos en los conflictos de gobierno corporativo, con lo cual se exponen y aceleran las rupturas de las relaciones de ne-

gocios y hasta personales. Además los litigios aumentan la exposición de la empresa de que los procesos sean largos, costosos y corren el riesgo que se ventilen. De acuerdo con el profesor Mervyn Ling, primer Vicepresidente del Instituto Sudafricano de Miembros de Juntas Directivas: “La gente de negocios pasa su vida construyendo relaciones, pero tan pronto como surge un conflicto, si las partes recurren al litigio, la naturaleza adversarial de éste destruye esas relaciones. Debería ser parte de los deberes de los miembros de una junta, el actuar en el mejor interés de la compañía para poner a prueba y preservar las relaciones de negocios”. En un estudio conducido por Lloyd’s con la Economist Intelligence Unit, en promedio, las juntas directivas gastan 13% de su tiempo discutiendo problemas de litigios, y los directores esperan que esto aumente en los próximos años.

La Junta directiva puede escoger un enfoque distinto y resolver los conflictos de gobierno corporativo fuera de los tribunales de justicia mediante la aplicación de técnicas y Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (MARC). El uso de los MARC ofrecen opciones flexibles y más eficientes para resolver conflictos sin utilizar el recurso de los tribunales, normalmente son procesos voluntarios y confidenciales, con las que permiten resolver los problemas de forma constructiva y negociadora, el común denominador de las MARC es que son más rápidos, menos formales, más baratos y menos antagónicos que los procesos legales ante los tribunales. La ICC (International Chamber of Commerce, por sus siglas en inglés) señala que los MARC son procesos amigables de resolución de conflictos basados en la buena voluntad de las partes y la asistencia de una tercera parte neutral. Entre el 2001 al 2006, el 20% de los conflictos legales que se conciliaron en la ICC fueron conflictos de gobierno corporativo como por ejemplo: valuación de las acciones, prioridades de los accionistas, remuneración de la junta directiva, quie-

bra, participación de los accionistas en la toma de decisiones y adquisiciones. Hoy en día los MARC permiten resolver los conflictos de gobierno corporativo de una manera dinámica, y que las partes moldeen sus soluciones ajustadas a las necesidades del negocio para tratar situaciones actuales y en desarrollo. Se requiere mayor flexibilidad y cuidado cuando se trata de disputas en salas de juntas directivas ya que pudieran favorecer la posición de una parte y endurecer la posición de la otra en lugar de conciliar, por lo tanto, en conflictos internos se recomienda utilizar técnicas combinadas de negociación constructiva como de mediación que incluyen:

- » Examinar sus problemas
- » Identificar los intereses de las partes
- » revisar los asuntos emocionales y de hecho
- » concentrarse en objetivos de largo plazo
- » promover discusiones
- » descubrir información
- » facilitar la toma de decisiones colaborativas
- » utilizar la asistencia de un tercero o de un consultor externo cuando sea apropiado
- » Alcanzar acuerdos mutuamente aceptables

Para explicar un poco haré una distinción para diferenciar lo que es la negociación constructiva, la mediación y el arbitraje.

La *negociación constructiva* es un proceso donde dos o más partes con distintos intereses llegan a consensuar en conjunto y en donde se sacan a flote los problemas que impiden tomar decisiones empresariales, se identifican las preocupaciones en común y se promueve el flujo

de ideas para resolver un conflicto mediante una posición colaboradora y abierta.

La mediación es un proceso informal donde los participantes son asistidos por un tercero independiente y se utiliza este método cuando la negociación falla en producir resultados satisfactorios o cuando las partes rehúsan hablarse entre ellas mismas. La mediación es una buena técnica de manejo del riesgo porque tiene un enfoque más objetivo de la posición de las partes que se encuentran atrapados en un conflicto personal. En este punto es importante que las partes respeten al mediador y tengan confianza en la imparcialidad del proceso.

El proceso de negociación constructiva y de la mediación se compone de tres pasos:

1. Preparación (establecer el escenario).
2. Participar (negociar entre las partes).
3. Revisar (formalizar el acuerdo).

¿Y cuándo utilizamos *el arbitraje*? Se recurre al arbitraje cuando no se logra la negociación constructiva o cuando no se logra la mediación. El arbitraje es un procedimiento por el cual se somete una controversia, por acuerdo de las partes, a un árbitro o a un tribunal de varios árbitros que dicta una decisión sobre la controversia que es obligatoria para las partes. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales. Dependiendo si el arbitraje tiene o no elementos extrafronterizos, el arbitraje es nacional o internacional.

Y como nos señala el Lic. Juan Pablo Fábrega Polleri en su libro “El Arbitraje Societario en Panamá”: “...dada la naturaleza de las sociedades anónimas, consideramos que las controversias derivadas de relaciones intrasocietarias pueden

ser resueltas mediante arbitraje en virtud de una cláusula arbitral inserta en el pacto social por considerar que tales materias y los derechos que derivan de las mismas se enmarcan dentro de la capacidad de disposición de las partes; por pertenecer la materia a la esfera privada del derecho y por la naturaleza de las relaciones que surgen entre accionistas; entre estos y el ente legal y sus órganos sociales a partir de la integración del accionista a la sociedad con la adquisición de acciones y su sometimiento a las disposiciones del pacto social”. Un gran porcentaje de los casos que se dirimen en los centros de arbitraje que tienen que ver con conflictos de gobierno corporativo, están relacionados con accionistas que tratan de resolver sus diferencias.

El 31 de diciembre de 2013 se promulgó la Ley 131 que regula el arbitraje en Panamá e impulsa al país como un centro regional de solución de conflictos y el Decreto Ley 5 del 8 de julio de 1999 establece el Régimen General de Arbitraje de la Conciliación y de la Mediación. En Panamá existen varios institutos reconocidos en los procesos de mediación, conciliación y arbitraje, entre ellos están:

- » el Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá (CECAP)
- » el Centro de Solución de Conflictos (CESCON)
- » el Instituto Especializado en Negociación, Conciliación, Mediación y Arbitraje (ICMAR) de la Universidad de Panamá

- » el Instituto Internacional de Negociación, Mediación y Arbitraje (IINMA)
- » la Dirección de Resolución Alternativa de Conflictos (DRAC) del Ministerio de Gobierno
- » la Dirección Nacional de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos adscrita al Órgano Judicial ubicadas en 12 centros en distintas provincias del país.

Cada uno de estos centros cuenta con su propio Reglamento de Arbitraje, Conciliación y Mediación en la solución de conflictos y nuestro país ha ido evolucionando cada día más en busca de mejores métodos para resolver conflictos, ya que permite mantener la relación entre las partes y en ocasiones fortalece estas relaciones alcanzando un acuerdo mutuo entre ellos como una solución idónea al conflicto.

Cada vez son más los abogados y consultores expertos en arbitraje que asesoran a sus clientes en el uso de las MARC para poder brindarles el apoyo de cuándo es el mejor momento para la aplicación de las MARC, o en qué momento se adecúa más y cuáles son las consecuencias legales y financieras que implica aplicarlas. Al final se debe tomar en cuenta que el efecto de las MARC ayuda a lograr acuerdos, a mejorar las relaciones, es un proceso más transparente y tiene un impacto menos negativo y menos costoso que un proceso ordinario.



# PANAMÁ SEDE DE ARBITRAJE

---



ESTEBAN  
LÓPEZ M.  
[esteban@katzylopez.com](mailto:esteban@katzylopez.com)

En materia arbitral y desde una perspectiva jurídica, la elección de la SEDE, trae consecuencias importantes para el desenvolvimiento del mismo, toda vez que ésta regula la competencia del tribunal arbitral, la sustanciación de las actuaciones, el contenido del laudo, las causales de anulación y su ejecución.

La Ley No. 131 de 31 de diciembre de 2013, publicada en Gaceta Oficial No. 27449-C de 8 de enero de 2014, “QUE REGULA EL ARBITRAJE COMERCIAL NACIONAL E INTERNACIONAL EN PANAMA Y DICTA OTRA DISPOSICIÓN”, de ahora en adelante la “LEY”, no sólo refleja las disposiciones de la ley modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) o Ley modelo UNCITRAL, por sus siglas en inglés; sino que también confiere las directrices más importantes que han de tenerse en cuenta al momento de determinar el marco normativo en que se va a desarrollar el arbitraje, convirtiendo a la República de Panamá en una sede confiable de arbitrajes tanto nacionales como internacionales.

El artículo 1 de la LEY dispone con relación a su aplicación, que la misma “se aplica a los arbitrajes cuya sede se halle dentro del territorio panameño, sean de carácter nacional o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados o acuerdos internacionales de los que el Estado panameño sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje, en cuyo caso las normas de la presente Ley serán de aplicación supletoria”. A este respecto, el artículo 47 de la LEY señala, que las partes podrán determinar libremente la sede del arbitraje; y que, en el caso de no haber acuerdo al respecto; el tribunal arbitral determinará la sede del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes. A falta de mayoría de los árbitros, decidirá el presidente del tribunal arbitral.

Como se ha indicado, el concepto SEDE en arbitraje tiene una connotación jurídica, ya que corresponde al lugar pactado por las partes para llevar a cabo el proceso e infiriéndose que esta elección no significa de manera alguna; que todas las actuaciones arbitrales deban ser realizadas en la sede determinada, pues el tribunal arbitral está facultado para celebrar diligencias en otros sitios. Se advierte entonces que la SEDE del Arbitraje, proporciona el marco jurídico donde se va a desarrollar el mismo. De allí que se dice que **quien elige sede, elige la ley arbitral**.

En otras palabras, la ley de la sede (*lex Arbitri*), determinará el marco normativo regulador en que se desarrollará el arbitraje, así como la participación de las autoridades estatales en una faceta de intervención, ya sea en funciones de apoyo y/o control.

A nivel internacional, se ha instaurado el “Principio de Intervención Mínima” de los tribunales estatales, con el objetivo de resguardar la autonomía tanto de la institución arbitral como de la labor de los árbitros. El principio de intervención mínima supone, excluir todo poder de un sistema judicial nacional que no esté mencionado en la propia Ley.<sup>1</sup> Existe una tendencia en aras de privilegiar aquellas sedes en que se conciba una regulación que dé seguridad y confianza, lo que se traduce en acciones con causales limitadas, en la que no se intervenga más allá de lo estrictamente necesario y contemplado en la propia ley.

La LEY, establece estas funciones de apoyo<sup>2</sup> y control,<sup>3</sup> en los artículos 17 (aplicación del efecto procesal del acuerdo de arbitraje); 18 (Medidas

Cautelares previas al proceso arbitral), 44 (Medidas Cautelares durante el curso del proceso arbitral); 54 (asistencia de los tribunales judiciales para la práctica de pruebas); 66 y siguientes (Impugnación del laudo), 69 (ejecución de laudo nacional); 70 y siguientes (reconocimiento y ejecución de laudo internacional).

Se procura que la participación del sistema judicial sea proactivo cuando se trate de hacer cumplir lo decidido por el tribunal arbitral, ya sea al momento de expedir el laudo o al concluir sus actuaciones, que como se indica en el artículo 61 de la LEY; culmina con la expedición del laudo definitivo o por orden dictada por el tribunal arbitral, en los siguientes supuestos: cuando el demandante retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca un legítimo interés de su parte en obtener una solución definitiva del litigio, cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones y cuando el tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible, salvo cuando se trate de corrección e interpretación del laudo.

Es por esta razón, la importancia de la LEY, al limitar la participación del sistema judicial, regulando la forma en que los tribunales deben prestar auxilio, en caso de ser necesario, para la colaboración y eficacia del proceso arbitral. Dicho esto, cualquiera que sea la concepción que se tenga del arbitraje (Arbitraje Institucional “o” Ad-hoc; Arbitraje en Derecho “o” en Equidad; Arbitraje Nacional “o” Internacional), la ejecución del laudo juega un papel trascendental en el éxito de esta figura.

---

1. VASQUEZ PALMA, María Fernanda. Coordinación de arbitraje y jurisdicciones especiales: una perspectiva latinoamericana, en *Revista de Arbitraje Comercial e Inversiones*. Volumen II, 2010, pp. 766-788.  
2. Apoyo tiene que ver con el auxilio a las decisiones arbitrales que requiera de imperio o afecten a terceros, es decir significa garantía frente al orden público general, mas no al ejercicio de funciones de control.  
3. Control contempla los recursos contra el laudo, y en su caso, qué tipos, bajo qué causales y procedimientos, así exequatur o trámite de reconocimiento de sentencia arbitral internacional.

En este sentido, para poder ejecutar un Laudo Arbitral, la LEY taxativamente señala que el Recurso de Anulación es la única vía específica e idónea para recurrir la validez del laudo. (ver artículo 66 de la LEY). Por su parte el artículo 67 de la LEY, señala que el laudo sólo puede anularse ante la **sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia**, cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: 1.- Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el Artículo 15 estaba afectada por alguna incapacidad o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido o, si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley panameña; o 2.- Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o 3.- Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no están, sólo estas últimas podrán anularse; o 4.- Que la designación del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de las que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley; o 5.- Que los árbitros han decidido sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje; o 6.- Que el laudo internacional es contrario al orden público internacional. En el caso del laudo nacional, el orden público a considerar será el orden público panameño.

En cuanto al procedimiento para la ejecución de los laudos nacionales, expresamente se excluye la posibilidad de interponer algún recurso y así lo dispone el Artículo 69 de la LEY al indicar:

El laudo arbitral nacional será objeto de ejecución por un juez de circuito civil competente por el procedimiento establecido para sentencias judiciales firmes.

Al escrito solicitando la ejecución se adjuntará copia auténtica del laudo.

El juez de ejecución dará traslado a la otra parte de este escrito con sus copias, por un plazo de quince días, quien podrá oponerse a la ejecución solicitada, alegando únicamente la pendencia del recurso de anulación o la anulación del laudo, aportando el escrito de interposición del recurso o copia auténtica de la sentencia de anulación.

Fuera de esos supuestos, el juez decretará la ejecución. **Ninguna resolución del juez en esta fase será objeto de recurso.** (El resaltado es nuestro)

A este respecto cobra mucha importancia, lo expuesto por el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Panamá, en fallo de 9 de octubre de 2015, correspondiente al Amparo de Garantías Constitucionales interpuesto por Luis Carlos Valdés en nombre y representación de los señores Rubén González y Delia Manieri, en el cual ordena al Juzgado Undécimo de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial, que proceda a la ejecución de laudo arbitral, al indicar con respecto al artículo 69:

La norma citada, desarrolla una serie de aspectos relativos a la ejecución de los laudos arbitrales, estableciéndose claramente en este contexto, que se reconoce la figura de la ejecución de los laudos. Por tanto, se parte de la premisa que la ley reconoce esta fase del proceso; además, el juez que conozca de una petición de ejecución del laudo, no puede desconocer su “existencia” a través de una

decisión de rechazar o negar la petición. Ello es así, ya que dicha norma no señala en ninguna parte de su contenido, que el juez, al momento de recibir la solicitud de ejecución del laudo arbitral y existir una oposición de las partes contrarias, deba “rechazar o negar” lo pedido.<sup>4</sup>

En otras palabras, la LEY **no faculta al juez de circuito civil a rechazar la ejecución**; lo que puede es aplazar su ejecución supeditado al resultado del Recurso de Anulación, pues como la Corte señaló “resulta claro que si el proceso de ejecución se interpuso y, por tanto, se inició, lo que procedía era su aplazamiento y no su rechazo, ya que no se puede desconocer la posibilidad futura de restablecer la ejecución”.<sup>5</sup>

Respecto al **reconocimiento y ejecución de los laudos internacionales**, se reconocerán y ejecutarán en Panamá de conformidad con la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras aprobada en Nueva York en 1958; la Convención Interamericana de Arbitraje Internacional aprobada en Panamá en 1975 y por cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral internacional; Salvo que las partes hayan acordado algo distinto, el tratado será el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo internacional.

La LEY deja claramente establecido en su artículo 70, que los laudos dictados en arbitrajes internacionales, cuya sede de arbitraje sea la República de Panamá, no estarán sujetos al procedimiento de reconocimiento y podrán ser ejecutados sin necesidad de éste.

El artículo 71 de la LEY señala que, la parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el laudo original o copia autenticada de éste y si el mismo no está redactado en el idioma español, la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia podrá solicitar a la parte que presente una traducción del laudo a ese idioma. Por su parte, el artículo 72 señala taxativamente los MOTIVOS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO O LA EJECUCIÓN.

1. A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:
  - a. Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o
  - b. Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o
  - c. Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las

4. Corte Suprema de Justicia de Panamá, fallo de 9 de octubre de 2015, correspondiente al Amparo de Garantías Constitucionales interpuesto por Luis Carlos Valdés en nombre y representación de los señores Rubén González y Delia Manieri, contra el auto No. 806-12 de 8 de mayo de 2012, emitido por el Juzgado Undécimo de Circuito Civil del Primer Circuito judicial de Panamá, en grado de apelación.

5. Corte Suprema de Justicia de Panamá, fallo de 28 de mayo de 2014, dentro al Amparo de Garantías Constitucionales presentado por el licenciado Jorge Molina en nombre y representación de MAPFRE PANAMA, S.A. contra el auto No. 1187/265-13 de 2 de septiembre de 2013, dictado por la Juez Cuarta de Circuito Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá.

cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o

- d. Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o
- e. Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo Derecho, ha sido dictado ese laudo; o

2. Si la Sala Cuarta de Negocios Generales comprueba:

- a. Que, según el Derecho panameño, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
- b. Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público internacional de Panamá.

Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el literal e del numeral 1 del presente artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas. Este artículo será de

aplicación a falta de tratado o, aun cuando exista éste, si estas normas son, en todo o en parte, más favorables a la parte que pida el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero.

Con respecto al trámite de reconocimiento, el artículo 73 de la LEY señala taxativamente que, “la Sala Cuarta de Negocios Generales dará traslado del escrito a las demás partes del proceso, las cuales tendrán un plazo de quince días para que expongan lo que estimen conveniente. La Sala Cuarta resolverá dentro de los sesenta días siguientes”.

Entonces podemos colegir que “una cosa es el reconocimiento del laudo extranjero o internacional y otra distinta la ejecución. La ejecución presupone el reconocimiento, pero no a la inversa. El reconocimiento es el acto mediante el cual el Estado receptor del laudo lo reconoce como tal. La ejecución es el acto por medio del cual se le da al laudo el carácter coercitivo”.<sup>6</sup>

O como bien señala Guido Santiago Tawil, al referirse a este tema y manifestar que, “el reconocimiento tiene por objeto otorgar a la sentencia o laudo extranjero el carácter de acto jurisdiccional válido y eficaz en el ordenamiento nacional en el cual se persigue su invocación como fuente de derechos u obligaciones”, y en este mismo orden de ideas al referirse a la ejecución indica que “consiste en el cumplimiento forzado de una sentencia o laudo extranjero previamente reconocido por el Estado. Podría así existir reconocimiento sin ejecución, pero jamás ejecución sin reconocimiento”.<sup>7</sup>

Otros aspectos importantes de la LEY son:

6. (Henry Torrealba Ledezma “El Laudo en el Arbitraje Comercial Internacional” Baker & McKenzie, Caracas, abril 2004. página 14).

7. (El Arbitraje comercial Internacional, estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario; Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales. Concepto y Diferencias, págs. 32-33, Abeledo Perrot).

## 1. Consagración de la Autonomía de la Voluntad

La LEY permite a las partes establecer según sus necesidades, aspectos tan relevantes como el convenio arbitral, persona y número de árbitros, la institución, el procedimiento arbitral, la ley de fondo aplicable en la resolución del litigio, el idioma a emplear, entre otros factores; y sólo como subsidio a dicha voluntad, la Ley 131 prevé la solución para llenar los vacíos.

## 2. Ámbito de aplicación con carácter internacional y con una concepción monista.

El artículo 6 de la Ley 131 de 2013, dispone:

**“Artículo 6. Reglas de interpretación.** En la interpretación de la presente Ley, habrá de tenerse en cuenta su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.

Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Ley que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales del arbitraje.

La relevancia de la internacionalidad de un arbitraje se acredita, debido al hecho que en algunos sistemas, la legislación aplicable difiere de aquella aplicable al arbitraje nacional o interno que suele ser más inflexible en la materia al establecer mayores restricciones; por lo que la internacionalidad se concibe en muchos practicantes de arbitraje internacional como la remoción de los obstáculos al desarrollo del arbitraje,

je, cuyos límites se encontrarán en la noción de arbitrabilidad.<sup>8</sup>

## 3. Flexibilidad y Garantías Procedimentales

La LEY consagra flexibilidad en el procedimiento arbitral. El artículo 46 dispone la libertad de las partes de convenir un procedimiento y la posibilidad de que se aplique un reglamento de una institución de arbitraje o bien a decisión del tribunal arbitral, dirigiendo éstos el arbitraje de la forma que considere apropiada y sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje.

También existen otros aspectos que transmiten esta flexibilidad, pero con garantías procedimentales, tales como los principios de independencia e imparcialidad de los árbitros y el trámite de recusaciones, la posibilidad de que ellos puedan adoptar medidas cautelares e inclusive órdenes preliminares.

## 4. Aspectos logísticos y de conveniencia para las partes

Panamá cuenta con servicios logísticos adecuados y con proyección internacional, tales como: el Hub de COPA (una de las aerolíneas más importantes de Latinoamérica), la ampliación y modernización del principal aeropuerto, conectividad tecnológica, vasta oferta hotelera, centros especializados en la administración de arbitraje, lo cual facilita el encuentro de abogados, partes y testigos provenientes de distintos puntos del mundo.

El Canal de Panamá permite que el 5% del comercio mundial pase por él, el Centro Bancario

8. BOUZA, Nuria. “La arbitrabilidad de los litigios en la encrucijada de la competencia judicial internacional y de la competencia arbitral, en REDI, Volumen II, 2000, pp 371-393

Nacional, la utilización del dólar de Estados Unidos de América, como moneda de curso legal, una economía estable (Panamá se mantiene entre las cincuenta (50) más competitivas a nivel global, según el Índice de Competitividad Global 2017-2018, publicado por el Foro Económico Mundial), nuestra posición geográfica, clima y, como hemos indicado, una participación mínima de los tribunales estatales en materia arbitral, aunado al hecho que Panamá es signatario de las principales convenciones en materia arbitral, son parte del valor agregado que ofrece nuestro país.

En definitiva, la LEY plantea las directrices más relevantes que deben tenerse en consideración a la hora de conjugar y sopesar un determinado marco normativo, al adoptar Panamá las disposiciones de la Ley Modelo de UNCITRAL; atien-

de a la especial cualificación dispositiva identificada primordialmente por la autonomía de las partes, el principio de intervención mínima de los juzgados estatales, adaptación a los principios modernos de arbitraje y la impermeabilidad que éstos puedan tener en relación a los resabios del derecho doméstico.

Queda claro que tenemos las herramientas necesarias y es por eso que en el plano nacional, nos hemos abocado a crear la sinergia necesaria que nos permita implementar de manera certera todas las bondades de la LEY y así fomentar el desarrollo del arbitraje en nuestro país; pues definitivamente la República de Panamá tiene la vocación de servicio y los profesionales idóneos que la hacen un lugar ideal para ser considerada como SEDE de arbitrajes.

# LA PRUEBA PERICIAL EN EL ARBITRAJE SOBRE CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN

---



LESLEY MARTIN  
GRAELL  
[lmartinconsulting@gmail.com](mailto:lmartinconsulting@gmail.com)

En el ordenamiento jurídico panameño, la prueba pericial cobra vital importancia en disputas relativas a contratos de construcción en arbitrajes nacionales, particularmente, por el hecho de que el artículo 56 de la Ley 131 de 31 de diciembre de 2013, que regula el Arbitraje Comercial Nacional e Internacional en Panamá, preceptúa lo siguiente:

*“Artículo 56. Normas aplicables al litigio. Las normas aplicables al fondo del litigio serán las siguientes:*

- a. El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del Derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.*
- b. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que estime apropiadas.*
- c. El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así....” (el resaltado es nuestro).*

De lo anterior se desprende que, de conformidad con lo dispuesto en el numeral tercero del artículo 56, el tribunal arbitral solamente podrá decidir en equidad cuando las partes, expresamente, lo han autorizado para hacerlo así, de lo contrario, el arbitraje deberá ser en derecho, lo que adicionalmente implica que los árbitros serán exclusivamente abogados, tal como lo indica expresamente la Ley 131 de 2013, en referencia a los arbitrajes nacionales, a saber:



“Artículo 20. Perfil del árbitro. Los árbitros deberán cumplir con el siguiente perfil:

1. Los árbitros podrán ser de cualquier nacionalidad, salvo acuerdo en contrario de las partes.
2. En caso de arbitraje internacional, los árbitros podrán ser o no abogados a elección de las partes.
3. Cuando se trate de arbitraje nacional en Derecho, los árbitros deberán ser abogados en ejercicio.

(. . .) el resaltado es nuestro.

La mayor cantidad de disputas relacionadas a contratos de construcción tienen que ver con la ejecución del contrato, lo que implica que se refieren en su mayoría a controversias con génesis de naturaleza técnica que requieren de un grado de experticia y conocimiento técnico, que sólo puede ser suplido mediante el apoyo de pericias que permitirán al tribunal aplicar el derecho a la controversia a él sometida.

Si bien la Ley 131 de 2013, excluye la aplicación subsidiaria del Código Judicial, en su artículo 6 establece que las materias que se rigen por dicha Ley que no están expresamente resueltas en ella, se dirimirán de conformidad con los principios generales del arbitraje, y por ende, en base a los principios generales del derecho, lo que nos lleva a analizar la prueba pericial, de conformidad a la doctrina y a los principios citados.

## 1. LA PRUEBA PERICIAL EN EL ARBITRAJE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PANAMEÑO.

La Ley 131 de 2013 en materia probatoria señala:

“Artículo 53. Pruebas. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y **para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de los medios probatorios que estime necesarios.**

El tribunal arbitral está facultado así mismo para prescindir de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.

**El tribunal arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes, podrá por iniciativa propia ordenar pruebas como:**

1. **Nombrar uno o más peritos** o citar testigos para que le informen sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral.
2. **Solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos.**

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o **cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia** en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y **de presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos**”.

Doctrinalmente, han existido diversas posiciones sobre la naturaleza de las pericias, ya que para algunos autores los peritos no son un medio de prueba, sino que son auxiliares de la justicia. Nuestro Código Judicial contempla la pericia como un medio probatorio, aun cuando el mismo

no es aplicable a la jurisdicción arbitral, lo cierto es que del análisis del artículo 53 antes citado se desprende que el mismo se considera un medio probatorio, evidentemente, el de mayor relevancia en disputas de naturaleza técnica como lo son los contratos de construcción, al presentar aspectos técnicos y científicos para asesorar al tribunal arbitral y apoyarlos en la solución de los puntos controvertidos.

Concluimos, pues, que la Ley 131 de 2013, en consecuencia, no considera al perito como un auxiliar del árbitro, sino como un medio de prueba en todos sus aspectos.

Como práctica en la jurisdicción arbitral, en concordancia con el numeral 2 del artículo 53, en el periodo de la práctica de pruebas, los peritos presentan sus informes periciales y se fija una fecha para participar en audiencia de contradictorio para que ambas partes puedan preguntar al perito. Sin embargo, la ley contempló la posibilidad de **“presentar peritos para que informen los puntos controvertidos”**, que al estar definido en el artículo de pruebas desarrollado por la Ley 131 de 2013, nos lleva a concluir que esta participación de peritos debe darse en el periodo probatorio, sin tener que limitarse a un interrogatorio pericial específico, sino ser invocado a manera de información científica y técnica de los puntos controvertidos sometidos al tribunal arbitral.

Las disputas en materia de construcción, por la complejidad de los casos que pueden ser sometidos a su conocimiento, requieren que los árbitros, aun cuando fuesen ingenieros (en procesos de equidad en tribunales nacionales) y más aún tratándose de abogados, necesiten valerse del auxilio de profesionales y especialistas.

El perito debe, sin embargo, limitarse a asesorar con datos técnicos a los árbitros que permitan a éstos llegar a las conclusiones necesarias, para

dirimir la controversia sometida a su escrutinio, para ello debe obtener el acceso a toda la documentación y a que se le permita inspeccionar las obras y documentación relativa a la pericia sometida. En virtud de lo anterior, la Ley 131 de 2013 prevé la facultad del tribunal arbitral de ordenar a las partes que presenten toda la documentación para inspección del perito e inclusive, tal como dispone el artículo 54 de la ley, valerse de la asistencia de los tribunales judiciales para la práctica de pruebas, quienes tienen un término perentorio para practicar las mismas:

*“Artículo 54. Asistencia de los tribunales judiciales para la práctica de pruebas. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia de un tribunal judicial del Estado panameño o de cualquier otro Estado para la práctica de pruebas. El tribunal judicial podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.*

*“Cuando la asistencia para la práctica de pruebas sea solicitada a un tribunal judicial panameño, éste contará con un término no mayor de diez días hábiles para su práctica y remisión al tribunal arbitral”.*

Dentro del marco de las controversias en los contratos de construcción, se destaca pues que las mismas llevan intrínseco dos aspectos concatenados, a saber: la parte técnica y la parte contractual, que tiene como base no solo el contrato consensuado entre las partes, sino también el ordenamiento jurídico que lo rige.

No entraremos, en esta breve intervención, a distinguir entre las disputas en contratos de obras estatales y las obras privadas, pues requeriría un análisis específico en el marco de la ley de contratación pública, particularmente conside-

rando que pronto entrarán a regir las modificaciones efectuadas en virtud de la Ley 61 de 27 de septiembre de 2017, cuya vigencia inicia a los seis meses de su promulgación (G.O. 28376-A de 29 de septiembre de 2017), y que, a nuestro entender requiere de adecuaciones para la correcta aplicación de la jurisdicción arbitral; sin embargo, la importancia de la prueba pericial técnica mantiene la misma relevancia. Cobra vital importancia, la prueba pericial en contratos que siguen el modelo de contratación FIDIC en cualquiera de sus modalidades, que contemplan la MRC (Mesa de Resolución de Conflictos) como un paso previo al arbitraje.

## **2. ASPECTOS PRINCIPALES SOBRE LOS CUALES VERSA LA PERICIA EN CONTRATOS DE CONSTRUCCIÓN .**

En materia de construcción se brinda la asesoría al tribunal en diferentes aspectos, entre los cuales resaltan:

### 2.1. En la ejecución de la obra:

- » Determinar y/o cuantificar plazos.
- » Afectación de la ruta crítica de la obra. (situaciones que pueden afectar el cronograma de obra imputables a alguna de las partes.)
- » Cumplimiento del procedimiento contractualmente convenido para prórrogas.
- » Cuantías.
- » Definición del avance de la obra
- » Avance físico vs avance financiero de la obra

- » Cumplimiento de obligaciones contractuales.
- » Cumplimiento de especificaciones técnicas.
- » Obras adicionales o costos no contemplados en el alcance de la obra convenido.
- » Cuantificación de costos adicionales por mayor permanencia.
- » Equilibrio contractual en contratos plurianuales.

### 2.2. Obras adicionales

- » Si existen prestaciones adicionales requeridas para la consecución del objeto contractual.
- » Por cuenta de quien corre el riesgo de la ejecución de dichas prestaciones
- » Presupuesto de las obras adicionales requeridas.
- » Plazo adicional en caso de afectar la ruta crítica
- » Costos por mayor permanencia adicionales al costo directo de la prestación adicional.

### 2.3. Recepción sustancial y definitiva de la obra

- » Cumplir con el ordenamiento jurídico vigente para la recepción de obras. (permisos de ocupación).
- » Alcances mínimos contractualmente convenidos para la aceptación de la obra u excepciones, en caso de haberse pactado.
- » Contradictorio en el levantamiento de excepciones.

- 2.4. Liquidación del contrato de obra
  - » Procedimientos convenidos.
  - » Cuantificación
- 2.5. Existencia de seguros que cubran la responsabilidad
  - » Fianzas de cumplimiento
  - » Pólizas CAR
  - » Vigencia de las pólizas, efectos y alcances.

### 3. ALCANCE U OBJETO DEL DICTAMEN PERICIAL

Si bien los aspectos antes señalados son los principales sobre los cuales generalmente versa la prueba pericial en una controversia de construcción, lo cierto es que el peritaje es un medio probatorio que más que una carga de prueba de las partes, es un derecho, a través del cual las partes se valen para apoyar sus pretensiones. No obstante, ese asesoramiento científico o técnico se limita al encargo previo de un cuestionario que se le formula al perito y que viene a constituir el objeto de la pericia, sin perjuicio de la facultad del tribunal de ordenar pruebas o alcances periciales de oficio.

Esto diferencia doctrinalmente el peritaje de un testimonio, toda vez que el testigo debe referirse a los hechos pasados que le constan, mientras que el perito puede formular juicios sobre el objeto de la pericia.

Sin embargo, a pesar de que estos son los supuestos básicos del dictamen pericial, considerando que el Código Judicial no aplica a la jurisdicción arbitral, el tribunal será quien determine el alcance del objeto del dictamen pericial, e inclusive de la valoración de las pruebas o documentos anexos que introduzca el perito como

parte de su dictamen pericial, lo cual también ha sido objeto de análisis doctrinal, entendiéndose como regla general que el tribunal arbitral lo considerará en base a las reglas de la sana crítica.

### 4. IDONEIDAD O CARACTERÍSTICAS DEL PERITO

La Ley 131 de 2013 no regula aspectos relativos a las características o idoneidad de los peritos, por lo que en el marco de la ley, corresponde a una facultad del tribunal arbitral determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y la actuación de los medios probatorios que se estimen necesarios.

No obstante, de versar sobre arbitrajes nacionales consideramos que le es aplicable la Ley 15 de 1959 por la cual se regula el ejercicio de las profesiones de Ingeniería y Arquitectura que prevé:

*“Artículo 1: Para ejercer en el territorio de la República las profesiones de Ingenieros y Arquitectos y las actividades propias de los Agrimensores y Maestros de Obras se requiere poseer el Certificado de Idoneidad obtenido al tenor de lo dispuesto en la presente Ley”.*

*“Artículo 17: Ningún profesional podrá autorizar con su firma, proyectos, planos, minutas, croquis, **informes**, permisos o **escritos de carácter técnico** que no hubiesen ejecutado ellos personalmente o cuya ejecución no hubieran dirigido.*

*(. . .)”*

Lo anterior, sin perjuicio de la importancia del testigo técnico que pueda contar con la expertiz necesaria, y cuya participación en la ejecución contractual sea determinante para el esclarecimiento de los hechos, con la distinción efectuada del perito y el testigo técnico que refiere a hechos pasados que son de su conocimiento.

No obstante, es imprescindible que las partes antes de designar a un perito, consulten al candidato sobre su experiencia y disponibilidad de tiempo y recursos para la realización de la diligencia pericial. El arbitraje como método alternativo de solución de conflictos tiene términos perentorios que, salvo acuerdo entre partes, buscan una solución rápida a la controversia, y en consecuencia requiere una disponibilidad casi inmediata al momento de la apertura de la práctica de pruebas.

Es importante que las partes determinen con el perito si se requerirán laboratorios, pruebas o inspecciones físicas para que la prueba sea culminada exitosamente, lo que debe ser puesto en conocimiento del tribunal arbitral para las decisiones pertinentes.

## 5. RECOMENDACIONES PARA ESTABLECER EL ALCANCE DE LA PERICIA.

Considerando que la participación del perito en primera instancia viene limitada al encargo previo aducido por las partes, que debe ser aprobado por el tribunal y que podrá, a criterio de éste ser ampliado oficiosamente, deviene la importancia de que las partes definan en el momento procesal correspondiente (presentación de demanda o contestación o presentación de pruebas, dependiendo del reglamento arbitral aplicable) el alcance correcto de la pericia de forma tal que la misma cumpla con los objetivos correspondientes.

Para estos efectos, depende de las partes la definición del cuestionario que se requiere resolver, mediante la formulación de preguntas lógicas, ordenadas y escalonadas, planteadas de forma tal que sean precisas para la solución de la controversia.

La falta de precisión en la formulación de las preguntas puede generar respuestas que no

apoyen a la solución de la controversia, o que generen imprecisiones que requieran de pericias de oficio que no siempre son definidas por el tribunal arbitral.

## 6. EL INFORME PERICIAL

El informe pericial es el resultado del alcance de la pericia presentado por el experto, en término oportuno, debidamente posesionado ante el tribunal arbitral. Si bien no existe en la ley, a diferencia de otras jurisdicciones, un formato, modelo o requisitos mínimos formales que el mismo debe contener, consideramos importante que como mínimo el mismo contemple:

- » Generalidades del perito, idoneidad y quien solicita el peritaje.
- » Objeto y materia del dictamen
- » Método empleado y fuentes de información
- » Detalles de la inspección en caso de haberse efectuado
- » Respuestas concretas al cuestionario definido por el tribunal
- » Observaciones y conclusiones
- » Anexos que soportan las conclusiones de su informe (recomendamos no volver a incluir las pruebas que ya reposan en el expediente ya que solo debe hacerse referencia a ellas).

Cobra vital importancia en materia probatoria, la posibilidad que tiene el perito de presentar anexos al informe pericial, que vienen a formar parte del expediente. Lo anterior, como hemos señalado previamente, es objeto de debates doctrinales, ya que puede emplearse como un mecanismo de introducir nuevas pruebas, hecho que debe ser analizado por el tribunal en caso de no ser vinculante al informe pericial, y que deberá ser valorado de conformidad a las reglas de la sana crítica y al alcance de la pericia que fue admitida por el tribunal.

# LA APLICABILIDAD DEL PRINCIPIO “IURA NOVIT CURIA” EN EL ARBITRAJE

---



DIEGO  
MAXIMIN JOVANÉ  
maximin@brig.com.pa

---

## APROXIMACIONES ENTRE EL ÁRBITRO Y EL JUEZ

El arbitraje es la alternativa a las cortes nacionales establecidas por el Estado, para dirimir cualquier tipo de controversia,<sup>1</sup> que es invocada por las partes para la solución de su litigio, mediante la designación de árbitro o árbitros, a quienes confían la misión de resolver tal controversia mediante un laudo vinculante, con fuerza de cosa juzgada, y ejecutable en los Tribunales de Justicia, ante la negativa de cumplimiento del vencido.

Como es reconocido, el arbitraje puede ser en equidad o en derecho, debiendo los árbitros en equidad resolver la controversia en atención a su leal saber y entender; y, en los casos de arbitraje en derecho, el argumento bajo el cual los árbitros desaten el litigio deberá ser razonado con base en fundamentos jurídicos.

Esta fundamentación jurídica de la solución de la controversia conlleva, por parte de los árbitros, el estudio, entendimiento, interpretación y aplicación de normas legales a la controversia planteada, situación equivalente a la que realizan los jueces en la jurisdicción ordinaria.

Es de recibo cotidiano, en la jurisdicción ordinaria, que las partes deben probar los hechos que alegan en el proceso, sin que requieran probar los fundamentos de derecho que le son aplicables, toda vez que, el Juez somete los hechos a las probanzas y a las normas jurídicas que considere se ajusten a la controversia, pudiendo aplicar fundamentos de derecho distintos a los invocados por las partes al momento de fallar.

---

1. González De Cossío, Francisco. ARBITRAJE, 3ed., Ed. Porrúa, México, 2011, p. 2.

Esta licencia otorgada al Juez se basa en el aforismo latino *“Iura Novit Curia”*, siendo su traducción castiza: “el juez conoce el derecho”, el cual va ligado de la mano de otro aforismo latino *“Da Mihi Factum, Dabo Tibi Ius”*, cuya traducción es “Dame los hechos y yo te daré el derecho”, siendo ambos principios procesales ampliamente reconocidos en la legislación, la jurisprudencia y en la doctrina.

Así, el principio *Iura Novit Curia* “autoriza a los jueces, siempre y cuando se respete la situación fáctica delimitadora de la causa de pedir, a calificar de manera distinta, a como lo hiciera el postulante, la situación jurídica advertida”.<sup>2</sup>

Esta realidad procesal propia de la jurisdicción ordinaria, nos lleva a realizar una comparación crítica entre la figura del juez en la jurisdicción ordinaria y la de los tribunales arbitrales en los arbitrajes en derecho.

## EL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA* Y NUESTRA LEY ARBITRAL

Nuestra Ley Arbitral,<sup>3</sup> exige para los arbitrajes nacionales en derecho, que los árbitros sean abogados idóneos en ejercicio,<sup>4</sup> indistintamente de su nacionalidad, dejando abierta la posibilidad, en los casos de arbitraje internacional, a que las partes decidan si los árbitros son o no abogados.<sup>5</sup>

Descontado esta que, todo juez debe cumplir, entre otros requisitos, con la condición de ostentar una idoneidad de abogado, además de requisitos específicos en atención a su jerarquía; estando sometido únicamente a la Constitución, la ley y al acatamiento de las decisiones que emi-

tan, en los procesos, sus superiores jerárquicos, en virtud de recursos procesales o consultas.<sup>6</sup>

Por su parte, los árbitros están sometidos a: 1) el mandato conferido por las partes para la solución de la controversia; 2) Las directrices que hayan señalado en la cláusula compromisoria arbitral; 3) Las reglas de procedimiento que le hayan ordenado cumplir, ya sea de forma directa o por remisión a algún reglamento; y 4) las normas elegidas por las partes, aplicables al fondo de la controversia,<sup>7</sup> respetando siempre el debido proceso durante el desarrollo del arbitraje y el orden público en la emisión del laudo arbitral.

Tanto el juez como el árbitro están obligados a ser independientes en el ejercicio de sus funciones.

Al estar sometidos los árbitros a la aplicación de normas establecidas por las partes al fondo de la controversia, prima facie, pareciera resultar restringida la aplicación del principio *Iura Novit Curia*, ya que estos solo podrán analizar y basar su decisión en las normas jurídicas que le han sido señaladas como aplicables, sin tener la potestad de incorporar normas distintas a estas.

De forma puntual, el numeral 1 del artículo 56 de la Ley de Arbitraje dispone que:

*“El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del Derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho*

2. Sentencia de 10 de abril de 2007, Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

3. Ley 131 de 2013, que regula el arbitraje comercial nacional e internacional en Panamá. Gaceta Oficial No. 27449-C de 8 de enero de 2014.

4. Ley 131 de 2013, artículo 20, numeral 2.

5. Cfr. Ley 131 de 2013, artículo 20, numeral 3.

6. Artículo 2 del Código Judicial de la República de Panamá.

7. Cfr Artículo 56, numeral 1, de la Ley 131 de 2013.

*sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes”.*

Por el contrario, de no haber elegido las partes la ley aplicable al fondo de la controversia, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que estime apropiadas,<sup>8</sup> situación en la cual sí resulta aplicable el principio *Iura Novit Curia*, al tener los árbitros plena libertad de aplicar el derecho que consideren pertinente para la solución de la controversia, previa motivación razonada.

Aun así, no podemos pasar por alto que nuestra ley arbitral dispone que en todos los arbitrajes amparados bajo esta Ley, el tribunal arbitral decidirá la controversia con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al asunto, lo cual también es establecido en el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL.<sup>9</sup>

Es normalmente aceptado que, la costumbre, como fuente de derecho, requiere ser probada, en su existencia y vigencia, por quien la alegue, por lo que, el árbitro no puede soslayar la existencia o no de la prueba referente al uso mercantil, para poder utilizar tal costumbre como fuente de derecho, salvo que sea de conocimiento público.

Por ello, se puede afirmar que nuestra ley arbitral no prohíbe la aplicación del principio *Iura Novit Curia* en los casos en que las partes no hayan elegido la ley de fondo de la controversia, permitiendo, de forma expresa, que los árbitros apliquen las normas que consideren apropiadas para la solución del litigio.

## EL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA* EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Nuestra ley arbitral considera que el arbitraje será internacional en los casos contemplados en su artículo 2, veamos:

“**Artículo 2. Arbitraje internacional.** El arbitraje será internacional cuando las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o cuando uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

1. La sede del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
2. El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha.

También el arbitraje será internacional cuando las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado; o cuando la materia objeto del arbitraje implica prestaciones de servicios, enajenación o disposición de bienes o transferencia de capitales que produzcan efectos transfronterizos o extraterritoriales.

Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, éste será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.

Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual”.

8. Cfr Artículo 56, numeral 2, de la Ley 131 de 2013.

9. Cfr. Artículo 34 del Reglamento de arbitraje de UNCITRAL.



Además, considera un laudo arbitral internacional: “aquel dictado fuera del territorio de la República de Panamá, así como el dictado en el territorio panameño en el curso de un arbitraje comercial internacional”,<sup>10</sup>

Dentro de los principios que rigen el Arbitraje Comercial Internacional tenemos aquellos que derivan del derecho nacional y que resultan aplicables al arbitraje internacional en atención al derecho sustantivo elegido por las partes para resolver el fondo de la controversia, a los que se suman los principios relativos a las reglas procesales de la sede del arbitraje y los principios que derivan de la ley que rige el acuerdo arbitral en cuanto a su existencia, validez y ejecución.

En adición a ello, existen principios arbitrales propios del arbitraje comercial internacional que provienen del reglamento arbitral aplicable y de las reglas comúnmente aceptadas en la práctica arbitral, conocidas como *soft law*.

Nuestra ley arbitral señala, que en su interpretación, habrá de tenerse en cuenta “su origen internacional y la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la observancia de la buena fe.”,<sup>11</sup> debiéndose resolver las cuestiones relativas a las materias por ella regidas, y que no estén expresamente resueltas en ella, de conformidad con los principios generales de arbitraje.

El principio *Iura Novit Curia* es reconocido de forma general como un principio procesal por su relación directa con aspectos inherentes a la función jurisdiccional, cuya aceptación y aplicación en el arbitraje internacional genera posiciones

encontradas, desde un enfoque que acepta su aplicación de forma irrestricta, hasta otros que niegan su absoluta aplicación, pasando por una visión intermedia que acepta la aplicación atemperada de este principio.

Para considerar o no la aplicación del *Iura Novit Curia* de forma absoluta o ajustada, no podemos pasar por alto que en el arbitraje internacional los árbitros pueden ser o no abogados, y de serlo, pueden ser de diversos sistemas jurídicos, lo que definitivamente complica su aplicación en la forma en que rige en la jurisdicción ordinaria.

Y es que, en un arbitraje nacional, bajo legislación local, los árbitros suelen encontrarse dentro de su foro habitual, bajo la aplicación de un sistema jurídico, de normas, de principios y de precedentes que conocen o están familiarizados con ellos, y a los que tienen acceso con suma facilidad. Por el contrario, en todo arbitraje comercial internacional nos encontramos ante la aplicación de normas diversas, que, por lo general, son desconocidas por el árbitro.

En Panamá, los reglamentos de arbitraje de CESCO y de CeCAP, establecen dentro de los requisitos de la demanda arbitral la invocación del derecho en que se funda la demanda,<sup>12</sup> situación similar a la que ocurre en otros reglamentos arbitrales como el de UNCITRAL,<sup>13</sup> debiendo, a su vez, el tribunal arbitral indicar el fundamento jurídico de su decisión en el laudo arbitral.<sup>14</sup>

Ante esta realidad, cabe preguntarse si ¿en el arbitraje comercial internacional el derecho invocado debe tratarse como un hecho? y, de ser,

10. Artículo 5, numeral 7 de la Ley 131 de 2013.

11. Artículo 6 de la Ley 131 de 2013.

12. Cfr. Artículo 34 del Reglamento de Arbitraje, Conciliación y Mediación del Centro de Solución de Conflictos (Cesco) y Artículo 7 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de Panamá (CeCAP)

13. Cfr. Artículo 20, del Reglamento del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL.

14. Cfr. Artículo 45 del Reglamento Arbitral de CESCO, Artículo 39 del Reglamento de Arbitraje de CECAP y artículo 34 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL.

así, ¿corresponde ser probado por la parte que lo alegue?

Estas interrogantes son abordadas en el foro internacional desde diversas posiciones, siendo una corriente la que considera que las partes están constreñidas a probar el derecho alegado como aplicable a su pretensión o a su defensa,<sup>15</sup> rechazando de forma categórica la aplicación del principio *iura novit curia* en el arbitraje, ya que lo consideran una intromisión del árbitro en el debate procesal de las partes, atentando contra los principios de imparcialidad, contradicción y defensa.

Abundando en sus planteamientos, refieren que con la aplicación del principio *Iura Novit Curia*, el árbitro puede dejar de ser imparcial, al reconocer derechos no invocados por las partes en el desarrollo del proceso; además de violar el principio de contradicción y defensa, toda vez que la motivación sobre la cual se dicta la parte resolutive del laudo debe descansar sobre los aspectos presentados y debatidos por las partes en el desarrollo del proceso, por lo que, cualquier decisión que se escape de tal debate, impide que las partes hayan podido ejercer su derecho a la contradicción y defensa.

Por ello, el derecho invocado en el arbitraje comercial internacional, debe ser probado mediante dictámenes rendidos por abogados idóneos y expertos en el derecho invocado, así como con la presentación de las normas pertinentes y precentes relacionados con la aplicación de estas.

Una posición tan rígida en cuanto a restringir absolutamente la aplicación del principio *Iura Novit Curia* resulta una camisa de fuerza para los

árbitros al momento de emitir su laudo, encontrándose estos en una posición difícil ante una posibilidad de que las partes no hayan invocado ni debatido normas jurídicas relevantes para la solución de la controversia, viéndose obligado el tribunal a emitir un laudo que viole, por omisión, el derecho realmente aplicable, o base su laudo en conclusiones vagas o desprovistas de fundamentos jurídicos.

En contraposición a esta postura, se ha propugnado un enfoque que avale la aplicación del principio *Iura Novit Curia*, adecuándolo a la naturaleza y realidad de esta modalidad de arbitraje, y siendo aplicable en ciertos supuestos.

Bajo este nuevo enfoque, se considera que el derecho extranjero debe ser tratado como ley, y no como un hecho, teniendo el tribunal arbitral la potestad de realizar sus propias investigaciones respecto de la ley aplicable, estando constreñido a fallar en atención a ella sí las partes así lo indicaron de forma expresa, pero si los contenidos de la ley aplicable no están establecidos con respecto a un punto específico, el tribunal arbitral está facultado para aplicar a dicho punto cualquier norma jurídica que considere apropiada.<sup>16</sup>

Esta posición ecléctica (que no restringe de manera absoluta su aplicación, pero que tampoco la avala de forma ilimitada) libera a los árbitros de estar atados de mano ante situaciones particulares en los cuales requieran de aplicar normas distintas a las escogidas por las partes para resolver la controversia.

No cabe duda que, ante el señalamiento por las partes de la norma jurídica aplicable al fondo de la controversia, esta manifestación de voluntad

15. Cfr. Fouchard, Gaillard, Goldman, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pág. 692.

16. Cfr. Kaufmann-Kohler, Gabrielle. "The Governing Law: Fact or Law? – A Transnational rule on establishing its contents." *Best Practices in International Arbitration*, ASA Special Series No. 26, July 2006, p. 6.

debe ser respetada y acatada por el tribunal arbitral, ya que de aplicar normas jurídicas distintas, se podrían generar causales de anulación del laudo arbitral relativas a violaciones al debido proceso, al no permitirse que las partes hagan valer sus derechos ante la aplicación, por parte del tribunal arbitral, de normas jurídicas distintas a las debatidas, o por el hecho que la decisión adoptada se dicte fuera de los parámetros de la ley aplicable indicada por las partes, o exceda los términos del acuerdo arbitral cuando este haya indicado claramente el derecho aplicable a la controversia, y se haya optado por otro distinto.<sup>17</sup>

Recordemos que, además de las normas de derecho elegidas por las partes, el árbitro también está obligado a aplicar una serie de normas obligatorias que son requisitos esenciales al resolver cualquier controversia como son las normas de orden público.

Así, salvaguardando el orden público y el debido proceso, el tribunal arbitral debe poner en conocimiento de las partes sus motivaciones para la aplicación de normas para resolver la controversia, distintas a las indicadas por ellas, permitiéndoles plantear sus argumentos al respecto, respetándoles sus derechos procesales, entre estos el derecho de defensa.

Pero, ¿Debe el tribunal arbitral poner en conocimiento de las partes la aplicación de toda norma que no haya sido invocada por las partes y resulta aplicable para la solución de la controversia?

La ley arbitral dispone que “Se entenderá que toda indicación del Derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a

menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes,”<sup>18</sup> lo cual permite al tribunal arbitral, tomar del derecho sustantivo que rige en determinado Estado, las normas que consideren pertinentes.

De otro lado, los árbitros deben someter al debate las normas jurídicas que deban aplicarse, que escapen de la teoría o argumentación jurídica que ha sido traída por las partes al proceso, que lleven a una orientación distinta la solución de la controversia. Someter a debate principios generales, como el de buena fe, o normas jurídicas no invocadas, y que no varíen la argumentación jurídica planteada, resultaría innecesario.

Además, si las partes han pasado por alto principios fundamentales del derecho aplicable o de orden público el tribunal arbitral debe, de oficio, traerlos al debate, a fin de que se surta el contradictorio respectivo, ya que resultará imperativa su aplicación a fin de salvaguardar el posterior reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

Así, el tribunal arbitral podría conceder o negar pretensiones en base a normas no alegadas por las partes, siempre que estas sean cónsonas con el debate jurídico, y se les haya ofrecido la palabra a las partes para manifestar sus posiciones.

Para que el tribunal pueda poner en conocimiento de las partes la posible aplicación de normas distintas a las invocadas, el árbitro deberá tener un conocimiento suficiente de la controversia planteada y las posiciones de las partes, para que, en un momento procesal oportuno se les permita a las partes argumentar sobre normas

17. Cfr. Artículo 63 de la Ley 131 de 2013.

18. Artículo 56, numeral 1 de la Ley 131 de 2013.

jurídicas distintas que el tribunal pudiera considerar aplicar.

Permitir a los árbitros la aplicación de normas distintas a las dispuestas por las partes no otorga, bajo ningún punto de vista, la licencia de conceder derechos no pretendidos. Así, por ejemplo, los árbitros no pueden conceder daños ni perjuicios, si estos no forman parte de la pretensión, ya que de hacerlo, sin lugar a dudas, estaríamos ante un laudo que concede pretensiones o defensas no articuladas en el proceso (extra petita)

o de un laudo que excede el límite cuantitativo o cualitativo de las peticiones contenidas en la pretensión o la oposición, concediendo o negando más de lo reclamado por las partes.

En síntesis, la aplicación del principio *Iura Novit Curia* debe ser aplicado de forma excepcional, en la medida en que se resguarde el debido proceso arbitral y el orden público, sin llegar a subsanar deficiencias u omisiones de las partes que involucren la concesión de pretensiones o defensas no invocadas.



SOMOS UNA FIRMA BOUTIQUE QUE SE ESMERA POR UN MANEJO TRANSPARENTE, EFICIENTE Y EFECTIVO DE LOS ASUNTOS A NOSOTROS CONFIADOS.

- ▶ Arbitraje nacional e internacional
- ▶ Derecho de la Construcción
- ▶ Derecho Inmobiliario
- ▶ Derecho Laboral
- ▶ Derecho Administrativo
- ▶ Contrataciones Públicas
- ▶ Asesoría Jurídica Empresarial.

Calle Tomás Guardia y Calle Víctor Cruz Urrutia, Edificio 549, Ancón, Panamá, Rep. de Panamá.  
Tel. + (507) 212-6630 | Telefax + (507) 264-7636  
email: [administracion@fb-abogados.com](mailto:administracion@fb-abogados.com) | [www.fb-abogados.com](http://www.fb-abogados.com)



**ICAZA, GONZÁLEZ-RUIZ & ALEMÁN**, fundada en 1920, con una de las prácticas forenses líderes en la región, cuenta con profesionales de larga experiencia y altamente especializados en diversas áreas del derecho, entre las que se destaca el litigio y la solución alterna de conflictos en las ramas civil, comercial y de la construcción.



Calle Aquilino de la Guardia N°8, Edificio IGRA P.O. Box 0823-02435 Panamá, República de Panamá / Tel.: +(507) 205-6000 Fax: +(507) 269-4891 / Email: [bd@icazalaw.com](mailto:bd@icazalaw.com)  
Anguila • Bahamas • Belice • Chipre • Islas Vírgenes Británicas • Ginebra • Seychelles • Singapur • Uruguay

 [www.icazalaw.com](http://www.icazalaw.com)  Icaza, González-Ruiz & Alemán  @IGRALaw



**GALA**  
Galindo, Arias & López  
Abogados - Attorneys at Law

**50**  
AÑOS

Profesionalismo  
Experiencia  
Logros

*Un legado de confianza*

Scotia Plaza - Piso 11, Ave. Federico Boyd y Calle 51, Panamá, Rep. de Panamá | Teléfono: +507 303-0303 | [www.gala.com.pa](http://www.gala.com.pa)

## CLÁUSULA COMPROMISORIA

"Cualquier discrepancia, reclamo o diferencia que surja entre las partes relacionadas con el objeto, la aplicación, ejecución o interpretación del presente contrato, así como aquellas relacionadas con la validez, el cumplimiento o la terminación del contrato, será resuelta mediante arbitraje (Equidad o Derecho) ante el Centro de Solución de Conflictos (CESCON) conforme a sus reglas de procedimiento".

*\*Nota: Recomendamos especificar el tipo de arbitraje, si es en Equidad o en Derecho, tomando en cuenta lo señalado en la legislación que rige la materia en Panamá (Ley No. 131 de 31 de diciembre de 2013, Gaceta Oficial No. 27449-C).*

**CESCON** | Centro de Solución  
de Conflictos

# EL DILEMA DEL USO DEL ARBITRAJE EN CONFLICTOS DE ÍNDOLE PÚBLICO

---



LIZA  
MCPHERSON  
[lmcperson@mmlaw.com.pa](mailto:lmcperson@mmlaw.com.pa)

El derogado Decreto Ley 5 de 1999 de la República de Panamá, por el cual se establece el régimen general de arbitraje, de la conciliación y de mediación en Panamá, estuvo vigente hasta el 7 de enero de 2014, fecha en que entró en vigor la Ley 131 de 2013 que rige hasta la fecha.

El Decreto Ley 5 de 1999 disponía en su artículo 2, aquellas controversias que no podían ser sometidas a arbitraje, entre esas las que surgieran de materias que no fueran de la libre disposición de las partes y las cuestiones sobre las que hubiere recaído resolución judicial que hiciera tránsito a cosa juzgada. Dentro de las primeras se refería a todas aquellas relacionadas al desempeño de potestades públicas, que se derivaran de funciones de protección o tutela de personas, o que estuvieren reguladas por normas imperativas de Derecho.

Fue por lo anterior que en la práctica del arbitraje, al menos hasta el 8 de enero de 2014 que entró en vigor la Ley 131 de 2013, cuando algunas de estas controversias que conforme al Decreto Ley 5 de 1999 no eran susceptibles de ser resueltas en arbitraje, llegaban a la esfera jurisdiccional, muchos tribunales adquirían o mantenían la competencia de tales asuntos, aun cuando las partes hubieren estipulado una cláusula compromisoria expresando su voluntad respecto a que tal controversia se resolviera por arbitraje. Los tribunales lo hacían con fundamento a que no eran susceptibles de resolverse por arbitraje. Como todo, habían otros que rápidamente declinaban competencia. Así, asuntos de familia, penales, de protección al consumidor, laborales, entre otros, no eran resueltos por un tribunal arbitral.

Con la promulgación de la Ley 131 de 2013 que regula el arbitraje nacional e internacional en Panamá, se dio un cambio importante en lo que

se refiere a las materias susceptibles de ser resueltas por arbitraje. En su artículo 4 se señala que podrán someterse a arbitraje “*las controversias sobre materias de libre disposición de las partes conforme a Derecho, así como aquellas que la Ley o acuerdos internacionales autoricen*”.

Lo anterior nos lleva a considerar cuáles son las materias llamadas “de libre disposición” de las partes.

La libre disposición no es más que el derecho que tienen las partes de disponer, decidir o expresar su voluntad sobre el objeto del conflicto y su forma de resolución, incluyendo en ésta última la disposición sobre el proceso y sus pretensiones. Siendo así, todas las materias que la Ley expresamente no prohíba resolverse mediante arbitraje, suelen coincidir con aquellas que son de libre disposición de las partes.

La medular diferencia entre el Decreto Ley 5 de 1999 y la Ley 131 de 2013 en este sentido en particular, es que la primera expresamente señalaba qué asuntos no eran arbitrables, y la segunda cuáles sí lo son. Ello elimina el sentido restrictivo y deja un tanto al criterio de los tribunales de justicia; de los administradores de arbitraje, entiéndase centros o cortes, o de los tribunales arbitrales al pronunciarse sobre su propia competencia, la interpretación de algunas lagunas jurídicas sobre las prohibiciones que en tal sentido señale la Ley, o cuáles materias son consideradas de libre disposición y cuáles no.

Resulta sencillo, hasta el momento, concluir que aquellas materias de derecho privado (civil y comercial, principalmente), se pueden resolver mediante arbitraje, por tratarse de libre disposición, en las que el objeto y el reclamo pueden

ser precisados (por ejemplo, hechos, pretensiones, cuantía) y por tener las partes capacidad de decidir libremente sobre el objeto contractual o de la controversia, que no es lo mismo. No podrían entonces las partes disponer de bienes del Estado, comisión de delitos, actos con efectos erga omnes, entre otros.

Con materias de derecho privado nos referimos entonces, por ejemplo y sin tratarse de una lista *numerus clausus*, temas relativos a indemnizaciones, asuntos de propiedad, responsabilidad médica individual, controversias entre socios, asuntos ambientales siempre que impliquen la reparación individual del afectado únicamente y no la comisión de delitos ni la decisión sobre sanciones gubernamentales, asuntos de propiedad intelectual, derechos testamentarios, responsabilidad civil contractual o extracontractual, inclusive controversias con el Estado previa existencia de cláusulas compromisorias.

Además de los elementos de voluntad y decisión sobre el objeto y el conflicto que forman parte de la llamada libre disposición, no podemos dejar de lado el derecho de disponer sobre la forma en que el conflicto deba resolverse, dado que se requeriría, claro está, de la existencia de un convenio arbitral para someter el conflicto a arbitraje, situación que en controversias con el Estado, amerita la representación que tienen los funcionarios sobre las instituciones que manejan, para comprometer la participación del Estado en procesos arbitrales.

Este tema fue de reciente discusión en Panamá con las resoluciones 152-2017-Pleno/TACP de 19 de septiembre de 2017 y la resolución 154-2017-Pleno/TACP de 20 de septiembre de 2017 en las que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas de la República de Panamá, se inhibió de conocer un recurso de



apelación presentado contra un acto administrativo que dio fin a un contrato público. El Tribunal de Contrataciones Públicas fundamentó su decisión en que conforme a la Ley de Arbitraje de Panamá 131 de 2013: *“También deben inhibirse los organismos o entes reguladores estatales, municipales o provinciales, que deban intervenir dirimiendo controversias entre las partes, si existiera un convenio arbitral previo”. Esta permisión a los entes judiciales, de inhibirse del conocimiento de conflictos en que las partes hayan decidido resolver por arbitraje, guarda también relación con el artículo 14 de la misma Ley 131 que señala que “es válida la sumisión a arbitraje acordada con el Estado panameño, así como con la Autoridad del Canal de Panamá, respecto de los contratos que estos suscriban. El convenio arbitral o acuerdo de arbitraje, establecido tendrá eficacia por sí mismo, según lo dispuesto en la presente Ley”.*

La Ley 131 viene a contemplar las arbitrabilidad de asuntos con el Estado, aun cuando se trata de materia pública, siendo que leyes anteriores permiten que las entidades públicas puedan incluir en los contratos que celebren, cualquier acuerdo, cláusula y disposición, siempre que no se opongan al interés público o la legislación vigente.

No obstante lo anterior, existen otras materias de índole público en que las partes no tienen libre disposición, puesto que la ley no permite que las partes, sino únicamente el Estado, decida al respecto e imponga las sanciones correspondientes; tal es el caso del estado civil de las personas –excluyendo los bienes y objetos arbitrables que existan dentro de la relación civil de las personas–, bienes o derechos de incapaces –excluyendo acuerdos previos que los tutores del incapaz hayan suscrito, que no afecten los derechos del incapaz ni se contrapongan a la

Ley-, comisión de delitos, o aquellas en las que exista resolución en firme. Otro ejemplo claro vendría a ser la comisión de delitos, discriminando los acuerdos para la reparación del daño derivado del delito.

Se trata medularmente de evaluar caso por caso, toda vez que una controversia que pudiera tener aspectos de índole público, puede también contemplar aspectos contractuales específicos que afecten el objeto, que no contravengan ninguna disposición legal vigente, que no afecten los derechos de terceros y que sean elementos en que las partes sí tengan libre disposición, decimos, aun cuando sean asuntos denominados “públicos” o de Derecho Público.

La Ley no siempre establece restricciones claras sobre la disposición de las partes y en otras ocasiones las establece con ciertas excepciones. Es por ello que cada caso tendría que ser analizado cuidadosamente según las circunstancias que lo rodeen, sin dejar de evaluar si las partes pueden disponer o no del derecho, objeto del conflicto y resolución del conflicto.

Otros elementos de la libre disposición, ya no en lo relativo al derecho que tuvieren las partes, sino al aspecto procesal lo vienen a ser la disposición del objeto del juicio. En este marco procesal, se va a requerir que las partes puedan renunciar a derechos, comprometerse, y poner fin a la controversia de manera arbitral y extra arbitral, transar, allanarse, entre otras. Estos son elementos procesales que sin la existencia previa de una libre disposición de derechos y luego de la libre disposición de derechos procesales, el conflicto no podría resolverse mediante arbitraje o su resolución podría ser ineficaz. Dicho en otras palabras, las partes han de ser dueñas del proceso para procurar su efectiva terminación ya sea de manera común o extraordinaria.

El uso del arbitraje ya no es un dilema, mas una práctica reconocida que cada día toma más auge, pero sí lo viene a ser el uso del arbitraje en ciertas controversias de índole público. Por un lado, a través del análisis de las normas que regulan o permiten interpretar la disposición de derechos, podrían esclarecerse ciertas dudas, pero otras, requerirán inclusive

la interpretación de los administradores de justicia, y la instrucción sobre las prácticas arbitrales aceptadas en Panamá. Será necesario conocer ciertas bases y criterios para evaluar caso por caso, teniendo siempre claro que implica la libre disposición de los derechos de las partes y las funciones que de manera privativa le corresponden al Estado.

# LO DISPOSITIVO COMO PARADIGMA DEL ARBITRAJE

---



JORGE  
MOLINA MENDOZA  
jmolina@fmm.com.pa

## I. INTROITO

Al referirnos a “Lo dispositivo” identificamos con ello el conocido principio de derecho, denominado Principio Dispositivo (PD). Constituye la premisa de este “*paper*”, que el arbitraje tiene como pivote dicho principio, porque se sostiene en toda su extensión, sobre la manifestación de la voluntad de las partes de dicho proceso litigioso. Partiremos de esa premisa para describir las principales manifestaciones del PD en el arbitraje, con el fin de establecer que además de fundarlo, gobierna el juicio arbitral. Estas manifestaciones son: (i) el mandato que reciben los árbitros de las partes en un arbitraje, (ii) la escogencia de la ley aplicable para resolver la causa, (iii) la selección de la Lex arbitris, (iv) estructuración del procedimiento del juicio arbitral, y (v) la permisión de medidas cautelares en el procedimiento arbitral. Para lograr nuestro propósito iniciaremos con una breve exposición de la esencia del PD. Agotada esta parte introductoria, procederemos a exponer nuestras ideas respecto de la impronta del PD en los aspectos mencionados. Antes de abordar el desarrollo de estas ideas, queremos agradecer a la Licda. Lexaira Arosemena por su cálida invitación a formar parte de esta primera publicación de la revista que edita el CESCÓN, organización administradora de arbitrajes, que actualmente se encuentra bajo su dirección. No dudamos que con su liderazgo, este proyecto logrará una indiscutida aceptación en el foro panameño.

## II. EL PD Y EL ARBITRAJE

Hablar de arbitraje y pretender excluir de él el elemento volitivo de sus partes es imposible. Esto se debe a que el arbitraje está construido sobre

el PD. En efecto, actualmente nadie discute que el arbitraje tiene como fuente, un pacto, contrato o acuerdo de voluntades<sup>1</sup> que tiene como finalidad, excluirse de la jurisdicción “judicial” para acudir a un panel o tribunal conformado por personas naturales, para que decidan un conflicto.<sup>2</sup> No cabe pues, duda alguna, que la fuente del arbitraje es la voluntad de las partes. Así las cosas, lo prudente es reseñar la relación entre el PD y la autonomía de la voluntad. Por esta última expresión se identifica en el derecho, a la actuación consciente de las personas, especialmente, en el ámbito privado.<sup>3</sup> Yuxtapuestamente, se encuentra el mismo elemento en el derecho público, que se conoce, genéricamente también, como competencias. De allí que sea dable afirmar la trascendencia que el legislador otorga a la autonomía de la voluntad; esto se evidencia cuando entre las fuentes de obligaciones, se listan, sin priorización jerárquica, el acuerdo de las partes y la ley.<sup>4</sup> Esto es lo que lleva a considerar que la voluntad es tanto como la ley, para efectos de vincular a su ejecución, a quien la manifieste en un contrato: “el contrato es ley entre las partes”.<sup>5</sup> Así las cosas, y entendiendo que la voluntad es uno de los 2 principales componentes de la díada creadora de obligaciones, no resulta difícil concluir que delinea una serie importante de instituciones jurídicas, cuyo objeto de estudio o campo de aplicación no distingue entre el derecho material y procesal. De hecho, el PD es

una clara manifestación de esto, ya que es una aplicación al derecho procesal, de la voluntad de las personas. Tanta importancia ha tenido en la doctrina procesal, que su individualización ha servido de punto de partida para la clasificación de sistemas procesales entre sistema procesal inquisitivo y sistema procesal dispositivo. Con lo expuesto hasta ahora, podemos afirmar que la autonomía como fuente esencial e inequívoca del arbitraje, tiene una manifestación procesal, que es individualizada como PD. Corresponde ahora, relacionar el PD con el arbitraje. Para esto es pertinente revisar 2 ángulos del tema; el doctrinal y el aplicado o legal. En el primer plano, más que una revisión propiamente doctrinal, de lo que se trata es de hilvanar unas ideas que permiten asertar que el PD tiene vigencia en el arbitraje por consecuencia lógica. Si el arbitraje tiene como fuente esencial la voluntad, no parece irrazonable que el procedimiento que surge con ocasión de este, es decir, el procedimiento que se sigue con ocasión de un pacto arbitral, juicio arbitral, también sea impactado por dicha concurrencia de voluntades. Para ello, se da la aplicación del PD que reconoce, que la Litis pertenece a las partes. Esto se presenta o revela en forma de que la voluntad de las partes es el criterio seleccionador de las reglas arbitrales, de los poderes arbitrales y especialmente, del alcance del arbitraje; sin contar con las formas de terminación anticipada del arbitraje, la transacción

1. Es importante señalar que esta concepción, que podemos llamar clásica, del arbitraje, ha evolucionado al punto de que en algunas formas en que se revela el acuerdo arbitral, ya no es un pacto o acuerdo entendido rígidamente. Es el caso de lo que sucede en los arbitrajes de inversión.
2. Artículo 5 de la Ley 131 de 2013 (L131/13):  
Artículo 5 – Definiciones. Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos se entenderán así: 1. Arbitraje: Método de solución de conflicto mediante el cual cualquier persona con capacidad jurídica para obligarse somete las controversias surgidas a que puedan surgir con otra persona al juicio de uno o más árbitros, que deciden definitivamente mediante laudo con eficacia de cosa juzgada, conforme a lo establecido en la presente Ley. Además arbitraje significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de administrarlo, de conformidad con el artículo 12”.
3. “Más allá de la sutil distinción entre autonomía de la voluntad y autonomía privada, que algunos civilistas incluso niegan, quedémonos, en una primera aproximación con la primera, con sus raíces griegas *autos* (propio) y *nomos* (norma, regla), para definirla de un modo muy genérico como un derecho de gobernarse según las propias leyes y según la propia voluntad.” (ZABALZA, 2016).
4. Vid. Artículo 974 del Código Civil (CC):  
“Artículo 974. Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”.
5. Vid. Artículo 976 del CC:  
“Artículo 976. Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos”.

por mencionar solo uno. Y es que no es coherente, que, si las partes concuerdan en resolver sus diferencias mediante arbitraje, no lo puedan hacer conforme desean realizarlo. De esto se sigue que, aquí ya entramos en el plano legal, la L131/13 haya previsto expresamente que son las partes los dueños de la Litis. Con estas anotaciones, consideramos que llegó el momento de proveer un concepto del PD, y para ello, nos parece adecuado tomar el siguiente planteamiento:

“CONCEPTO. – Cabe señalar que WYNES MILLAR prefiere denominar al principio dispositivo como principio de elección dispositiva. Dice que éste “implica que las partes tienen el pleno dominio de sus derechos materiales y procesales involucrados en la causa, y reconoce su potestad de libre decisión respecto del ejercicio o no ejercicio de estos derechos”. El titular de un derecho, entonces, no está obligado a perseguirlo en juicio, sino que ello queda librado a su albedrío; y de igual manera corresponde al demandado resolver si quiere formular o no su defensa, ya sea total o parcialmente. Y en la esfera de los derechos puramente procesales, ambas partes tienen libertades para adoptar o no los diversos medios procesales que la ley pone a su disposición.

En sentido coincidente, GÓMEZ ORBANEJA Y HERCE QUEMADA dicen que “el principio dispositivo propiamente dicho consiste en que las partes poseen dominio completo, tanto sobre su derecho sustantivo, como sobre los derechos procesales implícitos en el juicio, en el sentido {de} que son libres de ejercitarlos o no”. Nadie puede ser obligado, en contra de su voluntad, a proponer su acción (nemo inuitus agere cogatur). Una vez propuesta la acción el actor es libre de renunciar

a mantenerla (desistimiento). Análogamente, el demandado es libre de defenderse o no; incluso de reconocer la pretensión de su adversario (allanamiento). Es libre de defenderse en unos puntos y no en otros; con unos u otros medios, entre otros supuestos.

A su turno, SÁEZ JIMÉNEZ Y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA afirman que el principio dispositivo constituye “un poder que la ley reserva a los particulares con carácter exclusivo y que se traduce en la facultad que éstos tienen no sólo de iniciar el procedimiento, sino de propugnar su continuación y la realización de una serie de actos procesales, por lo que, el hacer valer el derecho sustantivo que se dice conculcado ante el órgano jurisdiccional material. El principio dispositivo –agregan– actúa no sólo en el momento de la iniciación del proceso civil, sino también durante toda la tramitación de éste, dado que las partes son las dueñas del objeto del proceso”.<sup>6</sup>

La voluntad de las partes reside entonces, en el núcleo, en la esencia del PD. De allí que éste sea, inexorablemente, una clara y delineada manifestación, muy concreta de aquella. Por esto, y conforme al orden de ideas propuesto, corresponde abordar los temas del resorte del PD mencionadas en la parte introductoria de este arbitraje.

### III. PRINCIPALES MANIFESTACIONES DEL PD EN EL ARBITRAJE

#### 1. MANDATO ARBITRAL

Por mandato arbitral nos referimos a la misión del tribunal arbitral. Se trata de una actividad cuya naturaleza jurídica es un mandato. Considera-

6. (LOUTAYF, 2014).

mos que lo es porque el tribunal arbitral recibe de las partes, con base en el contrato de arbitraje, el encargo de dirimir el conflicto o controversia que generó el juicio arbitral.<sup>7</sup> Así las cosas, la tarea del tribunal arbitral no le llega oficiosamente, sino por petición, conjunta, de las partes de un arbitraje mediante la eficacia del contrato de arbitraje. Preciado esto, es decir la noción del mandato arbitral, un avance lógico en esta exposición recae en referirnos a la finalidad de ese mandato, lo que, si bien ha sido mencionado, aún no lo hemos abordado. La primera idea que emerge en este contexto, nos remite *ipso facto* a la actividad que desarrolla el panel arbitral; la solución del pleito. Sin embargo, esta alusión por simplista, no hace justicia a la sensible y compleja tarea de juzgamiento. Cuando nos referimos a la “solución del pleito” señalamos el ejercicio de la jurisdicción, en el mismo sentido en que lo hace un juez “judicial”.<sup>8</sup> Ahora bien, es cierto que en esencia es la misma tarea, la forma o manera de realizar el encargo de juzgar en la jurisdicción arbitral, difiere palpablemente de la jurisdicción ordinaria. Esto se debe, precisamente, al PD objeto de este opúsculo. El PD impregna la forma de juzgar del árbitro que se despliega en los siguientes aspectos del arbitraje.

## 2. SELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE

En materia arbitral se identifica como el derecho aplicable, a la norma jurídica de fondo con cuya aplicación se resolverá la causa sometida a juicio arbitral; es el derecho aplicable. La regla general en este aspecto del arbitraje, es que son sus partes quienes eligen cuál norma aplicar; es decir, son los litigantes arbitrales los que escogen el derecho aplicable en cada arbitraje.<sup>9</sup> Esto pasa por muchos matices, desde el conocido *Forum Shopping hasta el Choice of Law Clause*. Lo importante en esta materia reside en que, la regla general, es que son las partes quienes eligen las normas jurídicas aplicables para la solución de la controversia, esto, es para resolver las pretensiones y excepciones que conforman el objeto procesal del arbitraje.

## 3. SELECCIÓN DE LA LEX ARBITRIS

También corresponde a las partes de un arbitraje, escoger las normas que regirán el arbitraje. La *Lex arbitris* es un apotegma utilizado para referirse al conjunto normativo que rige el proceso arbitral; es entonces, la regulación de la forma de solucionar el conflicto, de todo lo concerniente a las fases necesarias para llevar a cabo el juicio arbitral.<sup>10</sup> Se trata de un sistema normativo en virtud de que no siempre todas estas disposiciones se encuentran en una sola normativa, como es el caso panameño, donde son varios

7. El CC panameño, en su artículo 1400, define el contrato de mandato en los siguientes términos:

“Artículo 1400. Por el contrato de mandato se obliga una persona a prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra”.

8. Cfr. artículo 202 de la Constitución Política de la República de Panamá:

“Artículo 202. El Órgano Judicial está constituido por la Corte Suprema de Justicia, los Tribunales y los Juzgados que la Ley establezca. La administración de justicia también podrá ser ejercida por la jurisdicción arbitral conforme lo determine la Ley. Los tribunales arbitrales podrán conocer y decidir por sí mismos acerca de su propia competencia”. (El resaltado es nuestro).

9. Cfr. artículo 56 de la L131/13:

“Artículo 56 - Normas aplicables al litigio. Las normas aplicables al fondo del litigio serán las siguientes: 1. El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables a) fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del Derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes, 2. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará las normas jurídicas que estime apropiadas, 3. El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor solo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así. En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al asunto. En los arbitrajes internacionales se tendrá en cuenta, además, los Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) sobre los Contratos Comerciales internacionales”.

10. El contenido de la *Lex Arbitris* viene propuesto por la doctrina de la siguiente manera:

Definición y forma del acuerdo arbitral, determinación de la materia arbitrable, constitución del tribunal arbitral incluyendo la recusación de sus miembros, la regla *Kompetenz-Kompetenz*, lo relativo a las medidas cautelares, la reglamentación del procedimiento arbitral, forma y validez del laudo, así como las causales de anulación y regulación del reconocimiento y ejecución de laudos internacionales. Para esto (REDFERN, 2006).

instrumentos jurídicos los que reglan un arbitraje, por mencionar algunos, desde la Constitución Política, pasando por la L131/13 y terminando por la Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de laudos dictados en el extranjero.<sup>11</sup> En la L131/13 se incluyó una norma que dispone la facultad de las partes de elegir la *Lex arbitris*, pero de apocada manera, en las causales de nulidad de los laudos,<sup>12</sup> por lo que su previsión está dispuesta como límite al ejercicio del mandato arbitral. Cabe mencionar que lo señalado en la L131/13, es una réplica de lo dispuesto por la Convención de Nueva York. Por esta razón, se colige que es en este último instrumento, donde originariamente se prevé esta libertad contractual para las partes de un acuerdo arbitral.<sup>13</sup> La norma citada, contiene 2 situaciones respecto de la forma en que las partes seleccionan la *Lex arbitris*. Normalmente, la *Lex arbitris* es elegida por las partes como consecuencia de la adopción de la sede del arbitraje. De allí que la regla general sea que se aplique la ley arbitral del lugar del arbitraje. La segunda

forma de elegir la *Lex arbitris*, es que las partes lo hagan con independencia de la que rige en la sede del arbitraje. Esto, reiteramos, no es lo común, sin embargo, las partes cuentan con el poder jurídico de hacerlo.<sup>14</sup>

#### 4. SELECCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Otra importante manifestación del PD dentro de la institución arbitral, opera en el mismo juicio arbitral. En efecto, las partes tienen la capacidad de seleccionar las reglas del procedimiento por el que se surtirá el arbitraje. A fin de demostrar el fundamento de este aserto, vale acudir a la L131/13, en su artículo 46.<sup>15</sup> Allí expresamente se otorga a las partes el poder de adoptar, por sí mismas, la forma y contenido del juicio al que desean someterse. Esto se refuerza cuando entre las causales de anulación de los laudos, conforme la *Lex arbitris* panameña, se encuentra la inobservancia por parte del tribunal arbitral, del procedimiento acordado por las partes.<sup>16</sup>

11. En Panamá, este instrumento de derecho internacional fue adoptado mediante la Ley N° 5 de 1983 (L5/83).

12. Cfr. numeral 1 del artículo 67 de la L131/13:

“Artículo 56 - Normas aplicables al litigio. Las normas aplicables al fondo del litigio serán las siguientes: 1. El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes como aplicables a) fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación de Derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes”.

13. Cfr. numeral 1, literal A, del artículo V de la Convención de Nueva York, en Panamá, L5/83.

“Artículo V

1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia”.

14. “Nonetheless, in unusual cases, parties agree to the application of a procedural law to the arbitration which differs from that of the arbitration legislation or other laws of the place of the arbitration. The parties’ autonomy to select a procedural law other than that of the place of arbitration is controversial, with a number of historic and contemporary authorities denying or limiting such autonomy. In any event, the parties’ asserted freedom to select a foreign procedural law is exercised only very rarely”. Vid. BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, Netherlands, vol. 1, 2009, pp. 1243.

15. Cfr. artículo 46 de la L131/13:

“Artículo 46 - Determinación del procedimiento. Con sujeción a las disposiciones de la presente Ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones, pudiendo someterse al procedimiento contenido en un reglamento de una institución de arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente Ley, dirigir el arbitraje de la forma que considere apropiada y sin necesidad de acudir a las normas procesales de la sede del arbitraje. En ningún caso, las partes podrán interponer incidentes o cualquier acción judicial ante los tribunales judiciales respecto de las decisiones tomadas por los árbitros o por una institución arbitral durante el curso del proceso arbitral”.

16. Cfr. numeral 4 del artículo 67 de la L131/13:

“4. Que la designación del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley”.

## 5. SELECCIÓN DE LA POSIBILIDAD DE ADOPTAR MEDIDAS CAUTELARES

Dentro de los poderes jurídicos que las partes detentan en materia arbitral, contenidos todos en el PD, se encuentra el de estipular para el arbitraje de que se trate, la posibilidad de adopción o no, de medidas cautelares. La L131/13 en esta materia,<sup>17</sup> sigue las pautas establecidas por la Ley Modelo UNCITRAL, consignadas en su enmienda de 2006. Esta manifestación del PD, dispone que son las partes de un arbitraje, quienes convienen en incluir dentro del mandato arbitral, el poder cautelar en cabeza del tribunal arbitral.

De esto se colige, pues, que las partes pueden acordar que en el arbitraje que celebrarán, quedan excluidas las medidas cautelares.

## VI. CONCLUSIONES

Dado que los conflictos son inmanentes a la convivencia social, el arbitraje como mecanismo de solución de ellos, ofrece la nobleza de que las partes en conflicto, mediante el ejercicio de sus correspondientes voluntades, puedan acordar su forma. Y el medio de llegar a ello, lo ofrece el PD. este funda y gobierna en toda su extensión, la institución arbitral.

---

17. Cfr. artículo 33 de la L131/13:

“Artículo 33 - Otorgamiento de medidas cautelares. El tribunal arbitral, salvo acuerdo en contrario de las partes, podrá, a instancia de una de ellas, ordenar medidas cautelares. Se entenderá por medida cautelar toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes alguna o algunas de las siguientes medidas: 1. Que mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia. 2. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo. 3. Que proporcione medios para preservar ciertos bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente. 4. Que preserve elementos de prueba que sean relevantes para resolver la controversia”.



# LA OBTENCIÓN DE EVIDENCIA BAJO LA SECCIÓN 1782 DEL TÍTULO 28 DEL CÓDIGO DE LOS ESTADOS UNIDOS Y SU USO EN DISPUTAS INTERNACIONALES



REBECA E.  
MOSQUERA  
rebeca.mosquera@akerman.com

## I. INTRODUCCIÓN

Con la Sección 1782, “Asistencia a tribunales extranjeros e internacionales y litigantes ante tales tribunales,” del Título 28 del Código de los Estados Unidos, los Estados Unidos coloca sus mecanismos de descubrimiento<sup>1</sup> a disposición de cualquier “persona interesada” para reunir pruebas en el territorio de dicho país para ser utilizadas en un procedimiento extranjero.<sup>2</sup>

La Sección 1782 es concisa; sin embargo, ha originado decisiones contradictorias sobre si sus mecanismos de descubrimiento están a disposición del arbitraje privado internacional.<sup>3</sup> En el 2004, la Corte Suprema de los Estados Unidos trató de nivelar el panorama en el caso *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*,<sup>4</sup> cuando la Corte, en *dicta*, citó un artículo

1. “En los Estados Unidos [...] [el] [d]escubrimiento es el proceso mediante el cual una de las partes solicita que un testigo produzca o entregue documentos o información relevante o que un testigo sea depuesto para que su testimonio sea tomado bajo juramento, pero fuera de la Corte. El proceso de descubrimiento está regulado por el Artículo 26 de las Normas Federales de Procedimiento Civil [...] [y] [e]n los Estados Unidos el descubrimiento es principalmente llevado a cabo por las propias partes litigantes, con poca intervención del juez”. Hagit Elul and Rebeca E. Mosquera, 28 U.S.C. Section 1780: U.S. Discovery in Aid of International Arbitration Proceedings. In: L. Shore, et. al., ed., *International Arbitration in the United States*, 1ra ed. United States: Kluwer Law International, a 395 (2018) (citaciones omitidas).
2. Véase Hagit & Mosquera, supra nota 1, a 393.
3. Véase *NBC v. Bear Stearns & Co.*, 165 F.3d 184, 190-91 (2do Cir. 1999) (“En resumen, la historia legislativa revela que cuando el Congreso promulgó en 1964 la versión moderna de la § 1782, tenía la intención de abarcar tribunales arbitrales gubernamentales o intergubernamentales y tribunales convencionales y otros cuerpos adjudicatorios patrocinados por el Estado. El silencio de la historia legislativa con respecto a los tribunales privados es especialmente revelador, porque estamos seguros de que el Congreso no habría llevado a cabo una ligera ampliación de la asistencia judicial estadounidense a los paneles arbitrales internacionales creados exclusivamente por partes privadas, sin al menos una mención de esta intención.”); véase también *In re NBC, Inc.*, No. M-77 (RWS), 1998 WL 19994, a \*8 (S.D.N.Y. 21 de enero de 1998), *aff’d sub nom. NBC v. Bear Stearns & Co.*, 165 F.3d 184, 190-91 (2do Cir. 1999); *In re Medway Power Ltd.*, 985 F. Supp. 402, 403-04 (S.D.N.Y. 1997); John Fellas, *Using Section 1782 in International Arbitration*, 23 J. LONDON CT. INTL. ARB. 379, 380 (2007); véase generalmente *In re Operadora DB Mexico, S.A. De C.V.*, No. 6:09-CV-383-ORL-22GJK, 2009 WL 2423138, a \*4 (M.D. Fla. 4 de agosto de 2009) (En *NBC*, “[L]a corte determinó que cuando el Congreso usó la palabra ‘tribunal’, pretendió referirse a entidades gubernamentales”).
4. *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.*, 542 U.S. 241 (2004).

escrito por el profesor Hans Smit, quien había sido el Reportero de la Comisión y Comité Asesor encargados de la revisión de la Sección 1782 en 1958,<sup>5</sup> indicando que la palabra “tribunal,” contenida en la Sección 1782, también abarcaba “... tribunales arbitrales, ...”<sup>6</sup>

El propósito de este escrito es abordar (i) la historia legislativa de la Sección 1782, (ii) los principales umbrales que cualquier profesional en el derecho debe considerar al presentar una aplicación de Sección 1782, y (iii) si los mecanismos de descubrimiento contemplados en la Sección 1782 pueden ser utilizados para obtener evidencia a ser presentada en procedimientos de arbitraje internacional.

## HISTORIA LEGISLATIVA DE LA SECCIÓN 1782

### 1. Actos Congressionales de 1855 y 1863

Históricamente, los Estados Unidos ha llevado a cabo grandes esfuerzos para apoyar a las Cortes extranjeras en procedimientos de descubrimiento.<sup>7</sup> En un estatuto de 1855 (la “Ley de

1855”), el Congreso autorizó a las cortes federales de los Estados Unidos a dar efecto a las cartas rogatorias de una Corte extranjera mediante la designación de un comisionado que obligase a testigos a comparecer y testificar.<sup>8</sup>

Sin embargo, no siempre fue este el caso. La Ley de 1855 fue una respuesta a una opinión del Fiscal General de los Estados Unidos que afirmaba que las Cortes estadounidenses carecían de autoridad para dar efecto a las cartas rogatorias emitidas por funcionarios extranjeros.<sup>9</sup> A pesar de que mediante la promulgación de la Ley de 1855 la meta del Congreso era la de apoyar a las Cortes extranjeras en obtener el testimonio de testigos ubicados en los Estados Unidos, las Cortes estadounidenses desconocían, en gran medida, la existencia de esta Ley de 1855 debido a una serie de errores de indexación en el Código de los Estados Unidos.<sup>10</sup>

En consecuencia, en 1863, el Congreso promulgó otra ley (la “Ley de 1863”) que rige las solicitudes de descubrimiento de Cortes extranjeras.<sup>11</sup> Sin embargo, la Ley de 1863 demostró ser restrictiva en comparación con la Ley de

- 
5. Véase Hans Smit, *American Judicial Assistance to International Arbitral Tribunals*, 8 AM. REV. INT'L ARB. 153, 154 (1997).
  6. *Intel Corp.*, 542 U.S., supra nota 4, a 258 (citando a Hans Smit, *International Litigation under the United States Code*, 65 COLUM. L. REV. 1015, 1026 n. 71, 1027 n. 73 (1965)) (cursiva añadida); véase también Fellas, supra nota 3, a 380; véase generalmente Smit, supra nota 5.
  7. Véase *In re Letter Rogatory from Justice Ct., Dist. of Montreal, Can.*, 523 F.2d 562, 564 (6to Cir. 1975) (“Tradicionalmente, los Estados Unidos ha promulgado leyes para proporcionar asistencia judicial a las cortes en otros países.”).
  8. Véase Acto de 2 de marzo de 1855, ch. 140, § 2, 10 Stat. 630 (1855); véase también Harry Leroy Jones, *International Judicial Assistance: Procedural Chaos and a Program for Reform*, 62 YALE L.J. 515, 540 (1953); Jeffrey M. Butler, *Obtaining evidence by means of US discovery for use in proceedings and tribunals outside the US*, [http://www.buildingipvalue.com/05\\_NA/103\\_106.htm](http://www.buildingipvalue.com/05_NA/103_106.htm) (“De conformidad con la Ley de 1855, las cortes federales de los Estados Unidos podrían responder a las cartas rogatorias solicitando la examinación de un testigo en los Estados Unidos para su uso en un asunto ante una Corte fuera de los Estados Unidos. (Las cartas rogatorias también son conocidas como cartas de solicitud. De acuerdo con el Black's Law Dictionary, son esencialmente documentos ‘emitidos por una Corte a una Corte extranjera, solicitando que la Corte extranjera (1) obtenga evidencia de una persona específica dentro de la jurisdicción extranjera o notificar a un individuo o empresa dentro de la jurisdicción extranjera y (2) remitir el testimonio o la prueba de notificación para su utilización en un caso pendiente.’)”) (visitado 2 de enero de 2018).
  9. Véase 7 Op. Att'y Gen. 56, 56 (1855) (“[L]as comisiones rogatorias del exterior han sido reiteradamente dirigidas a las autoridades competentes en los Estados Unidos y han sido ejecutadas por éstas voluntariamente, ya que en las leyes del país no hay nada que lo prohíba, y la ejecución de tales comisiones es un acto apropiado de cortesía nacional. En algunos Estados existen disposiciones estatutorias que limitan la ejecución de tales comisiones; pero no existe disposición limitativa tal en ley alguna de los Estados Unidos.”); véase también Michael Campion Miller, Alejandro G. Rosenberg & Michael Stoll, 20 U.S.C. § 1782 and the Evolution of International Judicial Assistance in United States Courts, *THE FEDERAL LAWYER* 44, 44 (mayo 2012).
  10. Véase *In re Letter Rogatory*, supra nota 7, a 564; véase también Butler, supra nota 8 (“Parece que la Ley de 1855 no se usó con gran frecuencia, habiendo sido (mal)categorizada en el Código de los Estados Unidos.”); Leroy Jones, supra nota 8, a 540 (“Por una sucesión de errores en la indexación y la revisión de estatutos, este acto fue enterrado en el olvido . . . Como resultado, nuestras cortes de distrito perdieron la Ley de vista. . . y restringió severamente el uso de las cartas rogatorias extranjeras.”); Walter B. Stahr, *Discovery Under 28 U.S.C. § 1782 for Foreign and International Proceedings*, 30 VA. J. INTL. L. 597, 601 (1989).
  11. Véase Acto de 3 de marzo de 1863, ch. 95, 12 Stat. 769 (1863) (“Acto para facilitar de deposiciones dentro de los Estados Unidos, para ser utilizadas en las Cortes de otros Países, y para otros Propósitos.”); véase también Leroy Jones, supra nota 8, a 540

1855<sup>12</sup> (y, lo más desafortunado es que esta última aún estaba en vigor).<sup>13</sup> De hecho, la Ley de 1863 permitía a las cortes federales estadounidenses el asistir y dar efecto a cartas rogatorias emitidas por Cortes extranjeras (i) sólo cuando los Estados Unidos y el país extranjero se encontraban en paz, (ii) sólo a partes en la acción o a partes que tenían un interés en el caso y (iii) sólo cuando la acción fuere para la recuperación de dinero o propiedad.<sup>14</sup> Debido al momento histórico en que se promulgó,<sup>15</sup> ciertos autores creen que la Ley de 1863 restringió la capacidad de los Estados Unidos de proporcionar ayuda a Cortes extranjeras en procedimientos de descubrimiento, como una advertencia a aquéllos que estaban ayudando a los Estados Confederados de América durante la Guerra Civil Americana.<sup>16</sup>

## 2. 1930: El caso del *I'm Alone* y la legislación encausada a proporcionar asistencia a los tribunales internacionales en procedimientos de descubrimiento

Durante la Era de la Prohibición,<sup>17</sup> los Estados Unidos celebró acuerdos internacionales con

varios países para prevenir el contrabando de alcohol en los Estados Unidos, sus territorios o posesiones.<sup>18</sup> Consecuentemente, el 23 de enero de 1924, los Estados Unidos y la Gran Bretaña firmaron un Convenio para la Prevención del Contrabando de Licores Intoxicantes en los Estados Unidos (el “Acuerdo Especial”).<sup>19</sup>

El 22 de marzo de 1929, la Guardia Costera de los Estados Unidos hundió el *I'm Alone*, un buque británico de registro canadiense,<sup>20</sup> porque se sospechaba que el buque estaba contrabandeando alcohol dentro de los Estados Unidos. El *I'm Alone* fue interceptado por la Guardia Costera de los Estados Unidos y se le ordenó detenerse. Sin embargo, el capitán del buque se negó a detenerlo, alegando que el mismo se encontraba fuera de las aguas del Tratado. La Guardia Costera de los Estados Unidos procedió entonces a hundir al *I'm Alone*. Este incidente creó un conflicto internacional entre Canadá y los Estados Unidos conocido como el caso *I'm Alone*,<sup>21</sup> y el gobierno canadiense demandó por daños y perjuicios.

Las partes acordaron someter la disputa a una comisión creada bajo los términos del Artículo

12. Véase *In re Letter Rogatory*, supra nota 7, a 564 (“La mala actitud de este país de otorgar asistencia a Cortes extranjeras quedó demostrada por la Ley de 3 de marzo de 1863, una ley que socabó en gran medida la legislación de 1855.”).

13. Véase *In re Letter Rogatory*, supra nota 7, a 564 n.5 (“Aunque estaba en vigor a este momento, la Ley de 1855 (10 STAT. 630) fue ignorada por la legislación posterior de 1863 (12 STAT. 769).”).

14. Véase Acto de 3 de marzo de 1863, supra nota 11; véase también N.Y.C. B. Comm. Intl. Commercial Disputes, 28 U.S.C. § 1782 as a Means of Obtaining Discovery in Aid of International Commercial Arbitration—Applicability and Best Practices 3, <http://www.nycbar.org/member-and-career-services/committees/reports-listing/reports/detail/28-usc-1782-as-a-means-of-obtaining-discovery-in-aid-of-international-commercial-arbitration-applicability-and-best-practices> (29 de febrero de 2008) [hereinafter N.Y.C. Bar Report] (visitado 2 de enero de 2018); véase también *In re Letter Rogatory*, supra nota 7, a 564 n.5; Leroy Jones, supra nota 8, a 540 n.77 (“Este medida fue propuesta por el Departamento del Tesoro en aparente ignorancia de la existencia de la Ley de 2 de marzo de 1855, que había sido indexada en los Estatutos Generales bajo el título ‘Testimonios’.”).

15. Los Estados Unidos se encontraba inmersa en una sangrienta guerra civil con los Estados Confederados (la “Guerra Civil Americana”) de 1861 a 1865. En 1861, siete Estados sureños de los Estados Unidos, declararon su sucesión y formaron la Confederación o los Estados Confederados de América.

16. Véase Miller et al., supra nota 9, a 44 (“La ley aprobada en 1863 redujo significativamente la disponibilidad de asistencia de descubrimiento para casos extranjeros. Tal vez como un mensaje disimulado a los países que ofrecían su apoyo a la Confederación . . .”).

17. El 16 de enero de 1919, la 18va Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos fue ratificada prohibiendo la fabricación, el transporte y la venta de licores intoxicantes. Durante la Prohibición hubo una proliferación de bares clandestinos y un aumento en violencia de pandillas y otros crímenes. Esto, combinado con la dificultad de hacer cumplir la 18va Enmienda, desembocó en el final de la Era de la Prohibición con la ratificación de la 21ra Enmienda el 5 de diciembre de 1933 que derogó la 18va Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos.

18. Véase James B. McDonough, *The International Liquor Treaties and the Eighteenth Amendment*, 12 VA. L. REV. 215 (1926); véase también United Nations, *Reports of International Arbitral Awards* vol. 3, S.S. “*I'm Alone*” (Canada, United States) 30 de junio de 1933 y 5 de enero de 1935, 1612 Art III, [http://legal.un.org/riaa/vol\\_3.shtml](http://legal.un.org/riaa/vol_3.shtml) (visitado 30 de diciembre de 2017).

19. Véase United Nations Reports, supra nota 18, a 1611.

20. Véase Centre for Newfoundland Studies, *The I'm Alone Incident, Correspondence between the Governments of Canada and the United States of America concerning the sinking of the vessel*, [http://www.newfoundlandshipwrecks.com/Im%20Alone/documents/im\\_alone\\_incident.htm](http://www.newfoundlandshipwrecks.com/Im%20Alone/documents/im_alone_incident.htm) (visitado el 30 de diciembre de 2017).

21. Véase United Nations Reports, supra nota 18, a 1618.

IV del Acuerdo Especial.<sup>22</sup> En parte pertinente, el Artículo IV establecía que toda reclamación presentada por un buque británico, por pérdida o daño, debía remitirse a una Comisión de Reclamaciones<sup>23</sup> la cual era considerada como un tribunal.<sup>24</sup>

Así, el conflicto del *I'm Alone* dio paso a otra ley enfocada en tribunales internacionales. El 3 de julio de 1930, el Congreso promulgó un estatuto (el “Estatuto de 1930”) que apoyaría a las *partes interesadas* en la obtención de pruebas para ser utilizadas en este conflicto. En parte relevante, el Estatuto de 1930 establecía que:

[E]n cualquier reclamo, en el que los Estados Unidos o cualquiera de sus nacionales esté interesado, se encuentre pendiente ante un *tribunal internacional* o comisión, establecido en virtud de un acuerdo entre los Estados Unidos y cualquier gobierno o gobiernos extranjeros, *cada miembro de dicho tribunal o comisión*, o su escribiente o secretario, *tendrá la autoridad para administrar juramentos en todos los procedimientos ante el tribunal o comisión*; y toda persona que deliberadamente y voluntariamente jure o afirme falsamente *en cualquiera de dichos procedimientos*, ya sea que se celebre dentro o fuera de los Estados Unidos, sus territorios o posesiones,

será considerada culpable de perjurio y, una vez condenada, sufrirá el castigo provisto por las leyes de los Estados Unidos por dicho delito, como cuando es cometido en sus propias cortes de justicia.<sup>25</sup>

La ley también estipulaba que el “tribunal internacional” tenía el poder de citar testigos y ordenar la producción de documentos relacionados con el caso pendiente ante dicho tribunal.<sup>26</sup> Posteriormente, el Estatuto de 1930 fue modificado en 1933.<sup>27</sup> Es importante observar que el Estatuto de 1930 y su enmienda de 1933, ofrecían asistencia para el descubrimiento sólo a tribunales gubernamentales.<sup>28</sup>

### 3. 1948 – 1958: Nace la Sección 1782 – El trabajo de la Comisión sobre las Reglas Internacionales de Procedimiento Judicial

Luego de la Segunda Guerra Mundial, el comercio internacional sufrió cambios significativos<sup>29</sup> y los Estados Unidos vio la necesidad de expandir la asistencia de descubrimiento que había estado, supuestamente,<sup>30</sup> proporcionando a Cortes extranjeras.<sup>31</sup> Así, el Congreso promulgó la ley de 1948 (la “Ley de 1948” o la “Enmienda de 1948”),<sup>32</sup> que implementó la Sección 1782 del Código de los Estados Unidos<sup>33</sup> (la “Sección 1782”).

22. Véase N.Y.C. Bar Report, supra nota 14, a 4.

23. Véase United Nations Reports, supra nota 18, a 1612 Art IV.

24. Véase Idem; véase también In re NBC, supra nota 3, a \*4.

25. Acto de 3 de junio de 1930, ch. 851, § 1, 46 STAT. 1005 (1930) (cursiva añadida).

26. Idem a § 2.

27. Véase Acto de 7 de junio de 1933, ch. 50, § 4, 48 STAT. 117 (1933); véase también N.Y.C. Bar Report, supra nota 14, a 6–7 (“En 1933 . . . el Congreso enmendó la ley de 1930, redirigiendo el poder de citación de la Comisión creada por el tratado, al agente estadounidense. La enmienda de 1933 creó un ‘remedio a presente y futuro’ permitiendo a agentes estadounidenses, procesando disputas en nombre de ciudadanos de los Estados Unidos, ante un ‘tribunal internacional’, como las Comisiones de Demandas Mixtas, de solicitar a las Cortes de los Estados Unidos asistencia en el descubrimiento.”) (citaciones omitidas); véase también In re NBC, supra nota 3, a \*4.

28. Véase In re NBC, supra nota 3, a \*4.

29. Véase Joshua D. Rievman & E. Anne Musella, The U.S. Supreme Court’s Expansion of 28 U.S.C. § 1782: Is the Door Now Open to Discovery in Aid of Foreign Arbitration Proceedings?, [http://hnrklaw.com/wp-content/uploads/2017/04/The\\_U.S.\\_Supreme\\_Court\\_s\\_Expansion\\_of.pdf](http://hnrklaw.com/wp-content/uploads/2017/04/The_U.S._Supreme_Court_s_Expansion_of.pdf) (accessed 30 de diciembre de 2017); véase generalmente Miller et al., supra nota 9, a 44–45.

30. Véase Stahr, supra nota 10, a 602.

31. Véase N.Y.C. Bar Report, supra nota 14, a 3.

32. Véase Acto de 25 de junio de 1948, ch. 646, § 1782, 62 STAT. 949 (1948); véase generalmente N.Y.C. Bar Report, supra nota 14, a 3 n. 7.

33. Título 28 Código de los EE. UU. § 1782.

La Sección 1782 adoptó el amplio enfoque de la Ley de 1855,<sup>34</sup> eliminando los requisitos de que las cortes federales estadounidenses sólo podían apoyar a Cortes extranjeras cuando la acción pendiente en dichas Cortes, era para la recuperación de dinero o de propiedad. La recién adoptada Sección 1782 disponía que las cortes federales estadounidenses podían ordenar la deposición de testigos, que residieran en los Estados Unidos, para ser utilizada en cualquier acción civil pendiente en una Corte extranjera.<sup>35</sup>

La Enmienda de 1948 también eliminó el requisito de que “una nación extranjera, que solicitase asistencia judicial, fuese parte del o tuviese algún interés en los procedimientos”.<sup>36</sup> Sin embargo, es importante señalar que la Enmienda de 1948 proporcionó, como lo hizo la Ley de 1863, que la Corte extranjera que solicitase la asistencia de descubrimiento, debía encontrarse localizada en un país en paz con los Estados Unidos.

Un año después, el 24 de mayo de 1949,<sup>37</sup> el Congreso amplió la aplicación de la Sección 1782 mediante la promulgación de la ley de 1949 (la “Ley de 1949” o la “Enmienda de 1949”), reemplazando con ésta el término *acción civil con procedimiento judicial*.<sup>38</sup> Con la Enmienda de

1949, el Congreso extendió la asistencia de descubrimiento a procedimientos criminales.<sup>39</sup> La Enmienda de 1949 también eliminó el requisito de que el testigo del cual se requería el testimonio, tenía que residir en los Estados Unidos, otorgando así a las cortes federales estadounidenses el poder de obligar el testimonio de testigos que se encontraban temporalmente en los Estados Unidos.<sup>40</sup>

Después de la Enmienda de 1949, la Sección 1782 leería, en parte pertinente:

La deposición de cualquier testigo dentro de los Estados Unidos para ser utilizada en cualquier proceso judicial pendiente ante cualquier Corte en un país extranjero, con el cual los Estados Unidos se encuentran en paz, puede tomarse ante una persona autorizada para administrar juramentos designados por la corte de distrito de cualquier distrito donde el testigo reside o puede ser encontrado.<sup>41</sup>

Luego de esto, la Sección 1782 no fue sometida a revisión alguna, sino hasta el 2 de septiembre de 1958,<sup>42</sup> cuando el Congreso creó una Comisión y Comité Asesor sobre Reglas Internaciona-

34. Véase Miller et al., supra nota 9, a 45; véase también Stahr, supra nota 10, a 602–603.

35. Véase Acto de 25 de junio de 1948, supra nota 32; véase también Miller et al., supra nota 9, a 45; véase también In re NBC, supra nota 3, a \*6; Mousa Zalta, Recent Interpretation of 28 U.S.C. § 1782(A) by the Supreme Court in Intel Corp. v. Advanced Micro Devices, Inc.: The Effects on Federal District Courts, Domestic Litigants, and Foreign Tribunals and Litigants, 17 PACE INTL. L. REV. 17 413, 417 (2005) (“Las enmiendas de 1948 ampliaron el alcance de la § 1782(a) eliminando el requisito de que el país extranjero que está solicitando la asistencia fuese parte o tuviese un interés en los procedimientos y permitiendo que la asistencia judicial incluyese ‘cualquier acción civil pendiente en cualquier corte en un país extranjero.’”) (citaciones omitidas).

36. Jenna M. Godfrey, Americanization of Discovery: Why Statutory Interpretation Bars 28 U.S.C. § 1782(a)’s Application in Private International Arbitration Proceedings, 60 AM. U. L. REV. 475, 481 (2010) (citaciones omitidas); Zalta, supra nota 35, a 417; véase Amy Jeanne Conway, Note: In re Request for Judicial Assistance from the Federative Republic of Brazil: A Blow to International Judicial Assistance, 41 Cath. U. L. Rev. 545, 554 - 555 (1992); véase generalmente N.Y.C. Bar Report, supra nota 14, a 3 (“En 1848, el Congreso amplió significativamente la ley de 1863 y las leyes relacionadas, la Sección 1782, al eliminar el requisito de que un soberano extranjero tenía que tener un interés en el procedimiento en cuestión.”) (citaciones omitidas).

37. Véase Acto de 24 de mayo de 1949, ch. 139, § 93, 63 STAT. 89 (1949); véase también Conway, supra nota 36, a 555.

38. Véase In re NBC, supra nota 3, a \*5.

39. Véase Leroy Jones, supra nota 8, a 541 (“Como fue promulgada originalmente, esta sección otorgó a las cortes de distrito jurisdicción legal para tomar testimonio para uso en procedimientos civiles extranjeros y, una enmienda reciente, deja claro que casos criminales también están incluidos”); véase también Butler, supra nota 8 (“[E]n 1949 . . . el término acción civil fue cambiado a procedimiento judicial, ampliando considerablemente el alcance de este estatuto (es decir, se hizo aplicable no solo a acciones civiles, sino también a acciones criminales y de otro tipo)”); Stahr, supra nota 10, a 603 (“En 1949, el Congreso . . . cambió ‘acción civil’ a ‘procedimiento judicial,’ permitiendo el descubrimiento en acciones criminales extranjeras.”).

40. Véase Stahr, supra nota 10, a 603 (“En 1949, el Congreso . . . removió la palabra ‘residir’ para permitir el testimonio de testigos temporalmente localizados en los Estados Unidos.”); véase también Miller et al., supra nota 9, a 45.

41. Título 28 Código de los EE. UU. § 1782 (1949).

42. H.R. REP. NO. 1052 a 2 (17 de diciembre de 1963); véase Miller et al., supra nota 9, a 45.

les de Procedimiento Judicial para “investigar y estudiar prácticas actuales de asistencia y cooperación judicial entre los Estados Unidos y países extranjeros y para formular recomendaciones para mejorar la práctica legal internacional y los métodos de procedimiento”.<sup>43</sup> Esta revisión fue motivada porque algunos creían que la Sección 1782 era todavía demasiado restrictiva para permitir una significativa asistencia de descubrimiento a Cortes en países extranjeros.<sup>44</sup>

#### 4. 1964 – La Sección 1782 y el trabajo de la Comisión y el Comité Asesor sobre Reglas Internacionales de Procedimiento Judicial

Como resultado de la revisión realizada por la Comisión y Comité Asesor sobre Reglas Internacionales de Procedimiento Judicial, el 28 de mayo de 1963, la Comisión presentó al Presidente de la Cámara un informe con un proyecto de ley<sup>45</sup> para enmendar la Sección 1782. El propósito principal del proyecto de ley era el de “mejorar los procedimientos para entregar documentos, obtener evidencia y proporcionar documentos en litigios con aspectos internacionales”.<sup>46</sup>

El Comité observó que [e]l consistente crecimiento de la participación de los Estados Unidos en las relaciones internacionales... ha[b]ía demostrado la necesidad de mejoras estatutarias...<sup>47</sup> También señaló de que “[l]a promulgación del proyecto de ley... constitu[ir]ía un paso importante para colocar a los Estados Unidos a la vanguardia de las naciones que ajusta[r]ían sus procedimientos a los de naciones hermanas y, por tanto, proporcionar[ía] procedimientos equitativos y eficaces para el beneficio de tribunales y litigantes envueltos en litigios con aspectos internacionales”.<sup>48</sup> Los Estados Unidos esperaba que otras naciones promulgaran disposiciones similares a aquellas contempladas en la Sección 1782.<sup>49</sup>

El proyecto de ley propuso sustituir la palabra corte con la palabra *tribunal*, otorgando a las cortes federales estadounidenses el poder de proporcionar asistencia de descubrimiento a procedimientos de *tribunales extranjeros o internacionales*, alejándose del requisito restrictivo de que las cortes federales estadounidenses sólo podían apoyar a cualquier *corte en un país extranjero*.<sup>50</sup> Al insertar la palabra *tribunal*, la Comisión pretendía “dejar en claro que la asistencia

43. S. RPT. 85-2392 a 1 (15 de agosto de 1958) (reimpreso en 1958 U.S.C.C.A.N. 5201, 5201).

44. Véase Conway, supra nota 36, a 555–56; véase también Scott R. Boesel, Arbitration Bodies Should Be Considered Tribunals Under §1782: An Analysis of NBC v. Bear Stearns & Co., 63 ALB. L. REV. 637, 651 (1999) (“En respuesta a la creciente crítica y al aumento de la demanda sobre las cortes estadounidenses de proporcionar asistencia judicial internacional, el Congreso, en 1958, creó la Comisión sobre Reglas Internacionales de Procedimiento Judicial.”); Stahr, supra nota 10, a 603–604 (“Los críticos, sin embargo, continuaban considerando la sección 1782 excesivamente estrecha. En términos más generales, los críticos consideraron que los procedimientos legales de los Estados Unidos eran inadecuados para una nueva era de cooperación internacional y litigación.”)

45. En una carta de fecha de 27 de mayo de 1963, el entonces presidente de los Estados Unidos, John F. Kennedy, escribió al presidente de la Comisión informándole que “[s]u propuesta ha[b]ía sido revisada por la administración y que [habían] llegado a la conclusión de que las reformas procesales que [la] promulgación [del proyecto de ley] llevaría a cabo, serían muy deseables desde el punto de vista de la administración de justicia internacional en nombre de los litigantes privados.” Por tanto, el presidente Kennedy solicitó que el presidente de la Comisión presentara al Congreso el proyecto de ley. Véase H.R. REP. NO. 1052, supra nota 42, a 3.

46. H.R. REP. NO. 1052, supra nota 42, a 1.

47. Idem a 4.

48. Idem.

49. Véase idem a 4; véase también In re Ishihara Chem. Co., Ltd., 251 F.3d 120, 124 (2do Cir. 2001) (“El . . . objetivo] del estatuto . . . [es] el de alentar ‘por medio del ejemplo, [a] países extranjeros a proporcionar medios similares de asistencia a nuestros tribunales.’.”); Jed Wakefield, What You Should Know About American Discovery for Use in Foreign Proceedings, <https://www.inta.org/INTABulletin/Pages/WhatYouShouldKnowAboutAmericanDiscoveryforUseinForeignProceedings.aspx>, (15 de junio de 2014) (“Su objetivo, quizás ingenuo en retrospectiva, era el de estimular a otros países a adoptar procedimientos liberales similares en apoyo de litigios en los Estados Unidos.”) (visitado el 30 de diciembre de 2017).

50. Véase H.R. REP. NO. 1052, supra nota 42, a 9; véase también Conway, supra nota 36, a 558

no esta[ba] confinada a procedimientos ante las cortes convencionales”.<sup>51</sup>

Más aún, el proyecto de ley no solo hizo posible el exigir el testimonio de testigos que residen o que se encuentren en los Estados Unidos, sino también la capacidad de exigir la producción de documentos y otras pruebas tangibles.<sup>52</sup> La enmienda propuesta eliminó el requisito “innecesario”<sup>53</sup> de que el tribunal extranjero o internacional que presentara la petición de descubrimiento, debía estar localizado en un país que se encontrara *en paz* con los Estados Unidos.<sup>54</sup> Por último, el proyecto de ley dio a las cortes federales estadounidenses amplia discreción para otorgar o denegar una aplicación 1782 presentada por los tribunales extranjeros o internacionales.<sup>55</sup> El proyecto de ley propuesto no fue opuesto<sup>56</sup> y, por ende, promulgado sin cambios.<sup>57</sup>

La Sección 1782 no ha cambiado sustancialmente desde entonces. En el año 1996, fue sometida a una pequeña modificación para aclarar que la Sección también incluía asistencia de descubrimiento para procedimientos criminales; aunque este asunto ya estaba aclarado cuando la Sección 1782 fue sometida a la Enmienda de 1949.

Hoy en día, la Sección 1782 del Código de los Estados Unidos establece:

(a) La corte de distrito del distrito en el que reside o se encuentre una persona, puede ordenarle el dar su testimonio o declara-

ción o el producir un documento u otra cosa para ser utilizada en un procedimiento en un tribunal extranjero o internacional, incluyendo investigaciones criminales antes de la acusación formal. La orden puede ser emitida en base a una carta rogatoria, o solicitud hecha, por un tribunal extranjero o internacional o a solicitud de cualquier persona interesada, y puede ordenar que se dé el testimonio o declaración o que se produzca el documento u otra cosa, ante una persona designada por la Corte. En virtud de este nombramiento, la persona designada tiene el poder de administrar cualquier juramento necesario y tomar el testimonio o declaración. La orden puede determinar la práctica y el procedimiento, que pueden ser, en su totalidad o en parte, la práctica y el procedimiento del país extranjero o del tribunal internacional, para tomar el testimonio o declaración o para la producción del documento u otra cosa. En la medida en que la orden no establezca lo contrario, se tomará el testimonio o la declaración, y el documento u otra cosa producida, de acuerdo a las Reglas Federales de Procedimiento Civil.

No se puede obligar a una persona a dar su testimonio o declaración o a producir un documento u otra cosa en violación de cualquier privilegio legalmente aplicable.

(b) Este capítulo no impide que una persona dentro de los Estados Unidos brinde vo-

51. Conway, *supra* nota 36, a 558.

52. H.R. REP. NO. 1052, *supra* nota 42, a 9 (“[L]a revisada Sección 1782 deja en claro que la asistencia judicial de los Estados Unidos puede buscarse no sólo para obligar el rendimiento de testimonio y declaraciones, sino también exigir la presentación de documentos y otra evidencia tangible. Por lo tanto, reconoció la necesidad de obtener evidencia tangible.”).

53. Véase *idem* a 10.

54. Véase *idem*.

55. Véase *idem*.

56. Véase *idem* a 3.

57. Véase Stahr, *supra* nota 10, a 604–605 (“El Congreso . . . aprobó, sin modificaciones, la Sección 1782 propuesta en 1964.”) (citaciones omitidas); véase también Boesel, *supra* nota 44, a 651.

luntariamente su testimonio o declaración o que produzca un documento u otra cosa, para ser utilizado en un procedimiento en un tribunal extranjero o internacional ante cualquier persona y en cualquier manera aceptable para él.<sup>58</sup>

## LOS CUATRO UMBRALES DE LA SECCIÓN 1782

Un solicitante que presenta una Aplicación 1782 debe considerar los cuatro umbrales del Estatuto: *En primer lugar*, la solicitud debe ser realizada por “una persona interesada;” *en segundo lugar*, la evidencia solicitada debe obtenerse de “una persona” que “reside” o se “encuentra” en el distrito de la corte federal estadounidense donde se presenta la Aplicación 1782; *en tercer lugar*, el tipo de evidencia que se solicita y; *en cuarto lugar*, que la evidencia solicitada sea para uso en un procedimiento ante un “tribunal extranjero o internacional”. Es importante señalar que, incluso cuando una Aplicación 1782 cumple con todos los requisitos establecidos en la Sección 1782, las cortes federales estadounidenses pueden ejercer su poder discrecional para otorgar o negar la Aplicación.<sup>59</sup>

### 1. Cualquier persona interesada puede presentar una Aplicación 1782

Bajo la Sección 1782, “cualquier persona interesada” puede presentar una Aplicación 1782. En *Intel*, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que “persona interesada” incluye a cualquier persona con un interés razonable en obtener la evidencia.<sup>60</sup> Como resultado, el término se interpreta de manera amplia y no se limita sólo a las partes en el litigio extranjero.

### 2. Bajo la Sección 1782, se busca el obtener la evidencia de una persona que reside o se encuentra en los Estados Unidos

De conformidad con la Sección 1782, cualquier persona interesada puede obtener evidencia de “una persona” que “reside” o “se encuentra” en el distrito de la corte estadounidense de distrito donde se presenta la Aplicación 1782. *En primer lugar*, esta persona, que no ha de ser necesariamente parte en el procedimiento extranjero,<sup>61</sup> puede ser una entidad.<sup>62</sup> Sin embargo, a los fines de la Sección 1782, las Cortes han sostenido que “una persona” no incluye al gobierno de los Estados Unidos.<sup>63</sup> *Segundo*, la Sección es clara en cuanto a que esta persona debe “residir” o ser “encontrada” en el distrito de la corte estadounidense de distrito donde la persona interesada presenta la Aplicación 1782.

58. Título 28 Código de los EE. UU. § 1782.

59. Véase *Lazaridis v. Int'l Ctr. for Missing & Exploited Children, Inc.*, 760 F. Supp. 2d 109, 112 (D.D.C. 2011), *aff'd sub nom.* In re Application for an Order Pursuant to 28 U.S.C. 1782, 473 F. App'x 2 (D.C. Cir. 2012); véase también In re Thai-Lao Lignite (Thailand) Co., Ltd., 821 F. Supp. 2d 289, 293 (D.D.C. 2011).

60. Véase *Intel Corp.*, 542 U.S. a 256; véase también Hans Smit, International Litigation under the United States Code, 65 COLUM. L. REV. 1015, 1027 (“[P]ersona interesada ... tiene la intención de incluir no solo a los litigantes ante tribunales extranjeros o internacionales, sino también a funcionarios extranjeros e internacionales, así como a cualquier otra persona, ya sea designada por leyes extranjeras o convenciones internacionales o simplemente posea un interés razonable en obteniendo la asistencia”); véase también Fells, *supra* nota 3, a 382.

61. Véase In re Ishihara Chem. Co., Ltd., 121 F. Supp. 2d 209, 218 (E.D.N.Y. 2000) “El profesor Smit ... opina que [e]l propósito de la Sección 1782 es proporcionar asistencia judicial estadounidense para obtener pruebas en los Estados Unidos de un tercero, no de una parte, en el proceso extranjero, razonando que ‘solo se necesita asistencia si la persona que va a presentar las pruebas no está sujeta a la jurisdicción del tribunal extranjero o internacional’”.

62. Véase Fells, *supra* nota 3, a 382 nota 12 (“Una ‘persona’ ... incluye una corporación, compañía y consorcio, así como un individuo ...”) (Refiriéndose al Título 1 Código de los EE. UU. § 1: “[A] menos que el contexto indique lo contrario, la palabra ‘persona’ incluye ‘corporaciones, compañías, asociaciones, empresas, consorcio, sociedades, y sociedades anónimas, así como también individuos’”).

63. Véase *Al Fayed v. C.I.A.*, 229 F.3d 272, 274 (D.C. Cir. 2000) (“La Corte Suprema ha interpretado un lenguaje similar anterior para excluir a los Estados Unidos, y para encontrar que ‘persona’ excluye estados, pero incluye municipios...”) (citas omitidas).



### 3. ¿Qué tipo de evidencia se puede obtener con una Aplicación 1782?

De conformidad con la Sección 1782, la evidencia solicitada puede ser en forma de deposiciones y solicitud de producción de documentos de conformidad con las Reglas Federales de Procedimiento Civil (RFPC),<sup>64</sup> excluyendo interrogatorios y solicitudes de admisión.

### 4. El término “Tribunal Extranjero o Internacional” en la Sección 1782

A primera vista, la Sección 1782 establece que la evidencia solicitada es “para uso en un procedimiento ante un tribunal extranjero o internacional...”.<sup>66</sup> Independientemente de la claridad del término,<sup>67</sup> varias cortes federales estadounidenses han emitido decisiones inconsistentes sobre si la Sección 1782 se aplica al arbitraje internacional.

Por ejemplo, los Circuitos Segundo y Quinto han sostenido que la Sección 1782 no está disponible para el arbitraje internacional.<sup>69</sup> El Segundo

Circuito dio un paso más allá para dejar en claro que, en el ámbito del arbitraje internacional, la Sección 1782 sólo está disponible para “tribunales arbitrales gubernamentales o intergubernamentales”.<sup>70</sup> Ciertos autores consideran que esta noción no solo socava la clara intención y el propósito de la Sección 1782, sino también la política de larga data de los Estados Unidos en favor del arbitraje.<sup>71</sup>

Como se mencionó anteriormente, en el 2004, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Intel*, intentó esclarecer el tema. Luego de la decisión en *Intel*, algunas cortes estadounidenses han otorgado Aplicaciones 1782 que solicitaban pruebas para que sean utilizadas ante “tribunales extranjeros o internacionales,”<sup>72</sup> mientras que otros tribunales se han negado a colocar la Sección 1782 a disposición de partes involucradas en procedimientos de arbitraje internacional.<sup>73</sup>

Sin embargo, en noviembre de 2016, la Corte de Distrito para el Distrito Sur de Nueva York, en *In re Kleimar*, otorgó la Aplicación 1782 ex parte

64. Véase Título 28 Código de los EE. UU. § 1782(a); véase también *Heraeus Kulzer, GmbH v. Biomet, Inc.*, 633 F.3d 591, 597 (7mo Cir. 2011); *Weber v. Finker*, 554 F.3d 1379, 1384 (11vo Cir. 2009); *Medeiros v. Int'l Game Tech.*, No. 2:16-cv-00877-JAD-NJK, 2016 WL 1611591, a \*3 y nota 2 (D. Nev. Apr. 22, 2016); *Fellas*, supra nota 3, a 384.

65. Véase *In re Ishihara*, a 224; véase también *In re Order for Judicial Assistance in a Foreign Proceeding in the Labor Court of Brazil*, 466 F. Supp. 2d 1020, 1033 (N.D. Ill. 2006) (“El estatuto autoriza a la corte a ordenar a una persona ‘que brinde su testimonio o declaración o que presente un documento u otra cosa’. Esta corte interpreta este lenguaje para incluir deposiciones y producción de documentos, pero no interrogatorios”) (citas omitidas).

66. Título 28 Código de los EE. UU. § 1782(a) (cursiva añadida).

67. Véase H.R. REP. NO. 1052, supra nota 42, a 9; véase también *Boesel*, supra nota 44, a 651 (“Antes de su participación en la Comisión, el profesor Smit escribió un artículo animando al Congreso a incluir ‘tribunales internacionales’ en el lenguaje de § 1782”).

68. Véase *In re Grupo Unidos Por El Canal*, 2015 WL 1810135, a \*5 (“En los últimos años, los tribunales se han dividido sobre si los acuerdos privados, negociados contractualmente para los arbitrajes, son calificados como “tribunales extranjeros o internacionales”, lo que permite la asistencia del § 1782 en los Estados Unidos”).

69. Véase *NBC*, supra nota 3; véase también *In re Republic of Kazakhstan v. Biedermann Int'l*, 168 F.3d 880 (5to Cir. 1999).

70. Véase *NBC*, supra nota 3, a 190; véase e.g., *In re Wilander*, No. Civ. A.96 Misc 98, 1996 WL 421938, a \*2 (E.D. Pa. Jul. 24, 1996).

71. Véase *Smit*, supra nota 5, a 155 (“Discriminar a los tribunales internacionales privados no solo viola el texto claro y sencillo de la Sección 1782, sino que tampoco da ninguna consecuencia a la política pública reafirmada reiteradamente que favorece el arbitraje”); véase también *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 614 (1985).

72. Véase *In re Roz Trading Ltd.*, 469 F. Supp. 2d 1221, 1226-28 (N.D. Ga. 2006); véase también *In re Babcock Borsig AG*, 583 F. Supp. 2d 233, 239-40 (D. Mass. 2008) (Cuando el juez federal determinó que la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional era un tribunal arbitral extranjero o internacional de conformidad con la sección 1782. “No creo que el razonamiento en *National Broadcasting Co.* y la República de Kazajistán sea persuasivo, particularmente a la luz de la decisión posterior de la Corte Suprema en *Intel*. Como se describió anteriormente, la Corte en *Intel* enfatizó la intención del Congreso de ampliar el alcance aplicable de la sección 1782 (a). La Corte tomó nota del uso por parte del Congreso del amplio término “tribunal” y citó favorablemente la definición del término por el profesor Smit, que incluía expresamente “tribunales arbitrales”. No existe una base textual para establecer una distinción entre tribunales arbitrales públicos y privados ...”).

73. Véase *La Comisión Ejecutiva Hidroeléctrica Del Rio Lempa v. El Paso*, 617 F. Supp. 2d 481, 485 (S.D. Tex. 2008); véase también *In re Arbitration Between Norfolk S. Corp., Norfolk S. Ry. Co., & Gen. Sec. Ins. Co. & Ace Bermuda Ltd.*, 626 F. Supp. 2d 882, 885 (N.D. Ill. 2009); *In re Operadora DB Mexico, S.A. De C.V.*, No. 609-CV-383-ORL-22GJK, 2009 WL 2423138, at \*6-9 (M.D. Fla. Aug. 4, 2009).

74. Véase *In re Kleimar N.V.*, 220 F. Supp. 3d 521 (S.D.N.Y. 2016).

que buscaba obtener pruebas para ser utilizadas en una serie de arbitrajes ante la Asociación de Arbitraje Marítimo de Londres.<sup>74</sup> *Kleimar* creó una oportunidad para que el Segundo Circuito revisara su decisión de 1999 en *NBC*. Sin embargo, la decisión en *Kleimar* no fue apelada y, consecuentemente, no es imposible saber si el Segundo Circuito hubiese mantenido su posición de que la Sección 1782 no está a disposición de arbitrajes internacionales privados o, si por el contrario, hubiese cambiado su punto de vista al mostrar una posición más liberal en favor de colocar los mecanismos de descubrimiento contemplado en la Sección 1782 a la disposición de litigantes que se encuentren envueltos en disputas ante tribunales extranjeros o internacionales. Será interesante observar cómo se desarrollan futuras decisiones federales en base a la decisión en *Kleimar* en contraste con la de *NBC* y ambas, bajo la sombra de la opinión dada por la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en el caso *Intel*.

## CONCLUSIÓN

La Sección 1782 del Código de los Estados Unidos coloca a disposición de los litigantes en

procedimientos extranjeros ciertos mecanismos de descubrimiento propios de los Estados Unidos.

Aunque el propósito es que la Sección 1782 también esté disponible a personas interesadas que buscan obtener evidencia para ser utilizada en un arbitraje internacional, varias cortes estadounidenses rechazan este concepto. Un argumento a favor de este rechazo es la posibilidad de que, al aplicar la Sección 1782 al arbitraje internacional, haya un mayor acceso a pruebas ubicadas en los Estados Unidos,<sup>75</sup> generalmente colocando a la parte o testigo residente o que se encuentre en los Estados Unidos en desventaja con respecto del otro, ya que la mayoría de las jurisdicciones no permiten y no cuentan con leyes tan flexibles y liberales de producción de evidencia como la Sección 1782 del Código de los Estados Unidos. Cabe destacar, sin embargo, que pese a este argumento en contra, una Corte que otorgue una Aplicación 1782 para un procedimiento arbitral internacional puede usar su amplio poder discrecional para limitar el alcance de dicha solicitud.

---

75. Título 9 Código de los EE. UU. §7; véase también *Elul & Mosquera*, supra nota 1; véase generalmente *Cara Bayles*, *Arbitrators Can't Demand Third-Party Docs*, 9th Circ. Says, <https://www.law360.com/articles/997478/arbitrators-can-t-demand-third-party-docs-9th-circ-says> (21 de diciembre de 2017) (visitado 2 de enero de 2018).

# CONVENIENCIA DE INTRODUCIR EL ARBITRAJE TRIBUTARIO EN PANAMÁ

---



JOSÉ JAVIER  
RIVERA  
jj.rivera@rbc.com.pa

Sabido es que las obligaciones tributarias a saber: impuestos, tasas y contribuciones especiales, tienen como característica particular que las mismas se originan en la denominada Potestad Tributaria, la cual tiene su origen en la Constitución Nacional y tiene su manifestación práctica en impuestos nacionales o impuestos municipales.

Los tributos nacionales deben cumplir con el principio de legalidad, lo que significa que sólo pueden ser creados por medio de leyes aprobadas por la Asamblea de diputados o por el Consejo de Gabinete, en este último caso cuando se trata de obligaciones tributarias de carácter aduanero.

Cuando se trata de obligaciones tributarias de carácter municipal, la situación cambia de manera dramática ya que basta con la expedición de un Acuerdo Municipal para que se pueda modificar la carga tributaria de los contribuyentes que operan en un determinado distrito.

En los últimos años han ocurrido cambios dramáticos en la tributación, los cuales se originan, entre otras razones por la existencia de empresas multinacionales que llevan a cabo negocios y transacciones en distintos países y por la aplicación del criterio de imposición denominado Renta Mundial, en virtud del cual un contribuyente está obligado a pagar tributos por los ingresos obtenidos en cualquier parte del mundo.

Como si ello no fuera suficiente, desde hace algunos años existe una obligación de las empresas multinacionales de registrar sus transacciones de compraventa, costos y gastos dentro de un concepto de libre competencia y libre concurrencia y ello ha originado la aplicación una estructura jurídica que se denomina “Precios de Transferencia”.

Este entramado local e internacional ha generado distintas obligaciones de pagar y de informar a las administraciones tributarias muchas transac-

ciones de los contribuyentes mediante declaraciones juradas de impuestos.

También ha provocado la firma de convenios internacionales para evitar la múltiple imposición tributaria y también compartir las potestades tributarias de los países.

Una consecuencia lógica de esta realidad fiscal es que las administraciones tributarias comparan información de sus contribuyentes.

La obligación de pagar puede crear diferencias entre el contribuyente y la administración y en cada país existe una estructura legal administrativa y judicial para dividir estas diferencias.

La realidad actual y mundial es que estas controversias resultan muy complejas y demoradas.

Como una forma de dirimir estas diferencias de manera expedita, ha surgido una corriente de acudir a medios alternos para resolver los conflictos en materia tributaria.

Existe una propuesta legislativa para introducir en nuestro país el arbitraje tributario.

Dicha propuesta fue presentada por el diputado Raúl Hernández el año pasado y su texto es el siguiente:

1. Por mandato de la presente ley la Dirección General de Ingresos, queda facultada para poder iniciar el arbitraje tributario.
2. La Dirección General de Ingresos y los contribuyentes, podrán someterse a un arbitraje tributario independiente y de derecho en el cual se someterán las controversias surgidas o que puedan surgir, al juicio de uno o más árbitros, que deciden definitivamente mediante laudo con eficacia de cosa juzgada.
3. El arbitraje tributario será en derecho o en equidad cuando las partes así lo acuerden, de no aclararlo se entenderá que el arbitraje será en derecho.

Cuando se instaure el arbitraje tributario, los árbitros podrán ser abogados o no abogados, si se trata de arbitraje tributario en derecho deberán ser abogados en ejercicio. Salvo que sea otra la voluntad de las partes, podrán nombrarse árbitros extranjeros. En todo caso, para los arbitrajes de Derecho, el árbitro extranjero deberá cumplir con la condición de ser licenciado o doctor en Derecho.

Los funcionarios públicos de la Dirección General de Ingresos, podrán ser árbitros.

4. Además de lo dispuesto en el artículo anterior, el arbitraje tributario puede ser institucionalizado o ad-hoc. Es arbitraje ad-hoc el practicado según las reglas de procedimientos especialmente establecidas por las partes para el caso concreto, sin remisión a reglamento preestablecido y, en todo caso con sumisión a la presente Ley.

El arbitraje institucionalizado es el practicado por una institución de arbitraje autorizada de conformidad con las leyes panameñas en materia de arbitraje y que ha sido elegida por las partes en el convenio arbitral o con posterioridad al mismo. La institución de arbitraje designada por las partes quedará obligada a la administración del mismo, en la forma prevista en su estatuto o reglamento.

Son instituciones de arbitraje autorizadas aquellas que reúnan las siguientes cualidades:

1. Solvencia moral y técnica acreditadas.
2. Capacidad para la organización y efectiva administración de arbitrajes.
3. Atribución específica para la administración de arbitrajes en sus estatutos o reglamentos.
5. El arbitraje podrá proponerse en cualquier estado y grado del proceso en la vía gubernativa, de ser procedente deberá acordarse

una vez que haya sido solicitado conjunta o separadamente por las partes, en un lapso que no será mayor a quince días hábiles.

6. En la interpretación de la presente Ley, deberá tenerse en cuenta la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación y la buena fe. Las cuestiones relativas al arbitraje tributario que no estén expresamente resueltas en ella, se dirimirán de conformidad con los principios generales del arbitraje.

7. Toda notificación o comunicación se considerará el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregado en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección.

En el supuesto de que no se encuentre, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario.

Los plazos establecidos en esta Ley se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación.

8. El laudo será notificado a las partes en la forma que estas hayan convenido directamente o a través del reglamento aplicable.

En su defecto, el laudo se notificará por el secretario del tribunal arbitral, si los hubiere. En su defecto, por el presidente del tribunal arbitral, remitiendo copia del mismo a las partes, mediante correo certificado o cualquier otro medio tecnológico de comunicación escrita, que permita acreditar la veracidad de su contenido.

9. Dentro del plazo de cinco días a partir de la notificación del laudo, si las partes no han dispuesto otra cosa, cualquiera de ellas podrá solicitar del tribunal arbitral la corrección

de cualquier error de tipo aritmético o tipográfico, así como una aclaración o interpretación sobre aspectos del laudo. Los árbitros resolverán en el plazo improrrogable de quince días.

10. Con la notificación del laudo a las partes y su aclaración o corrección posterior, cesa la jurisdicción arbitral.

El laudo produce efecto de cosa juzgada y no cabrá contra él recurso alguno, salvo el de anulación de conformidad con el artículo siguiente.

11. Se considera renuncia al derecho a objetar cuando el arbitraje tributario continúe con el conocimiento de que no se han cumplido algunas disposiciones de la presente Ley o con algún requisito de acuerdo de arbitraje o con una disposición del reglamento arbitral aplicable, y no se haya expresado su objeción a tal incumplimiento.

### CAPÍTULO III EL CONVENIO ARBITRAL

12. El convenio arbitral, es el medio mediante el cual la Dirección General de Ingresos y el contribuyente, deciden someter al arbitraje las controversias que surjan, o que puedan surgir entre ellas de una relación jurídica tributaria.

Es válido el arbitraje tributario, respecto de los actos administrativos que en materia tributaria emita la Dirección General de Ingresos y que el contribuyente solicite por la supuesta violación de sus derechos.

Para someter un asunto tributario a arbitraje entre la Dirección General de Ingresos y los contribuyentes se requerirá únicamente la solicitud del contribuyente, en cuyo caso la Dirección General de Ingresos estará obligada a dirimir el asunto a través del arbitraje tributario.

No obstante, la Dirección General de Ingresos también puede solicitar el sometimiento de un caso en particular para que sea dirimido a través de la figura del arbitraje tributario. En dichos casos, el contribuyente tiene la prerrogativa de aceptar o no, someter el asunto en controversia al arbitraje solicitado por la Administración Tributaria.

Las partes podrán invocar el arbitraje tributario:

1. Cuando la administración expida una liquidación adicional a un contribuyente sobre cualquier tipo de impuesto.
2. En los casos que se traten de precios de transferencia y tributación internacional.

De aceptar el contribuyente la propuesta de arbitraje, las partes dispondrán de un plazo común de cinco días hábiles para designar sus árbitros. De no llegar a acuerdo, se procederá conforme al artículo 30 de la presente Ley.

13. El convenio arbitral deberá constar por escrito.
14. Los efectos de pactar un acuerdo de arbitraje son sustantivos y procesales.

El efecto sustantivo obliga a las partes a cumplir lo decidido y a formalizar la constitución del tribunal arbitral, colaborando con sus mejores esfuerzos para el desarrollo y finalización del procedimiento arbitral.

El efecto procesal consiste en la declinación de la competencia, por parte de la Dirección General de Ingresos, según fuese el caso, a favor de la jurisdicción arbitral y la inmediata remisión del expediente a un centro de arbitraje.

15. El convenio arbitral podrá consistir en una declaración unilateral de someterse a arbitraje por una de las partes, en el caso de solicitarlo el contribuyente, seguida de una

adhesión posterior de la otra u otras partes involucradas en el conflicto.

16. El convenio arbitral celebrado conforme a lo dispuesto en este capítulo será excluyente de la vía gubernativa y de la jurisdicción contenciosa tributaria, en lo que concierne a la materia o asunto sometido al arbitraje. En ningún caso por vía del arbitraje previsto en la presente Ley, podrán reabrirse los lapsos para la interposición de los recursos administrativos y judiciales que hubieren caducado por inactividad de las partes.

## CAPÍTULO IV EL TRIBUNAL ARBITRAL

17. El tribunal arbitral podrá conformarse por un solo árbitro. Sin embargo, las partes podrán determinar libremente el número de árbitros, siempre que se llegue a un acuerdo. A falta de acuerdo, será un solo árbitro experto en materia tributaria.

En los procesos cuando la cuantía del tema en cuestión sea superior a quinientos mil balboas (B/. 500,000.00), el tribunal estará compuesto de tres árbitros, salvo acuerdo en contrario de las partes.

Cuando el tribunal arbitral esté compuesto por tres árbitros, uno lo designará el contribuyente, el otro lo designará la Dirección General de Ingresos y un tercer árbitro independiente que actuará como presidente y dirimente, todos deberán ser expertos en materia tributaria.

En los arbitrajes con pluralidad de contribuyentes, estos se deben poner de acuerdo para la designación del tercer árbitro.

Cuando las partes no se pongan de acuerdo en la designación del tercer árbitro, se acogerán a lo que disponga el reglamento aplicable o la ley de arbitraje vigente.

18. No podrán ser nombrados árbitros ni proseguir con las actuaciones las siguientes personas:

1. Las que hubieren atentado gravemente contra el Código de Ética de cada institución de arbitraje autorizada.
2. Las que hubiesen sido declaradas responsables penalmente por delitos de prevaricación, falsedad o estafa.
3. Las que hayan incurrido o estén incurriendo en alguna de las causas de abstención o recusación propia de los jueces, según lo previsto en el Código Judicial.
4. Las que se encuentren morosas con el fisco en cualquier impuesto, tasa o contribución, o que se encuentren omisos con la administración tributaria.

19. Las partes eligen los árbitros, por sí o a través del reglamento aplicable conforme a su voluntad o de acuerdo al procedimiento establecido por el tribunal arbitral, en los casos que así procedan de conformidad al artículo siguiente.

20. A falta de acuerdo sobre el nombramiento de los árbitros en la forma que ha quedado expuesta en el artículo 30 y si no existe regla precisa a este respecto en el reglamento, se procederá de la siguiente manera:

1. En caso de pluralidad de contribuyentes y cuando la controversia debe ser sometida a la decisión de tres árbitros, si las partes no logran designar en conjuntamente un árbitro de acuerdo con lo dispuesto en este artículo, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro o bien, si las partes no hubiesen podido ponerse de acuerdo sobre el método para constituir el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, una institución de arbitraje podrá nombrar a cada miembro del tribunal arbitral y desig-

nar a uno de ellos para que actúe como presidente.

2. Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o las partes o dos árbitros no puedan llegar a un acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o un tercero, incluida una institución, no cumpla con la función que se le confiera. Cualquiera de las partes podrá solicitar a una institución de arbitraje, nacional o internacional, de acuerdo con su propio reglamento que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramientos se prevean otros medios para conseguirlo.

Si alguna de las partes no nombrara árbitro dentro del plazo de quince días a partir de su requerimiento por la otra parte, o si los árbitros designados no se pusieran de acuerdo sobre el tercer árbitro, dentro del plazo de quince días a partir de su aceptación, la autoridad de designación hará el nombramiento directamente a petición de una de las partes, en el término de otros quince días, a partir de esa petición.

3. El tribunal arbitral tendrá en cuenta, en el nombramiento de los árbitros, los criterios de especialización en materia tributaria, objeto del arbitraje y de imparcialidad e independencia.
4. Tratándose de arbitraje ad-hoc, si una de las partes incumple la designación en el plazo establecido, el arbitraje se desarrollará con el árbitro que haya sido designado por una de las partes.
5. Cuando el árbitro, por cualquier causa cesare en el ejercicio de sus funciones, se nombrará un sustituto en la forma prevista por las partes o por el reglamento aplica-

ble para el nombramiento de los árbitros y, en su defecto, mediante la intervención de la autoridad de designación conforme a la presente Ley.

6. La sustitución de los árbitros no dará lugar a una retroacción de actuaciones practicadas, salvo en lo que concierne a las pruebas, a no ser que el árbitro sustituto se dé por instruido, a la vista de las actuaciones documentadas.

21. Toda persona propuesta como árbitro deberá comunicar a las partes las causas de recusación.

Todo árbitro propuesto, deberá rechazar el nombramiento o abstenerse, tras haber aceptado el mismo, cuando reconozca que existen causas de recusación o que pueda haber dudas acerca de su imparcialidad o independencia.

Los árbitros serán recusados por las mismas causas que los jueces. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por cualquier causa de la que haya tenido conocimiento después de efectuado el nombramiento.

Los árbitros sólo serán recusables, por causas sobrevenidas con posterioridad a su nombramiento, salvo cuando no hubieren sido nombrados por las partes, en cuyo caso también podrán ser recusados por causas anteriores o que se hayan conocido con posterioridad.

Los árbitros recusados podrán aceptar la recusación, en cuyo caso deberán comunicarlo a las partes y separarse inmediatamente, o por el contrario declarar su decisión de no aceptar la recusación y proseguir con el desarrollo del proceso arbitral. En tal supuesto, la parte que haya alegado la causal de

recusación podrá, dentro del plazo de tres días, promover incidente de recusación ante el propio tribunal, el cual establecerá plazos perentorios para la exposición de las razones de cada una de las partes en el incidente, y decidirá de forma inapelable sobre la misma. No obstante, podrán ser reproducidas y alegadas las razones de recusación en el trámite correspondiente a la anulación del laudo o en el trámite de reconocimiento y ejecución de sentencia, en su caso.

El proceso de arbitraje tributario quedará suspendido mientras se resuelve la recusación del árbitro por el término de un mes.

23. El procedimiento se ajustará a lo determinado por las partes o de conformidad al reglamento aplicable. En su defecto, el procedimiento será establecido y desarrollado según lo determine el tribunal arbitral.

El tribunal arbitral tendrá facultades para interpretar, aplicar o suplir las reglas de procedimiento aplicable o establecido según la voluntad de las partes de forma expresa. En caso de discordia, se acatará lo que determine el presidente del tribunal arbitral.

24. El procedimiento arbitral atenderá a la igualdad de las partes, dando a cada una la oportunidad de hacer valer sus derechos.

Las actuaciones arbitrales estarán presididas por los principios de contradicción, impulso de oficio y leal colaboración de las partes en el desarrollo del proceso.

La mera inactividad o rebeldía de alguna de ellas, o las actuaciones judiciales, en su caso, acerca de la validez del convenio o de la incompetencia del tribunal arbitral o cualquier otra actuación relacionada con la controversia objeto de arbitraje, no impedirá el seguimiento de las actuaciones arbitrales hasta dictar el laudo.



En ningún caso podrán las partes podrán interponer incidentes ante los tribunales ordinarios durante el curso del proceso arbitral.

25. Las partes podrán designar en el convenio arbitral el lugar del arbitraje. En caso de que no lo hicieran, éste será designado de conformidad al reglamento de la institución administradora, si el arbitraje es institucionalizado o por decisión del tribunal arbitral, si es ad hoc.

Igualmente, el tribunal arbitral decidirá el lugar donde se practiquen algunas actuaciones concretas, notificándolo en forma debida a las partes con suficiente antelación. El idioma será siempre el español. Los documentos originales que se encuentren en el idioma inglés deberán traducirse al idioma español. Las partes designarán un domicilio para notificaciones.

En su defecto, serán válidas las que se hagan en el domicilio de las partes o en el de su representante.

26. El procedimiento se iniciará en la fecha en que cualquiera de las partes haga el requerimiento para someter una determinada controversia entre ellas al arbitraje o según lo establezca el reglamento aplicable.

En el proceso arbitral no podrá aducirse ninguna excepción en forma de incidente de previo y especial pronunciamiento.

27. Dentro del plazo convenido por las partes, o determinado por el reglamento aplicable, y en su defecto, por disposición del tribunal arbitral, el contribuyente deberá formular el escrito de alegaciones con exposición de los hechos en que funde su demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda. Efectuado el traslado al demandado éste contestará sobre los mismos puntos.

Las partes podrán acompañar a sus respectivos escritos los documentos que consideren

pertinentes para el éxito de su pretensión, o hacer las indicaciones precisas de archivos o de otras pruebas que vayan a presentar.

Salvo acuerdo en contrario, en el curso del procedimiento arbitral, las partes, a solicitud de una de ellas, o por disposición del tribunal arbitral, podrán ampliar o modificar sus respectivos escritos de alegaciones, a menos que el tribunal arbitral lo considere improcedente.

28. El tribunal arbitral practicará las pruebas propuestas por las partes que sean admisibles, o de oficio, con sujeción al principio de contradicción y audiencia.

A tal efecto, el tribunal citará a las partes o a sus representantes con una antelación mínima de cinco días hábiles.

El tribunal arbitral, con anuencia de las partes, podrá igualmente determinar que las pruebas se basen únicamente en documentos.

El tribunal arbitral también determinará el número de peritos o testigos u otras pruebas a manera de evitar dilaciones injustificadas en el desarrollo del proceso.

En lo relativo a la administración de las pruebas regirá supletoriamente lo determinado por las partes o el reglamento aplicable o lo que determine el tribunal arbitral, o bien tratándose de pruebas extranjeras, a la ley de su creación.

29. El tribunal arbitral practicará todas las pruebas que hayan sido admitidas, dejando constancia de las actuaciones practicadas.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, adoptar las medidas provisionales o cautelares que considere oportunas en orden al aseguramiento del objeto del proceso. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que otorgue garantías apropiadas. Para la ejecución de las medidas, el tribunal arbitral puede auxiliarse con la Sala



Cuarta de los Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, sin necesidad de reparto, el cual deberá practicar estas medidas en un término de diez días hábiles.

## **CAPÍTULO V DEL LAUDO ARBITRAL TRIBUTARIO**

30. El Tribunal Arbitral dictará el laudo en el plazo máximo de dos meses, contados a partir de los alegatos de conclusión, salvo que las partes o el reglamento aplicable establecieron un plazo distinto.

El plazo podrá ser prorrogado en la forma que convengan las partes o determine el reglamento aplicable.

31. Los laudos constarán por escrito y firmados por todos los componentes del tribunal arbitral. Cuando exista más de un árbitro, se estará al pronunciamiento de la mayoría. Si no hubiera acuerdo mayoritario el laudo será dictado por el árbitro presidente.

El árbitro que no esté conforme con el voto de la mayoría expresará en el laudo su voluntad discrepante.

32. Todos los laudos deberán ser motivados. El laudo contendrá como mínimo, la identificación de las partes y de los árbitros y de la controversia; el reconocimiento y alcance de la competencia del tribunal arbitral; el lugar y demás circunstancias del arbitraje y una relación sistematizada de las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes, su fundamento legal si se trata de un arbitraje tributario en Derecho, y la decisión o fallo adoptada por el tribunal.

Los árbitros decidirán en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán todos los gastos en que se ha incurrido y su imputación a las partes en la forma que consideren conveniente, si el acuerdo de las partes o el reglamento aplicable no lo previenen de forma diferente.

33. En cualquier momento del procedimiento arbitral, las partes podrán llegar a una transacción sobre la controversia, con lo cual pondrán fin al litigio. La transacción podrá adoptar la forma y tener la eficacia del laudo, si las partes lo solicitan.

El tribunal arbitral podrá incorporar en el laudo los acuerdos transaccionales parciales adoptados por las partes y referidos a puntos concretos de la controversia.

## **CAPÍTULO VI IMPUGNACIÓN, RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DEL LAUDO ARBITRAL**

34. Contra el laudo arbitral sólo podrá interponerse el recurso de anulación, por los siguientes motivos:

1. Cuando la parte que interpone el recurso pruebe:

a. Que el convenio arbitral estaba viciado por alguna de las causas de nulidad consagradas en el Código Fiscal.

b. Que la constitución del tribunal arbitral, el desarrollo del procedimiento arbitral o la emisión del laudo, no se ha ajustado al acuerdo procedimental celebrado entre las partes o de conformidad a lo establecido en la presente Ley, o no haya sido una de las partes notificada en debida forma de la iniciación del arbitraje o de cualquier trámite del procedimiento.

c. Que el laudo se refiere a una controversia no contenida en el proceso arbitral, o que contiene decisiones que exceden de su ámbito o alcance.

d. La anulación afectará únicamente a las cuestiones a que se refieren los párrafos anteriores que se puedan separar de las demás contenidas en el laudo.

2. Que el tribunal compruebe que el objeto de la controversia no es arbitrable conforme a

la ley fiscal panameña, o que el laudo es contrario al orden público panameño.

35. El recurso de anulación se sustanciará ante la Sala Cuarta de los Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

El recurso se interpondrá mediante escrito dentro del plazo de quince 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 recurso y su impugnación, en todo caso, serán presentados al tribunal arbitral por abogados en ejercicio. En el escrito de interposición del recurso se razonará sobre los motivos de la impugnación, proponiendo la prueba pertinente y acompañando documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo dictado debidamente notificado, conforme a la presente Ley.

Del escrito del recurso el tribunal arbitral competente dará traslado del escrito a las demás partes en el proceso, las cuales podrán impugnarlo, dentro de un plazo de quince días. Las pruebas se practicarán, si a ello hubiere lugar, en el plazo de quince días.

El tribunal arbitral enviará el escrito y copia autenticada del expediente a la Sala Cuarta de los Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, quien dictará sentencia en el plazo de quince días a partir del último trámite señalado, la cual no es susceptible de recurso alguno.

36. Simultáneamente a la interposición y sustanciación del recurso de anulación las partes podrán dirigirse a la Sala Cuarta de los Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, que entiende de dicha causa en solicitud de medidas cautelares para el aseguramiento del objeto del procedimiento, las cuales se concederán por la Sala Cuarta de los Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, con arreglo en lo dispuesto a este respecto, en el Código Judicial.

37. El laudo arbitral firme será objeto de ejecución por el magistrado sustanciador de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, correspondiente al lugar donde ha sido dictado, por el procedimiento establecido para sentencias judiciales firmes.

Al escrito solicitando la ejecución se adjuntará copia auténtica del convenio, y del laudo.

El magistrado sustanciador de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, dará traslado a la otra parte de este escrito con sus copias, en el plazo de quince días, quien podrá oponerse a la ejecución solicitada, alegando únicamente la pendencia del recurso de anulación. En su caso, aportando el escrito de interposición o la existencia de una sentencia de anulación, con copia auténtica de dicha sentencia.

Fuera de esos supuestos el magistrado sustanciador de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, decretará la ejecución. Ningún laudo del magistrado sustanciador de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en esta fase será objeto de recurso.

Si el laudo dictado en territorio panameño tuviese la consideración de internacional, de conformidad con la presente Ley, y las partes hubiesen renunciado, por sí o a través del reglamento aplicable, a la interposición del recurso de anulación, será trámite necesario para su ejecución la obtención de exequátur, por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en la forma prevista para los laudos extranjeros.

Consideramos importante que los centros de arbitraje en nuestro país se involucren en las gestiones para la aprobación de esta novedosa legislación de arbitraje tributario.

# BREVES COMENTARIOS SOBRE LA CLÁUSULA PENAL DE LOS CONTRATOS

---



EDUARDO  
RODRÍGUEZ JR.  
direccion@capac.org

## INTRODUCCIÓN

La complejidad de las operaciones comerciales y las grandes modificaciones que se producen en virtud de los cambios económicos de nuestros tiempos, hacen cada vez más especializadas las relaciones contractuales y la inclusión en las mismas de figuras que garanticen el cumplimiento de las obligaciones que entraña cada convenio celebrado entre partes.

Uno de los aspectos que reclama esta nueva realidad contractual, es la inclusión en los contratos de cualquier tipo o modalidad de cláusulas que aseguren que cada una de las partes cumpla con la prestación que le corresponde, entre otras las exigencias de garantías de cumplimiento mediante la modalidad de fianzas de seguros, garantías bancarias y otras formas de aseguración.

A esta modalidad se suman las cláusulas penales de los contratos, lo cual ha reclamado nuevos esfuerzos intelectuales para regular y entender un tema complejo pero de normal actualidad.

Desafortunadamente, el hombre en su quehacer comercial ha suplantado el valor de la palabra empeñada por distintos modos de garantías, los cuales se han multiplicado geométricamente. Esta realidad es demostrativa de la creciente desconfianza entre los contratantes, lo que ha motivado la inclusión de cláusulas asegurarias en las estipulaciones convencionales, una de ellas la cláusula penal.

Por considerarlo de interés y actualidad, hemos adelantado esfuerzos investigativos para tratar y compartir con otros preocupados de la materia, algunas consideraciones sobre la cláusula penal en los contratos.

Esperamos que esta monografía sirva apenas de referencia a los interesados y de estímulo para profundizar en el estudio y tratamiento del tema.

## A. Definición.

Una de las figuras más reconocidas en materia contractual, es la cláusula penal. Además de reconocida, muchos la califican de controversial y polémica.

Por su definición, se entiende por cláusula penal, aquella en la que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o no ejecutar la obligación. Esta definición, que tiene su origen con leves variantes en el Código Napoleónico de 1226, es recogida con algunas variantes por los Códigos Civiles de Chile, Uruguay, Colombia y otros países latinoamericanos.

No han faltado quienes cuestionan la denominación de la palabra “cláusula” calificándola como impropia y sugiriendo en su reemplazo la palabra “estipulación”, ya que la primera presume ser parte o estar inserta en el negocio principal, mientras que la otra responde al momento en que puede ser pactada, es decir con anterioridad o posterioridad al negocio principal.

De igual manera se cuestiona el uso de la palabra penal, porque distancia su objetivo a los principios de derecho civil que se aplica, por lo que se propone el uso del vocablo pacto sancionador.

En el Derecho argentino, para citar una legislación que consagra y regula ampliamente esta figura, la cláusula penal es definida como negocio jurídico o convención accesorio por la cual una persona, a fin de reforzar el cumplimiento de la obligación, se compromete a satisfacer cierta prestación indemnizatoria si no se cumple lo debido o se hace tardía o irregularmente.

## B. Su función.

Importantes autores se han planteado qué función cumple la cláusula penal de los contratos; para unos cumple una función compulsiva o aflictiva y para otros su función es indemnizatoria. Como resulta usual existe una tercera corriente que califica su función como ambivalente.

Para determinar la función que cumple la cláusula penal inserta en los contratos, los estudiosos de la materia consideran que es imperioso resolver lo ateniéndose a las funciones que cumple, por considerar que ambas nociones de concepto y funciones se encuentran estrechamente vinculadas.

Atendiendo a esta visión revisaremos las principales funciones que cumple la cláusula penal en los contratos, entre las cuales se destacan las siguientes:

### » Funciones de la Cláusula Penal.

#### 1. Función Compulsiva o Aflictiva:

Quienes consideran que la cláusula penal cumple una función compulsiva o aflictiva, consienten que como pena está dirigida a castigar una conducta antijurídica, asegurando de esta manera el cumplimiento de obligaciones pactadas en un contrato.

Se agrega a esta consideración la función aflictiva de la cláusula, al considerar que el obligado se encuentra psicológicamente predispuesto ante la posibilidad de ver mermado su patrimonio en caso de faltar a sus obligaciones contractuales.

Históricamente, encontramos los orígenes de la cláusula penal en Roma, bajo el nombre de “Estipulatio Poenae”, que concedía acción de reclamo, solo en el caso de algunas relaciones.

Esta figura surge debido a la ausencia en el antiguo Derecho Romano de potestades o instrumentos para obligar a los ciudadanos en contra de su voluntad a cumplir con un hecho o abstenerse de hacer.

La cláusula penal, como fuente de obligación incorporada en los contratos, se traslada del Derecho Romano, al antiguo Derecho Germánico y más tarde al Derecho Español, donde a diferencia del primero tenía fuerza obligatoria por sí misma.

Esta concepción recogida por la doctrina hispana, trae a nuestros días las definiciones modernas de cláusula penal, que en su acepción clásica la define como: *“Pena de origen convencional por la cual se somete a un sujeto pasivo a un deber jurídico, con la finalidad de forzar el cumplimiento de ese deber”*.

A juzgar por esta definición la doctrina hispana fue acogida en nuestra legislación civil, corriente que se adhiere a la gran familia que considera, que la función de la cláusula penal es compulsiva, misma que también es acogida y toma fuerza en la doctrina italiana.

## **2. Función Indemnizatoria de la Cláusula Penal:**

Toca a la Doctrina Francesa y su influencia en el Derecho Moderno, acentuar la posición que considera que la cláusula penal cumple una función indemnizatoria, facilitando la prefijación o liquidación de daños. Morcadé y Lauren son autores de gran reconocimiento que han liderizado esta corriente.

Bajo la notable influencia de esta doctrina se ha definido la cláusula penal como *“La convención accesoria que determina de antemano los daños e intereses que el deudor*

*deberá pagar, sea por falta de ejecución de la obligación principal o su retardo”*.

Es decir en este caso la cláusula está destinada a determinar los daños causados por el incumplimiento de una obligación, operando como determinante del tope o monto del daño causado y la obligación de repararlo.

Frente a estas consideraciones doctrinales la cláusula penal produce los siguientes efectos:

- a. **En el tiempo.** Por el momento en que se pacta, la cláusula penal es preventiva y de efectos anteriormente conocidos al momento en que se produce el incumplimiento.
- b. **Por el medio.** Siempre es arbitraria, es decir, no necesita ser equivalente con el monto de los daños causados o los perjuicios ocasionados, ya que solo basta el incumplimiento de la obligación para que se aplique en todo su alcance y contenido.
- c. **Por su resultado.** No importa si el daño es mayor o menor a lo previsto o si el mismo es permisible o resarcible. En todo caso debe cumplirse con lo pactado.

## **3. Función Ambivalente**

En nuestros días, destacados autores recogen el pensamiento de tratadistas tradicionales para inferir que la cláusula penal tiene funciones ambivalentes, es decir, compulsivas o afectivas e indemnizatorias.

Autores como Cozak y Crome, se acogen a esta tesis, pero advierten que la función ambivalente también tiene varias tendencias. Para unas, ambas funciones son igualmente importantes, en tanto que otros hacen prevalecer una sobre la otra y no falta quienes ad-

vierten que las diversas funciones aparecen en distintos momentos.

Por ejemplo, hay quienes opinan que el carácter resarcitorio no se manifiesta en la convención, sino solo cuando la obligación principal se cumple o se cumple tardíamente. Agregan que en cambio, la función compulsiva por ser preventiva del incumplimiento, se muestra ab initio.

### **C. Pautas de las que surge la función compulsoria:**

Autores españoles, italianos y argentinos, entre ellos Puig Peña, Ruiz Padillo, De Cupis y Cáceres, reconocen que la cláusula penal es fundamentalmente indemnizatoria, en consideración a las siguientes características:

1. Puede pactarse la acumulación de la cláusula penal compensatoria y el cumplimiento principal.

En este caso, es evidente que se paga aunque no se haya demostrado el perjuicio.

2. La obligación de pagar la penalidad convenida nace aunque el acreedor no haya sufrido perjuicios.
3. Puede acceder a la obligación principal, aunque no haya opción para exigir la obligación primaria, por cuanto se compele al autor a su realización.
4. Aun cuando desdibujado, el carácter compulsivo puede establecerse a favor de terceros.
5. Cuando la cláusula penal accede a los compromisos arbitrales o a las transac-

ciones, su función es estrictamente compulsoria.

### **D. Pautas de las cuales surge la función indemnizatoria**

Como es tradicional, el estudio de las figuras jurídicas separa la posición de la doctrina. En este sentido, algunos autores identifican la función indemnizatoria de la cláusula penal en las siguientes razones:

1. La mayoría de los Códigos del continente establecen que la penalidad pactada corresponde a la indemnización de los daños y perjuicios.
2. Para otros, la posibilidad de reducir la pena cuando haya operado el incumplimiento parcial, es también un efecto de su carácter indemnizatorio.
3. Cuando la cláusula se torna insuficiente, no produce ningún efecto o presión psicológica sobre el deudor, razón por la cual su función es indemnizatoria y no compulsiva o afectiva.

### **E. Cumple la cláusula penal una función satisfactiva.**

Para quienes ven en la cláusula penal, una función autónoma con la finalidad de satisfacer, en los casos que pudiendo acceder a relaciones no patrimoniales produce la conversión de simple deber moral a una obligación civil, la cláusula penal cumple una obligación satisfactiva.

No obstante, en la realidad, la función satisfactiva se asemeja y adhiere a la función compulsoria.

### **F. Función de simplificación probatoria:**

Para muchos autores, la función preeminente de la cláusula penal reside en la simplificación probatoria. Es el hecho, que el acreedor puede exigir el cumplimiento de la cláusula penal sin probar el daño y no se debe, si el deudor prueba que no ha producido daño alguno.

En este caso, la cláusula penal presume el elemento daño, sin admitir reservar ni exigir elementos probatorios, ya que el acreedor no puede liberarse pretendiendo acreditar y aun cuando lo haga la inexistencia de daño.

### **G. ¿Tiene la cláusula penal función resolutive?**

Entendiéndose la cláusula penal como “Aquella en la que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de no ejecutar o retardar una obligación”, la misma nos orienta a la conclusión, que la misma no tiene por naturaleza una función resolutive.

Aporta a esta conclusión el hecho que, la definición transcrita obliga al cumplimiento de la pena, aun en el caso de obligaciones de cumplimiento retardado. Es decir, se presume no resuelto el contrato a pesar de haberse incumplido el término o plazo pactado.

Por lo tanto se presume en este caso, que la aplicación de la cláusula penal no produce como resultado de su función la resolución del contrato.

Para ampliar este tema, acudimos a la tesis de Llambias, quién afirma que si bien es cierto la cláusula penal compensatoria funciona en conexión con la resolución del contrato, no es ella la que produce la resolución del contrato sino su incumplimiento.

### **H. Fundamento legal de la cláusula penal:**

Si damos por sabido que los contratos son fuente de obligación entre las partes y que en los mismos puede pactarse todo aquello que no sea contrario a la ley, la moral y el orden público, propio es reconocer que la cláusula penal inserta en los contratos tiene plena validez jurídica en cuanto no afecte los presupuestos antes señalados.

En el Derecho panameño, el Código Civil en su Capítulo Tercero, Sección Sexta de su Título Primero, en sus Artículos 1039 a 1042, regula las obligaciones que nacen de las cláusulas penales de los contratos.

La jurisprudencia patria, al referirse a la cláusula penal ha dicho, que la misma tiene una función indemnizatoria y que para que esta dé lugar al reclamo de daños y perjuicios, ha de haberse pactado así entre las partes.

#### **1. Fundamentos para su aceptación**

Los autores coinciden sobre la viabilidad de pactar la cláusula penal sin más fronteras que las que impone la legislación civil a la autonomía de la voluntad.

En consecuencia, siempre que su objeto sea lícito deberá acatarse la voluntad expresada de las partes en el pacto. Por ello nadie se atreve a cuestionar la validez de la cláusula penal, alegando razones de ilegalidad u otras ajenas a vicios de la voluntad.

#### **2. Oportunidad para pactarla**

Si tomamos en consideración el carácter accesorio de esta cláusula, lo propio es que la misma se pacte de manera concomitante a la convención principal que accede. Sin embargo, nada impide que esta se pacte con pos-



terioridad a la convención principal, siempre para garantizar una obligación futura.

Sin embargo, existen algunos condicionamientos objetivos en este sentido:

- a. La estipulación posterior de la cláusula penal a la convención principal a la que accede, solo es posible pactarla antes de que se produzca el incumplimiento. Cualquier forma de compensación una vez se haya dado el incumplimiento, se asocia más con un arreglo o transacción.
- b. Es importante atender la voluntad de las partes, respecto a un pacto final posterior al convenio principal, pero precisar si mediante de esta cláusula pactada con posterioridad no se produce una novación de lo principal y sus efectos, principalmente con relación a garantías, fianzas, hipotecas y otros privilegios.

#### I. Normas generales de interpretación:

La cláusula penal, como toda convención, debe ser interpretada conforme a los principios de la buena fe, atendiendo a lo que las partes consideraron al momento de pactarla, por lo cual su interpretación obliga a obrar con sumo cuidado y previsión. Pero en todo caso, la cláusula penal debe interpretarse con arreglo a las modalidades de cada caso y la clara voluntad de las partes.

Frente a corrientes más liberales, en materia de interpretación de la cláusula penal, existen en la doctrina opiniones que sostienen que la cláusula penal debe interpretarse con criterio restrictivo, por considerarla una modificación del derecho común.

Las consecuencias del principio de interpretación restrictiva, según criterio mayormente aceptado señalan lo siguiente:

- a. Quienes alegan que la cláusula penal debe probarse, por su carácter restrictivo debe ser inequívoca y cualquier duda se resuelve en contra de su existencia.
- b. Si fue pactada para un fin, no puede ser aplicada a otro distinto. Por ejemplo, quienes sostienen esta posición consideran, que si la cláusula penal se pactó para el caso de incumplimiento total, no puede pretenderse su aplicación al cumplimiento tardío.
- c. Aunque los mismos contratantes, con idéntica finalidad, hayan celebrado dos contratos similares, uno con cláusula penal y otro sin ella, no puede presumirse la intención de pactar dos convenios aunque sean absolutamente iguales.
- d. En caso de redacción dudosa, se aplicarán las reglas generales de interpretación de los contratos que llevan a pronunciarse a la solución más favorable al deudor.

#### J. Requisitos de exigibilidad de la cláusula penal

Importante saber, si la cláusula penal con independencia de considerarla compulsiva o indemnizatoria, tiene requisitos de exigibilidad. Sin lugar a dudas, la respuesta es positiva por lo cual nos adelantamos a señalar algunos de estos requisitos.

##### 1. El incumplimiento total, o cumplimiento parcial, defectuoso o fuera de tiempo o lugar.

En este caso, la cláusula penal es exigible cuando surja la obligación del acreedor producto del incumplimiento o cumplimiento parcial o defectuoso de una obligación. También cuando aunque se cumpla se hace fuera de tiempo, lugar o el modo convenido.

## **2. La imputabilidad.**

Notoriamente influidos por la doctrina francesa, importantes autores sostienen que siendo la imputabilidad a título de culpa o dolo, uno de los requisitos para la procedencia de la acción de daños y perjuicios en el derecho común, lo es también para la aplicación de la cláusula penal.

## **3. El incumplimiento debido a caso fortuito**

En algunas legislaciones como la Argentina, incurre en la pena estipulada el deudor que no cumple la obligación en tiempo convenido, aunque por justa causa no hubiere podido verificarlo.

En nuestro Derecho, definido el caso fortuito, como aquel que proviene de acontecimientos de la naturaleza que no hayan podido ser previstos, como un naufragio, un terremoto, una conflagración y otros de índole parecida, el mismo se constituye en un eximente de responsabilidad.

La jurisprudencia panameña ha señalado, que si las circunstancias cambian con posterioridad al contrato, si es ajeno a la actividad del deudor y además irresistible, estos es, insuperable, nos encontramos frente a un caso de fuerza mayor que libera al deudor, ya que nadie está obligado a lo imposible.

Sin embargo, también han dicho nuestros tribunales que si el impedimento constitutivo es transitorio, una vez superado el obstáculo excusable, revive la exigibilidad de la obligación.

## **K. Diferencia entre la cláusula penal y otras figuras semejantes:**

### **1. Diferencia con las obligaciones alternativas.**

En las obligaciones alternativas hay un solo vínculo jurídico con el objeto único indeterminado, con la particularidad que la obligación puede extinguirse con el pago de cualquiera de los objetos previamente previstos, porque todos ellos son equivalentes para los efectos del cumplimiento.

En las obligaciones con cláusula penal compensatoria, producido en incumplimiento imputable, nace para el acreedor el derecho de opción entre requerir el cumplimiento de lo principal como de la pena.

### **2. Diferencia con las obligaciones facultativas.**

La obligación facultativa es la que no teniendo por objeto sino una prestación, da al deudor la facultad de sustituir esa prestación por otra.

La cláusula penal compensatoria tiene grandes similitudes con las facultativas, ya que en efecto, en ambas existe una sola obligación, la principal.

### **3. Diferencia con las obligaciones condicionales.**

Como bien se ha señalado, entre las características de la cláusula penal destaca la de ser condicional, es decir, está sometida al acontecimiento futuro e incierto que se produzca el incumplimiento, o el incumplimiento defectuoso o tardío.

Es por ello, que autores como Sabigni, definieron la cláusula penal confundiéndola con la condicional.

Al respecto, otros autores señalan que no deben asimilarse ambos tipos de obligaciones, marcando entre las mismas diferencias palmarias.

En el caso de la obligación con cláusula penal, el vínculo es firme y seguro y el derecho del acreedor cierto y actual. En cambio, la obligación condicional es propia de una relación jurídica incierta.

Por otra parte, en las obligaciones con cláusula penal existe una obligación principal y otra accesoria, mientras que en la condicional existe una sola obligación, semejantes a lo que el Derecho romano calificó como cláusulas penales impropias.

Finalmente, en las obligaciones condicionales el acreedor no tiene derecho a exigir el cumplimiento de derecho condicionante. En cambio, en la obligación con cláusula penal, producido el incumplimiento, el acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento del accesorio.

#### 4. Diferencia con la fianza.

En este caso, las semejanzas aparecen cuando la cláusula penal ha sido estipulada por un tercero que se obliga a una prestación para el caso que el deudor no cumpla o retarde la ejecución de la principal.

Sin embargo, existen situaciones que fijan claras diferencias entre una y otra, entre las cuales pasamos a mencionar las siguientes:

- a. Cuando se estipula la fianza, el tercero se obliga a la misma prestación que el deudor principal es decir, a realizar lo que éste omitió.
- b. En el caso de la fianza, el tercero se obliga a una prestación distinta a la prometida ya se trate en términos cuantitativos o cualitativos.

c. La cláusula penal puede consistir en la obligación de dar, hacer o no hacer, siendo esta obligación igual o distinta a la principal, mientras que la fianza no puede tener una prestación distinta a la que se refiere la obligación principal.

d. En el caso de la cláusula penal compensatoria, la obligación tiene un monto variable, mientras que la fianza no puede comprometerse en términos más gravosos que el obligado principal.

#### 5. Diferencia con el seguro.

Para algunos autores como Mauller, la cláusula penal guarda cierta similitud con el seguro porque en ambos títulos en acreedor se protege logrando recibir determinada suma en caso de inexecución.

Sin embargo, las diferencias entre ambas es notable, marcándose como las principales la siguiente:

- a. En el seguro, el monto asegurado representa el límite máximo sobre los cuales responde el asegurador, mientras que en la cláusula penal la obligación debe cumplirse en los términos pactados, aunque el acreedor no sustente los daños sufridos, aunque los mismos son inferiores a lo pactado.
- b. El seguro absorbe el caso fortuito, es decir la Aseguradora debe indemnizar los daños cuando los mismos sean producidos por este fenómeno.
- c. En cuanto a la cláusula penal los autores coinciden en sostener, que en caso de daños ocasionados por caso fortuito, la cláusula penal no es reclamable.

## 6. Diferencia con las prendas.





En términos generales, todas las cosas, muebles y deudas activas pueden ser dadas en prendas, salvo los casos que la Ley lo prohíba por razones de derechos tutelados o algunas provisiones establecidas por leyes especiales.

Para algunos, en materia de garantía de una acreencia pueden presentarse similitudes entre ambas figuras, pero reconocen notables diferencias:

- a. El derecho otorgado es de naturaleza diferente, en un caso se trata de un derecho personal o crediticio y en el caso de la prenda se trata de un derecho real de garantía.
- b. En la cláusula penal, existe la promesa de entregar un dinero frente a determinados incumplimientos, mientras que en la prenda irregular se exige la entrega efectiva.
- c. La cláusula penal, que cumple una función de liquidación anticipada del daño presume el perjuicio. En cambio, el acreedor prendario siempre estará obligado a probar los perjuicios sufridos.
- d. Tratándose de un derecho real la prenda otorga derecho preferencial al acreedor, mientras que la cláusula penal no produce a favor del acreedor ninguna prelación de cobro.
- e. Finalmente, la prenda es siempre indivisible mientras que la cláusula penal puede ser divisible o indivisible.



## NUESTROS SERVICIOS

-  **ARBITRAJE:** Medio alternativo de solución de conflictos, ya sea en derecho o en equidad, mediante el cual las partes someten sus controversias a la decisión de un tribunal arbitral mediante un Laudo con eficacia de cosa juzgada.
-  **MEDIACIÓN:** Método alternativo de solución pacífica de discrepancias, a través del cual las partes exploran diversas opciones de solución a sus problemas con la guía cualificada de un (os) facilitador (es) llamado mediador (es).
-  **CONCILIACIÓN:** Método alternativo de solución de conflictos, a través del cual se procura la solución pacífica de discrepancias con la gestión directa de las partes y la intervención de un facilitador imparcial denominado conciliador.
-  **ASESORÍA EN ARBITRAJES AD-HOC:** Medio alternativo de solución de conflictos, en el que las partes no han acordado reglamento, organización o administración de alguna institución arbitral. Son las propias partes quienes deciden todos los aspectos y etapas del proceso arbitral.



MORGAN & MORGAN  
ABOGADOS - ATTORNEYS AT LAW



Nuestra práctica es bien reconocida por el manejo de complejas disputas en materia civil, administrativa, bancaria, seguros, corporativo, comercial, entre otros. Atendemos negocios de trascendencia judicial con conectividad de litigios que superan los miles de procesos. Además, nuestro equipo tiene vasta experiencia en procesos de arbitraje tanto locales como internacionales. Contamos con abogados debidamente certificados para fungir como árbitros, mediadores y conciliadores en procesos de arbitraje tanto a nivel local como internacional.

# LEY 131 DE 2013: ALGUNOS ASPECTOS PROCESALES SOBRE EL CÓMPUTO DE PLAZOS

---



MAYTE  
SÁNCHEZ GONZÁLEZ  
[mayte.sanchez@morimor.com](mailto:mayte.sanchez@morimor.com)

A cuatro (4) años de la entrada en vigencia de la Ley 131 de 2013 (en adelante la Ley), a través de la cual se introducen importantes reformas al Arbitraje Comercial, tanto doméstico como internacional, reflexionamos sobre algunos aspectos procesales, específicamente sobre el cómputo de plazos, que consideramos de relevancia toda vez que a partir de su entrada en vigencia –9 de enero de 2014– se ha generado cierta discusión en la plaza, en cuanto a si se debe computar o no los denominados días inhábiles, al momento de accionar acorde con algunas de las figuras jurídicas que se encuentran desarrolladas en la presente Ley.

Y decimos que el tema es de relevancia, pues dentro del ejercicio de la profesión de la abogacía, especialmente cuando dicha profesión se desarrolla dentro de un proceso sea judicial o arbitral, resulta de primerísima importancia tener claro los plazos legales establecidos para la ejecución de las acciones que la Ley concede, al ser los mismos perentorios, preclusivos y fatales, todo lo cual limita el ejercicio de facultades procesales.

Estos plazos o también llamados términos se encuentran instituidos para todos aquellos que intervienen dentro del arbitraje, así por ejemplo el artículo 23 de la Ley concede a la Institución que administra el arbitraje un término de 30 días para la designación de los árbitros, el artículo 42 concede al Juez un plazo de 10 días para ejecutar la medida cautelar u orden preliminar, el artículo 55 de la Ley le concede al o los árbitros un término de 2 meses para emitir el laudo correspondiente, y finalmente, el artículo 23 establece plazo para presentar recusación contra el árbitro, entre otros. En fin, una lectura de la Ley permite concluir que en diversas disposiciones legales se establecen términos o plazos para que las partes que intervienen en el desarrollo del arbitraje ejecuten ciertos actos u acciones dentro de determinado plazo y la consecuencia de su incumplimiento, en algunos

casos, puede traducirse en un efecto adverso para aquel que inobservó su cumplimiento.

Identificada la importancia que tiene para el arbitraje el cumplimiento de los plazos o términos fijados en la Ley, es oportuno mencionar que en la práctica se han evidenciado algunos conflictos o discrepancias en el cómputo de plazos, derivado de la interpretación de las normas aplicables, que esperamos contribuir a su esclarecimiento a través de estas breves reflexiones.

Previo al análisis de manera particular de las normas respectivas de la Ley, es menester establecer las guías normativas para el cómputo de plazos en el Derecho panameño.

Así pues, el Código Civil en su Capítulo III A nos define varias palabras de uso frecuente en las Leyes, entre los que regula, los plazos señalados en las leyes, disponiendo algunas reglas básicas, a saber: Se entenderá que han de ser completos; y correrán, además, hasta la media noche del último día del plazo (Artículo 34-E); el primero y el último día de un plazo de meses o años deberán tener un mismo número en los respectivos meses, y en caso de que no coincidiera, será el último día de este segundo mes (Artículo 34-E); y en los plazos se comprenderán los días feriados, a menos que el plazo señalado sea de días útiles, para lo cual se expresará en tal sentido (Artículo 34-G).

Sobre el momento en que empieza a computarse el plazo, se debe siempre al acaecimiento de un hecho o circunstancia determinada, sin que el momento en que ello ocurre forme parte del término.

Pareciera no existir duda sobre el punto de partida, cuando la Ley dispone que *“los plazos establecidos en esta Ley se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación.”* (Artículo 8 numeral 2)

Esta previsión es cónsona con otras disposiciones reglamentarias, como lo son el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, UNCTRAL, CESCON, entre otros.

Dicho lo anterior, vemos que en cuanto a plazos de años o meses, al encontrarnos con una Ley que regula la figura del arbitraje comercial, no encontramos la existencia de estos términos, a excepción de aquel dispuesto para dictar el laudo arbitral en los arbitrajes nacionales que, salvo disposición de las partes en contrario, no excederá de dos meses a partir de los alegatos de conclusión presentados por las partes, con la posibilidad de prórroga por un plazo igual, en atención a la complejidad del asunto. Salvo esta disposición –artículo 55– no encontramos otra norma que regule o se refiera a un plazo de años o meses en la Ley.

Lo anterior, guarda similitud por ejemplo, con el reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, donde también solamente dispone de plazos en meses para la dictación del laudo arbitral.

De conformidad con las normas del Código Civil antes citadas, este plazo de meses es calendario, incluyendo los días hábiles e inhábiles por igual, estableciendo reglas excepcionales cuando los meses difieren en la cantidad de días.

Se evidencia un vacío legal en el supuesto que el plazo venza en un día inhábil, cuando la Ley guarda silencio y, el Código Civil tampoco resuelve este supuesto. En reglamentos como el de la Cámara de Comercio Internacional, se prevé que, si el último día del plazo coincide con un día feriado o inhábil en el país en que la notificación o comunicación se considere efectuada, el plazo vencerá al final del primer día hábil siguiente.

Por otro lado, y aun cuando el Código Judicial de Panamá no sea de obligatoria aplicación a los procesos arbitrales bajo amparo de la Ley, por



expresa referencia de ésta última excerta legal en su artículo 46, lo tomamos como referencia para solventar el supuesto en examen. Es así que en su artículo 509, señala que *“cuando sea feriado o de fiesta nacional el último día del término, éste se prolongará hasta el próximo hábil”*.

En lo que respecta a los plazos o términos en días establecidos en la Ley, vemos que con excepción del plazo para la presentación de la demanda luego de instauradas medidas cautelares (artículo 35) y el de asistencia de los tribunales de judiciales en la práctica de pruebas (artículo 54), que especifican que el plazo es en días hábiles, no se distingue en las demás normas el tipo de día, hábil o calendario.

De las dos normas mencionadas, destaco que en ambas hacen referencia a momentos procesales en que intervienen los tribunales judiciales como asistentes de la gestión arbitral.

Frente a esta referencia nos surgen varias interrogantes, la primera de ellas: ¿significa que el resto de los plazos contenidos en la Ley son días calendario?

En este punto debemos separar aquellas normas de la Ley que hacen referencia a las actuaciones de las partes, la institución arbitral y el tribunal arbitral, de aquellas gestiones cuyos receptores son los tribunales judiciales.

Como desarrollamos en líneas anteriores, el artículo 34-G del Código Civil dispone como regla general en la redacción e interpretación de las leyes, que los plazos de días serán calendario (incluyendo los días festivos) salvo que se disponga taxativamente lo contrario, por lo que, debemos entender que todos los plazos de días dispuestos en la Ley, en los que no interviene el Órgano Judicial se consideren calendario.

Cuando se analiza la aplicación de días calendario dentro de los plazos procesales de un procedimiento arbitral, evidenciamos la conveniencia frente a la existencia -por ejemplo- de partes de múltiples nacionalidades, donde la disposición de días festivos por país puede variar y llevar a confusiones.

A modo de ejemplo comparativo, el artículo 3 numeral 4 del Reglamento ICC (2017), señala que los días feriados o inhábiles se incluyen en el cómputo de los plazos y en el supuesto que el último día del plazo coincida con un día feriado o inhábil en el país en que la notificación o comunicación se considere efectuada, el plazo vencerá al final del primer día hábil siguiente. En ese mismo sentido, el artículo 2 numeral 6 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2010) establece que los días feriados oficiales o días no laborables que ocurran durante el transcurso del plazo se incluirán en el cómputo del plazo.

Ahora bien, retomando aquellos términos contenidos en normas donde interviene el Órgano Judicial como auxiliar, vemos, por ejemplo, el artículo 42 sobre ejecución de medidas y órdenes preliminares, el artículo 44 sobre dictación de medidas cautelares, el artículo 69 sobre ejecución de laudos nacionales y el artículo 73 que regula el trámite de reconocimiento del laudo arbitral extranjero.

De igual forma vemos que tanto el artículo 32 que regula la posibilidad de interponer Recurso de anulación contra un laudo parcial o final que resuelva una excepción de incompetencia del tribunal arbitral, como el artículo 68 que regula el trámite del recurso de anulación, disponen términos en días sin hacer referencia a que los mismos sean hábiles.

Y aquí surge una de las disyuntivas interpretativas más relevantes en el cómputo de plazo de

la Ley 131, hablamos del término para la presentación del recurso de anulación de un laudo arbitral.

El artículo 509 del Código Judicial, norma procesal que rige las actuaciones de los intervinientes judiciales (jueces y magistrados) dispone que los términos legales en días solamente tomarán en cuenta los hábiles. Lo anterior, siendo cónsono con el hecho que la gestión judicial es exclusiva de los días hábiles y en horario especial debidamente dispuesto para el Órgano Judicial.

Si bien la Ley 131 de 2017 no dispone con exactitud si el plazo de treinta (30) días para la interposición del recurso de anulación es un plazo hábil o calendario, lo cierto es que, al ser este recurso parte del control jurisdiccional ejercido por potestad de la Ley por el Órgano Judicial, ha de entenderse como hábiles todo plazo ejecutado o en los que éste interviene.

En sentido, ya tenemos precedentes por parte de la Sala Cuarta de Negocios Generales, como por ejemplo, en fallo de 9 de junio de 2015, donde frente al cuestionamiento de la demandada respecto de la extemporaneidad del recurso, los magistrados indicaron lo siguiente:

*“Con respecto al recurso de anulación incoado por parte de la representación judicial de APROCOSA, S.A., debemos partir señalando que el mismo no es extemporáneo como refiere la opositora, bajo la premisa de que la interpretación de los términos judiciales cuando en un texto legal no se indique que los términos son hábiles se presumirán que son calendarios. Esto no puede ser menos cierto, ya que el Código Judicial establece de manera clara en el artículo 509 que, en cuanto a términos legales con referencia a días, se tomarán en cuenta únicamente los hábiles”. (INVERSIONES MURCIA, S. A., interpone recurso de anulación con-*

*tra el laudo arbitral, fechado el 25 de abril de 2011, emitido por el CENTRO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (CESCON), magistrado ponente: LUIS RAMÓN FÁBREGA)*

La estimación del plazo en días calendario para la presentación del recurso de anulación, vislumbra otros problemas prácticos, como el caso de la posibilidad de corrección e interpretación del laudo arbitral, cuyo plazo de treinta (30) días contenido en el artículo 62 de la Ley 131 de 2013, coincide con el plazo para la presentación del recurso de anulación, pudiendo crear un conflicto o problema de oportunidad para la interposición de la impugnación del laudo, pues si se presenta ésta dentro de esos treinta (30) días y posterior o paralelamente surge una petición de aclaración, se estaría impugnando una decisión que no estaría en firme.

Nos encontramos frente a la evidente necesidad de clarificar los términos de la Ley 131 de 2013, indicando taxativamente en todas aquellas normas donde se requiere la intervención o asistencia del Órgano Judicial, que los plazos son hábiles, de tal forma que guarde sintonía con las reglas procesales que los operadores de justicia están habituados en su diaria gestión.

Esto igualmente sucede con las instituciones arbitrales locales, como es el caso del Centro de Solución de Conflictos (CESCON), que opera a través del uso de días hábiles tal cual dispone su reglamento.

A contrario sensu, todas aquellas normas cuyos plazos son ejecutados dentro del proceso arbitral *per se* por las partes o por el tribunal arbitral, deben ser considerados calendario.

Lo anterior, no solo resolvería las posibles discrepancias interpretativas, sino que se elimina la posibilidad de conflictos en el traslape de términos.

En suma, estimo que cualesquiera criterios divergentes respecto de la interpretación de los plazos o términos previstos en la Ley, bien podría uniformarse a través de una iniciativa legislativa que procure – vía adición a la Ley 131 vigente – aquellas reformas que precisen extremos legales

específicos, y que alivianen la problemática práctica que irroga el no contar, en algunos casos, con textos que reflejen conceptos que, desde el punto de vista de su sentido literal, resulten indubitables bajo las máximas que aconseja la correcta hermenéutica y, más aún, la propia gramática.



---

# REGLAMENTO DE ARBITRAJE, CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN

---

del Centro de Solución de Conflictos (CESCON).



VIGENCIA  
1 DE AGOSTO DE 2015

## REGLAMENTO DE ARBITRAJE, CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN DEL CENTRO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (CESCON)

### CAPÍTULO I

#### DISPOSICIONES GENERALES

##### Artículo 1. Su Aplicación.

Este reglamento se aplicará cuando CESCON actúe como institución arbitral en los procesos de arbitraje, mediación o conciliación en los siguientes supuestos:

- a. Cuando las partes en conflicto así lo hayan previsto en la cláusula compromisoria o en el convenio arbitral.
- b. Cuando las partes no hayan designado, en la cláusula compromisoria o convenio arbitral, la institución arbitral y acuerden someterse a la administración del proceso por CESCON.
- c. En los procesos de mediación y conciliación administrados por CESCON.

El presente reglamento se aplicará como norma supletoria, cuando CESCON actúe como Institución Arbitral y las partes hayan acordado la aplicación de un procedimiento especial y existan lagunas o vacíos en el mismo.

Cuando a CESCON le corresponda designar el árbitro y no sea el administrador del proceso, se aplicará el reglamento en cuanto a criterios y forma de designación.

##### Artículo 2. Aplicación de otras Normas y Reglamentos.

Cuando CESCON actúe como institución administradora, podrá aplicar otras normas y reglamentos distintos de éstos en los siguientes supuestos:

1. Cuando las partes hayan elaborado un procedimiento especial para resolver su caso concreto.
2. Cuando las partes decidan resolver sus discrepancias a través de arbitraje, mediación o conciliación aplicando reglamentos de carácter internacional, siempre que no contravengan el orden público de la República de Panamá.

##### Artículo 3. Interpretación del Reglamento.

La interpretación de las disposiciones de carácter administrativo contenidas en este reglamento, será de competencia de la Dirección del Centro, ya sea que medie solicitud de parte o de oficio, para lo cual recibirá el apoyo técnico del Consejo Técnico. Una vez se constituya el tribunal arbitral le corresponderá a éste interpretar el presente reglamento.

##### Artículo 4. Definiciones.

Para los efectos del presente reglamento se establecen las siguientes definiciones:

**Administración:** Conjunto de facultades y de deberes y obligaciones que asume o le son imputables a CESCON, de conformidad con el estatuto de esta organización.

**Anulación:** Medio de Impugnación que puede interponerse en contra de un laudo, por las razones taxativamente establecidas en la Ley de Arbitraje.

**Arbitraje:** Método alternativo de solución de conflictos, ya sea en derecho o en equidad, mediante el cual las partes someten sus controversias a la decisión de un tribunal arbitral.

**Árbitro:** Persona designada por las partes o por CESCON para integrar un tribunal arbitral.

**Cláusula Compromisoria:** Cláusula contenida en un contrato o en un acto posterior, por la cual se establece que las controversias que surjan entre las partes deberán dirimirse mediante arbitraje o cualquier otro método alternativo de solución de conflictos.

**Comunicación electrónica:** Toda comunicación que las partes hagan por medio de mensaje de datos.

**Conciliación:** Método alternativo de solución de conflictos, a través del cual se procura la solución pacífica de discrepancias con la gestión directa de las partes y la intervención de un facilitador imparcial denominado conciliador.

**Conciliador:** Facilitador del proceso de conciliación, quien debe ser cualificado para guiar a las partes a lograr un arreglo amistoso de sus controversias y cuenta con capacidad para presentar sugerencias durante el proceso de conciliación.

**Convenio Arbitral:** Acto jurídico mediante el cual las partes acuerdan someter a arbitraje las controversias que surjan, o que puedan surgir, de una relación jurídica, sea contractual o no.

**Corrección del Laudo:** Medio por el cual procede corregir errores de tipo aritmético o tipográfico que pudiese contener un laudo.

**Día hábil:** Se refiere a todos los días, salvo los sábados, domingos, días de duelo o fiesta nacional previstos por ley o los declarados no laborables por normas de obligatorio cumplimiento.

**Laudo:** Resolución que emite el tribunal arbitral con carácter final, obligatorio y vinculante para las partes, mediante la cual se decide de manera total o parcial el proceso arbitral.

El laudo puede ser internacional o nacional, dependiendo del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje.

**Mediación:** Método alternativo de solución pacífica de discrepancias, a través del cual las partes exploran diversas opciones de solución a sus problemas con la intervención cualificada de un(os) facilitador(es) llamado mediador(es).

**Mediador:** Facilitador del proceso de mediación, quien debe ser cualificado para ayudar a las partes a lograr un arreglo amistoso de sus controversias, sin hacer sugerencias que induzcan a una determinada decisión.

**Mensaje de Datos:** La información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax, entre otros.

**Proceso Arbitral:** Proceso que por imperio de la ley o por acuerdo de las partes, se dirige ante árbitros.

**Tribunal Arbitral:** Órgano unipersonal o colegiado con la facultad de decidir una controversia sometida a su decisión a través de un laudo arbitral.

**Tribunal Arbitral Colegiado:** Tribunal arbitral integrado por tres o un número mayor de árbitros.

## Artículo 5. Representación y Asesoría.

Las partes designarán a sus representantes o asesores en los procesos de solución de conflictos que administre CESCON.

En los procesos arbitrales de carácter internacional, se establecerá lo pactado por las partes o

por lo que señale el tribunal arbitral, tomando en cuenta la nacionalidad de las partes.

### **Artículo 6. Reglas de Notificación.**

Las notificaciones y comunicaciones se harán en el domicilio, o a las direcciones físicas o electrónicas establecidas por las partes en el contrato.

Salvo acuerdo en contrario, se aplicarán las siguientes reglas:

1. Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. En el supuesto de que no se encuentre, tras una indagación razonable en ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentado su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario.
2. Así mismo, será válida la notificación o comunicación por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica proporcionado por el interesado, que permita el envío y la recepción de escritos o documentos dejando constancia de su remisión. Para los efectos del presente numeral, la notificación de la solicitud de arbitraje surtirá efecto siempre que exista constancia de su recepción.

### **Artículo 7. Cómputo de los Términos.**

Los términos se computarán en días hábiles y empezarán a correr a partir del día hábil siguiente a la recepción de la notificación, salvo las actuaciones para las que expresamente se señalen días calendario.

### **Artículo 8. Lugar de los Procesos que administra CESCO.**

Los procesos de arbitraje, mediación o conciliación que administre CESCO se llevarán a cabo preferiblemente en sus instalaciones, salvo que las partes o el tribunal arbitral acuerden lo contrario.

Sin perjuicio de lo anterior, se podrá interrogar testigos, celebrar audiencias, reuniones, llevar a cabo diligencias exhibitorias e inspecciones y realizar cualquier otra diligencia, en otros lugares que se estime conveniente en la República de Panamá o en el extranjero, de acuerdo con la naturaleza de tales diligencias.

### **Artículo 9. Idioma.**

Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Este acuerdo o esta determinación será aplicable, salvo que las partes hayan especificado otra cosa, a todos los escritos de las partes, a todas las audiencias y a cualquier laudo, decisión o comunicación de otra índole que emita el tribunal arbitral.

El tribunal arbitral, salvo oposición de alguna de las partes, podrá ordenar que, sin necesidad de proceder a su traducción, cualquier documento sea aportado o cualquiera actuación sea realizada en idioma distinto al arbitraje.

### **Artículo 10. Número de Ejemplares.**

Todo escrito o prueba que presenten las partes en los procesos de arbitraje, mediación o conciliación, deberán acompañarse de tantas copias como partes, mediadores, conciliadores y/o árbitros que participen en el proceso de que se trate.

El expediente del tribunal contendrá los ejemplares originales y estará a cargo del secretario del tribunal. El expediente reposará en los archivos de CESCON y estará a disposición de las partes y del tribunal, mediador o conciliador.

Cuando los escritos o pruebas se presenten sin las copias correspondientes, CESCON las expedirá a costa de la parte que incurrió en la omisión.

### **Artículo 11. Renuncia al derecho a objetar.**

Se considera que una parte renuncia al derecho a objetar cuando:

1. Prosiga el arbitraje con conocimiento de que no se ha cumplido alguna disposición de la ley o con algún requisito del acuerdo de arbitraje o con una disposición del reglamento arbitral aplicable, y no se haya expresado su objeción a tal incumplimiento.
2. Existiendo plazo para objetar, no lo hace en el plazo establecido.

### **Artículo 12. Decisiones relativas a la administración de CESCON.**

Las decisiones sobre designación de árbitros, mediadores o conciliadores, por parte de las instancias administrativas de CESCON son finales, definitivas y no admiten recurso alguno.

## **CAPÍTULO II PROCEDIMIENTO ARBITRAL**

### **SECCIÓN I**

#### **GENERALIDADES DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL**

### **Artículo 13. Solicitud de Arbitraje.**

Las solicitudes de arbitraje deberán presentarse por escrito, dirigidas al director de CESCON, en original con sus respectivas copias.

### **Artículo 14. Contenido de la Solicitud de Arbitraje.**

La solicitud de arbitraje deberá contener:

1. La petición de que el litigio se someta a arbitraje.
2. La identificación y generales de las partes, demandante y demandado: nombre completo y las generales de la persona natural o jurídica y, en este último caso, el nombre y generales de su representante legal, dirección, números de teléfonos y fax, correo electrónico si lo tuviere.  
  
La personería jurídica y su representación legal se acreditarán mediante documentos en la forma y con las solemnidades del país de registro.
3. Referencia al convenio arbitral y copia del mismo.
4. Breve relación de las causas del conflicto, de las pretensiones sobre las cuales debe pronunciarse el tribunal y la cuantía correspondiente.

5. Referencia a la conformación del tribunal arbitral y designación de árbitros, tanto principal como suplente, de conformidad con el convenio arbitral y el reglamento de CESCON. La designación del árbitro debe contener la información de contacto.

Al presentar la solicitud arbitral deberá pagar el aporte inicial fijado en el artículo 15 del reglamento administrativo vigente en la fecha de presentación de la solicitud.



Si el solicitante omite cualquiera de estos requisitos, el director de CESCÓN requerirá a la parte su corrección en un término perentorio de cinco (5) días hábiles, a partir de la notificación del requerimiento. Si vencido el término, no se recibe la corrección, la solicitud será devuelta, requiriéndose para su trámite una nueva presentación.

### **Artículo 15. Trámite de la Solicitud de Arbitraje.**

Cumplidos los requisitos establecidos en el artículo anterior, el director de CESCÓN dará curso a la solicitud.

El desistimiento de la solicitud de arbitraje por el solicitante, conlleva el archivo del expediente, siempre que no se hubiese notificado aún. En caso contrario, se requerirá el consentimiento de la parte contraria. No obstante lo anterior, el desistimiento de la solicitud no implica renuncia del derecho de solicitar el arbitraje.

### **Artículo 16. Acumulación de Procesos.**

Cuando se presente una solicitud de arbitraje relativa a una relación jurídica sobre la cual ya existe procedimiento arbitral, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal arbitral, una vez iniciado el proceso, la acumulación de ambos procesos, siempre que no se haya abierto el proceso a la presentación de pruebas, según lo dispone el artículo 39 del presente reglamento. En este caso, la nueva reclamación será incorporada a la anterior en el estado en que esta se encuentre, sin retrotraer el proceso.

### **Artículo 17. Notificación de la Solicitud de Arbitraje.**

Recibida la solicitud de arbitraje de conformidad con los requisitos establecidos en el presente reglamento, el director de CESCÓN o a quien se

le delegue formalmente esta responsabilidad, la notificará a la contraparte. Para tales efectos, se entregará copia de la solicitud de arbitraje y de los documentos anexos. El traslado se efectuará de conformidad con las reglas establecidas en el artículo 6 de este Reglamento.

### **Artículo 18. Contenido y Plazo para la Contestación de la Solicitud de Arbitraje.**

Dentro del plazo máximo de cinco (5) días contados a partir de la fecha de la notificación a que se refiere el artículo anterior, la contraparte contestará si acepta o rechaza el arbitraje. El término anterior será de quince (15) días en los procedimientos arbitrales en donde al menos uno de los demandados tenga su domicilio en el extranjero.

La contestación deberá contener lo siguiente:

1. Nombre completo y las generales de la persona natural o jurídica, tratándose de ésta última el nombre y generales de su representante legal; dirección, números de teléfono y facsímil; correo electrónico si lo tuviere; si no los suministrare, se tendrán por buenos los expresados en la petición de arbitraje suministrados por la otra parte.
2. La aceptación o rechazo del arbitraje, en caso de rechazarlo deberá señalar los argumentos que fundamenten su postura.
3. Referencia a la conformación del tribunal arbitral y designación de árbitros, tanto principal como suplente, de conformidad con el convenio arbitral y el reglamento de CESCÓN.

### **Artículo 19. Continuación del Arbitraje.**

El proceso arbitral continuará su curso, aun cuando medie rechazo o cuando no se hubiese dado la contestación a la solicitud de arbitraje en

el término que se establece en el artículo precedente, siempre y cuando sea válida la sumisión al arbitraje conforme los documentos presentados. Esta calificación estará a cargo de la dirección de CESCON. Lo anterior, sin perjuicio del derecho de cada una de las partes de oponerse a la competencia del tribunal, conforme a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje.

## SECCIÓN II

### COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

#### Artículo 20. Número de Árbitros.

Si las partes nada hubiesen dispuesto en cuanto al número de árbitros, el tribunal arbitral estará constituido por uno (1) o tres (3) árbitros. El tribunal estará compuesto por tres (3) árbitros en los procesos de mayor cuantía o cuantía indeterminada, y por un (1) árbitro en los casos de menor cuantía, según se establece en el reglamento administrativo de CESCON.

Cuando una de las partes es un Estado o una entidad estatal, serán tres (3) árbitros.

En los procesos con pluralidad de partes, sean demandante o demandado, designarán un solo árbitro de mutuo acuerdo. En el caso de que no exista acuerdo entre las partes, el mismo será designado por CESCON.

#### Artículo 21. Designación del Árbitro Único.

En caso de árbitro único, éste deberá ser designado de común acuerdo entre las partes, preferiblemente entre los que componen la nómina de CESCON.

Las partes contarán con un término de cinco (5) días desde la recepción de la nota de requeri-

miento de CESCON para la designación del árbitro único. El plazo anterior será de quince (15) días en los procedimientos arbitrales en donde al menos una de las partes tenga su domicilio en el extranjero.

De no existir acuerdo entre las partes en la designación del árbitro único, éste será nombrado por CESCON.

#### Artículo 22. Designación del Tribunal Arbitral Colegiado.

Las reglas para la designación del tribunal arbitral colegiado son las siguientes:

1. En caso que el tribunal esté compuesto por tres (3) árbitros, cada una de las partes, designará un árbitro. Esta designación deberá hacerse en la solicitud y en la contestación de solicitud de arbitraje, respectivamente. Los árbitros serán escogidos preferiblemente de la lista de árbitros de CESCON.

El tercer árbitro, principal y suplente, que será el presidente del tribunal, se escogerá de común acuerdo por los árbitros ya designados, de la lista de árbitros de CESCON dentro de un plazo de cinco (5) días a partir de la fecha en que se comunique la última aceptación del respectivo cargo. El plazo anterior será de quince (15) días en los procedimientos arbitrales en donde al menos uno de los árbitros tenga su domicilio en el extranjero.

De no existir acuerdo sobre la designación del tercer árbitro, éste será escogido por CESCON.

2. Si alguna de las partes omitiera la designación del árbitro en la etapa mencionada, éste será designado por CESCON.

Este mismo término se aplicará cuando CESCOCON sea autoridad de designación y no le corresponda administrar el proceso.

### **Artículo 23. Criterios de Designación.**

Cuando los árbitros sean escogidos por CESCOCON, se aplicarán los siguientes criterios para su designación:

1. Se tendrá en cuenta la independencia, imparcialidad, experiencia y especialidad de los árbitros que integran la lista de CESCOCON, en relación con el asunto sometido a arbitraje.
2. En casos de arbitrajes con partes de distintas nacionalidades, CESCOCON procurará designar árbitros de nacionalidades distintas a la de las partes en conflicto.
3. En los casos que CESCOCON deba designar a un árbitro, lo hará en el término de siete (7) días, contados a partir del vencimiento del término correspondiente. La designación del árbitro, principal y sustituto, se hará de la lista que mantiene CESCOCON por medio de sorteo, según procedimiento que establecerá el Consejo Directivo.

### **Artículo 24. Independencia de los Árbitros.**

Los árbitros deberán caracterizarse por su independencia e imparcialidad respecto de las partes. El árbitro no representa a ninguna de las partes y deberá tratarlas de forma igualitaria.

Antes de aceptar el cargo, los árbitros propuestos deberán dar a conocer a la dirección de CESCOCON, los hechos o circunstancias susceptibles de poner en duda su independencia ante las partes y que pudieran ser causales de recusación, lo cual CESCOCON comunicará a las partes inmediatamente.

Los árbitros nombrados deberán hacer del conocimiento de CESCOCON o del tribunal arbitral, en el caso que ya estuviere formalmente constituido, las circunstancias que sobrevinieren o que fueran conocidas durante el curso del procedimiento arbitral, que pudiesen poner en duda su independencia ante las partes o que pudieran ser causales de recusación.

### **Artículo 25. Aceptación de los Árbitros.**

Cada árbitro designado contará con un término de cinco (5) días, contados desde la fecha en que recibió la notificación de su designación, para aceptar el cargo. El plazo anterior será de diez (10) días en los procedimientos arbitrales en donde al menos uno de los árbitros tenga su domicilio en el extranjero. Transcurrido ese término sin que medie aceptación o rechazo al cargo, se entenderá por no aceptado, y se procederá nuevamente al nombramiento de los árbitros en la forma prevista en los artículos anteriores.

Los árbitros se someterán en su actuación a la ley, a los reglamentos y al Código de Ética de CESCOCON.

### **Artículo 26. Procedimiento de Recusación.**

Las partes podrán recusar a cualquiera de los árbitros que conformen el tribunal arbitral. Un árbitro solo podrá ser recusado, si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes.

Las partes podrán recusar al árbitro nombrado por ellas o en cuyo nombramiento hayan participado, únicamente por causas sobrevinientes a su nombramiento o que hayan conocido con posterioridad a éste.

El escrito de recusación se presentará en el plazo de cinco (5) días siguientes a la notificación de la constitución del tribunal arbitral o dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en la que tuvo conocimiento de hechos posteriores que den lugar a la recusación. Estos plazos serán de quince (15) días en los procedimientos arbitrales en donde al menos una de las partes o de los árbitros tenga su domicilio en el extranjero.

La recusación deberá presentarse ante el tribunal arbitral, indicando los motivos en que se fundamenta y las constancias a las que haya lugar. Una vez se dé inicio al proceso arbitral por la dirección del centro, el tribunal dará traslado a las partes y al árbitro recusado, para que en un plazo de cinco (5) días manifiesten su posición.

A partir del vencimiento de este término, el resto de los árbitros decidirán la recusación en un plazo no mayor de diez (10) días. El término para esta decisión será de quince (15) días en los procesos en donde al menos una de las partes o de los árbitros tenga su domicilio en el extranjero. Si el tribunal arbitral es unipersonal, la recusación será resuelta por CESCON.

Si el resto de los árbitros declaran probada la causal de recusación invocada, el árbitro recusado quedará separado del proceso y se procederá a notificar al árbitro suplente designado, siempre que no hubiere declinado su designación, y en caso contrario se procederá a la selección de un nuevo árbitro.

La decisión que resuelve la recusación es definitiva y contra ella no procederá recurso alguno. Si no prospera la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o al establecido en este artículo, la parte recusante solo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante el recurso de anulación contra el laudo.

En cualquier caso el árbitro recusado podrá aceptar la recusación, y así lo comunicará a las partes y al tribunal.

El procedimiento de recusación en ningún caso suspenderá el proceso, salvo cuando así lo decida el Tribunal Arbitral.

### **Artículo 27. Sustitución de un Árbitro.**

Los árbitros podrán ser sustituidos, conforme las reglas de designación establecidas en este reglamento, por las siguientes causas: renuncia, muerte, incapacidad, inhabilidad durante el proceso arbitral o por causa de recusación probada.

El proceso se suspenderá desde el momento de producirse el cese de funciones de un árbitro y se reanudará al integrarse el árbitro sustituto quien habrá aceptado el cargo con anterioridad. De no ser así, su designación se hará conforme al presente reglamento. En consecuencia, durante dicho periodo, se suspenderán todos los términos, inclusive el término para proferir el laudo.

## **SECCIÓN III**

### **CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL**

#### **Artículo 28. Constitución y Funcionamiento del Tribunal.**

El tribunal quedará constituido con la aceptación del último de los árbitros nombrados. La dirección de CESCON notificará a las partes y a los árbitros dicha constitución.

El árbitro presidente dirigirá e impulsará el procedimiento y dirimirá las diferencias que se pudiesen presentar entre los miembros del tribunal.

El tribunal arbitral interpretará y aplicará el presente reglamento. Así mismo, el tribunal regulará

de oficio o a petición de parte, cualquier aspecto no previsto en este reglamento.

Una vez iniciado el procedimiento arbitral, el tribunal arbitral funcionará con la concurrencia de la mayoría de los árbitros. Toda decisión se adoptará por mayoría.

### **Artículo 29. Nombramiento de Secretario.**

Constituido el tribunal, los árbitros podrán proceder a la designación de un secretario, que deberá ser abogado.

El término para nombrar secretario será de tres (3) días hábiles y de siete (7) días en los procesos en donde al menos una de las partes o de los árbitros tenga su domicilio en el extranjero. El secretario se escogerá de la lista de secretarios del Centro. Los árbitros designarán un secretario principal y un suplente para el caso en que el primero no acepte su designación, para cubrir las ausencias temporales o la renuncia del secretario. Con igual término contará el secretario para aceptar su designación.

El secretario (a) tendrá entre sus funciones:

1. Llevar el expediente.
2. Atender y dar fe de las actuaciones que se surtan durante el proceso.
3. Procurar el cumplimiento de los términos.
4. Practicar las notificaciones a través de CESCON.
5. Asistir al tribunal en la elaboración de las resoluciones y del laudo.
6. Aquellas que le asigne el tribunal arbitral.

### **Artículo 30. Consignación de Gastos del Proceso.**

Atendiendo a lo indicado en el reglamento administrativo del Centro, cada parte cancelará el total de gastos que le corresponda en el término de cinco (5) días contados a partir de la recepción de la nota de requerimiento de pago por parte de CESCON. Este término será de diez (10) días en los procesos en donde al menos una de las partes o de los árbitros tenga su domicilio en el extranjero.

En el supuesto de que alguna de las partes no consigne la cantidad que le ha sido requerida por el Centro, la contraparte deberá consignar dicha cantidad, para lo cual contará con los mismos términos establecidos en el párrafo anterior, a partir de que reciba la comunicación de CESCON, en la que se requiera el pago.

El mismo procedimiento de pago será aplicado en caso de reconvencción.

### **Artículo 31. Inicio del Proceso.**

Una vez las partes consignent las sumas correspondientes a honorarios y gastos del arbitraje, como señala el reglamento administrativo, el director de CESCON notificará formalmente a las partes y a los árbitros el inicio del proceso.

### **Artículo 32. Medidas Cautelares.**

En desarrollo a lo dispuesto en la ley, el tribunal arbitral, en atención a solicitud de parte, podrá ordenar medidas cautelares y órdenes preliminares conforme lo dispuesto en la Ley de Arbitraje exigiendo para ello las debidas garantías.

### **Artículo 33. Inactividad de las partes.**

La inactividad de las partes en cualquier momento del proceso arbitral no interrumpirá el arbitraje,

ni impedirá que se dicte el laudo, el cual surtirá todos sus efectos.

### **Artículo 34. Demanda de Arbitraje.**

Una vez comunicado el inicio del proceso por CESCON, el tribunal arbitral ordenará al demandante presentar su escrito de demanda en el término de cinco (5) días. Este término será de diez (10) días en los procesos en donde al menos una de las partes o de los árbitros tenga su domicilio en el extranjero.

El escrito de demanda contendrá:

1. Nombres completos y generales de las partes. Si algunas de las partes es una persona jurídica se deben incluir el nombre completo y las generales del representante legal, además de su domicilio, número de teléfono y de fax y dirección electrónica.
2. El objeto de la demanda, los puntos controvertidos, las pretensiones y los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, además de la invocación del derecho en que se funda la demanda, de ser un arbitraje en derecho.
3. La cuantía de la demanda.
4. En el escrito de la demanda podrán aducirse las pruebas en que se fundamenta la demanda y acompañarse por las pruebas documentales que proponga el demandante.

### **Artículo 35. Corrección de Demanda.**

El tribunal, de oficio o a instancia de parte, ordenará la corrección de la demanda, siempre que no haya sido contestada y que la pretensión corregida se ajuste a la cláusula compromisoria o al compromiso arbitral. Igualmente, podrá ordenar la corrección de la contestación de la de-

manda, siempre que no se hubiere celebrado la audiencia para definir la misión del tribunal.

En estos casos se dará de nuevo traslado por los términos señalados en el artículo anterior.

### **Artículo 36. Contestación de la Demanda.**

El demandado deberá dar contestación escrita a la demanda dentro del término de cinco (5) días siguientes a la fecha de notificación de la misma. Este término será de diez (10) días en los procesos en donde al menos una de las partes o de los árbitros tenga su domicilio en el extranjero.

La contestación de la demanda deberá observar los mismos requisitos de forma que la demanda, en la medida que le resulten aplicables.

Se podrán negar o aceptar los hechos y pretensiones en que se fundamenta la demanda, así como oponerse o no a las pruebas aportadas. Toda negación de un hecho debe explicarse.

Con el escrito de contestación de la demanda, podrán aducirse y presentarse las pruebas que acrediten las excepciones y defensas.

### **Artículo 37. Reconvención.**

Dentro del término para contestar la demanda, el demandado podrá presentar demanda de reconvención. Serán aplicables a la reconvención, en lo pertinente, las reglas aplicables a la demanda. El secretario del Tribunal Arbitral notificará a CESCON para el cálculo de los costos respectivos.

Se dará trámite a la reconvención una vez se consignen los costos. A falta de consignación, se archivará la reconvención y se continuará con el procedimiento correspondiente.

De la reconvención se dará traslado a la demandada en reconvención por el término de cinco

(5) días para que presente su contestación. A la contestación de la reconvencción, le son aplicables las mismas reglas establecidas para la contestación de la demanda.

El término para contestar la reconvencción será de diez (10) días en los procesos en los que al menos una de las partes o de los árbitros tenga su domicilio en el extranjero.

### **Artículo 38. Aclaración, Corrección, Enmienda, Ampliación y Adición en la Demanda y en la Reconvencción.**

El demandante y el demandado podrán aclarar, corregir, adicionar, enmendar, modificar o ampliar su escrito de demanda, demanda de reconvencción o sus respectivas contestaciones, siempre que no se hubiese celebrado audiencia para definir la misión del tribunal.

Una vez presentado el escrito correspondiente, se concederá a la contraparte la oportunidad de oponerse dentro de un término de cinco (5) días. El término será de diez (10) días en los procesos en donde al menos una de las partes o de los árbitros tenga su domicilio en el extranjero.

En este caso, los términos de pruebas, contrapruebas y objeciones a las pruebas y contrapruebas, se suspenderán hasta que venza el término anterior.

### **Artículo 39. Presentación de Pruebas, Contrapruebas y Objeciones.**

Después de contestada la demanda principal o la demanda de reconvencción, si la hubiera, las partes contarán con un término común de tres (3) días, para presentar pruebas.

Vencido el término para la presentación de pruebas, las partes tendrán un término común de dos (2) días para presentar contrapruebas y poste-

rior a éste, un término común de dos (2) días para la presentación de objeciones a las pruebas y contrapruebas. En el periodo de objeciones, las partes deberán designar sus peritos en las pruebas periciales aducidas por la contraparte.

Estos términos se ajustarán a diez (10) días para presentación de pruebas, cinco (5) días para contrapruebas y cinco (5) días para objeciones en los procesos en donde al menos una de las partes o de los árbitros tenga su domicilio en el extranjero.

### **Artículo 40. Acta de Misión.**

Vencido el término para la presentación de objeciones a las pruebas y las contrapruebas, el tribunal en audiencia con las partes, emitirá un acta que precise su misión, la cual contendrá como mínimo lo siguiente:

1. Nombre completo, generales y domicilio de cada una de las partes en la que se podrán efectuar válidamente las notificaciones o comunicaciones durante el arbitraje.
2. Nombre de los árbitros y su condición en el proceso.
3. Exposición sumaria de las pretensiones de las partes y determinación de los puntos controvertidos que se someten a decisión del tribunal.
4. De ser posible, decisión sobre las pruebas admitidas y por practicar y el calendario correspondiente.
5. Establecimiento de la competencia del tribunal arbitral y su alcance. En caso de que se presente una excepción de incompetencia, el tribunal arbitral podrá decidir mediante laudo parcial o final de acuerdo a lo que señala la Ley.

6. Indicación del tipo de proceso de que se trate de ser ello posible, de la sede e idioma del arbitraje y aclaraciones referentes a las reglas de procedimiento aplicables.
7. Cualesquiera otras menciones que fueran necesarias.

El acta de misión, será firmada por los árbitros, el secretario y las partes. La ausencia en la audiencia o la falta de firma en el acta de misión de alguna de las partes, no impide la prosecución del proceso hasta su conclusión con la emisión del laudo.

#### **Artículo 41. Reglas para la Práctica de Pruebas.**

Las pruebas se practicarán conforme a lo establecido en el acta de misión o en aquella resolución emitida por el tribunal con tal propósito, considerando, entre otras, las siguientes reglas:

1. El tribunal procederá a citar a las partes con una antelación razonable para su comparecencia en el lugar, fecha y hora que señale al efecto.
2. Si una de las partes no comparece a pesar de haber sido debidamente convocada, el tribunal arbitral podrá celebrar la diligencia correspondiente con los comparecientes.
3. El tribunal podrá decretar las pruebas de oficio que considere pertinentes.
4. Los árbitros podrán disponer del auxilio de los tribunales judiciales del lugar del arbitraje, de conformidad a lo dispuesto en la Ley.
5. El tribunal arbitral determinará el número de peritos y testigos a fin de evitar dilaciones injustificadas en el curso del proceso.

6. El tribunal arbitral practicará las pruebas admitidas y dejará constancia de lo actuado en tales diligencias.
7. En todo caso, el tribunal admitirá y evaluará las pruebas de conformidad al principio de la sana crítica.

#### **Artículo 42. Testigos y Peritos.**

Cuando las partes aduzcan pruebas testimoniales o periciales, señalarán el nombre, generales y dirección de los testigos o peritos, de tener conocimiento. En caso de pruebas periciales, se deberá indicar el objeto del peritaje y hacer referencia a la idoneidad, cuando el ejercicio de su profesión lo requiera.

El tribunal arbitral regulará la oportunidad de las partes a realizar preguntas y repreguntas en la forma que estime conveniente. El tribunal arbitral se reserva el derecho de formular preguntas en cualquier momento durante los interrogatorios.

El tribunal arbitral podrá disponer que los testigos presenten sus declaraciones juradas por escrito y debidamente firmadas.

El tribunal arbitral, de oficio o a instancia de parte, podrá nombrar uno o varios peritos, definir su misión, recibir sus informes y formular repreguntas en presencia de las partes.

#### **Artículo 43. Alegatos de Conclusión.**

Concluida la práctica de pruebas, el tribunal arbitral fijará un término para que las partes, de manera oral o escrita, o en ambas formas presenten sus conclusiones finales. En caso de alegatos orales, se levantará el acta correspondiente.

Cumplida esta fase del proceso, el tribunal procederá a la emisión del laudo arbitral en el término establecido para tales efectos.



## SECCIÓN IV

### MEDIOS DE TERMINACIÓN DEL PROCESO

#### Artículo 44. Medios de Terminación del Proceso.

1. La emisión del laudo arbitral definitivo.
2. Para los efectos del presente reglamento, se considerarán medios excepcionales de terminación del proceso arbitral los siguientes:
  - a. El vencimiento del término establecido a los árbitros para dictar el laudo, sin perjuicio de la responsabilidad en que éstos puedan incurrir por esta causa.
  - b. El desistimiento del proceso o de la pretensión de parte del demandante. En caso que no se haya surtido el traslado de la demanda y se presente el desistimiento, no se requerirá el consentimiento del demandado. En caso contrario, el desistimiento requerirá el consentimiento de la parte demandada. Esta regla aplica igualmente y de manera independiente a la demanda de reconvenición, si la hubiere.
  - c. La transacción total de la materia arbitrada. En cualquier etapa del proceso y antes de dictarse el laudo, las partes podrán convenir transacción sobre la materia sujeta a arbitraje, poniendo de esta manera fin al litigio. En este caso, dicha transacción podrá ser elevada a categoría de laudo a solicitud de las partes.

De igual forma, las partes podrán convenir transacciones parciales sobre puntos específicos de la controversia. La transacción parcial convenida podrá ser elevada

a laudo parcial o formar parte del laudo final a solicitud de ambas partes.

- d. El allanamiento total por parte del demandado, a las pretensiones del demandante. El tribunal arbitral emitirá el laudo conforme a las pretensiones.

#### Artículo 45. Contenido del Laudo Arbitral.

Mediante el laudo se resolverán las pretensiones y la materia sujeta a decisión arbitral, de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral y en el acta de misión.

El laudo deberá contener como mínimo lo siguiente:

1. Fecha y sede del arbitraje.
2. Identificación y generales de las partes y las de sus representantes o abogados.
3. Identificación de los árbitros y el secretario; referencia a la competencia del tribunal y aspectos relevantes del acta de misión; lugar, idioma y demás circunstancias del arbitraje.
4. Indicación de las pretensiones de cada una de las partes extraídas de sus escritos y alegaciones; breve resumen de las pruebas admitidas y practicadas.
5. Los fundamentos jurídicos o de equidad, según sea el caso, que respalden el laudo.
6. La decisión del tribunal, con inclusión de las costas y del término para el cumplimiento de lo dispuesto en el laudo.
7. Decisión sobre todo lo relativo a las medidas cautelares u órdenes preliminares de existir.

El tribunal arbitral entregará a la Dirección del Centro copia del laudo arbitral para la revisión de los aspectos formales antes de su firma. En ningún caso la dirección afectará la independencia del tribunal y respetará la decisión que resuelva el laudo.

#### **Artículo 46. Término para emitir el Laudo.**

Si las partes no hubiesen dispuesto otra cosa, los árbitros deberán dictar el laudo en un término no mayor de dos (2) meses, contados a partir de la presentación de alegatos, sean escritos y/u orales.

El término para emitir el laudo, podrá ser prorrogado por el tribunal por un término adicional de hasta dos (2) meses en atención a la complejidad del asunto.

#### **Artículo 47. Costas del Arbitraje.**

En el caso de que el tribunal arbitral condene en costas, se determinará el monto y su imputación a las partes en la forma que lo estime pertinente.

Las costas del arbitraje se refieren a todos aquellos gastos razonables en que hayan incurrido las partes en virtud del proceso arbitral, incluyendo los honorarios por el trabajo en derecho.

#### **Artículo 48. Decisiones y Firma del Laudo.**

El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros y el secretario. Cuando el tribunal arbitral esté compuesto por más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral para dictar el laudo. A falta de la mayoría, el presidente firmará solo. El o los árbitros que discrepen del conteni-

do total o parcial del laudo, formularán su salvamento de voto, debidamente razonado, el cual será incorporado al laudo.

Se entiende que el árbitro que no firma el laudo ni emite su opinión discrepante se adhiere a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda.

#### **Artículo 49. Notificación del Laudo.**

El laudo arbitral será notificado dentro del término de emisión.

Salvo acuerdo de las partes, la notificación del laudo se hará en cualesquiera de las formas establecidas en el artículo 6 del presente reglamento. De igual manera, el laudo podrá notificarse por conducto de la secretaría del tribunal en las oficinas del Centro, previa convocatoria a las partes. Se entiende por notificado el no compareciente que haya sido debidamente convocado.

#### **Artículo 50. Corrección e interpretación del Laudo.**

Dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en que el laudo haya quedado notificado, las partes podrán solicitar al tribunal arbitral la corrección del laudo. Así mismo, si lo acuerdan las partes, cualquiera de ellas podrá pedir al tribunal que dé una interpretación sobre un punto o parte concreta del laudo. De estas solicitudes se dará traslado a la contraparte, la que contará con un término de cinco (5) días para presentar sus observaciones.

El tribunal efectuará la corrección o interpretación, de estimarlo justificado el requerimiento, dentro de los quince (15) días siguientes a la recepción de las observaciones de la contraparte o en el mismo término por iniciativa propia luego de dictar el laudo.

**Artículo 51. Laudo Adicional.**

Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra, podrá solicitar al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas durante el proceso y que fueron omitidas en el laudo. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, dictará el laudo dentro de los siguientes treinta (30) días, una vez recibida las observaciones de las partes.

**Artículo 52. Recurso de Anulación contra el Laudo.**

Contra el laudo arbitral podrá interponerse el recurso de anulación, de conformidad con lo dispuesto en la ley.

**Artículo 53. Extinción de la Jurisdicción Arbitral.**

Notificado el laudo, efectuadas las correcciones o interpretaciones procedentes, o de darse alguna de las formas de terminación del proceso establecidas en este reglamento, se extingue la jurisdicción arbitral y concluye el arbitraje.

**Artículo 54. Cosa Juzgada y Ejecución del Laudo.**

El laudo tiene la eficacia de cosa juzgada tanto formal como material y se ejecutará conforme lo dispone la ley.

**CAPÍTULO III****CONCILIACIÓN Y MEDIACIÓN****Artículo 55. Presentación de la Solicitud.**

Toda persona natural o jurídica, con capacidad para obligarse, podrá someter sus controversias

al procedimiento de Conciliación o Mediación presentando ante la Dirección de CESCÓN, de manera oral o escrita, la solicitud correspondiente, ya sea por acuerdo de las partes, a instancia de una de ellas o por sus representantes legales debidamente facultados.

**Artículo 56. Requisitos de la Solicitud.**

La solicitud para someter una controversia al procedimiento de Conciliación o de Mediación deberá contener lo siguiente:

1. Generales de las partes y de sus representantes legales, si fuere el caso, indicando nombre, domicilio, teléfonos, fax y correo electrónico si tuvieren.
2. Enunciado de los conflictos que se pretenden ventilar.
3. La estimación del valor de las pretensiones o la indicación de carecer de un valor determinado.
4. Las pruebas que se consideren pertinentes.

Parágrafo: Cuando la solicitud de Conciliación o Mediación se haga en forma oral, los interesados deberán consignar como mínimo los requisitos previamente establecidos en el formulario que facilitará CESCÓN.

**Artículo 57. Traslado.**

Presentada la solicitud de Conciliación o Mediación. CESCÓN dará traslado de la misma a la contraparte para que en un término de tres (3) días manifieste si acepta o no someterse al procedimiento propuesto.

En caso de no recibir contestación en el término señalado, se considerará como no aceptado el procedimiento.

### **Artículo 58. Designación del Facilitador.**

Aceptado el procedimiento, las partes de común acuerdo procederán a designar al facilitador de la Conciliación o Mediación, según sea el caso. CESCON notificará al Facilitador escogido por las partes (Conciliador o Mediador) su designación, quien deberá aceptar o rechazar el cargo dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. En caso que éste no acepte su designación, las partes contarán con el término de dos días para proponer un nuevo facilitador quien deberá aceptar el cargo en igual término.

De no existir acuerdo entre las partes en la designación del facilitador o a falta de aceptación de los designados, se procederá con la designación mediante el procedimiento establecido en el artículo 59 de este reglamento.

### **Artículo 59. Designación por CESCON.**

De no existir acuerdo entre las partes para designar el Facilitador o a falta de aceptación de los designados, CESCON designará mediante sorteo al facilitador del listado de Conciliadores y Mediadores del Centro.

CESCON podrá reemplazar o sustituir al Conciliador o Mediador designado por previo acuerdo de las partes, incapacidad, renuncia, ausencia física o cualquier otro motivo que impida el ejercicio de su cargo.

### **Artículo 60. Funciones del Conciliador y del Mediador.**

Además de aquellas que les asigna el Decreto Ley, el Conciliador tendrá las siguientes funciones:

1. Notificar a las partes de la fecha y hora de la sesión de Conciliación. Para esto podrá apoyarse de los servicios del Centro.

2. Presidir y dirigir las sesiones conciliatorias, desempeñar un papel activo en el esclarecimiento de los hechos que se pretenden conciliar.
3. Examinar los posibles medios para llegar a un entendimiento y ayudar a las partes de manera imparcial, en sus esfuerzos por lograr un arreglo amistoso de la controversia.
4. Levantar un acta del acuerdo al que lleguen las partes.
5. Suscribir el acta que contiene el acuerdo al que lleguen las partes.

En adición a las funciones anteriores el facilitador de una Conciliación podrá presentar propuestas oportunas para la solución de la controversia, en cualquier etapa del procedimiento conciliatorio. En su caso, el Mediador se limitará a cumplir con las funciones que le asigna el presente artículo.

### **Artículo 61. Notificación de las Sesiones de Conciliación y de Mediación.**

Las notificaciones se efectuarán de conformidad a lo previsto en el artículo 6 del presente reglamento, y con 3 días de anticipación a la fecha programada para sesionar.

### **Artículo 62. Sesiones Conciliatorias y de Mediación.**

Durante las sesiones, se procederá como sigue a continuación:

1. Al inicio de la sesión, el Facilitador sea Conciliador o Mediador, explicará a las partes el procedimiento a seguir, beneficios, sus implicaciones, sobre la confidencialidad del proceso y efectos del mismo; así como la libertad de acudir a la justicia ordinaria.

2. El Facilitador actuará con equidad, lo que implicará, escuchar con igualdad de oportunidad las argumentaciones de las partes, razonará sobre las mismas y los estimulará a presentar las fórmulas de arreglo respecto a la controversia.
3. El procedimiento podrá llevarse en varias sesiones, las cuales podrán ser determinadas según las necesidades del caso concreto, a juicio del Facilitador y con la anuencia de las partes.
4. De lograrse un acuerdo entre las partes, el Facilitador suscribirá el acuerdo conjuntamente con las mismas.

En la Mediación y la Conciliación los asistentes y el Facilitador firmarán un convenio de confidencialidad que será provisto por CESCÓN.

### **Artículo 63. Acta de Conciliación o de Mediación.**

El acta que contenga el acuerdo entre las partes debe incluir como mínimo, lo siguiente:

1. Día, fecha y hora de la celebración de la sesión.
2. Identificación de las partes y del Facilitador. (Conciliador o Mediador)
3. Relación sucinta de las pretensiones sometidas al proceso, así como de los hechos en que se fundamentan las pretensiones. (resumen ilustrativo de las diferencias que motivaron el proceso)
4. Los términos del acuerdo señalando de manera clara y precisa, todas las condiciones

acordadas, con la indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones.

5. En caso que el acuerdo fuere parcial, se enunciarán los puntos sobre los que hubo desacuerdo con respecto a los cuales las partes quedan en libertad de acudir a otros mecanismos alternos de solución de conflictos o la vía judicial.
6. Señalar los efectos del acuerdo, en el caso del procedimiento de Conciliación, su alcance de cosa juzgada y que presta mérito ejecutivo; y en el caso del procedimiento de Mediación que el acuerdo presta mérito ejecutivo.
7. Refrendo de las partes y el Facilitador.

Del acta se expedirán tantas copias como partes hubiere, más una, que deberá permanecer en los archivos de CESCÓN.

### **Artículo 64. Sobre el Laudo.**

En el procedimiento de Conciliación el acuerdo logrado por las partes, podrá ser elevado a laudo cuando las mismas así lo soliciten expresamente, para lo cual se constituirá el tribunal arbitral respectivo conforme al procedimiento arbitral establecido en el presente reglamento.

### **Artículo 65. Conclusión del Proceso.**

El procedimiento concluirá:

1. Por la firma del acta contentiva del acuerdo.
2. Por el desistimiento de una o ambas partes.
3. Por abandono del proceso, el cual se dará por inasistencia no justificada a dos (2) reuniones programadas de una de las partes.

**Artículo 66. Trámites Judiciales o Arbitrales.**

Desde el inicio hasta la conclusión del proceso de Conciliación o Mediación, las partes se abs-

tendrán de promover acciones jurisdiccionales o procedimientos arbitrales sobre la materia sometida al procedimiento que se adelanta.



## Atención personalizada e integridad es el compromiso con nuestros clientes.

Con más de 50 años de servicio, la Firma de Abogados Alfaro, Ferrer & Ramírez se distingue como uno de los bufetes panameños con más historia y experiencia.

AFRA cuenta con experiencia en la práctica general en las áreas de derecho corporativo, mercantil, litigios y arbitraje, propiedad intelectual, banca, seguros, telecomunicaciones, comercio internacional, energía, ambiente, hidrocarburos, migración y laboral. A través de sus subsidiarias AFRA TRUST y AFRA BVI también ofrece servicios corporativos y fiduciarios.

Tel: (507) 263-9355 [www.afra.com](http://www.afra.com)

 **AFRA**  
ALFARO, FERRER & RAMÍREZ



INFANTE  
&  
PÉREZ  
ALMILLANO

ABOGADOS - ATTORNEYS AT LAW - PANAMA

## *Comprometidos con la Defensa de sus Intereses*

- Arbitraje, Derecho Procesal, Civil y Penal
- Derecho Inmobiliario
- Derecho Financiero, Bancario y Seguros
- Derecho Corporativo y Comercial
- Fusiones y Adquisiciones
- Contratación Pública
- Derecho Administrativo
- Derecho Internacional
- Derecho Laboral y Migración
- Derecho Marítimo
- Derecho Regulatorio, Energía y Telecomunicaciones
- Derecho Fiduciario
- Protección de Bienes y Planificación Patrimonial
- Propiedad Intelectual y Registros Sanitarios



Infante & Pérez Almillano

Calle 50 y 74 San Francisco, PH 909, Pisos 12 y 14

Tel: +(507) 322-2121 Fax: +(507) 322-2212

Email: [info@ipal.com.pa](mailto:info@ipal.com.pa) Web: [www.ipal.com.pa](http://www.ipal.com.pa)